

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

RONALD PINHEIRO RODRIGUES

**AS TESES FIXADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS HABEAS
CORPUS Nº 84412 E 123108 SOBRE A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA
INSIGNIFICÂNCIA E A INTERPRETAÇÃO DO STJ**

Um estudo de caso sobre os julgados proferidos após a fixação das teses e a necessidade de
motivação nas decisões do STF para formação de um precedente vinculante.

Brasília

2023

RONALD PINHEIRO RODRIGUES

**AS TESES FIXADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS HABEAS
CORPUS Nº 84412 E 123108 SOBRE A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA
INSIGNIFICÂNCIA E A INTERPRETAÇÃO DO STJ**

Um estudo de caso sobre os julgados proferidos após a fixação das teses e a necessidade de
motivação nas decisões do STF para formação de um precedente vinculante

Trabalho final apresentado ao Programa de
Pós-Graduação em Direito do Instituto
Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e
Pesquisa – PPGD/IDP, como requisito parcial
para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Direito

Linha de Pesquisa: Direito Penal

Orientador: Prof. Dr. Vinícius Gomes de
Vasconcellos

Brasília

2023

RODRIGUES, Ronald Pinheiro.

As teses fixadas pelo Supremo Tribunal Federal nos *habeas corpus* nº 84412 e 123108 sobre a aplicação do Princípio da Insignificância e a interpretação do STJ: Um estudo de caso sobre os julgados proferidos após a fixação das teses e a necessidade de motivação nas decisões do STF para formação de um precedente vinculante. Brasília, 2023.
245 f.

Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – PPGD/IDP

Orientador (a): Prof. Dr. Vinícius Gomes de Vasconcellos

1. Princípio da insignificância. 2. Interpretação dos tribunais superiores acerca da aplicação do princípio da insignificância. 3. Estudo dos habeas corpus dos tribunais superiores. I. Título. II. Vasconcellos, Vinícius Gomes de. III. Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa.

RONALD PINHEIRO RODRIGUES

**AS TESES FIXADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS HABEAS
CORPUS Nº 84412 E 123108 SOBRE A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA
INSIGNIFICÂNCIA E A INTERPRETAÇÃO DO STJ**

Um estudo de caso sobre os julgados proferidos após a fixação das teses e a necessidade de motivação nas decisões do STF para formação de um precedente vinculante

Trabalho final apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – PPGD/IDP, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração: Direito, linha de pesquisa: Direito Penal, sob a orientação do Prof. Dr. Vinícius Gomes de Vasconcellos.

Aprovação em: 28/08/2023.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Vinicius Gomes de Vasconcellos

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa
Orientador

Prof (a). Dr (a). Carolina Costa Ferreira

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa
(Interno)

Prof. Dr. Ademar Borges de Sousa Filho

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa
(Interno)

Prof. Dr. Chiavelli Facenda Falavigno

Universidade Federal de Santa Catarina
(Externa)

Prof. Dr. João Rafael de Oliveira

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa
(Interno)

AGRADECIMENTOS

Quero agradecer primeiramente a Deus, que sempre me guiou nesta jornada e que é nosso Advogado para com o Pai, Jesus Cristo, o justo. 1 João 2:1.

Agradeço aos meus pais, Manoel Sant'Anna e Tereza Angélica, que sempre acreditaram em mim, por vezes, mais até do que eu mesmo. Vocês são tudo em minha vida!

À minha esposa Larissa, que sempre me deu forças, encorajou-me, sustentou-me, faz eu me sentir um ser humano forte, capaz e inteligente. Eu te amo!

Agradeço a meus irmãos, João Pedro, cuja história de superação me inspira cotidianamente; Leonam, pelo incentivo ao estudo e apoio diário a trilhar no caminho certo; e a minha querida irmã Talitha, por me ensinar a importância da leveza da vida. Vocês são incríveis!

A meu orientador, Professor Vinicius Vasconcellos, pelas orientações, ensinamentos e exemplo de dedicação ao estudo, ciência e pesquisa. Sou eternamente grato por todos os ensinamentos!

RESUMO

O trabalho tem como objetivo a análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em especial aos posicionamentos dos Ministros das turmas, frente aos entendimentos apresentados pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da análise da jurisprudência do STJ e decisões do STF. Dessa forma, o tema explorado foi a existência ou não de diálogo entre os tribunais superiores em relação à aplicação do princípio da insignificância. Por oportuno, a problemática desenvolvida foi se, diante das teses firmadas pelo STF, o Superior Tribunal de Justiça vem dialogando de forma compatível com a Corte Superior e se das decisões extraídas do sítio do Superior Tribunal de Justiça é possível verificar que os ministros estão observando a função criminológica e sociológica do princípio da insignificância penal, além de realizar interpretação coerente e harmônica dos precedentes persuasivos do STF. Por isso, foi realizada pesquisa empírica sobre as decisões monocráticas proferidas pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, e um estudo acerca dos *habeas corpus* nº 84.414 e 123.108, julgados pelo Supremo Tribunal Federal. A pesquisa teve o recorte temporal entre janeiro de 2005 até dezembro de 2021, tendo como parâmetro a harmonia das fundamentações dos Ministros do STJ e sua compatibilidade com os julgados do Supremo Tribunal Federal, além da análise das fundamentações dos ministros ao incorporarem nas decisões os precedentes do STF. Constatou-se que, apesar da existência de decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da aplicação da insignificância, os Ministros do Superior Tribunal de Justiça têm prolatado decisões contraditórias, sobretudo porque não existe uma coerência na fundamentação, havendo decisões e posicionamentos diversos para casos similares julgados pelas turmas do STJ. Apesar das orientações firmadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de *habeas corpus* não serem consideradas precedentes vinculantes para as instâncias ordinárias, foi demonstrada a importância de um precedente para tornar estável as decisões judiciais, a fim de proteger o jurisdicionado das arbitrariedades do julgador. Entende-se que a existência de decisões conflitantes entre os próprios Ministros junto às decisões do Supremo decorre da falta de um precedente vinculante acerca da aplicação da insignificância, isso porque cada Ministro acaba tendo um entendimento para cada caso. Tal fato é constatado por meio da pesquisa empírica, já que alguns desses magistrados, nos anos analisados, concederam a ordem de acordo com os julgados do Supremo, enquanto outros buscaram motivar as decisões em julgados do próprio Tribunal, desconsiderando a existência de tese firmada pelo Supremo.

Palavras-chave: Princípio da insignificância. Precedentes judiciais. *Habeas Corpus*. STJ. STF.

ABSTRACT

The following study has as its main objective to examine the jurisprudence of the Superior Court of Justice, in particular the positioning of the group of Ministers, before the understanding presented by the Federal Supreme Court, and by examining the jurisprudence from both the Superior Court of Justice and the Federal Supreme Court. Thus, the theme chosen was whether there is or not any existence of a type of understanding or convergence between these two courts, regarding the Principle of Insignificance. Appropriately, the issue was the preceding decisions which have been taken by the Federal Supreme Court. The question was if the Superior Court of Justice has been in accordance with the superior court as well as whether its decisions can be observed in its Ministers' interpretation of the criminological and sociological function of the Principle of Insignificance. Moreover, it was carried out the study of the interpretation of the preceding judgements of the Federal Supreme Court. For this reason, it was carried out an empirical research about the decisions issued by the ministers of the Superior Court of Justice, and a study about the habeas corpus nº 84414 and 123198, judged by the Federal Supreme Court. The research has had a time frame between January 2005 and December 2021, having as its baseline the harmony of the theoretical foundation of the Ministers and its compatibility with the ones judged by the Federal Supreme Court, apart from the foundation which the ministers incorporated in the previous decisions of the Federal Supreme Court. It was observed, despite the decisions of the Federal Supreme Court regarding the Principle of Insignificance, the decisions of ministers of the Superior Court of Justice resulted in contradictory decisions. Above all, because there was no coherence in their theoretical foundation, consequently, it created similar decisions judged by the group of the superior court of Justice. Despite the Superior Court of Justice advice to observe these based on the habeas corpus are not considered preceding judgements of minor courts. It was observed that the importance of a preceding judgments to make judicial decisions stable and protect the judged from the arbitrariness of the judge. The existence of conflicting decisions within the ministry and the decisions made by the Federal Supreme Court stem from the absence of legal precedent decision binding in regard of the application of the Principle of Insignificance, because each minister tend to have an understanding of each case, this was noted through the empirical research. Therefore, this is the case and it has been noted through empirical research over the years this study examined that some of these magistrates rendered a decision according to the Federal Supreme Court, whereas others tended to consider the decisions judged by the tribunal, disregarding the existence of a thesis based on the Federal Supreme Court.

Keywords: the Principle of Insignificance, preceding judgements, Habeas Corpus, Federal Supreme Court, Superior Court of Justice.

LISTA DE GRÁFICOS

| | |
|---|-----|
| Gráfico 1 – Número de <i>habeas corpus</i> concedidos por cada Ministro do Superior Tribunal de Justiça após o <i>habeas corpus</i> nº 123.108 | 140 |
| Gráfico 2 – Gráfico acerca dos fundamentos utilizados por cada Ministro do Superior Tribunal de Justiça após o <i>habeas corpus</i> nº 123.108..... | 142 |

LISTA DE TABELAS

| | |
|---|-----|
| Tabela 1 – Número de <i>habeas corpus</i> julgados por cada Ministro do Superior Tribunal de Justiça após o <i>habeas corpus</i> nº 123.108 | 139 |
| Tabela 2 – Número de <i>habeas corpus</i> julgados por cada Ministro do STJ após o <i>habeas corpus</i> nº 84.412 e o resultado das decisões monocráticas..... | 140 |
| Tabela 3 – Crimes objetos dos <i>habeas corpus</i> impetrados perante o STJ | 142 |
| Tabela 4 – Quantidade de precedentes da Corte Suprema utilizados nos <i>habeas corpus</i> | 144 |

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 11 |
| 1 A FUNÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SEUS FUNDAMENTOS .. | 15 |
| 1.1 Princípio da Insignificância sob a visão criminológica e sociológica: a indeterminação conceitual na atualidade | 15 |
| 1.2 O bem jurídico-penal e o seu vínculo com o princípio da insignificância: estudo sobre a teoria do bem jurídico-penal como função do direito penal mínimo..... | 20 |
| 1.3 A função político-criminal do princípio da insignificância | 30 |
| 1.4 O Direito Penal Mínimo e a sua relação com o Princípio da Insignificância sob o enfoque criminológico: crise no sistema penal? | 37 |
| 1.5 Fundamentos constitucionais e infraconstitucionais do princípio da insignificância..... | 43 |
| 1.6 O reconhecimento do princípio da insignificância pelo Supremo Tribunal Federal: análise dos vetores e as críticas realizadas pela doutrina nacional..... | 69 |
| 1.6.1 Mínima ofensividade da conduta do agente..... | 72 |
| 1.6.2 Nenhuma periculosidade social da ação | 73 |
| 1.6.3 Reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento | 74 |
| 1.6.4 Inexpressividade da lesão jurídica provocada..... | 75 |
| 2 ANÁLISE DA COMPREENSÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E A INTERPRETAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA | 85 |
| 2.1 Precedentes judiciais no processo penal: breve conceituação | 85 |
| 2.1.1 Distinção entre Jurisprudência, Súmula e Precedente Judicial no Direito Brasileiro..... | 93 |
| 2.1.1.1 Precedentes judiciais..... | 93 |
| 2.1.1.2 Jurisprudência..... | 96 |
| 2.1.1.3 Súmula | 99 |
| 2.1.2 Decisões do Supremo Tribunal Federal no Processo Penal com força de precedentes judiciais | 100 |
| 2.1.3 Necessidade de interpretação e obediência aos entendimentos firmados pelo Supremo Tribunal Federal em sede de <i>habeas corpus</i> : o risco de insegurança jurídica..... | 104 |
| 2.2 <i>Habeas Corpus</i> N° 84.412 do Supremo Tribunal Federal..... | 109 |
| 2.3 <i>Habeas Corpus</i> n° 123108 do Supremo Tribunal Federal..... | 112 |

| | |
|--|------------|
| 2.4 Os problemas internos das decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal: a observância da função criminológica e sociológica do princípio da insignificância nas decisões analisadas | 125 |
| 2.5 Análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça após a fixação das teses firmadas pelo Supremo Tribunal Federal | 134 |
| 2.5.1 Notas metodológicas | 134 |
| 2.5.2 Resultados obtidos | 138 |
| Tabela 1 – Frequências absolutas e percentuais – 2016-2021 | 139 |
| Gráfico 1 - Número de <i>habeas corpus</i> concedidos por cada Ministro do Superior Tribunal de Justiça após o <i>habeas corpus</i> nº 123.108..... | 140 |
| Tabela 2 – Fundamentos – 2016 a 2021 | 140 |
| Gráfico 2 - Gráfico acerca dos fundamentos utilizados por cada Ministro do Superior Tribunal de Justiça após o <i>habeas corpus</i> nº 123.108 | 142 |
| Tabela 3 – Frequências absolutas e percentuais – 2005-2021 | 142 |
| Tabela 4 – Julgados paradigmas..... | 144 |
| 2.6 O diálogo do Superior Tribunal de Justiça com as teses do Supremo Tribunal Federal nos <i>habeas corpus</i> analisados..... | 144 |
| 3 A INTERPRETAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA AO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL REFERENTE À APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA | 150 |
| 3.1 Os problemas existentes no conflito de entendimentos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça em comparação ao Supremo Tribunal Federal | 150 |
| 3.2 A instabilidade da compreensão nas decisões monocráticas do Superior Tribunal de Justiça e a insegurança jurídica: efeitos da desobediência do Superior Tribunal de Justiça..... | 152 |
| 3.3 A compreensão do Supremo Tribunal Federal nos <i>Habeas corpus</i> nº 84.412 e 123.108: o caráter subjetivo das decisões e seus efeitos nos tribunais..... | 163 |
| 3.4 A necessidade de um <i>viés</i> criminológico nas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o princípio da insignificância para a formação do precedente judicial..... | 172 |
| 3.5 Adoção de precedente vinculante ou súmula vinculante sobre a aplicabilidade do princípio da insignificância pelas instâncias ordinárias | 176 |
| CONCLUSÃO | 185 |
| REFERÊNCIAS..... | 190 |
| APÊNDICE 1 | 198 |
| APÊNDICE 2 | 214 |

| | |
|-------------------------|------------|
| APÊNDICE 3 | 226 |
| APÊNDICE 4 | 236 |

INTRODUÇÃO

O princípio da insignificância está intimamente ligado ao princípio da intervenção mínima e da fragmentariedade. Sua finalidade é restringir a aplicação da norma penal nos casos em que a conduta cause lesão ínfima ou que não ocasione dano ao bem jurídico.

Para o caso, o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2004, estabeleceu vetores para a aplicação do princípio da insignificância, e, no ano de 2015, firmou a tese acerca da reincidência e o princípio da insignificância, na tentativa de combater decisões fundamentadas em condições meramente subjetivas. Essa ideia de que a reincidência, habitualidade delituosa e as condições pessoais do agente devem ser vistas como obstáculos para a aplicação do princípio da insignificância vem sendo afastada pelo Supremo Tribunal Federal.

À vista disso, ainda que os critérios fixados possuam críticas por parte da doutrina, não se pode deixar de louvar a finalidade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, que almejou um espaço maior de debate para o princípio da insignificância.

Por isso, esta pesquisa se justificou na própria ideia do Supremo Tribunal Federal, como órgão uniformizador de jurisprudência, que buscou criar um precedente obrigatório para que os tribunais brasileiros, até mesmo o Superior Tribunal de Justiça, possam ser vinculados às teses firmadas pelo Supremo, sem que isso afete a segurança jurídica almejada pela Carta Magna.

Em suma, o objetivo desta pesquisa foi justamente averiguar se as decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal, em específico os *habeas corpus* nº 84.412 e 123.108, que firmaram teses relevantes para a aplicação do princípio da insignificância, são compatíveis com a função criminológica do princípio da insignificância e se a motivação existente na decisão é suficiente para vincular os demais tribunais. Embora o Supremo Tribunal Federal tenha certa preocupação em delimitar o princípio da insignificância e seu campo de incidência, as decisões do Superior Tribunal de Justiça acabam acarretando uma insegurança jurídica evidente, indo contra o próprio guardião da Constituição Federal.

Assim sendo, o objetivo também é averiguar se, em âmbito penal, é possível que uma decisão do Supremo Tribunal Federal, em sede de *habeas corpus*, tenha força de precedente ou se transforme em súmula vinculante, desde que os parâmetros sejam observados, em razão de, atualmente, a sociedade estar sofrendo com decisões contraditórias em casos que são semelhantes, gerando instabilidade jurídica.

Dessa forma, preliminarmente, o estudo foi dividido em uma fase teórica, sendo analisada a função criminológica e a sociológica, trazendo conceitos do direito penal mínimo e a delimitação de bem jurídico-penal. Outra fase, que será crucial para o resultado desta pesquisa, foi a do estudo acerca de precedentes judiciais no âmbito penal e seus requisitos. Nessa mesma etapa, foi realizada uma análise das decisões monocráticas do Superior Tribunal de Justiça, após a fixação das teses do Supremo Tribunal Federal nos *habeas corpus* já mencionados. Além disso, foi realizada análise das teses estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal, efetuando-se um estudo de caso acerca dos *habeas corpus* nº 84.412 e 123.108.

Esta pesquisa discorreu sobre a discrepância de entendimentos firmados entre o STJ e o STF, principalmente no que tange aos critérios de aplicabilidade e da reincidência, delimitando o campo de incidência do princípio da insignificância, de acordo com o caso concreto e por meio do Poder Judiciário. Ainda que os julgados, que inseriram os vetores e os parâmetros de aplicação da insignificância, sejam um passo grande para seu reconhecimento, é necessário que os tribunais estejam vinculados à decisão.

Para melhor enfrentar o tema, na seção 1, foi realizada uma análise teórica, por meio de estudo bibliográfico, sobre o viés criminológico e sociológico do princípio, o direito penal mínimo, o bem jurídico penal e os critérios estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal. A finalidade do estudo teórico foi encontrar as bases do princípio da insignificância penal e seu vínculo com a criminologia, com a sociologia, a fim de que seja visto como uma política pública eficaz.

Na seção 2, a fim de verificar o diálogo entre o Superior Tribunal e Justiça e o Supremo Tribunal Federal, fez-se uma análise das decisões monocráticas do STJ e um estudo dos *habeas corpus* nº 84.412 e 123.108, verificando a problemática existente na fundamentação e como o Superior Tribunal de Justiça vem aplicando as teses fixadas. O período da análise foi entre janeiro de 2005 a dezembro de 2021. O estudo empírico foi desenvolvido, inicialmente, sob o prisma quantitativo, para que pudesse ser averiguada a quantidade de decisões monocráticas que observaram as teses do Supremo Tribunal Federal e também qualitativa, buscando analisar o conteúdo das decisões.

Portanto, a pesquisa empírica foi lastreada em duas análises: a análise da jurisprudência do STJ e a análise das decisões monocráticas do STJ e acórdãos do STF em sede de *habeas corpus*.

A premissa da pesquisa foi apoiada nos pontos: (i) divergência de entendimento entre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça; (ii) interpretação dos Ministros sobre as teses fixadas pelo STF; (iii) compatibilidade ou incompatibilidade das decisões com a função criminológica e sociológica da insignificância penal; iv) compatibilidade das decisões com as teses do Supremo Tribunal Federal.

Destaca-se que os parâmetros de análise da pesquisa foram apoiados na interpretação e menção dos *habeas corpus* do STF, para verificar possível leitura correta da compreensão do STF nos *habeas corpus* utilizados como paradigmas na presente pesquisa.

Após essa averiguação, ainda na seção 2, foi realizado um estudo individual dos *habeas corpus* nº 84.412 e 123.108, sob o viés qualitativo. Em síntese, o objetivo do exame foi para verificar os problemas das teses fixadas e o grau de obrigatoriedade.

Com esse levantamento, na seção 3, foi realizada análise das decisões monocráticas e posterior recursos interpostos contra essas decisões. Por isso, a referida seção foi dedicada ao estudo acerca do diálogo entre o Superior Tribunal de Justiça, incluindo o diálogo entre os Ministros, e o Supremo Tribunal Federal. Por fim, foi discutido sobre as resoluções que poderiam ser adotadas pelo Supremo Tribunal Federal para a observância da teoria dos precedentes judiciais, especificamente: a) adoção da técnica do *distinguishing* em casos não semelhantes ao caso paradigma; b) elaboração de precedente vinculante e sem margem para interpretações equivocadas.

O interesse pelo tema princípio da insignificância surgiu desde a graduação, sobretudo porque se trata de princípio que busca efetivar diversos outros na seara penal, além de ser visto e reconhecido como uma política-criminal. E diante da pouca discussão em torno do tema, viu-se importante trazer à tona novos paradigmas.

Na atualidade, o tema insignificância penal, apesar de importante, possui escasso debate e reconhecimento, porquanto os tribunais brasileiros insistem em não reconhecer, sob a justificativa de não existir previsão legal.

O que chama atenção é a diversidade de posições acerca da aplicabilidade do princípio da insignificância, havendo diversos conflitantes em casos completamente similares. Por isso, a inspiração para elaboração da tese foi no sentido de averiguar a problemática envolvendo as decisões dos tribunais superiores e se existe solução para que o princípio seja melhor aplicado e reconhecido.

Não basta somente a imposição de vetores indeterminados, é necessário que os tribunais uniformizem sua jurisprudência para que não se tenha uma insegurança jurídica nas decisões.

A partir disso, tem-se o anseio de reformular a compreensão das teses fixadas, para que a atribuição do juízo não seja exclusivamente pautada em suas convicções pessoais.

O objetivo do trabalho é apontar sobre a existência de conflito de entendimentos sobre o mesmo assunto, gerando, por consequência, insegurança jurídica. O objetivo da pesquisa é desenvolver instrumentos que possibilitem a uniformização da jurisprudência dos tribunais superiores, para que seja aplicada a insignificância a todos os casos que possuam similaridade, respeitando a discricionariedade do juízo para analisar o caso concreto.

Portanto, os pontos que foram desenvolvidos no trabalho referem-se ao *habeas corpus* como instrumento formador de precedente vinculante e não apenas persuasivo¹, visto que existe a falta de diálogo harmônico entre os tribunais superiores.

Para além disso, foi sugestionado a elaboração de súmula vinculante sobre o precedente vinculante, a fim de que o entendimento consolidado seja registrado no enunciado.

Buscou-se também aprimorar os critérios já existentes para aplicação da insignificância penal, trazendo uma carga mais sociológica e criminológica nas razões determinantes.

Destaca-se que não busca somente sugestionar pela reformulação dos vetores existentes, mas que haja uma reformulação na própria fundamentação da tese a ser fixada.

¹ O pesquisador compreende que o precedente persuasivo não é vinculante.

1 A FUNÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SEUS FUNDAMENTOS

1.1 Princípio da Insignificância sob a visão criminológica e sociológica: a indeterminação conceitual na atualidade

Em linhas gerais, a criminologia estuda o fenômeno criminal em todo seu plexo de perspectivas (crime, criminoso, vítima, circunstâncias sociais, prognóstico delitivo etc.), de modo a contribuir com a prevenção e o controle do comportamento delituoso, bem como com a atuação do Estado nessa esfera da vida social².

Sendo assim, com a feição pluridimensional, o discurso criminológico opera na criação de tipos penais e nas tomadas de decisões, já que é o guia científico da política criminal, como forma de raciocinar criticamente o direito no âmbito criminal e, assim, estruturá-lo³.

Nesse contexto, Turíbio Marques Gonçalves Júnior et. al. concluem que a finalidade da ciência criminológica é

é estudar o fenômeno natural, considerando os fatores individuais (personalidade) e os fatores sociais (ambiente) e, ao mesmo tempo, a luta contra o crime, levando em conta a necessidade de ressocialização do delinquente (tratamento) e de prevenção do crime⁴.

À vista do fito atravessado pela aludido saber, diversos modelos teóricos explicativos do comportamento criminal sob a perspectiva da criminologia foram desenvolvidos, os quais em determinado grau lidam com a ideia de objetividade e de progresso no ramo jurídico⁵.

² JUNIOR, Turíbio Marques Gonçalves; BRUM, Bernardo Ricciardi dos Santos; SOARES, João Pedro Andrades Salles; GUEDES, Tiago Vargas; OLIVEIRA, Fábio Rafael Corrêa. Criminologia x sociologia: uma análise das teorias macrossociológicas explicativas do crime e sua relação com a sociologia. **Revista Ibero Americana de Humanidades, Ciências e Educação - REASE**. doi.org/ 10.51891/rease.v8i2.4183. Disponível em: file:///C:/Users/RP01/Downloads/[23]-CRIMINOLOGIA+X+SOCIOLOGIA-+UMA+AN%C3%81LISE+DAS+TEORIAS+MACROSSOCIOL%C3%93GICAS+EXPLICATIVAS+DO+CRI ME+E+SUA+RELA%C3%87%C3%83O+COM+A+SOCIOLOGIA.pdf. Acesso em: 13 mai. 2023.

³ MAÍLLO, Alfonso Serrano; PRADO, Luiz Regis. **Criminologia**. Forense, 2019. p. 4.

⁴ JUNIOR, Turíbio Marques Gonçalves; BRUM, Bernardo Ricciardi dos Santos; SOARES, João Pedro Andrades Salles; GUEDES, Tiago Vargas; OLIVEIRA, Fábio Rafael Corrêa. Criminologia x sociologia: uma análise das teorias macrossociológicas explicativas do crime e sua relação com a sociologia. **Revista Ibero Americana de Humanidades, Ciências e Educação - REASE**. doi.org/ 10.51891/rease.v8i2.4183. Disponível em: file:///C:/Users/RP01/Downloads/[23]-CRIMINOLOGIA+X+SOCIOLOGIA-+UMA+AN%C3%81LISE+DAS+TEORIAS+MACROSSOCIOL%C3%93GICAS+EXPLICATIVAS+DO+CRI ME+E+SUA+RELA%C3%87%C3%83O+COM+A+SOCIOLOGIA.pdf. Acesso em: 13 mai. 2023.

⁵ POPPER, K. R. **Conjeturas y refutaciones**. El desarrollo del conocimiento científico. 4. Edición, Barcelona (Paidós), 2001. p. 152.

Apesar dessa diversificação, é de se dizer que a presente pesquisa se lança em um campo crítico, dispensando o aprofundamento em cada ótica teórica e utilizando-se da concepção geral para posicionar os delitos de bagatela.

É por isso que, no contexto do princípio da insignificância – que anseia por objetividade no momento de sua aplicabilidade e progresso no que tange às decisões judiciais, já que, não raras vezes, o julgador busca interpretar o instituto jurídico com base em suas convicções pessoais –, a criminologia, em geral, pode contribuir para a averiguação de resultados úteis.

No entanto, algumas problemáticas surgem na relação ciência criminológica e insignificância, impedindo a efetiva compreensão dos eventos delituosos que gozam de tal classificação. A esse respeito, são as considerações de Andreas Eisele e Rogerio Schietti Cruz, que, apesar de extensas, merecem ser citadas na íntegra diante da relevância⁶:

Os delitos de bagatela não são um dos principais objetos de estudos criminológicos, devido à sua pequena relevância social. Sua análise é realizada, fundamentalmente, com base em alguns aspectos identificados na criminalidade comum.

Outro aspecto que dificulta o estudo e a consequente compreensão da criminalidade de bagatela consiste na tendência de a cifra negra⁷ desses fatos ser maior que a dos delitos graves (ZIPF, 1975, p. 12), pois é possível constatar uma relação direta de proporcionalidade entre a gravidade dos fatos e o percentual de esclarecimento dos delitos. Isso tanto decorre do grau de interesse das vítimas como também do esforço empreendido pelos órgãos estatais de controle e intervenção penal, embora por motivos distintos.

De fato, as vítimas tendem a não dedicar muitos esforços para a responsabilização de pessoas que lhes ocasionaram pequenos danos. Seja porque o fato não lhes causou sensação de vulneração grave o suficiente, seja porque a ofensa foi assimilada com o tempo, seja, ainda, devido a uma

⁶ CRUZ, Rogerio Schietti. **Insignificância penal**: os crimes de bagatela na dogmática e na jurisprudência. São Paulo: Juspodivm, 2021. p. 88.

⁷ “Enquanto as pesquisas iniciais do labeling approach reduziram a problemática ao estudo da “definição legal” do crime e do “etiquetamento” do criminoso, as pesquisas sobre a criminalidade de “colarinho branco” e sobre a “cifra negra” da criminalidade, bem como as críticas das estatísticas criminais oficiais, influenciaram o deslocamento para o estudo dos mecanismos de reação e de seleção da população criminosa. Alessandro Baratta (2002) salienta que as pesquisas de Sutherland provaram – com base em estatísticas de órgãos competentes em matéria de economia e comércio – a grande quantidade de infrações penais realizadas por pessoas de prestígio social e a escassa medida de persecução penal dos crimes de colarinho branco nos Estados Unidos. Ademais, identificaram a sub-representação deste tipo de criminalidade nas estatísticas criminais oficiais (e a correspondente “cifra negra”) e o modo como estas estatísticas acabavam distorcendo as teorias da criminalidade a partir de um quadro equivocado de sua distribuição nos grupos sociais, por fim, gerando um caráter estigmatizante da criminalidade. Além disso, as pesquisas sobre a cifra negra da criminalidade demonstraram que o comportamento desviante é, na verdade, característica da maioria dos membros da sociedade, e não da minoria, como se pressupunha até então”. (CARDOSO, Helena Schiessl. **O ensino da criminologia nos mestrados em direito das universidades públicas**. Pós-graduação (Pós-graduação em direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/186165/PDPC1354-T.pdf?sequence=-1>>. Acesso em: 20 de jul. 2023).

avaliação dos custos do empenho na busca de compensação e a perspectiva dos possíveis benefícios advindos da solução do caso.

Paralelamente, os órgãos estatais encarregados da elucidação dos delitos e da aplicação das consequências jurídicas aos responsáveis tendem a ter recursos limitados à sua disposição e um número elevado de casos a solucionar. Por isso, precisam planejar sua atuação com base em critérios econômicos, de modo a priorizar a elucidação de casos mais graves, intensificando seus esforços e recursos para esse objetivo.

Nesse viés, lecionam os referidos autores que as estatísticas sobre os crimes de bagatela tendem a ser menos precisas quando comparadas as dos demais delitos, já que, diante das limitações, partem da estimativa⁸.

A dificuldade também recai sobre “a identificação de padrões relativos a características pessoais, circunstâncias, motivos e finalidades que possam indicar algum referente geral”, motivo pelo qual a formulação de resultados que colaborem com o entendimento do fenômeno fica contida⁹.

Em razão disso, a sugestão é que a análise criminológica dos delitos insignificantes ocorra por meio de uma perspectiva individual, “cujo objeto deva ser estabelecido a partir de modalidades delitivas específicas, com o exame de comportamentos relativamente homogêneos, praticados por grupos sociais delimitados e em circunstâncias determinadas”¹⁰.

Portanto, não há como negar que a limitação do estudo se reflete na imprecisão dos critérios quantitativos e qualitativos da criminalidade de bagatela. Tal conjuntura fortalece sobremaneira a incidência da carga subjetiva do julgador nos processos decisórios a respeito do princípio da insignificância.

A sociologia criminal – como ramo que busca “ressaltar a importância do meio ou entorno na gênese da criminalidade, contemplando o evento delitivo enquanto fenômeno social”¹¹ –, apesar de ainda não ter recursos suficientes para amenizar as problemáticas mencionadas, uma vez que sofre com os mesmos males que obstaculizam a desenvoltura da

⁸ CRUZ, Rogerio Schietti. **Insignificância penal**: os crimes de bagatela na dogmática e na jurisprudência. São Paulo: Juspodivm 2021. p. 88.

⁹ CRUZ, Rogerio Schietti. **Insignificância penal**: os crimes de bagatela na dogmática e na jurisprudência. São Paulo: Juspodivm 2021. p. 89.

¹⁰ CRUZ, Rogerio Schietti. **Insignificância penal**: os crimes de bagatela na dogmática e na jurisprudência. São Paulo: Juspodivm 2021. p. 89.

¹¹ GONÇALVES JÚNIOR, T. M.; BRUM, B. R. dos S.; SOARES, J. P. A. S.; MARTINS, P. A. L.; GUEDES, T. V.; OLIVEIRA, F. R. C. Criminologia x Sociologia: Uma Análise das Teorias Macrossociológicas explicativas do crime e sua relação com a sociologia. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, [S. l.], v. 8, n. 2, p. 359–372, 2022. DOI: 10.51891/rease.v8i2.4183. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/4183>. Acesso em: 20 jul. 2023.

criminologia no âmbito dos crimes de bagatela, traça um aspecto que é relevante na aferição das causas da criminalidade e não pode ser desconsiderado: a desigualdade social é um dos fatores que está englobado na prática dos crimes insignificantes¹².

Jessé Souza, em sua obra “Ralé brasileira”, traz a problemática do direito não em razão do excesso de leis ou má qualidade nas leis, mas no fato de que “os conflitos de classe historicamente construídos na sociedade se estenderem ao Estado e à aplicação do direito penal”¹³. Jessé traz o seguinte pensamento:

A desigualdade social influencia a aplicação do direito penal tanto na interação entre os aplicadores do direito e os réus da ralé (sistematicamente submetidos à justiça penal) quanto no nível mais propriamente institucional, ou seja, daquilo que diz respeito à própria forma que as instituições assumiriam durante a nossa história. Nesse primeiro nível, o da interação, a desigualdade se manifesta na diferença de classe entre o aplicador do direito e o réu da ralé, a qual determina, muitas vezes, a insensibilidade de classe por parte dos aplicadores mais conversadores. No segundo nível, verifica-se que a nossa histórica desigualdade construiu instituições que não consideraram as características de uma classe social específica e esquecida enquanto classe, a ralé estrutural¹⁴.

Assim sendo, é evidente que em nosso Estado, o juízo que decide não tem empatia ou a sensibilidade, pois deixa de levar em consideração possíveis desestruturas familiares ou até mesmo a delinquência como uma situação traumática, situações que são frequentes somente em relação à determinadas classes.

A desigualdade social é evidente, sobretudo porque o direito penal “não defende todos e somente bens essenciais”¹⁵, punindo as lesões ao bem jurídico com intensidade totalmente desproporcional.

À vista disso, existe o sistema dinâmico de funções, em que a criminologia visa se debruçar: (a) criminalização primária (produção das normas), (b) criminalização secundária

¹² CRUZ, Rogério Schietti. **Insignificância penal**: os crimes de bagatela na dogmática e na jurisprudência. São Paulo: Juspodivm 2021. p. 89.

¹³ SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira: quem é e como vive**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2022, p. 286.

¹⁴ SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira: quem é e como vive**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2022, p. 287.

¹⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 211.

(aplicação das normas, desde os órgãos de investigação até o juízo), e (c) execução da pena ou medida de segurança¹⁶.

A desigualdade social e a discriminação de determinado grupo iniciam na etapa da criminalização primária, visto que esses indivíduos são “provenientes dos estratos sociais mais fracos”¹⁷.

A discriminação não se interrompe na etapa da criminalização primária, podendo ser encontrada também na fase da criminalização secundária, porquanto os órgãos estatais buscam reconhecer aqueles que pertencem às esferas sociais mais fracas como delinquentes¹⁸.

O indivíduo que pertence a denominada “ralé”, na visão de Jessé, tem maior probabilidade de reincidir no crime, considerando sua vulnerabilidade ao controle policial e a ausência de instrumentos eficazes de vigilância e de políticas públicas¹⁹.

Depreende-se que não há qualquer preocupação pelo juízo acerca das justificativas que levaram o indivíduo se dedicar ao crime.

Dessa forma, embora o mero desequilíbrio da dimensão social não consiga estabelecer maior precisão conceitual ao fenômeno ora pesquisado, certamente entender o cenário em que as infrações de porte exímio são cometidas imprimirá alcance e possibilidades de lidar com os limites da objetividade conceitual que se almeja alcançar.

Afinal, o desdobramento da configuração da realidade em elementos de ordem socioeconômica permite a qualificação do Estado, de suas agências e agentes. Saber o significado do fato no ambiente em que é inserido, por intermédio das características do comportamento do sujeito ativo e passivo, é uma das referências para a valoração da gravidade de determinado evento²⁰.

¹⁶ CARDOSO, Helena Schiessl. **O ensino da criminologia nos mestrados em direito das universidades públicas**. Pós-graduação (Pós-graduação em direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/186165/PDPC1354-T.pdf?sequence=-1>>. Acesso em: 20 de jul. 2023

¹⁷ CARDOSO, Helena Schiessl. **O ensino da criminologia nos mestrados em direito das universidades públicas**. Pós-graduação (Pós-graduação em direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/186165/PDPC1354-T.pdf?sequence=-1>>. Acesso em: 20 de jul. 2023

¹⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 211.

¹⁹ SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira: quem é e como vive**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2022, p. 300.

²⁰ CRUZ, Rogerio Schiatti. **Insignificância penal: os crimes de bagatela na dogmática e na jurisprudência**. São Paulo: Juspodivm 2021. p. 73.

Nesse sentido, é certo que a expressão social sobre o fato justifica a intervenção penal. No entanto, os parâmetros são variáveis e calcados na subjetividade do indivíduo e da sociedade.

Seja como for, os recortes criminológicos e sociais auxiliam no enfrentamento, mas não são capazes de, por si, estabelecerem critérios objetivos e exatos na classificação da magnitude do fato.

É imperioso destacar também que a criminologia não pode ser confundida com a política criminal e o direito penal.

Na visão de Sérgio Salomão Schecaira²¹, a criminologia difere das demais áreas em razão dos métodos utilizados por ela, isso porque exige profundo conhecimento na esfera psicológica e sociológica.

Da mesma forma, não se pode afirmar que o direito penal e a política criminal sejam auxiliares da criminologia, visto que se tratam de áreas autônomas e que buscam resultados e conceitos próprios²².

O que se percebe, na verdade, é que o estudo em cada uma dessas áreas acarreta em resultados completos, o que não aconteceria se não houvesse a autonomia e independência entre elas. Entender o delito como fenômeno social é também compreender que se trata de problema individual de todos.

1.2 O bem jurídico-penal e o seu vínculo com o princípio da insignificância: estudo sobre a teoria do bem jurídico-penal como função do direito penal mínimo

O conceito de bem jurídico no Direito Penal é bastante discutido pela doutrina; há quem sustente que o bem jurídico pode ser considerado como um ente material ou imaterial extraído do contexto social, de titularidade individual ou coletiva, e é essencial ao desenvolvimento do homem²³, e, por isso, a necessidade de o Direito Penal proteger o referido bem.

²¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 2. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 39.

²² SANNA, Flávia. O papel da criminologia na definição do delito. **Revista EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 153-173, jan.-fev.-mar. 2013. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista61/revista61_153.pdf> Acesso em: 20 de jul. 2023.

²³ PRADO, Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 118.

Quanto ao desenvolvimento do conceito de bem jurídico, Johann Michael Franz foi o primeiro autor a definir o que isso seria, identificando-o como sendo interesses de um indivíduo perante a sociedade, corroborando com um posicionamento mais individualista²⁴. Ocorre que, diante da complexidade do que seria bem jurídico, a conceituação ficou defasada, abrindo margens para outras interpretações, as quais serão abordadas neste presente tópico.

Assim, em crítica ao conceito dado por Johann Michael Franz, a doutrina buscou explicar que o entendimento defendido não passava de mera fórmula vazia, já que a concepção defendida deixa de explicar a espécie do injusto de cada delito²⁵.

LISZT, nesse sentido, já conceituou o bem jurídico como aquele bem vital do indivíduo, ou até mesmo aquele essencial à comunidade, isso porque é juridicamente protegido²⁶. À vista disso, temos também a conceituação de Muñoz Conde e Bitencourt, os quais reforçam a ideia de bem jurídico como aquele que serve como autorrealização na vida social do indivíduo²⁷.

Nessa perspectiva, Diego Leal Nascimento afirma que existe a falta de um conceito preciso²⁸, considerando que não foi formulada, até o presente momento, nenhuma teoria jurídica absoluta e suficiente para apontar qual objeto ou interesse merece ser legitimamente tutelado ou não pelo Direito Penal.

Na tentativa de também conceituar o que seria bem jurídico, Juarez Cirino discorre que:

Bens jurídicos são interesses ou necessidades do indivíduo ou da sociedade, cuja significação individual ou social exige proteção jurídica. Em sociedades construídas de classes sociais antagônicas, os interesses ou necessidades individuais ou sociais devem ser interpretados do ponto de vista das classes sociais e do estágio histórico da luta de classes²⁹.

A partir desse entendimento, ainda que seja um tema bastante controvertido na doutrina, impõe-se destacar que o conceito de bem jurídico é interpretado de diversas formas pelos

²⁴ RUDOLPHI, Hans-Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. Trad. Enrique Bacigalupo. Nuevo pensamiento penal. **Revista de Derecho y Ciencias Penales**. Buenos Aires: Depalma, Año 4, 1975. p. 329.

²⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 63.

²⁶ LISZT, Frans Von. **La idea del fin em el derecho penal**. Apud Trad. Carlos Perez del Valle. Granada: Colección los Argonautas, n. 2, 1995. p. 63-64.

²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. São Paulo: 2000. p. 141.

²⁸ NASCIMENTO, Diego Leal. **Bem jurídico-penal: reajustando as expectativas em torno de sua função crítico-limitadora**. São Paulo: Dialética, p. 140.

²⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: Parte Geral**. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 14.

doutrinadores; contudo, de um modo geral, a conceituação gira em torno de ser o bem jurídico objeto socialmente relevante e juridicamente reconhecido como algo valioso e que merece a proteção do Estado³⁰.

A esse respeito, Francisco de Assis Toledo³¹, ao discorrer sobre bens jurídicos, traduz a ideia de que os bens são valores éticos selecionados pelo âmbito do Direito, objetivando a paz social, assim como busca a proteção dos bens jurídicos, a fim de que não sejam expostos ao risco de lesão ou ao ataque por terceiro.

Nesse aspecto, a conceituação do que é o bem jurídico tutelado é necessária para que o Direito Penal não perca tempo com bens jurídicos que podem ser protegidos por outros ramos do Direito. Verifica-se, pois, que o conceito do que seria um bem jurídico tutelado nasceu da ideia de que nem todo bem é suscetível da proteção penal, mas tão somente aqueles dotados de grande relevância jurídica.

Há ainda quem concorde que o bem jurídico tem por finalidade a proteção da pessoa humana, e não dele próprio, uma vez que aquela é o objeto central da proteção do Direito Penal. Ivan Luiz da Silva, analisando as conceituações apresentadas pela doutrina, traz ponto importante sobre a questão:

Analisando-se as conceituações acima expostas algumas ilações podem ser apresentadas: 1º) a existência de grandes divergências atinentes ao conceito de bem jurídico; 2º) o consenso sobre critério de limitação da intervenção penal; 3º) sua colocação como conteúdo material do delito; 4º) os conceitos apresentados permitem a compreensão de seu significado e relevância, mas não informam os elementos a serem considerados para que se possam identificar materialmente os bens jurídicos dignos de proteção penal³².

Percebe-se, nessa conjuntura, que a deficiência de um conceito absoluto, quanto ao que seria o bem jurídico, decorre da própria limitação fática, tendo em vista que não é possível apontar um conceito concreto e puramente hermético do que seria o bem jurídico, sem que isso deixasse margem para dúvidas.

³⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 62-63.

³¹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 16.

³² BIANCHINI, Alice. Pressupostos materiais mínimos da tutela penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 *apud* SILVA, Ivan Luiz da. **O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal**. Ano 50 V. 197 jan./mar, 2013. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/197/ril_v50_n197_p65.pdf. Acesso em: 14 jul. 2020.

Luigi Ferrajoli assinala algumas críticas às teorias que visam explicar o bem jurídico penal, isso porque, para o referido autor, as proposições apresentadas servem tão somente para impor uma função limitadora do bem jurídico, sendo a lesão condição necessária para a proibição da punição³³. Ocorre que Luigi Ferrajoli argumenta que as correntes defendidas não são suficientes, já que é necessário analisar outros critérios. Em sua obra, ele reafirma o seguinte:

Puede ofrecernos unicamente una serie de criterios negativos de deslegitimación – que no son solo la irrelevancia o evanescencia del bien tutelado sino también la desproporción con las penas previstas, la posibilidad de una mejor protección con medios no penales, la inidoneidad de las penas para causa del comportamiento prohibido – para afirmar que una determinada prohibición penal o la punición de un concreto comportamiento prohibido carecen de justificación, o que ésta es escasa³⁴.

A partir disso, depreende-se que, segundo ensinamentos do doutrinador, não se pode eliminar a explicar o bem jurídico como limitador da punição, isso porque deve-se entender e interpretar as espécies do injusto penal previsto, assim como pensar na tutela do bem jurídico em sua concepção monista e dualista³⁵.

Para a teoria monista, deve-se ter uma única e exclusiva concepção de bem jurídico. Assim, de acordo com a referida corrente, não se interpreta o bem jurídico sob a ótica individual ou coletiva³⁶, mas, sim, da perspectiva da pessoa ou da coletividade, não havendo possibilidade de duas categorias diversas³⁷.

Dentre a concepção monista, temos duas subdivisões: a teoria monista social, que prepondera o coletivo sobre o individual³⁸. Segundo essa concepção, o bem jurídico somente será reconhecido se houver base no interesse coletivo; e a teoria monista individual, que, ao contrário da teoria monista social, o interesse individual prepondera sobre o interesse coletivo³⁹.

³³ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Trad. Perfecto Ancrés Ibañes. 3. ed. Madrid: Trotta, 1998. p. 471.

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Trad. Perfecto Ancrés Ibañes. 3. ed. Madrid: Trotta, 1998. p. 471.

³⁵ BOZZA, Fábio da Silva. **Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 150.

³⁶ BOZZA, Fábio da Silva. **Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 150.

³⁷ BUSATO, Paulo. **Fundamentos para um direito penal democrático**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 58.

³⁸ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 109.

³⁹ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 109.

A doutrina tende a explicar que, nesses casos, o bem jurídico somente poderá ser reconhecido legitimamente se servir para o desenvolvimento pessoal do indivíduo⁴⁰.

Para os defensores da teoria monista individual⁴¹, cabe ao direito penal se reservar à tutela dos bens jurídicos de interesse individual, isso porque o legislador não deve punir todo e qualquer comportamento. Importante frisar que a concepção monista, na visão de Fábio da Silva Bozza, “não nega a existência de bens jurídicos coletivos, apenas afirma que a tutela desses bens jurídicos tem como condição a possibilidade de funcionalização a partir de interesses de pessoas humanas”⁴².

Corroborando com essa corrente monista individual, impõe-se repisar que a punição de condutas em desfavor dos interesses coletivos exige uma argumentação maior, já que busca punir e criminalizar conduta em estágio prévio à lesão do bem individual⁴³.

Entende-se, pois, que o desenvolvimento do bem jurídico penal é de suma importância no que tange a sua relevância perante a dogmática penal e sua aplicação no âmbito do Direito⁴⁴. Por isso, torna-se desproporcional punir o indivíduo sem que haja uma justificativa prática e razoável.

Nessa seara, o conceito de bem jurídico penal deveria ter a função de resguardar as condições de convivência da sociedade, devendo, portanto, interpretar o bem jurídico sob à luz da sociedade⁴⁵. Nesse aspecto, atualmente, percebe-se verdadeira desvirtuação do conceito de bem jurídico, o qual deveria servir como limitador ao direito de punir e não como seu fundamento⁴⁶.

Assim sendo, cabe destacar que o bem jurídico penal vem sendo utilizado para retribuir o mal causado com mal: a pena. Ocorre que, nas lições de Janaina Conceição Paschoal, a

⁴⁰ BOZZA, Fábio da Silva. **Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 151.

⁴¹ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

⁴² BOZZA, Fábio da Silva. **Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 151.

⁴³ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 110.

⁴⁴ FONSECA, Pedro Henrique Carneiro. **Tipicidade material e bem jurídico**: o tipo de lavagem de dinheiro e estrutura substancial do injusto. Tese em Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica. (Pós-Graduação). Belo Horizonte, Universidade Católica, 2018, p. 1-369. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FonsecaPHC_2.pdf. Acesso em: 20 out. 2021.

⁴⁵ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 9-10.

⁴⁶ PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003. p. 25.

prevenção e a retribuição são funções da pena e não do Direito Penal⁴⁷. Por isso, a aplicação da pena não deveria ser lastreada no conceito de bem jurídico.

Para alguns doutrinadores⁴⁸, a teoria do bem jurídico penal pode ser vista como aquela que traz referência aos elementos que forem considerados como fundamentais à sociedade. Por isso, o bem jurídico do Direito Penal será encontrado na Constituição do Estado, em que esta conterà os bens jurídicos essenciais e que merecem guarida do Direito Penal.

Desse modo, independente do conceito de bem jurídico empregado pela doutrina brasileira, a função deste está intimamente ligada ao estudo da criminologia, uma vez que os bens jurídicos devem ser estudados antes mesmo de a conduta ser tipificada como crime pelo legislador, a fim de se evitar que o Direito Penal se preocupe com bens jurídicos que podem ser tutelados por outros ramos do Direito. Sobre isso, Érica Babini pondera em sua pesquisa sobre a teoria dos bens jurídicos-penais:

A função de garantia indica a capacidade limitadora do bem jurídico em relação à atividade legiferante estatal, de modo que o legislador não pode criminalizar uma conduta, quando outras esferas do Direito são suficientemente capazes de responder à violação do valor normativamente protegido⁴⁹.

Por isso, a criminologia deve ser enfocada nos bens jurídicos relevantes e que causam efeitos na vida social do indivíduo, tal como o direito à vida, direito à propriedade. Portanto, só pode haver bens jurídicos quando há sua atuação na vida social, devendo, inclusive, ser relevante ao Direito Penal⁵⁰.

Ressalta-se que, no Estado Democrático de Direito, a delimitação do bem jurídico é socialmente essencial, posto que a tutela penal somente é legítima se o bem jurídico tiver a necessidade de ser protegido pelo Direito Penal⁵¹. Posto isso, a tutela somente será necessária

⁴⁷ PASCHOAL, Janaina Conceição. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Manole, 2003. p. 4.

⁴⁸ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2018, p. 19. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 6ª Ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 16. LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2 Ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003, p. 177.

⁴⁹ MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral. **A Teoria dos Bens Jurídico-Penais e o Direito Penal Moderno**: Uma releitura a partir dos Direitos Humanos. v. 12, n. 2, 2016, MACHADO. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/904/1060>. Acesso em: 20 jul. 2020.

⁵⁰ ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 28.

⁵¹ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 67.

quando imprescindível para o Direito Penal assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, considerando que a regra é a liberdade do indivíduo.

Assim, a tarefa legislativa deve ser sempre vinculada a determinados critérios pré-estabelecidos pela Constituição Federal, posto que a noção de bem jurídico nasce da ideia de que certos parâmetros gerais devem servir de orientação para o legislador na hora de criar o injusto penal⁵². Ou seja, sob essa ótica, a criação de injustos penais, com o objetivo de tutelar bens jurídicos, deve ser pautada na finalidade de garantir uma existência que satisfaça as necessidades vitais do indivíduo⁵³.

À vista disso, temos ainda, segundo ensinamentos de Paul Johann Feuerbach, o Direito penal que tutela direitos meramente subjetivos, ou seja, somente incide o direito penal sobre aqueles delitos que atacam o direito subjetivo natural da pessoa⁵⁴. Na visão de Feuerbach, a conduta do indivíduo deveria atingir o bem jurídico individual de forma concreta⁵⁵. Dentro dessa corrente, percebe-se, portanto, que o Direito penal tinha como objetivo proteger bens individuais.

A referida corrente acaba corroborando e intensificando a limitação ao direito de punir do Estado perante o indivíduo, isso porque, no processo de criminalização primária, o legislador penal somente pode criminalizar condutas que afrontem – violem – bem jurídico individual⁵⁶.

Contudo, na visão de Johann Michael Franz, o direito penal deveria proteger bens jurídicos materiais ou corpóreos. Ou seja, de acordo com o posicionamento de Franz, o direito somente deveria preocupar-se com condutas que acabassem violando bens materiais passíveis de lesão, assim como aqueles que possam ser radicados no mundo material⁵⁷.

Outro estudo que merece ser mencionado é a concepção construída por Binding, que compreende o bem jurídico como aquele previsto na norma penal, ou seja, a norma identifica o

⁵² PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 88.

⁵³ ROXIN, C. **Política criminal y sistema del Derecho Penal**. Trad. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1972. p. 27.

⁵⁴ COPETTI, André. **Direito penal e Estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 91.

⁵⁵ FEUERBACH, Anselm V. **Tratado de derecho penal**. Trad. de Eugênio R. Zaffaroni y Irmã Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. p. 64.

⁵⁶ MELO, Thiago Carvalho Bezerra de. **Bem jurídico penal: a contextualização do bem jurídico no Estado Social e Democrático de Direito**. Dissertação de Mestrado, Recife, 2005, Universidade de Pernambuco. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4288>>. Acesso em: 22 set. 2021.

⁵⁷ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Bien jurídico y estado social y democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal**. 2. ed. Santiago do Chile: Conosur, 1992. p. 27.

bem jurídico a ser tutelado pelo Estado⁵⁸. Na visão do doutrinador, existe uma dependência entre o bem jurídico e a norma penal. Portanto, a norma penal estabelece os bens jurídicos passíveis de proteção, elevando sua categoria, para que haja a proteção de bens vitais e fundamentais à sociedade em geral⁵⁹.

Franz Von Liszt contraria o posicionamento de Binding, ao afirmar que o bem jurídico é uma “realidade válida em si mesma”, idealizando uma corrente que defende que o Direito somente reconhece os interesses relevantes do indivíduo, não cabendo à norma a criação de bens jurídicos, mas tão somente os de encontrá-los, já que são bens jurídicos que já existem, independentemente de sua previsão no sistema jurídico⁶⁰.

Para Prado, o legislador ordinário deve sempre levar em consideração as diretrizes contidas na Constituição Federal e os valores por ela consagrados para definir os bens jurídicos, a julgar pelo caráter limitado da tutela penal. Ainda, segundo Prado:

A conceituação material de bem jurídico implica o reconhecimento de que o legislador eleva à categoria de bem jurídico, o que já na realidade social se mostra como um valor. Essa circunstância é intrínseca à norma constitucional, cuja virtude não é outra que a de retratar o que constitui os fundamentos e os valores de uma determinada época⁶¹.

Fábio Romeu Canton Filho, em sua tese de doutorado, destaca que a eleição de um bem jurídico é sempre pautada pela escolha dentre diversos valores apontados em dado momento⁶². Em síntese, sua visão é de que um grupo particular é vencedor, pois faz prevalecer seus valores.

Ou seja, entende-se que a tutela do direito penal somente pode ser a bens jurídicos de elevada importância ou de bens compatíveis com a ordem constitucional, análogos à dignidade. Essa posição é defendida por Diego Leal Nascimento, que reafirma que o direito penal é um

⁵⁸ MELO, Thiago Carvalho Bezerra de. **Bem jurídico penal: a contextualização do bem jurídico no Estado Social e Democrático de Direito**. Dissertação de Mestrado, Recife, 2005, Universidade de Pernambuco. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4288>>. Acesso em: 22 set. 2021.

⁵⁹ MIR, José Cerezo. **Curso de derecho penal español**. Madrid: Tecnos, 1993. p. 15.

⁶⁰ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 33.

⁶¹ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 88.

⁶² FILHO, Fabio Romeu. **A valoração do bem jurídico penal e a Constituição Federal de 1988: a evolução histórica das criminalizações no direito penal brasileiro**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Penal). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível: 10.11606/T.2.2009.tde-03052010-153358. Acesso em: 2023-07-18.

instrumento de proteção de bens jurídicos de maior importância⁶³. Essa afirmativa é sustentada na própria compreensão do direito penal como um direito de *ultima ratio*.

Na contextualização de Thiago Carvalho Bezerra de Melo, na defesa da sua dissertação de mestrado, o direito penal deve “abraçar à dignidade humana, isto é, a proteção exclusiva de bens jurídicos”⁶⁴. Essa definição se dá em razão de o direito penal constituir instrumento mais poderoso e incisivo do Estado, sobretudo porque tem a possibilidade de privar o indivíduo do seu bem mais valioso: liberdade. Por isso, a intervenção estatal somente pode ocorrer quando o bem jurídico penal for relevante ao ponto de necessitar da regulamentação do direito penal.

A relevância de delimitação encontra amparo no princípio da intervenção mínima do Direito Penal e no princípio da fragmentariedade, os quais trazem a ideia de que o Direito Penal somente pode tutelar bens jurídicos de ordem constitucional ou inerentes à doutrina democrática⁶⁵.

Cláudio Brandão leciona acerca do bem jurídico, discorrendo que o bem jurídico penal deve ser definido “como o valor tutelado pela norma penal funcionando como um pressuposto imprescindível para a existência da sociedade”⁶⁶.

Logo, a interferência do direito penal deve ser quando a lesão alcançar bem jurídico indispensável para o convívio humano. Essa atuação limitada é vinculada à função do direito penal, sendo este uma limitação ao Estado e ao *jus puniendi*.

Quando se pensa em bem jurídico tutelado, devemos levar em consideração que existe uma forte ligação entre ele e o direito penal, sobretudo porque é por meio deste último que há a prevenção de futuras afetações ao bem jurídico⁶⁷. A imposição de um bem jurídico penal deve surgir da concentração de valores que exigem a proteção do direito penal.

⁶³ NASCIMENTO, Diego Leal. **Bem jurídico-penal. Reajustando as expectativas em torno de sua função crítico-limitadora**. São Paulo: Dialética, 2021, p. 84.

⁶⁴ MELO, Thiago Carvalho Bezerra. **Bem jurídico penal: a contextualização do bem jurídico no Estado social e democrático de direito**. Mestrado (Dissertação de Mestrado em Direito Público). Universidade Federal de Pernambuco. Pernambuco, 2019. Disponível: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4288/1/arquivo5220_1.pdf>. Acesso em 18 de jul. 2023.

⁶⁵ BRICOLA, F. Constituição e escolha de bens jurídicos. Trad. Faria Costa. **Revista portuguesa de ciência criminal**. Coimbra: Aequitas, v. 4, 2, 1994. p. 16.

⁶⁶ BRANDÃO, Cláudio. Teoria jurídica do crime. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 9-10.

⁶⁷ FILHO, Fabio Romeu. **A valoração do bem jurídico penal e a Constituição Federal de 1988: a evolução histórica das criminalizações no direito penal brasileiro**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Penal). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/T.2.2009.tde-03052010-153358. Acesso em: 2023-07-18.

Todos os princípios que norteiam a escolha do bem jurídico tutelado penal são ligados ao princípio da insignificância e buscam verificar o grau de afetação ao bem jurídico e o seu conteúdo.

O Direito Penal tem como fundamento a intervenção mínima, a fragmentariedade, além da subsidiariedade como princípios que norteiam a positivação de uma conduta, já que não são todas as condutas que importam para o Direito Penal. A insignificância penal não disciplina o grau de relevância de determinado bem jurídico tutelado, mas somente o grau de afetação e o conteúdo do bem jurídico lesionado, fato que pode ser facilmente comprovado por meio da análise dos vetores existentes.

Apesar da importância da conceituação do bem jurídico tutelado penal e como é adotado na esfera penal, a insignificância penal leva em consideração a intensidade da lesão, recaindo o juízo de valor sobre a proporcionalidade da conduta e do dano ocasionado.

Por isso, não há como interpretar os vetores atuais sem que se considere o bem jurídico lesionado pelo agente ou até mesmo sem que seja identificada a natureza do crime, já que temos bens jurídicos que são de grande relevância ao ser humano.

Noutro giro, destaca-se que pensar o bem jurídico é o mesmo que buscar equilibrar sua proteção com fatores externos, averiguando a “reprovabilidade social da conduta ou até o grau de perigo concreto que causa a afronta ao objeto jurídico tutelado”⁶⁸.

Compreender o bem jurídico sob à ótica do princípio da insignificância é permitir que a sociedade entenda o limite da ofensividade que o objeto pode sofrer⁶⁹. Inclusive, o bem jurídico dá sentido a própria existência do direito penal.

A insignificância penal deve ser aplicada e estudado sob o enfoque dos bens jurídicos relevantes e que merecem a tutela do Direito Penal⁷⁰. Essa ideia decorre da necessidade de o legislador preocupar-se com condutas ínfimas e que lesionam bens jurídicos tidos como

⁶⁸ SANTANA, Hadassa Elizabeth Cândida de. **A reincidência como determinante na aplicação do princípio da insignificância na jurisprudência dos tribunais superiores: a valoração atribuída à conduta ante o bem jurídico nos casos de crimes contra o patrimônio**. 2019. Monografia. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/37160>>. Acesso em 19 de julho de 2023.

⁶⁹ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídico do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 9-10.

⁷⁰ Esse posicionamento é exposto por Luis Flávio Gomes, que reafirma em suas lições a ideia do direito penal como instrumento de tutela dos bens jurídicos de maior relevância para a pessoa. Por isso, não há como afastar a compreensão de que a intervenção do direito penal somente se justifica quando o bem for de extrema relevância e a lesão for intolerável.

irrelevantes⁷¹. Tal fato acabaria ferindo o princípio da intervenção mínima, princípio este utilizado como verdadeiro parâmetro na escolha dos bens jurídicos socialmente relevantes.

1.3 A função político-criminal do princípio da insignificância

A política criminal pode ser definida como aquela medida que visa prevenir o controle social, analisando a efetividade da norma prevista, sua proporcionalidade e o momento ideal para sua aplicação.

Nesse ponto, a política criminal, ao contrário do que muitos discorrem, não busca tão somente um controle repressivo, mas também a adoção de políticas ligadas à educação, rotinas sociais e culturais, dentre outras.

O Estado desconsidera que a política criminal é mais do que um mero instrumento de “combate” ao crime. Ao contrário disso, a política criminal tem como finalidade a averiguação e o estudo das causas que permeiam o âmbito criminal.

Nesse aspecto, por vezes, as medidas de repreensão previstas e aplicadas são reconhecidas como único e primordial instrumento de resolução. A partir desses pensamentos, não é forçoso dizer que as políticas criminais, em sua maioria, possuem perfil punitivista e retributivista, transportando a ideia de que a punição é a forma mais fácil de lidar com a criminalidade.

Com esse entendimento, o que podemos extrair da atualidade é que vivemos em um sistema de política criminal voltado à repreensão do agente, visto que todo o aparato do Estado – sistema prisional, execução das penas, aplicação das penas – é voltado para punir o agente. Aqui, a finalidade do Estado é desenvolver o mal praticado ao agente⁷². Nesse sentido, é notória a deturpação na aplicação das leis penais, eis que a política criminal vem sendo utilizada como mero instrumento de punição.

⁷¹ GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Intervenção Mínima para um Direito Penal Eficaz. In: **Revista dos Tribunais**. n. 800. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 484.

⁷² TORRES, Rafael Lima. **Política Criminal como limite à expansão do direito penal de perigo abstrato**. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Universidade de São Paulo. Disponível: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/24665/1/Rafael%20Lima%20Torres.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2022.

Ressalta-se, para o caso, que a política criminal também deve ser utilizada como interpretação coerente e razoável da legislação penal, não basta somente a intenção de punir⁷³. A partir dessa ideia de interpretação, nasceu o princípio da insignificância, a fim de que sejam afastadas penas desproporcionais às condutas que não alcançaram a ofensividade estabelecida pelo Direito Penal⁷⁴. Nesse enfoque, as políticas criminais deveriam orientar o legislador no momento da elaboração do tipo penal, como forma de controle preventivo da criminalidade. Ora, não basta a tipificação da conduta no ordenamento jurídico; é necessário, pois, que o Estado busque adotar medidas preventivas à prática da conduta.

Na visão da política criminal, não é proporcional, nem interesse do Estado, punir um indivíduo a uma pena privativa de liberdade quando a conduta é irrelevante no campo do Direito Penal. Por mais que as técnicas legislativas busquem evitar a incidência do direito penal em circunstâncias que podem ser reguladas por outras áreas, é inegável que condutas irrelevantes ou com ofensividade mínima acabem subsumindo aos tipos penais⁷⁵.

A doutrina⁷⁶ defende que a política criminal deve ser compreendida como as políticas de saúde, sociais, econômicas, por exemplo. Entretanto, não deve ser confundida com ciência, eis que aquela está intimamente vinculada ao estudo da atuação do Estado e o uso de seu poder. Nesse sentido, a conclusão a que chegamos é que a política criminal funciona como uma espécie de orientação ao Estado, para apontar, de acordo com a realidade atual da sociedade, o caminho a ser percorrido pelo sistema penal⁷⁷.

⁷³ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal**. Trad. José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003, p. 153.

⁷⁴ CINTRA, Adjair de Andrade. **Aplicabilidade do Princípio da Insignificância aos crimes que tutelam os bens jurídicos difusos**. Tese (Doutorado em Direito Penal). Faculdade de Direito, 2011. Universidade de São Paulo, 2011, p. 79. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13062012-165850/publico/Tese_simplificada_Adjair_de_Andrade_Cintra.pdf. Acesso em: 18 dez. 2022.

⁷⁵ CINTRA, Adjair de Andrade. **Aplicabilidade do Princípio da Insignificância aos crimes que tutelam os bens jurídicos difusos**. Tese (Doutorado em Direito Penal). Faculdade de Direito, 2011. Universidade de São Paulo, 2011, p. 58. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13062012-165850/publico/Tese_simplificada_Adjair_de_Andrade_Cintra.pdf. Acesso em: 19 dez. 2022.

⁷⁶ TORRES, Rafael Lima. **Política Criminal como limite à expansão do direito penal de perigo abstrato**. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Universidade de São Paulo. Disponível: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/24665/1/Rafael%20Lima%20Torres.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2022.

⁷⁷ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica. Norma jurídica e aplicação do direito. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 187.

Nesse sentido, o Brasil deixa evidente a espécie de política criminal no país, sobretudo quando nos deparamos com o perfil do preso. A esse respeito, Nelson Gomes dos Santos, ao fazer uma análise do perfil do preso no Brasil, apresentou os seguintes dados:

O perfil do preso no Brasil configura-se como mais uma face de nossa política criminal. De acordo com o “Mapa de Encarceramento” publicado pela Secretaria Nacional da Juventude em 2015, 54,8% dos presos no Brasil possuem entre 18 e 29 anos, 63,2% não possuem sequer o ensino fundamental completo, 60,8% são negros, 49,1% cometeram crimes contra o patrimônio e 25,3% praticaram tráfico de entorpecentes. Os dados “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias” (Ministério da Justiça, 2014) vão ao encontro dos anteriormente apresentados com pequenas variações e acréscimos de novas informações. Segundo esta fonte, portanto, 94% são homens, 58% estão na faixa etária entre 18 e 29 anos, 68% não possuem o ensino fundamental completo, 67% são negros, 57% são solteiros, 38% cometeram crimes contra o patrimônio e 27% ligados ao tráfico de drogas⁷⁸.

Salienta-se que o sistema jurídico penal atual demonstra que o Estado, no momento da aplicação da lei penal, e até mesmo no momento da elaboração do tipo penal (criminalização primária), é seletivo. Os dados demonstram não só a superlotação do sistema prisional brasileiro, mas também uma política criminal do encarceramento, em que este é visto como controle social e político.

O Estado não pode pensar só em um modelo puramente repressivo, sobretudo porque a criminalização de condutas não serve, por si só, como controle dos crimes. Existem caminhos diversos a serem construídos para se alcançar um controle efetivo, tais como a descriminalização, despenalização, desprisionalização e desinstitucionalização⁷⁹. O crime é criado por meio de lei, ou seja, somente existe crime quando uma decisão política a cria. Contudo, em que pese ser um ato praticado por sujeito humano, passível de modificação, para o legislador, a lei é o caminho mais fácil para um problema social extremamente delicado. Diante disso, não temos somente a opinião do representante do povo na hora da elaboração do crime, mas a própria opinião popular acaba influenciando, sobretudo porque o intuito do legislativo é apaziguar.

⁷⁸ JUNIOR, Nelson Gomes de Sant’Ana e Silva. **Política Criminal, saberes criminológicos e justiça penal: que lugar para a psicologia?** Tese (Pós-graduação em Psicologia). Universidade Federal do Rio Grand do Norte, 2017. Disponível em: https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/23744/1/NelsonGomesDeSant%27%27%27%27anaESilvaJunior_TESE.pdf. Acesso em: 20 jan. 2023.

⁷⁹ SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do direito penal e globalização**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 165-166.

Nessa perspectiva, são inúmeras as problemáticas existentes no momento da confecção do tipo penal, eis que, ainda que existam instrumentos preventivos à disposição do legislativo, a ideia punitivista e repressiva vem prevalecendo. Se não bastasse a falsa crença de que a tipificação de condutas é a solução, há influência no processo de criminalização por determinados grupos sociais, visto que são estes que detêm certo poder de mando e exercem grande pressão para que seus interesses prevaleçam. Portanto, é fácil perceber que existe uma seletividade durante a produção de determinado tipo penal, para que este somente atinja determinada classe social.

É importante destacar que o olhar da sociedade não pode ser voltado para a mera punição do indivíduo, tendo em vista que, no âmbito da pena, existem medidas preventivas ao crime, as quais podem ser utilizadas pelo legislador e aplicador do direito no caso concreto. No meio desse contexto, a adoção exclusiva de instrumentos repreensivos no controle do crime acaba cegando a sociedade e o legislativo, visto que um sujeito que é acusado de furto, estelionato ou tráfico de drogas, por exemplo, é condenado antes mesmo de existir um processo, pois a ideia é de que, para tais sujeitos, não cabem as garantias constitucionais ou tratamento digno⁸⁰.

Entretanto, o problema ocorre quando uma pessoa de classe alta ou média é acusada dos mesmos crimes (tráfico de drogas, furto e estelionato). A forma de tratamento é totalmente distinta daquela pessoa de classe média baixa, que recebe o mínimo para subsistir e mora, na maioria das vezes, em periferias ou favelas. É notório que o Estado é seletivo no momento da criminalização dessas condutas, seja em sua fase primária ou secundária⁸¹. Nesse aspecto, a política criminal, no sentido amplo, é pouco utilizada na atualidade, sobretudo porque o brocardo “bandido bom é bandido morto” vem se intensificando cada vez mais na sociedade e na própria casa legislativa.

Essa seletividade no tratamento pode ser evidenciada nos seguintes dados:

Enquanto o discurso de combate à corrupção e à moralidade no trato da coisa pública é generalizado, o emprego dos termos-pivô acima revela que a indicação de demonstração de “perigo”, “risco”, “desrespeito” e “repercussão

⁸⁰ JUNIOR, Nelson Gomes de Sant’Ana e Silva. **Política Criminal, saberes criminológicos e justiça penal: que lugar para a psicologia?** Tese (Pós-graduação em Psicologia). Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2017. Universidade do Rio Grande do Norte. Disponível em: https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/23744/1/NelsonGomesDeSant%27%27%27%27anaESilvaJunior_TESE.pdf. Acesso em: 20 jan. 2023.

⁸¹ Nelson Gomes, em sua obra, discorre sobre a criminalização primária e secundária, trazendo uma perspectiva interessante sobre a seletividade penal nos casos concretos. Para o autor, a presunção de inocência, o contraditório e a ampla defesa são violados em prol da “ordem pública” e da segurança da sociedade, fazendo que as vidas ali julgadas sejam consideradas descartáveis. JUNIOR, Nelson Gomes de Sant’Ana e Silva. **Política Criminal, saberes criminológicos e justiça penal: que lugar para a psicologia?** Tese (Pós-graduação em Psicologia). Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2017. Universidade do Rio Grande do Norte.

social” são endereçados aos “ladrões”. Quanto aos funcionários públicos, não há “repercussão social” em suas condutas, o que é contraditório, se se pensar que o peculato, por si só, indica como bem jurídico ofendido a própria administração pública, “em seu aspecto patrimonial e moral”. O uso dos termos-pivôs acima referidos fica mais evidente se analisarmos sua distribuição entre condenados e absolvidos, para cada grupo indicado⁸².

A pesquisa ora mencionada destacou que em 16,62% dos processos envolvendo crimes contra o patrimônio foram no sentido de utilizar palavras recorrentes, como, por exemplo, “risco” para condenar acusados, enquanto somente 0,93%, em relação aos crimes contra a administração, em apenas um caso envolvendo o crime do peculato, foi utilizado o termo “risco”⁸³.

Na pesquisa, ficou constatado que o tratamento dado pelo juízo aos acusados de crimes contra o patrimônio é totalmente distinto daqueles acusados pelos crimes contra a administração pública. Os dados extraídos da pesquisa demonstram o pensamento do julgador brasileiro, em sua maioria, e reforça o argumento de que “o sistema penal funciona plenamente para manter os sujeitos selecionados sob seu domínio”⁸⁴.

Compreende-se, pois, por essa exposição, que o princípio da insignificância deve ser tratado e reconhecido como medida despenalizadora⁸⁵ para evitar que essas pessoas sejam vítimas de um sistema falido, eis que, a partir do momento que o indivíduo entra no sistema prisional, em virtude da prática de um crime de caráter insignificante, sairá como um indivíduo perigoso, pois o ambiente carcerário constitui uma escola de crimes.

Admitindo-se, porém, que esse improvável legislador decida aliar-se às fileiras do direito penal regido por paradigmas de mínima intervenção, haverá de guiar-se, então, por

⁸² FERREIRA, Carolina Costa. **Discursos do sistema penal: a seletividade no julgamento dos crimes de furto, roubo e peculato nos tribunais regionais federais do Brasil**. 2010. 244 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade de Brasília, Brasília, 2010. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/7241>>. Acesso em: 31 de jul. 2023.

⁸³ FERREIRA, Carolina Costa. **Discursos do sistema penal: a seletividade no julgamento dos crimes de furto, roubo e peculato nos tribunais regionais federais do Brasil**. 2010. 244 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade de Brasília, Brasília, 2010. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/7241>>. Acesso em: 31 de jul. 2023.

⁸⁴ FERREIRA, Carolina Costa. **Discursos do sistema penal: a seletividade no julgamento dos crimes de furto, roubo e peculato nos tribunais regionais federais do Brasil**. 2010. 244 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade de Brasília, Brasília, 2010. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/7241>>. Acesso em: 31 de jul. 2023.

⁸⁵ CINTRA, Adjair de Andrade. **Aplicabilidade do Princípio da Insignificância aos crimes que tutelam os bens jurídicos difusos**. Tese (Doutorado em Direito Penal). Faculdade de Direito, 2011. Universidade de São Paulo, 2011, p. 58. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13062012-165850/publico/Tese_simplificada_Adjair_de_Andrade_Cintra.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022.

critérios e princípios tais que lhe permitam selecionar quais comportamentos humanos devem ser elevados à categoria de crime e quais as penas que lhes devem corresponder⁸⁶.

Vale registrar que a política criminal não pode ser estudada de forma individualizada, pois, segundo Laura Zúñiga Rodrigues⁸⁷, não há como chegar a um consenso sem analisar seu vínculo com a criminologia, com a sociologia e com o direito penal. Na busca pela conceituação do que seria política criminal, Thais Cristina Cândido e Fernanda Ifander, expõem que:

Fato é que o próprio Direito Penal é orientado pela Política Criminal, uma vez que ela, entre outras funções, é capaz de ‘definir os próprios limites da punibilidade’ (MASI, 2015). Por tal razão se afirma que ‘constitui a pedra angular de todo discurso legal-social de criminalização ou descriminalização’, na medida em que constantemente ressignifica as condutas, não sendo o processo de valoração político-criminal um ato individual (do agente político estatal) de compreensão do lícito/ilícito, mas sim um mecanismo de adequação social e constitucional.

É por isso que uma decisão judicial também deve ser considerada como uma política criminal, visto que poderá ditar o rumo do Direito Penal, além de servir como fundamento apto a flexibilizar e atualizar a rigidez da dogmática apresentada.

Nesse sentido, não há como aceitar que a política criminal sirva tão somente para punir e repreender condutas criminosas, pois estaríamos diante de instrumento meramente paliativo dos problemas sociais emergentes⁸⁸. As pessoas que sofrem uma investigação ou um processo penal, e são denominadas delinquentes, pertencem aos setores sociais de menor recurso⁸⁹.

Desse modo, evitar a inflação penal também é uma política criminal que deve ser observada pelo Estado, sobretudo porque a despenalização e a descriminalização são propostas que buscam retirar da esfera penal condutas que não apresentam alto grau de ofensividade.

A política criminal para os crimes de menor potencial ofensivo também visa resguardar a subsidiariedade e a proporcionalidade entre a conduta praticada e a pena imposta.

⁸⁶ CRUZ, Rogerio Schietti. **Insignificância penal**: os crimes de bagatela na dogmática e na jurisprudência. São Paulo: Juspodivm 2021. p. 22.

⁸⁷ RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga. (2001) **Política Criminal**. Madrid: Colex. ROXIN, Claus. (2000). **Política Criminal y sistema del derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi. p. 21/22.

⁸⁸ MASI, Carlo Velho. A funcionalização do Direito Penal a partir de critérios de política criminal. **Boletim IBC-CRIM**, São Paulo, ano 23, n. 270, maio/2015.

⁸⁹ ZAFFARONI, E. R.; BATISTA, N.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. (2003). **Direito Penal Brasileiro**. v. 1. Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan. p. 200/201.

A partir disso temos a linha funcionalista, defendida por Claus e adotada no presente trabalho, que sugere a política criminal dentro da dogmática penal, visando agregar aspectos valorativos nos elementos do crime⁹⁰.

O raciocínio da aludida posição é de que a lei não pode ser meramente aplicada pelo juiz, mas deve existir um estudo aprofundado acerca dos problemas ocasionados, visto que o “juiz não se limita a aplicar a lei ao caso concreto, ou seja a realizar um processo de subsunção mecânico amorfo, mas deve buscar a norma aplicável”⁹¹.

Apesar de ter sido adotado por muitos anos o sistema fechado, que se trata, na verdade, da interpretação da premissa maior⁹², viu-se a necessidade de se interpretar a premissa menor, que é a verificação da conduta do agente. Frente à concepção de Antônio García-Pablos, “o aspecto mais importante do processo de aplicação da lei não é a interpretação de seu teor – a premissa maior –, e sim a verificação da premissa fática à qual se refere – a premissa menor”⁹³.

A ideia de política criminal é totalmente vinculada a esse pensamento, eis que não se pode esgotar a compreensão do tipo penal exclusivamente, mas também deve abarcar o setor da realidade social.

Destaca-se, portanto, que o julgador, no sistema aberto, tem o papel de buscar a melhor solução para o caso – e mais justa. Nas lições de Heloiza Meroto:

O sistema não pode permanecer legitimado exclusivamente pela lógica e coerência de suas estruturas internas. Ele é mais interessante ao Direito Penal quando dirigido à determinada função, eleita, por sua vez, pela política criminal adotada pelo Estado. Neste sentido, um sistema que se volta a si próprio, permanecendo hermeticamente fechado a toda e qualquer espécie de valoração, proporciona uma forte ruptura com o seu objeto de aplicação, qual seja, o fato da vida socialmente inserido, acabando por gerar situações formalmente perfeitas, mas materialmente injustas⁹⁴.

⁹⁰ LUCA, Heloiza Meroto de. **A política criminal como critério teleológico da dogmática penal**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/D.2.2009.tde-21112011-102030. Acesso em: 2023-08-04.

⁹¹ LUCA, Heloiza Meroto de. **A política criminal como critério teleológico da dogmática penal**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/D.2.2009.tde-21112011-102030. Acesso em: 2023-08-04.

⁹² GARCÍA-PABLO DE MOLINA, Antônio. *Derecho Penal: introducción*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de La Universidad Complutense de Madrid, 2000, p. 509-510.

⁹³ LUCA, Heloiza Meroto de. **A política criminal como critério teleológico da dogmática penal**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/D.2.2009.tde-21112011-102030. Acesso em: 2023-08-04.

⁹⁴ LUCA, Heloiza Meroto de. **A política criminal como critério teleológico da dogmática penal**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/D.2.2009.tde-21112011-102030. Acesso em: 2023-08-04.

E mesmo assim, as flexibilizações do Direito Penal não podem se sobrepor às garantias constitucionais. De toda forma, a dogmática penal, vinculada à política criminal, não pode ser distanciada da realidade fática, devendo o julgador verificar os fatores sociais da conduta e as melhores resoluções para cada caso concreto, não mais se restringindo a aplicar a lei penal.

Por isso a relevância de um sistema aberto, pois, ao contrário do que se pensa, não se trata da ausência de sistematização, mas de assegurar o pensamento sistemático e ir além com o pensamento problemático⁹⁵.

Portanto, o princípio da insignificância vem sendo uma das alternativas mais justas e eficazes no caso concreto, já que o julgador se propõe a analisar além da premissa maior – dando maior relevo à premissa menor.

Isso se dá devido ao posicionamento atual de que o sistema não pode mais conviver com a ideia de afastamento das valorações sociais. Daí a importância do pensamento sistemático, eis que o princípio da insignificância faz parte dessa construção dogmática.

Dessa forma, é inegável que o princípio da insignificância é uma política criminal que merece maior atenção atualmente, visto que se trata de uma medida descriminalizadora, no sentido de assegurar determinadas garantias constitucionais, deixando de lado a ideia de que a prevalência da ordem e da segurança pública devem preponderar sobre os direitos fundamentais do indivíduo.

1.4 O Direito Penal Mínimo e a sua relação com o Princípio da Insignificância sob o enfoque criminológico: crise no sistema penal?

A criminologia tem o potencial de determinar a posição do Estado diante do conflito, uma vez que contribui com a arquitetura da atuação estatal por meio da política criminal.

Logo, o poder punitivo, no horizonte de análise da criminologia, tem amplo destaque em dois sistemas que interessam à presente pesquisa: direito penal máximo e mínimo. Tais organizações são marcadas pela magnitude do Poder Público diante do fenômeno criminal.

⁹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p. 34.

O direito penal máximo, alicerçado em uma política punitivista, preconiza que qualquer conduta, por mais irrelevante que seja, merece ser repreendida penalmente. Em contraposição total, o direito penal mínimo é

um tipo de ordenamento no qual o Poder Público ou, mais precisamente, o poder punitivo é rigidamente limitado à lei, seja em seu aspecto material ou processual. O direito penal mínimo seria, assim, condicionado e rigidamente limitado pela lei, correspondendo à mais significada tutela das liberdades individuais em face do poder punitivo⁹⁶.

Atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro passa por um movimento, em tese, de acolhimento da expressão mínima nos discursos criminológicos. Logo, a esfera penal deve ser procurada somente quando não há outro recurso apto a proteger os bens jurídicos. Nesse ponto, o Estado deve intervir o mínimo possível⁹⁷, para que não ofenda a liberdade do indivíduo.

O papel da criminologia na atualidade é, primordialmente, averiguar não só o crime ou o delinquente, mas também identificar e mapear o processo de produção do sistema de aplicação de justiça penal⁹⁸.

Outrossim é o posicionamento de Jorge de Figueiredo Dias, que destaca a importância da criminologia como uma ciência empírica e interdisciplinar, mas que é constituída também pelo fenômeno jurídico-criminal⁹⁹.

Heloiza Meroto¹⁰⁰, em suas lições, destaca a criminalidade como um problema político e social, circunstância que evidencia a importância da criminologia a partir da integração do indivíduo e a análise dos sistemas normativos.

A criminalidade constitui um complexo problema político social. É um problema político, porque, ao criminalizar determinada conduta, o direito penal adota uma decisão política de destacar determinado comportamento

⁹⁶ BERG, Beatriz. **Direito penal mínimo e mediação penal: aplicabilidade à violência doméstica contra a mulher**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. doi:10.11606/D.2.2018.tde-25092020-164128. Acesso em: 2023-07-18.

⁹⁷ PASCHOAL, Janaina Conceição. **Direito penal: parte geral**. 2ª ed. Barueri, São Paulo, Manole, 2015, p. 11.

⁹⁸ LUCA, Heloiza Meroto de. **A política criminal como critério teleológico da dogmática penal**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/D.2.2009.tde-21112011-102030. Acesso em: 2023-08-04.

⁹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra, 1997, p. 105-106.

¹⁰⁰ LUCA, Heloiza Meroto de. **A política criminal como critério teleológico da dogmática penal**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/D.2.2009.tde-21112011-102030. Acesso em: 2023-08-04.

humano como crime, imprimindo, de um lado, o desvalor da conduta e, de outro, a importância do bem jurídico-penal protegido. Também é um problema social, pois a criminalidade é uma questão que afeta toda a sociedade, atingindo não apenas o autor do delito, mas também seus familiares, as vítimas (reais ou potenciais), a comunidade, dentre inúmeros outros. O crime ativa um conflito de interesses que deve ser resolvido por toda a sociedade¹⁰¹.

Entender a criminalidade é importante para que seja definido o modo de agir e reagir a ela¹⁰². Nesse ponto, percebemos o vínculo existente entre a criminologia, a política criminal e a dogmática penal, no sentido de evidenciar que os aspectos instrumentais e valorativos do sistema penal devem compor a base do direito penal.

A base do direito penal deve ser sempre voltada aos preceitos constitucionais, a fim de que seja assegurado o limite do poder de punir do Estado. Pensando nisso, compreende-se que a política criminal tem a “competência para definir limites de punibilidade especialmente no direito constituído, como vetor de interpretação das normas penais”¹⁰³. E isso somente ocorre por meio da intermediação entre as áreas da criminologia e dogmática penal.

Apesar dessa intervenção multidisciplinar, busca-se sempre adotar, em relação à criminologia, um discurso de “proteção da sociedade”, na tentativa de aplicar leis mais severas e punições excessivas¹⁰⁴ – desproporcionais à conduta praticada.

Por isso, é importante estudar o processo de criminalização, para que se entenda o papel da criminologia na insignificância penal e a crise no sistema penal em razão da seletividade.

Segundo Zaffaroni e Nilo Batista, o processo seletivo de criminalização é dividido em duas etapas, denominadas de primária e secundária, sendo esta última fator determinante para identificar a seletividade do Direito Penal, visto que age diante da concretude do caso¹⁰⁵.

Na visão dos doutrinadores mencionados:

¹⁰¹ LUCA, Heloiza Meroto de. **A política criminal como critério teleológico da dogmática penal**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/D.2.2009.tde-21112011-102030. Acesso em: 2023-08-04.

¹⁰² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p. 112.

¹⁰³ LUCA, Heloiza Meroto de. **A política criminal como critério teleológico da dogmática penal**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/D.2.2009.tde-21112011-102030. Acesso em: 2023-08-04.

¹⁰⁴ FERREIRA, Carolina Costa. **Discursos do sistema penal: a seletividade no julgamento dos crimes de furto, roubo e peculato nos tribunais regionais federais do Brasil**. 2010. 244 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade de Brasília, Brasília, 2010. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/7241>>. Acesso em: 04 de agosto 2023.

¹⁰⁵ BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; ZAFFARONI, E. Raúl; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro I**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 43.

Apesar da criminalização primária implicar um primeiro passo seletivo, este permanece sempre em certo nível de abstração porque, na verdade, as agências políticas que elaboram as normas nunca sabem a quem caberá de fato, individualmente, a seleção que habilitam. Esta se efetua concretamente com a criminalização secundária.

[...]

Desta maneira, elas estão incumbidas de decidir quem são as pessoas criminalizadas e, ao mesmo tempo, as vítimas potenciais protegidas. A seleção não só opera sobre os criminalizados, mas também sobre os vitimados¹⁰⁶.

Além da criminalização secundária ser fator determinante para a seletividade do Direito Penal, busca realizar estudo acerca do biótipo dos delinquentes, os quais são considerados e vistos como pessoas desvaloradas. Sobre isso, ainda afirma Zaffaroni:

Por tratar-se de pessoas desvaloradas, é possível associar-lhes, o que resulta em fixar uma imagem pública do delinquente com componentes de classe social, étnicos, etários, de gêneros e estéticos. O estereótipo acaba sendo o principal critério seletivo da criminalização secundária, daí a existência de certas uniformidades da população penitenciária associadas a desvalores estéticos¹⁰⁷.

Ao contrário do que prega a criminologia atual – mas que é bastante visto no sistema penal –, o legislador, na segunda etapa, busca elaborar tipos penais que, possivelmente, serão praticados por determinados grupos. Por isso, destaca-se que a seletividade prepondera na criminalidade secundária, já que existe a criação de uma imagem pública do delinquente e seu estereótipo¹⁰⁸.

Luciano Feldens faz crítica em relação à desigualdade praticada pelo sistema penal quando estamos diante de um crime praticado contra o patrimônio e um crime praticado contra a administração pública – colarinho branco:

A extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo sonegado faz com que haja a impressão de que pessoas com melhor poder aquisitivo podem pagar para não serem punidos. Reforçando a ideia de que o ladrão comum será processado e julgado pelo Estado mesmo que devolva o dobro do que roubou,

¹⁰⁶ BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; ZAFFARONI, E. Raúl; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro I**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 44.

¹⁰⁷ BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; ZAFFARONI, E. Raúl; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro I**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 46.

¹⁰⁸ BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; ZAFFARONI, E. Raúl; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro I**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 46.

mas o sonegador fiscal que lesou toda sociedade sairá impune se pagar o valor omitido¹⁰⁹.

É necessário reafirmar as garantias/liberdades individuais constitucionais frente ao poder de punir do Estado, no sentido de evidenciar que existem limitações a serem seguidas.

Não há como negar que o Estado, em seu dever de punir, traz medidas desarrazoadas e desproporcionais para justificar a punição. Nas lições de Ippolito, o doutrinador explica que:

Trata-se, de fato, de uma curvatura semântica produzida sucessivamente no tempo, quando, em relação à legislação emergencial com a qual a política italiana tentou enfrentar o terrorismo, na segunda metade dos anos setenta, a cultura jurídica, de orientação progressista, reafirmou com força o primado dos direitos individuais de imunidade e de liberdade diante dos poderes punitivos do Estado. Garantismo se torna, então, o nome da teoria liberal do direito penal, ou seja, do paradigma normativo – de matriz iluminista – do —Direito Penal Mínimo.¹¹⁰.

O direito penal mínimo nos remete a ideia de que o direito penal é capaz de minimizar a violência da intervenção do Estado na esfera individual do agente agressor, condicionando-o aos limites rígidos, a fim de assegurar a tutela dos direitos da pessoa¹¹¹.

A ideia de um sistema de princípios é para limitar e condicionar o Direito Punitivo, assegurando o grau máximo de tutela das liberdades do cidadão frente aos atos abusivos do Estado. Com isso, ter-se-á um ordenamento jurídico racional, mantendo assegurados todos os princípios garantistas que tutelam o direito à liberdade do indivíduo¹¹². Exemplificando o garantismo penal e o direito penal mínimo, Ferrajoli esclarece que:

Uma norma de limitação do modelo de direito penal mínimo informada pela certeza e pela razão é o critério do favor rei, que não apenas permite, mas exige intervenções protestativas e valorativas de exclusão ou de atenuação da responsabilidade cada vez que subsista incerteza quanto aos pressupostos cognitivos da pena. A este critério estão referenciadas instituições como a

¹⁰⁹ FELDENS, Luciano. **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco**: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 69.

¹¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 52.

¹¹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 52.

¹¹² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 52.

presunção de inocência do acusado até a sentença definitiva, o ônus da prova a cargo da acusação, o princípio do *in dubio pro reo*, a absolvição em caso de incerteza acerca da verdade fática e, por outro lado, a analogia *in bonam partem*, a interpretação restritiva dos tipos penais e a extensão das circunstâncias eximentes ou atenuantes em caso de dúvida acerca da verdade jurídica. Em todos estes casos teremos certamente discricionariedade, mas se trata de uma discricionariedade dirigida não para estender, mas para excluir ou reduzir a intervenção penal quando não motivada por argumentos cognitivos seguros¹¹³.

Desse modo, em um contexto ideal, a punição dos delitos de bagatela deveria se enquadrar no cenário da criminologia minimalista. Abstratamente, é assim que se estrutura a esfera jurídica pátria.

Contudo, o estado de coisas mostra que as agências punitivas estão cada vez mais ativas, já que a imprecisão conceitual do princípio da insignificância impede a plena e efetiva aplicação do sistema mínimo de punição.

Isto é dizer que estamos em crise. A contradição se apresenta no fato de que a falta de objetividade dos critérios fixados na principiologia em comento acarreta a sanção de delitos ínfimos, o que se opõe à ideia de que a incidência do direito penal só deve ocorrer em crimes de relevante gravidade, situação almejada pela intervenção mínima.

Assim, em verdade, o nosso sistema goza de uma incongruência: ideologicamente minimalista, mas, na prática, flerta com as bases do direito penal máximo, uma vez que, pela ausência de filtros exatos, o Estado acaba interferindo em fenômenos ínfimos, sob a perspectiva de lesividade ao bem jurídico.

Destaca-se que o direito penal mínimo possui uma forte ligação com o direito penal, visto que o Estado Democrático de Direito pressupõe a ideia de uma função subsidiária do Direito Penal, a fim de que os bens jurídicos essenciais possam ser tutelados pelo Direito Penal, deixando a cargo de outras áreas os demais objetos tutelados¹¹⁴.

Roxin também já discorreu sobre a imprescindibilidade de restrição da tutela penal, pois o processo penal é um estigma para o condenado, além de que submete à “desclassificação e à exclusão social”¹¹⁵.

¹¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 84.

¹¹⁴ BERG, Beatriz. **Direito penal mínimo e mediação penal: aplicabilidade à violência doméstica contra a mulher**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. doi:10.11606/D.2.2018.tde-25092020-164128. Acesso em: 2023-07-18.

¹¹⁵ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 02.

À vista disso, o direito penal mínimo é uma extensão de diversos princípios, tais como o princípio da fragmentariedade, subsidiariedade, intervenção mínima e ofensividade. Decorre a idealização de que não deveria a esfera penal tutelar todo e qualquer bem jurídico¹¹⁶. Em outras palavras, o que se busca é medida menos gravosa ao agente que praticou lesão de menor grau¹¹⁷.

O que se extrai é que, atualmente, o Direito Penal vem sendo visto como primeira opção, destacando as demais esferas do Direito Penal, o que, conseqüentemente, gera uma inflação. Dito isto, Prado corrobora com o pensamento de que esse excesso não “garante maior proteção e mais efetiva aos bens jurídicos, conferindo ao sistema penal uma função meramente simbólica”¹¹⁸.

1.5 Fundamentos constitucionais e infraconstitucionais do princípio da insignificância

Preliminarmente, insta frisar que os princípios possuem papel importante na efetivação do Direito Penal, pois as normas jurídicas penais não comportam todas as situações possíveis, deixando lacunas e omissões quanto à aplicação da lei penal. Com isso, os princípios do ordenamento jurídico servem para orientar o aplicador da lei diante do caso concreto.

Dworkin, citado por Felipe Oliveira de Sousa, em sua obra *O raciocínio jurídico entre princípios e regras*, elaborou uma tese de distinção entre regras e princípios, fazendo uma crítica ao positivismo e esclarecendo que o positivismo exacerbado fornece um modelo de sistema jurídico constituído inteiramente e exclusivamente por normas, as quais, muitas vezes, deixam de abarcar casos considerados difíceis e complexos¹¹⁹.

Para o supramencionado filósofo, o sistema jurídico não é constituído somente de regras, mas também de princípios, os quais podem ser considerados como um mandamento de otimização, em que o magistrado irá se utilizar da técnica de sopesamento¹²⁰. Sobre a importância dos princípios, já esclareceu Luís Roberto Barroso:

¹¹⁶ FRANCO, Alberto Silva. **Código penal e sua interpretação**: doutrina e jurisprudência. Coord. Alberto Silva Franco, Rui Stoco. 8ª ed. São Paulo: **Revista dos tribunais**. 2007, p. 49.

¹¹⁷ ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 8.

¹¹⁸ PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e constituição. 7ª ed. São Paulo: **Revista dos tribunais**. 2014, p. 86.

¹¹⁹ SOUSA, Felipe Oliveira de. O raciocínio jurídico entre princípios e regras. **Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 192, p. 95-109, out./dez. 2011. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242932>. Acesso em: 22 jun. 2020.

¹²⁰ SOUSA, Felipe Oliveira de. O raciocínio jurídico entre princípios e regras. **Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 192, p. 95-109, out./dez. 2011. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242932>. Acesso em: 22 jun. 2020.

Mesmo no quadro da dogmática jurídica tradicional, já haviam sido sistematizados diversos princípios específicos de interpretação constitucional, aptos a superar as limitações da interpretação jurídica convencional, concebida sobretudo em função da legislação infraconstitucional, e mais especialmente do direito civil. A grande virada na interpretação constitucional se deu a partir da difusão de uma constatação que, além de singela, sequer era original: não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e as normas constitucionais em particular – trazem sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo pré-existente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização¹²¹.

Nesse sentido, atualmente, na tentativa de contenção da criminalidade, tem-se aplicado diversos instrumentos punitivos, como o aumento de penas, redução da maioria penal, flexibilização das garantias penais, tudo isso para conter o avanço da criminalidade, que só aumenta com o passar dos anos. Ocorre que os princípios penais servem como verdadeiro guia ao intérprete da lei, o qual não pode exceder sua competência e suas atribuições, tampouco pode aplicar a lei penal de forma contrária ou errônea.

Desta feita, antes de se adentrar efetivamente na seara do princípio da insignificância, deve-se frisar a importância do reconhecimento dos princípios como fonte de direito, os quais possuem papel fundamental na aplicação das normas penais, bem como servem de alicerce ao Estado Democrático de Direito atual. Conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Melo, os princípios servem como verdadeiro mandamento nuclear, orientando o julgador e buscando encontrar sempre a solução mais justa e proporcional¹²².

Interessante mencionar que os princípios só foram ser reconhecidos como obrigações normativas após a terceira fase pós-positivista¹²³, em que as constituições promulgadas das últimas décadas passaram a incorporar os princípios na ordem jurídica, os quais possuem eficácia derogatória e diretiva¹²⁴. Ao contrário das regras, os princípios se adequam ao dado momento histórico em que vive a sociedade, e podem ser descobertos dentro do próprio

¹²¹ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A Nova Interpretação Constitucional e o papel dos Princípios no Direito Brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, 2003. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf. Acesso em: 24 jun. 2020.

¹²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 451.

¹²³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 247.

¹²⁴ GUADANHIN, Gustavo de Carvalho. **Princípio da insignificância: uma análise dogmática e sua aplicação nos delitos contra a Administração Pública**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 26.

ordenamento jurídico, sem que haja a necessidade de alterar o texto legal¹²⁵. Isso só demonstra a importância dos princípios no ordenamento jurídico, transformando o sistema jurídico em verdadeiro produto aberto, evoluído e modificativo.

Nesse pensar, não se pode esquecer a relevância dos princípios na atualidade, posto que se comportam como verdadeiro fundamento normativo para eventuais interpretações e aplicação da norma penal ao caso concreto¹²⁶. No Direito Penal, os princípios se revelam verdadeira bússola para os magistrados, já que as decisões proferidas, sejam elas de juízes sejam de tribunais, devem ser proferidas em conformidade com as normas e com os princípios penais.

Em virtude desse caráter mandamental, o princípio da insignificância tornou-se fundamental na hora de o julgador aplicar norma proibitiva, em que não basta uma interpretação restritiva e literal da legislação penal, mas deve ser observado o bem jurídico tutelado. Isso se dá em razão de os princípios serem instrumentos reveladores de normas implícitas¹²⁷, não havendo a necessidade de se ter um rol taxativo.

Nesse sentido, verifica-se que os princípios na seara do Direito Penal possuem grande importância para a limitação do poder punitivo estatal. Dito isso, verifica-se que os princípios penais servem para suprir as lacunas deixadas pelo legislador, de modo a alcançar o atual Estado Democrático de Direito.

Nesse intento, os princípios penais, previstos na própria Constituição Federal, servem para garantir ao indivíduo seus direitos fundamentais e livrá-los das arbitrariedades do Estado.

Assim, há cada vez mais o reconhecimento da natureza de forma jurídica dos princípios, deixando estes de serem tão somente fontes do direito, com caráter secundário. Neste pensar, com o advento dos códigos, os princípios passaram a ter grande relevância no ordenamento jurídico, depois de se encontrarem nas constituições¹²⁸.

No âmbito penal, Ivan Luiz da Silva discorre brevemente acerca dos princípios penais e sua base constitucional.

¹²⁵ GUADANHIN, Gustavo de Carvalho. **Princípio da insignificância**: uma análise dogmática e sua aplicação nos delitos contra a Administração Pública. Curitiba: Juruá, 2018. p. 27.

¹²⁶ LARENZ, Karl. *Richitiges Recht* (p. 26) e *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. ed. p. 474 apud ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 35-36.

¹²⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 173.

¹²⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 18.

A base constitucional do Direito Penal evidencia-se em razão de sua missão primeira, que consiste em proteger os bens jurídicos mais relevantes contra as formas mais graves de agressão. Assim, como a Constituição alberga os bens jurídicos e interesses mais importantes para a sociedade é, pois, neste assentamento constitucional que a Lei Penal busca o fundamento para sua intervenção punitiva. Portanto, o Direito Penal toma o Texto Magno como parâmetro de referência para realizar sua missão de salvaguardar os bens jurídicos relevantes e criminalizar os fatos lesivos a esses bens¹²⁹.

Destaca-se, nesse aspecto, que a Constituição Federal, em seu art. 5º, estabelece um rol de garantias fundamentais, assegurando ao indivíduo a limitação ao poder de intervenção e de repressão do Estado. Como se verá mais à frente, é possível a exclusão da tipicidade material de uma conduta por meio da interpretação de princípios, o que demonstra a importância do seu reconhecimento como norma jurídica.

Enfatiza-se, assim, que os princípios, durante os anos, passaram a ter papel importante no sistema jurídico, servindo para nortear e informar não só as decisões judiciais, mas todo o contexto constitucional¹³⁰.

É de se evidenciar acerca da temática que a natureza jurídica é questão discutida na doutrina, em que não houve, até o presente momento, unanimidade acerca do caráter jurídico do princípio da insignificância. A natureza jurídica do referido princípio é dividida em três correntes, quais sejam: excludente de tipicidade, excludente de antijuridicidade e excludente de culpabilidade.

Por isso, também se mostra primordial apontar cada uma das correntes, a fim de demonstrar as ideias e os posicionamentos trazidos pela doutrina.

Destaca-se, dessa forma, que a corrente que sustenta que a natureza do princípio da insignificância é de excludente de tipicidade é a que mais encontra guarida na doutrina. Fazendo uma esclarecedora conceituação da tipicidade penal, Cláudio Brandão afirma que a tipicidade consiste na perfeita adequação da conduta humana ao modelo previsto em lei¹³¹.

Sánchez entende que a tipicidade penal se compõe de tipicidade formal e tipicidade material¹³². Assim, a conduta praticada pelo agente somente pode ser considerada típica se

¹²⁹ SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da Insignificância no direito penal**. 1. ed., 2004, Curitiba: Juruá, 2009. p. 62.

¹³⁰ BOMFIM, Thiago. **Os princípios constitucionais e sua força normativa**. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 101.

¹³¹ BRANDÃO, Claudio. **Teoria Jurídica do Crime**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 16.

¹³² SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 132.

houver a presença da tipicidade formal e a material, sendo esta última o juízo de valor que recai sobre a ofensa ao bem jurídico penalmente tutelado¹³³.

Por isso, o princípio da insignificância é tido como excludente da tipicidade material, uma vez que, embora o fato seja típico, se não houver ofensa relevante ao bem jurídico, não há como se falar em tipicidade material, sendo, então, afastada a tipicidade da conduta. Dessa forma, verifica-se que a mera adequação da conduta praticada pelo agente em face da conduta especificada em lei é insuficiente para tornar a conduta típica, devendo esta acarretar uma efetiva lesão ao bem jurídico. Sobre esse fato, já discorreu Luiz Flávio Gomes:

Já não é concebível que o juízo de tipicidade se resume a uma constatação puramente formalista ou literal (adequação gramatical da conduta à letra da lei). Para além desse nível meramente subsuntivo, o fato é típico quando o bem jurídico, revelado pela norma (de valoração), vem a ser concretamente afetado (ou por uma lesão ou por um perigo concreto)¹³⁴.

Acerca da natureza de excludente do princípio da insignificância, já se posicionaram o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, no sentido de reconhecerem que se trata, na verdade, de excludente de tipicidade material¹³⁵.

Assim, a tipicidade material serve, justamente, para ratificar o caráter fragmentário e subsidiário do direito penal, o qual só deve preocupar-se com bens jurídicos relevantes e condutas que acarretem ofensa grave. Partindo desse pensamento, a pequena ofensa ao bem juridicamente tutelado deve ser considerada atípica em sua essência.

¹³³ FONSECA, Pedro Henrique Carneiro da. **Tipicidade material e bem jurídico**: o tipo de lavagem de dinheiro e estrutura substancial do injusto. Belo Horizonte, 2018 (Tese de Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – Programa de Pós-graduação em direito, 2018. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FonsecaPHC_2.pdf. Acesso em: 21 dez. 2021.

¹³⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no Direito Penal**: não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico (*nullum crimen sine iniuria*), funções político-criminal e dogmático-interpretativa, o princípio da ofensividade como limite do *ius puniendi*, o princípio da ofensividade como limite do *ius poenale*. v. 8. São Paulo: RT, 2002. p. 18.

¹³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 167.925 MG 1998/0019732-0. Sexta Turma. Relator Ministro Luiz Vicente Gernicchiari. Publicado no DJe em: 01/02/1999. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/455669/recurso-especial-resp-167925-mg-1998-0019732-0>. Acesso em: 30 jun. 2020. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 84.412 / SP - SÃO PAULO, Rel. Ministro Celso de Mello. Julgamento: 19/10/2004. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicado no DJe em: 19-11-2004. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/767015/habeas-corpus-hc-84412-sp>. Acesso em: 01 jul. 2020.

Sobre a natureza jurídica do princípio da insignificância ser de excludente de antijuridicidade, uma parcela da doutrina sustenta que a análise valorativa da relevância do resultado ou da conduta do agente deve ser feita no âmbito da antijuridicidade¹³⁶.

Para Carlos Frederico Pereira, defensor da corrente exposta, a relevância ou irrelevância da ofensa do bem jurídico tutelado deve ser averiguada sob a ótica da antijuridicidade, uma vez que a norma exige a lesão significativa ao bem¹³⁷. Inclusive, referido posicionamento, também, é defendido por Miguel Reale Júnior:

Von Liszt lançou, por primeiro, nas 12^a e 13^a edições de seu trabalho, a distinção entre o que é formal e o que é materialmente antijurídico. No seu entender, um fato seria formalmente antijurídico enquanto contrário a uma proibição legal, e materialmente antijurídico por implicar na lesão ou perigo a um bem jurídico, ou seja, formalmente, a antijuridicidade se caracteriza como desrespeito a uma norma, a uma proibição da ordem jurídica; materialmente, como ataque a interesses vitais de particulares e da coletividade protegidos pelas normas estatuídas pelo legislador¹³⁸.

Para que a conduta possa ser considerada antijurídica, além de contrariar norma penal, a lesão ocasionada deve ser relevante ou, pelo menos, expor o bem jurídico ao perigo concreto.

Por isso, a antijuridicidade é considerada, para a corrente ora exposta, em razão da contrariedade entre a conduta praticada pelo agente face à lei penal, desde que tal conduta cause lesão grave ou relevante. Ainda que a corrente seja minoritária, já houve julgado que entendeu pela dualidade da antijuridicidade, senão veja-se:

Apesar da manifestação em contrário da maioria da doutrina brasileira, não se pode atribuir ao conceito de antijuridicidade uma conotação exclusivamente formal, quaisquer que sejam os riscos que se insiram nesse posicionamento¹³⁹.

Ainda que parcela mínima da doutrina entenda que o princípio da insignificância é uma excludente de antijuridicidade, a corrente majoritária entende que não há como aceitar tal fundamento, dado que a tese sustentada pela minoria apresenta um conceito único para fato

¹³⁶ FREITAS, Ricardo de Brito. O direito penal militar e a utilização do princípio da insignificância pelo Ministério Público. *in*: **Revista da ESMape**, ano 1, nº 1, 1996, p. 171.

¹³⁷ PEREIRA, Carlos Frederico de. O conceito de bem jurídico e o princípio da insignificância. **Revista do Ministério Público Militar**. Brasília: MPX, ano X, n. 13, 1991, p. 50 apud Ivan Luiz da Silva. Princípio da insignificância no direito penal. p. 60.

¹³⁸ REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 91.

¹³⁹ BRASIL. Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. **Apelação nº 283.949**, Relator Silva Franco. 23.11.1981.

típico e antijuridicidade¹⁴⁰. Defendendo sua tese de Doutorado, Adjair de Andrade Cintra afirma que:

Se a insignificância excluísse a antijuridicidade da conduta, isso faria com que o lesado (ainda que de forma insignificante) não pudesse buscar a reparação em qualquer outra esfera do direito, ou seja, o lesado não poderia cobrar, perante o juízo cível, o pagamento do valor (ainda que insignificante) subtraído¹⁴¹.

Nesse aspecto, é entendimento majoritário que a ofensividade da conduta ao bem jurídico deve ser valorada no âmbito da tipicidade e não da antijuridicidade¹⁴², haja vista que o juízo irá analisar a conduta praticada pelo agente e o seu resultado possivelmente danoso.

Para essa corrente, assim, o princípio da insignificância possui natureza jurídica de excludente de culpabilidade, em virtude de uma conveniência em não punir o agente em razão da ausência de proporcionalidade entre a pena aplicada e o fato ínfimo praticado.

A esse respeito, José Luís Guzmán compreende que a análise da insignificância no caso concreto decorre de grau de hierarquia, em que primeiro o juízo irá analisar o desvalor da conduta, seguido de sua modalidade objetiva, e, logo após, a culpabilidade do ato praticado pelo agente¹⁴³. Assim, parte da doutrina que defende tal corrente é partidária de que apenas ausente a culpabilidade do agente é que se pode afastar a punição.

Abel Cornejo, ao defender a natureza jurídica do princípio da insignificância como sendo excludente de culpabilidade, afirma que:

Excludente de culpabilidade – é mais plausível que o anterior – excludente de antijuridicidade – em abono à aplicação do princípio, por estimá-lo eficaz para o sistema penal, ademais por erigir-se em um limite à ingerência do Estado e um justificativo ético a aplicação de uma pena, considera uma exigente de pena, cuja aplicação se atribui aos juízes que – em casa caso concreto – deverão determinar se se encontram ante uma hipótese de insignificância ou

¹⁴⁰ REALE JUNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal: parte geral**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 145.

¹⁴¹ CINTRA, Adjair de Andrade. **Aplicabilidade do Princípio da Insignificância aos crimes que tutelam os bens jurídicos difusos**. Tese (Doutorado em Direito Penal). Faculdade de Direito, 2011. Universidade de São Paulo, 2011, p. 79. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13062012-165850/publico/Tese_simplificada_Adjair_de_Andrade_Cintra.pdf. Acesso em: 19 jun. 2020.

¹⁴² GOMES, Luiz Flávio; BRANDÃO, Claudio; WELZEL, Hans. FONSECA, Pedro Henrique Carneiro da.

¹⁴³ DALBORA, José Luís Guzmán. La insignificância: especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, n. 14. p. 41-81, abr./jun./ 1996.

se, pelo contrário, a conduta se reveste de importância suficiente para se constituir em um ilícito penal¹⁴⁴.

A corrente exposta não é aceita pela doutrina majoritária, uma vez que, se a conduta é considerada atípica em razão da ausência de tipicidade material, não se pode falar em análise da culpabilidade do agente. Ora, a vida pregressa do indiciado ou suas condições pessoais, quando o fato é considerado atípico, não possuem o condão de criminalizar o fato, já que temos o direito penal do fato, de modo que o julgador não pode vincular a conduta praticada aos comportamentos passados do acusado¹⁴⁵.

Além da natureza jurídica do princípio, não se pode deixar de abordar suas origens, as quais são muito debatidas. Tradicionalmente, costuma-se afirmar que o brocardo latino *minima non curat preator* foi o antecedente mais remoto do princípio da insignificância¹⁴⁶. Poder-se-ia dizer que o referido brocardo tratar-se-ia de uma limitação do Estado-Juiz em analisar crimes de pouca relevância, visto que a restrição de direitos do indivíduo deve ser obrigatoriamente necessária.

Reafirma-se que a doutrina majoritária defende que a origem do princípio da insignificância se deu no Direito Romano, com o brocardo latino *minima non curat preator*¹⁴⁷. Destarte, leciona Diomar Ackel, citado por Fagundes, que foi por meio do referido brocardo que o juiz deixava de se preocupar com os delitos de bagatela¹⁴⁸.

Nesse entendimento, o Direito Penal não pode ser visto como mera ciência abstrata, em que os operadores de direito devem aplicá-lo sob a ótica de problemas concretos. À vista disso, nasce o princípio da insignificância, o qual propõe ao direito penal cuidar apenas de situações

¹⁴⁴ CORNEJO, Abel. Teoría de la insignificancia. 1. ed. Buenos Aires: Ad – Hoc, 1997, p. 70. *Apud* Silva Ivan Luiz. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 68.

¹⁴⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**: de acordo com a Lei n 7.209 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 251.

¹⁴⁶ PINTO, Rafael Fagundes. **A Insignificância no Direito Penal Brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 21.

¹⁴⁷ Há, ainda, autores que não concordam que a existência do princípio da insignificância tenha se dado no Direito Romano; isso porque esta foi desenvolvida sob à luz do direito privado e não público. Afirma-se que o princípio da insignificância veio atrelado ao princípio da legalidade no período iluminista, como uma maneira de limitar o poder arbitrário e absolutista do Estado. (LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal**: análise à luz da Lei 9.009/95. São Paulo: RT, 1997; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Granada: Comares, 2002).

¹⁴⁸ PINTO, Rafael Fagundes. **A Insignificância no Direito Penal Brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 21-22.

que, além de serem formalmente típicas, causem lesão de grau relevante ao bem juridicamente tutelado¹⁴⁹.

O princípio da insignificância busca retirar do âmbito de tutela do Direito Penal condutas que são consideradas irrelevantes, e que trazem grau mínimo de lesividade ao bem jurídico tutelado. Carlos Vico Manãs assim discorre sobre o princípio da insignificância:

Ao realizar o trabalho de redação do tipo penal, o legislador apenas tem em mente os prejuízos relevantes que o comportamento incriminado possa causar à ordem jurídica e social. Todavia, não dispõe de meios para evitar também que sejam alcançados os casos leves. O princípio da insignificância surge justamente para evitar situações dessa espécie, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, como o significado sistemático político-criminal da expressão da regra constitucional do *nullumcrimensinelege*, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal¹⁵⁰.

Diante desse contexto, nasce o princípio da insignificância como uma política-criminal, formulado por Claus Roxin, o qual entende que o Direito Penal não deve preocupar-se com situações que ofendem de maneira irrisória o bem jurídico. Para Claus Roxin, trata-se de um mecanismo garantidor de uma justiça social. Nesse sentido:

Uma ordem jurídica sem justiça social não é um Estado de direito material, e tampouco pode utilizar-se da denominação de Estado social um Estado planejador e providencialista que não acolha as garantias de liberdade do Estado de Direito¹⁵¹.

É princípio que não encontra previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro; contudo, sua construção deu-se por meio de outros princípios assegurados, tais como o princípio da fragmentariedade e da intervenção mínima.

¹⁴⁹ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 92-94.

¹⁵⁰ MAÑAS, Carlos Vico. O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal. São Paulo: Saraiva, 1994 p. 56.

¹⁵¹ ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema jurídico-Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 20.

Para os que advogam pelo nascimento do princípio da insignificância no período iluminista, a justificativa encontra respaldo na necessidade de implementar instrumentos que limitassem o arbítrio judicial e a submissão do juiz à lei¹⁵².

Entende-se, pois, que o supramencionado princípio nasceu para reagir ao absolutismo impregnado pela monarquia, contando com o auxílio do princípio da legalidade. Ou seja, trata-se de princípio que se preocupa com a composição do tipo penal, tanto no seu aspecto formal quanto material¹⁵³.

No Brasil, ainda que o reconhecimento do princípio da insignificância tenha se dado de maneira tímida, verifica-se que existem posições que objetivam conceituar o princípio da insignificância e em quais situações ele poderia ser aplicado. Um dos primeiros doutrinadores a tratar sobre o assunto no Brasil foi Francisco Assis Toledo, o qual leciona que:

Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas¹⁵⁴.

Nota-se que, para Francisco Assis Toledo, algo insignificante é algo de reduzido valor, não podendo o Direito Penal tutelar toda e qualquer conduta, ainda que prevista em norma abstrata como típica.

Assim, ainda que não seja pacificada a origem do princípio da insignificância, chega-se à conclusão de que o presente princípio é, na verdade, uma criação da doutrina e dos tribunais, os quais possuem a finalidade de evitar que o Direito Penal puna condutas que são irrelevantes e que não causem dano grave ao bem jurídico tutelado. Corroborando com a conceituação do princípio da insignificância, Ivan Luiz da Silva esclarece que:

De nossa parte conceituamos o Princípio da Insignificância como aquele que interpreta restritivamente o tipo penal, aferindo qualitativa e quantitativamente o grau de lesividade da conduta, para excluir da incidência penal os fatos de poder ofensivo insignificante aos bens jurídicos penalmente

¹⁵² LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal**: análise à luz da Lei 9.009/95. São Paulo: RT, 1997. p. 45.

¹⁵³ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal**: análise à luz da Lei 9.009/95. São Paulo: RT, 1997. p. 46.

¹⁵⁴ TOLEDO, Francisco Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 133.

protegidos. Sua enunciação pode ser reconhecida pela máxima romanística *nullum crimen sine injuria*, como tem ensinado a doutrina alhures¹⁵⁵.

A melhor conceituação para o princípio da insignificância é de Vico Manãs, o qual trata o referido princípio como uma forma de política-criminal, dando ao princípio da insignificância a finalidade de descriminalizar condutas que sejam consideradas ínfimas e que não apresentem qualquer relevância jurídica para o Direito Penal¹⁵⁶.

Roxin tratou sobre o princípio da insignificância, afirmando que se parte da ideia de que aqueles atos ilegais sem duração e sem consequências dignas de causar dano relevantes não são prejudiciais e, portanto, não merecem tutela do Direito Penal¹⁵⁷.

Apesar de o legislador ser omissivo quanto ao princípio da insignificância, a doutrina e a jurisprudência vêm desempenhando papel importante na construção e no reconhecimento do referido princípio nas situações concretas. Tal dogmática é importantíssima para que seja demonstrado que o Direito Penal não pode ser utilizado como único meio, nem mesmo como o mais eficaz¹⁵⁸.

Ora, deve ser observada a proporção entre o delito praticado e a pena que será imposta, a fim de que o agente não sofra uma reprovabilidade desproporcional ao mal causado. Tal afirmativa é derivada das ideias de Beccaria, que via a pena como medida proporcional se houvesse, de fato, dano relevante¹⁵⁹.

A finalidade do princípio da insignificância é evitar que a liberdade do indivíduo seja privada inutilmente¹⁶⁰, devendo existir uma proporcionalidade entre a pena aplicada e o delito cometido. Inclusive, a necessidade de evitar que o Direito Penal intervenha de forma arbitrária na esfera individual do indivíduo pode ser corroborada pela legislação brasileira passada, em que esta é utilizada como verdadeiro precedente acerca do princípio da insignificância¹⁶¹.

O texto do art. 2º, do Código Criminal de 1830, dispunha que a tentativa de crime a que não fosse imposta pena que a de “*dous mezes*” e prisão simples poderia deixar de ser punida. A

¹⁵⁵ SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 95.

¹⁵⁶ MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 39.

¹⁵⁷ ROXIN, Claus. **Política Criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 53.

¹⁵⁸ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.009/95**. São Paulo: RT, 1997. p. 46.

¹⁵⁹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 50-52.

¹⁶⁰ MARAT, Jean Paul. **Plan de legislácio criminal**. Buenos Aires: Hamurabi, 2000. p. 78.

¹⁶¹ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 30.

justificativa para a não punição das tentativas nas hipóteses discriminadas no referido dispositivo eram com vistas a garantir que o Direito Penal não caísse em um excessivo rigor teórico, sem analisar a conduta¹⁶². E mais, não só a doutrina se manifestava acerca da aplicação do princípio da insignificância, mas também a jurisprudência brasileira, que chegou a decidir casos de pequena monta, afastando-se a tipicidade material¹⁶³.

Nesse âmbito, visando delimitar a aplicação do princípio da insignificância, o Supremo Tribunal Federal fixou critérios específicos, para que o magistrado, diante do caso concreto, aplique o princípio da insignificância. Contudo, será demonstrado adiante que os vetores estabelecidos são demasiadamente confusos e não trazem segurança jurídica, haja vista que as decisões que aplicam o princípio da insignificância são dotadas de subjetividade.

Ressalta-se a esse respeito, que o princípio da insignificância, ainda que não esteja previsto no ordenamento jurídico de forma expressa, sustenta sua existência nos princípios penais constitucionais e infraconstitucionais¹⁶⁴, sob a justificativa da efetivação do Estado Democrático de Direito. Por isso, não basta o legislador tipificar os tipos penais; dessa forma, o magistrado, diante do caso concreto, deve fazer uma ponderação, analisando a conduta do agente e suas consequências, a fim de evitar penas desnecessárias e desproporcionais.

Para compreender a base do princípio da insignificância no ordenamento jurídico, deve-se verificar os princípios penais.

Para o princípio da fragmentariedade, o Direito penal só deve se preocupar com ofensas graves, as quais devem ser comprovadas por intermédio do grau de lesividade e de inadequação das condutas aos bens jurídicos protegidos¹⁶⁵. Trata-se de verdadeira seleção dos bens que serão protegidos e das formas de lesividade que serão consideradas significantes, a ponto de serem punidas pelo Direito Penal¹⁶⁶.

Nesse aspecto, entende-se que a base do princípio da fragmentariedade é que todos os bens juridicamente tutelados passarão a fazer parte de uma pequena parcela que é protegida

¹⁶² BARRETO, Tobias. **Comentário teórico e crítico ao código criminal brasileiro**. Estudos de Direito Penal. Coleção História do Pensamento Brasileiro. Brasília: Editora do Senado, 2004. p. 158-159.

¹⁶³ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal**: análise à luz da Lei 9.009/95. São Paulo: RT, 1997. p. 39.

¹⁶⁴ PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e constituição. 4ª Ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2009, p. 82.

¹⁶⁵ SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 132.

¹⁶⁶ BRICOLA, Francesco. **Bene giuridico e tutela dell' onore**. Milano: Giuffrè, 1974, p. 86.

pelo Direito Penal, ratificando a sua natureza fragmentária¹⁶⁷. Sobre a fragmentariedade do Direito Penal, Muñoz Conde explica que:

Nem todas as ações que atacam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, nem tampouco todos os bens jurídicos são protegidos por ele. O Direito Penal, repito mais uma vez, se limita somente a castigar as ações mais graves contra os bens jurídicos mais importantes, daí seu caráter 'fragmentário', pois que de toda a gama de ações proibidas e bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico, o Direito Penal só se ocupa de uma parte, fragmentos, se bem que da maior importância¹⁶⁸.

Dito isso, verifica-se que o princípio da fragmentariedade pode ser conceituado como aquele que garante ao Direito Penal a tutela de pequena parcela de bens jurídicos, limitando os bens que poderão estar sob sua proteção, e delimitando sua importância e necessidade à sociedade. Por isso, o Direito Penal não foi construído com objetos próprios e exclusivos, mas se formulou por meio de bens jurídicos seletivos, os quais não poderiam ser tutelados por ramo diverso¹⁶⁹.

Sobre a questão, para Muñoz Conde, o princípio da fragmentariedade aparece sob uma tríplice forma nas legislações vigentes, ao afirmar que, inicialmente, a fragmentariedade surge para defender o bem jurídico contra agressões de especial gravidade, passando, inclusive, a exigir determinadas intenções e tendências¹⁷⁰.

Já em segundo aspecto, tal princípio surge para tipificar somente uma parte do que nos demais ramos do ordenamento jurídico se estima como antijurídico. E, por fim, deixa de punir práticas que são consideradas reprováveis moralmente¹⁷¹. Corroborando, Berg afirma que:

Nesse sentido, a intervenção penal não se presta à tutela de todo e qualquer bem jurídico, nem a toda e qualquer ação ou omissão que venha a lesá-lo, destinando-se apenas aos ataques mais insuportáveis a bens jurídicos fundamentais, de maior relevância. Ou seja, mesmo que um bem mereça proteção do Direito Penal, não é toda e qualquer lesão que ensejará a sua incidência. Com efeito, uma proteção penal absoluta e generalizada

¹⁶⁷ FRANCO, Alberto Silva. **Código penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência**. Coord. Alberto Silva Franco, Rui Stoco. 8ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007, p. 49.

¹⁶⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**, Barcelona, Bosch. p. 71-72.

¹⁶⁹ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.009/95**. São Paulo: RT, 1997. p. 61.

¹⁷⁰ BITENCOURT, César Roberto; PRADO, Luiz Régis. Princípios fundamentais do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, v. 15, 1996. p. 83.

¹⁷¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**, Barcelona, Bosch. p. 72.

caracterizaria um Estado policial, causando angústia e insegurança aos cidadãos¹⁷².

Percebe-se, então, a importância do referido princípio como fundamento do princípio da insignificância, trazendo como um dos principais argumentos a permissão do Direito Penal somente se preocupar com condutas que apresentem aceitável gravidade aos bens jurídicos relevantes. Diz-se fragmentário porque se concentra nos fragmentos de uma dada realidade e não sobre um todo¹⁷³.

Outro princípio que serve como embasamento para o princípio da insignificância é o da subsidiariedade, o qual pressupõe que o Direito Penal somente irá agir quando os demais ramos do Direito se mostrarem insuficientes.

A jurisprudência brasileira já entende pela subsidiariedade do Direito Penal, afirmando que este só deve ser utilizado quando não houver meios eficazes.

A Ministra Carmen Lúcia, em julgado de *Habeas Corpus*, já entendeu que: “Não há se subestimar a natureza subsidiária, fragmentária do direito penal, que só deve ser acionado quando os outros ramos do direito não sejam suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos”¹⁷⁴. Ainda, sobre o princípio da subsidiariedade, Claus Roxin discorre acerca da natureza subsidiária do Direito Penal, sustentando que:

O Direito Penal é de natureza subsidiária. Ou seja: somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para uma vida em comum ordenada. Onde bastem os meios do direito civil ou do direito administrativo, o Direito Penal deve retirar-se [...] conseqüentemente, e por ser a reação mais forte da comunidade, apenas se pode recorrer a ela em último lugar¹⁷⁵.

Partindo dessa premissa, a natureza subsidiária do Direito Penal foi construída para demonstrar que a sanção é a *ultima ratio*, haja vista tratar-se de intervenção demasiadamente

¹⁷² BERG, Beatriz. **Direito penal mínimo e mediação penal: aplicabilidade à violência doméstica contra a mulher**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. doi:10.11606/D.2.2018.tde-25092020-164128. Acesso em: 2023-07-19.

¹⁷³ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**: lineamentos para um direito penal mínimo. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 119.

¹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 96.370**, rel. min. Cármen Lúcia, j. 18-10-2011, 1ª T, DJE de 2-3-2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21273423/habeas-corpus-hc-96370-rr-stf/inteiro-teor-110301921>. Acesso em: 25 jun. 2020.

¹⁷⁵ ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 28.

gravosa do Estado. Nesse caso, sendo o Direito Penal ramo mais drástico e punitivo de que dispõe o Estado, este só poderá recorrer quando todos os outros ramos do Direito se mostrem ineficazes ou insuficientes para tutelar o bem juridicamente protegido¹⁷⁶.

Nesse sentido, já leciona Nilo Batista, o qual afirma que:

A subsidiariedade do direito penal, que pressupõe sua fragmentariedade deriva de sua consideração como ‘remédio sancionador extremo’, que deve, portanto, ser ministrado apenas quando qualquer outro se revele ineficiente; sua intervenção se dá unicamente quando fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do direito¹⁷⁷.

A partir disso, a medida que visa a tutela dos bens jurídicos deve ser proporcional à conduta praticada. Por isso, o princípio da subsidiariedade, que serve como norteador do princípio da insignificância, orienta o legislador e o próprio intérprete diante do caso concreto a observar medida legal menos gravosa ou suficiente que o Direito Penal¹⁷⁸.

Nessa intenção, para Silva, o princípio da insignificância acaba realizando – e efetivando na prática – os princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade, servindo como verdadeiro instrumento qualitativo-quantitativo das condutas relevantes, os quais afetam gravemente o bem jurídico tutelado¹⁷⁹.

A doutrina leciona que o princípio da subsidiariedade se fundamenta no caráter liberal do Estado, em que este deve, ao proteger os bens penalmente relevantes, fazer da forma menos gravosa possível aos direitos fundamentais do indivíduo¹⁸⁰. Ora, não há justificativa para o Estado utilizar medida gravosa quando existem meios menos gravosos e eficazes para conter a conduta do agente e tutelar o bem jurídico. Sobre isso, afirma Luiz Flávio Gomes:

Nem todos os bens de elevada dignidade (merecimento) necessitam de tutela penal. A decisão de eleger o meio mais contundente (direito penal) pressupõe, assim, um exame razoável de todas as perspectivas, para se constatar que nada

¹⁷⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 14.

¹⁷⁷ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Revam, 2005. p. 86-87.

¹⁷⁸ SILVA, Eduardo Sanz de Oliveira e. O princípio da Subsidiariedade e a Expansão do Direito Penal econômico. In: D’AVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Coord). **Direito Penal Secundário**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 207.

¹⁷⁹ SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 133.

¹⁸⁰ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.009/95**. São Paulo: RT, 1997. p. 61.

melhor que ele existe. A preferência tem que recair, em princípio, nos meios menos drásticos, isentos de violência¹⁸¹.

Dessa forma, é mais do que evidente que o Direito Penal só poderá intervir aplicando determinada sanção, quando houver a impossibilidade da tutela por meio dos demais ramos do Direito. Assim, se determinada conduta pode ser controlada e punida por meios não criminais do Direito Penal, este não deve intervir, sob pena de cometer arbitrariedades.

Por fim, tem-se o postulado da intervenção mínima, o qual dispõe que o Estado deve intervir minimamente, visto que a liberdade do indivíduo é a regra no sistema processual penal. Tal princípio é visto como responsável pela indicação dos bens de maior relevo e que merecem amparo maior do Direito Penal. Inclusive, tem função de descriminalizar a conduta tida como irrelevante¹⁸².

Trata-se, dessa forma, de verdadeira política criminal, que visa interligar o princípio da intervenção mínima aos demais princípios jurídicos penais, para que seja adequado ao Estado Democrático de Direito¹⁸³. Sobre o referido princípio, Heleno Cláudio Fragoso explica que:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanções ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada, forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade¹⁸⁴.

Enquanto o princípio da intervenção mínima estabelece uma necessidade de se prever que determinadas condutas sejam primariamente prevenidas por outros ramos do Direito, o princípio da fragmentariedade prevê que, quando os demais ramos apresentarem medidas insuficientes, o Estado deverá tutelar o bem jurídico¹⁸⁵.

¹⁸¹ GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: Introdução e princípios fundamentais**. v. 1., 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2009. p. 296.

¹⁸² PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 68.

¹⁸³ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 85.

¹⁸⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro, Forense, 1985, v. 1. p. 32.

¹⁸⁵ CINTRA, Adjair de Andrade. **Aplicabilidade do Princípio da Insignificância aos crimes que tutelam os bens jurídicos difusos**. Tese (Doutorado em Direito Penal). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo,

Nesses casos, o princípio da insignificância fundamenta-se no referido princípio, dado que somente se torna justificável a intervenção do direito penal quando extremamente necessário para a proteção dos bens jurídicos e da sociedade. Nesse sentido, ainda afirma Isaac Sabbá:

O direito penal deixa de ser o ponto remédio contra a generalidade dos males sociais, na medida em que existem meios outros, do Estado ou do sistema social, mais eficazes a esse fim. Ao direito criminal ficaria reservada a proteção de bens vitais para a sociedade, desde que outra forma não se mostrasse mais eficaz e que o meio punitivo fosse o mais adequado. Assim, a função da justificação do direito penal do Estado advém da necessidade da pena para garantir a manutenção da ordem jurídica e, conseqüentemente, para a segurança da sociedade¹⁸⁶.

Assim sendo, o princípio da intervenção mínima possui dois elementos estruturantes para a sua construção, quais sejam: a fragmentariedade e a subsidiariedade. Para a doutrina majoritária¹⁸⁷, os princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade são elementos da intervenção mínima, considerando que os conceitos trazidos, seja pela doutrina ou pela jurisprudência, vinculam tais princípios ao da intervenção mínima¹⁸⁸.

A intervenção mínima, nesse aspecto, está intimamente ligada à criminalidade primária, e ainda que esta tenha seguido os parâmetros legais, o objetivo é evitar que o legislador tipifique fatos irrelevantes ou indignos da proteção penal¹⁸⁹. Inclusive, Rafael Fagundes trata sobre a intervenção mínima no momento da aplicação da norma:

Apesar de estar mais frequentemente associado ao processo de criminalização primária, atuando na vedação da criação de tipos penais desnecessários, nada impede que o princípio da intervenção mínima atue no momento da criminalização secundária, fazendo valer preceitos diante de casos concretos. Afinal, se apenas as formas mais graves de afetação do bem jurídico devem ser criminalizadas, resulta como uma decorrência lógica dessa assertiva, que,

2011. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13062012-165850/publico/Tese_simplificada_Adjair_de_Andrade_Cintra.pdf. Acesso em: 19 jun. 2020.

¹⁸⁶ GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Intervenção Mínima para um Direito Penal Eficaz. In: **Revista dos Tribunais**. n. 800. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 484.

¹⁸⁷ LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 27; QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 115-120.

¹⁸⁸ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 69.

¹⁸⁹ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 38.

mesmo nestes casos, a incidência da lei penal somente se justifica em lesões de certa intensidade¹⁹⁰.

A ligação entre o princípio da insignificância e o princípio da intervenção mínima torna-se evidente quando trazidas as ideias da doutrina em relação à intervenção do Estado. Ou seja, se medidas cíveis e administrativas são suficientes para conter e restabelecer a ordem jurídica¹⁹¹, não deve o Direito Penal intervir, pois se trata de conduta que pode ser repreendida por medidas adotadas nos demais ramos.

Obviamente, diante de casos em que a conduta é insignificante, deve-se fazer valer o princípio da intervenção mínima, dispensando a sanção penal, considerando-se a possibilidade de adoção de medidas suficientes nos demais ramos do Direito. Referido princípio obriga o legislador, e o próprio intérprete da lei, a aplicar o Direito Penal em bens devidamente seletivos¹⁹² – e que não podem ser protegidos por outras áreas do Direito, sem que isso implique prejuízo à vítima.

Portanto, o objetivo do princípio é justamente orientar o legislador no momento da seleção dos bens jurídicos tidos como mais relevantes e importantes penalmente e no convívio em sociedade, como também serve de norte ao legislador para eliminar a proteção do Direito Penal sobre bens que podem ser tutelados por outros ramos do direito¹⁹³.

O princípio da ofensividade é aquele que tem por finalidade limitar a atividade do legislador quando da incriminação das condutas. O pressuposto central desse princípio é de que, para que haja a tipificação de determinada conduta, deve existir perigo concreto a um interesse/bem juridicamente relevante¹⁹⁴.

Faz-se importante salientar, para o que se está discutindo nesta investigação, que a adoção do princípio da insignificância busca afastar a incidência da lei penal para aquelas condutas que são consideradas irrelevantes, e que, no caso concreto, não afetam qualquer bem jurídico; ou sua lesividade é ínfima. São condutas que a sociedade, embora as reprove em seu

¹⁹⁰ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 70.

¹⁹¹ BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. Brasília: Senado Federal, 2004. p. 177-178.

¹⁹² PRADO, Luis Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 69.

¹⁹³ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 57.

¹⁹⁴ BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. Trad. Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 1966. p. 217.

aspecto moral, não repercutem diretamente sobre qualquer bem de terceiros¹⁹⁵. Nesse sentido, leciona Sarrule:

As proibições penais somente se justificam quando se referem a condutas que afetem gravemente a direitos de terceiros; como consequência, não podem ser concebidas como respostas puramente éticas aos problemas que se apresentam senão como mecanismos de uso inevitável para que sejam assegurados os pactos que sustentam o ordenamento normativo, quando não existe outro modo de resolver o conflito¹⁹⁶.

A doutrina apresenta quatro funções principais do princípio da insignificância, que, segundo Nilo Batista¹⁹⁷, podem ser denominadas como: proibição da incriminação de condutas internas ao agente, tal como é o caso de ideias, pensamentos, desejos ou a mera cogitação do cometimento da infração penal. A segunda função é a proibição da incriminação de conduta que não exceda o âmbito do próprio agente, ou seja, a ausência de lesividade ao bem jurídico alheio¹⁹⁸.

Por conseguinte, a terceira função pode ser tida como a proibição de incriminação de simples estados ou condições existenciais. Tal função impede o Direito Penal de autor, impondo ao juízo a análise do fato. Sobre o Direito Penal de Autor, Luiz Flávio Gomes leciona que:

O chamado Direito Penal de autor constitui a antítese do Direito Penal do fato. Trata-se de Direito Penal ‘autoritário’ ou ‘totalitário’, que foi defendido, por exemplo, pela doutrina alemã do regime nazista, que sustentou a ideia de que o homem deve ser julgado não pelo que ‘faz’ senão pelo que ‘é’. Para o Direito Penal de autor, portanto, não interessa tanto se o agente faz ou omite (ou seja: o fato do agente) senão quem – personalidade, notas e características do autor – faz ou omite (importa a pessoa do autor, isto é, o agente)¹⁹⁹.

Por fim, tem-se a última função do Direito Penal, sendo a proibição da incriminação de condutas, as quais, embora moralmente reprováveis ou tidas como desvirtuadas pela

¹⁹⁵ Jorge Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade prelecionam que “é ilegítimo criminalizar por razões exclusivamente moralistas. O mesmo vale para as condutas que relevam de particulares representações subculturais ou se afastam dos padrões normais de respeitabilidade, eudemonismo, felicidade ou perfeição” (Criminologia – O homem delinquente e a sociedade criminógena, p. 407).

¹⁹⁶ SARRULE, Oscar Emilio. **La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal** (Abolicionismo o justificación). p. 98.

¹⁹⁷ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Revam, 2005. p. 90.

¹⁹⁸ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Revam, 2005. p. 92.

¹⁹⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: Introdução e princípios fundamentais**. v. 1., 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 304.

sociedade, não possuem ofensividade ao bem jurídico²⁰⁰. Analisando as funções do princípio da ofensividade, verifica-se que este tem por escopo impedir que o legislador eventualmente criminalize condutas que são tidas como internas, existenciais ou que são, tão somente, moralmente inaceitáveis pela sociedade.

Assim, além de impedir o legislador de criminalizar condutas denominadas como inofensivas ao bem jurídico, permite que o magistrado interprete o referido princípio diante do caso concreto, averiguando que, embora a conduta seja tipificada pela legislação, não apresenta qualquer ofensividade ao bem jurídico²⁰¹. Sobre o princípio da ofensividade fundamentar o princípio da insignificância, já explicou Alberto Jorge Barros:

Há necessariamente, uma divergência proporcional entre o resultado insignificante lesivo e a criminalização da conduta e é o juiz o aferidor dessa distância, em face da imposição do princípio da ofensividade. A tipicidade, em casos tais, fica condicionada a essa investigação²⁰².

Por isso, o princípio da ofensividade serve como fundamento ao princípio da insignificância, no sentido de que levará o juízo a uma análise não só da adequação da conduta concreta ao tipo penal, mas também de verificar se o dano causado fora expressivo ou se resultou em lesividade ínfima.

Destaca-se, também, que temos o princípio da proporcionalidade, o qual tem como função prevenir que a pena imposta ao indivíduo seja desproporcional ao crime cometido. Tal princípio tem como finalidade fazer valer o Estado Democrático de Direito, o qual obriga o Estado a apresentar uma resposta proporcional e razoável ao mal causado.

A ideia que se traduz do princípio da proporcionalidade é de que se a pena imposta ao acusado for maior que o mal causado pela prática criminosa, haverá um abuso de poder por parte do Estado²⁰³. Sobre o referido princípio, já fora afirmado por Alberto Silva Franco:

²⁰⁰ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Revam, 2005. p. 92.

²⁰¹ MEZGER, Edmund. **Tratado de Derecho penal**: tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. p. 398.

²⁰² LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito Penal Constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 87-89.

²⁰³ CINTRA, Adjair de Andrade. **Aplicabilidade do Princípio da Insignificância aos crimes que tutelam os bens jurídicos difusos**. Tese (Doutorado em Direito Penal). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2011, p. 73. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13062012-165850/publico/Tese_simplificada_Adjair_de_Andrade_Cintra.pdf. Acesso em: 20 jun. 2020.

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global²⁰⁴.

Para a doutrina, o princípio da proporcionalidade possui duplo destinatário, qual seja: o legislador e o juiz. O primeiro em razão da função de estabelecer penas proporcionais, em abstrato, à gravidade do delito; e o segundo em razão da sua função interpretativa, o qual deve impor ao acusado do delito pena proporcional à gravidade concreta da conduta ilícita.

Por isso, deve haver certa ponderação entre o valor do bem jurídico protegido pelo Direito Penal e a liberdade do indivíduo que cometeu a infração. A função do referido princípio é nortear o aplicador do direito, bem como o legislativo, a estabelecer medidas proporcionais, verificando a gravidade da pena que será imposta ao agente.

Ribeiro Lopes afirma a necessidade de realização de um juízo de ponderação em relação ao bem jurídico que foi lesionado, a fim de que se perceba a gravidade concreta da conduta. Assim, ele se pronuncia:

A proporcionalidade é de ser aferida a partir da análise global e contextualizada do comportamento, verificando, fundamentalmente, o grau de reprovabilidade incidente à conduta proibida. A ausência de tipicidade material da conduta, seja por adequação social do comportamento, seja por insignificância da lesão, acarreta no campo dogmático, exclusão do próprio tipo legal, o que pressupõe unidade inafastável de tipificação proibitiva nos planos material e formal²⁰⁵.

Além disso, o princípio da proporcionalidade deve ser visto sob três aspectos, sendo o primeiro deles a necessidade. Ao buscar aplicar uma reprimenda, o julgador deve questionar se

²⁰⁴ SILVA FRANCO, Alberto. **Crimes hediondos**. Imprensa: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 67.

²⁰⁵ LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no Direito Penal**. 2. ed., São Paulo: RT, 2000. p. 421-431.

existem meios menos gravosos, assim como se esses meios irão atingir a mesma finalidade da pena²⁰⁶.

Assim, quando se fala em “necessidade”, devemos confrontar a possibilidade de existirem outros instrumentos ou meios que irão alcançar os objetivos pretendidos. Esse ritual deve ser seguido tanto na elaboração da norma quanto na sua aplicação pelo magistrado²⁰⁷. Sob a ótica do princípio da insignificância, o princípio da proporcionalidade surge para evitar excessos na aplicação da reprimenda penal em face do indivíduo, isso porque o Estado deve observar a conduta praticada e a sanção a ser imposta.

É por isso que nos casos insignificantes, como a conduta não apresenta alto grau de lesividade, o indivíduo não deve ser punido com uma sanção penal, tampouco sofrer uma ação penal. Esse princípio (da proporcionalidade), pois, está intimamente ligado ao princípio da intervenção mínima, porque busca prevenir e proibir intervenções desnecessárias e arbitrárias do Estado²⁰⁸.

A esse respeito, Abel Cornejo²⁰⁹ nos ensina que a proporcionalidade deve estar presente entre o fato e a pena que será imposta em consequência do mal injusto. Outro aspecto do princípio da proporcionalidade é a adequação, que nada mais é do que a providência legislativa adotada seja eficaz e suficiente para atingir a finalidade almejada²¹⁰. A proporcionalidade surge para que o aplicador da norma, assim como o criador da norma, considere a importância do bem jurídico protegido violado. Sobre esse aspecto da adequação, Mougenot explica:

A adequação consubstancia-se em medida apta a alcançar o objetivo visado, que deve necessariamente ser um fim constitucionalmente legítimo. Portanto, é necessária a adequação do meio para a consecução dessa finalidade. É uma relação de meio e fim. Assim, por exemplo, decreta-se a prisão preventiva para com isso impedir o réu de turbar a instrução penal²¹¹.

²⁰⁶ ORLANDO, Marielen Paura. **O princípio da intervenção mínima no direito penal**. Trabalho de curso (Graduação em Direito). Centro Universitário Eurípides de Marília, UNIVEM, Marília, 2010. Disponível em: <https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/532/O%20princ%C3%ADpio%20da%20interven%C3%A7%C3%A3o%20m%C3%ADnima%20no%20direito%20penal.pdf?sequence=1>. Acesso em: 22 out. 2021.

²⁰⁷ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Direito penal**: volume único. São Paulo: Atlas, 2018. p. 77.

²⁰⁸ SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da insignificância no direito penal brasileiro. Curitiba: Juruá, 2006, p. 126

²⁰⁹ CORNEJO, Abel. 1997 *apud* SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 130.

²¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, volume 1: parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 32.

²¹¹ MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 118.

Temos, ainda, um aspecto do princípio da proporcionalidade, desconhecido até então, mas que deve ser mencionado, que é a proibição da proteção deficiente. Esse tipo de modalidade possui a ideia de que, se o legislador se comprometeu a proteger os bens jurídicos tutelados, ele deve assegurar a proteção horizontal, garantindo ao indivíduo proteção contra agressões vindas de terceiros.

De acordo com a proporcionalidade, desse modo, a pena aplicada deve ser suficiente para reprimir a conduta praticada. Temos, assim, duas premissas do princípio da proporcionalidade: aquela que o legislador buscará comparar as figuras típicas existentes no sistema jurídico penal, e os meios diversos que protegem os bens jurídicos.

Corroborando com essa premissa, Bianchini a compreende pela importância do referido princípio em razão do seu vínculo com a dignidade do bem jurídico e a lesividade ocasionada, fazendo que o legislador se preocupe em analisar se o comportamento merece a pena ou a restrição à liberdade do agente infrator²¹².

Alguns doutrinadores²¹³ justificam o princípio da proporcionalidade como aquele que visa limitar o uso excessivo da sanção penal, visto que é um “mal” que deve ser proporcional à gravidade do próprio crime. A partir disso, percebe-se que a proporcionalidade deve proteger o interesse da sociedade, possibilitando a aplicação de uma sanção; mas essa referida medida deve ser suficiente para a reprovação e a prevenção do crime, sem que ultrapasse os limites do aceitável²¹⁴.

Há uma discussão acerca da natureza jurídica do princípio da proporcionalidade, o qual é visto como norma-princípio e/ou princípio. Aduz-se, nesse sentido, que o princípio da proporcionalidade não pode ser visto como mero princípio, mas como um dos mais importantes, segundo Edilson Mougnot Bonfim²¹⁵. Mougnot explica o motivo pelo qual o princípio da proporcionalidade deve ser considerado um “superprincípio”:

[...] porque, enquanto todos os demais princípios jurídicos são relativos (não absolutos) e admitem flexibilização ou balanço de valores, o princípio da proporcionalidade é um método interpretativo e de aplicação do direito para a solução do conflito de princípios – metáfora da colisão de princípios – e do

²¹² BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 85.

²¹³ BRUNO, Aníbal. **Direito penal, volume 1: parte geral**. Tomo 3 (pena e medida de segurança). São Paulo: Forense, 1962. p. 98.

²¹⁴ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 54.

²¹⁵ MOUGNOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 116.

balanço dos valores em oposição (ex. tutela da intimidade em oposição à proteção da segurança jurídica), não se flexibilizando, configurando-se assim em um princípio absoluto. É nossa posição²¹⁶.

Acerca desse entendimento, destaca-se que a proporcionalidade no processo penal é de grande valia, ainda que a jurisprudência seja resistente em reconhecê-la. O supramencionado princípio é conhecido como aquele que proíbe excessos, vez que o legislador, sob a justificativa de combater o crime, pode cometer excessos no que tange à restrição da liberdade do indivíduo. Complementando o pensamento de Mougenot, Nereu José Giacomolli compreende que:

A proporcionalidade, em sua constituição global, não se reduz à reciprocidade razoável (proporcionalidade em sentido estrito), mas, antes dessa, incorpora outros dois filtros a serem ultrapassados: o da adequação e o da necessidade²¹⁷.

Atualmente, existe certa banalização do princípio da proporcionalidade, isso porque utiliza-se a “prevalência do interesse público” para justificar excessos, motivo pelo qual se acaba afastando o indivíduo de seus direitos. O Ministro Eros Grau, do Supremo Tribunal Federal, fez reflexão sobre o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade e sua inaplicabilidade diante do caso concreto, afirmando que cada vez que o julgador deixa de aplicar o princípio existe um “esvaziamento do quanto construímos ao longo dos séculos para fazer, dos súditos, cidadãos. Diante do inquisidor não temos qualquer direito²¹⁸”.

Assim sendo, verifica-se que o princípio da insignificância encontra fundamento nesse princípio no que diz respeito à observância da proporcionalidade da pena aplicada ao agente.

Ressalta-se que os fundamentos constitucionais do princípio da insignificância têm por base princípios específicos do direito penal e princípios gerais constitucionais.

O apoio do princípio da insignificância pode ser encontrado, por exemplo, no princípio da razoabilidade, proporcionalidade, intervenção mínima, princípios explícitos e implícitos no texto constitucional.

Em relação aos princípios implícitos, que são extraídos dos demais princípios penais e dos pressupostos políticos do Estado Democrático de Direito, previsto na Constituição Federal,

²¹⁶ MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 116.

²¹⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o pacto são José da Costa Rica**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 427.

²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 95.009-4/SP**. p. 44.

Luiz Luisi²¹⁹ tem o discurso de ser possível a extração de princípio implícito, o qual “pode ser deduzido das demais normas constitucionais”.

Sabe-se que o princípio da insignificância não encontra previsão legal no ordenamento jurídico, mas é fruto da interpretação de outros princípios e da própria norma constitucional.

A proporcionalidade, prevista na Constituição Federal, pode servir de amparo ao princípio da insignificância como sua base, porquanto a subsunção e interpretação dinâmica da Constituição nos permite enxergar a insignificância como extensão dos princípios.

A proporcionalidade pode ser interpretada por meio da análise do artigo 5º da CF, já que deve haver proporção entre a conduta praticada e a sanção imposta²²⁰. Essa é a ideia do princípio da insignificância, que visa afastar a aplicação sanção penal de condutas que não tenham gerado lesão grave ao bem jurídico tutelado.

Sobre isso, Regis Prado²²¹ já asseverou que a desproporcionalidade existente entre a ação e a medida imposta – pena – encontra seu critério nos preceitos de igualdade e justiça em seu sentido substancial.

A materialização da insignificância penal pode ser vista nos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e igualdade. Maurício Antônio Ribeiro Lopes, ao trazer os fundamentos do princípio da insignificância, trouxe a igualdade como sendo seu pilar, sobretudo porque trata-se de princípio que reflete em três momentos:

O princípio da igualdade tem sido proposto pelas constituições preponderantemente em seu sentido formal, que poderia ser reproduzido pela expressão “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Há o risco de a igualdade perante a lei apenas confirmar a desigualdade perante a vida, em vista disso os textos mais recentes têm procurado complementar o princípio da igualdade adicionando-lhe formas concretas de efetivação, materializando-o, pois. O princípio da igualdade reflete-se no Direito Penal, usualmente, em três momentos distintos: um deles na fase cognitiva, outro na fase aplicatória e um terceiro quando do momento da execução da sanção penal²²².

²¹⁹ LUISI, Luiz. Um discurso sedicioso: a minimização do direito penal. In: **Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade**. vol. 2. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 35.

²²⁰ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal**. 2. ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 69.

²²¹ PRADO, Luis Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 101.

²²² LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal**. 2. ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 57.

Essa afirmação encontra sustento na ideia de que o juízo, diante do caso concreto, ao verificar que a sanção penal, ainda que aplicada de forma mínima, trará consequências gravosas ao indivíduo, extrapolando a razoabilidade entre a conduta praticada e a sanção aplicada, deve afastar a punição do agente.

A proporcionalidade no sistema jurídico é medida que visa assegurar o dever de otimização no caso concreto. Isso quer dizer que “a regra da proporcionalidade e o dever de otimização guardam uma relação mútua implicação²²³”. Em razão disso, as normas e os direitos fundamentais exigem a observância da proporcionalidade para serem aplicados²²⁴, devendo esse pensamento ser aplicado à insignificância penal.

Nesse aspecto, Daniel Sarmiento, inclusive, destaca que a proporcionalidade pode ser extraída de diversos preceitos constitucionais distintos e “do próprio sistema constitucional globalmente considerado”²²⁵.

Sobre a proporcionalidade ter base constitucional, Ademar destaca o seguinte:

A maior parte da doutrina reconhece que o princípio da proporcionalidade resulta, necessariamente, do conceito de princípio como mandado de otimização. O princípio da proporcionalidade seria, desse modo, uma decorrência lógica da necessidade de realização graduada dos princípios na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes no caso concreto. [...] Segundo essa visão, os direitos fundamentais e outras normas constitucionais, em razão da sua estrutura e natureza principiológica, demandariam o uso da proporcionalidade para serem aplicados²²⁶.

E mais, a proporcionalidade vem sendo vinculada à construção teórica da jurisprudência alemã por meio da teoria dos princípios de Robert Alexy.

²²³ SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos tribunais, v. 798, ano 91, 2002, p. 43-44.

²²⁴ FILHO, Ademar Borges de Sousa. **O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: grau de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão**. Doutorado (Tese de Doutorado em Direito Público). 2019. Disponível em: <<https://www.btdt.uerj.br:8443/bitstream/1/17280/3/Tese%20-%20Ademar%20Borges%20de%20Sousa%20Filho%20-%202019%20-%20Completa.pdf>>. Acesso em: 20 de jul. 2023.

²²⁵ SARMENTO, Daniel. **Revisitando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade in Direitos humanos e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 152-153.

²²⁶ FILHO, Ademar Borges de Sousa. **O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: grau de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão**. Doutorado (Tese de Doutorado em Direito Público). 2019. Disponível em: <<https://www.btdt.uerj.br:8443/bitstream/1/17280/3/Tese%20-%20Ademar%20Borges%20de%20Sousa%20Filho%20-%202019%20-%20Completa.pdf>>. Acesso em: 20 de jul. 2023.

A proporcionalidade é extraída das normas constitucionais pelo fato de que o Estado é vinculado à utilização de meios necessários e proporcionais, não podendo fazer uso de métodos que extrapolem a atuação estatal ou violem o Estado Democrático de Direito.

Essa base constitucional da proporcionalidade é invocada como “equivalente funcional das categorias da razoabilidade e da proibição de excesso”²²⁷. O referido princípio acompanha duas exigências: a) legitimar a finalidade buscada e b) aptidão da medida adotada a fim de que se contribua para a realização do objetivo pretendido.

Qualquer violação ao princípio da proporcionalidade, conseqüentemente, afasta a ideia de um objetivo do direito penal compatível com as bases de um Estado social e democrático.

Além disso, ainda que a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXV, estabeleça o acesso à justiça como direito fundamental, não se pode esquecer que o Poder Judiciário sofre com a escassez de profissionais da justiça, inclusive sofre financeiramente a cada vez que a máquina do judiciário é acionada.

As demandas que chegam ao Poder Judiciário são ilimitadas, contudo, os meios para atender são finitos, não conseguindo o Poder Público suprir as expectativas de eficiência como deveria.

Sob essa ótica é que o princípio da insignificância deve ser visto também, sobretudo quando nos deparamos com o número de demandas que buscam punir o agente que praticou ação insignificante.

À vista disso, sob essa ótica deve ser vista a proporcionalidade como base da insignificância penal, eis que é totalmente desproporcional movimentar o aparato repressivo do Poder Público, em razão de conduta que lesionou intimamente o bem jurídico tutelado.

1.6 O reconhecimento do princípio da insignificância pelo Supremo Tribunal Federal: análise dos vetores e as críticas realizadas pela doutrina nacional

²²⁷ FILHO, Ademar Borges de Sousa. **O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: grau de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão**. Doutorado (Tese de Doutorado em Direito Público). 2019. Disponível em: <<https://www.btd.uerj.br:8443/bitstream/1/17280/3/Tese%20-%20Ademar%20Borges%20de%20Sousa%20Filho%20-%202019%20-%20Completa.pdf>>. Acesso em: 20 de jul. 2023.

A jurisprudência brasileira vem sendo instrumento efetivo para a aplicação e a incidência do princípio da insignificância nos casos concretos. Tal fato pode ser visualizado devido à necessidade de os tribunais e os magistrados de primeiro grau aplicarem princípios norteadores do Direito Penal, sejam implícitos sejam explícitos.

Conforme mencionado, o princípio da insignificância trata-se de princípio implícito, o qual deve ser reconhecido e aplicado no caso concreto, não podendo as leis serem interpretadas somente em seu sentido gramatical, dado que, por trás delas, há um significado compreendido por meio de um princípio ou norma norteadora, a fim de que se evitem arbitrariedades²²⁸.

Nessa perspectiva, antes de o Supremo Tribunal Federal estabelecer os vetores para a aplicação do princípio, os juízes – tribunais brasileiros – aplicavam o princípio da insignificância nas situações concretas, utilizando-se de critérios subjetivos e objetivos, mas indeterminados e vagos, sem que fosse dada ao acusado qualquer chance de análise puramente da conduta irrelevante.

Contudo, um dos primeiros julgados, disponível na jurisprudência digitalizada do Supremo Tribunal Federal, aplicou o princípio da insignificância em 1988, tratando de um acidente de trânsito, e foi entendido que restou evidenciado que o dano cometido fora insignificante, e que a máquina do judiciário não deveria ser acionada por conduta tão ínfima²²⁹.

Nota-se, desse modo, que o pensamento do Supremo acerca da irrelevância da lesão no caso concreto já vinha sendo moldado paulatinamente. Evidentemente, embora não haja nada positivado na legislação pátria acerca do princípio da insignificância, a jurisprudência deve desempenhar papel importante na sua efetivação e concretização, evitando, assim, que o Direito Penal regula condutas que não atinjam gravemente o bem jurídico tutelado.

Sabe-se que o Direito Penal deve observar o princípio da legalidade, instrumento que protege os cidadãos do próprio Direito Penal, a fim de evitar uma punição arbitrária e previsível²³⁰. Contudo, o Direito Penal não deve observar somente o princípio da legalidade em seu sentido formal; deve-se analisá-lo sob sua visão material, considerando sua relação com os

²²⁸ YACOBUCI, Guillermo J. **El Sentido de Los Principios Penales**: Su naturaleza e funciones em la argumentacion penal. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires, 2002. p. 446.

²²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 66869**. Relator: Aldir Passarinho. Data de julgamento: 06/12/1988. Segunda Turma. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/722059/recurso-em-habeas-corpus-rhc-66869-pr>. Acesso em: 10 jun. 2020.

²³⁰ ROXIN, Claus. Derecho Penal, cit. p. 138. Em sentido similar: MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Corso di diritto..., cit. p. 12. Ver igualmente: NAUCKE, Wolfgang. **La progressiva perdida de contenido del principio de legalidade penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado**. La insostenible situación del derecho..., cit. p. 489.

princípios da dignidade humana, de bem comum político, de proporcionalidade ou razoabilidade, de ofensividade, de subsidiariedade etc.²³¹.

Nesse aspecto, pensando na conexão do princípio da insignificância com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal²³², o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2004, estabeleceu critérios para a aplicação do supramencionado princípio, a saber: a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada²³³.

O caso acima exposto tratava-se de uma ação constitucional impetrada em favor de um indivíduo de 19 anos de idade, o qual teria furtado uma fita de jogos de videogames, na quantia de R\$ 25,00, e que, logo após o fim da ação penal, fora condenado por uma pena de 8 anos de reclusão²³⁴. A defesa do indivíduo, indignada com a desproporcionalidade entre a pena aplicada e a lesão ao bem jurídico, alegou que não houve qualquer prejuízo para a vítima.

De acordo com o relator do caso, Ministro Celso de Mello, para que resta caracterizada a atipicidade material, é necessária a presença dos seguintes vetores: mínima ofensividade da conduta do agente; nenhuma periculosidade social da ação; o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Os critérios estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal partiram da fundamentação de outros julgados, os quais estabeleciam critérios similares, mas que, muitas vezes, não eram objetivos²³⁵, como parâmetro para a aplicação do princípio da insignificância na situação concreta. Nesse sentido, deve-se fazer uma análise sucinta dos vetores estabelecidos pelo

²³¹ GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **As Grandes Transformações do Direito Penal Tradicional**. Tradução da 2ª parte Lauren Paoletti Stefanini; revisão da tradução Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes. v. 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 116-117.

²³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Resp: 167925 MG 1998/0019732-0**. 6ª Turma. Relator: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Dje 01/02/1999. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/455669/recurso-especial-resp-167925-mg-1998-0019732-0>. Acesso em: 15 jun. 2020.

²³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC: 84412 SP**. Relator: Celso de Mello. Data de Julgamento: 19/10/2004. Segunda Turma. Data de Publicação: DJ 19-11-2004 PP-00037 EMENT VOL-02173-02 PP-00229 RT v. 94, n. 834, 2005, p. 477-481. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=63002>. Acesso em: 14 jun. 2020.

²³⁴ CARRARD, Liliana. **O Princípio da Insignificância e a mínima intervenção penal**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito USP - São Paulo, 2013, p. 51. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-25112016-114249/pt-br.php>. Acesso em: 10 jun. 2020.

²³⁵ FARIAS, Felipe Medeiros; NETO, Waldemar Albuquerque Aranha. A aplicação do Princípio da Insignificância no crime de descaminho. **Revista Eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas Serro** – n.14 – agosto/dez. 2016 – ISSN 2176-977X. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/biblioteca/conteudo-revistas-juridicas/revista-juridica/2017-v-65-n-473-mar>. Acesso em: 05 jun. 2020.

Supremo Tribunal, a fim de que se possa avaliar a efetivação e a fundamentação que poderão, eventualmente, ser utilizadas pelo juiz à luz dos vetores.

1.6.1 Mínima ofensividade da conduta do agente

O primeiro vetor refere-se à lesividade da conduta praticada pelo agente. Nesse âmbito, a posição do Supremo Tribunal Federal foi no sentido de que a função do Direito Penal consiste em garantir aos indivíduos uma existência pacífica, livre e socialmente segura²³⁶. A ideia central do vetor é que, para que ocorra a tipicidade material da conduta, esta deve acarretar lesão de grau perceptível ao bem jurídico concreto e individualizado, e não somente em relação ao bem jurídico abstrato.

De tal forma, a imposição do critério da mínima ofensividade fora pensada pelo Supremo em virtude de o legislador criar normas que tornam típicas determinadas condutas, mas que são inofensivas ao bem jurídico. Sobre o assunto já se posicionou o Ministro Luís Roberto Barroso, afirmando que “o direito penal deve ser moderado e sério, sem excesso de tipificações, as quais geralmente importam em criminalização da pobreza, e sem exacerbação de penas, que apenas superlotam presídios degradados”²³⁷.

A mínima ofensividade diz respeito ao grau mínimo de perigo ou dano causado ao bem juridicamente tutelado, o qual não sofre lesão grave ao ponto de acionar a máquina do judiciário. Sobre a temática, o doutrinador Juarez Cirino já se manifestou:

O princípio da lesividade proíbe a cominação, a aplicação e a execução de penas e de medidas de segurança em casos de lesões irrelevantes contra bens jurídicos protegidos na lei penal. Em outras palavras, o princípio da lesividade tem por objeto o bem jurídico determinante da criminalização, em dupla dimensão: do ponto de vista qualitativo, tem por objeto a natureza do bem jurídico lesionado; do ponto de vista quantitativo, tem por objeto a extensão da lesão do bem jurídico²³⁸.

²³⁶ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. 2. ed. 2013. p. 16

²³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 123734 – MG**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Dje 12/12/2014. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiariojustf/anexo/hc_123734_mlr.pdf. Acesso em: 05 jun. 2020.

²³⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 7. ed. ver., atual. e ampl.. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 27.

Nas palavras da doutrina, o juiz, diante do caso concreto, deve reconhecer a tipicidade material da conduta quando esta, ainda que se apresente em conformidade com o tipo penal previsto na norma, seja inofensivo ao bem jurídico individualizado tutelado, pois, conforme é o entendimento da jurisprudência, as condutas insignificantes não são suficientes para lesar o bem jurídico ou pôr em risco a segurança do mesmo²³⁹.

1.6.2 Nenhuma periculosidade social da ação

O segundo critério foi escolhido com base em diversos outros julgados do próprio Supremo Tribunal Federal, o qual delimitou que a conduta do agente não pode ser socialmente perigosa ou gerar risco à sociedade. Conforme leciona Bitencourt, ao Direito Penal, é atribuída a tutela dos interesses mais caros à sociedade²⁴⁰, o que se permite traduzir: se há ausência de dano socialmente relevante, deve ser aplicado o princípio da insignificância.

Pode-se afirmar, desse modo, que o vetor estabelecido se traduz na ideia de que somente haverá aplicação do princípio da insignificância se a conduta praticada se der sem qualquer repúdio e vedação social, sendo a conduta socialmente aceita. Acerca disso, Adjair de Andrade Cintra, na defesa de sua tese de doutorado, afirma que:

Exclui-se a ilicitude quando, apesar de lesão ao bem jurídico, esta lesão é aceita socialmente ou permitida pelo ordenamento (que nada mais é senão a aceitação social legislada), como na legítima defesa e no caso do consentimento do ofendido, salvo em hipóteses extremas, como disposição da própria vida). Em ambas as hipóteses há lesão ao bem jurídico, embora não se configure uma lesão ilícita²⁴¹.

Compreende-se, assim, que o vetor da inexistência de periculosidade social da ação é um instrumento capaz de verificar se o juiz está ou não diante de uma conduta que possa resultar em perigo social. Tal fato se dá em virtude de que:

²³⁹ CINTRA, Adjair de Andrade. **Aplicabilidade do Princípio da Insignificância aos crimes que tutelam os bens jurídicos difusos**. Tese (Doutorado em Direito Penal). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2011, p. 100. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13062012-165850/publico/Tese_simplificada_Adjair_de_Andrade_Cintra.pdf. Acesso em: 19 jun. 2020.

²⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v. 1., 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 15.

²⁴¹ CINTRA, Adjair de Andrade. **Aplicabilidade do Princípio da Insignificância aos crimes que tutelam os bens jurídicos difusos**. Tese (Doutorado em Direito Penal). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2011, p. 101. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13062012-165850/publico/Tese_simplificada_Adjair_de_Andrade_Cintra.pdf. Acesso em: 19 jun. 2020.

O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social²⁴².

Para o caso, adverte a doutrina que o delito é a prática de uma conduta vedada socialmente. Na visão de Adjair de Andrade, todos os elementos estruturais do delito, quais sejam: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade contam para o desvalor da conduta²⁴³. Dito isso, diante do caso concreto, o juízo deve analisar todos os elementos estruturantes do tipo penal, a fim de que possa analisar se a conduta pode causar dano à sociedade, ainda que ínfima.

A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal, ao estabelecer os vetores, tomou como base decisão que deixou de aplicar o princípio da insignificância em virtude da periculosidade da conduta à sociedade²⁴⁴.

1.6.3 Reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento

Este terceiro vetor diz respeito à culpabilidade do agente, a qual deverá ser analisada diante do caso concreto, a fim de que o princípio da insignificância possa, ou não, ser aplicado. Segundo Abel Cornejo:

Presente a ofensividade da conduta (que lesiona ou expôs a perigo o bem jurídico de maneira suficiente para estar configurada a sua tipicidade), é ainda possível que ele seja relativamente insignificante, ante o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento, não sendo o agente merecedor da sanção penal, devendo o feito ser considerado ‘axiologicamente irrelevante’²⁴⁵.

²⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84.412-SP**. Relator: Min. Celso de Melo. De 19/11/2004. Disponível em: redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79595. Acesso em: 03 jun. 2020.

²⁴³ CINTRA, Adjair de Andrade. **Aplicabilidade do Princípio da Insignificância aos crimes que tutelam os bens jurídicos difusos**. Tese (Doutorado em Direito Penal). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2011, p. 101. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13062012-165850/publico/Tese_simplificada_Adjair_de_Andrade_Cintra.pdf. Acesso em: 19 jun. 2020.

²⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84.412-SP**. Relator: Min. Celso de Melo. De 19/11/2004. Disponível em: redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79595. Acesso em: 03 jun. 2020.

²⁴⁵ CORNEJO, Abel. Teoría de la insignificancia. Buenos Aires: Ad Hoc, 1997. p. 73. Cit., CINTRA, Adjair de Andrade. **Aplicabilidade do Princípio da Insignificância aos crimes que tutelam os bens jurídicos difusos**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2011, p. 100. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13062012-165850/publico/Tese_simplificada_Adjair_de_Andrade_Cintra.pdf. Acesso em: 19 jun. 2020.

Nesse sentido, reduzida sua culpabilidade é diminuída a reprovabilidade de seu comportamento, em que a pena passa a não ser uma necessidade absoluta. A culpabilidade a que se refere o supramencionado vetor consiste na culpabilidade como elemento de delimitação da pena a ser aplicada, de forma proporcional e na medida da culpabilidade pessoal do autor, limitando, assim, a imposição da pena²⁴⁶.

Acerca da culpabilidade, Juarez Cirino compreende que:

A culpabilidade do autor pela realização do tipo de injusto não é mero elemento informador do juízo de reprovação, mas o próprio juízo de reprovação pela realização do tipo de injusto (o que é reprovado pelo autor), cujos fundamentos são a imputabilidade, a consciência do injusto e a exigibilidade de comportamento diverso (porque o autor é reprovado)²⁴⁷.

Nesse intento, o referido vetor tem por finalidade analisar a culpabilidade do agente, levando em consideração o desvalor da conduta em relação às condições pessoais do agente e a necessidade de impor eventual pena.

1.6.4 Inexpressividade da lesão jurídica provocada

Esse vetor traduz a ideia do desvalor do resultado jurídico. A inexpressividade da lesão jurídica provocada analisa o bem jurídico individual que sofreu a lesão em virtude da conduta delituosa. Nesse ponto, nota-se que o Supremo Tribunal Federal estabeleceu dois critérios para que houvesse a aplicação do princípio da significância, quais sejam: o desvalor da conduta e o desfavor do resultado, sendo este último um pouco criticado pela doutrina brasileira.

A esse respeito, a decisão que estabeleceu os vetores se posicionou no seguinte sentido:

Isso significa, pois, que o sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificarão quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente

²⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v. 1., 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 327.

²⁴⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. 7. ed. Rev., atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 523.

tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade²⁴⁸.

Assim, ao analisar a decisão ora proferida pelo Supremo Tribunal Federal, deve-se verificar que não se pode confundir a ofensividade da conduta do agente com inexpressividade da lesão jurídica provocada. Nota-se que a ofensividade da conduta se refere à eventual lesão ou perigo de lesão aos bens penalmente tutelados, em seu sentido abstrato. Contudo, no caso da inexpressividade da lesão jurídica provocada pela conduta, pressupõe-se não o bem jurídico abstratamente considerado, mas o objeto jurídico efetivamente lesionado pela ação praticada²⁴⁹.

Por fim, se o juiz, ao analisar o caso concreto, verificar a inexistência de lesão jurídica provocada no objeto individualizado, é cabível a aplicação do princípio da insignificância, haja vista ser esta desprezível para o Direito Penal.

Não obstante a fixação de vetores para a aplicação do princípio da insignificância, tais critérios deixam dúvidas em sua interpretação, visto que o Supremo Tribunal Federal trouxe critérios subjetivos, os quais garantem ao julgador maior discricionariedade na hora de aplicar – ou não – o princípio da insignificância. Daí porque nasce a seletividade do princípio da insignificância e as implicações de estabelecer critérios puramente objetivos. A confusão dos critérios objetivos cumulados com critérios subjetivos ocasiona uma ampla discussão quanto à aplicação do princípio da insignificância e seus limites legais²⁵⁰.

A confusão pode ser vista, inclusive, nos julgados proferidos pelos tribunais de justiça do país, em que se utilizam de critérios subjetivos – além dos estabelecidos pelo STF – para determinar a aplicação do referido princípio. Isso se dá devido à confusão realizada pelo próprio Supremo, que analisa o princípio da insignificância com base na culpabilidade e nos limites da pena em abstrato. Por isso, nasce a necessidade de critérios razoáveis para que seja aplicado o princípio da insignificância, considerando que conceitos indeterminados ou vagos podem implicar risco para a segurança jurídica²⁵¹.

²⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84.412-SP**. Relator: Min. Celso de Melo. De 19/11/2004. Disponível em: redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79595. Acesso em: 03 jun. 2020.

²⁴⁹ CINTRA, Adjair de Andrade. **Aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos**. 2011. Tese (Doutorado em Direito Penal) Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011, p. 105. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13062012-165850/publico/Tese_simplificada_Adjair_de_Andrade_Cintra.pdf. Acesso em: 19 jun. 2020.

²⁵⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Crítérios determinantes do princípio da insignificância**. 2004. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.com.br>. Acesso em: 1º jan. 2021.

²⁵¹ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95**. São Paulo: RT, 1997. p. 49.

Nesse aspecto, um dos pontos mais criticados pela doutrina, e deve-se concordar, foi a cumulação de critérios objetivos e subjetivos impostos pelo Supremo Tribunal. Nota-se que o STF elegeu dois aspectos do crime que devem ser vistos antes da aplicação ou não do princípio, quais sejam: o desvalor da conduta e o desvalor do resultado.

É evidente que os vetores estabelecidos não estão relacionados à tipicidade da conduta, mas alguns deles estão ligados à culpabilidade do agente, tornando a decisão de aplicar ou não o princípio da insignificância subjetiva, e, conseqüentemente, arbitrária e desproporcional, pois se acaba por deixar a critério do juízo a incidência do referido princípio, e mais, analisando-se critério que sequer faz parte dos elementos integrantes do crime, qual seja: a culpabilidade do agente²⁵².

Luiz Flávio Gomes critica os vetores estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal, esclarecendo que:

O fundamento para o reconhecimento da atipicidade material no caso da conduta insignificante é a imputação objetiva da conduta (leia-se: conduta insignificante não cria risco proibido relevante). O fundamento para a atipicidade material no caso do resultado insignificante é justamente a exigência de um resultado jurídico relevante (*nullum crimen sine iniuria*). Não parece acertado mesclar os critérios. Ou é a conduta que é insignificante, ou é o resultado. Do contrário, dá-se margem a um Direito Penal subjetivo ou de autor (o fato é insignificante, mas o agente não o é, por isso não se aplica)²⁵³.

Ainda que sejam demasiadamente importantes a discussão e o reconhecimento do princípio da insignificância, não parece certo eleger dois aspectos do crime como fatores determinantes para a aplicação do princípio da insignificância. Entre os critérios selecionados, houve a divisão entre o desvalor da conduta e o desvalor do resultado, sendo este último a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Ora, para que haja a aplicação do referido princípio, basta que se analise a conduta. Desse modo, ainda que não seja tema pacífico, a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal entende que a natureza jurídica do princípio da insignificância é de exclusão da tipicidade material²⁵⁴.

²⁵² SAGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio da insignificância. **Fascículos de Ciências Penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, ano 3, v. 3, n. 1, p. 45, 1990.

²⁵³ GOMES, Luiz Flávio (Coord). **Direito penal**: Parte geral. v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 326-327.

²⁵⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.p. 133.

Não faz sentido, assim, que o Supremo estabeleça critérios para analisar a lesão no que se refere ao objeto jurídico individualizado. Sobre isso, já se pronunciou o Paulo César Busato:

Não interessa o modo de vida do agente, o seu passado ou o que quer que tenha realizado antes, nem mesmo o modo como leva a vida. Isso não pertence à afirmação de que se trata de um crime. Pensar o contrário significa claramente optar por um direito penal de autor em detrimento de um direito penal do fato²⁵⁵.

Dessa forma, os critérios para a aplicação do princípio devem ser livres de qualquer subjetividade ou culpabilidade, devendo-se simplesmente analisar a conduta e a eventual lesão causada em decorrência do fato delituoso.

Ademais, além de o Supremo Tribunal Federal mesclar os critérios, há outro erro evidente nos vetores, qual seja: a análise das condições pessoais do indivíduo. Assim, o que se deve ter em mente na aplicação do princípio da insignificância não é a culpabilidade do agente ou suas condições pessoais, mas, sim, a conduta e a consequente lesão causada por aquela²⁵⁶.

Ao se fazer sucinta análise da decisão que estabeleceu os vetores, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal deixou margens para arbitrariedades e desproporcionalidades por parte dos magistrados, os quais não se vinculam aos critérios estabelecidos, muitas vezes limitando a não aplicabilidade nas condições subjetivas do acusado, conforme será visto mais adiante. Nesse aspecto, a vagueza dos critérios escolhidos pelo Supremo Tribunal Federal enseja um princípio da insignificância seletivo e arbitrário²⁵⁷, tendo em vista a possibilidade de o magistrado utilizar como fundamento principal os critérios subjetivos – como, por exemplo, a reincidência²⁵⁸.

Luiz Flávio critica os critérios subjetivos fixados pelo Supremo Tribunal Federal, afirmando ser inquestionável a desnecessidade de se levar em consideração as circunstâncias subjetivas do acusado, quando inexistente tipicidade. A conduta insignificante não deve ser punida

²⁵⁵ BUSATO, Paulo César. **O desvalor da conduta como critério de identificação da insignificância para aplicação do princípio de intervenção mínima.** Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2011v32n62p97>. Acesso em: 06 jun. 2020.

²⁵⁶ PALIERO, Carlo Enrico. Note Sulla disciplina dei reati bagatellari. **Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale.** Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, ano XXII, fasc. 3, p. 923, 1979.

²⁵⁷ IVAN, Luiz da Silva. **Princípio da insignificância no direito penal.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 154.

²⁵⁸ HAAS, Juliana; CHAVES JUNIOR, Airto. O princípio da insignificância na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 8, n. 2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica. Acesso em: 10 jan. 2021.

mesmo o autor sendo reincidente; por mais graves que sejam seus antecedentes, a conduta praticada, se insignificante, não merece tutela do Direito Penal²⁵⁹.

Nessa circunstância, os critérios para a aplicação do princípio da insignificância devem ser pautados numa interpretação axiológica da conduta²⁶⁰. Sobre os vetores subjetivos fixados como parâmetro pelo Supremo Tribunal Federal, Ivan é contra a existência da culpabilidade como critério para a aplicabilidade do princípio da insignificância. Veja-se:

Contudo, em razão de a culpabilidade não ser elemento do crime, mas apenas pressuposto da pena, entendemos que não deva integrar o critério de determinação da conduta penalmente insignificante, pois, em nosso parecer, o princípio da insignificância incide sobre os elementos que compõem a estrutura interna do delito (tipicidade e antijuridicidade)²⁶¹.

E mais, outro posicionamento que vai contra os vetores estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal é o da habitualidade. Na pesquisa realizada nos julgados disponíveis no Site do Supremo Tribunal, verificou-se que os Ministros constantemente adotam o entendimento de que a habitualidade é fato preponderante para a não aplicação do princípio da insignificância²⁶². Contudo, a doutrina traz certas objeções aos critérios firmados, posto que a análise da insignificância deve recair sobre a lesividade do bem jurídico afetado, e não sobre a frequência de crimes que o indivíduo pratica ou em virtude da culpabilidade do agente²⁶³. Ou seja, não é o reiterado cometimento de condutas criminosas que torna o fato insignificante ou não, mas a afetação ao bem jurídico tutelado, pouco importando se o acusado pratica, constantemente, eventuais condutas tidas como delituosas.

Outrossim é o entendimento de Cezar Roberto Bitencourt e Luiz Régis Prado, os quais afirmam que devem ser levadas em consideração somente a intensidade da afetação ao bem

²⁵⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes da tipicidade**. São Paulo: RT, 2009.

²⁶⁰ CORNEJO, Abel. **Teoría de la insignificância**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1997. p. 50.

²⁶¹ IVAN, Luiz da Silva. **Princípio da insignificância no direito penal**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 157.

²⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental em Habeas Corpus**. AgRg no HC nº 588222. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Data de julgamento: 13/10/2020. Quinta Turma. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1104479386/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-588222-sc-2020-0138437-9>. Acesso em: 10 jan. 2021.

²⁶³ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 173.

jurídico atingido e a lesividade ocasionada, não podendo a jurisprudência se ater a outras circunstâncias subjetivas²⁶⁴.

Entende-se, pois, que esses são critérios que acabam deixando grande margem de discricionariedade ao juízo, que se utiliza de conceitos indeterminados e vagos, colocando em risco a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais²⁶⁵.

Por isso, a própria doutrina vem tentando combater os vetores estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de uma reconstrução dogmática, observando os parâmetros legais, a fim de trazer maior rigorismo na aplicação do princípio quanto aos critérios utilizados.

Acerca da questão, Rafael Fagundes expõe a deficiência na aplicação do princípio da insignificância pelos tribunais brasileiros. Na visão de Fagundes, ainda que o Supremo Tribunal Federal insista na afirmativa de que os parâmetros atuais são puramente objetivos, não há como negar a subjetividade de alguns vetores, principalmente quando postos no caso concreto²⁶⁶.

A necessidade de critérios verdadeiramente objetivos é essencial não só para dar maior efetividade à aplicação do referido princípio, mas também para dar segurança jurídica e permitir que o Direito Penal²⁶⁷, como ramo de atuação limitada a condutas significantes, cumpra sua função, deixando de intervir em situações que não merecem o seu amparo.

É relevante afirmar que a doutrina brasileira questiona sobre a suficiência e a efetividade dos atuais vetores fixados para a aplicação do princípio da insignificância e, ainda, traz a necessidade de novos critérios de fixação, entendendo autores que tal fixação deveria ser realizada pela própria doutrina.

Contudo, pensa-se que essa última doutrina, por comportar diversos posicionamentos, não chegaria a um consenso quanto aos critérios que deveriam ser utilizados para a aplicação do princípio da insignificância. Mas, diante de critérios tão deficientes atualmente, pode-se dizer que o juiz possui discricionariedade para aplicar o princípio? Ele pode ir além dos vetores estabelecidos pelo STF?

²⁶⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto; PRADO, Luiz Regis. Princípios Fundamentais do Direito Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 14, 1996. p. 87.

²⁶⁵ SAGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio da insignificância. **Fascículos de Ciências Penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, ano 3, v. 3, n. 1, p. 45, 1990.

²⁶⁶ SAGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio da insignificância. **Fascículos de Ciências Penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, ano 3, v. 3, n. 1, p. 44, 1990.

²⁶⁷ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 169.

Apesar de contrário ao entendimento adotado nesta pesquisa, Carlos Baraldi entende que é perfeitamente possível reconhecer a discricionariedade do juiz nesses casos, desde que o julgador esteja pautado pela hermenêutica jurídica²⁶⁸.

Assim, mesmo que seja competência do magistrado²⁶⁹, considerando-se que este deverá analisar as particularidades do caso, não há como negar as arbitrariedades que derivam dessa discricionariedade permitida pelo STF, visto que os vetores atuais são critérios vagos, deixando a aplicação à mercê do juízo. E mais, há quem entenda que a melhor solução para a criação de vetores suficientes e harmônicos seria a aplicação do princípio da insignificância por parte dos tribunais e juízes, observados os critérios pré-estabelecidos pela doutrina²⁷⁰. Logo, no que tange à aplicação do princípio da insignificância, a doutrina possuiria papel importante para a imposição de critérios objetivos, tendo em vista que a diversidade de pensamentos traria a adaptação de vetores harmônicos aos princípios constitucionais penais e ao Estado Democrático de Direito.

No decorrer do texto, esse mencionado autor cita autores que já apresentaram critérios para a aplicação do referido princípio. Ao contrário dos parâmetros estabelecidos pelo STF, Teresa Armenta afirma que, para a caracterização e o reconhecimento do princípio, no caso concreto, é preciso seguir os seguintes fatores: 1. Escassa reprovabilidade; 2. Ofensa à bem jurídico de menor relevância; 3. Habitualidade²⁷¹.

Sobre a temática, Flávio Gomes adota os mesmos critérios, mas acrescenta um critério específico: a necessidade de o magistrado analisar a pena sob o ponto de vista da prevenção geral, utilizando-se, portanto, das finalidades da pena como critério norteador da aplicação do princípio²⁷².

Por isso, tem-se como verdadeira a afirmação de que os parâmetros atuais, conhecidos como guias para a avaliação da insignificância de uma conduta, tornam-se insuficientes no caso

²⁶⁸ BARALDI, Carlos Ismar. Teoria da insignificância penal. **Revista Esmagis**, n. 5, 1993. p. 40.

²⁶⁹ PEREIRA, Carlos Frederico de O. O conceito do bem jurídico e o princípio da insignificância. **Revista do Ministério Público Militar**, n. 13, 1991. p. 49.

²⁷⁰ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 170.

²⁷¹ DEU, Teresa Armenta. **Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad**: Alemania y España. Barcelona: PPU, 1991. p. 23-24.

²⁷² GOMES, Luiz Flávio. Tendências Político-Criminais quanto à criminalidade de bagatela. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 89.

concreto. Explica-se. A reprovabilidade social é uma característica integrante da culpabilidade e, por isso, não pode ser utilizada para analisar o grau de lesividade de determinada conduta²⁷³.

Ora, se a culpabilidade não é elemento do crime, servindo apenas como pressuposto da pena, não pode servir para determinar se uma conduta é penalmente relevante, pois estar-se-á querendo extinguir a tipicidade da conduta e não a pena²⁷⁴. E mais, em vários julgados, leva-se em consideração a relevância em abstrato de delito, deixando-se de lado o grau de lesividade ao bem jurídico²⁷⁵. Para o referido autor, é um erro analisar a relevância abstrata do bem jurídico, considerando que o juízo de lesividade só pode analisar a conduta penalmente relevante e grau de sua ofensa ao bem jurídico.

A partir disso, a doutrina brasileira vem sugerindo critérios puramente objetivos para determinar as hipóteses de incidência do princípio da insignificância. Na visão de Carlos Alberto Garcete, a análise deve partir de uma lesividade *ex ante* e lesividade *ex post*²⁷⁶.

Para o autor, a verificação deve se dar pela análise da conduta lesiva em tese, ou seja, anterior ao cometimento da conduta delituosa e ao resultado concreto lesivo. Já o segundo critério diz respeito à verificação acerca da afetação abstrata e se esta ocorreu de forma concreta²⁷⁷. Pode-se dizer que os critérios seriam baseados no risco permitido e risco proibido²⁷⁸. Entretanto, Rafael Fagundes critica esse critério, afirmando que:

Esse não parece ser, contudo, o melhor critério para avaliar a irrelevância penal de uma conduta. Em primeiro lugar, porque não se pode submeter a análise da insignificância ao binômio risco permitido/risco proibido. Seria impróprio reconhecer que uma conduta insignificante enquadrar-se-ia dentro do risco permitido. E, ao contrário, uma ação significativa caracterizaria um risco proibido. Os conceitos de riscos proibido e permitido são critérios de imputação jurídica do resultado, que não realizaram uma avaliação qualitativa do evento; isto é, o grau de afetação do bem jurídico²⁷⁹.

²⁷³ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 169.

²⁷⁴ SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 151.

²⁷⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Criminal nº 10079180125977001**. Relator Kárin Emmerich. Data de julgamento: 20/10/2019. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/775042869/apelacao-criminal-apr-10079180125977001-mg>. Acesso em: 05 jan. 2021.

²⁷⁶ GARCETE, Carlos Alberto. O princípio da insignificância. **Revista dos Tribunais**, n. 789, 2001. p. 484.

²⁷⁷ MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Princípio da insignificância**: proposta para uma nova política criminal racional. Temas de direito penal: parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 28.

²⁷⁸ SANTOS, Lycurgo de Castro. Princípio da intervenção mínima do direito penal e crimes de menor potencial ofensivo – Lei 9.099/95. **Revista Justiça e Democracia**. São Paulo: RT, n. 1, 1996. p. 205.

²⁷⁹ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 174.

Destarte, há de se concordar com o supramencionado autor, considerando o caráter genérico dos critérios trazidos acima. Conforme mencionado, parte da doutrina entende que os critérios que servirão de parâmetro para a aplicação do princípio da insignificância devem ser objetivos, trazendo uma segurança jurídica e previsibilidade das decisões judiciais. Tentando suprir as lacunas deixadas pelo Supremo Tribunal Federal, Mañas propõe novos critérios a serem observados, na tentativa de afastar a subjetividade dos critérios atuais²⁸⁰.

Afirma esse autor que é necessário uma análise do grau de nocividade social da conduta, ou seja, uma verificação do desvalor da ação e do desvalor do resultado. E mais, Mañas não se restringe aos critérios já mencionados, mas também traz a ideia de uma antecipação de medição da pena a ser aplicada, para que seja analisada sua necessidade²⁸¹.

Ivan Luiz da Silva também é defensor desses critérios preestabelecidos, opinando pela adoção do modelo clássico da determinação, em que será realizada uma avaliação no desvalor da ação e no desvalor do resultado, para que seja vista a insignificância da conduta praticada²⁸².

Preleciona Silva que a culpabilidade não deve ser integrante de determinação da conduta, por não fazer parte dos elementos do crime. Para o referido autor, basta que o juízo avalie os índices de desvalor da ação e desvalor do resultado da conduta praticada, para se aferir o grau quantitativo-qualitativo de sua lesividade em relação ao bem jurídico atacado²⁸³.

Apesar da interdependência entre o desvalor da conduta e o desvalor do resultado e a essencialidade de ambos os requisitos para a estruturação típica do delito²⁸⁴, é evidente que tais critérios não serviriam para a aplicação do princípio da insignificância, pois são critérios que não se afastam muito dos critérios de periculosidade e de reprovabilidade²⁸⁵.

Isso se dá devido à preponderância do desvalor do resultado nos casos de aplicação do princípio da insignificância, visto que se trata do vetor mais correto para determinar o grau da lesão sofrido pelo bem juridicamente tutelado, e a sua insignificância.

²⁸⁰ MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 60.

²⁸¹ MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 60.

²⁸² SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 150.

²⁸³ SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 156.

²⁸⁴ ZAFFARONI, E. Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopez Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 252.

²⁸⁵ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 177.

Nesse sentido, Rafael Fagundes adota tal posicionamento, afirmando que é o único critério apto e seguro para delimitar o grau de lesividade do bem jurídico – ou seja, o desvalor do resultado²⁸⁶. Welzel aborda o desvalor da ação e desvalor do resultado. No seu dizer, ele assim explana:

Na maior parte dos delitos é essencial, sem dúvida, uma lesão ou perigo ao bem jurídico, mas somente momento parcial da ação pessoalmente antijurídica e nunca no sentido de que a lesão ao bem jurídico caracterize suficientemente o injusto do fato. A lesão ao bem jurídico – o desvalor do resultado – tem relevância no direito penal apenas dentro de uma ação pessoalmente antijurídica – dentro do desvalor da ação²⁸⁷.

Para o caso, deve-se levar em consideração que o direito penal não pode intervir na esfera do pensamento, tampouco na intenção do indivíduo, posto que são situações que não são puníveis e que não guardam qualquer relevância para determinar a lesividade da conduta delituosa praticada²⁸⁸. Ou seja, a afirmativa de que devem ser analisados o desvalor da ação e o desvalor do resultado é equivocada, partindo da lógica de que a valoração da conduta deve limitar-se ao dano produzido pelo agente ao bem jurídico tutelado e não a suas intenções ou pensamentos ao praticar a ação²⁸⁹.

Dessa feita, ainda que seja ponto demasiadamente debatido na doutrina brasileira, não se chegou a um consenso de critérios puramente objetivos. Desse modo, ainda há certa confusão na adoção de critérios que trazem resquícios da análise da culpabilidade do agente, para a qual, diante do caso concreto, é legítima a aplicação do direito penal do autor²⁹⁰.

²⁸⁶ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 178-179.

²⁸⁷ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Trad. Juan Bustos Ramirez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970. p. 92.

²⁸⁸ DALBORA, José Luiz Guzmán. La Insignificancia: especificación y reducción valorativas em el ámbito de lo injusto típico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, n. 14, 1996. p. 78.

²⁸⁹ BARALDI, Carlos Ismar. Teoria da Insignificância penal. **Revista Esmagis**. Campo Grande: Escola Superior de Magistratura do Estado do Mato Grosso do Sul, n. 5, 1993. p. 40.

²⁹⁰ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 179.

2 ANÁLISE DA COMPREENSÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E A INTERPRETAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2.1 Precedentes judiciais no processo penal: breve conceituação

Na atualidade, não podemos esquecer que um sistema puramente legalista não é suficiente para evitar a desestruturação do direito positivado. Nas lições de Zaneti²⁹¹, citando Ferrajoli, explica-se a necessidade de desmistificação da vedação da jurisprudência como fonte do direito. Em que pese a estruturação do sistema no modelo positivado ou legalista, nos dias atuais, não há como sustentar um sistema puro, sobretudo porque se trata de pensamento equivocado, já que é completamente comum o julgador se deparar com caso concreto em que seja necessária a interpretação explicativa do próprio dispositivo legal²⁹².

Assim, antes de adentrarmos nos precedentes judiciais no processo penal, é importante trazer uma breve síntese dos precedentes judiciais nos sistemas *common law* e *civil law*, sobretudo porque é de extrema relevância compreender o direito atual e seu sistema.

No sistema *common law*, a jurisprudência é essencial, atribuindo-se ao julgador a função de aplicar a jurisprudência e de destacar a importância dos juízes na produção do direito. A ideia desse sistema, e que perdura até hoje, é permitir que determinada decisão se transforme em regra geral para os demais casos similares que forem aparecendo posteriormente. O ponto de partida de referido sistema é o direito inglês. Nas lições de Viana e Nunes:

A expressão “common law” (ou “comune ley”) refere-se à aplicação do direito pelas Cortes Reais, que se sobrepôs ao direito marcadamente costumeiro aplicado por jurisdições locais. Daí a palavra “common”, porque valia para todo o reino, cujos tribunais, nos tempos nascentes, eram itinerantes. Gary Slapper e David Kelly fazem uma importante advertência. Para eles, não se pode crer errônea e românticamente que o common law seria o direito do povo da Inglaterra e que os juízes teriam percorrido o país para estabelecer a paz do Rei com base nos costumes locais. A peregrinação feita pelos juízes ingleses, na verdade, tinha por objetivo a centralização do poder do Estado²⁹³.

²⁹¹ JUNIOR, Hermes Zaneti. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 5. ed. São Paulo: Juspodivm. p. 77.

²⁹² MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law**: a theory of legal reasoning. New York: Oxford University Press, 2005. p. 247.

²⁹³ VIANA, Antônio Aurélio de S.; NUNES, Dierle. Precedentes. **A Mutação no Ônus Argumentativo**. Grupo GEN, 2017. p. 34.

A partir dessa sistemática de aplicabilidade da jurisprudência nos casos concretos, houve um aumento de decisões posteriores que se baseavam em julgados anteriores²⁹⁴. Na idade média, época que o precedente judicial começou a ser introduzido por meio do sistema *common law*, não havia norma explícita obrigando os juízes a seguirem julgados anteriores; o que existia era tão somente a confiança pelos juízes em decisões anteriores.

Com a passar dos anos, o sistema foi enraizando mais os precedentes judiciais, fazendo que as decisões judiciais fossem obrigatoriamente respeitadas pelos demais juízes. Na visão de Ataíde Júnior, o referido instituto jurídico garante a segurança jurídica aos julgados e a sua coerência²⁹⁵.

O sistema jurídico inglês foi um marco para a implementação dos precedentes, contribuindo para a regra dos precedentes judiciais vinculantes. Sobre isso, Thamay, Garcia Junior e Frota Junior compreendem que:

A ideia de respeito aos precedentes foi sendo construída, portanto, de forma gradual. Se em um estágio inicial as Cortes, sobretudo no período medieval, conferiam a eles um caráter mais persuasivo do que vinculativo, no século XVII já se lhes conferia mais força e atenção, embora sem lhes reconhecer um poder vinculante estrito. Os ingleses cultuam o sistema de precedentes vinculantes, e insistem, com imensa frequência, nos objetivos desse regime: gerar uniformity, stability, consistency e predictability²⁹⁶.

Essa regra de precedentes passou a obrigar respeito às determinações estabelecidas em decisões anteriores, principalmente quando se trata, e trata, de regras impostas por tribunais. Daí nasce a teoria do *stare decisis et quia non movere*, que, na conceituação de Fogaça, refere-se à necessidade de se aderir aos precedentes e não perturbar as coisas já preestabelecidas²⁹⁷.

²⁹⁴ THAMAY, Rennan; GARCIA JUNIOR, Vanderlei; FROTA JR, Clóvis Smith. **Precedentes judiciais**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 34. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_VianaAA_1.pdf >. Acesso em: 20 jan. 2023.

²⁹⁵ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012. p. 37.

²⁹⁶ THAMAY, Rennan; JUNIOR, Vanderlei G.; JR., Clóvis Smith F. **Precedentes Judiciais**. Saraiva, 2021. p. 37.

²⁹⁷ FOGAÇA, Mateus Vargas. **Os precedentes judiciais como forma de concretização da segurança jurídica no direito brasileiro**. Tese (Tese em Mestrado). Universidade Estadual do Norte do Paraná. Jacarezinho, 2016. Disponível em: <https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/8475-mateus-vargas-fogaca/file>. Acesso em: 20 jan. 2023.

Ademais, deve-se ter o zelo de distinguir os precedentes elaborados por tribunais superiores e precedentes das cortes inferiores, que possuem mero caráter persuasivo²⁹⁸.

Nesse sentido, ainda que o foco da pesquisa sejam os precedentes judiciais, não podemos deixar de considerar que o sistema *common law* é regido também por costumes, por doutrina, por lei e pela própria razão. O que se pode extrair é que não se trata de instituto fechado, mas, sim, aberto, o qual possibilita a interpretação e o estabelecimento de regras por meio de diversas fontes do direito, incluindo o precedente judicial que serve para preencher as lacunas da legislação e de demais fontes²⁹⁹.

Destaca-se que a importância do precedente judicial no sistema *common law* se dá em decorrência da insuficiência da legislação para regular as situações cotidianas. Além disso, não podemos esquecer que o legislador, não raras vezes, é contraditório e omissivo em certos pontos, deixando lacunas que somente o julgador, por intermédio da elaboração de precedente judicial, consegue conter.

Avançando para os precedentes judiciais no instituto *civil law*, temos uma trajetória distinta daquela do *common law*, que se deu de forma “natural” e gradativa. Os precedentes judiciais no *civil law* tiveram como marco o direito romano³⁰⁰, visto que foram surgindo divergências em relação aos costumes locais. Sobre isso, Thamay, Garcia Junior e Frota Junior retornam a lecionarem:

O ponto de partida para a formação desse *jus commune* foi o direito romano, diante da diversidade dos costumes locais. Ele era, ao final no século XI, um direito a que boa parte da Europa ocidental se afeiçoava historicamente, ao mesmo tempo em que se apresentava acessível a partir das compilações de Justiniano, publicadas em uma língua conservada e vulgarizada pela Igreja, o latim.

As universidades europeias, seguindo a pioneira Universidade de Bolonha, ocuparam um papel central nessa fase inicial do desenvolvimento dessa tradição jurídica. Coube a elas difundir o estudo e o desenvolvimento do direito romano como direito comum àquelas culturas³⁰¹.

Contudo, antes de se aprofundar um pouco mais sobre os precedentes no instituto, é importante tecer algumas observações sobre o sistema *civil law*. A ideia desse sistema é que o

²⁹⁸ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English law**. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 2004. p. 05

²⁹⁹ DAVID, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 439.

³⁰⁰ DAVID, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 26.

³⁰¹ THAMAY, Rennan; JUNIOR, Vanderlei G.; JR., Clóvis Smith F. **Precedentes Judiciais**. Saraiva, 2021. p. 39.

direito seja manifestado por meio da lei, sendo a decisão judicial instrumento subsidiário³⁰². Nessa circunstância, durante o decorrer dos anos, o *civil law* foi construindo o entendimento de que a lei deveria ocupar papel normativo central, eis que espelhava a vontade do povo³⁰³. Essa compreensão se dava em razão do pensamento de que a lei iria facilitar a atividade do juiz, dando todas as respostas aos problemas levados ao judiciário.

Muito disso também se deu para evitar decisões favoráveis para certa parcela da população na época, que eram os cleros ou a nobreza³⁰⁴. Em que pese não se atribuir força obrigatória aos precedentes judiciais nesse sistema, não há como negar a importância de decisões pretéritas como fonte do direito, sobretudo quando o objeto é trazer interpretação explicativa para a lei.

Registra-se acerca da questão que o *civil law* puro passou a ser malvisto³⁰⁵, quando o legislador trouxe conceitos indeterminados e cláusulas gerais que deixaram margem para qualquer interpretação, benéfica ou prejudicial. Cabe ainda salientar que, antes da evolução desse pensamento, a norma era vista como lei; contudo, diante da insegurança jurídica trazida pela própria lei, percebeu-se que a norma é fruto da interpretação do julgador³⁰⁶. Sendo assim, a ideia de que o julgador deveria apenas aplicar a lei, sem que pudesse interpretá-la, foi superada, porquanto a atividade judicial vai além da mera subsunção dos fatos à literalidade do dispositivo legal.

Ressalta-se, nesse sentido, que os cidadãos se exauriram das indeterminações da lei, exigindo que a atividade judicial tivesse também a função de extrair a regra jurídica da lei por meio da interpretação do caso concreto. Por isso, a importância dos precedentes judiciais em um sistema que predominava a lei como fonte de direito serve principalmente para uniformizar e manter estável a jurisprudência, garantindo a segurança jurídica e a existência de decisões que sejam conflitantes entre si.

Superada a historicidade dos precedentes judiciais, passemos agora para sua importância na efetivação da segurança jurídica, uma das funções primordiais dos precedentes no Brasil.

³⁰² DAVID, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 434.

³⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 45.

³⁰⁴ FOGAÇA, Mateus Vargas. **Os precedentes judiciais como forma de concretização da segurança jurídica no direito brasileiro**. Tese (Tese em Mestrado). Universidade Estadual do Norte do Paraná. Jacarezinho, 2016. Disponível em: <https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/8475-mateus-vargas-fogaca/file>. Acesso em: 20 jan. 2023.

³⁰⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 48-49.

³⁰⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 49-50.

Uma das características do Estado Democrático de Direito é a segurança jurídica, isto é, permitir que as pessoas tenham conhecimento prévio das consequências de seus atos³⁰⁷. Alguns doutrinadores, como Francisco Rosito, compreendem a segurança jurídica como pressuposto do Direito³⁰⁸.

Nessa perspectiva, podemos afirmar que o Estado deve assegurar a previsibilidade jurídica ao seu povo, sobretudo porque é por meio dessa previsibilidade que o cidadão é protegido das arbitrariedades por parte do governo. Pereira, em seus ensinamentos, compreende que:

A contribuição específica dada pela ‘certeza’ do direito – como redução da insegurança jurídica diante dos riscos de natureza jurídica – é a possibilidade de que todos os cidadãos se dediquem com confiança aos próprios afazeres e reiviniquem, com uma boa expectativa de sucesso, os próprios direitos. E isso é importante, porque o ponto central do Estado de Direito é o de que, por ser prospectivo, nos permite prever o que acontecerá diante da tomada de determinadas ações e, assim, nos permite planejar adequadamente nossas vidas em sociedades³⁰⁹.

À vista disso, não podemos desconsiderar a hipertrofia normativa que assola o sistema jurídico brasileiro, em que as decisões judiciais passaram a ter papel importante na interpretação e na aplicação da norma no caso concreto. Complementando a ideia do que é a segurança jurídica, Salert impõe que esse princípio é uma forma de alcançar um dos maiores fundamentos do Estado, qual seja a dignidade da pessoa³¹⁰. O que podemos extrair desse entendimento é que, ao indivíduo ao qual não é garantida a previsibilidade jurídica e, conseqüentemente, ele sofre com as instabilidades da legislação e decisões judiciais, está sendo ofendida sua dignidade humana, sendo impossível exigir confiança nas entidades estatais.

Por isso, é inegável que os precedentes judiciais trazem maior efetividade à segurança jurídica, sobretudo porque a sociedade alcança a almejada previsibilidade jurídica. Krebs³¹¹, em breve conceituação do que é segurança jurídica, traz pensamento relevante a esse respeito:

³⁰⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 433.

³⁰⁸ ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 138-139.

³⁰⁹ PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes: universabilidade das decisões do STJ**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014. p. 56.

³¹⁰ ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 138-139.

³¹¹ KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **A importância dos direitos fundamentais para o sistema de precedentes**. Tese. (Tese em pós-graduação). Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/135144> . Acesso em: 28 fev. 2023.

Segundo Neil MacCormick, entre os valores que o Estado de Direito assegura, nenhum é mais importante que a certeza jurídica, exceto talvez pelos valores similares, tais como a segurança de expectativas jurídicas e a garantia do cidadão contra interferências arbitrárias por parte do governo e de seus agentes. A sociedade que alcança a certeza jurídica e a segurança jurídica possibilita aos seus cidadãos que vivam com autonomia e sob circunstância de confiança mútua.

Desse modo, quando falamos em segurança jurídica, não podemos pensar em sua observância apenas por parte de um dos três poderes, mas, sim, exigir seu comprometimento dos três poderes: legislativo, judiciário e executivo. É a partir dessa observância que haverá um Estado confiável, que busca efetivar os valores extraídos do princípio da segurança jurídica³¹². Não são raras as vezes que os estudiosos e os profissionais interessados se deparam com dispositivos legais, contendo conceitos indeterminados ou decisões judiciais que possuem a indeterminação factual.

Nesse intento, a Hélio Ricardo Diniz³¹³ infere que uma das funções primordiais do direito é gerar estabilidade para o indivíduo; isso porque as relações jurídicas devem ser pautadas no mínimo de previsibilidade possível. Nessa senda, a aplicabilidade de precedentes judiciais e de decisões pretéritas, quando há similaridade no caso, traz a segurança jurídica almejada. Avançando um pouco mais sobre a segurança jurídica e sua conceituação, Marinoni³¹⁴ expõe que:

Convém anotar, de outra parte, que a segurança jurídica, como já indiciado, assume também a condição de direito e garantia fundamental, o que reforça a sua dupla dimensão objetiva e subjetiva. Mas a vinculação (multidimensional) do princípio da segurança jurídica com o Estado formal e material de Direito não significa que tal vinculação seja exclusiva, dito de outro modo, a segurança jurídica não encontra no Estado de Direito um fundamento único, devendo ser reconduzida a outros princípios, como é o caso, por exemplo, do princípio democrático, do princípio do Estado Social, do princípio da separação de poderes, do princípio da igualdade, do princípio da liberdade e da própria dignidade da pessoa humana.

³¹² PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes**: universabilidade das decisões do STJ. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014. p. 57.

³¹³ KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **A importância dos direitos fundamentais para o sistema de precedentes**. Tese. (Tese em pós-graduação). Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/135144>. Acesso em: 28 fev. 2023.

³¹⁴ SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 130.

Dessa conceituação, pode-se extrair o sentido dúplice da segurança jurídica, tendo sua dimensão subjetiva e objetiva³¹⁵, sendo a primeira aquela exigência de o cidadão confiar nos atos do Poder Público, enquanto que a dimensão objetiva pode ser vista como aquela que pressupõe a estabilidade da ordem jurídica.

Portanto, os precedentes judiciais possuem papel relevante na concretização da segurança jurídica, eis que garante um ambiente seguro e confiável para os cidadãos. Ora, existem casos em que a decisão é o único instrumento que gera confiança ao indivíduo em determinada relação jurídica. Isso acontece em razão das indeterminações da lei ao regulamentar eventual conduta ou relação jurídica.

A necessidade da tutela da segurança jurídica foi abraçada pelos precedentes judiciais, pois buscaram uniformizar a jurisprudência, a respeitar entendimentos pretéritos e a dar previsibilidade jurídica sem se utilizar de práticas arbitrárias.

Nesse pensar, não há como permitir que prevaleça o pensamento de que as decisões judiciais devem aplicar de forma automática a lei. E pensar em precedentes judiciais é o mesmo que pensar em efetivação da segurança jurídica. Sobre a sua definição, Thamay³¹⁶ compreende que:

Na realidade brasileira, o precedente é formado a partir das decisões judiciais, muito embora nem todas as decisões sejam aptas a formar precedentes judiciais. Uma decisão só assume a condição de precedente se (i) estiver respaldada em fundamento acolhido pela maioria dos membros do tribunal; (ii) enfrentar originalmente a questão de direito (*leading case*), não se limitando a reproduzir precedentes anteriores, e (iii) não se limitar a afirmar a letra da lei ou a resolver questões de fato. Essas são algumas das condições formadoras do precedente, as quais devem ser analisadas em conjunto com vários outros institutos, os quais serão objeto de análise em momento oportuno.

Ressalta-se, nesse sentido, que o precedente foi construído ao longo dos anos, sobretudo porque havia certa resistência em sua aplicabilidade no sistema jurídico brasileiro. Essa evolução se deu por meio da ideia de que o julgador, ao analisar e aplicar a lei no caso concreto, não está julgando somente aquele processo, mas outros futuros³¹⁷. A importância dos

³¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 257.

³¹⁶ THAMAY, Rennan; JÚNIOR, Vanderlei G.; JR., Clóvis Smith F. **Precedentes Judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 27.

³¹⁷ VIANA, Antônio Aurélio de S.; NUNES, Dierle. **Precedentes**. A Mutação no  nus Argumentativo. Grupo GEN, 2017. p. 34.

precedentes é justamente para demonstrar que a função do juiz não é ser apenas a “boca da lei”, mas para trazer a conclusão da atividade criativa do juiz. Sobre esse posicionamento, Wambier e Medina discorrem que:

As decisões já não mais podem ser consideradas como resultados imediato e automático da aplicação do texto legal. A ideia de que a sentença judicial surge claramente e sem vacilação da norma codificada se pode dizer que hoje estaria absolutamente superada. Assim, a ideia de que a sentença decorreria automaticamente da lei foi substituída por outra ideia, a de que o juiz exerce função até certo ponto e em certa medida, criativa em relação à lei³¹⁸.

A preocupação dos precedentes judiciais, principalmente no âmbito do processo penal, é garantir o contraditório e a ampla defesa, isso porque é por intermédio da obrigatoriedade que a decisão gerará efeitos em outros casos, sendo paradigma para aqueles que nem sequer existem. Galvão³¹⁹ explica a relevância dos precedentes judiciais no processo penal, alegando que, nesses casos, é imprescindível não apenas a observância do contraditório entre as partes, mas um contraditório amplo, o qual possa englobar toda a sociedade.

No aspecto criminal, a esse respeito, é sabido que caberia ao legislador criminal evitar dispositivos que contenham interpretações variadas e conceitos indeterminados. Contudo, existem dispositivos penais que necessitam da interpretação judiciária, a fim de que não haja excesso no momento da aplicação da norma ou excesso na aplicação da lei penal. Zaneti Junior ratifica essa compreensão, ao dizer:

Igualmente, precedentes não poderão criar tipos penais, que devem ser criados exclusivamente pelo legislador, *nullum crimen, nulla poena, sine lege*. Contudo, há diferenças entre analogia, criação e interpretação do direito. A questão não é tão simples assim. Isso porque a vedação à analogia não significa uma vedação à interpretação. Também as normas penais dependem de interpretação, muito embora o estilo legislativo utilizado pelo legislador nos tipos penais de regra, deva ser o mais preciso e casuístico possível, evitando conceitos jurídicos indeterminados e normas penais em branco³²⁰.

Podemos utilizar como exemplo o princípio da insignificância, já que se trata de uma criação da doutrina e jurisprudência através da interpretação de princípios constitucionais, que

³¹⁸ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo Civil Moderno**. Parte geral e processo e conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

³¹⁹ GALVÃO, Danyelle. **Precedentes judiciais no processo penal**. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 93.

³²⁰ JUNIOR, Hermes Zaneti. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 5. ed. São Paulo: Juspodivm, p. 434.

depende da concepção sobre seus vetores e aplicabilidade no caso concreto. O reconhecimento do princípio como parâmetro de interpretação se deu de forma tardia e, em que pese os esforços do STF, trouxe critérios poucos precisos. Portanto, na atualidade, existe uma verdadeira falta de consenso acerca das questões atinentes ao princípio da insignificância³²¹.

Essa falta de consenso acaba fazendo com que os “precedentes” persuasivos conflitem entre si, evidenciado que se trata de um tema ainda em construção.

Assim sendo, em que pese as falhas das cortes superiores acerca da interpretação da Constituição Federal e das legislações infraconstitucionais, não podemos desmerecer o papel dos precedentes na eficácia dos direitos fundamentais.

2.1.1 Distinção entre Jurisprudência, Súmula e Precedente Judicial no Direito Brasileiro

Superada a importância dos precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro, é imprescindível realizar a distinção entre jurisprudência, súmula e precedente judicial no sistema jurídico brasileiro.

Os precedentes não podem jamais se assemelham ao conceito de jurisprudência e súmula, isso porque cada instituto tem a sua conceituação e a sua finalidade. Por isso, para fins de esclarecimentos, é necessário tecer algumas observações sobre cada instrumento.

2.1.1.1 Precedentes judiciais

Inicialmente, pode haver certa confusão quando se traz a definição de jurisprudência, que é o uso habitual de determinado entendimento em casos semelhantes. Contudo, ao se analisar o conceito de precedentes, fica clara sua distinção. Explorando o conceito de precedentes judiciais, Zaneti Junior leciona que:

Os precedentes judiciais [...] consistem no resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas. No momento da aplicação, deste caso-

³²¹ BOTTINI, Pierpaolo. **Princípio da insignificância é um tema em construção**. Revista Consultor Jurídico, 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-jul-26/direito-defesa-principio-insignificancia-tema-construcao>>. Acesso em: 31 de jul. 2023.

precedente, analisado no caso-atual, se extrai a *ratio decidendi* ou *holding*³²² como o core do precedente³²³.

Reitera-se, nesse sentido, que os precedentes judiciais não se confundem com direito jurisprudencial entendido como repetição de decisões reiteradas, por mais que esse direito possa ser considerado influente ou persuasivo de fato.

É fato que, no Brasil, os precedentes judiciais possuem diversas denominações, desde precedentes judiciais vinculantes até precedentes obrigatórios. Na visão de Luiz Guilherme Marinoni³²⁴, precedente é a decisão judicial com potencialidade de se transformar em decisão paradigma em casos futuros, no sentido de orientar os julgadores. Insta salientar que nem sempre uma primeira decisão judicial será precedente judicial, sobretudo porque existem situações que vários casos são levados ao Judiciário para serem julgados. Galvão afirma que todas as decisões judiciais são passíveis de se tornarem precedentes, mas nem todas os formam³²⁵.

Um ponto que distingue precedentes de jurisprudência é a necessidade de discussão de questão jurídica em relação àquele primeiro. O precedente judicial tem forte autoridade, mas deve ser coerente e manter a integridade, ou seja, deve ser analisada não só a aplicabilidade da lei, mas também as particularidades do microsistema. Se não bastasse isso, deve o precedente versar sobre questões de direito material e processual, enfrentando argumentos que sejam favoráveis e desfavoráveis à tese que será implantada.

Ao contrário dos demais institutos, a fixação de um precedente judicial possibilita, inclusive, a intervenção de terceiros interessados³²⁶. Várias são, desse modo, as determinações sobre precedente judicial, sobretudo para garantir a coesão no momento da fixação da tese e a efetividade de um contraditório e de uma ampla defesa. Por isso, a importância de enfrentamento de argumentos favoráveis e desfavoráveis à conclusão definida em sede de precedente judicial.

³²² A doutrina converge que a *ratio decidendi* ou *holding* se trata daquele fundamento vinculante constante no precedente. Nos Estados Unidos, o *holding* é, basicamente, o âmago da regra, sendo necessária para fundamentar a conclusão do julgamento.

³²³ JUNIOR, Hermes Zaneti. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 5. ed. São Paulo: Juspodivm. p. 77; p. 305.

³²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 213-214.

³²⁵ GALVÃO, Danyelle. **Precedentes judiciais no processo penal**. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 46.

³²⁶ FOGAÇA, Mateus Vargas. **Os precedentes judiciais como forma de concretização da segurança jurídica no direito brasileiro**. Tese (Tese em Mestrado). Universidade Estadual do Norte do Paraná. Jacarezinho, 2016. Disponível em: <https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/8475-mateus-vargas-fogaca/file>. Acesso em: 20 jan. 2023.

Verifica-se, assim, a extrema relevância dessa superação de entendimentos por meio dos enunciados 305 e 585 do FPPC³²⁷, os quais estabelecem a necessidade de o precedente apreciar todas as alegações, sejam favoráveis ou contra. Além disso, existem requisitos a serem observados para que uma decisão judicial se constitua precedente: relevância além do caso; discussão sobre questão de direito ou limitar-se a referenciar norma legal ou apontar precedente³²⁸. À vista disso, pode-se definir o precedente como aquela decisão judicial que versa sobre questão de direito, não limitando a mera subsunção dos fatos ao dispositivo legal.

Nesse sentido, o precedente judicial serve de parâmetro para casos similares. Trata-se, pois, de uma decisão judicial isolada, que se desenvolve a partir de um caso específico. Por oportuno, a força obrigatória de um precedente não depende de decisões reiteradas sobre o assunto, sendo suficiente decisão unitária para formar o precedente.

Ocorre que não é incomum verificar que os tribunais e os julgadores se utilizam do termo “precedentes” para jurisprudência, que é a mera multiplicidade do entendimento. Marchiori³²⁹ faz uma crítica acerca da confusão existente entre precedente e jurisprudência, ratificando que:

A correta utilização dos termos jurisprudência e precedente no meio jurídico será um notório avanço para o modelo brasileiro de precedentes, mas essa resolução não se dará por meio de estudos da origem da palavra ou da dificuldade de se chegar a uma definição simples dos termos. A separação das duas terminologias dependerá de uma aprofundada análise na prática judiciária brasileira em diversos aspectos sobre a formação, aplicação, distinção e superação de precedentes.

Pois bem. O que se pode extrair das lições do doutrinador é que já é possível concluir que a diferenciação entre precedente e jurisprudência pode ser comprovada por meio dos efeitos de cada um no caso concreto e na prática jurisdicional. Aprofundando um pouco mais na conceituação do que é precedente judicial, a fim de extirpar qualquer dúvida, Thamay discorre, assim como a maioria dos doutrinadores, que precedente é a decisão judicial que pode resolver

³²⁷ Enunciado 305: No julgamento de casos repetitivos, o tribunal deverá enfrentar todos os argumentos contrários e favoráveis à tese jurídica discutida, inclusive os suscitados pelos interessados.

Enunciado 585: Não se considera fundamentada a decisão que, ao fixar tese em recurso especial ou extraordinário repetitivo, não abranger a análise de todos os fundamentos, favoráveis ou contrários, à tese jurídica discutida.

³²⁸ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 135.

³²⁹ MARCHIORI, Marcelo Ornellas. **A atuação do poder judiciário na formação de precedentes definitivos**. 1. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 45.

o caso concreto e servir de parâmetro para casos futuros e que envolvam a mesma questão de direito³³⁰.

A *ratio decidendi* do precedente³³¹ é, na verdade, elemento persuasivo que pode servir para o órgão que o fixou e para os demais órgãos jurisdicionais inferiores. Didier³³² compartilha do mesmo entendimento, afirmando que o precedente judicial é a decisão que é prolatada à luz da situação concreta, servindo de diretriz para casos posteriores análogos.

Outrossim, em que pese a incontestável obrigatoriedade do precedente judicial, este não afasta a autonomia do julgador diante do caso concreto, eis que pode haver, se assim for o caso, o apontamento das deficiências existentes no precedente. Nessas situações, o julgador estará exercendo, dentro da legalidade, uma concordância crítica³³³.

2.1.1.2 Jurisprudência

Tecidas as considerações de precedentes, passa-se agora a realizar uma distinção entre jurisprudência e aquele primeiro.

Ao se falar em jurisprudência, pode-se defini-la como sendo um conjunto de decisões judiciais ou sentenças uniformes ou contraditórias entre si. Por isso, ao tentar delimitar o instituto da jurisprudência, pode-se definir que são várias decisões que se referem às situações semelhantes, mas que possuem diversas compreensões.

Ainda sobre a jurisprudência, é possível dividi-la em duas espécies: jurisprudência dominante e jurisprudência pacificada. Krebs³³⁴, citando Monnerat, ao discorrer sobre as espécies de jurisprudência, compreende que:

Jurisprudência dominante, nos dizeres de Fábio Victor da Fonte Monnerat, pode ser caracterizada pela existência de vários julgados sobre a mesma matéria com uma quantidade considerável de julgados em mais de um sentido,

³³⁰ THAMAY, Rennan; JUNIOR, Vanderlei G.; JR., Clóvis Smith F. **Precedentes Judiciais**. Saraiva, 2021. p. 137.

³³¹ Marinoni defende que o motivo suficiente, porém, se torna determinante quando, feita a individualização da fundamentação, mostra-se como premissa sem a qual não se chegaria à específica decisão (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 7 Ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2022, p. 205).

³³² THAMAY, Rennan; JUNIOR, Vanderlei G.; JR., Clóvis Smith F. **Precedentes Judiciais**. Saraiva, 2021. p. 137.

³³³ GALVÃO, Danyelle. **Precedentes judiciais no processo penal**. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 55.

³³⁴ KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **A importância dos direitos fundamentais para o sistema de precedentes**. Tese. (Tese em pós-graduação). Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. 2015. Disponível em: file:///C:/Users/kamil/Downloads/4e3362e2df68c209dc627835b2005b44.pdf. Acesso em: 28 fev. 2023.

mas onde se pode constatar que um dos entendimentos prevalece como sendo de maior aplicação. Já a jurisprudência pacífica é aquela que é dominante, porém, qualificada por algum procedimento específico de reconhecimento da pacificação do entendimento jurisprudencial, tal como as súmulas, vinculantes ou não, e as decisões proferidas no julgamento dos recursos excepcionais repetitivos.

Para alguns³³⁵, o conceito de jurisprudência dominante somente pode ser alcançado se averiguado um lapso temporal determinado. Portanto, o termo jurisprudência, apesar de ser amplamente discutido, nada mais é do que um conjunto de decisões judiciais sobre determinada questão fática ou questão jurídica. Para Parente³³⁶, não pode ser confundida em hipótese alguma com precedente, isso porque, ao contrário dos precedentes, a jurisprudência poderá ser formada por meio de definidos números de decisões que coincidam quanto à essencial das questões levadas ao seu julgamento.

O primeiro ponto de distinção que podemos observar, nesse sentido, entre jurisprudência e precedente judicial é o quantitativo de decisões que as tornam “vinculantes”; eis que, para que seja reconhecida a “jurisprudência”, é necessário atingir um número mínimo de decisões relativas ao caso concreto, consoante ensina Taruffo³³⁷, enquanto que, para que o precedente seja fixado, basta que seja prolatada decisão unitária.

Galvão³³⁸, ao trazer essa distinção, corrobora que:

Ademais, a força normativa da jurisprudência depende da pluralidade de decisões em um mesmo sentido num determinado espaço de tempo, ao passo que no precedente judicial a força decorre de uma decisão unitária, cuja relevância é apontada pelas questões discutidas no caso concreto e cuja norma é aplicada – a depender da vinculação – aos casos semelhantes subsequentes.

As características distintas existentes entre precedente e jurisprudência são totalmente perceptíveis, isso porque, enquanto o precedente fornece uma regra universal para as decisões judiciais subsequentes, servindo, inclusive, de orientação para os julgadores, e somente poderá ser afastado se estiverem presentes elementos que diferenciem o caso paradigma do caso concreto, a jurisprudência é a formulação de enunciados gerais e de mero conteúdo normativo.

³³⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 100, p. 4, out. 2000 (versão online).

³³⁶ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Jurisprudência: da divergência à uniformidade**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 5.

³³⁷ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Tradução de Arruda Alvim, Teresa Arruda Alvim Wambier e André Luís Monteiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 199, p. 5, set. 2011. p. 2.

³³⁸ GALVÃO, Danyelle. **Precedentes judiciais no processo penal**. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 48.

Assim, no caso dos precedentes, sob a ótica de Michele Taruffo, a análise da *ratio decidendi* é primordial para a aplicabilidade do precedente, porquanto “o precedente é eficaz e pode determinar a decisão do segundo caso”³³⁹.

Para melhor enfatizar essa diferenciação, traz-se algumas elucidações:

Há a concreta possibilidade de o precedente judicial ser identificado em uma única decisão. Por esta razão, ele não se confunde com a jurisprudência, constituída por um conjunto de decisões concordantes, proferidas pelos órgãos judiciários de modo a dar interpretação constante e uniforme a uma mesma questão jurídica³⁴⁰.

O termo jurisprudência é originário da junção de duas palavras em latim: *jus* ‘justo’ e *prudencia* ‘prudência’, sendo empregado em sua tradicional concepção doutrinária como um conjunto de decisões judiciais coerentes e harmônicas entre si sobre determinada questão jurídica. Nas palavras de Miguel Reale Junior, jurisprudência é a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais³⁴¹.

O que se pode extrair das referidas citações é que a jurisprudência, em sentido amplo, nada mais é do que a formulação verbal de enunciado, concentrada em uma ou em poucas frases, tendo por objeto a mera aplicação das regras jurídicas³⁴². A jurisprudência também muito se confunde com “ementa”, o que não deve acontecer.

Assim sendo, ao contrário da jurisprudência, basta verificar a *ratio decidendi* da decisão judicial para justificar a força vinculante do precedente. Essa vinculação está amparada na justificativa, ou seja, na fundamentação da decisão. O sistema dos precedentes judiciais, buscando a efetividade da igualdade e da coerência nas decisões, possibilita a superação do precedente, caso o julgador compreenda que o caso concreto diverge do caso paradigma. Para isso, o julgador ou o próprio autor devem demonstrar a razão de não ser aplicado o precedente.

³³⁹ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Tradução de Arruda Alvim, Teresa Arruda Alvim Wambier e André Luís Monteiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 199, p. 5, set. 2011. p. 3.

³⁴⁰ FOGAÇA, Mateus Vargas. **Os precedentes judiciais como forma de concretização da segurança jurídica no direito brasileiro**. Tese (Tese em Mestrado). Universidade Estadual do Norte do Paraná. Jacarezinho, 2016. Disponível em: <https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/8475-mateus-vargas-fogaca/file>. Acesso em: 20 jan. 2023.

³⁴¹ MARCHIORI, Marcelo Ornellas. **A atuação do poder judiciário na formação de precedentes definitivos**. 1. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 43.

³⁴² Esse entendimento também ocorre em razão de a jurisprudência ser considerada uma das fontes secundárias do direito. Ou seja, a jurisprudência é mais ligada aos costumes, não tendo qualquer força vinculante. Atualmente, temos uma verdadeira problemática na formulação de jurisprudência, sobretudo porque o julgador não pode ser mero aplicador da lei, deve-se pensar num ideal para o futuro.

2.1.1.3 Súmula

Por fim, temos a súmula, que diverge de jurisprudência e de precedentes judiciais. As súmulas, na visão de Galvão³⁴³, são uma tese jurídica que saiu vencedora em determinado tribunal, facilitando a compreensão da jurisprudência dominante daquele órgão prolator da decisão, resguardando-se a predominância do entendimento. Em que pese a súmula possa ter caráter vinculante em situações pontuais, não pode ser confundida com precedentes.

Portanto, de forma sucinta, pode-se identificar a súmula como o entendimento de determinado tribunal sobre o tema, sendo instrumento totalmente distinto dos precedentes, desde o seu processo de criação até a sua aplicação³⁴⁴. A súmula, persuasiva ou vinculante, é a indexação da jurisprudência que se posicionou de determinada forma e, diante da facilitação em tornar unânime a compreensão, buscou a abstratividade dos fatos. Zaneti³⁴⁵ afirma que existem críticas ao sistema de súmulas e jurisprudências, e citando Streck, ele leciona que:

A crítica certa ao sistema de súmulas e jurisprudência existente no Brasil vem assim corretamente exposta: ‘Ao editar uma súmula, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal passam a ter poder maior que o do legislador, pois, primeiro, ‘legislar’, ao conceberem a interpretação ‘correta’ de determinada norma; depois, quando existe discordância de tal interpretação, no bojo de qualquer processo em qualquer unidade da Federação, tal discordância é impedida de prosperar, pela exata razão de que o relator negará seguimento ao recurso ‘que contrariar, nas questões predominantemente de direito’, súmula do respectivo tribunal’.

Em que pese existir corrente que entenda que a súmula deveria ser compreendida como precedente judicial³⁴⁶, não há como acatar tal entendimento, sobretudo porque não há como identificar a *ratio decidendi* por meio de análise da súmula, pois esta se presta a uniformizar e a dar maior celeridade na realização e no reconhecimento do direito. Sobre essa circunstância,

³⁴³ GALVÃO, Danyelle. **Precedentes judiciais no processo penal**. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 51.

³⁴⁴ MIRANDA, Victor Vasconcelos. **Precedentes judiciais: a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes**. 2017. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

³⁴⁵ JUNIOR, Hermes Zaneti. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 5. ed. São Paulo: Juspodivm. p. 197.

³⁴⁶ SOUZA, Marcelo Alves dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 253.

Victor Vasconcelos Miranda assimila que a súmula “não pode ser considerada isoladamente, para reger a solução do caso-julgamento, como uma norma autônoma e abstrata”³⁴⁷.

2.1.2 Decisões do Supremo Tribunal Federal no Processo Penal com força de precedentes judiciais

Em que pese não existir previsão de precedentes judiciais no processo penal, pode-se levar em consideração o art. 927 do Código de Processo Civil, para firmar, no âmbito criminal, as decisões que podem ser consideradas, ainda que em tese, precedentes vinculantes aptos a orientar a jurisprudência dos demais tribunais locais. Zaneti Junior³⁴⁸ afirma que o Brasil adotou um sistema híbrido, não havendo a prevalência do *civil law* nas decisões judiciais, isso porque a própria sociedade estaria insatisfeita com o legislativo.

Nessa perspectiva, o artigo 927 do Código de Processo Civil estabelece um rol de pronunciamentos judiciais formalmente vinculantes. Esse rol é utilizado para que os julgados, ao se depararem com decisões judiciais com características do dispositivo, observem seu caráter vinculante. Ainda sobre o caráter vinculativo dos provimentos judiciais previstos no referido dispositivo, o Ministro Rogério Schietti Cruz³⁴⁹ reforçou que a previsão somente evidenciou a existência do sistema de precedentes no Brasil.

Fredie Didier Jr. reconhece a obrigatoriedade da observância ao disposto no art. 927 do Código de Processo Civil, no sentido de que as decisões previstas no rol do artigo devem ser vistas como impositivas e vinculativas. Há quem compreenda³⁵⁰ que os provimentos judiciais do art. 927 do CPC somente podem ser considerados como vinculativos se proferidos pelas cortes superiores³⁵¹. Entretanto, as diretrizes do disposto no Código de Processo Civil não são

³⁴⁷ MIRANDA, Victor Vasconcelos. **Precedentes judiciais**: a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes. Dissertação em mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC, 2017. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/21379/2/Victor%20Vasconcelos%20Miranda.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2023.

³⁴⁸ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 430.

³⁴⁹ CRUZ, Rogério Schiett. Dever de motivação as decisões judiciais no novo Código de Processo Civil reflexos na jurisdição criminal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; SCHIETT CRUZ, Rogério. **Processo Penal**. V. 13. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 328.

³⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016. p. 290.

³⁵¹ Parte da doutrina também critica esse posicionamento, sobretudo porque não é certo restringir a formulação de precedentes às cortes superiores, pois estaríamos desestruturando a própria estrutura tradicional dos demais tribunais integrantes da organização judiciária. Em contrapartida, não há como afastar a possibilidade de formulação de precedentes vinculantes pelos tribunais locais e tribunais regionais federais, enquanto não houver pronunciamento obrigatório firmado pelos tribunais superiores (MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 90-91).

suficientes para firmar um precedente judicial vinculante, pois é necessário que se observe a construção de um padrão decisório modelar, por intermédio da presença de indispensáveis elementos estruturantes.

Victor Vasconcelos Miranda³⁵² traz uma breve explicação das diretivas necessárias à formação de um precedente jurídico vinculante, afirmando que:

Em especial, destacam-se (i) a centralização da discussão, com a delimitação objetiva sobre o quê constituirá objeto de análise pelos tribunais para formação do padrão decisório; (ii) a preocupação com a formação de um debate qualificado pela pluralidade de argumentos; (iii) a representatividade dos agentes intervenientes no processo de formação do padrão decisório paradigmático; (iv) contraditório com participativo como elemento indispensável à construção da tese jurídica funcionalizado em razão do diálogo cooperativo entre as partes; (v) o compartilhamento majoritário do fundamento determinante e, por fim, (vi) publicidade.

A partir disso, não deve haver somente a observância dos preceitos do Código de Processo Civil, mas maior zelo no procedimento de construção dos precedentes, porquanto cabe ao Judiciário concretizar a integridade e a coerência das decisões judiciais vinculativas. Se não houve cuidado no procedimento adotado, o Judiciário sofrerá grande descrédito, isso porque os precedentes judiciais exigem qualidade argumentativa. Essa qualidade só pode ser observada e devidamente assegurada por meio de um debate plural, com amplitude de contraditório, além da possibilidade de intervenção de agentes que possuam grau de representatividade para auxiliar na formação do precedente. À vista disso, é importante tecer que o art. 927 do CPC, ainda que relevante para a formação de precedentes judiciais no processo penal, não afasta a existência de decisões judiciais dotadas de efeitos vinculantes.

Cabral e Cramer³⁵³ buscaram interpretar o art. 927 do Código de Processo Civil, no sentido de distinguir jurisprudência de precedentes, além de demonstrarem a importância de o tribunal manter os precedentes de forma separada – catalogados –, gerando maior facilidade. Senão, veja-se a compreensão dos doutrinadores:

³⁵² MIRANDA, Victor Vasconcelos. **Precedentes judiciais**: a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes. 2017. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

³⁵³ CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1.319.

Trata de precedentes, e não mera jurisprudência ou coletânea de decisões do tribunal. Isto porque serão os precedentes, ou seja, as decisões com caráter normativo formalmente vinculante, decisões exaradas nos termos do *caput* do art. 927, que obrigarão os juízes e tribunais, e, assim, devem ser estas as decisões separadas e catalogadas adequadamente para garantir sua publicização. Isto não impede que os tribunais continuem a disponibilizar todas as suas decisões na rede mundial de computadores, mas implica em [sic] priorizar a sistematização daquele conjunto de decisões de caráter vinculante.

No âmbito criminal, pode-se extrair que as decisões proferidas no âmbito do processo penal são, em sua maioria, dotadas de efeitos vinculantes, ou seja, são aquelas que elaboram motivação acerca de debate intenso e plural na sociedade. A pesquisa se restringirá em decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal.

O art. 927 do Código de Processo Civil, inciso I, prevê que as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade devem ser observadas, além da imprescindibilidade de observância dos acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.

Sobre a matéria do *habeas corpus* servir como formador de precedente vinculante, o Supremo Tribunal Federal, em seu regimento interno, dispõe que é possível o feito ser encaminhado para julgamento em plenário. João Rafael de Oliveira esclarece o procedimento adotado:

O regimento interno do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, prevê nos artigos 21, X, e 22, *caput* e parágrafo único, respectivamente, o poder do Relator de encaminhar o feito para julgamento em plenário, de forma discricionária nos casos de *habeas corpus* ou de recurso em *habeas corpus*, e quando: a) estiver diante de relevante arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida; b) houver matérias em que diverjam as turmas entre si ou alguma delas em relação ao plenário; c) em razão da relevância da questão jurídica ou da necessidade de prevenir divergência entre as turmas, convier pronunciamento do plenário³⁵⁴.

O objetivo da pesquisa, acima de tudo, é demonstrar que o *habeas corpus* pode ser um excelente formador de precedentes judiciais vinculantes, sobretudo porque ao Supremo

³⁵⁴ OLIVEIRA, João Rafael de. **O Habeas Corpus como instrumento formador de precedente vinculante: proposta de aprimoramento à sistemática do habeas corpus em Tribunais Superiores**. 2022. 174 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional). – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2022.

Tribunal Federal chegam temáticas que são alvos de discussões constantes, gerando uma instabilidade de entendimentos.

Em prosseguimento da matéria, João Rafael de Oliveira leciona que é plenamente possível a formação de precedentes por meio do julgamento de *habeas corpus*, “precipualemente quando deliberado pelo colegiado maior mediante contraditório ampliado”³⁵⁵, devendo, portanto, ser reconhecida a abstrativização dos efeitos decorrentes daquela decisão.

No que tange aos *habeas corpus*, como visto, é possível que seja determinada a afetação do remédio constitucional, principalmente quando a temática possui relevância no âmbito do processo penal. Atualmente, existem inúmeros *habeas corpus* impetrados perante os tribunais locais e tribunais superiores; em que pese a semelhança do caso, as decisões prolatadas são divergentes em suas fundamentações e parâmetros, o que acaba comprometendo a segurança jurídica das decisões judiciais.

A regra do *habeas corpus* é que tenha efeito somente entre as partes envolvidas no caso concreto, não possuindo eficácia *erga omnes*, não sendo vinculantes aos demais julgadores. Contudo, tal julgamento não pode alcançar aqueles *habeas corpus* julgados pelo plenário e que possuem grande relevância para a sociedade e para o processo penal³⁵⁶.

A partir disso, está sendo consolidada a compreensão de que o *habeas corpus* pode e deve ser utilizado como formador de precedentes vinculantes, havendo uma forte tendência à abstrativização das decisões judiciais tomadas pelo plenário em sede de HC.

Acerca disso, existe parte da doutrina que entende ser possível o *habeas corpus* formar precedente vinculativo, desde que haja sua afetação³⁵⁷, a decisão seja proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal e possuam *ratio decidendi*, como é o caso de alguns julgados prolatados pelo STF em âmbito de julgamento de *habeas corpus*.

³⁵⁵ OLIVEIRA, João Rafael de. **O Habeas Corpus como instrumento formador de precedente vinculante**: proposta de aprimoramento à sistemática do *habeas corpus* em Tribunais Superiores. 2022. 174 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional). — Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2022.

³⁵⁶ CARVALHO FILHO, José S. Os efeitos da decisão de inconstitucionalidade do STF em julgamentos de Habeas Corpus. In: PEDRINA; NUNES; SOUZA; VASCONCELLOS (org.). **Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal**. RT, 2019. p. 45-60.

³⁵⁷ Vinicius Vasconcellos e Danyelle Galvão compreendem pela possibilidade de formação de precedentes em sede de *habeas corpus*, desde que sejam observadas as exigências legais. GALVÃO, Danyelle da S. Precedentes no processo penal. Tese (Doutorado em direito), Universidade de São Paulo, 2019, p. 163; CARVALHO FILHO, José S. Os efeitos da decisão de inconstitucionalidade do STF em julgamentos de *Habeas Corpus*. In: PEDRINA; NUNES; SOUZA; VASCONCELLOS (org.). **Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal**. RT, 2019. p. 45-60; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Habeas corpus*: como formador de precedentes penais no STF. Consultor jurídico: Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-15/pensando-habeas-habeas-corpus-formador-precedentes-penais-stf>>. Acesso em: 10 jul. 2023.

Se as decisões proferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal ou pela Corte Especial possuírem *ratio decidendi*, serão, pelo menos em tese, de observância obrigatória, por força do disposto no CPC, de 2015, desde que tenham fundamentação qualificada em restrita observância do artigo 93, inc. IX, da Constituição Federal de 1988 e do artigo 489, §1, do CPC, de 2015³⁵⁸.

Nesse ponto, a formação de precedentes vinculantes no processo penal, por meio do *habeas corpus*, trará maior diálogo entre as instituições e, conseqüentemente, irá gerar maior segurança jurídica nas decisões prolatadas.

A pesquisa ficará restrita às decisões do Supremo Tribunal Federal que podem ser consideradas, em tese, precedentes judiciais vinculativos, dada sua *ratio decidendi*.

2.1.3 Necessidade de interpretação e obediência aos entendimentos firmados pelo Supremo Tribunal Federal em sede de *habeas corpus*: o risco de insegurança jurídica

Na atualidade, tem-se deparado com os tribunais locais e o Superior Tribunal de Justiça desconsiderando totalmente os entendimentos firmados pelo Supremo Tribunal Federal, seja buscando eventual “brecha” seja, até mesmo, interpretando-os de forma equivocada.

Nesse sentido, não se pode deixar de entender que o Supremo Tribunal Federal possui relevante função no que tange à correção das decisões proferidas pelos tribunais locais e cortes de justiça³⁵⁹, sobretudo na busca de uniformizar os entendimentos e tornar claro o texto legal passível de vasta interpretação.

Para o caso, o regimento interno do Supremo Tribunal Federal possibilita que o Relator submeta casos individuais criminais ao julgamento do plenário, desde que haja uma relevância jurídica da questão ou a necessidade de prevenir divergências entre as turmas ou até mesmo tribunais³⁶⁰.

³⁵⁸ GALVÃO, Danyelle da S. **Precedentes Judiciais no Processo Penal**. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo, 2019. p. 157.

³⁵⁹ GALVÃO, Danyelle. **Precedentes judiciais no processo penal**. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 142.

³⁶⁰ Art. 22. O Relator submeterá o feito ao julgamento do Plenário, quando houver relevante arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida. Parágrafo único. Poderá o Relator proceder na forma deste artigo: a) quando houver matérias em que diverjam as Turmas entre si ou alguma delas em relação ao Plenário; b) quando, em razão da relevância da questão jurídica ou da necessidade de prevenir divergência entre as Turmas, convier pronunciamento do Plenário.

Sobre a questão, faz-se necessário ressaltar que a delimitação do objeto da presente pesquisa é voltada para *habeas corpus* que, levando em consideração a ausência de preenchimento das regras para formação de precedentes judiciais, devem ser reconhecidos como vinculantes, isso porque a motivação da decisão é fator determinante para afetar terceiros e tornar público o ato judicial.

Partindo dessa premissa, verifica-se que julgados do Supremo Tribunal Federal, em sede de *habeas corpus*, devem ser reconhecidos como vinculantes, dada a sua relevância ou a necessidade de uniformização dos entendimentos, desde que presentes os requisitos para sua vinculação como precedente. Ainda, serão analisados dois julgados importantes no âmbito do processo penal sobre a aplicabilidade do princípio da insignificância, os quais, atualmente, são considerados como obrigatórios em razão da relevância do tema.

Este tópico, assim, irá se limitar à consequência da inobservância dos precedentes judiciais em sede de *habeas corpus*: a insegurança jurídica. Nesse sentido, salienta-se que os precedentes judiciais são dotados de fundamentos constitucionais; um deles é assegurar a segurança jurídica. É ilógico pensar que um sistema jurídico tenha decisões distintas para casos semelhantes. É isso, pois, que os precedentes buscam evitar.

Sobre a segurança jurídica, Humberto Ávila compreende que é uma norma princípio que envolve um fim e meios³⁶¹. O referido princípio garante estabilidade nas relações-jurídicas processuais, sendo previsto no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal. Nesse pensar, o objetivo dos precedentes vinculantes é afastar a existência de uma jurisprudência “lotérica”, além de afastar decisões contraditórias entre si³⁶².

É importante afirmar, nesse aspecto, que a segurança jurídica está intimamente ligada ao princípio da isonomia, a fim de que não seja dado tratamento desigual àqueles que estão na mesma situação perante a lei. No caso do princípio da insignificância, que teve seus requisitos fixados por meio de decisão do Supremo, a margem de interpretações equivocadas fica ainda maior, abrindo espaço para decisões conflitantes em casos semelhantes.

Desse modo, esse dever de estabilizar a jurisprudência nas instâncias ordinárias em sendo discutido pela doutrina, no sentido com que Daniel Amorim Assumpção leciona:

³⁶¹ AVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2012. p. 119.

³⁶² STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 215.

Além do que a segurança jurídica no posicionamento das cortes evita discussões longas e inúteis, permitindo que todos se comportem conforme o Direito. Como ensina a melhor doutrina, a uniformização de jurisprudência atende à segurança jurídica, à previsibilidade, à estabilidade, ao desestímulo, à litigância excessiva, à confiança, à igualdade perante a jurisdição, à coerência, ao respeito à hierarquia, à imparcialidade, ao favorecimento de acordos, à economia processual (de processos e despesas) e à maior eficiência³⁶³.

Entende-se, assim, que é a partir da segurança jurídica que se chega à confiabilidade do direito, isso porque o cidadão não terá dúvidas de qual decisão judicial será observada nos casos semelhantes.

Ora, em que pese o esforço da legislação no que tange à observância dos precedentes judiciais, é fácil perceber que os tribunais, apesar de existirem entendimentos judiciais vinculantes no âmbito do processo penal, insistem em não acatar devidamente as decisões prolatadas pelo Supremo ou até interpretam de forma díspar, ocasionando decisões judiciais contraditórias.

Isso acaba gerando uma insegurança jurídica manifesta, eis que o cidadão não saberá qual decisão irá prevalecer no caso concreto. Toma-se como exemplo para o caso, o julgado paradigma sobre o princípio da insignificância, que estabeleceu os vetores para sua incidência. Não raras vezes, os tribunais interpretam os vetores de forma totalmente destoante, isso porque os órgãos do judiciário não seguem um parâmetro uniforme³⁶⁴, em razão da subjetividade dos critérios.

A problemática de diversas decisões diferentes se dá no risco à própria segurança jurídica e na ideia de uniformização e de segurança jurídica das decisões judiciais. Ao se ter uma infinidade de compreensões, abre-se espaço interpretativo para cada julgador buscar justiça em cada caso concreto, de acordo com suas convicções e subjetivismos³⁶⁵. À vista disso,

³⁶³ ASSUMPÇÃO, Daniel Amorim Neves. **Manual de direito processual civil**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 1.389.

³⁶⁴ PINTO, Rafael Fagundes. **A Insignificância no Direito Penal Brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 131.

³⁶⁵ PANOEIRO, José Maria; CHEKER, Monique. Incongruência significativas: o princípio da insignificância na jurisprudência brasileira. In: **Revista Ommes** – ANPR, n. 1, 2013. p. 14.

embora haja decisão sobre os requisitos da aplicação do princípio da insignificância, existem atos judiciais que não se subsumem aos referidos critérios³⁶⁶.

Sobre esse fato, Rafael Fagundes realiza ponderação sobre os critérios estabelecidos para aplicação do princípio da insignificância e de como a segurança jurídica vem sendo afetada:

Essa indeterminação teórica tem levado os tribunais a aplicar a insignificância de forma completamente atécnicamente, sem nenhum respeito por seus fundamentos jurídicos. Na verdade, atualmente, a aplicação da insignificância está entregue ao arbítrio e ao juízo subjetivo de cada magistrado, cujo resultado são decisões judiciais completamente contraditórias. Nesse cenário, a insignificância perde completamente sua capacidade de reduzir o poder punitivo, pois não fornece às agências judiciais critérios que possam balizar suas decisões, conferindo previsibilidade e segurança jurídica à sua aplicação³⁶⁷.

Registra-se que, ao falar de segurança jurídica, o órgão jurisdicional deve seguir, no mínimo, a garantia da uniformização da jurisprudência, a fim de que seja assegurado ao indivíduo a estabilidade das decisões. O Estado deve garantir a confiabilidade das decisões, pois todos devem ter noção de que, em que pese não serem imutáveis as compreensões e o próprio ordenamento jurídico, os entendimentos não podem ser alterados com frequência.

Assim, em termos de posicionamentos exarados em sede de *habeas corpus*, a premissa deve ser a mesma, sobretudo porque o objeto de estudo da presente tese encontra apoio em 2 (dois) *habeas corpus* paradigmas, os quais, apesar de não serem considerados precedentes, devem conter a construção para tal finalidade.

Desse modo, de um lado, existe o *habeas corpus* que reconheceu o princípio da insignificância como princípio e política criminal pelo Supremo, o qual fixou diretrizes para sua incidência, e, do outro, o *habeas corpus* que revelou que os tribunais brasileiros não podem se basearem no critério subjetivo, havendo a proibição de a reincidência ser impedimento para a aplicação da insignificância³⁶⁸.

³⁶⁶ CARUNCHO, Alexey Choi; BUSATO, Paulo Cesar. O desvalor da conduta como critério de identificação da insignificância para aplicação do princípio da intervenção mínima. In: **Revista de Estudos Criminais**, n. 40, 2011. p. 27.

³⁶⁷ PINTO, Rafael Fagundes. **A Insignificância no Direito Penal Brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 18.

³⁶⁸ O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade

A observância de ambos os julgados no processo penal é de suma importância, pois fortalece a ideia de que a STF é órgão que busca uniformizar a jurisprudência, além de permitir que os precedentes judiciais vinculantes também sejam reconhecidos no âmbito do processo penal. Desse modo, o respeito às decisões judiciais deve se dar em qualquer área do direito, pois é dever do Estado impor um sistema normativo de continuidade.

Nogueira completa o pensamento acima dizendo que:

Se a contínua modificação do ordenamento impede o seu conhecimento e conduz à perda de autoridade do legislador, sendo contrária à cognoscibilidade e à confiabilidade, a falta total de mudança ocasiona a perda de efetividade, uma vez que o Direito, ao contrariar a evolução social, deixa de ser aceito como instrumento orientador. Para que o Estado de Direito não seja um Estado provisório, incapaz de se impor enquanto ordem jurídica dotada de eficácia, o sistema normativo deve comportar um mínimo de continuidade. Mas essa estabilidade das normas não deve estar presente apenas no Direito legislado, exige, também, continuidade e respeito às decisões judiciais, em especial aos precedentes³⁶⁹.

Portanto, deve-se ter em mente que um sistema jurídico estável gera segurança jurídica, o que faz que os indivíduos possam confiar no Estado. No caso dos precedentes, não se pode deixar de dizer que os tribunais devem respeitá-los e assegurar que não haja decisões

da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O Postulado da Insignificância e a Função do Direito Penal: "*De Minimis, Non Curat Praetor*". O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social (*Habeas Corpus* nº 84412/SP) Penal. Princípio da Insignificância. Crime de Furto Simples. Reincidência. 1. A aplicação do princípio da insignificância envolve um juízo amplo ("conglobante"), que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados. 2. Por maioria, foram também acolhidas as seguintes teses: (i) a reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto; e (ii) na hipótese de o juiz da causa considerar penal ou socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância por furto, em situações em que tal enquadramento seja cogitável, eventual sanção privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a incidência do art. 33, § 2º, c, do CP no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade. 3. No caso concreto, a maioria entendeu por não aplicar o princípio da insignificância, reconhecendo, porém, a necessidade de abrandar o regime inicial de cumprimento da pena. 4. Ordem concedida de ofício, para alterar de semiaberto para aberto o regime inicial de cumprimento da pena imposta ao paciente (*Habeas Corpus* nº 123108/MG).

³⁶⁹ NOGUEIRA, Costa Hiolany. **Precedentes Judiciais como instrumento de segurança jurídica e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília: Centro Universitário de Brasília, 2014.

contrárias aos julgados vinculantes. Não há como admitir, dessa forma, que uma decisão apresente razões divergentes, quando existe precedente para regular o caso concreto.

2.2 Habeas Corpus Nº 84.412 do Supremo Tribunal Federal

O *habeas corpus* nº 84.412, que estabeleceu os vetores do princípio da insignificância, tratou de caso em que o paciente foi denunciado pela suposta prática do crime previsto no artigo 155, *caput*, do Código Penal, tendo, supostamente, subtraído uma fita de videogame no valor de R\$ 25,00³⁷⁰.

A condenação foi fixada em 08 meses de reclusão, em regime aberto, além de ter sido arbitrado pagamento de 06 dias de multa. A defesa do paciente, em síntese, alegou que a pena fixada foi desproporcional, sobretudo porque não houve prejuízo à vítima.

No caso levado ao Supremo Tribunal Federal, o indivíduo condenado havia furtado a fita de jogos, mas logo depois da queixa da vítima devolveu o bem subtraído. Acresça-se que a defesa informou que a vítima tinha a intenção de retirar a queixa, mas não logrou êxito em razão de ser ação pública incondicionada.

A partir disso, foi prolatado acórdão paradigmático no *habeas corpus* mencionado, de relatoria do Ministro Celso de Mello, tendo sido fixados os critérios para a aplicação da insignificância, quais sejam: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

O Relator Ministro Celso de Mello iniciou seu voto apresentando as bases do princípio da insignificância penal, valendo-se da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado.

A fixação dos critérios levou em consideração o relevo material da tipicidade penal e no processo de formulação teórica do princípio. A base do voto do Ministro é a ideia de que a insignificância penal deve ser vista naqueles casos em que não é proporcional aplicar uma pena quando não for estritamente necessária à proteção dos indivíduos.

³⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 84412/SP, Ministro Celso de Mello. Data de julgamento: 19 de novembro de 2004. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226200>>. Acesso em: 31 jul. 2023.

Na visão do Ministro, o direito penal deve se preocupar com aquelas condutas que ocasionem lesão significativa ao bem jurídico relevante, trazendo prejuízo ao titular do bem.

O voto apresentado levou em consideração as circunstâncias do evento delituoso, tais como o valor do bem e o fato de não haver qualquer lesão ao bem jurídico ou à vítima.

A segunda turma do STF, por unanimidade, seguiu o voto do Ministro Relator Celso de Mello, deferindo o pedido de *habeas corpus*, para invalidar a condenação penal imposta ao paciente, determinando a extinção definitiva do procedimento, com fundamento no princípio da insignificância.

Em um primeiro momento, o que se pode perceber da decisão ora analisada é que ela visou abarcar aqueles delitos que não trazem qualquer repercussão social fora da normalidade.

Desse modo, da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, podem ser extraídos pontos importantes: a) o Supremo Tribunal Federal, ainda que com motivação sucinta, buscou minimizar os efeitos ocasionados pelo processo de criminalização. Essa circunstância é facilmente evidenciada ao se analisar as decisões judiciais que foram prolatadas após a fixação dos vetores; em sua maioria, trata-se de crimes contra o patrimônio. Diante disso, não há como deixar de observar que a decisão do Supremo é relevante para se confirmar que o direito penal é seletivo, sobretudo porque tende a privilegiar classes específicas³⁷¹. O caso levado à Corte é a prova de que o sistema é regido pelo princípio da seletividade penal, sendo compreensível que o julgador, no momento de aplicar a norma, leve em consideração os interesses não só da coletividade, mas também da pessoa que está sendo julgada; b) outro ponto que deve ser visto na decisão que fixou os vetores é a própria ponderação realizada pelos julgados entre restrição de direitos do indivíduo x interesse da coletividade. Não basta o julgador aplicar a lei ao caso concreto, este deve observar o caráter subsidiário do sistema penal.

O *habeas corpus* julgado não é precedente vinculativo, visto que não observou os requisitos para a sua formação, contudo, é possível extrair a *ratio decidendi*³⁷², ou motivos determinantes da decisão:

O princípio da insignificância – que considera necessária a aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como: a) a

³⁷¹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 164.

³⁷² MIRANDA, Victor Vasconcelos. *Precedentes judiciais: a construção da ratio decidendi e o controle de aplicabilidade dos precedentes*. Mestrado (Mestrado em Direito). Universidade católica de São Paulo, São Paulo. 2017. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/21379/2/Victor%20Vasconcelos%20Miranda.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2023.

mínima ofensividade da conduta do agente; b) a nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público.

É a partir desse trecho que se pode identificar a “regra necessária à solução do caso”³⁷³. Essa compreensão pode ser facilmente comprovada por meio dos julgados posteriores à fixação dos vetores. Os critérios, na atualidade, são como bússolas para os juízes e instâncias ordinárias, vez que auxilia o julgador na hora de analisar o caso concreto.

Apesar das fortes críticas aos critérios estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal, a doutrina reconhece que são essenciais para a averiguação da insignificância, pois impede que o magistrado julgue com base em convicções meramente pessoais.

José Luis Guzmán Dalbora³⁷⁴, por exemplo, discorre acerca da aplicação do princípio da insignificância, traduzindo os conceitos dos vetores fixados pelo STF. Desse modo, constata-se que é uniforme a compreensão de que os vetores devem ser seguidos pelos demais julgadores.

O que se percebe é que, a partir da fixação dos vetores elencados no *habeas corpus*, tem-se a consolidação da orientação como paradigma para os demais casos. Rafael Fagundes, após discorrer sobre o princípio da insignificância, apontou *habeas corpus* que concederam a insignificância penal após a fixação dos critérios pelo STF³⁷⁵.

Ainda na perspectiva de Rafael Fagundes, os preceitos constantes na decisão tornaram-se “parâmetros oficiais para caracterização da insignificância na jurisprudência brasileira”³⁷⁶.

Inclusive, apesar de já ficar definido que o *habeas corpus* em questão não se trata de um precedente vinculante, o doutrinador acima citado o reconhece como sendo. Da decisão, a parte determinante do acórdão foi a que tratou dos vetores dos princípios, os quais são utilizados até a presente atualidade nos mais diversos casos.

³⁷³ MIRANDA, Victor Vasconcelos. **Precedentes judiciais: a construção da ratio decidendi e o controle de aplicabilidade dos precedentes.** Mestrado (Mestrado em Direito). Universidade católica de São Paulo, São Paulo. 2017. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/21379/2/Victor%20Vasconcelos%20Miranda.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2023.

³⁷⁴ DALBORA, José Luis Guzmán. *La insignificância: especificación y reducción valorativas em el ám de lo injusto típico*, p. 73.

³⁷⁵ Exemplos de julgados: HC nº 84.6871; HC nº 84307; HC nº 93.453; HC nº 100.316; HC nº 113.381; HC nº 103.657.

³⁷⁶ PINTO, Rafael Fagundes. **A Insignificância no Direito Penal Brasileiro.** 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 137.

Dessa forma, ainda que não se tenha expressamente doutrina ou jurisprudência que trate da *ratio decidendi* do acórdão, pode-se compreender nesse sentido em virtude da consolidação dos critérios para basilar a decisão do juízo de primeiro grau e dos tribunais.

Danyelle Galvão, ao discorrer sobre o tema da *ratio decidendi*, defende que se trata, na verdade, de “norma jurídica contida na decisão judicial”³⁷⁷. Alexandre Freitas compreende que esse elemento (*ratio decidendi*) tem efeito vinculante, ou seja, exige observância obrigatória³⁷⁸.

Assim sendo, a extração da *ratio decidendi* do acórdão acima prolatado pelo STF partiu da análise da consolidação do trecho que aponta os critérios para aplicação do princípio. Nesse sentido, existem inúmeros julgados das instâncias ordinárias e do próprio STF que são norteados pelo *habeas corpus* nº 84412, estando, de certa forma, vinculados os critérios estabelecidos.

2.3 Habeas Corpus nº 123108 do Supremo Tribunal Federal

Antes do *habeas corpus* nº 123.108/MG³⁷⁹, o Supremo Tribunal Federal havia se deparado com inúmeros casos semelhantes envolvendo a discussão acerca da reincidência como óbice ao princípio da insignificância, motivo pelo qual foi remetido ao pleno para julgamento.

O caso tratou, na verdade, de um furto simples, previsto no artigo 155, caput, do CP, de um par de sandálias da marca “Ipanema”, avaliado em R\$ 16,00 (dezesesseis reais). A sentença, segundo o Ministro Relator Roberto Barroso, deixou de aplicar a insignificância penal em razão da reincidência do agente.

Por isso, o paciente foi condenado a uma pena de 1 ano e 10 dias-multas. Além do mais, em virtude da reincidência, deixou-se de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direito, fixando o regime semiaberto.

Em sede recursal, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais negou provimento, fundamentando a manutenção da sentença na reincidência do agente.

³⁷⁷ GALVÃO, Danyelle. **Precedentes judiciais no processo penal**. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 77.

³⁷⁸ PEIXOTO, Ravi; Rocha, Roberval; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Enunciados FPPC*. Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. São Paulo: Juspodivm, 2017.

³⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 123108/MG. Relator Ministro Roberto Barroso. Data de julgamento 03 de agosto de 2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10175198>>. Acesso em: 31 jul. 2023.

A Sexta turma do STJ, após a interposição de recurso especial, negou seguimento. Por isso, foi impetrado *habeas corpus* em favor do paciente, alegando, em síntese: a) nulidade absoluta por ausência de interrogatório; b) aplicabilidade do princípio da insignificância, devido ao ínfimo valor do bem, sua restituição à vítima e a irrelevância de circunstâncias subjetivas.

O STF, ao julgar o *habeas corpus*, concedeu a ordem de ofício, para alterar de semiaberto para aberto o regime inicial de cumprimento da pena imposta ao paciente. Entretanto, apesar de não reconhecer a aplicação na situação, fixou tese acerca da reincidência como impedimento à aplicação do princípio da insignificância.

Do *habeas corpus*, destaca-se motivações válidas, as quais poderiam transformar o julgado em precedente vinculante, sobretudo pela sua relevância e pelo anseio de uniformização da jurisprudência oscilante.

Pois bem. Pensando em acabar de vez com decisões discrepantes, o Supremo Tribunal Federal submeteu a temática ao plenário, tendo sido alvo de discussão entre os Ministros.

Da análise da decisão, alguns pontos chamaram a atenção: a) em relação à reincidência, a motivação da decisão se pautou na necessidade de observar o direito penal do fato e não do autor; b) reconhecimento da tipicidade material independe da reincidência do indivíduo ou da existência de circunstâncias relacionadas à etapa da culpabilidade c) desproporcionalidade da punição à conduta praticada pelo agente.

Em seu voto, o Relator Ministro Roberto Barroso propôs a reconfiguração do instituto da insignificância, abordando a relevância da despenalização como efetivação aos princípios da intervenção mínima, fragmentariedade, subsidiariedade e proporcionalidade, além de discutir o atual cenário do sistema carcerário brasileiro.

No voto do Ministro, discorreu-se sobre a função do direito penal no sistema jurídico, sobretudo na seara social, já que a finalidade primordial é desestimular novos atos criminosos. Entretanto, o direito penal vem desempenhando papel retributivo³⁸⁰. Em suas palavras, o Min. Barroso explicou a necessidade de se olhar para o princípio da insignificância frente às deficiências estruturais do sistema penal brasileiro, visto que é desde a porta de entrada, até a porta de saída, que se pode identificar a problemática. Em seu voto, o Min. Roberto Barroso

³⁸⁰ HC 123108: Assim, respeitado o direito de defesa, se a punição se impuser, ela deve ser aplicada. O direito penal desempenha idealmente uma função social importante de prevenção geral. Seu papel é – ou deveria ser – menos retributivo e mais o de desestimular novos atos criminosos. Na prática, porém, isso não ocorre.

apresentou seu ponto de vista sobre a realidade do sistema penitenciário e as falhas no sistema penal:

O problema pode ser explicado a partir das deficiências estruturais do sistema penal brasileiro, especialmente na sua porta de entrada, que é a investigação policial, e na porta de saída, onde se situa a execução penal e o sistema penitenciário em geral. Entre os dois casos extremos encontram-se o Ministério Público e o Poder Judiciário, que conseguiram se organizar relativamente bem sob a Constituição de 1988. A atividade policial, no entanto, é vista como algo menor do que as funções de acusar e julgar. Isso se reflete numa polícia mal paga, mal equipada, sem capacidade de investigação e vizinha de porta da criminalidade: um cenário propício a episódios de violência e corrupção, cujas vítimas se concentram nas camadas socialmente menos favorecidas. Na outra ponta há o sistema carcerário, que é um capítulo à parte. A situação é tão calamitosa que os juízes, no geral, apegam-se a qualquer formulação razoavelmente aceitável que impeça enviar alguém para o sistema penitenciário, sobretudo nas hipóteses de crimes não violentos.

O que se pode extrair dos argumentos iniciais do Min. Barroso é que, nos casos de ação inofensiva ao bem jurídico tutelado, a pena fixada torna-se mais grave que a própria conduta, o que gera uma problemática muito maior no que tange à reincidência no Brasil. É inegável que a reincidência vem aumentando com o passar dos tempos³⁸¹, pois existe um fracasso nas penas privativas de liberdade.

O Min. Roberto Barroso continuou suas afirmações trazendo dados importantes acerca da reincidência e as estatísticas de pessoas presas no país. Sua conclusão é mais do que óbvia: o sistema punitivo não previne, não ressocializa e nem prevê retribuição na medida certa.

A visão exposta pelo Min. Roberto Barroso faz-se chegar à conclusão de que os juízes e tribunais devem se adequar à realidade atual, a fim de encontrar um ponto de equilíbrio, para que não haja uma sobrecarga, que já existe, no sistema penal brasileiro.

As considerações do Ministro Barroso são importantes para demonstrar que, apesar do reconhecimento da insignificância penal, existem problemáticas que ainda não foram alvos de debates. Outra problemática apontada pelo Min. Barroso é a seletividade presente na aplicação do princípio da insignificância. Para esclarecer essa seletividade, Barroso traz como exemplo o furto de alguns bombons, todos avaliados em menos de R\$ 50,00 (cinquenta reais) e o crime de

³⁸¹ Bitencourt, Roberto. **Tratado de direito penal**, parte geral 1. 2014, p. 597-599.

descaminho, havendo a aplicação da insignificância quando o valor não excede o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Mais à frente, Roberto Barroso traz um panorama da jurisprudência do STF, iniciando pelo habeas corpus que fixou os vetores (HC 84412), sendo considerado pelo STF precedente. Sobre o crime de furto especificamente, o Ministro identifica a compreensão da jurisprudência recente do STF, de forma que era exigido, para aplicação da insignificância: i) o agente não ser reincidente ou contumaz na prática da conduta; ii) não se tratar de furto qualificado.

Após essa abordagem, o Ministro trouxe a jurisprudência do STF referente à aplicação da insignificância nos casos de réus reincidentes. O julgador evidencia sua preocupação sobre o assunto, alegando que a reincidência não deve, por si só, impedir a aplicação do princípio da insignificância. Em seus pensamentos, o Ministro aborda reflexão importante:

Além disso, o direito penal não se destina a punir meras condutas indesejáveis, “personalidade”, “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.

[...]

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.

O Ministro aduz que a jurisprudência predominante do STF é no sentido de afastar a aplicação da insignificância penal nos casos de reincidência ou agente contumaz no crime.

As ponderações de Roberto Barroso acerca da reincidência como óbice à aplicação da insignificância penal se embasam no próprio artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Isso porque, na visão do referido julgador, ainda que pudesse se considerar os antecedentes do agente no juízo de tipicidade material da conduta, haveria ofensa ao dispositivo previsto na CF. Em certo ponto, o Ministro conclui sua argumentação aduzindo que:

[...] Enfim, ao afastar a insignificância em casos de reincidência, a jurisprudência do STF contribui para agravar ainda mais o já dramático quadro de crise do sistema carcerário. Isto porque a sanção imposta, por menor que seja, não poderá ser substituída por pena restritiva de direitos (CP, art. 44,

inciso II), e seu cumprimento deverá ser iniciado, no mínimo, em regime semiaberto (CP, art. 33, § 2º, b e c).

Nas razões do Ministro, este afirma que a questão da reincidência deve ser auferida na etapa da culpabilidade, ou seja, na dosimetria. A etapa da culpabilidade compreende que o juízo já passou pela formação de um juízo de tipicidade e antijuridicidade. E, como a tipicidade deve ser vista no início, não caberia analisar a culpabilidade para aplicação da insignificância penal. Nas palavras do Ministro “não é possível que a aplicação do princípio dependa de circunstâncias pessoais do agente ou de fatores atinentes a etapa posterior da análise do delito”³⁸².

Em suas conclusões, o Min. Roberto Barroso complementou que:

Partindo dessas premissas, entendo que a simples circunstância de se tratar de réu reincidente ou de incidir alguma qualificadora (CP, art. 155, § 4º) não deve, automaticamente, afastar a aplicação do princípio da insignificância. É preciso motivação específica à luz das circunstâncias do caso concreto, como o alto número de reincidências, a especial reprovabilidade decorrente de qualificadora etc.

O que podemos extrair dessa conclusão é que, na perspectiva do referido Ministro, deixar que prevaleça a reincidência, permitindo que uma mesma conduta seja atípica para uns e não para outros, é o mesmo que legitimar o direito penal do autor em nosso sistema jurídico penal. Nos casos de conduta insignificantes, a sanção deve ser proporcional à lesão praticada.

A proposta do Ministro Roberto Barroso foi no sentido de: a) a simples circunstância de se tratar de réu reincidente ou de incidir alguma qualificadora não deve, por si só, afastar a aplicação da insignificância pena; b) a sanção privativa de liberdade aplicável ao furto de coisa de valor insignificante seja fixada em regime inicial aberto domiciliar, afastando-se para os reincidentes a aplicação do art. 33, § 2º, “c”, do CP; c) a pena privativa de liberdade seja, como regra, substituída por pena restritiva de direitos, afastando-se as condicionantes previstos no art. 44, incisos II e III e § 3º, do CP.

Em síntese, o argumento central do voto do Ministro Barroso foi de que é preciso fazer uma reflexão sobre a jurisprudência do STF, no sentido de que a reincidência não serve como obstáculo à aplicação da insignificância penal. Nesse ponto, o Ministro Roberto Barroso trouxe

³⁸² *Habeas Corpus* nº 123108.

exaustiva argumentação acerca das problemáticas que pairam e propostas para reconfigurar o entendimento das turmas, para se adequar à realidade presente.

Em suas manifestações, é evidente que a finalidade da reconstrução do entendimento da jurisprudência do STF servirá para disponibilizar balizamento ao juiz de primeiro grau. Assim sendo, o Ministro Barroso, ao buscar modificar a compreensão das turmas do STF, não propõe acabar com a discricionariedade do juízo, mas propor posição que servirá de bússola para os juízes.

Para o caso, a necessidade de analisar a culpabilidade do agente traduz a ideia de um paradigma determinista e preconceituoso³⁸³, considerando que as agências judiciais selecionam os indivíduos que serão beneficiados. A exigência da análise da culpabilidade do agente, da vida pregressa e de eventual reincidência só ocasiona uma seletividade já existente no Direito Penal, posto que fornece um discurso que legitima o racismo, a desigualdade e o controle do Poder Judiciário sobre quem será condenado ou não; tudo isso a depender da culpabilidade do agente³⁸⁴. A averiguação da periculosidade do agente, no caso concreto, só legitima o Direito Penal do Autor, em que se está julgando o indivíduo e não o fato cometido.

Destaca-se, assim, que o Relator Ministro Roberto Barroso trouxe a ideia de que subjetividade da decisão, em relação ao princípio da insignificância, desconstrói o aparato teórico puramente objetivo desenvolvido como fundamento para a sua aplicação. Conforme dito, a aplicação de critérios puramente subjetivos acarreta a aplicação do direito penal do autor, o que é vedado pelo direito brasileiro³⁸⁵.

Seguindo essa linha de raciocínio, o princípio da insignificância, por se tratar de uma excludente de tipicidade, não deve comportar qualquer análise de requisitos subjetivos, inclusive referentes à culpabilidade do agente. É imprescindível notar que diante da análise de critérios subjetivos e objetivos, aquele, para os tribunais brasileiros, prevalece sobre o último.

Nota-se que a análise das condições traduz a noção de um julgamento ético e moral do sujeito, colocando a culpabilidade em posição superior aos demais vetores³⁸⁶. A valoração da

³⁸³ PINTO, Rafael Fagundes. **A Insignificância no Direito Penal Brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 145.

³⁸⁴ ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 302.

³⁸⁵ FERREIRA, Marco Antonio Rocha. **Atipicidade Penal pela Insignificância**: critérios e aplicabilidade na fase do inquérito. Dissertação de Pós-Graduação. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2019, p. 51. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_MarcoAntonioRochaFerreira_8154.pdf. Acesso em: 22 jun. 2020.

³⁸⁶ PINTO, Rafael Fagundes. **A Insignificância no Direito Penal Brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 148.

culpabilidade enseja violação ao princípio basilar do Estado Republicano: a distinção e a necessidade de separação entre Direito e Moral.

Em contrapartida, o Ministro Teori Zavascki, em seu voto-vista, posicionou-se de forma contrária ao Ministro Relator, deixando claro que a reincidência serve como óbice à aplicação da insignificância penal, considerando “a alta carga de reprovabilidade da conduta, decorrente da reiteração criminosa do agente”³⁸⁷. Em razão disso, o Ministro Teori pontuou que o caso em questão não se tratava de mero furto simples e isolado, mas de um furto praticado por pessoa reincidente e com reiterada conduta da mesma espécie. Com essa justificativa, o Ministro trouxe a seguinte argumentação:

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.

Inicialmente, extrai-se do voto que o Ministro Teori compreende que a reincidência tem maior reprovabilidade, sendo ilógico aplicar o princípio da insignificância penal. A ótica é de que se o agente não abandona o crime, não pode ser “beneficiado” pelo afastamento da conduta.

Durante todo o seu voto, o Ministro Teori deixa claro que não é certo, sendo até mesmo um descompasso com os valores que permeiam o conceito social de justiça, considerar aceitável socialmente a prática reiterada e contumaz de pequenos furtos. Em seus motivos, manifesta que eventuais “flexibilizações” podem acarretar numa vingança privada, isso porque ante a “inação estatal em reprimi-la, a sociedade buscará proteger-se com iniciativas que redundarão em fazer justiça por mão própria”.

A propósito, buscando embasar sua fundamentação, o mencionado Ministro trouxe julgado em *habeas corpus*, o qual sustentou, defendendo a posição de que a reincidência impede a aplicação da insignificância penal³⁸⁸.

³⁸⁷ *Habeas Corpus* nº 123108.

³⁸⁸ *Habeas Corpus* 111.077/ STF; Rio Grande Do Sul. Relator: Min. Teori Zavascki.

Em sentido contrário à proposta do Ministro Roberto Barroso, Teori entendeu que “a imposição de regime inicial semiaberto se revela desproporcional para reprovação e prevenção para a conduta ilícita imputada”.

Apesar da discordância quase total, o Ministro Teori traz argumentos compatíveis com os trazidos pelo Ministro Relator Roberto Barroso, ao afirmar que é necessária a mediação do intérprete, a fim de calibrar eventuais excessos, produzindo no caso concreto resolução mais harmônica junto ao sistema jurídico penal. Essa conclusão se deu em razão de o Relator abordar a problemática de um indivíduo que, é sentenciado por um crime de pequena significância e posto no cárcere, com uma pessoa que feriu gravemente a sociedade com a prática de estupro, homicídio, dentre outros.

O Ministro compreendeu que não é correto equalizar, para fins de tipificação penal, o agente primário com o reincidente. Nesse sentido, o voto do Ministro foi no sentido de:

a) trata-se de conduta de pequena significância e de virtual insignificância, apenas admitida a tipicidade em razão da reincidência; e b) no capítulo da dosimetria, há registro expresso de que todas as circunstâncias são favoráveis ao paciente, razão por que a pena-base alcançou o mínimo legal. Assim, verificas as circunstâncias erigidas pelo STF em situação de virtual insignificância e sendo o caso de atendimento dos vetores subjetivos do artigo 59 do Código Penal, é de se reconhecer, apesar da reincidência, o cabimento do regime aberto por aplicação do mesmo padrão de interpretação da súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça. Com base nesse entendimento, e considerando que, segundo afirmam as instâncias ordinárias, está presente a situação da reincidência e reiteração cumulativa de delitos da mesma natureza, voto pela denegação da ordem, mas a concedo, de ofício, para fixar como aberto o regime inicial.

Diferentemente do Ministro Relator, o Ministro Teori possui postura voltada à legitimar o direito penal do autor, sobretudo porque, para aplicação da insignificância, não pode ser tão somente considerado o crime em si mesmo, mas a reincidência ou fato que qualifique o crime.

A divergência entre o voto-vista do Ministro Teori e o voto do Ministro Barroso reside no fato de como deve ser dada a resposta estatal aqueles agentes reincidentes que cometem crimes de significância reduzida. Quanto a isso, não houve consenso.

Na posição do Ministro Roberto Barroso, não é coerente a insignificância penal tratar da atipicidade material e mesmo assim a reincidência, que diz respeito à culpabilidade, impedir o reconhecimento da atipicidade material nos casos de crimes insignificantes. A preocupação

exposta pelo mencionado Ministro Roberto Barroso é como o princípio vem sendo aplicado de maneira inconstante. Enquanto o Ministro Teori Zavascki diverge totalmente na parte teórica.

Posteriormente, Edson Fachin proferiu seu voto, tendo maior harmonia com o voto-vista do Ministro Teori, compreendendo que a dimensão da conduta perpassa o mero valor do bem. Sua motivação foi no sentido de que: a) a vítima é parte frágil na relação processual e, por isso, retirar do Estado a possibilidade de intervir penalmente nessas situações significa deixar parcela da população desassistida; b) a reiteração ou reincidência podem impedir a aplicação do referido princípio; c) apesar da incidência de qualificadora ou reincidência do agente, o afastamento do princípio da insignificância não pode ser automático, sendo necessária fundamentação que leve em consideração todos os fatores da hipótese levada ao judiciário; d) Quando se estiver diante de furto de coisa de valor mínimo, pode o juízo entender desproporcional a imposição de regime que implique na segregação do agente.

O posicionamento que podemos extrair do voto do relator, afastando a compreensão do Relator, é a seguinte:

Assim, a reincidência não é tida, diretamente, como causa de afastamento da alegação da 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.

Sob a ótica do julgador, ora Ministro, a reincidência como obstáculo à aplicação da insignificância penal encontra guarida no critério fixado pelo Supremo Tribunal Federal que trata do “reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento”, pois “a reprovabilidade, ou seja, culpabilidade, ou o desvalor da conduta praticada é fundamental”. O Ministro Edson Fachin complementa seu raciocínio argumentando que “é possível considerar a vida pregressa do acusado quando se está diante da análise da presença do princípio da insignificância, o que, conseqüentemente, interfere no juízo da tipicidade”. No mesmo sentido é o seu posicionamento quanto às qualificadoras do crime de furto.

Ainda em seu voto, o Ministro externou que existe certa dificuldade em elaborar teses rígidas a serem seguidas pelas instâncias ordinárias sobre o tema, já que o problema é complexo e merece maior discussão. Nesse ponto, relata o Ministro que a hipótese de insignificância penal deve ser visualizada a partir do caso concreto, posto que se permite verificar se a conduta pode ser considerada insignificante.

Existe um ponto em comum entre o voto prolatado pelo Ministro Edson Fachin e o Min. Roberto Barroso, que é a consideração de que a reincidência não pode afastar, automaticamente, a aplicação do princípio da insignificância, sendo imprescindível a análise pormenorizada do caso concreto. Sendo assim, a reiteração delituosa ou reincidência do agente podem ser levadas em consideração para um juízo relativo ao reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, impedindo o reconhecimento da insignificância penal.

Quanto à fixação de regime prisional mais brando e proporcional à conduta e condições do agente, o Ministro considerou que a “generalização é incompatível com a multiplicidade e variedade de casos que podem apresentar no cotidiano dos delitos de furto”. À vista disso, tem-se que o posicionamento de Fachin é que referidas ponderações devem ser feitas pelo juízo de primeiro grau diante do caso concreto, não se mostrando interessante a fixação de teses pelo STF, motivo pelo qual votou pelo não conhecimento das impetrações, sem concessão de ordem de ofício.

Continuando, a Ministra Rosa Weber também externou seu voto no sentido de seguir o voto do Relator. Destaca-se que a Ministra não adentrou nas discussões acerca da reincidência ou gravidade do crime, reafirmando apenas que o que se busca é verificar qual o tipo de resposta penal que se dará a esse tipo de conduta (insignificante).

Em síntese, o voto da Ministra seguiu o raciocínio de que:

[...] parece-me que a conduta não tem um relevo, apesar de 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 ao cumprimento das finalidades para as quais ele foi engendrado.

Por isso, acompanho, Senhor presidente, o eminente Relator, no que tange aos dois primeiros habeas corpus.

Durante a discussão, a Ministra Rosa afirmou que defende a existência de registros penais ou reincidência não são hábeis para afastar, por si só, a aplicação da insignificância. Já no que se refere à gravidade concreta do crime (qualificadoras), por ser de maior gravidade, sua existência pode, sim, afastar o reconhecimento do princípio da insignificância.

No voto do Ministro Fux, este inicia seus argumentos introduzindo que não é correto elaborar tese referente à reincidência e o princípio da insignificância sem que se renuncie a uma

“sociedade justa”. Na visão do Ministro, não cabe ao judiciário descriminalizar ações que foram apontados pelo legislador como sendo criminosas. Asseverou o Ministro que:

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.

Em relação ao voto do referido Ministro, foi concluído que deve haver a resposta penal, mas uma resposta penal mínima. Nesse pensamento, Fux acompanhou o voto-vista do Ministro Teori Zavascki.

Outro posicionamento contrário ao Relator, o Ministro Dias Toffoli acompanhou o voto do Ministro Teori Zavascki, sendo contrário à fixação de tese. O referido Ministro, de maneira sucinta, afirmou que é possível aplicar a insignificância em casos de reincidência, mas deve-se deixar que os juízes apliquem, na análise do conjunto da obra, o princípio.

A Ministra Cármen Lúcia seguiu também o posicionamento externado pelo Min. Dias Toffoli, para que não fosse fixada tese. Sem muitos desdobramentos, a Ministra destacou que “eu não estou fixado tese nem adotado tese; eu estou acompanhando o Ministro Teori no sentido de que a adoção do princípio da insignificância incompatibiliza-se com a reincidência”.

A Ministra enfatizou que defende a tese de não ser possível a aplicação do princípio da insignificância penal quando houver reincidência. Além disso, seguiu dizendo que não cabe ao Poder Judiciário dar interpretação ampliativa ao princípio da insignificância, para que não seja invadida a atividade legislativa. Em seu voto, a Ministra fez menção ao vasto acervo de julgados das turmas do STF acerca da inaplicabilidade do princípio aos agentes reincidentes, embasando seu posicionamento. Em suas razões, complementando o raciocínio anterior, compreendeu que:

Tendo em vista a evolução histórica da jurisprudência deste Supremo Tribunal, verifica-se não haver necessidade da existência de prévia condenação criminal transitada em julgado contra agente, para ser-lhe negada a aplicação do princípio da insignificância. Basta o acusado ser considerado contumaz na prática delitiva, para ser-lhe obstruída a aplicação do princípio, ainda que esteja respondendo, no caso concreto, por furto de objeto de pequeno valor.

A evolução da jurisprudência revela ser a contumácia delitiva fato 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.

Portanto, a Ministra já possui compreensão firmada acerca da reiteração delituosa, já que, na sua visão, o agente contumaz, por exemplo, gera abalo à ordem normativa. O voto exposto foi totalmente apoiado em jurisprudências pretéritas do Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual Cármen Lúcia firmou que não iria aderir à proposta do Ministro Relator e denegar a ordem.

Gilmar Mendes, em acordo com o voto do Ministro Teori Zavascki, destacou que o tema é complexo, motivo pelo qual não há como fixar referida tese no momento. Gilmar, ressaltou, ademais, que reconhece a possibilidade de aplicar a insignificância penal aos reincidentes, mas “não retira do juiz a possibilidade de fazer a análise num ou noutro sentido”.

Na sequência, o Min. Marco Aurélio apresentou seu voto, inicialmente, afirmando que a demanda não deveria ser resolvida no STF, mas em “processo-crime por processo crime”. O posicionamento do Ministro é no sentido de que o julgador deve seguir o princípio da legalidade, observando a previsão legislativa. Marco Aurélio assevera que “bússola, para os magistrados, não se terá nesta ou naquela decisão, ainda que seja do Supremo; a bússola está na legislação de regência da matéria”.

Diante disso, o Ministro destacou que a função dos julgadores é vinculada à lei, motivo pelo qual não deveria haver discussão acerca do princípio da insignificância e a reincidência como obstáculo.

Por isso, seu voto foi no sentido de indeferir a ordem, deixando de seguir os ministros que votaram pela fixação ou não da tese.

Em sentido contrário ao voto do Min. Marco Aurélio, o Ministro Celso de Mello, votou no sentido de conceder a ordem, vez que, em sua compreensão o princípio da insignificância “deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e intervenção mínima do Estado em matéria penal”. Sem adentrar na discussão sobre a fixação de tese no que tange à reincidência como impedimento ou não da insignificância penal, o Min. Celso de Mello votou pelo reconhecimento da insignificância.

Noutra banda, o Ministro Ricardo Lewandowski, votou pela denegação e concessão da ordem de ofício, para que o regime prisional seja mitigado. O parecer do Ministro foi de que a

reincidência afasta a insignificância penal. Nesse sentido, o Min. Lewandowski acompanhou o voto do Min. Teori.

Em síntese, da análise dos votos prolatados pelos Ministros, o voto vencedor foi do Min. Teori, motivo pelo qual Roberto Barroso reajustou seu voto.

Na perspectiva do Ministro Relator Roberto Barroso, em que pese a não prevalência de seu voto inicial, o importante foi a discussão levada ao colegiado, a fim de que fosse construído critérios minimamente consensuais para a aplicação do princípio da insignificância.

Ficou delimitada que a aplicação do princípio da insignificância deve ser determinada pelo juízo de primeiro grau diante do caso concreto, desde que averiguada a realidade social e os fatos apurados.

Os Ministros, em sua maioria, adotaram a posição de que a insignificância não pode ser excluída automaticamente pela reincidência, sendo necessária justificativa à luz do caso. Sobre a tese adotada, pronunciaram-se expressamente os Ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Rosa Weber e Celso de Mello.

Os Mins. Luiz Fux e Ricardo Lewandowski se manifestaram de forma contrária à tese apresentada acima. Os Ministros Dias Toffoli e Cármen Lúcia seguiram o voto do Min. Teori, sem aderir a fixação de teses. Por sua vez, o Min. Marco Aurélio se mostrou contrário às teses.

Nesse sentido, foi fixado o seguinte entendimento:

A reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto; e

Na hipótese de o juiz da causa considerar penal ou socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância por furto, em situações em que tal enquadramento seja cogitável, eventual sanção privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a incidência do art. 33, § 2º, “c” do CP, no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade.

Da decisão colegiada, também é possível extrair seus motivos determinantes, apesar de não ser reconhecido juridicamente como precedente, o *habeas corpus* trouxe importante debate e texto vinculativo/orientador para as instâncias ordinárias.

Após o reajuste do voto do Relator, que foi acompanhado por maioria dos Ministros, a causa determinante da decisão foi a seguinte:

A aplicabilidade ou não do princípio da insignificância a situações concretas há de ser determinada pelo juiz do caso, mais próximo dos fatos e da realidade social em que inserida a conduta. Nada obstante isso, é de bom alvitre que existam alguns critérios gerais, tendo em vista o caráter nacional do direito penal e a indesejabilidade de que situações assemelhadas sejam tratadas de modo assimétrico.

Nesse ponto, merece explanação a compreensão de que sem o trecho acima não haveria como chegar à tese de que “a reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto”, sem a existência da motivação determinante na decisão que ressaltou a importância de o julgador verificar os fatos e a realidade social que a conduta está inserida.

O argumento de que existe uma lacuna na aplicabilidade do princípio da insignificância, não podendo haver seu afastamento automático, nos casos de reincidência, evidencia a eficácia vinculativa do argumento. Portanto, sem essa exposição, a tese não seria firmada.

Na visão do *habeas corpus*, a incidência da insignificância na seara penal não comporta análises das circunstâncias pessoais ou fatores atinentes a etapa posterior da análise do delito. Nesse aspecto, Salvador José entende ser inadmissível o afastamento do referido princípio, quando existirem circunstâncias judiciais favoráveis só pelo fato de suposta reiteração criminosa ou antecedentes criminais³⁸⁹. Apesar das discussões dos Ministros, depreende-se que a discricionariedade do juízo perdura, somente sendo fixada explicitamente a necessidade de se verificar o caso concreto e as circunstâncias do fato.

Por oportuno, em ambos os *habeas corpus* (HC 123.108 e HC 84.412), apesar de existir, e ser possível extrair, o motivo determinante da decisão, não houve debate e análise adequada por parte do colegiado, o que acabou afastando o efeito vinculativo.

2.4 Os problemas internos das decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal: a observância da função criminológica e sociológica do princípio da insignificância nas decisões analisadas

³⁸⁹ BARBOSA Jr, Salvador José; FRANZOI, Sandro Marcelo Paris; MORGADO, Nara Cibele Neves. Breves Anotações do Princípio da Insignificância. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Ano VII, n. 41. p. 40, 2007.

Antes de adentrar na problemática externa da decisão prolatada pelo STF, é preciso um olhar clínico da própria decisão e o motivo pelo qual se torna dificultosa a observância dos demais tribunais, quando existe grande espaço para interpretações.

Dessa forma, inicialmente, será realizada uma breve análise do *habeas corpus* nº 84.412/SP e as problemáticas que o envolvem.

Em que pesem os critérios fixados pelo Supremo abrirem margem para decisões conflitantes, não há como negar que a fundamentação, em si, não traz qualquer subjetividade, visto que foi pautada tão somente no fato e na sua lesividade ao bem jurídico penal tutelado.

Nessa perspectiva, entende-se que o *habeas corpus* analisado possui algumas lacunas que merecem maior atenção.

Ainda que o Supremo Tribunal Federal tenha evoluído em seu posicionamento, percebe-se que continuou desconsiderando o fato irrelevante, valorando, para fins de impedir a aplicabilidade da insignificância, a culpabilidade do indivíduo³⁹⁰.

Isso, inclusive, é o que trata o magistério de Sanguiné, o qual retrata de forma esclarecedora a insuficiência de conceitos tão vagos e imprecisos para estabelecer os vetores. Veja-se:

Certamente que um conceito indeterminado ou vago pode implicar em [sic] risco para a segurança jurídica. Porém, a doutrina e a própria praxis jurisprudencial têm sabido encontrar os índices e critérios delimitadores através de uma reconstrução dogmática, dentro dos limites categoriais do crime de bagatela, contra toda a tentação de empirismo ou de lógica do ‘caso a caso’³⁹¹.

O Supremo Tribunal Federal, na decisão que reconheceu o princípio da insignificância, desconsiderou o caráter subsidiário e não intervencionista do Direito Penal ao trazer critérios puramente subjetivos e que se confundem entre si. A culpabilidade, apesar de ser defendido que não, a partir do estabelecimento dos vetores, tornou-se fator determinante para a aplicação da insignificância.

A relevância do julgado que estabeleceu os vetores para a aplicação do princípio da insignificância é incontestável; entretanto, merece atenção na confusão jurisprudencial trazida pelo Supremo, considerando a inexactidão que os termos apresentam.

³⁹⁰ IVAN, Luiz da Silva. **Princípio da insignificância no direito penal**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 154.

³⁹¹ SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio da insignificância. **Fascículos de Ciências Penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris, ano 3, v. 3, n. 1, p. 36-50, 1990. p. 45.

Em virtude de tal indefinição, as aplicações do princípio da insignificância nos casos concretos acabam sendo aleatórias e sem qualquer estabilidade jurídica, porquanto as decisões que deixam de aplicar o princípio divergem em suas fundamentações, trazendo a culpabilidade como fator preponderante, ora analisando tão somente os requisitos subjetivos³⁹².

Ressalta-se, nesse sentido, que a subjetividade das decisões atuais se dá em razão dos critérios que foram fixados, pois não abrem margem para uma interpretação clara e objetiva, fazendo que o magistrado, diante do caso concreto, apele para as condições pessoais do indivíduo³⁹³. Não está se dizendo que deve acabar com a discricionariedade, mas essa falta de clareza de conceitos, acaba ocasionando decisões contrárias sobre o mesmo tema.

Não se pode esquecer, inclusive, a natureza objetiva do princípio da insignificância, para a qual Vinicius Peluso afirma que:

[...] o princípio da insignificância tem a natureza meramente objetiva, sendo erro procedimental grave a análise de elementos subjetivos, pertencentes à culpabilidade do agente especificamente a primariedade, no momento da valoração do referido princípio. Portanto, determinado que o fato é penalmente irrelevante (atípico), pouco importa, para o deslinde da questão, a personalidade do réu, inclusive porque, no momento da tipicidade, o Direito Penal é um direito do fato e não do autor, sendo, assim, indevida qualquer análise da personalidade do acusado³⁹⁴.

Em um mundo ideal, seria necessária a fixação de vetores objetivos para trazer maior segurança jurídica, uma vez que o princípio da insignificância pode criar direito subjetivo a favor de quem o invoca e preencher os requisitos impostos³⁹⁵. Contudo, da própria interpretação dada pelos Ministros, é possível a existência de decisões coerentes.

³⁹² CARRARD, Liliana. **O Princípio da Insignificância e a mínima intervenção penal**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito UPS – São Paulo, 2013, p. 51. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-25112016-114249/pt-br.php>. Acesso em: 10 jun. 2020.

³⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 514.531 – RS**, 2ª T., rel. Joaquim Barbosa, 21.10.2008. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2912376/recurso-extraordinario-re-514531-rs>. Acesso em: 20 jun. 2020.

³⁹⁴ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. A objetividade do Princípio da Insignificância. **Boletim IBCCRIM**, ano 9, n. 109, dez. 2001. p. 11-13.

³⁹⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 150-155.

A insuficiência dos vetores e a ausência de conceitos claros e determinados é resultado da dificuldade enfrentada pelo Judiciário em reconhecer a aplicabilidade do princípio da insignificância, ainda que tal princípio seja extraído de diversos outros princípios penais³⁹⁶.

Nessa circunstância, é evidente que a periculosidade do agente continua sendo utilizada como verdadeiro termômetro para verificar se haverá ou não a incidência do princípio.

Há quem entenda que a conduta que obstaculiza o direito de *outrem* em razão da reincidência, como é o caso do princípio da insignificância, fere diretamente o princípio de *bis in idem*, considerando que se estará dando dupla valoração a uma circunstância³⁹⁷. Percebe-se, pois, que o não reconhecimento do princípio da insignificância, fundamentado na existência da reincidência do agente, ocasiona supremacia das características pessoais do agente em prol das características do fato irrelevante³⁹⁸.

Essa insuficiência encontra guarida em critérios subjetivos estabelecidos pelo STF no *habeas corpus* nº 84.412/SP, tal como a fixação de inexistência de periculosidade social da ação para a aplicabilidade do referido princípio. Nesse caso, não é analisado somente o resultado lesivo à sociedade, mas também a periculosidade do agente junto à sociedade, fato que acaba sendo incompatível com os diversos outros entendimentos acerca da insignificância no processo penal.

Outro ponto que merece destaque, no que tange aos critérios de incidência do princípio da insignificância, é o requisito do reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento, em que neste caso é necessário analisar a culpabilidade do agente.

Nesse caso, se equivocou o STF, considerando que os julgadores, assim como os tribunais, deixam de reconhecer o princípio da insignificância em virtude da culpabilidade do agente, circunstância esta que somente deveria ser vista como pressuposto da pena. Sobre a culpabilidade como vetor para a aplicação do princípio da insignificância, Fagundes afirma que:

O conceito de reprovabilidade implica, necessariamente, em [sic] uma valoração ética da conduta do agente. Não se pode reprovar algo sem exercer um juízo de valor negativo sobre o objeto. Para Nilo batista, é impossível

³⁹⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 76-77.

³⁹⁷ CARVALHO, Salo. Reincidência e antecedentes criminais: abordagem crítica desde o marco garantista. V. 76. **Revista da Ajuris**. Ponto Alegre: Ajuris, 1999. p. 738-755.

³⁹⁸ CARRARD, Liliana. **O Princípio da Insignificância e a mínima intervenção penal**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito UPS – São Paulo, 2013. p. 51. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-25112016-114249/pt-br.php>. Acesso em: 10 jun. 2020.

operar uma culpabilidade essencialmente concebida como reprovabilidade, sem que se suponha uma censura moral ou ética do autor pelo ato realizado³⁹⁹.

A ineficiência dos vetores reside na incapacidade de a culpabilidade servir como critério para a aplicação do referido princípio, visto que o que deve ser analisado é o fato irrelevante e não as características particulares do agente⁴⁰⁰.

A exigência da ausência de reprovabilidade do comportamento do agente remete à ideia do Direito Penal Mínimo, em que se afasta a análise objetiva do caso, e o foco central são as condições pessoais do agente, preocupando-se tão somente com o fato praticado pelo agente⁴⁰¹.

Nesse pensar, o Direito Penal Mínimo torna-se incompatível com os efeitos gerados pela reincidência nos casos em que há o pleito pela aplicabilidade do princípio da insignificância, em que o intérprete da lei deve limitar-se aos preceitos do direito penal do fato, rejeitando qualquer circunstância pessoal do indivíduo⁴⁰². Sobre o direito penal do agente, Zaffaroni ainda afirma que:

Além dessas formas tradicionais e puras, porém integrando-as e complementando-as com um conjunto de presunções, encontra-se o novo direito penal de autor, sob a forma de direito penal do risco, antecipa a tipicidade na direção de atos de tentativa e mesmo preparatórios, o que aumenta a relevância dos elementos subjetivos e normativos dos tipos penais, pretendendo assim controlar não apenas a conduta, mas também a lealdade do sujeito ao ordenamento⁴⁰³.

Destarte, a necessidade de análise da culpabilidade incorpora a ideia de que se estará objetivando punir a personalidade do agente e não a conduta praticada. Tal argumento pode ser corroborado com a ausência de uniformização nas decisões monocráticas analisadas, visto que os Ministros da quinta e sexta turma optaram por levar em consideração a condição pessoal do

³⁹⁹ PINTO, Rafael Fagundes. **A Insignificância no Direito Penal Brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 148-149.

⁴⁰⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 76-77.

⁴⁰¹ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Informativo n. 489**. Saberes Jurisprudenciais, 2012, STF e STJ. Bianchini, Alice (coord). São Paulo: Saraiva, 2012. p. 168.

⁴⁰² CARRARD, Liliana. **O Princípio da Insignificância e a mínima intervenção penal**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito UPS – São Paulo, 2013, p. 51. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-25112016-114249/pt-br.php>. Acesso em: 10 jun. 2020.

⁴⁰³ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Teoria Geral do Direito Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 132.

indivíduo como forma de aplicar o princípio da insignificância ou, em alguns casos, deixar de aplicá-lo⁴⁰⁴.

Os vetores, nesse sentido, são incompatíveis com a própria natureza jurídica do princípio da insignificância, visto que se trata de excludente de tipicidade material⁴⁰⁵. Ou seja, os vetores traduzem a ideia de uma análise não só da conduta irrelevante, mas também da culpabilidade do agente, critério este que possibilita prolação de decisões e acórdãos de caráter subjetivo.

Nessa circunstância, a doutrina traz um importante posicionamento acerca dos vetores estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal, afirmando que estes revelam um direito do inimigo, pautado em regimes totalitários⁴⁰⁶. Contudo, em que pese ser entendimento majoritário da doutrina, não é assim que se posiciona o Supremo Tribunal Federal e os demais tribunais, vez que a justificativa para a não incidência é impedir que o criminoso contumaz seja incentivado a praticar condutas ilícitas, ainda que irrelevantes⁴⁰⁷.

É notório que o entendimento acima transcrito vai contra o *habeas corpus* nº 123.108/MG, que fixou a tese de que a reincidência não pode, por si só, ser utilizada como impeditivo da aplicação do princípio da insignificância. No caso apresentado, o Superior Tribunal de Justiça utilizou a reincidência de forma isolada para não aplicar a insignificância penal, deixando de averiguar as demais circunstâncias do fato. Ora, é óbvio que a problemática das interpretações equivocadas e falta de observância aos precedentes do Supremo pelos demais tribunais, incluindo o STJ, se dá em razão do comportamento deste último, que prolata decisões distintas em casos similares com frequência.

Há quem, inclusive, concorde com tal argumento, em que se é afirmado que o Direito Penal é utilizado como instrumento de defesa do indivíduo, como também instrumento de tutela

⁴⁰⁴ Exemplos extraídos da pesquisa realizada: HCS nº 479770, 472788, 449561, 479770, 471892, 469006, 680818, 619631, 600681, 490073, 481791, 488023, 472788

⁴⁰⁵ SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 165-166.

⁴⁰⁶ LUGON, Almir Fraga. **Princípio da insignificância sob uma perspectiva constitucional**. Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/26935/26935.PDF>. Acesso em: 22 fev. 2021.

⁴⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC: 112597 PR**, Relator: Min. Cármen Lúcia, Data de Julgamento: 18/09/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: 10-12-2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22869274/habeas-corpus-hc-112597-pr-stf>. Acesso em: 11 fev. 2021.

dos bens jurídicos, o que possibilitaria a análise das características pessoais do sujeito que realizou a conduta delituosa⁴⁰⁸.

A consequência dessa confusão jurisprudencial ocasionada pelo Supremo Tribunal Federal é uma excessiva arbitrariedade por parte de cada julgador, que decide por meio de fundamentações genéricas, deixando de lados os critérios objetivos para focar nas condições pessoais do agente⁴⁰⁹. Por isso, é latente que os vetores estabelecidos pelo STF, em que pesem ser importante marco para o reconhecimento do princípio da insignificância, dão aberta margem para um grande espaço interpretativo⁴¹⁰.

Em razão da alta subjetividade trazida pelos vetores para a aplicabilidade do princípio da insignificância, existem decisões antagônicas, sendo os casos semelhantes julgados de forma distinta, sob a justificativa da reincidência ou reiteração da conduta delitiva⁴¹¹.

Nesse ínterim, é notório que o Supremo Tribunal Federal tende a dissimular suas decisões subjetivas, sob a justificativa de que existem critérios objetivos⁴¹². Desse modo, durante a pesquisa realizada, percebeu-se que, embora o STF tenha elencado critérios para a aplicação do referido princípio, no caso concreto, a situação é diferente, posto que ignoram os critérios formulados, proferindo fundamentações que não são compatíveis aos vetores fixados⁴¹³.

É por isso que a teoria do delito possui papel importante para as agências judiciais, sobretudo porque, quanto mais fraco é o desenvolvimento legislativo e impreciso os termos, mais existirão decisões imprevisíveis e distintas, ainda que os casos sejam semelhantes. Sobre a necessidade de se orientar a previsibilidade na interpretação, já ensinaram Zaffaroni e Batista:

⁴⁰⁸ LUGON, Almir Fraga. **Princípio da insignificância sob uma perspectiva constitucional**. Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/26935/26935.PDF>. Acesso em: 22 fev. 2021.

⁴⁰⁹ PINTO, Rafael Fagundes. **A Insignificância no Direito Penal Brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 129.

⁴¹⁰ PANOEIRO, José Maria; CHEKER, Monique. Incongruências significativas: o princípio da insignificância na jurisprudência brasileira. **Revista Ommes-ANPR**, n. 1, 2013. p. 14.

⁴¹¹ A pesquisa empírica extraiu decisões monocráticas que analisam a reincidência de forma isolada para afastar a insignificância penal, não levando em consideração as circunstâncias do fato e a realidade social. HCS nº 383421, 199332, 219166, 397832, 457821, 464159 e 337532.

⁴¹² PANOEIRO, José Maria; CHEKER, Monique. Incongruências significativas: o princípio da insignificância na jurisprudência brasileira. **Revista Ommes-ANPR**, n. 1, 2013. p. 14.

⁴¹³ CARUNCHO, Alexey Choi; BUSATO, Paulo Cesar. O desvalor da conduta como critério de identificação da insignificância para aplicação do princípio da intervenção mínima. **Revista de Estudos Criminais**, n. 40, 2011. p. 27.

Enquanto sistemas de filtros que facultam sucessivas interrogações acerca de uma resposta habilitadora de poder punitivo por parte das agências judiciais, a teoria do delito representa a mais importante concreção da função do direito penal em relação ao poder punitivo fundamentado em leis penais manifestas⁴¹⁴.

Nesse pensar, os tribunais brasileiros, ao interpretarem a norma penal, devem garantir a segurança jurídica em suas decisões, bem como possibilitar ao indivíduo uma aplicação segura e racional do direito⁴¹⁵, e não a aplicação aleatória.

Nesse mesmo sentido, há quem entenda que um sistema jurídico mal definido torna a solução dos casos concretos insegura e imprevisível⁴¹⁶, pois dependerá das considerações sentimentais do julgador, como ocorre na realidade. Em virtude disso, tem-se no atual cenário a ausência de critérios racionais e objetivos, pois os julgadores não conferiram aos critérios fixados qualquer estabilidade e segurança jurídica, ocasionando uma série de decisões judiciais contraditórias e aleatórias⁴¹⁷. Sabe-se que, no início da discussão do princípio da insignificância, os juízes, como os tribunais, utilizavam qualquer critério para definir o princípio e aplicá-lo no caso concreto.

Todos esses problemas, como já apontados, se dão devido à natureza subjetiva dos vetores estabelecidos pelo STF, em que, num dado momento, julgam estritamente com base nos critérios fixados e, noutra, com base em circunstâncias totalmente distintas.

Notadamente, não se pode negar a importância dos vetores estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal, o qual, apesar de trazer critérios confusos entre si, subordinou o julgador a observar critérios pré-fixados, ainda que na prática perceba-se tal resistência. O objetivo do STF, nesse sentido, foi suprir a lacuna existente acerca do princípio da insignificância, trazendo critérios objetivos e subjetivos⁴¹⁸, mas que possibilitam o juízo a dissimular suas decisões, observando somente as circunstâncias subjetivas do acusado.

Observa-se, em alguns casos, que os juízes e tribunais brasileiros apenas reproduzem de forma mecânica os critérios estabelecidos pelo Supremo, não havendo qualquer análise fática

⁴¹⁴ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 20.

⁴¹⁵ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. A objetividade do princípio da insignificância. **Boletim do IBCCRIM**, ano 9, n. 109, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 11.

⁴¹⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: Parte General. Granada: Comares, 2002. p. 210.

⁴¹⁷ PINTO, Rafael Fagundes. **A Insignificância no Direito Penal Brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 134.

⁴¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 84.412/SP**. Relator Ministro Celso de Mello. Dje 19/11/2004. p. 37, RT 834/477.

do caso⁴¹⁹. E, quando há interpretação, os julgadores levam em consideração questões sentimentais, como a análise de condições subjetivas do indivíduo, sob a justificativa de que este não pode ser incentivado à prática de novos crimes.

Entende-se que um erro do Supremo Tribunal Federal ao julgar o *habeas corpus* nº 84.412/SP foi deixar a cargo da doutrina os conceitos de cada vetor, o que só acarretou uma série de dúvidas e lacunas⁴²⁰. Ora, a doutrina entende que a mera menção aos vetores não supre a necessidade de uma definição pela Corte, a qual precisa orientar os demais tribunais quando da aplicação do princípio da insignificância.

Destaca-se que, na visão da doutrina, os vetores fixados pelo Supremo deixam a cargo da concepção individual do julgador, considerando-se a existência de abstrações que viabilizam o arbítrio dos juízes⁴²¹. É por isso que, atualmente, tem-se decisões evidentemente díspares, dando ensejo a decisões contraditórias, uma vez que tentam estabelecer um conceito acerca do princípio da insignificância diverso daquele dado pelo STF.

De todo modo, em que pesem as críticas ao precedente firmado pelo Supremo, é inegável sua importância para o reconhecimento da insignificância penal, mormente que os Ministros, ao fixarem os critérios, foram categóricos em ratificar o caráter subsidiário do direito penal, o que não se tem visualizado nas decisões proferidas pelos demais tribunais.

Apesar da problemática em torno dos critérios estabelecidos, novamente é importante evocar que a decisão judicial do Supremo trouxe a função criminológica e sociológica da insignificância penal, tendo em vista que os argumentos expostos buscam efetivar o pensamento de afastar a cultura do encarceramento em massa de classes pobres, além de calibrar eventuais excessos por parte do julgador no momento da aplicabilidade da lei.

Em uma visão sociológica, não é proporcional punir tão gravemente conduta que é considerada irrelevante e que não trouxe qualquer abalo ao bem jurídico penal tutelado. Nesse sentido, o sistema prisional brasileiro é totalmente gravoso e não auxilia na prevenção do crime, tampouco na ressocialização do indivíduo. Portanto, não é certo permitir que o agente seja

⁴¹⁹ PINTO, Rafael Fagundes. **A Insignificância no Direito Penal Brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 137.

⁴²⁰ PINTO, Rafael Fagundes. **A Insignificância no Direito Penal Brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 138.

⁴²¹ PANOEIRO, José Maria; CHEKER, Monique. Incongruências significativas: o princípio da insignificância na jurisprudência brasileira. **Revista Ommes-ANPR**, n. 1, 2013. p. 16.

condenado a uma pena privativa de liberdade, sendo submetido a ambiente totalmente nocivo, pois está recebendo pena mais grave que a própria conduta.

Por fim, importa trazer algumas observações acerca do *habeas corpus* nº 123.108, que, apesar de também trazer posicionamento evolutivo, possui problemas internos que merecem melhor atenção.

O referido *habeas corpus* traz como fundamentação o abrandamento aos julgados sobre a aplicabilidade da insignificância no caso concreto, nos casos em que o agente seja reincidente. Restou entendido, desse modo, que seria possível a incidência da insignificância penal aos agentes que estivessem respondendo a processos criminais ou a investigações policiais em trâmite, desde que não houvesse condenação transitada em julgado.

Nesse aspecto, surge a problemática de que permitir que seja impedida a aplicação do princípio nos casos de condenação com trânsito em julgado é o mesmo que validar o direito penal do autor. Ora, não obstante o posicionamento ter sido reformulado, aparentemente nada mudou, já que o direito penal do autor ainda irá prevalecer.

Assim, se a conduta é penalmente irrelevante, pouco importa a reiteração delituosa, os meios e os modos empregados pelo agente; para o caso, deve ser aplicado o princípio da insignificância.

Sobremaneira, o acórdão, ainda que tenha fixado tese relevante para unificação da jurisprudência, deixou, novamente, em aberto a aplicação do princípio, abrindo margem para que o magistrado, no caso concreto, utilize-se de sua subjetividade para obstaculizar o recaimento do princípio na situação levada ao judiciário.

Salienta-se, assim, que a tese estabelece que a reincidência, por si só, não impede a aplicação do princípio, deixando em aberto e a critério do julgador quando será possível o impedimento. Seja como for, mesmo que seja precedente importante, continua deixando a cargo dos julgadores as decisões.

2.5 Análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça após a fixação das teses firmadas pelo Supremo Tribunal Federal

2.5.1 Notas metodológicas

Conforme apontado no início da presente pesquisa, a problemática abordada trouxe a necessidade de averiguação de julgados prolatados pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, após a fixação das teses envolvendo a reincidência e os critérios. A pesquisa tem como finalidade a análise da compatibilidade das decisões do Superior Tribunal de Justiça em relação às decisões do STF, para verificar a existência de interpretações discrepantes.

Portanto, o objetivo da pesquisa empírica foi a de avaliar a interpretação dada pelo STJ aos casos que já foram objetos de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

A pesquisa empírica foi iniciada no dia 19 de dezembro de 2022, para ambos os casos. Ao colocar as palavras-chave que serviram para delimitar o número de *habeas corpus*, foram encontradas cerca de 64 decisões monocráticas após o julgamento do *habeas corpus* nº 84.412 e um total de 689 acórdãos, sendo estes desconsiderados em razão do foco da pesquisa.

A princípio, o objetivo da pesquisa empírica é verificar o processo decisório individual de cada um dos Ministros componentes nas turmas do STJ.

A base para a análise das decisões monocráticas dos Ministros do STJ se deu em razão do conflito de entendimentos existente entre cada um deles no processo de decisão. Verificar as decisões monocráticas é, primeiramente, averiguar os problemas internos das decisões do STJ.

Contudo, destaca-se que foi realizada análise acerca dos recursos interpostos contra as decisões monocráticas proferidas nos *habeas corpus* objetos do estudo.

Com relação ao *habeas corpus* nº 123.108, tendo como marco inicial 1º de janeiro de 2016, foram encontradas 52 decisões monocráticas e 77 acórdãos, os quais também foram desconsiderados.

Em primeiro lugar, é importante salientar que a metodologia adotada diz respeito aos *habeas corpus* nº 123.108 e 84.412 julgados pelo Supremo Tribunal Federal e que fixaram teses importantes para a aplicabilidade do princípio da insignificância.

Esclarece-se, ainda, que, referente aos *habeas corpus* nº 123.108 e 84.412, impetrados no Supremo Tribunal Federal, foram escolhidos para averiguação, em razão de serem temáticas bastante abordadas no mundo jurídico e que vêm ocasionando diversos posicionamentos conflitantes entre os tribunais superiores e locais: a) *habeas corpus* que estabeleceu os critérios utilizados na atualidade; b) *habeas corpus* que fixou tese sobre a reincidência.

Portanto, a adoção dos remédios constitucionais ora apontados se deu devido à repercussão e seus efeitos obrigatórios no caso concreto. Nesse caso, a metodologia utilizada foi o estudo de dois casos do Supremo.

Já em relação aos julgados do Superior Tribunal Federal, a pesquisa foi delimitada de acordo com o ano em que foi prolatada a tese. Assim, em relação à tese que delimitou os critérios da insignificância, foram analisados *habeas corpus* impetrados no STJ de 2005 a 2021, enquanto, referente à tese da reincidência, foram considerados e analisados *habeas corpus* impetrados no STJ de 2016 a 2021.

Nesse sentido, impõe destacar que a delimitação temporal deste objeto de estudo justificou-se pela necessidade de alcançar o posicionamento dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça frente ao Supremo Tribunal Federal, além de averiguar eventuais interpretações divergentes às questões já debatidas e com compreensões unificadas.

Sobre o órgão prolator da decisão, tratou-se de escolha baseada no órgão que fixou as teses objetos do estudo, além de órgão inferior (STJ), mas que também possui poderes para uniformizar a jurisprudência.

Assim, a escolha de dois tribunais superiores se deu, principalmente, para que se pudesse visualizar o grau de harmonia entre as instâncias superiores.

Conforme já relatado, os *habeas corpus* analisados dizem respeito aos anos de 2005 a 2021 e de 2016 a 2021, todos encontrados no Superior Tribunal de Justiça, utilizando-se termos como “princípio da insignificância HC 123108” e “princípio da insignificância HC 84412”, para consulta na página eletrônica dos respectivos tribunais. A escolha de um único termo para cada *habeas corpus* se justifica pela necessidade da análise de apenas uma classe, qual seja HC, impetrados perante o STF e STJ.

Além disso, a opção por uma única expressão como parâmetro de pesquisa teve como objetivo selecionar uma amostra fidedigna da utilização do conceito de insignificância como princípio penal reconhecido pelos Ministros.

Destaca-se, nesse intento, que o número de decisões monocráticas foi reduzido em razão da escolha da palavra-chave, que serviu, primordialmente, para delimitar e limitar as decisões monocráticas. Portanto, a opção exclusiva pela palavra-chave “princípio da insignificância” também foi um recurso para delimitar o número de casos selecionados para catalogação, tendo em vista o amplo recorte temporal escolhido em ambos os *habeas corpus*.

Sobre os *habeas corpus* impetrados e julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, foram selecionadas apenas decisões monocráticas, tendo como critério a data da publicação.

Em relação aos *habeas corpus*, tendo como início de lapso temporal o ano de 2016 até 2021, foram encontradas 52 decisões monocráticas proferidas em sede de *habeas corpus*.

Em relação aos *habeas corpus* tendo como início de lapso temporal o ano de 2005 até 2021, foram encontradas 64 decisões monocráticas proferidas em sede de *habeas corpus*.

Destaca-se que os números podem ser considerados discrepantes, mas são justificáveis em virtude da escolha das palavras-chaves, que acabaram restringindo as buscas e reduzindo o número de *habeas corpus* de cada período buscado.

Não houve exclusão de decisões monocráticas, sendo analisadas 116 decisões monocráticas proferidas pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça.

O conjunto amostral foi selecionado da seguinte forma: em acesso ao sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, foram propostas as expressões “princípio da insignificância HC 123108” e “princípio da insignificância HC 84412”, tendo como parâmetro de refinamento da pesquisa as decisões monocráticas com data de publicação entre 1º de janeiro de 2005 a 31 de dezembro de 2021 e de 2016 a 31 de dezembro de 2021, chegando-se ao total de 104 decisões, as quais foram salvas para compor o conjunto de dados da pesquisa.

Salienta-se que somente foram utilizadas aquelas decisões disponíveis no site do STJ, tendo sido realizada a busca no campo “pesquisa em todos os campos”.

Deixou-se, além disso, de analisar acórdãos encontrados, em razão da significativa quantidade, sobretudo em virtude do número reduzido de pesquisadores e o tempo para entrega da pesquisa, o que impossibilitou sua análise.

Contudo, para verificar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça de forma geral, os recursos interpostos contra as decisões monocráticas, objetos da presente pesquisa, também foram analisados, a fim de verificar se foram mantidas ou reformadas pelas turmas e, assim, identificar a jurisprudência dominante do STJ.

Destaca-se que 9 recursos foram interpostos contra as decisões que não conheceram ou denegaram a ordem do *habeas corpus*, em que as turmas (quinta e sexta) negaram provimento e mantiveram as decisões. As demais decisões monocráticas não foram objeto de recurso.

Das decisões monocráticas que indeferiram a liminar, 04 acórdãos foram no sentido de não conhecer da ordem ou denegá-la e 08 acórdãos foram no sentido de conceder a ordem.

O método utilizado foi a fixação de critérios de escolha, em que os seguintes pontos foram respondidos: (i). Qual a natureza do crime? (ii). O Superior Tribunal de Justiça levou em consideração os *habeas corpus* objetos do estudo? (iii). Existiu interpretação compatível com as dadas pelo Supremo Tribunal Federal? (iv). Existem decisões e entendimentos conflitantes entre os Ministros do STJ? (v). Qual posicionamento sobressaiu no caso concreto?

Outras indagações serviram para orientar o pesquisador acerca do desenvolvimento da análise dos julgados, sendo eles: (i). Menção aos precedentes do Supremo Tribunal Federal e a interpretação dada ao precedente persuasivo (ii). Subjetividade nas decisões monocráticas prolatadas em desconformidade com as teses já firmadas pelo STF.

Nesse aspecto, deve ficar consignado que a análise foi realizada por meio da leitura do inteiro teor da decisão monocrática proferida, sendo verificadas menções aos precedentes do STF, além dos argumentos lançados para negar a aplicabilidade do princípio ou reconhecê-lo no caso concreto.

A análise dos *habeas corpus* nº 84.412 e 123.108, estudo dos casos do STF, além dos *habeas corpus* julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, perdurou aproximadamente 5 (cinco) meses, resultando na averiguação de 116 decisões monocráticas proferidas desde a fixação das teses estudadas.

As conclusões da pesquisa realizada serão aprofundadas e delimitadas posteriormente. Contudo, é importante trazer os critérios de análise para a obtenção dos dados desta pesquisa. Veja-se: 1. Entendimento dos Ministros do STJ; 2. Número de *habeas corpus* deferidos com base nos precedentes do Supremo Tribunal Federal; 3. Menção aos precedentes nas decisões monocráticas proferidas pelos Ministros do STJ; 4. *Habeas Corpus* denegados ou não conhecidos tendo como fundamentação aquela diversa da fixada pelo STF; 5. A harmonia das interpretações dadas pelo STJ às teses fixadas pelo STF.

À vista disso, a pesquisa empírica, por meio da análise de decisões e da jurisprudência do STJ, buscou, primordialmente, a análise dos posicionamentos dos Ministros e o processo decisório frente às teses firmadas pelo STF, a fim de verificar se as interpretações dadas são compatíveis com aquelas almejadas pelo STF.

2.5.2 Resultados obtidos

Preliminarmente, das decisões monocráticas prolatadas, tendo como lapso temporal a fixação das teses nos *habeas corpus* nº 84.412 e 123.108, foi analisado o percentual de 100% das decisões encontradas no sítio eletrônico do STJ com o uso das palavras-chaves “princípio da insignificância HC 84412” e “princípio da insignificância HC 123108”.

Para fácil compreensão, apresentam-se os resultados obtidos em decorrência da análise dos julgados de 2016 a 2021, tendo como lapso inicial a fixação da tese no *habeas corpus* nº 123.108.

Pois bem. Foram encontradas e analisadas 52 decisões monocráticas, sendo que 79% das decisões foram prolatadas pelo Ministro Antônio Saldanha Palheiro; 19% foram proferidas pelo Ministro Joel Ilan Paciornik e 2% pelo Ministro Rogério Schietti Cruz.

Em relação ao Ministro Antônio Saldanha Palheiro, das 41 decisões prolatadas, 97% tiveram a concessão da ordem para aplicar o princípio da insignificância, tendo como motivação os parâmetros fixados no *habeas corpus* 123.108, que fixou tese sobre a possibilidade de aplicar a insignificância ao réu reincidente.

Já em relação ao Ministro Joel Ilan Paciornik, podemos observar que das decisões do julgador, 78% foram no sentido de não conhecer do *habeas corpus*. E, em relação ao Ministro Rogério Schietti, a única decisão monocrática foi no sentido de denegar a ordem.

Relativamente aos questionamentos mencionados anteriormente, a análise serviu para demonstrar que existe uma desarmonia de interpretações entre os próprios Ministros.

Na busca de melhor evidenciar os resultados extraídos por meio da análise, abaixo segue tabela de dados referente ao demonstrado:

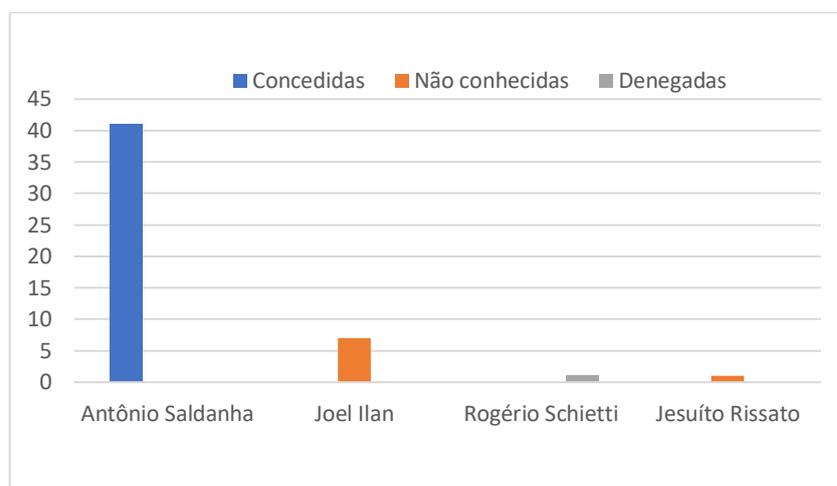
Tabela 1 – Frequências absolutas e percentuais – 2016-2021

| Ministros | N | % |
|---|----|---------|
| Antônio Saldanha Palheiro | 41 | 79,00% |
| Joel Ilan Paciornik | 9 | 19,00% |
| Rogério Schietti Cruz e Jesuíno Rissato | 1 | 2,00% |
| Total de julgados | 52 | 100,00% |

Fonte: elaborado pelo autor.

Segue abaixo gráfico de barras para números de *habeas corpus* concedidos, denegados e não conhecidos pelos Ministros.

Gráfico 1 - Número de habeas corpus concedidos por cada Ministro do Superior Tribunal de Justiça após o habeas corpus nº 123.108



Fonte: elaborado pelo autor.

Além disso, vale destacar que os 52 casos levados ao Superior Tribunal de Justiça, e decididos por meio de decisões monocráticas tiveram, em sua grande maioria, o fundamento da reincidência ou reiteração delituosa⁴²² para decidir sobre a aplicação ou não da insignificância.

Tabela 2 – Fundamentos – 2016 a 2021

| Fundamentos | N | % |
|---|----|---------|
| Reincidência/reiteração delituosa | 39 | 75,00% |
| Valor do bem | 10 | 19,00% |
| Outros (prejudicados, liminar concedida, ordem de ofício) | 3 | 6,00% |
| Total de julgados | 52 | 100,00% |

Fonte: elaborado pelo autor.

Os fundamentos utilizados nas decisões monocráticas tiveram como “parâmetro” as teses firmadas pelo Supremo Tribunal Federal, objetos do estudo na presente pesquisa. Por isso,

⁴²² No *Habeas corpus* nº 472788/SP, a motivação determinante foi o fato de o paciente ter praticado o crime de furto qualificado, já que furtou casa de construção, rompendo o cadeado. Além da gravidade do crime, a reincidência específica também foi utilizada como fundamento para o afastamento. No presente caso, depreende-se que a reincidência não foi circunstância isolada. No *habeas corpus* nº 479770/DF, o Ministro Joel Ilan Paciornik, valorou sua decisão em razão dos maus antecedentes do paciente. No caso em questão, o paciente estava respondendo pelo crime de furto qualificado, sendo apontado como critério para afastar a insignificância a existência de concurso de pessoas e os maus antecedentes, vez que o agente era contumaz na prática delituosa. O *habeas corpus* nº 396667/SC também comprova que a reincidência acaba sendo mais valorada que as demais circunstâncias, pois no caso, em virtude do agente ser "multirreincidente em crimes contra o patrimônio", o afastamento foi medida adotada pelo Ministro. Todos os habeas corpus mencionados foram extraídos da pesquisa. O *Habeas corpus* nº 680818/MG, de relatoria do Ministro Humberto Martins, a multirreincidência também foi fato determinante para afastar a aplicabilidade do princípio.

desnecessário o uso de tabela para evidenciar. Além disso, todos os casos levados ao Superior Tribunal de Justiça se trataram de crimes contra o patrimônio (furto). As decisões analisadas são de ambas as turmas criminais do STJ.

Todas as decisões examinadas, que denegaram a ordem ou não a conheceram, foram baseadas na reincidência do agente, sendo valorada de forma isolada ou demais circunstâncias do caso. A partir disso, vislumbra-se que os fundamentos utilizados, quase em sua totalidade, foram no sentido de negar a ordem impetrada em razão dos precedentes do próprio STJ⁴²³.

O que se percebeu é que, normalmente, os Ministros tendem a observar tão somente o “precedente” daquela turma em particular⁴²⁴, interpretando a tese firmada pelo Supremo da forma que melhor se adequar ao posicionamento subjetivo de cada julgador.

Sem dúvidas, os dados analisados comprovam a ausência de observância do Superior Tribunal de Justiça aos preceitos do Supremo Tribunal Federal⁴²⁵, o qual, apesar de ter se posicionado pela discricionariedade do julgador no caso concreto, fixou que a reincidência, por si só, não pode impedir a aplicabilidade do princípio da insignificância.

E, nos casos analisados, as decisões tiveram como argumento principal a reincidência ou a reiteração delituosa do agente⁴²⁶.

Noutra banda, traz-se a análise dos *habeas corpus* impetrados no período de 2005 a 2021, tendo como decurso inicial a tese firmada no *habeas corpus* nº 84.412, que estabeleceu os critérios para aplicação da insignificância penal.

⁴²³ A conclusão pode ser extraída da análise dos *habeas corpus* nº 479770/DF, 472788/SP, 479770/DF e 396667/SC, que, apesar de mencionarem as teses fixadas pelo Supremo Tribunal Federal, no final, utilizam de jurisprudência própria para afastar a insignificância penal no caso concreto. **Exemplo:** “A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n. 221.999/RS (Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 11/11/2015, DJe 10/12/2015), estabeleceu que a reiteração criminosa inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, a verificação que a medida é socialmente recomendável.” (trecho extraído da decisão proferida no *habeas corpus* nº 680818/MG, de relatoria do Ministro Jesuíno Rissato do STJ).

⁴²⁴ Exemplo: *Habeas corpus* nº 457690/RJ, Relator Ministro Antônio Saldanha, STJ; *Habeas corpus* nº 680818/DF, Relator Jesuíno Rissato, STJ;

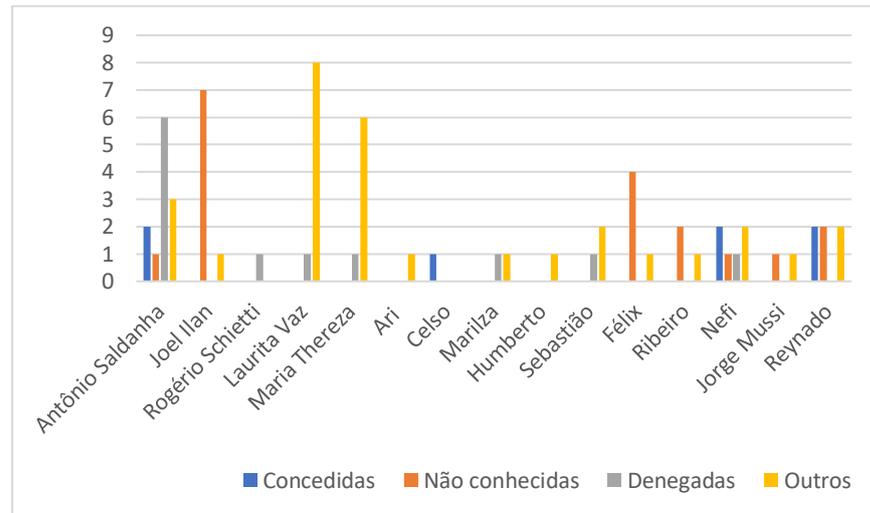
⁴²⁵ Esse dado pode ser comprovado em razão das turmas do STJ, em sede de recurso, terem mantido as decisões monocráticas na íntegra, conforme tabela anexa.

⁴²⁶ *Habeas corpus* nº 396667/SC, Relator Ministro Joel Ilan Paciornik do STJ, a prisão foi mantida no HC em razão da reiteração delituosa do agente, sendo mencionadas jurisprudências do STJ sobre a reincidência como óbice à aplicação da insignificância penal. No *habeas corpus* nº 367817/MS, Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, a prisão foi mantida também em razão da reincidência do agente, decisão que foi fundamentada na jurisprudência do STJ.

Habeas corpus nº 680818/MG, Relator Jesuíno Rissato do STJ, a decisão foi no sentido de afastar a insignificância em virtude da reincidência do paciente.

Destaca-se que o Ministro Antônio Saldanha Palheiro foi quem mais julgou, de forma monocrática, os *habeas corpus* impetrados perante o STJ, tendo um total de 11 (onze) decisões monocráticas proferidas desde a fixação dos vetores do princípio da insignificância. Ou seja, de 64 decisões proferidas pela quinta e sexta turma do STJ, o referido ministro julgou 19%.

Gráfico 2 - Gráfico acerca dos fundamentos utilizados por cada Ministro do Superior Tribunal de Justiça após o *habeas corpus* nº 123.108



Fonte: elaborado pelo autor.

Para mais, vale trazer o percentual os demais Ministros, conforme se observa no Gráfico 2 acima: Reynaldo Soares prolatou um total de 9%; Jorge Mussi prolatou 2% das decisões analisadas; Nefi Cordeiro teve um percentual de 11%; Ribeiro Dantas 3%; Joel Ilan também teve o percentual 13% de decisões prolatadas; Félix Fischer teve um total de 5% das decisões analisadas; Sebastião Reis Júnior 5%; Laurita Vaz, atrás de Antônio Saldanha Palheiro, proferiu um total de 14% das decisões analisadas; Maria Thereza de Assis, atrás da ministra Laurita Vaz, teve um total de 11% de decisões; Humberto Martins 2%; Rogério Schietti Cruz 2%; Marilza Maynard 3%; Ari Pargendler 2%, Celso Limongi 2% e João Otávio 2%.

Pois bem. Das decisões averiguadas, podemos extrair alguns resultados interessantes, como os que se observam na tabela sobre a análise interna das decisões prolatadas pelas turmas e os respectivos Ministros:

Tabela 3 – Frequências absolutas e percentuais – 2005-2021

| Delito objeto do habeas corpus | N | % |
|--------------------------------|---|---|
|--------------------------------|---|---|

| | | |
|---|----|---------|
| Furto | 36 | 58,00% |
| Furto qualificado | 22 | 34,00% |
| Outros (prejudicados, liminar concedida, ordem de ofício) | 5 | 8% |
| Reincidência | 23 | 38,00% |
| Ausência dos requisitos | 27 | 42,00% |
| Gravidade do crime | 3 | 5% |
| Valor do bem | 3 | 5,00% |
| Prejudicado | 7 | 11% |
| Total de julgados | 64 | 100,00% |

Fonte: elaborado pelo autor.

Esclarece-se que a tabela acima refere-se à fundamentação existente nos julgados, os quais foram no sentido de denegar, não conhecer ou julgar prejudicado o *habeas corpus*. Salienta-se, nesse sentido, na mesma decisão foi valorado mais de um requisito para afastar ou aplicar a insignificância, por exemplo, reincidência + valor, gravidade + reincidência etc⁴²⁷.

Com efeito, tem-se ainda dado importante acerca dos argumentos adotados para afastar a insignificância penal no caso concreto. No que tange ao dado mencionado, demonstra-se que existe certa resistência do próprio STJ quanto aos temas julgados e pacificados pelo STF, isso porque em 14% dos casos analisados houve como parâmetro precedentes do Superior Tribunal de Justiça⁴²⁸, afastando-se por completo as questões já debatidas e superadas pelo Supremo.

⁴²⁷ Exemplos: HC 600681/DF: “Note-se, ainda, que as circunstâncias em que se deram a prática delitiva—mediante concurso de agentes e durante o repouso noturno —, acrescido ao fato de o paciente já ser reincidente específico em crimes patrimoniais, pois já ostenta quatro condenações transitadas em julgado por crimes contra o patrimônio, denotam sua periculosidade social e o elevado grau de reprovabilidade da conduta, não se podendo falar também que houve inexpressividade da lesão jurídica provocada, pois ausentes todos os requisitos exigidos para sua configuração. HC 485583/SC: “No caso dos autos, o bem subtraído pelo apelante foi avaliado em R\$ 312,00 (trezentos e doze reais), montante que, à época dos fatos, representava cerca de 46% de um salário mínimo, quantia essa que não pode ser considerada ínfima diante da realidade de grande parte da população brasileira. [...] Ainda que assim não fosse, é preciso considerar, a reincidência específica do acusado (fls. 20/21) - contumaz em crimes contra o patrimônio - por si só afasta o grau reduzido de reprovabilidade de sua conduta, inviabilizando, por conseguinte, o reconhecimento da atipicidade, ora pleiteado. Até porque, eventual absolvição serviria apenas como incentivo à prática de novos crimes, afastando-se do real objetivo do princípio da bagatela”. HC 416634/RS: “princípio da insignificância. Inviabilidade. Para a configuração do indiferente penal, é preciso verificar "a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada." (STF, HC 84412, Relator Min. Celso De Mello, Segunda Turma, julgado em 19/10/2004). E no presente caso, não se verificam todos esses vetores simultaneamente. Bem avaliado em aproximadamente metade do valor do salário mínimo vigente à época. Condições subjetivas desfavoráveis, à luz do histórico criminal do agente”.

⁴²⁸ HC 680818/MG, relatoria Ministro Jesuino Rissato do STJ, trouxe como fundamento central entendimento da 3ª seção do Tribunal, no sentido de afastar a insignificância em virtude da reincidência do agente. No *habeas corpus* nº 680758/DF, relatoria Ministro João Otávio de Noronha, foram mencionados julgados do STJ, posteriores à fixação da tese do STF, para afastar a aplicação da insignificância em virtude da reincidência do agente. Ainda, no *habeas corpus* nº 619631/SC, de relatoria do Ministro Antônio Saldanha Palheiro do STJ, a não aplicação do princípio da insignificância foi afastado com base nos julgados do STJ posteriores à tese do STF.

Além disso, apesar de o percentual de 50% das decisões mencionarem o *habeas corpus* que fixou os critérios, observa-se que somente existe menção ao julgado, tendo havido fundamentação completamente destoante⁴²⁹. Senão observa-se:

Tabela 4 – Julgados paradigmas

| Fundamentos | N | % |
|--------------------|----|---------|
| Precedentes do STJ | 8 | 13,00% |
| Precedentes do STF | 28 | 44,00% |
| Ambos | 13 | 20,00% |
| Total de julgados | 64 | 100,00% |

Fonte: elaborado pelo autor.

A esse respeito, há possíveis respostas para esses números: a) o Superior Tribunal de Justiça discorda das fundamentações político-criminais do Supremo em suas decisões, deixando a critério do julgador a incidência ou não da insignificância⁴³⁰; b) a falta de obrigatoriedade das teses firmadas, já que se tratam de precedentes persuasivos; c) o STF abriu possibilitou diversas interpretações sobre o mesmo tema.

Com efeito, os resultados acima comprovam a necessidade de se estabelecer teses vinculantes, seguindo o rito previsto para elaboração de precedente – criando-se critérios além do previsto para o *habeas corpus* como formador de precedente.

2.6 O diálogo do Superior Tribunal de Justiça com as teses do Supremo Tribunal Federal nos *habeas corpus* analisados

Da análise da jurisprudência realizada, no que tange aos entendimentos dos Ministros do STJ, percebe-se, através da análise das decisões, que não existe um diálogo harmônico entre os tribunais superiores, principalmente quando se fala sobre a aplicabilidade do princípio da insignificância no caso concreto.

⁴²⁹ *Habeas Corpus* n° 394.343/SP, relatoria Joel Ilan Paciornik do STJ, trouxe a tese firmada pelo STF, mas não interpretou de forma coerente com o caso. *Habeas corpus* n° 565152/SC, relatoria Ministro Antônio Saldanha Palheiro do STJ, deixou de aplicar o princípio em razão do valor do bem, contudo, não analisou o contexto da ação delituosa.

⁴³⁰ Nos *habeas corpus* a fundamentação, nos casos de afastamento da insignificância, é no sentido de evitar que a prática delituosa seja estimulada com a aplicação do referido princípio. Destaca-se, inclusive, que os acórdãos proferidos em sede de recurso, contra a decisão monocrática, ratificam o inteiro teor da decisão, o que já demonstra a compreensão do próprio STJ.

Assim, apesar de existir previsão legal sobre decisões vinculantes e a obrigatoriedade em sua observância, os tribunais locais, incluindo o STJ, vêm se aproveitando das lacunas deixadas pelo Supremo Tribunal Federal para interpretar da forma que melhor lhes convém⁴³¹.

Isso pode ser observado nas decisões monocráticas proferidas pelos Ministros nos últimos anos, eis que existe um entendimento “pacificado” no Supremo, mas que se torna impreciso devido às decisões judiciais conflitantes do Superior Tribunal de Justiça.

A problemática que reside em torno disso é a insegurança jurídica, pois o Supremo Tribunal Federal tenta unificar os posicionamentos quanto à aplicabilidade do princípio, tornando-o mais objetivo; contudo, os demais órgãos insistem em não realizar a incidência da tese firmada⁴³².

Nesse aspecto, existe um número gritante de *habeas corpus* que se utilizaram da gravidade abstrata do delito, do valor do bem atingindo e da reincidência/maus antecedentes do sujeito, para afastar a aplicação do princípio da insignificância. Isso se dá em razão da ausência de precisão nas decisões do STF, porquanto abre margem de discricionariedade para o juízo prolatar decisões desprovidas de critérios robustos ou motivação clara.

Desse modo, não existem decisões objetivas, baseadas nos vetores e nas teses firmadas pelo Supremo Tribunal Federal; o que se tem é a menção dos critérios em uma decisão judicial totalmente descompassada da interpretação dada pelo Supremo.

O que se percebe, portanto, é que o Superior Tribunal de Justiça⁴³³ busca seguir tão somente os colocações firmados pelas turmas do referido órgão, mencionando de forma genérica os posicionamentos do STF, embora traga interpretação totalmente incompatível.

⁴³¹ *Habeas corpus* nº 394.343/SP, relatoria Joel Ilan Paciornik do STJ, mencionou a tese fixada, mas trouxe interpretação totalmente diversa: “cuida-se de agente reincidente específico em delitos contra o patrimônio, circunstância que também denota um maior grau de reprovabilidade da conduta” (trecho extraído do *habeas corpus*).

⁴³² HC 680818/MG, relatoria Ministro Jesuíno Rissato do STJ, trouxe como fundamento central entendimento da 3ª seção do Tribunal, no sentido de afastar a insignificância em virtude da reincidência do agente. No *habeas corpus* nº 680758/DF, relatoria Ministro João Otávio de Noronha, foram mencionados julgados do STJ, posteriores à fixação da tese do STF, para afastar a aplicação da insignificância em virtude da reincidência do agente. Ainda, no *habeas corpus* nº 619631/SC, de relatoria do Ministro Antônio Saldanha Palheiro do STJ, a não aplicação do princípio da insignificância foi afastado com base nos julgados do STJ posteriores à tese do STF. O *habeas corpus* nº 394.343/SP, relatoria Joel Ilan Paciornik do STJ, mencionou a tese fixada, mas trouxe interpretação totalmente diversa da pretendida pelo STF.

⁴³³ HC 680818/MG, relatoria Ministro Jesuíno Rissato do STJ; HC nº 619631/SC de relatoria do Ministro Antônio Saldanha Palheiro do STJ; HC nº 337532/SC, de relatoria do Ministro Joel Ilan Paciornik do STJ; HC nº 600681/DF, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca do STJ. “Nessa linha, a Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n. 221.999/RS, de minha relatoria, DJe 10/12/2015, estabeleceu que a reiteração criminosa inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, a verificação da medida ser socialmente recomendável. Precedentes: AgRg no REsp n. 1.739.282/MG, Relator

Um exemplo disso é a própria reincidência do agente, vez que a Corte Suprema havia decidido que a reincidência não pode, por si só, afastar a aplicação da insignificância penal. Entretanto, as decisões do Superior Tribunal de Justiça, em especial as decisões monocráticas proferidas após o ano em que foi julgado os *habeas corpus* paradigmas, mostram que não existe diálogo coerente entre as cortes superiores.

Nesse sentido, inclusive, nos casos analisados para a presente pesquisa, percebeu-se que o Superior Tribunal de Justiça, mesmo após a fixação da tese da reincidência, utilizou-se de entendimentos passados do Supremo Tribunal Federal⁴³⁴, que entendia pela inaplicabilidade da insignificância, quando o sujeito era reincidente.

Em outros casos, foi perceptível a prolação de decisões do Superior Tribunal de Justiça, baseadas tão somente na jurisprudência dominante dessa corte⁴³⁵. De fato, não existe um diálogo entre os tribunais superiores, vez que o entendimento de um sobressai sobre o outro em determinados casos, ainda que semelhantes entre si.

Esse conflito entre decisões pode ser explicado até mesmo pela falta de clareza nas decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal, que insiste em deixar margem para o juízo decidir de acordo com o caso concreto.

Nesse sentido, as decisões monocráticas proferidas demonstram que o que vem prevalecendo na compreensão dos Ministros, que buscaram denegar ou não conhecer, é o direito penal do autor, sobretudo porque até as decisões que afastaram o princípio da insignificância, com base na “ausência dos requisitos para aplicação do princípio”, estavam intimamente ligadas ao critério da reincidência.

Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 14/8/2018, DJe 24/0/2018; AgRg no HC n. 439.368/SC, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 14/8/2018, DJe 22/8/2018; AgRg no AREsp n. 1.260.173/DF, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 7/8/2018, DJe 15/8/2018; AgRg no HC n. 429.890/MS, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 3/4/2018, DJe 12/4/2018” (trecho extraído do *habeas corpus* n° 600681/DF).

⁴³⁴ *Habeas corpus* n° 680758/DF, relatoria Ministro João Otávio de Noronha do STJ, trouxe julgados de 2004 do STF acerca da aplicação da insignificância penal; *Habeas corpus* n° 457.821/MG, relatoria Ministra Laurita Vaz do STJ, também trouxe julgado do STF anterior à fixação da tese sobre a reincidência.

⁴³⁵ HC 680818/MG, relatoria Ministro Jesuíno Rissato do STJ, trouxe como fundamento central entendimento da 3ª seção do Tribunal, no sentido de afastar a insignificância em virtude da reincidência do agente. No *habeas corpus* n° 680758/DF, relatoria Ministro João Otávio de Noronha, foram mencionados julgados do STJ, posteriores à fixação da tese do STF, para afastar a aplicação da insignificância em virtude da reincidência do agente. Ainda, no *habeas corpus* n° 619631/SC, de relatoria do Ministro Antônio Saldanha Palheiro do STJ, a não aplicação do princípio da insignificância foi afastado com base nos julgados do STJ posteriores à tese do STF.

As compreensões do Supremo Tribunal Federal são no sentido de que o percentual de presos reincidentes no país comprova que o cárcere e o papel preventivo do direito penal não estão funcionando como deveriam, devendo ser adotadas outras vias.

Enquanto, na visão do Superior Tribunal de Justiça, em conclusão obtida por meio das análises das decisões monocráticas, o indivíduo deve ser julgado pela sua personalidade, pelo seu passado e pela gravidade abstrata do delito imputado.

Essa falta de diálogo torna-se um problema ainda maior quando se depara com a finalidade dos tribunais locais e tribunais superiores, em que aqueles servem para reavaliar os casos concretos levados ao juízo de primeiro grau⁴³⁶, enquanto estes (tribunais superiores) têm como função primordial a formação de precedentes, a fim de orientar os demais tribunais e juízes locais⁴³⁷. Ao contrário do que pregam as decisões do Supremo, pois, os atos judiciais do STJ, por meio dos Ministros, não demonstram qualquer conclusão de ordem político-criminal, no que tange à preocupação em solucionar problemas referentes à conduta e à pena aplicada.

De tal forma, deveria o Superior Tribunal de Justiça ter maior diligência junto aos entendimentos do Supremo Tribunal Federal, pois, nas palavras de Thiago Rodovalho, são órgãos superiores que detêm o poder de elaborar precedentes, por meio de seus julgados, os quais servem para orientar as demais instâncias⁴³⁸.

Nesse sentido, para que haja uma uniformização de entendimento, ambas as cortes precisam estar em sintonia e em harmonia. Sobre a importância do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça na formação dos precedentes, João Rafael de Oliveira discorre de forma breve e clara:

Os tribunais de segundo grau de jurisdição (TRFS e TJS) possuem a função primordial de (re)julgar os casos concretos, com ampla valoração fática e probatório do que foi produzido em primeiro grau, não tendo como missão o dever de dar a última palavra sobre o sentido normativo da Constituição e/ou da Lei. Eis a razão pela qual tais tribunais são compreendidos como Cortes de Justiça, responsáveis por reavaliar, de forma ampla e plena, os aspectos fáticos e probatórios do caso concreto, exercendo, portanto, um controle retrospectivo sobre as causas julgadas pelos magistrados singulares. As cortes precedentes têm por finalidade realizar a interpretação prospectiva e conferir unidade do direito mediante a formação de precedentes. Ou seja, devem atuar a fim de

⁴³⁶ KIRCHER, Luis Felipe Schneider. **Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 109.

⁴³⁷ OLIVEIRA, João Rafael de. **O Habeas Corpus como instrumento formador de precedente vinculante: proposta de aprimoramento à sistemática do habeas corpus em Tribunais Superiores**. 2022. 174 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional). — Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2022.

⁴³⁸ RODOVALHO, Thiago. As funções das cortes superiores. In: Sarlet, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Felix (Orgs). **Precedentes judiciais: diálogos transnacionais**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 205-215.

guiar as futuras decisões das cortes de justiça, dos juízes a elas vinculados, da Administração Pública e o comportamento de toda a sociedade civil, outorgando unidade de direito mediante sua adequada interpretação⁴³⁹.

Por esse prisma, conforme já explanado, o Superior Tribunal precisa estar em acordo com a jurisprudência dominante e vinculante do Supremo, sobretudo para garantir a estabilidade das decisões judiciais e maior segurança jurídica nas decisões. Contudo, o que se pode visualizar são decisões contraditórias e cada uma tomada pela mera convicção subjetiva do julgador.

De todo modo, pode-se perceber que existem várias problemáticas na forma como se observa ou não um entendimento pelo STJ: a) os Ministros do tribunal superior insistem em utilizar precedentes da própria turma, sem levar em consideração precedentes firmadas pelo STF e que são, ou deveriam ser, vinculantes aos demais; b) STF, apesar das orientações dadas aos demais tribunais, insiste em prolatar decisões conflitantes; c) decisões do Supremo abrem margem para uma discricionariedade sem limites.

Quando se está diante de um precedente vinculante, não existe margem para o julgador decidir da forma que bem compreende, isso porque a expressão “precedente vinculante”, na visão de Victor Marcel Pinheiro, “tem a virtude de apontar que uma decisão que fixa uma determinada interpretação, que deverá ser obrigatoriamente seguida em casos futuros e também é uma decisão destinada a resolver uma situação específica”⁴⁴⁰.

Portanto, não pode o Superior Tribunal de Justiça se basear em seus “precedentes”, que não seguiram o rito próprio para formulação de precedente e afastar os entendimentos do Supremo Tribunal Federal e as teses firmadas, sobretudo porque estas foram tomadas a fim de se garantir a abstratividade e a coletividade.

Nesse contexto, a partir da pesquisa empírica, por meio da análise das decisões do STF e jurisprudência do STJ, chega-se à conclusão de que este último não vem dialogando com o STF, sobretudo porque suas decisões são totalmente destoantes das interpretações dadas pela Corte Suprema, o que acaba gerando uma incompatibilidade de compreensões. O julgador deve “decidir, ‘exprimindo-nos como Kant, de tal modo que possa querer que o máximo de sua decisão de converta numa lei geral’, pois o que assim se pretende é que aquela decisão concreta

⁴³⁹ OLIVEIRA, João Rafael de. **O Habeas Corpus como instrumento formador de precedente vinculante:** proposta de aprimoramento à sistemática do habeas corpus em Tribunais Superiores. 2022. 174 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional). — Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2022.

⁴⁴⁰ PINHEIRO, Victor Marcel. **Decisões vinculantes do STF:** a cultura de precedentes. São Paulo: Almedina, 2021. p. 120.

satisfaça a exigência da racionalidade e que a decisão concreta possa ser pensada de forma geral”⁴⁴¹.

Em que pesem os entendimentos do Supremo Tribunal Federal, não existe efetiva obrigatoriedade em observar as teses firmadas em sede de *habeas corpus* ou recurso em *habeas corpus*, motivo pelo qual se tem alto número de decisões conflitantes. O número de *habeas corpus* impetrados no Supremo Tribunal Federal diz muito sobre a atuação dos demais tribunais frente às teses fixadas pela Corte Suprema.

O que podemos extrair das decisões monocráticas do Superior Tribunal de Justiça é que: i) os entendimentos da própria corte foram utilizados como precedentes e parâmetros para a não aplicabilidade da insignificância penal; ii) a discricionariedade permitida pelo STF ultrapassou a razoabilidade e a proporcionalidade no caso concreto; iii) os critérios estabelecidos pelo Supremo não foram levados em conta pelo STJ; iv) não houve observância dos precedentes do STF em grande parte das decisões analisadas.

⁴⁴¹ PINHEIRO, Victor Marcel. **Decisões vinculantes do STF: a cultura de precedentes**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 121.

3 A INTERPRETAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA AO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL REFERENTE À APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

3.1 Os problemas existentes no conflito de entendimentos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça em comparação ao Supremo Tribunal Federal

Realizada a pesquisa empírica, agora passa-se à análise das consequências em razão dos conflitos apontados na seção anterior.

Um dos problemas que é evidente é a insegurança jurídica ocasionada pelo Superior Tribunal de Justiça ao não conhecer e dar validade às teses fixadas pelas turmas do STF. Isso ocorre, principalmente, em razão da existência de decisões conflitantes prolatadas pelas turmas da Corte Suprema.

O que acontece é que, quando existem decisões diversas sobre casos similares, há uma certa insegurança jurídica, sobretudo porque tal conduta gera uma sensação de instabilidade e de dúvida nos cidadãos sobre como o judiciário irá enfrentar aquela situação. É partir da decisão judicial que se chega à conclusão lógica do fato apurado e da legislação abstrata⁴⁴²; por isso, que a função do julgador é importante, não se tratando este de mero repetidor da aplicação da lei.

Daí a problemática das decisões prolatadas pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça frente aos julgados do Supremo Tribunal Federal. Não pode, pois, o julgador se utilizar do livre convencimento no caso concreto; é necessário que, além de interpretar a legislação de acordo com os princípios do Estado Democrático de Direito, ele fundamente sua decisão.

Citando Streck, Andrey Gastaldi⁴⁴³ traz um posicionamento considerável sobre a necessidade de motivação das decisões judiciais:

Ainda, sobre o tema, Streck afirma que a Constituição Federal determina que a fundamentação é condição de possibilidade de uma decisão ser válida, razão pela qual uma decisão não pode ser dada pelo livre convencimento do

⁴⁴² ATIENZA, Manuel. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

⁴⁴³ SILVA, Andrey Gastaldi. **A uniformização das decisões judiciais no sistema jurídico brasileiro**. Dissertação em Mestrado, 2017. Universidade do Vale do Itajaí. Disponível em: <https://www.univali.br/Lists/TrabalhosMestrado/Attachments/2231/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Andrey%20Gastaldi%20da%20Silva.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2023.

magistrado, mesmo que fosse “motivada”, uma vez que fundamentação não é a mesma coisa que motivação. Fundamentar uma decisão não é o mesmo que justificar ou motivar, como explica Cláudia Servilha Monteiro [...].

Nesse ponto, cabe ao juízo aplicar a norma ao caso concreto, desde que observando as concepções de justiça. Entende-se, nesse sentido, que a segurança jurídica é um dos principais pilares do Estado, sobretudo porque a própria legislação dá grau de importância elevado ao referido princípio; isso porque o direito objetiva garantir a segurança nas decisões por meio dos legisladores e dos juízes, os quais possuem a incumbência de aplicar a lei e de interpretá-la⁴⁴⁴.

Sob o prisma da pesquisa, não existe segurança jurídica nas decisões que envolvem o princípio da insignificância, em especial aquelas decisões que tratam dos seus vetores e da reincidência como obstáculo à aplicação da insignificância penal. Atualmente, percebe-se que existe um grande desafio na uniformização do entendimento acerca da insignificância penal, em especial nos tribunais superiores, tendo em vista que a mudança de entendimento é constante até mesmo nas próprias turmas.

Salienta-se, nesse aspecto, que não há como ter uma jurisprudência uniforme, quando os tribunais superiores não chegam a um consenso acerca da insignificância penal. Constatou-se, para o caso, que o Superior Tribunal de Justiça, por meio de suas decisões, passa por cima da ideia da segurança jurídica no processo penal. Sobre isso, Canotilho informa que o princípio da segurança jurídica possui dois núcleos fundamentais, quais sejam: 1) estabilidade e 2) previsibilidade⁴⁴⁵. Referidos fatores não foram levados em conta pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça no momento da prolação da decisão.

Além da insegurança jurídica, concluiu-se que essa falta de observância à teoria dos precedentes vinculantes prejudica o Judiciário no que tange às demandas levadas aos órgãos, em razão do alto número de *habeas corpus* que são impetrados a casos que deveriam findar no 1º grau ou, até mesmo, findar-se na própria investigação criminal.

Numa perspectiva lógica, nota-se que o *habeas corpus* é utilizado como instrumento formador de precedente, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal. Ocorre que o que se percebeu da pesquisa dos julgados prolatados pelo Superior Tribunal de Justiça é que este, como órgão uniformizador da jurisprudência, não demonstra observância à teoria dos precedentes.

⁴⁴⁴ PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. Direito (tradução de Maria Ermantina). São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 303.

⁴⁴⁵ CANOTILHO, J. J. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almeida, 1995. p. 380.

Como já dito anteriormente, as decisões judiciais, sejam elas quais forem, precisam transparecer segurança jurídica por meio de suas fundamentações, porquanto é direito de qualquer pessoa a estabilidade nas relações jurídicas⁴⁴⁶. A partir disso, a segurança jurídica exige que o julgador seja previsível em suas decisões, desde que o caso concreto paradigma seja similar ao caso em julgamento. Dessa forma, não existe qualquer diálogo coerente entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, vez que, em que pese a existência de teses firmadas em grau de relevância, os Ministros do STJ insistem em dar ínfima relevância à teoria dos precedentes judiciais vinculantes.

3.2 A instabilidade da compreensão nas decisões monocráticas do Superior Tribunal de Justiça e a insegurança jurídica: efeitos da desobediência do Superior Tribunal de Justiça

Diante dos julgados realizados pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, no período entre 2005 a 2021, pode-se concluir que há um saldo negativo de decisões monocráticas prolatadas pelos Ministros, sobretudo porque não houve, em sua maioria, observância real e efetiva das teses prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal.

O que é perceptível, nesse aspecto, é que, quando os Ministros estão diante de pedidos de *habeas corpus* solicitando a aplicabilidade da insignificância penal, o valor e reincidência são determinantes para o reconhecimento ou não do princípio⁴⁴⁷. Logo após esses critérios, vem a gravidade abstrata do delito⁴⁴⁸ também é fundamento para afastar a insignificância no caso concreto.

Em relação às decisões monocráticas prolatadas após a fixação da tese firmada no HC nº 123.108, conclui-se que a figura do relator, ministro que julgou monocraticamente o caso, foi no sentido de denegar as ordens impetradas, sob a justificativa de precedentes judiciais firmados pelo próprio STJ.

⁴⁴⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio da coisa julgada e o vício da inconstitucionalidade in Constituição e Segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum. p. 168.

⁴⁴⁷ Na pesquisa realizada, foi constatado que cerca de 107 decisões monocráticas proferidas de 2005 a 2021 utilizaram como argumentos determinantes a reincidência e o valor do bem para afastar a insignificância penal. Sobre a reincidência e valor, na maioria dos casos foram utilizadas de forma conjunta para afastar, ou seja, o Ministro analisou o valor e a condição do agente; já em outras situações, se deu de forma isolada.

⁴⁴⁸ Na pesquisa realizada, foi constatado que, aproximadamente, 07 decisões tratam como fator determinante a gravidade do crime.

Analisando-se os dados extraídos da pesquisa, foi possível identificar a falta de respeito às teses firmadas pelo Supremo Tribunal Federal, vez que os Ministros, em sua maioria, sempre mencionavam e observavam precedentes próprios.

Essa sistemática de fazer menção às teses do STF, mas, logo após, utilizar-se de precedentes particulares para afastar a aplicabilidade do princípio, ocasiona um verdadeiro prejuízo à teoria dos precedentes judiciais e, conseqüentemente, gera uma instabilidade jurídica irreversível.

O Ministro Antônio Saldanha Palheiro, em suas decisões monocráticas proferidas em sede de *habeas corpus*, foi bastante coerente com a tese fixada pelo Supremo, sobretudo quando reconhecia a insignificância penal, mesmo quando existe reincidência, pois buscava analisar o contexto do fato e as suas circunstâncias.

O Supremo Tribunal Federal, quando da fixação da tese da reincidência, abriu margem para o julgador afastar ou não a insignificância nos casos de agente reincidente, desde que este não fosse o único argumento.

Nesse sentido, considera-se que, nesse ponto, o Ministro foi compatível com a ideia do Supremo, isso porque, para o ministro, a reincidência não foi fato determinante para afastar o princípio da insignificância, sendo observados outros critérios, tais como: a) valor do bem; b) reincidência específica ou não; c) prejuízo da vítima e d) ausência de violência ou grave ameaça.

Para o caso, pode-se citar como exemplo a decisão monocrática do ministro Antônio Saldanha no *habeas corpus* nº 543.883, evidenciado que, além de respeitar a decisão que fixou os vetores do princípio, também observou a tese firmada sobre reincidência. Senão, observe-se:

Assim, considerando-se (a) o ínfimo valor dos objetos que se tentou subtrair, os quais equivalem a apenas cerca de 5% do salário mínimo vigente à época dos fatos (agosto de 2017 – R\$ 937,00); (b) o caráter de higiene pessoal dos produtos; (c) que a vítima não sofreu nenhum prejuízo; e (d) o fato de que o delito não foi praticado mediante violência ou grave ameaça, tem-se, no meu entender, indubioso irrelevante penal, sobretudo porque a anterior reiteração delitativa do paciente diz respeito à prática do delito de tráfico de entorpecentes, e não de crime contra o patrimônio.

Ademais, o Pleno do Supremo Tribunal Federal já decidiu que a reincidência, por si só, não impede a aplicação do princípio da insignificância.

O Ministro finalizou citando julgados do Superior Tribunal de Justiça compatíveis com a decisão do Supremo Tribunal Federal. O posicionamento do ministro se estendeu na maioria

dos julgados analisados os quais tiveram a ordem concedida. O padrão de decisão do ministro se limitava aos critérios acima apontados: valor, reincidência específica do agente, prejuízo e uso de violência ou ameaça.

Tratou-se, portanto, de interpretação compatível com ambos os *habeas corpus* objetos do presente estudo, sobretudo porque o julgador não se limitou à mera reincidência do agente, observando outras circunstâncias importantes para a análise e o julgamento do caso concreto.

Em contrapartida, o Ministro Joel Ilan Paciornik, dos 9 (nove) *habeas corpus* julgados por meio de decisões monocráticas, compreendeu por: a) não conhecer da ordem; b) denegar a ordem e c) indeferir liminarmente o *habeas corpus*. Nesse ponto, as decisões prolatadas pelos Ministros foram no sentido de negar o pedido sob a justificativa da reincidência do agente.

Para uma análise mais detalhada da problemática existente acerca da observância à teoria dos precedentes pelos Ministros do STJ, importa trazer a transcrição de três decisões com que Joel Ilan fundamentou o afastamento do princípio da insignificância, exclusivamente, em virtude da reincidência do paciente.

Habeas corpus nº 367817

Quanto ao tema, o Supremo Tribunal Federal e esta Corte possuem o entendimento de que para a aplicação do princípio da insignificância deverão ser observados os seguintes vetores: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) inexpressividade da lesão jurídica e d) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente.

Esse último vetor não se mostra presente na hipótese dos autos, por se tratar de agente reincidente específico em crimes contra o patrimônio, elemento que denota um maior grau de reprovabilidade da conduta, segundo a jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior.

Habeas corpus nº 309234

Como visto, de maneira fundamentada, o Tribunal de origem afastou a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância fundamentada em circunstâncias específicas do caso concreto que denotam a maior reprovabilidade da conduta do paciente, ainda que de pequeno valor a coisa subtraída. Desse modo, o Tribunal de Justiça de São Paulo alinhou perfeitamente seu entendimento ao desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal, não se verificando qualquer constrangimento ilegal ao paciente.

Habeas Corpus nº 472788

Ademais, o paciente é reincidente específico em delitos contra o patrimônio, circunstância que também denota um maior grau de reprovabilidade da conduta.

Destaca-se, nesse sentido, que todos os casos foram julgados após a fixação da tese sobre reincidência, e a similaridade entre as decisões é a menção dos precedentes do STF, mas sem interpretação do ministro, o qual se utilizou de precedentes próprios para afastar a reincidência.

A problemática da decisão prolatada pelo ministro reside no fato de que a reincidência foi posta como critério absoluto para afastar o princípio da insignificância, em que pese o valor ínfimo do bem jurídico tutelado. A decisão é totalmente incompatível com os preceitos fixados pelo Supremo Tribunal Federal e pelos princípios basilares do processo penal. O Ministro, em suas fundamentações, levou em consideração tão somente o direito penal do autor.

O que se pode extrair do exame dos julgados é que o Relator, leia-se ministro, tem visão distinta da defendida pelo Antônio Saldanha, além de ser totalmente incompatível com os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal sobre a insignificância penal. Dos casos que foram levados ao Ministro, todos foram denegados ou não conhecidos, utilizando-se do mesmo fundamento: reincidência específica ou gravidade abstrata do delito.

O que nos parece é que o julgador possui um posicionamento definido acerca da aplicação do princípio da insignificância, independentemente do precedente do STF sobre o tema. Constam, na decisão, na verdade, decisões das turmas do STJ, as quais nem sequer possuem força de precedentes, mas que são utilizadas pelo ministro como se assim o fossem.

Essa conduta acaba gerando uma instabilidade no próprio Superior Tribunal de Justiça, já que, em casos similares, o Ministro Antônio Saldanha Palheiro decidiu conceder a ordem, ainda que considerando a reincidência do agente.

De igual modo, é o Ministro Rogério Schietti Cruz que, apesar de proferida apenas uma decisão monocrática nos anos de 2016 a 2021, utilizou-se da reincidência como fator determinante. Isso pode ser facilmente evidenciado por meio da transcrição do trecho da decisão prolatada:

Habeas Corpus nº 472788

Quanto ao tema, o Supremo Tribunal Federal e esta Corte possuem o entendimento de que para a aplicação do princípio da insignificância deverão ser observados os seguintes vetores: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) inexpressividade da lesão jurídica e c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente.

Esse último vetor não se mostra presente na hipótese dos autos, por se tratar de furto qualificado pelo rompimento de obstáculo (art. 155, § 4º, I, do CP). Segundo a jurisprudência deste Tribunal Superior, tal conduta reveste-se de maior reprovabilidade, obstando, portanto, a aplicação desse princípio. Ademais, o paciente é reincidente específico em delitos contra o patrimônio, circunstância que também denota um maior grau de reprovabilidade da conduta.

O caso se trata de bem jurídico tutelado de valor não expressivo, conforme confirmado pelo Tribunal de Justiça Estadual. Contudo, embora em outras circunstâncias, o ministro recorreu à reincidência e à gravidade abstrata do delito para afastar o princípio da insignificância. Nesse ínterim, interessante notar que qualquer delito previsto no Código Penal é grave, não podendo servir de fundamento para afastar a insignificância penal.

Superada, pois, a análise dos julgados realizados após a fixação da tese no *habeas corpus* nº 123.108, passa-se agora ao exame dos julgados após a fixação dos vetores no *habeas corpus* nº 84.412.

Inicialmente, os Ministros que mais concederam a ordem foram: a) Antônio Saldanha Palheiro; b) Reynaldo Soares da Fonseca e c) Nefi Cordeiro. Em que pese o número inexpressivo de ordens concedidas, não há como deixar de analisar o fundamento das decisões.

Habeas Corpus nº 477453

A tese apresentada ao Superior Tribunal de Justiça associa-se estreitamente ao princípio da intervenção mínima, segundo o qual o Direito Penal somente deve ser aplicado quando estritamente necessário no combate a comportamentos indesejados, mantendo-se subsidiário e fragmentário.

Nesse tear, trouxe-nos a doutrina o princípio da insignificância, propondo que se excluam do âmbito de incidência do Direito Penal situações em que a ofensa concretamente perpetrada seja de pouca importância, noutro falar, incapaz de atingir materialmente e de modo intolerável o bem jurídico protegido.

A propósito do tema, Carlos Vico Mañas anuncia que ‘o princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, o que consagra o postulado da fragmentariedade do direito penal’.

Esclarece, outrossim, que o princípio em análise baseia-se ‘na concepção material do tipo penal, por meio da qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevante os

bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal' (O Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade no Direito Penal. 1. ed. São Paulo: Saraiva, pp. 56-81).

Entretanto, a aplicação do mencionado postulado não é irrestrita, sendo imperiosa, na análise do relevo material da conduta, a presença de certos vetores, tais como: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a ausência de periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Todavia, no caso específico dos autos, parece-me inequívoco o reduzido grau de reprovabilidade e a mínima ofensividade da conduta, e, ainda, a inexpressiva lesão jurídica ocasionada, visto que se trata de tentativa de furto de quatro desodorantes da marca Rexona, avaliados em R\$ 66,00 (sessenta e seis reais), montante este menor que 10% do salário mínimo à época da subtração [R\$ 788,00 (setecentos e oitenta e oito reais) – 2015].

Assim, considerando-se (a) o ínfimo valor dos objetos subtraídos, (b) a ausência de prejuízos causados ao ofendido e (c) o fato de que o delito não foi praticado mediante violência ou grave ameaça, tem-se, no meu entender, indubitável irrelevante penal.

Ademais, o Pleno do Supremo Tribunal Federal já decidiu que a reincidência, por si só, não impede a aplicação do princípio da insignificância.

Sobre a decisão prolatada pelo Ministro Antônio Saldanha Palheiro, alguns critérios foram adotados para fundamentar sua decisão: a) ausência de prejuízo; b) valor; c) ausência de violência ou grave ameaça. Salienta-se que o Ministro foi bastante coerente com os critérios fixados pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de compreender que estavam presentes a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a ausência de periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Outrossim, tem-se o entendimento do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, o qual concedeu ordem em duas decisões monocráticas, sob a justificativa de estarem presentes os critérios estabelecidos pelo Supremo. Senão, observe-se:

Habeas Corpus nº 493781

Pela análise do recorte acima, verifico que o único fundamento apresentado pela Corte estadual para rechaçar a aplicação do princípio da bagatela ao delito praticado pela paciente foi o valor da res furtiva ultrapassar 10% do salário mínimo vigente à época dos fatos. Contudo, dada a natureza dos bens subtraídos – produtos alimentícios avaliados em 124,36, o que equivale a 13% do salário mínimo à época dos fatos –, aliado ao fato de que não houve prejuízo à vítima, em razão da devolução dos itens (e-STJ fls. 22/24), e da primariedade da paciente, conforme se constata em sua Certidão de Antecedentes Criminais, às e-STJ fls. 62/63, são fatores que admitem a

aplicação do princípio da insignificância, dadas as particularidades do caso concreto, as condições pessoais da paciente e a mínima ofensividade da conduta perpetrada.

O entendimento do Ministro Reynaldo Soares difere do Ministro Antônio Saldanha; este último chegou a compreender que a reincidência, por si só, não impede a aplicação da insignificância penal, enquanto que o primeiro trouxe a primariedade como fator determinante para sua decisão favorável.

Por fim, Nefi Cordeiro, também seguiu o mesmo raciocínio de Saldanha nas decisões que concedeu a ordem. Senão, observe-se:

Habeas Corpus nº 491387

Sedimentou-se a orientação jurisprudencial no sentido de que a incidência do princípio da insignificância pressupõe a concomitância de quatro vetores, a saber: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Na espécie, a conduta consistente na tentativa de furto de uma lata de leite NAN, avaliada em R\$ 27,49, o que representa 3,79% do salário mínimo vigente à época dos fatos (R\$ 724,00), é desprovida de ofensividade ao bem jurídico tutelado.

Nesse contexto, o diminuto valor da res furtiva, aliado ao fato de que se tratava de gênero alimentício subtraído de pessoa jurídica — Drogeria Araújo —, a quem o bem foi restituído, autoriza a incidência do princípio da insignificância, pois nenhum interesse social existe na onerosa intervenção estatal, excepcionando-se até mesmo o fato de serem os pacientes reincidentes e contumazes na prática delitiva, além de o terem praticado em coautoria.

O que se pode concluir da análise é que os Ministros possuem entendimentos diversos sobre determinados pontos do princípio da insignificância, ocasionando instabilidade jurídica gritante.

Veja-se que, ainda que tenha sido concedida a ordem pelos Ministros acima, existe uma diferença de posicionamentos. À vista disso, relevante que sejam analisadas algumas decisões monocráticas examinadas durante a pesquisa de cada um dos Ministros que denegaram a ordem, não a conheceram ou a indeferiram.

O primeiro *habeas corpus* a ser mencionado foi julgado, em caráter monocrático, pelo Ministro Antônio Saldanha Palheiro, que denegou a ordem.

Habeas Corpus nº 619631

Tal o contexto, não há como reconhecer o reduzido grau de reprovabilidade ou a mínima ofensividade da conduta, tampouco a ausência de periculosidade social da ação e a inexpressividade da lesão jurídica provocada, de forma a viabilizar a aplicação do princípio da insignificância, já que, além do valor atribuído aos bens subtraídos (a saber, uma harpa, uma bíblia, um livro ‘Discipulado’, um controle de portão, um molho de chaves, bem como a quantia de aproximadamente R\$ 160,00) – montante superior a 10% do salário mínimo vigente à época dos fatos (R\$ 954,00), extrai-se dos autos a reiteração delitiva do paciente.

Ademais, nos termos da jurisprudência desta Casa, a reiteração delitiva impede a incidência do princípio da insignificância, visto que o referido postulado não busca resguardar condutas habituais juridicamente desvirtuadas, mas sim impedir que desvios de conduta irrisórios e manifestamente irrelevantes sejam alcançados pelo Direito Penal. É que comportamentos contrários à lei, ainda que isoladamente ínfimos, quando transformados pelo infrator em verdadeiro meio de vida, perdem a característica da bagatela e devem sujeitar-se ao Direito Penal.

Estranhamente, o Ministro que concedeu cerca de 30 ordens em sede de *habeas corpus*, sob a justificativa de que a reincidência, por si só, não pode impedir a aplicação do princípio da insignificância, foi o mesmo que compreendeu, no *habeas corpus*, que a reiteração delituosa é fator determinante para a não aplicação da insignificância. Percebe-se que o Ministro, em seu julgamento, utilizou-se do direito penal do autor para afastar a incidência da insignificância penal, baseando a sua denegação na política da “não impunidade”. Nesse ponto, não há como reconhecer que houve a observância da tese firmada no *habeas corpus* nº 84.412.

Com efeito, observa-se que a decisão teve seu caráter meramente subjetivo, visto que a interpretação dada foi baseada na opinião pessoal do julgador.

De toda forma, passa-se agora à transcrição do *habeas corpus* julgado pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, que não conheceu do remédio em virtude da reincidência do agente e da gravidade abstrata, utilizando-se exclusivamente da jurisprudência do STJ.

Habeas Corpus nº 600681

Com efeito, conforme observado pelas instâncias de origem, a diversidade, natureza e montante da res furtiva não podem ser considerados inexpressivos, mormente por se tratar de itens indispensáveis ao funcionamento do estabelecimento comercial, haja vista tratar-se de um quiosque de lanches (Pontão do Açai), de onde foram subtraídos – 2 botijões de gás; 1 forno de microondas [sic]; 2 barras de queijo mussarela [sic], marca Juliana, pesando cerca de 4kg, uma peça de presunto; uma caixa de hamburger; 2 garrafas de vodka, latas de cerveja e moedas (e-STJ, fl. 176). Ademais, não houve a restituição de todos os bens ao ofendido, sem contar que, apesar de não haver

sido mencionado, o valor dos objetos subtraídos supera, sem dúvida, o percentual de 10% do salário mínimo vigente à época dos fatos (9/8/2019).

Note-se, ainda, que as circunstâncias em que se deram a prática delitiva—mediante concurso de agentes e durante o repouso noturno—, acrescido ao fato de o paciente já ser reincidente específico em crimes patrimoniais, pois já ostenta quatro condenações transitadas em julgado por crimes contra o patrimônio, denotam sua periculosidade social e o elevado grau de reprovabilidade da conduta, não se podendo falar também que houve inexpressividade da lesão jurídica provocada, pois ausentes todos os requisitos exigidos para sua configuração.

Para o caso, chama atenção que, apesar de o Ministro ter sido coerente no critério mais utilizado pelas turmas para definir a aplicação do princípio da insignificância ou não, voltou a apontar a reincidência como obstáculo. Destaca-se que o Ministro se apoiou na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, distanciando-se da ideia do Supremo Tribunal Federal.

Jorge Mussi, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, também deixou de conhecer o *habeas corpus* impetrado, nos termos abaixo transcritos.

Habeas Corpus nº 603117

No caso concreto, os bens subtraídos pelo paciente, no ano de 2017, foram avaliados em R\$ 138,13 (cento e trinta e oito reais e treze centavos), superando, assim, o limite aceitável para a aplicação da causa supralegal de exclusão da tipicidade penal.

Ademais, outros aspectos concretos verificados pelo juízo da condenação, como a prática do crime em concurso de pessoas e quando o paciente se encontrava sob o benefício de sursis processual, constituem fator contrário à incidência da medida descriminalizadora, pois revela especial reprovabilidade do fato.

A decisão analisada só demonstra que a reincidência é circunstância determinante para o afastamento ou não do princípio da insignificância, ainda que o valor seja pequeno e não haja ofensa ao bem jurídico tutelado. Além disso, percebe-se que não há qualquer aprofundamento acerca dos vetores estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que interpretam adotando perspectivas subjetivas.

Felix Fischer, em uma de suas decisões, também deixou de conhecer *habeas corpus*, motivando na reincidência do paciente.

Habeas Corpus nº 481791

No caso dos autos, muito embora os patrimônios subtraídos tenham sido avaliados em R\$ 30,00 (fato 1 – porque foi a única quantia que o acusado conseguiu subtrair, já que o veículo da vítima, o qual confessou que era o que

queria de fato levar, não conseguiu por razões alheias à sua vontade) e R\$ 120,00 (fato 3 – auto de avaliação indireta de fl. 34), tenho que ainda assim não caberia a aplicação do princípio da insignificância.

É que, da análise das certidões de antecedentes criminais acostadas aos autos (fls. 42/69 e 75/77), extrai-se que o recorrente, além dos maus antecedentes, possui pelo menos seis condenações capazes de gerar reincidência, sendo TODAS elas por crimes contra o patrimônio.

Diante de tal quadro, tem-se que a multirreincidência específica do apelante afasta o grau reduzido de reprovabilidade de sua conduta, inviabilizando, por conseguinte, o reconhecimento da atipicidade, ora pleiteado. Todavia, pela jurisprudência do eg. Supremo Tribunal Federal (HC n 101.998/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 31/3/2011 e HC n. 103.359/RS/MG, Rel^a. Min^a. Cármen Lúcia, DJe de 22/3/2011) e desta Corte (HC n. 143.304/DF, Rel^a. Min^a. Laurita Vaz, DJe de 4/5/2011 e HC n. 182.754/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 27/5/2011), tal circunstância, por si só, não se revela suficiente para o reconhecimento do crime de bagatela. Nessa linha, com relação a qual guardo reservas, deve-se observar, também, as peculiaridades do caso concreto e as características do autor.

De fato, é pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que a prática do delito de furto qualificado por escalada, por arrombamento ou rompimento de obstáculo, por concurso de agentes, ou por ser o paciente reincidente ou possuidor de maus antecedentes, indica a reprovabilidade do comportamento a afastar a aplicação do princípio da insignificância.

Nos dizeres do referido Ministro, a aplicação do princípio da insignificância, no caso, seria como validar a vida voltada ao crime. Nesse caso, relevante que seja visto que o relator informou ser contra os argumentos do STF sobre a reincidência.

Sebastião Reis Júnior, Ministro do STJ, denegou *habeas corpus*, justificando que:

Habeas Corpus nº 488023

Da análise dos autos, verifica-se que o Tribunal de origem negou a aplicação do princípio da insignificância em razão de o paciente ser reincidente específico e de o valor dos bens subtraídos – total de R\$ 200,00 (duzentos reais) – ser superior a 10% do salário mínimo vigente à época, R\$ 678,00 (seiscentos e setenta e oito reais).

Ora, com razão o Tribunal de origem, pois, além de o valor da res não se revelar ínfimo, inviável a aplicação do referido princípio, pois a reiteração no cometimento de infrações penais se reveste de relevante reprovabilidade e não se mostra compatível com a aplicação do princípio da insignificância.

Outrossim, o Ministro Joel Ilan Paciornik, utilizando-se dos mesmos motivos, decidiu da seguinte forma:

Habeas Corpus nº 472788

Quanto ao tema, o Supremo Tribunal Federal e esta Corte possuem o entendimento de que para a aplicação do princípio da insignificância deverão ser observados os seguintes vetores: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) inexpressividade da lesão jurídica e c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente.

Esse último vetor não se mostra presente na hipótese dos autos, por se tratar de furto qualificado pelo rompimento de obstáculo (art. 155, § 4º, I, do CP). Segundo a jurisprudência deste Tribunal Superior, tal conduta reveste-se de maior reprovabilidade, obstando, portanto, a aplicação desse princípio. Ademais, o paciente é reincidente específico em delitos contra o patrimônio, circunstância que também denota um maior grau de reprovabilidade da conduta.

Repisa-se que referidos argumentos foram utilizados por grande parte dos Ministros para afastar a incidência do princípio da insignificância. A reincidência – requisito subjetivo – foi utilizada como critério absoluto para impedir o reconhecimento do princípio.

Alguns dos Ministros, por exemplo, Reynaldo Soares e Felix Fischer, utilizaram-se de entendimentos firmados antes das teses apontadas; outros, como Antônio Saldanha, basearam-se na jurisprudência dos tribunais locais ou do próprio tribunal, deixando de lado as orientações do Supremo Tribunal Federal.

Veja-se que o Supremo Tribunal Federal, em algumas oportunidades, busca defender a impossibilidade de um direito penal do autor, evitando decisões contrárias e incompatíveis a esse preceito.

Durante a análise dos *habeas corpus* julgados do Superior Tribunal de Justiça, foram encontradas diversas incoerências no que tange à aplicação do princípio da insignificância por parte de alguns Ministros e sua incidência no caso concreto, isso porque eles acabaram por desmistificar o que havia firmado anteriormente, prolatando decisões as quais abordaram que “criminoso contumaz” não pode ser beneficiado pelo princípio da insignificância⁴⁴⁹, em que pese a existência de tese firmada pelo Supremo.

⁴⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 110841 – PR**, 2ª T., Relatora Cármen Lúcia, 27.11.2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22851013/habeas-corpus-hc-110841-pr-stf/inteiro-teor-111090421?ref=juris-tabs>. Acesso em: 15 jun. 2020.

Nesse aspecto, nota-se a inconsistência entre as decisões judiciais prolatadas, em que nem sequer os próprios Ministros possuem entendimento coeso e harmônico. O que há, portanto, é verdadeira disparidade de posicionamentos⁴⁵⁰.

Dessa forma, chega-se à conclusão lógica de que, se o Superior Tribunal de Justiça, órgão uniformizador da jurisprudência, não respeita as decisões do Supremo Tribunal Federal, não há como exigir que os tribunais locais as respeitem.

Na prática, percebe-se que o Superior Tribunal de Justiça, em desconformidade com o entendimento do Supremo Tribunal Federal – ou seguindo sua linha de inconsistências –, traduz os vetores de forma diferente e subjetivista. Existe uma compreensão autônoma em relação ao Supremo Tribunal Federal. A necessidade de analisar a culpabilidade do agente traduz a ideia de um paradigma determinista e preconceituoso⁴⁵¹, considerando que as agências judiciais selecionam os indivíduos que serão beneficiados. A exigência da análise da culpabilidade do agente, da vida pregressa e de eventual reincidência só ocasiona uma seletividade já existente no Direito Penal, posto que fornece um discurso que legitima o racismo, a desigualdade e o controle do Poder Judiciário sobre quem será condenado ou não, tudo isso a depender da culpabilidade do agente⁴⁵². A averiguação da periculosidade do agente, no caso concreto, só legitima o Direito Penal do Autor, em que se está julgando o indivíduo e não o fato cometido.

Portanto, a falta de diálogo entre as cortes superiores vai além da segurança jurídica, englobando fatores sociológicos e culturais, sendo mantida a ideia de que a punição é o melhor caminho.

À vista disso, os efeitos dessa desobediência são gritantes, porquanto só demonstra que a seletividade penal existe e que os tribunais superiores não buscam combatê-la.

3.3 A compreensão do Supremo Tribunal Federal nos *Habeas corpus* nº 84.412 e 123.108: o caráter subjetivo das decisões e seus efeitos nos tribunais

Quando da elaboração das teses firmadas nos *habeas corpus* nº 84.412 e 123.108, a Corte Suprema presumiu que teria a coparticipação do Superior Tribunal de Justiça para validar

⁴⁵⁰ PINTO, Rafael Fagundes. **A Insignificância no Direito Penal Brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 140.

⁴⁵¹ PINTO, Rafael Fagundes. **A Insignificância no Direito Penal Brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 145.

⁴⁵² ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 302.

e unificar as teses abordadas. Contudo, o que se percebeu é que o Superior Tribunal de Justiça firmou seus próprios entendimentos compreendendo ser precedente para aquela corte.

Isso somente ocorreu porque as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, que versam sobre o princípio da insignificância e da sua aplicabilidade, deixam margem para que o julgador se utilize de sua discricionariedade.

O *Habeas Corpus* pode ser conceituado como aquele remédio constitucional que visa atacar atos ilegais praticados contra o indivíduo os quais restringem sua liberdade de locomoção⁴⁵³. Na atualidade, podemos dizer que o *habeas corpus* é muito mais que um remédio constitucional, pois auxilia o Poder Judiciário a estruturar o sistema criminal, a fim de que este esteja em conformidade com a proteção dos direitos humanos⁴⁵⁴.

Como foi demonstrado, existem problemáticas que pairam nos tribunais superiores do Brasil, sobretudo no que tange à discricionariedade de cada julgador, quando da aplicação do princípio da insignificância no caso concreto.

O Supremo Tribunal Federal, quando firmou as teses nos *habeas corpus*, teve como primordial finalidade demonstrar que as decisões sobre o princípio da insignificância não estavam em acordo com o que se preceitua a Constituição Federal. Pensando nisso, a Corte estabeleceu os vetores para aplicação da insignificância e determinou que a reincidência, por si só, não pode servir como obstáculo à aplicação da insignificância.

Ocorre que algumas problemáticas merecem maior atenção, como: a) subjetividade das decisões proferidas nos *habeas corpus* objetos do estudo; b) decisão que não possui efeito de precedente vinculante; c) margem de discricionariedade para os demais tribunais; d) ausência da implementação de técnicas de afastamento do precedente.

Para melhor esclarecer esse fato, será feita uma breve análise dos problemas que cercam as decisões do Supremo e seus efeitos colaterais nos demais tribunais.

Inicialmente, serão demonstrados os problemas decorrentes da decisão tomada no HC nº 84.412. Apesar do brilhantismo do Supremo Tribunal Federal no que tange à aplicação do

⁴⁵³ PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda; BARBOSA, Eduardo Ubaldo. Uma história antiga: o Supremo Tribunal Federal e o *habeas corpus*. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda; NUNES, Mariana Madera; SOUZA, Rafael Ferreira; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 20-47.

⁴⁵⁴ OLIVEIRA, João Rafael de. *O Habeas Corpus como instrumento formador de precedente vinculante: proposta de aprimoramento à sistemática do habeas corpus em Tribunais Superiores*. 2022. 174 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional). — Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2022.

princípio da insignificância, suas decisões continuam eivadas de subjetividade, abrindo espaço para que os demais tribunais interpretem as teses da forma que melhor lhes convier.

As críticas são muitas quanto aos vetores fixados pela Corte, isso porque, apesar dos vetores, inicialmente, restringirem o campo de incidência do princípio, tal fato não foi suficiente para uniformizar os entendimentos⁴⁵⁵. Muito disso é em razão da insuficiência dos vetores quanto à conceituação própria, vez que são confusos e acabam sendo confundidos entre si.

Com efeito, temos que ter em mente que os vetores são apenas filtros e orientações do Supremo Tribunal Federal, não sendo, portanto, precedente obrigatório, pois, de acordo com o artigo 21, inciso XI, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal⁴⁵⁶, não foram seguidas as regras para formação de precedente.

Portanto, o ponto do *habeas corpus* nº 84.412 é o de que não se possui efeito vinculativo, sendo decisão que serve tão somente de guia para os julgadores (efeito persuasivo)⁴⁵⁷. Não há, assim, como exigir obrigatoriedade do julgador, vez que este possui margem para decidir e interpretar a decisão do Supremo. Essa falta de efeito vinculativo vem prejudicando o diálogo entre os tribunais superiores.

Interessante seria que o tema fosse levado ao plenário para julgamento, a fim de que a Corte pudesse debater vetores mais objetivos e, posteriormente, trouxesse o efeito vinculante.

Outro ponto que deve ser objeto de revisão é a própria subjetividade dos vetores; isso porque, em que pese ser defendido pelo Supremo que se tratam de critérios objetivos ligados à conduta, alguns deles são vinculados à culpabilidade do agente⁴⁵⁸.

⁴⁵⁵ BARBOSA, Rodrio Cesar. **Princípio da insignificância penal: uma análise sistematizada e restritiva.** Dissertação em mestrado. Universidade do Vale do Itajaí, 2019. Disponível em: <https://www.univali.br/Lists/TrabalhosMestrado/Attachments/2619/RODRIGO%20CESAR%20BBARBOSA.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2023.

⁴⁵⁶ O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em seu artigo 21, inciso XI, dispõe que é possível que o *habeas corpus* ou recurso em *habeas corpus* seja encaminhado ao plenário para julgamento. Nesse ponto, a partir do julgamento em plenário e sendo observadas as seguintes regras: (a) estiver diante de relevante arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida; (b) houver matérias em que diverjam as Turmas entre si ou alguma delas em relação ao Plenário; (c) em razão da relevância da questão jurídica ou da necessidade de prevenir divergência entre as Turmas, convier pronunciamento do Plenário, é possível que a decisão prolatada possua força vinculante nos demais tribunais.

⁴⁵⁷ NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Das súmulas vinculantes: uma primeira análise. Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004.** Teresa Arruda Alvim Wambier et al. (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 281.

⁴⁵⁸ CINTRA, Adjair de Andrade. **Aplicabilidade do Princípio da Insignificância aos crimes que tutelam os bens jurídicos difusos.** Tese (Doutorado em Direito Penal). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2011. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13062012-165850/publico/Tese_simplificada_Adjair_de_Andrade_Cintra.pdf. Acesso em: 15 mai. 2023.

Observa-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal não resolve os problemas da aplicação do princípio da insignificância, pois ainda existem tribunais⁴⁵⁹ que deixam de aplicar a insignificância, apesar de estarem presentes os critérios estabelecidos.

Com efeito, não há como exigir que os tribunais brasileiros se reportem ao julgado do Supremo, quando não tem efeito vinculante e quando o próprio Tribunal Supremo abre margem interpretativa para os demais julgadores. Essa discricionariedade ilimitada gera a insegurança jurídica nas decisões, eis que casos iguais ou semelhantes são tratados de forma distinta.

Desse modo, na maioria dos casos, o que se percebe é que o julgador deixa de aplicar o princípio da insignificância sob a justificativa de estimular a prática de condutas delituosas, ainda que ínfimas. É muito comum, nesse sentido, que o julgador decida de acordo com o caso concreto, deixando, muitas vezes, de analisar os vetores fixados pelo Supremo Tribunal Federal. Atualmente, os vetores são vistos como guias e rol exemplificativo pelos tribunais, conforme explicado por Rodrigo Cesar:

Neste momento, a resposta interessa porque atinge também os requisitos formulados a partir dos vetores. Foi dito que os julgados variam bastante, e no julgamento paradigma os vetores surgiram, não só de forma alternativa, como também em rol exemplificativo.

Mais recentemente, porém, a jurisprudência tem se inclinado para a corrente que defende a cumulação dos vetores e, também de circunstâncias (não chamam de requisitos objetivos) que devem estar presentes para a configuração legítima da Insignificância. Tem-se evoluído para além da rele constatação do baixo valor da res, alcançando-se situações como o passado criminal do agente⁴⁶⁰.

A interpretação dos tribunais vem afetando a estabilidade das decisões e gerando efeitos irreversíveis na vida do indivíduo, eis que este é submetido à instabilidade de compreensões. Essa instabilidade, conseqüentemente, acaba gerando um excessivo número de *habeas corpus* impetrados no Supremo Tribunal Federal, visto que o paciente se sente constrangido pelas decisões em desacordo com a legislação e procura a proteção da Corte Suprema.

⁴⁵⁹ Existem decisões do Superior Tribunal de Justiça que, apesar de confirmarem a presença dos vetores, deixam de aplicar a insignificância em razão da reincidência do agente.

⁴⁶⁰ BARBOSA, Rodrio Cesar. **Princípio da insignificância penal**: uma análise sistematizada e restritiva. Dissertação em mestrado. Universidade do Vale do Itajaí, 2019. Disponível em: <<https://www.univali.br/Lists/TrabalhosMestrado/Attachments/2619/RODRIGO%20CESAR%20BBARBOSA.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2023.

Se não bastasse, a falta de precedente vinculante quanto aos critérios da insignificância torna inviável a adoção de técnicas de afastamento do precedente, o que obriga o julgador a motivar sua decisão, seja no sentido de afastar seja de aplicar a tese firmada.

Se a decisão do Supremo Tribunal Federal tivesse força de precedente vinculante, os tribunais pátrios estariam obrigados, por meio do ônus argumentativo⁴⁶¹, a demonstrarem que estão diante de situação jurídica distinta do caso paradigma, por intermédio da técnica do *distinguishing*⁴⁶² ou até mesmo pela superação do precedente (*overruling*⁴⁶³).

Entretanto, diversas são as interpretações equivocadas por partes dos tribunais, e isso inclui o STJ, o qual, apesar de ter papel importante para a uniformização da jurisprudência, no passar dos anos, vem decidindo de forma totalmente arbitrária aos julgados da Corte Suprema.

Nesse ponto, voltamos a frisar que o maior efeito negativo à falta de força vinculante na decisão do Supremo é a instabilidade das decisões judiciais. Esse espaço de interpretação dado

⁴⁶¹ OLIVEIRA, João Rafael de. **O Habeas Corpus como instrumento formador de precedente vinculante:** proposta de aprimoramento à sistemática do *habeas corpus* em Tribunais Superiores. 2022. 174 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional). — Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2022.

⁴⁶² Hermes Zaneti Junior explica que o precedente vinculativo não será seguido pelo tribunal ou juízo para distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, de forma motivada e fundamentada, que a situação fática é distinta daquela situação do caso paradigma. Aqui, importante deixar claro que não se deve apontar a mera distinção entre os casos, mas fazer uma extração de fatos materialmente relevantes para a aplicação do direito (p. 345).

⁴⁶³ Já a técnica de superar o precedente vinculante é diferente porque envolve uma interação entre os padrões da congruência social, consistência sistêmica e estabilidade doutrinal, na visão de Melvin Eisenberg. A superação do precedente pode se dar em razão de vários motivos, tais como a revogação ou modificação da lei, a alteração na economia, cultura ou na sociedade, dentre outros. Outrossim, o CPC traz a regra de que os tribunais devem levar a sério a estabilidade de seus precedentes:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

pela Corte Suprema aos demais tribunais levou ao subjetivismo e à arbitrariedade judicial, trazendo incertezas⁴⁶⁴.

Acerca da temática, superada a análise do *habeas corpus* mencionado, passa-se agora à análise do *habeas corpus* nº 123.108 e as compreensões do STF a esse respeito.

Preliminarmente, destaca-se que os problemas que permeiam o *habeas corpus* nº 84.412 também se encontram no *habeas corpus* 123.108, vez que, apesar do Supremo Tribunal Federal já ter fixado tese sobre a reincidência, o Superior Tribunal de Justiça e demais tribunais insistem não seguem a orientação.

O *habeas corpus* nº 123.108, apesar de não ser considerado precedente vinculante, tem seus efeitos persuasivos, considerando que seguiu alguns dos procedimentos expostos no regimento interno, sendo eles: a) diante da relevância do tema, foi encaminhado para o julgamento em plenário; b) na decisão prolatada, pode-se constatar a existência da *ratio decidendi*⁴⁶⁵.

Na pesquisa, percebe-se a divergência quanto à aplicação da insignificância nos casos de reincidência.

Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça acabam fundamentando a existência da reiteração delituosa, maus antecedentes e reincidência como fatores determinantes para não aplicar o princípio da insignificância.

Essa desobediência não aconteceria se as teses firmadas fossem precedentes vinculantes, visto que os tribunais poderiam utilizar as técnicas de afastamento ou superação.

Em todas as decisões analisadas, denegando a ordem ou não conhecendo, não houve qualquer fundamentação no sentido de demonstrar a modificação de pensamento do Supremo Tribunal Federal ou a distinção entre o caso concreto e o caso paradigma.

Pelo contrário, o Superior Tribunal de Justiça, de forma equivocada e precipitada, valeu-se de jurisprudência própria para afastar o princípio da insignificância, além de interpretar, em muitos dos casos levados a julgamento, o precedente do STF de forma totalmente arbitrária.

⁴⁶⁴ Côrtes, Osmar Mendes Paixão. **Segurança jurídica e vinculação das decisões judiciais**: Análise da relação entre a formação da coisa julgada e a súmula vinculante no direito brasileiro. Doutorado (Doutorado em Relações sociais). 2007, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp031720.pdf>>. Acesso em 20 jun. 2023.

⁴⁶⁵ João Rafael de Oliveira, em sua tese de doutorado, explica que é possível identificar a *ratio decidendi* por meio dos seguintes aspectos: (i) os fatos relevantes; (ii) a questão jurídica posta em juízo; (iii) os fundamentos da decisão, (iv) a solução determinada pela corte e (v) em tribunais em que a decisão se dá pela votação em série, é preciso identificar qual foi a posição da maioria dos julgadores sobre tais aspectos.

O dever de realizar a superação do precedente ou seu afastamento é ligado ao dever de motivar as decisões judiciais e de garantir a estabilidade das decisões, conforme bem preceitua o Código de Processo Civil.

Rodrigo Ramina de Lucca, enfatiza os efeitos da decisão motivada nos seguintes termos:

Existem várias razões que justificam a natureza constitucional do dever de motivação. Dentre elas podem ser citadas: a) a racionalização da atividade jurisdicional; b) controle da juridicidade da decisão; c) legitimação do exercício do poder jurisdicional; d) proteção do devido processo legal e promoção de várias de suas garantias; e) melhora da qualidade das decisões ao forçar o efetivo exame da causa e aumentar o tempo de meditação sobre ela; f) redução do número de recursos e g) promoção da segurança jurídica ao definir a interpretação dos dispositivos normativos e tornar possível a homogeneização jurisprudencial pelos tribunais superiores⁴⁶⁶.

A partir dessa compreensão, é notável que o Supremo Tribunal Federal, ao elaborar a tese no *habeas corpus* estudado, buscou, acima de tudo, resguardar a segurança jurídica, eis que se tratava de matéria bastante discutida e divergente à época.

Contudo, essa Corte, também, perverteu ao abrir margem para que os julgados pudessem decidir de acordo com o caso concreto.

Em trecho da decisão proferida pelos Ministros, traz-se a confirmação de que cabe ao juiz ou ao tribunal local decidirem sobre a incidência da insignificância. Senão, observe-se:

A aplicabilidade ou não do princípio da insignificância a situações concretas há de ser determinada pelo juiz do caso, mais próximo dos fatos e da realidade social em que está inserida a conduta. Nada obstante isso, é de bom alvitre que existam alguns critérios gerais, tendo em vista o caráter nacional do direito penal e a indesejabilidade de que situações assemelhadas sejam tratadas de modo assimétrico.

Diante do exposto, ressaltando meu entendimento pessoal quanto à atipicidade da conduta, e na linha da proposta alternativa que já constava do meu voto original, reajusto meu voto para acompanhar as conclusões a que chegou o Min. Teori Zavascki, concedendo a ordem de ofício apenas para alterar o regime inicial de cumprimento da pena do paciente para aberto, e traduzindo o entendimento manifestado pela maioria dos membros do Tribunal nas seguintes proposições objetivas:

⁴⁶⁶ LUCCA, Rodrigo Ramina. **A motivação das decisões judiciais civis em um estado de direito**: necessária proteção da segurança jurídica. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-07102014-140135/publico/Dissertacao_integral_Rodrigo_Ramina_de_Lucca.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2023.

1. A reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto; e
2. Na hipótese de o juiz da causa considerar penal ou socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância por furto, em situações em que tal enquadramento seja cogitável, eventual sanção privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a incidência do art. 33, § 2º, c, do CP no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade⁴⁶⁷.

Do exame do referido trecho, pode-se concluir duas coisas: 1) Supremo atribuiu o poder de decisão para o juiz ou tribunal local; e 2) abriu margem para interpretações livres, desde que observadas as circunstâncias do caso concreto e do contexto do fato.

Em suas considerações, Roberto Barroso, relator do *habeas corpus*, compreendeu que a ideia de que a reincidência deve impedir a aplicação do princípio da insignificância deve ser refletida, sobretudo porque, nas palavras do Ministro, a reincidência não deve, invariavelmente, impedir a aplicação do referido princípio⁴⁶⁸. Nas palavras do relator:

Com a devida vênia, ao refletir melhor sobre o assunto, não me convenci de que a reincidência deva, invariavelmente, impedir a aplicação do princípio da insignificância. Desestímulo à prática da conduta reprimida, não se pode dizer que a não incidência do direito penal configure exatamente um estímulo positivo. E, embora a prevenção ainda seja uma meta a ser atingida pelo direito penal, o peso dessa ideia é substancialmente mitigado quando se constata que o índice de reincidência dos egressos do sistema prisional no Brasil é de aproximadamente 70%, um dos maiores do mundo, como visto acima.

Isso demonstra se tratar de um quadro complexo, em que o papel preventivo do direito penal talvez não seja decisivo como se imagina.

50. 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 fato⁴⁶⁹.

⁴⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 123108 Minas Gerais. Relator Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10175198>>. Acesso em: 10 mai. 2023.

⁴⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 123108 Minas Gerais. Relator Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10175198>>. Acesso em: 10 mai. 2023.

⁴⁶⁹ Em seu voto inicial, o ministro citou alguns precedentes do STF, por exemplo: “É que, para aplicação do princípio em comento, somente aspectos de ordem objetiva do fato devem ser analisados. E não poderia ser diferente. É que, levando em conta que o princípio da insignificância atua como verdadeira causa de exclusão da própria tipicidade, equivocadamente é afastar-lhe a incidência tão somente pelo fato de o paciente possuir antecedentes criminais. Partindo-se do raciocínio de que crime é fato típico e antijurídico ou, para outros, fato típico, antijurídico e culpável, é certo que, uma vez excluído o fato típico, não há sequer que se falar em crime. É por isso que reputo mais coerente a linha de entendimento segundo a qual, para incidência do princípio da bagatela, devem ser analisadas as circunstâncias objetivas em que se deu a prática delituosa, o fato em si, e não os atributos inerentes

Assim, as conclusões do relator em seu voto são simples: o indivíduo não pode ser prejudicado pelo seu passado. O Ministro Barroso realizou diversas reflexões durante seus votos, tendo como principais premissas: a) o direito penal do fato; b) caráter preventivo da pena; c) sistema carcerário brasileiro; d) reflexão sobre critérios mais firmes para a aplicação do princípio da insignificância.

Apesar de ter sido vencido em alguns de seus argumentos, o voto demonstrou que o relator tinha preocupações acerca da aplicabilidade da insignificância e do sistema jurídico penal, visto que os critérios estabelecidos anos atrás não estão sendo suficientes para conter a excessiva demanda de *habeas corpus* impetrados na Corte Suprema.

De qualquer forma, a compreensão que pode ser extraída do julgamento definitivo é a de que a reincidência é requisito primordial para saber se o agente será beneficiado com o princípio da insignificância ou não. O que se percebeu é que o Superior Tribunal de Justiça, aproveitando-se da tese que fala “à luz do caso concreto”, vem interpretando da forma como já vinha antes, apresentando convicções subjetivas e afastando os argumentos expostos no *habeas corpus* sem qualquer motivação.

Isso pode ser facilmente observado por meio da falta de motivação nas decisões sobre o afastamento da tese firmada no *habeas corpus* nº 123.108, qual seja: o uso de jurisprudência própria e o argumento do direito penal do autor para não aplicar o princípio da insignificância no caso concreto.

A problemática decorre da clareza nas decisões do Supremo Tribunal Federal, em especial as decisões estudadas na pesquisa, além da ausência de precedentes vinculantes fortes.

Assim, as consequências da falta de diálogo entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal geram no indivíduo a sensação de insegurança e de incertezas sobre

ao agente, sob pena de, ao proceder-se à análise subjetiva, dar-se prioridade ao contestado e ultrapassado direito penal do autor em detrimento do direito penal do fato” (HC 115.147).

“Ressalvo o meu entendimento pessoal porquanto, se a insignificância afeta a tipicidade material, antecedentes criminais não se mostram aptos a inibir a aplicação do princípio, uma vez pertinentes a categoria dogmática estranha à tipicidade. Com efeito, a meu juízo, antecedentes criminais, por maior gravidade que ostentem, não ensejam a tipificação criminal de conduta que, pela insignificância da ofensa perpetrada ao bem jurídico protegido, não lhe tenha causado lesão de relevo. Assim, a vida pregressa do indivíduo não se mostra hábil a transformar em crime fato que, pelo dano insignificante causado ao bem jurídico objeto da tutela penal, materialmente não se subsume no tipo previsto em lei. Apesar da ressalva pessoal, tenho acatado a orientação da Turma e negado o reconhecimento da insignificância quando se encontram presentes registros criminais pretéritos” (RHC 112.694).

o que será decidido. Nesse ponto, convém destacar que, nas palavras de Eros Roberto Grau⁴⁷⁰, o juiz, em que pese se deparar com lacunas normativas, deve tomar as decisões vinculadas aos princípios, não produzindo normas livremente, como deu a entender o Supremo Tribunal Federal.

O julgador está vinculado à lei e aos princípios gerais do direito. Caso haja precedente vinculativo, também se encontra obrigado a observá-lo, sob pena de ferir o sistema jurídico e a teoria dos precedentes. Do mesmo modo, a segurança jurídica encontra amparo no princípio da motivação das decisões judiciais, tendo o Código de Processo Penal⁴⁷¹ fortalecido a garantia da motivação dos atos judiciais⁴⁷², o que demonstra o comprometimento do legislador com a estabilidade das decisões.

Ressalta-se que existe no âmbito dos tribunais superiores uma oscilação de entendimentos, e, havendo essa divergência, não há como se falar em estabilidade de suas decisões. Outrossim, nas lições de João Rafael de Oliveira, a observância e o diálogo entre os tribunais superiores são importantes para garantir maior “previsibilidade e estabilidade do ordenamento jurídico em matéria penal e processual penal e, principalmente, segurança jurídica e igualdade aos jurisdicionados”⁴⁷³.

3.4 A necessidade de um viés criminológico nas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o princípio da insignificância para a formação do precedente judicial

⁴⁷⁰ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação** – Aplicação do direito. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 207.

⁴⁷¹ Art. 315, CPP. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada. §2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

⁴⁷² OLIVEIRA, João Rafael de. **O Habeas Corpus como instrumento formador de precedente vinculante: proposta de aprimoramento à sistemática do habeas corpus em Tribunais Superiores**. 2022. 174 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional). — Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2022.

⁴⁷³ OLIVEIRA, João Rafael de. **O Habeas Corpus como instrumento formador de precedente vinculante: proposta de aprimoramento à sistemática do habeas corpus em Tribunais Superiores**. 2022. 174 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional). — Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2022.

Muito embora as decisões do Supremo Tribunal Federal comportem reflexões sociológicas e criminológicas, muitas vezes, não são seguidas pelos Ministros. A temática sobre a aplicação do princípio da insignificância é bastante controvertida, sobretudo porque há quem compreenda que todo crime é grave, e eventual aplicação do princípio fará surgir a legitimidade de condutas criminosas.

Contudo, referido posicionamento merece ser afastado, já que o direito penal é visto como a última opção. No caso, os julgados do Superior Tribunal de Justiça comprovam o argumento acima, eis que, em sua maioria, tratou-se de decisões monocráticas proferidas por Ministros que não possuem crença na prevenção geral e na possibilidade de punições alternativas à prisão.

Cesarie Beccaria, em seu livro *Dos delitos e das penas*, trouxe essa argumentação, ao discorrer que a perspectiva de um castigo moderado sempre ocasionará uma impressão mais forte do que o temor de uma punição “terrível”⁴⁷⁴. As decisões proferidas atualmente evidenciam que o papel do direito penal vem sendo esquecido pelos julgados, isso porque a prisão do indivíduo vem sendo vista como uma forma de desestimular novos atos criminosos, enquanto que a criminologia tende a afirmar que a falta de punição ou, até mesmo a punição alternativa, são mais eficazes.

Sobre isso, Edimar Edson, em suas explanações, trouxe importante reflexão acerca da cultura de punição no sistema penal brasileiro:

Apesar do reconhecimento de que a prisão não é um instrumento punitivo eficaz para um adequado controle do crime, o legislador ainda acredita que ela seja indispensável para o enfrentamento de determinados crimes (especialmente, aqueles praticados por organizações criminosas). Nesse caso, sua finalidade está muito mais voltada para a neutralização do criminoso, que permite retirá-lo do convívio em sociedade e, somente assim, não voltará a cometer crimes. Não há preocupação com a “ressocialização” desses criminosos, mas com o seu isolamento do meio social.

Está evidenciado um novo modo de pensar a punição nas sociedades contemporâneas – e o Brasil se encontra inserido nesse cenário – que exige medidas duras contra as altas taxas de criminalidade. Essas novas racionalidades consolidaram uma nova cultura punitiva no Brasil, em que a prisão serve de importante instrumento de mera neutralização de criminosos e, simbolicamente, pode criar um sentimento público de que algo está sendo feito⁴⁷⁵.

⁴⁷⁴ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Ridendo Castigat Mores, 2001. p. 40.

⁴⁷⁵ RODRIGUES, Edimar Edson Mendes. **A cultura punitiva na modernidade tardia**: um estudo das racionalidades legislativas do sistema penal brasileiro. Pós-graduação. Universidade Federal de Pernambuco,

O que se demonstra, dessa forma, é que há um sistema jurídico falido, não havendo justificativa para a inclusão do agente num sistema prisional superlotado, quando a conduta pode ser regulada de outra forma.

Apesar de o princípio da insignificância já ter sido reconhecido como uma política criminal, os tribunais insistem em recusá-lo diante dos casos concretos, principalmente quando analisam o histórico do agente envolvido. Essa conduta também é praticada pelo Superior Tribunal de Justiça. Ocorre que parece ilógico permitir que o agente não seja beneficiado por referida política criminal somente em razão de seu passado.

A punição penal aplicada aos indivíduos que praticam condutas ínfimas fere a própria proporcionalidade e razoabilidade do sistema penal, sobretudo porque, de um lado, há a pessoa que praticou a ação que não trouxe qualquer prejuízo ou ofensa ao bem jurídico tutelado; de outro, há o cárcere, ambiente superlotado e falido. Interessante observar que eventual punição, nesse caso, é permitir que o indivíduo sofra pena mais grave do que a que lhe foi efetivamente imposta.

Com efeito, não há como negar que as decisões do Supremo Tribunal Federal precisam de maior discussão acerca do sistema carcerário e das políticas públicas que podem ser adotadas no caso concreto. A ideia de que a custódia do indivíduo irá mudar o cenário da criminalidade do Brasil deve ser superada, pois, apesar da superlotação dos presídios, estes somente servem como neutralização dos agentes; posteriormente, não há qualquer plano de ação para ressocializar os presos. Reforça-se a esse respeito que o índice de encarceramento vem crescendo paulatinamente, e a ideia de que a prisão do indivíduo resolve todos os problemas já não é consolidada.

André Luiz Augusto da Silva, em sua tese de doutorado, explica que:

Os dados existentes sobre o cárcere demonstram que, ao longo do processo evolutivo da pena, a compreensão a partir do entendimento da cientificidade foi o direcionamento adotado no discurso para as metodologias de execução penal como forma de sua justificação e legitimação, mas na execução se consolidou a lógica da contenção de massas, demonstrando no bojo do fundamento de justiça que clama ainda a sugestão da vingança, que a proposta

humanista é fragilizada e secundarizada, uma vez que, em relação à aplicação pura da retribuição, a competência do Estado é nítida.

Mais ainda os dados demonstram que mesmo com a evolução das penas, as taxas de encarceramento só aumentam [...], e com elas aqueles que retornam ao sistema em um ciclo vicioso, afirmando também o fracasso da política ressocializadora que não possui caráter de política preventiva, mas de política curativa, se assim podemos denominar, uma vez que a ‘cura’ não é percebida⁴⁷⁶.

O Superior Tribunal de Justiça, por meio de seus Ministros, pouco reflete sobre a importância da criminologia para compreender a aplicação da insignificância, o que acaba dificultando o diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e o referido tribunal superior. Nesse ponto, é por intermédio da criminologia que se pode identificar as causas e o *modus operandi*, além de entender como o sistema penal poderia funcionar por meio de políticas públicas voltadas aos criminosos de menor potencial lesivo.

É por isso que o *viés* criminológico seria essencial para acolher e possibilitar que o princípio da insignificância seja mais debatido e observado no caso concreto, além de que, em assim sendo, será dado maior respeito às decisões do STF que tratam da insignificância penal.

Nesse aspecto, existe uma infinidade de tipos penais, o que acaba sobrecarregando o sistema jurídico penal, o poder judiciário e a própria política, isso porque o legislador não possui qualquer filtro na hora de criar novos delitos. Importa ressaltar que, nesse sentido, que o direito penal é regido pelo princípio da fragmentariedade e da subsidiariedade, não podendo intervir em todo e qualquer caso. Salienta-se que, além da falta de cuidado com a legislação, existe um erro nas interpretações.

Dessa maneira, convém destacar que as prisões brasileiras podem ser vistas mais como depósitos⁴⁷⁷ do que como ambientes que visam neutralizar e ressocializar o indivíduo. Por isso, não faz sentido que um indivíduo que praticou crime sem violência ou grave ameaça seja posto no cárcere, convivendo com presos perigosos. Além disso, sabe-se como é o ambiente prisional, no qual, em sua maioria, os detentos primários, ou até mesmo aqueles reincidentes em crimes leves, tendem a dever favores aos demais para sobreviver no sistema.

⁴⁷⁶ SILVA, André Luiz Augusto da Silva. **Retribuição e história**: para uma crítica do sistema penitenciário. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Pernambuco, 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/10638/1/TESE%20UFPE.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2023.

⁴⁷⁷ RODRIGUES, Edimar Edson Mendes. **A cultura punitiva na modernidade tardia**: um estudo das racionalidades legislativas do sistema penal brasileiro. Pós-graduação. Universidade Federal de Pernambuco, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/20269/1/TESE%20-%20Edimar%20Edson%20Mendes%20Rodrigues%20-%20vers%C3%A3o%20definitiva.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2023.

De todo modo, o estudo e o aprofundamento na criminologia, nas decisões que buscam uniformizar o entendimento sobre a implementação da insignificância penal, facilitarão o seu reconhecimento.

3.5 Adoção de precedente vinculante ou súmula vinculante sobre a aplicabilidade do princípio da insignificância pelas instâncias ordinárias

Percebe-se que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos *habeas corpus* analisados não possuem força vinculante, visto que não passaram pelo rigorismo para se tornar elemento vinculativo.

Os *habeas corpus* julgados pelo STF podem ser precedentes persuasivos, pois, apesar de não vincularem a atuação das instâncias ordinárias, versam sobre solução racional⁴⁷⁸. Contudo, também não há como deixar de dar importância ao posicionamento do jurista Luiz Guilherme Marinoni, que assevera que esse precedente não é mera sugestão ao órgão jurisdicional, devendo o julgador, caso compreenda por afastá-lo, motivar sua decisão⁴⁷⁹.

As decisões do Supremo Tribunal Federal, na posição adotada na pesquisa, não se tratam de precedentes vinculantes por não respeitarem as exigências para se formar um precedente.

Thamay reconhece três instrumentos como sendo aptos à formação do precedente, sendo eles: “(i) o incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR (arts. 976 a 987), (ii) o incidente de assunção de competência – IAC (art. 947) e (iii) o regime de julgamento dos recursos especiais e extraordinários repetitivos (arts. 1.036 a 1.041)”⁴⁸⁰. Se formos levar em conta esse entendimento, o *habeas corpus* é afastado como instrumento formador. Sobre isso, a Daniel Mitidiero defende que o rol do artigo 927 do CPC, que traz as decisões/instrumentos que servem de precedentes, é exemplificativo⁴⁸¹.

Existem outros critérios que precisam ser observados como, por exemplo: a) delimitação do objeto a ser debatido; b) debate qualificado entre os julgados; c) intervenção de terceiros; d) contraditório; e) publicidade; e) motivação majoritária.

⁴⁷⁸ NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Das súmulas vinculantes: uma primeira análise. Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004.** Teresa Arruda Alvim Wambier et al. (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 281.

⁴⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 117-118.

⁴⁸⁰ THAMAY, Rennan; JUNIOR, Vanderlei G.; JR., Clóvis Smith F. **Precedentes Judiciais.** 2021, p. 133.

⁴⁸¹ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes de persuasão à vinculação.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 86-93.

Não só isso, o precedente vinculante, na definição de Evaristo Aragão dos Santos, trata-se, na verdade, de uma decisão que serve para influenciar potencialmente o julgamento de casos futuros⁴⁸².

Os *habeas corpus* nº 84.412 e 123.108 não são precedentes vinculantes em razão da falta de observância aos requisitos acima apontados. Destaca-se, inclusive, que em relação ao *HC* nº 84.412 não houve um “debate qualificado” sobre a tese, sobretudo porque não constam indícios de que o voto do relator foi discutido pelos Ministros, os quais somente acompanharam o voto sem apresentar seus posicionamentos.

No que tange ao *habeas corpus* nº 123.108, apesar de ter havido a afetação ao plenário e a discussão qualificada de temática, os demais critérios também não foram observados.

Por isso, necessária a modificação dos critérios normativos existentes para a formação de um precedente vinculativo no processo penal.

O primeiro ponto que merece modificação é a decisão do relator que decide afetar o *habeas corpus* ao plenário. Em consulta ao *habeas corpus* nº 123.108, que foi objeto de estudo da tese, percebe-se que não houve decisão fundamentada acerca dessa remessa. A decisão que fundamenta a afetação do *habeas corpus* ao plenário, garante publicidade ao debate e a abertura para manifestações de terceiros⁴⁸³.

O que se propõe é que a afetação do *habeas corpus* ao plenário ocorra de forma motivada para garantir a publicidade do ato e, conseqüentemente, tornar pública a existência da discussão aos terceiros. No regimento interno do Supremo Tribunal Federal não existe essa regra, motivo pelo qual muitos julgamentos de *habeas corpus*, que foram remetidos ao plenário, não tiveram a publicidade adequada.

Existem outros requisitos que devem ser utilizados para que o *habeas corpus* possa ser instrumento formador de precedente vinculante, tais como: a) observância ao contraditório, por meio da concessão de oportunidade do ingresso de terceiros interessados ou *amicus curis*; b) a discussão qualificada do tema, devendo haver maioria coincidente de motivos para a formação da *ratio decidendi*; c) publicidade; d) interesse público.

⁴⁸² SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.145

⁴⁸³ GALVÃO, Danyelle. **Precedentes judiciais no processo penal**. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 229.

Danyelle Galvão realça que, para a formação do precedente por meio do *habeas corpus*, não é necessária a efetiva intervenção do terceiro ou *amicus curis*, mas que seja possibilitada a sua participação⁴⁸⁴.

A formulação de um precedente vinculante sobre o princípio da insignificância e a sua aplicação garante que o juízo não utilize de convicções pessoais para decidir sobre determinado caso. Não está se falando em retirar a discricionariedade do juízo, sobretudo porque é seu papel ser o intérprete da lei. Mas, o que se busca, é estabilizar a jurisprudência e evitar que o indivíduo seja surpreendido com decisões genéricas e contrárias.

Das decisões do Superior Tribunal de Justiça, é perceptível o processo decisório de cada Ministro, sobretudo quando deixa de aplicar a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal.

Nos casos expostos, chama atenção a falta de motivação para “superar” ou “afastar” a tese estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal, que tem efeito persuasivo.

Nessa perspectiva, a implementação de novos critérios normativos acerca da formulação do precedente por meio do *habeas corpus* irá garantir ao indivíduo segurança jurídica nas decisões e a observância ao dever de motivação, previsto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

É inegável a importância dos precedentes no processo penal, sobretudo quando estamos vivendo em uma época que está prevalecendo a convicção pessoal de cada julgador.

Por outro lado, será através da fixação de um precedente judicial vinculativo que a parte poderá se valer do seu direito de exigir que o julgador aplique as técnicas de interpretação dos precedentes (*distinguishing* e *overruling*).

Nas decisões analisadas, conforme podemos extrair, os Ministros do STJ, ao afastarem o princípio da insignificância, não realizaram as técnicas de aplicação do precedente.

O *distinguishing* é a técnica que o juiz adota para afastar o precedente do caso concreto, apontando as diferenças fáticas da hipótese fática e do caso paradigma, demonstrando, no final, que a *ratio decidendi* do precedente não se aplica à situação⁴⁸⁵.

Esse método vincula o julgador a decidir pelo afastamento de forma fundamentada, não levando em consideração exclusivamente a jurisprudência do tribunal.

⁴⁸⁴ GALVÃO, Danyelle. **Precedentes judiciais no processo penal**. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 226.

⁴⁸⁵ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 113.

O *distinguishing* desmistifica a ideia de que os juízes não detêm atuação independente e devem aplicar o entendimento de forma automática⁴⁸⁶. Nesse sentido, a adoção das técnicas de interpretação e aplicação do precedente vinculante concedem maior discricionariedade para o magistrado, que deve motivar seus atos.

Referente ao *overruling*, técnica adotada para adotar um novo entendimento e superar o antigo, vez que o direito deve sempre evoluir.

Esse método também é uma forma de limitar o poder do juiz frente à margem dada pelos tribunais superiores, sobretudo no que tange à interpretação.

A superação do precedente pode ocorrer quando houver “modificações econômicas ou políticas”⁴⁸⁷, que exijam nova orientação sobre o tema.

Portanto, essas técnicas garantem o dever de motivação e a discricionariedade do juízo, desde que compatível com o entendimento consolidado dos tribunais.

Com efeito, a adoção de um precedente sobre o princípio da insignificância depende de novos paradigmas e a unificação dos critérios. Partindo dessa premissa, existe a possibilidade de formulação de um precedente vinculante por parte do STF e até a elaboração de uma súmula vinculante sobre o tema, para que as demais instâncias, naqueles casos que se pretenda afastar ou superar, faça de forma motivada.

A proposta, portanto, é:

1. Acrescer nos regimentos internos redação que trate sobre a necessidade de motivação da decisão nos casos em que o relator ou turma decidir afetar *habeas corpus* ao plenário;
2. Sejam especificados nos regimentos internos os critérios para formulação do precedente em sede de *habeas corpus*: a) publicidade; b) contraditório efetivo; c) oportunidade de intervenção de terceiros; d) discussão qualificada sobre o objeto levado ao plenário; e) maioria de votos coincidentes dos motivos para formação da *ratio decidendi*;
3. Súmula vinculante acerca do tema consolidado.

⁴⁸⁶ COSTA, Marília Siqueira da. **Superação do precedente judicial e o princípio da confiança**. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de direito, Universidade Federal da Bahia, 2013, p. 57.

⁴⁸⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Eficácia do precedente judicial na história do direito brasileiro**. Revista do Advogado. São Paulo, v. 24, nº 78, set. 200, p. 448.

Em relação ao precedente vinculante, a discussão deve se dar um torno da fixação de critérios objetivos e o afastamento da reincidência como obstáculo, já que a adoção do critério da culpabilidade ocasionará violação ao direito penal do fato.

O precedente vinculante deve ser pautado nas seguintes proposições: a) o atual cenário do sistema prisional; b) a proporcionalidade da conduta e a pena aplicada; c) possibilidade de aplicar outro ramo do direito; c) direito penal como *ultima ratio*; d) personalidade do indivíduo não deve ser valorada em hipótese alguma; e) a discricionariedade do juiz ocasiona insegurança jurídica nas decisões.

No regimento interno do STF, sugere-se o acréscimo de um parágrafo primeiro no artigo 22 com a seguinte redação:

Art. 22. § 1º Ao remeter o processo ao julgamento do Plenário, o Relator deve fazer por meio de decisão fundamentada, expondo as razões, para que seja dada publicidade à discussão.

Destaca-se que referente à formação do precedente vinculante, a compreensão exposta pelos ministros deve ser remodelada, no sentido de unificar ou trazer definições determinadas aos vetores propostos.

A relevância de um precedente vinculante é justamente no fato de os julgados, por meio da discricionariedade, utilizam de suas convicções pessoais para afastar a insignificância penal. Isso acontece porque os “precedentes” existentes sobre a insignificância penal, são, na verdade, precedentes persuasivos, que não impõe qualquer obrigatoriedade em sua observância.

Existem inúmeras razões para seguir um precedente vinculante, uma delas é a segurança jurídica, vista como estabilidade. Apesar de não ser solução definitiva, o precedente vinculante serve, justamente, para restringir a atuação do magistrado, estando vinculado sempre a motivar suas decisões, seja para afastar ou aplicar o precedente no caso concreto.

Luiz Guilherme Marinoni, destaca que a segurança jurídica possui dois aspectos, sendo o primeiro relacionado à garantia daqueles que podem contestar o direito e têm o dever de aplicá-lo, enquanto o segundo é a possibilidade de o indivíduo definir o modo de ser das suas atividades⁴⁸⁸.

Buscar fixar um precedente judicial sobre a aplicação do princípio da insignificância é tentar assegurar o mínimo de estabilidade e previsibilidade à decisão judicial.

⁴⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 7 Ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2022, p. 93.

Em relação à proposta de uma súmula vinculante, é imprescindível para pacificar teses firmadas pelo Supremo Tribunal Federal.

O objetivo da súmula vinculante é ressaltar a enunciação de uma tese jurídica, fazendo com que a identificação da jurisprudência dominante daquele tribunal seja fácil. Após a fixação da tese jurídica, deve ter enunciado que apresente o posicionamento consolidado do STF.

As decisões do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria de Ministros diferentes do STJ, proferidas em sede de habeas corpus, demonstram a contrariedade nos entendimentos, gerando uma instabilidade jurídica inimaginável.

Além disso, alguns juízes nem sequer reconhecem a insignificância penal, justificando a falta de previsão legal.

Embora haja debate intenso sobre os vetores fixados pelo STF e a imprecisão que paira nos critérios, a existência de um enunciado do STF já destaca a importância de se reconhecer o princípio da insignificância como política pública e que deve ser adotada pelos tribunais e juízes de primeiro grau.

A grande problemática dos atuais vetores é a falta de definição de seu conteúdo, fazendo com que os tribunais, apesar de mencionarem os critérios como parâmetros, decidem de forma completamente dispare do tema já consolidado pelo STF.

O critério da mínima ofensividade da conduta do agente, apesar de ser definição aberta é possível que seja implementada como vetor, já que deve ser analisada a lesão ao bem jurídico afetado. Deve, inclusive, chegar aos parâmetros de análise quanto à mínima ofensividade, para que o julgador leve em conta, por exemplo: a) valor do bem; b) extensão do dano ao bem; c) o significado do bem; d) ofensa à bem jurídico de menor relevância⁴⁸⁹;

Em relação à periculosidade social da ação, como critério, acreditamos que não deve ser considerado como vetor válido para avaliar a aplicação da insignificância no caso concreto, eis que o criminoso é tido como um ser antissocial e qualquer análise da periculosidade recairia em um direito penal do autor⁴⁹⁰.

Essa crítica, inclusive, é reforçada por Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho, que concluem o conceito de periculosidade é uma verdade anomalia jurídica, não tendo como

⁴⁸⁹ GOMES, Luiz Flávio. Tendências Político-criminal quanto à criminalidade de bagatela. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 89.

⁴⁹⁰ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 146.

alcançar qualquer espaço no direito penal e no Estado de Direito Liberal⁴⁹¹. O vetor estipulado pelo STF, acerca da periculosidade social, nada mais é do que legitimar a desigualdade.

Outro vetor que deve ser afastado como parâmetro para aplicação da insignificância é o “grau da reprovabilidade do comportamento”, pois diz respeito ao julgamento ético e moral do indivíduo. Esse critério é vinculado à culpabilidade do agente, o qual não deve ser invocado na questão envolvendo lesão ao bem jurídico.

Fagundes aduz que a reprovabilidade “integra o conceito normativo de culpabilidade”⁴⁹² e, diante disso, não há como verificar a reprovabilidade sem averiguar a moral do autor do fato. Esse juízo de reprovabilidade sobre a conduta, que é o julgamento moral da pessoa do acusado, faz com que tenhamos decisões conflitantes acerca do princípio da insignificância. Esse critério acaba concedendo ao juízo o poder de decidir de acordo com as suas concepções éticas, que é o que vemos nas decisões.

A insignificância penal, já reconhecida pelo Supremo, deve ser considerada como uma questão referente ao grau de afetação do bem jurídico, não podendo ser incluída a culpabilidade como elemento do juízo de reprovabilidade.

Seja como for, precedentes vinculantes ou súmula vinculante, quando estamos diante da aplicação do princípio da insignificância, a análise deve ter com referencial o bem jurídico.

Por fim, no que tange ao critério da “inexpressividade da lesão jurídica provada”, muito embora o acórdão não tenha sido claro em sua definição, é possível extrair que o vetor se refere ao desvalor do resultado, ligado ao grau de afetação do bem jurídico.

Sobre esse último critério, é possível utilizá-lo como parâmetro em virtude de averiguar a existência de conflito entre o dano e o bem jurídico. Dentre os vetores apontados, esse critério é o que mais compatibiliza com a insignificância penal.

De toda forma, o Supremo Tribunal Federal, para chegar à conclusão de eventual tese jurídica com efeito vinculante, os posicionamentos atuais terão que ser reformulados, sobretudo aqueles que afirmam que circunstâncias de ordem subjetiva servem para afastar o princípio.

Da pesquisa realizada, é possível ver que muitas vezes a reincidência é fato determinante para a não aplicação da insignificância, mas, em outros casos, é superada. À vista disso, deve-

⁴⁹¹ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p. 45.

⁴⁹² PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 147.

se afastar os critérios que tenham ligação com a culpabilidade, para evitar que o julgador realize avaliações da personalidade na tentativa de julgar moralmente o indivíduo.

Vinicius Peluso reafirma que analisar a personalidade, antecedentes, conduta social e a primariedade do agente é o mesmo que antecipar a valoração da culpabilidade para momento e local inadequados⁴⁹³. O que podemos concluir das decisões que buscam impedir a aplicação da insignificância em virtude de circunstância subjetiva desfavorável é o equívoco em equiparar a “limitação do poder punitivo com o estímulo à prática de delitos, como se o uso descriminado da pena a todos os conflitos fosse a panaceia para o controle social dessas condutas”⁴⁹⁴.

Não se pode deixar exclusivamente a cargo do juízo a implementação e observância dos critérios para caracterização e aplicabilidade da insignificância, pois essa discricionariedade, na atualidade, depende tão somente do arbítrio do juízo, ocasionando decisões conflitantes.

Não estamos falando de afastar a discricionariedade do juízo, sobretudo porque cabe ao julgador decidir de acordo com o caso concreto, mas deve levar como parâmetros critérios pré-estabelecidos.

Por isso, a tese jurídica dotada de efeito vinculante poderia levar em conta dois critérios importantes: a) grau de afetação do bem jurídico tutelado e b) mínima ofensividade da conduta do agente. Inicialmente, a sugestão é de que os vetores sirvam de parâmetros genéricos para todas as espécies de crime, devendo existir, posteriormente, critérios para cada espécie de bem jurídico lesionado.

O foco da pesquisa é a insignificância nos crimes contra o patrimônio, sobretudo porque as decisões monocráticas proferidas em sede de *habeas corpus* tratavam do crime de furto.

Por isso, no que se refere à aplicabilidade e critérios da insignificância nos crimes contra o patrimônio, por ser conduta frequentemente levada e processada pelo judiciário.

Sobre os critérios específicos nos crimes contra o patrimônio, para que seja aplicado o princípio da insignificância, deve-se valorar: a) condições pessoais da vítima; b) valor do bem e seu significado; c) grau de afetação do bem jurídico tutelado e seu conteúdo; d) natureza do bem jurídico tutelado pela norma.

⁴⁹³ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. A objetividade do princípio da insignificância. In: **Boletim do IBCCRIM**, ano 9, n. 109, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁴⁹⁴ PINTO, Rafael Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 164.

Seja como for, o objetivo do trabalho não é apontar novos critérios, mas sugestionar os novos debates acerca dos atuais vetores e sua aplicabilidade na jurisprudência brasileira.

Como a insignificância penal atinge a atipicidade material, a discussão do STF, quando da elaboração de um precedente ou súmula vinculante, deve ser pautado na racionalidade e na objetividade dos critérios, para que tenhamos decisões compatíveis à realidade.

Por isso, em relação à hipótese de uma súmula vinculante referente aos crimes contra o patrimônio, a sugestão de redação seria:

O princípio da insignificância deve ser fundamentado na racionalidade, previsibilidade e segurança jurídica, sendo necessária para sua aplicação a presença dos seguintes vetores: i) o grau de afetação do bem jurídico tutelado; b) mínima ofensividade da conduta do agente; c) valor do bem; d) condições pessoais da vítima; e) natureza do bem jurídico e seu conteúdo; h) impossibilidade de valorar a personalidade, conduta social ou antecedentes do agente para fins de aplicação do princípio da insignificância.

Em relação aos dois vetores existentes, não há como aceitá-los por terem ligação direta com a culpabilidade.

Ressalta-se que a redação acima é mera sugestão ao judiciário, que deverá realizar um debate qualificado para elaborar um precedente vinculante representativo e súmula vinculante que alcance o grau de objetividade esperado para o princípio da insignificância.

CONCLUSÃO

À vista de tudo o que foi discutido na presente pesquisa, enfatiza-se que a finalidade primordial foi a análise da aplicabilidade correta da insignificância penal pelos tribunais superiores, e a verificação de um diálogo coerente entre eles.

O caminho adotado na pesquisa não foi apenas a metodologia bibliográfica do que seria a insignificância penal, mas, sim, a análise, por meio da pesquisa empírica, das oscilações dos tribunais superiores, especificamente do Superior Tribunal de Justiça e seus Ministros.

Da análise das decisões monocráticas e dos habeas corpus com força de precedentes persuasivos, extrai-se que não existe um diálogo harmônico entre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça e entre os tribunais superiores.

Assim sendo, faz-se necessária uma reflexão do que foi debatido em cada capítulo, a fim de melhor expor a tese sustentada.

A criminologia pode auxiliar no enfrentamento do combate à criminalidade por intermédio de políticas públicas eficazes, além da punição. Destaca-se, nesse aspecto, que não cabe ao julgador decidir da forma que melhor lhe convier ou de acordo com suas convicções, ainda mais quando faz isso de forma a contrariar os princípios legais e os limites previstos em lei.

Contudo, deixa-se claro que ao juízo é permitida a interpretação à luz dos princípios, o que deve ser feito de acordo com os demais preceitos e em consonância aos tribunais.

Dessa forma, exige-se que o STJ, como órgão uniformizador da jurisprudência, respeite os entendimentos prolatados pelo Supremo Tribunal Federal, para assegurar a estabilidade das decisões judiciais.

Essa observância à teoria dos precedentes também garante que os indivíduos não sejam tratados de forma desigual, já que, em sua maioria, existem casos iguais ou semelhantes que devem comportar o mesmo entendimento.

Nesse entendimento, no capítulo 2, foi apresentada a distinção entre os precedentes de súmula, jurisprudência e decisão judicial, no sentido de averiguar a obrigatoriedade de cada um deles. Ainda que o processo penal não tenha uma teoria dos precedentes judiciais própria, não existe óbice para a aplicação das regras do Código de Processo Civil. Isso é possível porque o Código de Processo Penal, assim como o CPC, busca garantir a segurança jurídica nas decisões.

Considerando essa possibilidade de interpretar a norma jurídica e as compreensões, é plenamente possível a observância da teoria dos precedentes no âmbito do processo penal, isso porque se trata de ferramenta apta a efetivar a segurança jurídica e evitar que o judiciário seja sobrecarregado com demandas que poderiam ser evitadas, se houver a uniformização.

O que se percebeu no decorrer da pesquisa é que a teoria dos precedentes serve como um importante instrumento para minimizar a crise da legalidade e do sistema jurídico penal, no sentido de impor a regra da pacificação de entendimentos, estabilidade das decisões e o dever de motivar as decisões judiciais.

A análise das decisões monocráticas, realizada com a finalidade de identificar o número de *habeas corpus* julgados por Ministros do STJ, nos últimos anos, após a fixação das teses estudadas, comprovou a inexistência de um diálogo harmônico entre os próprios e os tribunais superiores, porquanto os julgadores deixam de interpretar as teses firmadas pelo Supremo Tribunal Federal e acabaram proferindo decisões genéricas e baseadas, exclusivamente, no direito penal do autor, esquecendo-se das reflexões feitas pelo próprio STF.

Após a análise da competência dos tribunais superiores, vislumbra-se que ambos são cortes de precedentes, nos termos do CPC e seus respectivos regimentos internos.

Nesse sentido, o exame de dados demonstrou que a premissa adotada pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, muitas vezes, vai de encontro ao que prega o Supremo Tribunal Federal, inclusive em desarmonia aos próprios Ministros das turmas do STJ.

Essa análise surgiu como uma forma de evidenciar o posicionamento de cada julgador, a fim de verificar a harmonia entre as turmas e, conseqüentemente, a harmonia entre as cortes superiores, o que não ficou evidenciado.

Nesse aspecto, não há como negar que alguns dos Ministros, utilizando-se dos julgados do Supremo Tribunal Federal, concederam a ordem; contudo, a maioria dos julgadores trouxe motivação diversa das proferidas, sendo sido evidenciado pela existência de entendimentos conflitantes, vez que os Ministros decidiram partindo das seguintes premissas: a) utilização de precedentes e teses firmadas pelo STF, incluindo os *habeas corpus* objetos do estudo; b) os Ministros mencionaram julgados das próprias turmas do STJ, desconsiderando a existência das teses fixadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de *habeas corpus* e repercussão; c) alguns julgadores afastaram a insignificância, adotando entendimento do Supremo Tribunal Federal, mas exercendo interpretação equivocada.

Os dados são preocupantes, porque não importa o número de *habeas corpus* concedido por determinado Ministro, mas a contrariedade de entendimentos em casos similares.

Ou seja, o STJ, na figura de seus Ministros, possui posicionamentos distintos para casos que deveriam ser julgados de forma igual, o que acaba gerando insegurança jurídica.

No mais, a esse respeito, esta pesquisa relevou que os Ministros possuem convicções pré-definidas e que tais premissas não mudam, apesar do caso concreto. Além disso, os Ministros não seguem, em sua maioria, a lógica do Supremo Tribunal Federal, ou até mesmo o entendimento dos demais Ministros do Tribunal, vez que muitos continuaram utilizando-se da reincidência do agente para afastar a insignificância penal, sem analisar todo o contexto.

O que se pode constatar, desse modo, é que a insignificância penal vem sendo aplicada, sem sombra de dúvidas, erroneamente pelo STJ frente às teses do Supremo Tribunal Federal, e isso ficou evidenciado na pesquisa pelo número de *habeas corpus* concedidos e não concedidos pelos Ministros, além das fundamentações utilizadas para afastar ou aplicar a insignificância penal.

Nesse aspecto, a grande problemática evidenciada por meio desta pesquisa está na forma de fundamentar o afastamento da insignificância penal, vez que surge a ideia de que reconhecer o princípio da insignificância é o mesmo que legitimar a prática criminosa.

Destarte, o que chamou a atenção é que não existe um consenso entre os Ministros sobre determinado tema, surgindo, a partir dessa inconsistência, a instabilidade em suas decisões e a consequente falta de diálogo entre as turmas do STJ e deste Tribunal com o STF.

Ressalta-se que a pesquisa buscava confirmar a necessidade a elaboração de precedentes vinculantes para garantir a segurança jurídica das decisões judiciais, diante das divergências de entendimentos em casos similares, como é o caso dos *habeas corpus* julgados pelos Ministros do STJ.

A partir disso, a tese se sustenta na proposta de elaboração de precedente vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, que obriguem as instâncias ordinárias a decidirem de forma coerente, e, caso assim não o seja, que realizem técnicas de afastamento dos precedentes, desde que possível.

Chegou-se a essa conclusão, em razão de ser constatada a realidade apresentada por meio da pesquisa, que evidenciou a contrariedade nos posicionamentos dos Ministros, quando

da prolação da decisão monocrática, em que muitos deixaram de observar teses firmadas pelo Supremo Tribunal Federal e adotaram posicionamentos próprios.

Diante disso, a proposta se deu no sentido de que o Supremo Tribunal Federal elabore novos precedentes, seja no que tange aos critérios de aplicabilidade do princípio da insignificância, seja em relação à reincidência, que é bastante utilizada como fator determinante para afastar a aplicação da insignificância penal.

Além da realização de novos precedentes obrigatórios, entende-se que deve haver a obrigatoriedade de os Ministros, os julgados e os desembargadores seguirem os precedentes, por meio da necessidade de se aplicar técnicas de afastamento dos precedentes (superação ou afastamento), a fim de que essas decisões respeitem o princípio da motivação dos atos (leia-se decisões) dos atos judiciais.

Em atenção à realidade do sistema jurídico penal, deve-se buscar a observância às regras para formação de precedentes, devendo, inclusive, ser implementado o disposto no artigo 21, XI, do Regimento Interno do STF. Os critérios da reformulação dos precedentes judiciais são os seguintes: a) seguir as regras do Código de Processo Civil e Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal; b) verificar a relevância da matéria e sua divergência no âmbito do direito, a fim de unificar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; c) deliberação do tema e a existência da *ratio decidendi* na decisão que julgar o *habeas corpus*; d) unificar os critérios do princípio da insignificância sem dar margem para o julgador decidir com base na convicção pessoal; e) tornar efetiva a publicação da repercussão geral do remédio constitucional, a fim de que este atinja todos os tribunais e juízes; f) contraditório.

Tem-se que, apesar da importância dos *habeas corpus* nº 84.412 e 123.108, estes não tiveram a formação de precedentes judiciais obrigatórios (apenas persuasivos), sobretudo pela falta de observância às regras previstas. Por assim ser, para que seja possível a uniformização da jurisprudência entre os tribunais e juízes locais, torna-se importante a elaboração de um precedente vinculante sobre o princípio da insignificância.

Por fim, não há como se exigir que o Superior Tribunal de Justiça garanta estabilidade aos entendimentos proferidos em sede de *habeas corpus* para aqueles temas de relevância e de grande divergência, sem que haja uma obrigatoriedade, sendo esta possível por meio de precedentes e até súmula vinculante.

Esta pesquisa demonstrou que, apesar do descontentamento das divergências de entendimentos, a segurança jurídica somente será efetivada com a formação de um precedente vinculante.

Reafirma-se que a proposta apresentada tem por finalidade a imposição de um precedente vinculante ou uma súmula vinculante acerca da insignificância penal, para que o Supremo Tribunal Federal, na perspectiva criminológica, estabeleça vetores objetivos, afastando a interpretação subjetiva do julgador.

O subjetivismo empregado nas decisões é a prova de que o STJ, por meio de seus Ministros, vem interpretando os critérios já fixados de forma incompatível com as turmas da própria Corte Superior e com o Supremo Tribunal Federal. Por isso, não há como se garantir a segurança jurídica nas decisões judiciais se o próprio Judiciário insiste em proferir decisões que atentam as expressas pelo Supremo Tribunal Federal.

Sobre o viés criminológico nas decisões do Supremo Tribunal Federal, com o fim de formular precedente obrigatório, podem ser vistas as seguintes premissas: a) o atual cenário do sistema prisional; b) a proporcionalidade e a razoabilidade da conduta praticada e a pena; c) a proibição de penas mais gravosas que a pena prevista; d) o princípio da insignificância como uma política pública, a fim de garantir a prevenção da pena; e) formulação de critérios objetivos.

Destaca-se que nenhum dos vetores fixados foram objetos de delimitação pelo STF, os quais acabam dando maior discricionariedade para os julgadores decidirem com base em suas convicções pessoais.

Os critérios, atualmente, são vinculados às opiniões pessoais do julgador, afastando-se da objetividade exigida nesses casos. Pode-se verificar que qualquer circunstância subjetiva do agente é motivo para afastar a insignificância penal.

Todos esses recursos possibilitariam que o precedente vinculante seja coerente com as regras do ordenamento jurídico e princípios penais, além de dar eficácia ao entendimento.

REFERÊNCIAS

- ANGELES, Peter A. **The Harper Collins Dictionary of Philosophy**. Nova Iorque (EUA): HarperCollins. 1992.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- ASSUMPÇÃO, Daniel Amorim Neves. **Manual de direito processual civil**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.
- ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012.
- ATIENZA, Manuel. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
- BARALDI, Carlos Ismar. Teoria da Insignificância penal. **Revista Esmagis**. Campo Grande: Escola Superior de Magistratura do Estado do Mato Grosso do Sul, n. 5, 1993.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BARBOSA Jr, Salvador José; FRANZOI, Sandro Marcelo Paris; MORGADO, Nara Cibele Neves. Breves Anotações do Princípio da Insignificância. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Ano VII, n. 41, p. 40, 2007.
- BARBOSA, Rodrio Cesar. **Princípio da insignificância penal**: uma análise sistematizada e restritiva. Dissertação em mestrado. Universidade do Vale do Itajaí, 2019. Disponível em: <https://www.univali.br/Lists/TrabalhosMestrado/Attachments/2619/RODRIGO%20CESAR%20BBARBOSA.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2023.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A Nova Interpretação Constitucional e o papel dos Princípios no Direito Brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, 2003. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf. Acesso em: 24 jun. 2020.
- BATISTA, Nilo; ALAGIA; Alejandro; ZAFFARONI, E. Raúl; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Buenos Aires: Ridendo Castigat Mores, 2001.
- BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. **Instituições de Direito e Processo Penal**. Tradução por Amilcare Carletti. 1. ed. São Paulo: Pillares, 2008.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Lições de direito penal – Parte geral**. v. 1, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v. 1. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOMFIM, Thiago. **Os princípios constitucionais e sua força normativa**. 1. ed. Bahia: Juspodivm, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRANDÃO, Claudio. **Teoria Jurídica do Crime**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BRICOLA, F. Constituição e escolha de bens jurídicos. Trad. Faria Costa. **Revista portuguesa de ciência criminal**. Coimbra: Aequitas, v. 4, 2, 1994, p. 16.

BUSATO, Paulo César. O desvalor da conduta como critério de identificação da insignificância para aplicação do princípio de intervenção mínima. **Sequência: Estudos jurídicos e políticos**, n. 62, p. 97-117, jul. 2011. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2011v32n62p97>. Acesso em: 06 jun. 2020.

CANOTILHO, J. J. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almeida, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARRARD, Liliana. **O Princípio da Insignificância e a mínima intervenção penal**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito UPS: São Paulo, p. 51, 2013. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-25112016-114249/pt-br.php>. Acesso em: 10 jun. 2020.

CARVALHO FILHO, José S. Os efeitos da decisão de inconstitucionalidade do STF em julgamentos de Habeas Corpus. In: PEDRINA; NUNES; SOUZA; VASCONCELLOS (org.). **Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal**. RT, 2019. p. 45-60.

CERETTA, Kassiano Bandeira. **O princípio da insignificância na jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros**: uma análise a partir da seletividade do sistema punitivo brasileiro. Trabalho de Conclusão de Graduação em Direito, 2017, p. 29. Disponível em: <https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/4428/kassiano%20bandeira%20Ceretta.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 22 jul. 2020.

CINTRA, Adjair de Andrade. **Aplicabilidade do Princípio da Insignificância aos crimes que tutelam os bens jurídicos difusos**. Tese (Doutorado em Direito Penal). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2011. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13062012-165850/publico/Tese_simplificada_Adjair_de_Andrade_Cintra.pdf. Acesso em: 19 jun. 2020.

CINTRA, Adjair de Andrade. **Aplicabilidade do Princípio da Insignificância aos crimes que tutelam os bens jurídicos difusos**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2011. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13062012-165850/publico/Tese_simplificada_Adjair_de_Andrade_Cintra.pdf. Acesso em: 19 jun. 2020.

CORNEJO, Abel. **Teoría de la insignificancia**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1997, p. 73. Cit.,

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English law**. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 2004.

CRUZ, Rogerio Schiatti. **Insignificância penal**: os crimes de bagatela na dogmática e na jurisprudência. São Paulo: Juspodivm 2021.

DALBORA, José Luiz Guzmán. La Insignificancia: especificación y reducción valorativas em el ámbito de lo injusto típico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, n. 14, 1996.

- DAVID, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DEU, Teresa Armenta. **Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad**: Alemania y España. Barcelona: PPU, 1991.
- DEVOS, Bryan Alves; NETO, Francisco Quintanilha Vêras. Trajetória e mutações do utilitarismo jurídico-penal: um ensaio de história das ideias. **Rev. direito GV**, v.15 n. 2. São Paulo, 2019. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000200208#fn21. Acesso em: 15 jun. 2020.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- FARIAS, Felipe Medeiros; NETO, Waldemar Albuquerque Aranha. A aplicação do Princípio da Insignificância no crime de descaminho. **Revista Eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas Serro** – n. 14 – agosto/dez. 2016. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/biblioteca/conteudo-revistas-juridicas/revista-juridica/2017-v-65-n-473-mar>. Acesso em: 05 jun. 2020.
- FERREIRA, Carlos Lélío Lauria; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. O custo do encarceramento no Brasil sob a ótica da análise econômica do Direito. **Revista Digital Constituição e Garantia De Direitos**. 18. ed. 2018, p. 208. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/15359>. Acesso em: 20 jun. 2020.
- FOGAÇA, Mateus Vargas. **Os precedentes judiciais como forma de concretização da segurança jurídica no direito brasileiro**. Tese (Tese em Mestrado). Universidade Estadual do Norte do Paraná. Jacarezinho, 2016. Disponível em: uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/8475-mateus-vargas-fogaca/file. Acesso em: 20 jan. 2023.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 27. ed. Petrópolis: Vozes.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal** – a nova parte geral. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- FREITAS, Paulo Roberto Andrade. **O princípio da insignificância sob a ótica da dogmática penal**. Especialização em Direito penal. Universidade Estadual do Ceará. Fortaleza, 2007.
- GALVÃO, Danyelle da Silva. **Precedentes judiciais no processo penal**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito, 2019. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-13082020-232848/es.php>. Acesso em: 30 set. 2022.
- GARCETE, Carlos Alberto. O princípio da insignificância. **Revista dos Tribunais**, n. 789, 2001.
- GOMES, Luiz Flávio (Coord). **Direito penal**: Parte geral. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade**. – 3. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

- GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **As Grandes Transformações do Direito Penal Tradicional**. Tradução da 2ª parte Lauren Paoletti Stefanini; revisão da tradução Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes. V. 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação** – Aplicação do direito. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.
- GRECO, Rogério. **Direito Penal**. Parte Geral. v. 1., 19. ed. rev., ampl. e atual., 2017.
- GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Intervenção Mínima para um Direito Penal Eficaz. In **Revista dos Tribunais**. n. 800. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- ISOLDI FILHO, Carlos Alberto da Silveira. **Causas de exclusão da tipicidade**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.
- JUNIOR, Hermes Zaneti. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 5. ed. São Paulo: Juspodivm, 2016.
- JUNIOR, Turíbio Marques Gonçalves; BRUM, Bernardo Ricciardi dos Santos; SOARES, João Pedro Andrades Salles; GUEDES, Tiago Vargas; OLIVEIRA, Fábio Rafael Corrêa. Criminologia x sociologia: uma análise das teorias macrossociológicas explicativas do crime e sua relação com a sociologia. **Revista Ibero Americana de Humanidades, Ciências e Educação- REASE**. doi.org/ 10.51891/rease.v8i2.4183. Disponível em: file:///C:/Users/RP01/Downloads/[23]-CRIMINOLOGIA+X+SOCIOLOGIA-+UMA+AN% C3% 81LISE+DAS+TEORIAS+MACROSSOCIOL% C3% 93GICAS+EXPLICATIVAS+DO+CRIME+E+SUA+RELA% C3% 87% C3% 83O+COM+A+SOCIOLOGIA.pdf Acesso em: 13 mai. 2023.
- KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **A importância dos direitos fundamentais para o sistema de precedentes**. Tese. (Tese em pós-graduação). Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. 2015. Disponível em: file:///C:/Users/kamil/Downloads/4e3362e2df68c209dc627835b2005b44.pdf. Acesso em: 28 fev. 2023.
- LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito Penal Constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. In: SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **Eficiência e direito penal**. Barueri: Manole, 2004.
- LUCCA, Rodrigo Ramina. **A motivação das decisões judiciais civis em um estado de direito**: necessária proteção da segurança jurídica. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-07102014-140135/publico/Dissertacao_integral_Rodrigo_Ramina_de_Lucca.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2023.
- LUGON, Almir Fraga. **Princípio da insignificância sob uma perspectiva constitucional**. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/26935/26935.PDF>>. Acesso em: 19 jun. 2020.
- LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. **Rev. Direito GV**, v. 8. São Paulo, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100009&lang=pt>. Acesso em: 17 jun. 2020.

MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press, 2005.

MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral. A Teoria dos Bens Jurídico- Penais e o Direito Penal Moderno: Uma releitura a partir dos Direitos Humanos. **Revista Brasileira de Direito**. v. 12, n. 2, 2016. Disponível em:

<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/904/1060>. Acesso em: 20 jul. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

MARCHIORI, Marcelo Ornellas. A atuação do poder judiciário na formação de precedentes definitivos. 1. Ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. Uma Leitura Utilitarista do Direito Penal Mínimo.

Revistam Serviam Juris. v. 1, n. 1, p. 35-59, 2017. Disponível em:

http://revistas.icesp.br/index.php/Serviam_Juris/article/view/215. Acesso em: 13 jun. 2020.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo Civil Moderno**. Parte geral e processo e conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MELHEM, Patricia Manente. **Da inaplicabilidade do princípio da insignificância no Direito Penal**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná, 2008. Disponível em:

<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/17286/PATRICIA;jsessionid=A60EA9A05C70E9A93668289B3892C7B8?sequence=2>. Acesso em: 18 jun. 2020.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MELO, Thiago Carvalho Bezerra de. **Bem jurídico penal: a contextualização do bem jurídico no Estado Social e Democrático de Direito**. Dissertação de Mestrado, Recife, 2005, Universidade de Pernambuco. Disponível em:

file:///C:/Users/kamil/OneDrive/%C3%81rea%20de%20Trabalho/RONALD%20PINHEIRO/DOUTORADO/arquivo5220_1.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. **A proteção jurídica da honra e o direito penal mínimo**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/3839>. Acesso em: 30 set. 2022.

MIR, José Cerezo. **Curso de derecho penal español**. Madrid: Tecnos, 1993.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes de persuasão à vinculação**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Das súmulas vinculantes: uma primeira análise. Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004**. Teresa Arruda Alvim Wambier et al. (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de; RODRIGUES, Daniela de Oliveira; PAPA, Douglas de Barros Ibarra; HOGA, Priscila Aki; RIBEIRO, Thaísa Bernhardt. **Diagnósticos – O princípio da insignificância nos crimes contra o patrimônio e a ordem econômica: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal**. 2011. (Pierpaolo Cruz Bottini e Maria Tereza Sadek – coordenadores).

OLIVEIRA, João Rafael de. **O Habeas Corpus como instrumento formador de precedente vinculante: proposta de aprimoramento à sistemática do habeas corpus em Tribunais**

Superiores. 2022. 174 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional). — Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2022.

PAPA, Douglas de Barros Ibarra. **O bem jurídico-penal como padrão crítico e critério legitimador das incriminações ambientais**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

Doi:10.11606/D.2.2013.tde-09102014-151037. Acesso em: 30 set. 2022.

PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda; BARBOSA, Eduardo Ubaldo. Uma história antiga: o Supremo Tribunal Federal e o habeas corpus. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda; NUNES, Mariana Madera; SOUZA, Rafael Ferreira; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. A objetividade do Princípio da Insignificância. **Boletim IBCCRIM**, ano 9, n. 109, dez. 2001.

PEREIRA, Carlos Frederico de. O. O conceito de bem jurídico e o princípio da insignificância. **Revista do Ministério Público Militar**. Brasília: MPX, ano X, n. 13, 1991.

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. Direito (tradução de Maria Ermantina). São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PINTO, Rafael Fagundes. **A Insignificância no Direito Penal Brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

POSNER, Richard. **El análisis económico del derecho**. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007,

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRADO, Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício da inconstitucionalidade. In: **Constituição e Segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum.

RODRIGUES, Edimar Edson Mendes. **A cultura punitiva na modernidade tardia: um estudo das racionalidades legislativas do sistema penal brasileiro**. Pós-graduação.

Universidade Federal de Pernambuco, 2016. Disponível em:

[https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/20269/1/TESE%20-](https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/20269/1/TESE%20-%20Edimar%20Edson%20Mendes%20Rodrigues%20-%20vers%C3%A3o%20definitiva.pdf)

[%20Edimar%20Edson%20Mendes%20Rodrigues%20-%20vers%C3%A3o%20definitiva.pdf](https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/20269/1/TESE%20-%20Edimar%20Edson%20Mendes%20Rodrigues%20-%20vers%C3%A3o%20definitiva.pdf).

Acesso em: 14 mai. 2023.

ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2012.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. 2. ed. 2013.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, cit., p. 138. Em sentido similar: MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Corso di diritto..., cit., p. 12. Ver igualmente: NAUCKE, Wolfgang. **La progressiva pérdida de contenido del principio de legalidade penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado. La insostenible situación del derecho...**, cit.

ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema jurídico-Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RUDOLPHI, Hans-Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. Trad. Enrique Bacigalupo. Nuevo pensamiento penal. **Revista de Derecho y Ciencias Penales**. Buenos Aires: Depalma, ano 4, 1975.

SANDEL, Michael J. **Justiça**. O que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015. p. 37.

SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira: quem é e como vive**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2022.

SANTOS, Evaristo Aragão. **Em torno do conceito e da formação do precedente judicial**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Direito jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: Parte Geral**. 7. ed. Rev., atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: Parte Geral**. 7. ed. Rev., atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SANTOS, Thiago Pedro Pagliuca dos. **O princípio da ofensividade como complemento necessário à regra da legalidade penal no Estado Democrático de Direito**. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, 2014. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-24022016-164831/publico/Dissertacao_Thiago_Pedro_Pagliuca_dos_Santos.pdf. Acesso em: 18 jun. 2020.

SARRULE, Oscar Emilio. **La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal** (Abolicionismo o justificación), Argentina: Universidad, 1998.

SILVA, André Luiz Augusto da Silva. **Retribuição e história: para uma crítica do sistema penitenciário**. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Pernambuco, 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/10638/1/TESE%20UFPE.pdf>. Acesso em 15 mai. 2023.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2022.

SILVA, Eduardo Sanz de Oliveira e. O princípio da Subsidiariedade e a Expansão do Direito Penal econômico. In D'AVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (coord). **Direito Penal Secundário**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

SILVA FRANCO, Alberto. **Crimes hediondos, Imprensa**: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, Andrey Gastaldi. **A uniformização das decisões judiciais no sistema jurídico brasileiro**. Dissertação em Mestrado, 2017. Universidade do Vale do Itajaí. Disponível em:

<https://www.univali.br/Lists/TrabalhosMestrado/Attachments/2231/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Andrey%20Gastaldi%20da%20Silva.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2023.

SOBRINHO, Fernando Martins Maria. **Direito Penal Econômico**. 1. ed. Londrina: Thoth Editora, 2017.

SOUSA, Felipe Oliveira de. O raciocínio jurídico entre princípios e regras. **Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 192, p. 95-109, out./dez. 2011. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242932>. Acesso em: 22 jun. 2020.

SOUZA, Rafael Ferreira; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

THAMAY, Rennan; JUNIOR, Vanderlei G.; JR., Clóvis Smith F. **Precedentes Judiciais**. Saraiva, 2021.

TOLEDO, Francisco Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1982.

VIANA, Antônio Aurélio de S.; NUNES, Dierle. **Precedentes**. A Mutação no Ônus Argumentativo. Grupo GEN, 2017.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. Trad. Juan Bustos Ramirez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970.

YACOBUCI, Guillermo J. **El Sentido de Los Principios Penales**: Su naturaleza e funciones em la argumentacion penal. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires, 2002.

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

APÊNDICE 1

TABELAS DAS DECISÕES MONOCRÁTICAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE
JUSTIÇA APÓS O *HABEAS CORPUS* Nº 123.108

| Processo | Classe | Relator | Resultado | Fundamento da decisão | Parâmetro da análise | Semelhança dos casos | Ano |
|-----------------|---------------|---------------------------|------------------|---|--|------------------------------------|------------|
| 611907 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | Reincidência mencionada na decisão | 2020 |
| 415472 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Perda do objeto | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | | 2020 |
| 543883 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | Reincidência mencionada na decisão | 2020 |

| | | | | | | | |
|--------|----|---------------------------|-----------------|---|--|------------------------------------|------|
| 540815 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | Reincidência mencionada na decisão | 2020 |
| 471215 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | Reincidência mencionada na decisão | 2019 |
| 500430 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | Valor | 2019 |
| 504810 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e | Valor e reincidência | 2019 |

| | | | | | | | |
|--------|----|---------------------------------|--------------------|--|--|-------------------------|------|
| | | | | | interpretação do STJ | | |
| 501445 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | Valor e reincidência | 2019 |
| 497958 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | Valor e reincidência | 2019 |
| 497530 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | Valor e reincidência | 2019 |

| | | | | | | | |
|--------|----|---------------------------|-----------------|---|--|----------------------|------|
| 479770 | HC | Joel Ilan Paciornik | Não conheceu | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | - | 2019 |
| 491943 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | Valor e reincidência | 2019 |
| 491959 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | Valor | 2019 |
| 484968 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e | Valor | 2019 |

| | | | | | | | |
|--------|----|---------------------------------|--------------------|--|--|-------------------------|------|
| | | | | | interpretação do STJ | | |
| 477453 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | Valor | 2019 |
| 472788 | HC | Joel Ilan Paciornik | Não conheceu | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | Reincidência | 2018 |
| 449561 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | Valor e reincidência | 2018 |

| | | | | | | | |
|--------|----|---------------------------|-----------------|---|--|---------------------------|------|
| 479770 | HC | Joel Ilan Paciornik | Não conheceu | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | Valor e maus antecedentes | 2018 |
| 471892 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | Valor e reincidência | 2018 |
| 463694 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | Valor e reincidência | 2018 |
| 469006 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e | Valor e reincidência | 2018 |

| | | | | | | | |
|--------|----|---------------------------------|--------------------|--|--|-------------------------|------|
| | | | | | interpretação do STJ | | |
| 470923 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | Valor e reincidência | 2018 |
| 396667 | HC | Joel Ilan Paciornik | Não conheceu | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | Valor e reincidência | 2018 |
| 457690 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | Valor e reincidência | 2018 |

| | | | | | | | |
|--------|----|---------------------------|-----------------|---|--|----------------------|------|
| 460213 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | Valor e reincidência | 2018 |
| 458504 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | Valor | 2018 |
| 394343 | HC | Joel Ilan Paciornik | Não conheceu | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | Valor e reincidência | 2018 |
| 429793 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e | Valor e reincidência | 2018 |

| | | | | | | | |
|--------|----|---------------------------------|--------------------|--|--|-------------------------|------|
| | | | | | interpretação do STJ | | |
| 449853 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | Valor e reincidência | 2018 |
| 447860 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | Valor e reincidência | 2018 |
| 422126 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | Valor e reincidência | 2018 |

| | | | | | | | |
|--------|----|---------------------------|-----------------|---|--|----------------------|------|
| 438183 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | Valor e reincidência | 2018 |
| 436777 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | Valor | 2018 |
| 331389 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | Valor e reincidência | 2017 |
| 375006 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e | Valor e reincidência | 2017 |

| | | | | | | | |
|--------|----|---------------------------------|--------------------|--|--|-------------------------|------|
| | | | | | interpretação do STJ | | |
| 411836 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | Valor | 2017 |
| 375857 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | Valor e reincidência | 2017 |
| 405393 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | Valor e reincidência | 2017 |

| | | | | | | | |
|--------|----|---------------------------|-----------------|---|--|----------------------|------|
| 406052 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | Valor e reincidência | 2017 |
| 386349 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | Valor e reincidência | 2017 |
| 217894 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | Valor e reincidência | 2017 |
| 394361 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e | Valor e reincidência | 2017 |

| | | | | | | | |
|--------|----|---------------------------------|--------------------|--|--|-------------------------|------|
| | | | | | interpretação do STJ | | |
| 387681 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | Valor e reincidência | 2017 |
| 367817 | HC | Joel Ilan Paciornik | Não conheceu | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | Valor e reincidência | 2017 |
| 309234 | HC | Joel Ilan Paciornik | Não conheceu | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | Valor e reincidência | 2017 |

| | | | | | | | |
|--------|----|-----------------------|------------------------|---|--|----------------------|------|
| 383595 | HC | Rogério Schietti Cruz | Denegou a ordem | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | Valor e reincidência | 2017 |
| 337532 | HC | Joel Ilan Paciornik | Não conheceu | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | Valor e reincidência | 2016 |
| 361019 | HC | Joel Ilan Paciornik | Indeferiu liminarmente | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | - | 2016 |
| 680818 | HC | Jesuíno Rissato | Não conheceu | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e | Reincidência | 2021 |

| | | | | | | | |
|--------|----|---------------------------------|----------|--|--|------------------------------|------|
| | | | | | interpretação do STJ | | |
| 648808 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Concedeu | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | Valor e requisitos do STF | 2021 |
| 640929 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Concedeu | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | Valor e requisitos do STF | 2021 |
| 655815 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Concedeu | Menção aos <i>habeas corpus</i> nº 123.108 e 84.412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | Valor e requisitos do STF | 2021 |

APÊNDICE 2

TABELAS DAS DECISÕES MONOCRÁTICAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE
JUSTIÇA APÓS O *HABEAS CORPUS* Nº 84.412

| Processo | Classe | Relator | Resultado | Fundamento da decisão | Parâmetro da análise | Ano |
|-----------------|---------------|----------------------------|------------------------|------------------------------|---|------------|
| 711779 | HC | REYNALDO SOARES DA FONSECA | Indeferiu liminar | Prejudicado | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2021 |
| 680758 | HC | JOÃO OTÁVIO | Não conheceu | Reincidência | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2021 |
| 682954 | HC | JORGE MUSSI | Indeferiu liminar | Prejudicado | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2021 |
| 675222 | HC | JOEL ILAN | Indeferiu liminarmente | Prejudicado | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2021 |
| 658990 | HC | JOEL ILAN | Indeferiu liminar | Prejudicado | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2021 |

| | | | | | | |
|--------|----|----------------------------------|----------------|---|--|------|
| 570975 | HC | ANTÔNIO SALDANHA | Denegou | Gravidade abstrata do delito | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2021 |
| 642199 | HC | RIBEIRO DANTAS | Não conheceu | Gravidade | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2021 |
| 626297 | HC | FELIX FISCHER | Não conheceu | Valor | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2021 |
| 619631 | HC | ANTONIO SALDANHA PALHEIRO | Ordem denegada | Maus antecedentes | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2020 |
| 600681 | HC | REYNALDO SOARES DA FONSECA | Não conheceu | Réu multirreincidente e furto qualificado | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2020 |
| 603117 | HC | JORGE MUSSI | Não conheceu | Furto qualificado e estava no <i>sursis</i> | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2020 |

| | | | | | | |
|--------|----|----------------------------------|--|----------------------------|--|------|
| 519774 | HC | JOEL ILAN PACIORNIK | Não conheceu | Ausência dos requisitos | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2020 |
| 370108 | HC | ANTONIO SALDANHA PALHEIRO | Concedida parcialmente, mas não em relação ao princípio | Ausência dos requisitos | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2020 |
| 565152 | HC | ANTONIO SALDANHA PALHEIRO | Não conheceu | Ausência dos requisitos | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2020 |
| 512815 | HC | REYNALDO SOARES DA FONSECA | Não conheceu | Não apreciado | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2019 |
| 542195 | HC | REYNALDO SOARES DA FONSECA | Ordem de ofício | - | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2019 |

| | | | | | | |
|--------|----|----------------------------|------------------|-------------------------|---|------|
| 474262 | HC | NEFI CORDEIRO | Não conheceu | Ausência dos requisitos | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2019 |
| 498701 | HC | RIBEIRO DANTAS | Não conheceu | Prejudicado | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2019 |
| 490073 | HC | RIBEIRO DANTAS | Não conheceu | Reiteração delituosa | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2019 |
| 504951 | HC | NEFI CORDEIRO | Denegado | Ausência dos requisitos | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2019 |
| 493781 | HC | REYNALDO SOARES DA FONSECA | Ordem de ofício | - | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2019 |
| 504951 | HC | NEFI CORDEIRO | Deferida liminar | - | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2019 |

| | | | | | | |
|--------|----|---------------------------|-----------------------------------|-------------------------|---|------|
| 491387 | HC | NEFI CORDEIRO | Conheceu e reconheceu atipicidade | Presença dos requisitos | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2019 |
| 495140 | HC | NEFI CORDEIRO | Conheceu e reconheceu atipicidade | Presença dos requisitos | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2019 |
| 481791 | HC | FELIX FISCHER | Não conheceu | Reincidência | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2019 |
| 495140 | HC | NEFI CORDEIRO | Liminar indeferida | Reincidência | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2019 |
| 488023 | HC | SEBASTIÃO REIS JÚNIOR | Ordem denegada | Reiteração delituosa | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2019 |
| 477453 | HC | ANTONIO SALDANHA PALHEIRO | Concedeu | - | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2019 |

| | | | | | | |
|--------|----|---------------------------|------------------------|----------------------------------|---|------|
| 485583 | HC | SEBASTIÃO REIS JÚNIOR | Indeferiu liminarmente | Valor da coisa e reincidência | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2018 |
| 472788 | HC | JOEL ILAN PACIORNIK | Não conheceu | Reincidência e maus antecedentes | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2018 |
| 481791 | HC | FELIX FISCHER | Indeferiu liminar | Não entrou no mérito | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2018 |
| 457821 | HC | LAURITA VAZ | Denegou a ordem | Reincidência | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2018 |
| 464159 | HC | ANTONIO SALDANHA PALHEIRO | Denegou a ordem | Reincidência | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2018 |
| 457821 | HC | LAURITA VAZ | Indeferiu liminar | Reincidência | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2018 |

| | | | | | | |
|--------|----|------------------------------------|--|-------------------------------------|--|------|
| 436705 | HC | MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA | Concedida ordem para afastar qualificadora | Ausência dos requisitos | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2018 |
| 436705 | HC | MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA | Indeferiu liminar | Ausência dos requisitos | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2018 |
| 433715 | HC | HUMBERTO MARTINS | Indeferiu liminar | Pleito confundido com mérito | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2018 |
| 397832 | HC | FELIX FISCHER | Não conheceu | Reincidência e maus antecedentes | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2017 |
| 416634 | HC | MARIA THEREZA DE ASSIS | Indeferiu liminarmente | Ausência dos requisitos e valor | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2017 |
| 405790 | HC | LAURITA VAZ | Indeferiu liminar | Gravidade do delito | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2017 |

| | | | | | | |
|--------|----|---------------------------------|-----------------------|---------------------------------|--|------|
| 340040 | HC | ANTONIO SALDANHA PALHEIRO | Conheceu ordem | Não afastou insignificância | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2017 |
| 220284 | HC | ANTONIO SALDANHA PALHEIRO | Julgou prejudicado | Prejudicado | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2017 |
| 383421 | HC | FELIX FISCHER | Não conheceu | Maus antecedentes reiteração | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2017 |
| 376804 | HC | ANTONIO SALDANHA PALHEIRO | Denegou ordem | Gravidade do delito | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2017 |
| 374217 | HC | ANTONIO SALDANHA PALHEIRO | Denegou ordem | Ausência dos requisitos | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2016 |
| 376804 | HC | ANTONIO SALDANHA PALHEIRO | Indeferiu liminar | Prejudicado | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2016 |

| | | | | | | |
|--------|----|----------------------------------|-------------------|---------------------|---|------|
| 374217 | HC | ANTONIO SALDANHA PALHEIRO | Indeferiu liminar | Prejudicado | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2016 |
| 370732 | HC | REYNALDO SOARES DA FONSECA | Indeferiu liminar | Prejudicado | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2016 |
| 350367 | HC | MARIA THEREZA DE ASSIS | Indeferiu liminar | Prejudicado | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2016 |
| 218157 | HC | ROGERIO SCHIETTI CRUZ | Não conheceu | Gravidade do delito | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2013 |
| 276200 | HC | MARILZA MAYNARD | Indeferiu liminar | Prejudicado | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2013 |
| 268476 | HC | MARIA THEREZA DE ASSIS | Indeferiu liminar | - | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2013 |

| | | | | | | |
|--------|----|------------------------------------|---------------------------|---------------------|--|------|
| 268185 | HC | MARILZA MAYNARD | Indeferiu liminarmente | Gravidade do delito | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2013 |
| 231220 | HC | ARI PARGENDLER | Indeferiu liminar | Prejudicado | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2012 |
| 219166 | HC | SEBASTIÃO REIS JÚNIOR | Indeferiu liminar | Reincidência | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2011 |
| 199332 | HC | MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA | Indeferiu liminar | Reincidência | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2011 |
| 175276 | HC | CELSO LIMONGI | Concedeu | Valor | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2011 |
| 189856 | HC | MARIA THEREZA DE ASSIS | Deferiu liminar | Valor | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2010 |

| | | | | | | |
|--------|----|-------------|-------------------|-------------|---|------|
| 174599 | HC | LAURITA VAZ | Indeferiu liminar | Prejudicado | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2010 |
| 130257 | HC | LAURITA VAZ | Deferiu liminar | Valor | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2009 |
| 128037 | HC | LAURITA VAZ | Deferiu liminar | Valor | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2009 |
| 123591 | HC | LAURITA VAZ | Deferiu liminar | Valor | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2009 |
| 114841 | HC | LAURITA VAZ | Deferiu liminar | Valor | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2008 |
| 112015 | HC | LAURITA VAZ | Deferiu liminar | Valor | Menção ao <i>habeas corpus</i> e interpretação do STJ | 2008 |

APÊNDICE 3

TABELA DOS ACÓRDÃOS PROFERIDOS EM SEDE DE RECURSO INTERPOSTOS
CONTRA AS DECISÕES MONOCRÁTICAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

| Processo | Classe | Relator | Resultado | Fundamento da decisão | Parâmetro da análise | Ano | Turma | Resultado colegiado |
|-----------------|---------------|---------------------------|------------------|--|--|------------|--------------|----------------------------|
| 611907 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2020 | | Não houve recurso |
| 415472 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Perda do objeto | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2020 | | Não houve recurso |
| 543883 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2020 | | Não houve recurso |
| 540815 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2020 | | Não houve recurso |

| | | | | | | | | |
|--------|----|---------------------------|-----------------|--|--|------|----|-------------------------------|
| 471215 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2019 | T6 | Manteve a decisão monocrática |
| 500430 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2019 | | Não houve recurso |
| 504810 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2019 | | Não houve recurso |
| 501445 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2019 | | Não houve recurso |
| 497958 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2019 | | Não houve recurso |
| 497530 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2019 | | Não houve recurso |

| | | | | | | | | |
|--------|----|---------------------------|-----------------|--|--|------|----|-----------------------------|
| 479770 | HC | Joel Ilan Paciornik | Não conheceu | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2019 | | Não houve recurso |
| 491943 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2019 | | Não houve recurso |
| 491959 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2019 | | Não houve recurso |
| 484968 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2019 | T6 | Manteve decisão monocrática |
| 477453 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2019 | | Não houve recurso |
| 472788 | HC | Joel Ilan Paciornik | Não conheceu | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2018 | | Não houve recurso |

| | | | | | | | | |
|--------|----|---------------------------|-----------------|--|--|------|--|-------------------|
| 449561 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2018 | | Não houve recurso |
| 479770 | HC | Joel Ilan Paciornik | Não conheceu | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2018 | | Não houve recurso |
| 471892 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2018 | | Não houve recurso |
| 463694 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2018 | | Não houve recurso |
| 469006 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2018 | | Não houve recurso |
| 470923 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2018 | | Não houve recurso |

| | | | | | | | | |
|--------|----|---------------------------|-----------------|--|--|------|----|-----------------------------|
| 396667 | HC | Joel Ilan Paciornik | Não conheceu | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2018 | T5 | Negou provimento ao recurso |
| 457690 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2018 | | Não houve recurso |
| 460213 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2018 | | Não houve recurso |
| 458504 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2018 | | Não houve recurso |
| 394343 | HC | Joel Ilan Paciornik | Não conheceu | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2018 | | Não houve recurso |
| 429793 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2018 | | Não houve recurso |

| | | | | | | | | |
|--------|----|---------------------------|-----------------|--|--|------|----|-------------------------------|
| 449853 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2018 | | Não houve recurso |
| 447860 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2018 | | Não houve recurso |
| 422126 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2018 | T6 | Manteve a decisão monocrática |
| 438183 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2018 | | Não houve recurso |
| 436777 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2018 | | Não houve recurso |
| 331389 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2017 | | Não houve recurso |

| | | | | | | | | |
|--------|----|------------------------------|--------------------|--|--|------|--|----------------------|
| 375006 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2017 | | Não houve recurso |
| 411836 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2017 | | Não houve recurso |
| 375857 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2017 | | Não houve recurso |
| 405393 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2017 | | Não houve recurso |
| 406052 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2017 | | Não houve recurso |
| 386349 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2017 | | Não houve recurso |

| | | | | | | | | |
|--------|----|---------------------------|-----------------|--|--|------|----|-----------------------------|
| 217894 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2017 | | Não houve recurso |
| 394361 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2017 | | Não houve recurso |
| 387681 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Ordem concedida | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2017 | | Não houve recurso |
| 367817 | HC | Joel Ilan Paciornik | Não conheceu | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2017 | T5 | Negou provimento ao recurso |
| 309234 | HC | Joel Ilan Paciornik | Não conheceu | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2017 | | Não houve recurso |
| 383595 | HC | Rogério Schietti Cruz | Denegou a ordem | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2017 | | Não houve recurso |

| | | | | | | | | |
|--------|----|---------------------------|------------------------|--|--|------|----|-----------------------------|
| 337532 | HC | Joel Ilan Paciornik | Não conheceu | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2016 | | Não houve recurso |
| 361019 | HC | Joel Ilan Paciornik | Indeferiu liminarmente | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2016 | T5 | Negou provimento ao recurso |
| 680818 | HC | Jesuíno Rissato | Não conheceu | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2021 | T5 | Negou provimento ao recurso |
| 648808 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Concedeu | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2021 | | Não houve recurso |
| 640929 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Concedeu | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2021 | T6 | Manteve decisão monocrática |
| 655815 | HC | Antônio Saldanha Palheiro | Concedeu | Menção aos habeas corpus nº 123108 e 84412 | Menção ao precedente do STF e interpretação do STJ | 2021 | | Não houve recurso |

APÊNDICE 4

Sugestões Professor Ademar

1. Erros de concordância, acentuação:

R: Foi realizada revisão ortográfica na tese.

2. Afirmações sem indicação de fontes:

R: Foram apontadas as referências (HC) das conclusões extraídas das decisões analisadas. Foram feitas referências diretamente das decisões do STJ que comprovam as questões apontadas.

3. Generalizações sobre o precedente do STF:

R: Houve a reformulação das conclusões extraídas dos “precedentes” do STF, no sentido de ratificar algumas informações, como por exemplo o fato de o STF ter flexibilizado a aplicação da insignificância no caso da reincidência.

4. Afirmção no resumo de que “apesar de o STJ não ser obrigado a observar os precedentes”:

R: foi reformulado o trecho.

5. Ao final do item 1.2, realiza conclusão que direito penal serve para tutelar bens de muita importância. Foi informado que a afirmação é muito relevante e que foi “jogada”.

R: busquei aprofundar um pouco mais sobre essa afirmativa e apontei referências.

6. No item 1.3, na quarta página, “o princípio da insignificância, em sua totalidade, deve ser considerado instrumento preventivo, que pode servir de resguardo ao cometimento de novos crimes, além de que busca desafogar o judiciário com demandas insignificantes” Afirmção descontextualizada e sem fontes.

R: busquei aprofundar um pouco mais sobre essa afirmativa e apontei referências.

7. No item 1.3, tem citação de NUCCI.

R: Foram retiradas fontes de NUCCI, GRECO e manuais.

8. No item 1.4, fala sobre fundamentos constitucionais. Segundo o Professor, foi prometido falar sobre a base constitucional da insignificância e não foi entregue.

R: Busquei adequar o tópico e tentei abordar a base constitucional da insignificância através de princípios que são explícitos na CF, como por exemplo a proporcionalidade. Foi acrescido artigo do professor no tópico.

9. Item 2 na nota de rodapé 293 "Vinicius Vasconcellos e Danyelle Galvão compreendem pela possibilidade de formação de precedentes em sede de habeas corpus, desde que sejam observadas as exigências legais" Sem fonte para essa informação.

R: Foi acrescida a fonte.

10. No item 2.3.1, a afirmação: “Essas decisões de habeas corpus ainda que não sejam consideradas precedentes... ” é problemática pois eles realmente SÃO precedentes.

R: reformulado.

11. Vícios da advocacia

R: foram retirados termos como “à baila”, “jurisprudência pátria”, dentre outros apontados pela banca. E foram retiradas as citações de ementa.

12. No item 2.4, não ficou claro o conteúdo das decisões do STF

R: o conteúdo dos habeas corpus do STF foram apresentados de forma detalhada para o leitor.

13. Ausência de linguagem científica em alguns termos

R: As palavras apontadas foram devidamente substituídas.

14. Retirar “vez ou outra”

R: retirado/substituído e apontada as decisões.

15. Explicar melhor sobre julgamento do STF acerca da reincidência e a aplicação da insignificância

R: foi explicado um pouco mais o HC 123108 e o entendimento firmado pelo STF

16. Corte superior se refere ao STJ. Sugeriu tirar “corte superior”:

R: foi retirado o sinônimo corte superior

17. Afirmações problemáticas. Ex. “decide como bem entende”:

R: linguagem foi substituída

18. Foram apresentadas várias ideias sem dados

R: os dados foram apresentados através da referência para comprovar a conclusão

19. No item 2.6, informações soltas

R: retiradas

20. Item 3.2 "O que é perceptível é que quando os Ministros estão diante de casos que requerem a aplicabilidade da insignificância penal, o fator valor é o primeiro vetor levado em consideração pelos Ministros. " Informação sem dado para comprovar a veracidade, além de contrariar afirmação anterior.

R: Reformulada

21. "Em segundo plano, temos a reincidência como obstáculo, apesar da existência do habeas corpus nº 123108 do STF. Já em terceiro lugar, a gravidade abstrata do delito..." Também sem fonte.

R: foi apresentada fonte

22. Nota de rodapé 371 - "Do exame do referido trecho, chama-se atenção para duas coisas: 1) Supremo atribuiu o poder de decisão para o juízo singular ou tribunal local e 2) abriu margem para todo tipo de interpretação. " Juízo singular é expressão viciosa (trocar por "ao juiz") e a afirmação a seguir é uma informação importante que não foi desenvolvida adequadamente. Essa premissa (de atribuir ao juiz) não é um problema.

R: não tratei como problema, apenas trouxe a conclusão.

23. Sugeriu substituição de alguns termos

R. Alterei para termos científicos

24. Apontou a problemática do número de habeas corpus encontrados

R. A busca foi baseada na palavra-chave utilizada, fiz e refiz várias vezes o mesmo caminho e sempre chega no mesmo número (colocando as palavras-chaves mencionadas na metodologia)

25. Solicitou acréscimo de doutrina no tópico que trata do direito penal mínimo

R. busquei me aprofundar no artigo apontado pelo examinador e fiz os acréscimos

Professor João Rafael

1. Página 14: Citação de Turíbio Marques incompleta sem informação de fonte.

R: incluída fonte

2. Erros de digitação e concordância:

R: passou pela revisão

3. Página 17: Não vislumbrou coesão desse tópico com a tese (indicado repensar se é necessário esse tópico no núcleo da tese) tópico ficou superficial sem mencionar os referenciais teóricos da criminologia e sociologia que amparam essa perspectiva.

R: Foi aprofundado um pouco mais sobre o tópico

4. Incluir fontes como Jessé de Souza para os tópicos em que cita a "ralé brasileira":

R: foi incluída a fonte

5. Primeiro parágrafo da Página 18: "A doutrina estrangeira busca conceituar o bem jurídico como aquele bem vital do indivíduo, ou até mesmo aquele essencial à comunidade, isso porque é juridicamente protegido" Falar de doutrina estrangeira em uma tese de doutorado pois não há fonte nem é unânime na doutrina estrangeira.

R: retirado

6. Na continuação do parágrafo há uma citação a Muñoz Conde e Bitencourt (não é estrangeiro):

R: Foi corrigido

7. Adotar Marinoni como paradigma caso queira afirmar que se os habeas corpus que é adotado pelo STF e STJ são sempre precedentes vinculante ou como muitos afirmam: há precedentes persuasórios (que não passam pelo rigorismo pelo precedente de natureza obrigatória) e vinculantes:

R: a ideia do precedente persuasivo foi incluída na tese, além de ter sido adotada pelo pesquisador, com fundamento no doutrinador Marinoni

8. Página 71. "O civil law puro passou a ser mal visto quando o legislador trouxe conceitos indeterminados e cláusulas gerais que deixaram margem para qualquer interpretação, benéfica ou prejudicial. Cabe ainda salientar que, antes da evolução desse pensamento, a norma era vista como lei, contudo, diante da insegurança jurídica trazida pela própria lei, percebeu-se que a norma é fruto da interpretação do julgador. Sendo assim, a ideia de que o julgador deveria apenas aplicar a lei, sem que pudesse interpretá-la, foi superada, sobretudo porque a atividade judicial vai além da mera subsunção dos fatos à literalidade do dispositivo legal." Faltou fonte pra essa informação.

R: fonte incluída

9. "Os cidadãos cansaram das indeterminações da lei, exigindo que a atividade judicial tenha também a função de extrair a regra jurídica da lei através da interpretação do caso concreto. A importância dos precedentes judiciais em um sistema que predominava a lei como fonte de direito é de suma relevância, visto que seu objeto é uniformizar e manter estável a jurisprudência." Aconselha retirar ou redigir de outra forma.

R: reformulado

10. Na página 73 cometeu o mesmo equívoco sobre a doutrina estrangeira: "A doutrina compreende que uma das funções primordiais do direito é gerar estabilidade para o indivíduo, isso porque as relações jurídicas devem ser pautadas no mínimo de previsibilidade possível. Nessa senda, a aplicabilidade de precedentes judiciais e decisões pretéritas, quando há similaridade no caso, traz a segurança jurídica almejada. Avançando um pouco mais sobre a segurança jurídica e sua conceituação, Marinoni expõe que: ..." Qual doutrina? Quem está falando? Só menciona um único autor na nota de rodapé. Sugere uma adaptação ou releitura.

R: Foi adaptado.

11. Página 74: Foi mencionada a autora Danyelle Galvão, mas na hora de referenciar traz o livro do Zanetti.

R: foi corrigido, trazendo menção à Danyelle Galvão.

12. Página 75: "Portanto, é o caso do princípio da insignificância, que é uma interpretação decorrente dos princípios basilares do direito penal. Assim sendo, em que

pese as falhas das cortes superiores acerca da interpretação da Constituição Federal e das legislações infraconstitucionais, não podemos desmerecer o papel dos precedentes na eficácia dos direitos fundamentais. " Fez uma conclusão desprovida de maior verticalidade, maior análise. Informação solta.

R: corrigido, realizada adaptação.

13. Quando analisa as decisões do STJ você faz uma análise geral um pouco grosseira, justifica que analisou as decisões monocráticas e desconsiderou os acórdãos pelo número de acórdãos e esse nem sempre é o melhor critério.

R: foi realizada análise detalhada das decisões em outro tópico. Em relação aos acórdãos, em razão do tempo para análise, tiveram que ser excluídos. Contudo, fiz breve análise dos acórdãos proferidos nos recursos interpostos contra as decisões monocráticas analisadas.

14. Menciona dados de outros: "Delegados, conhecidos e outros" mas não explica o que são esses outros.

R: expliquei os "outros" nas tabelas.

Profa. Carolina Costa Ferreira

1. A pergunta de pesquisa está definida no resumo em formato de sim ou não: "As decisões do STF, em sede de habeas corpus, estão sendo aplicadas pelo Superior Tribunal de Justiça através de seus Ministros?" É necessário reformular a pergunta indicando quais são os seus argumentos, quais são os principais fundamentos das decisões do STJ ao incorporar ou não os precedentes nos HC's "tais e tais" do STF.

R: Foi reformulada a problemática

2. Foram encontrados problemas de revisão de gramática, de ABNT como inserir quebra de página entre os capítulos por exemplo. A versão não foi devidamente revisada com muitos erros de gramática e digitação

R: foi realizada a revisão de gramática e ABNT

3. Na Introdução é bastante importante mencionar o interesse pelo tema, de forma mais específica, dizer de onde veio o interesse pelo tema e dizer quais serão os pontos que serão desenvolvidos ao longo do trabalho.

R: Foi introduzido o interesse no tema e os pontos desenvolvidos

4. Na Introdução afirmou que faria uma pesquisa empírica, mas isso por si só não é suficiente pois existem vários tipos de pesquisa empírica como análise de decisões, análise de jurisprudências, estudo de caso, acompanhamentos de audiência, etc.

R: foi apontada a análise de decisão e jurisprudência como metodologia

5. Ficou uma dúvida quanto ao que foi realizado no trabalho, se a pesquisa pode ser considerada uma análise de decisões ou uma análise de jurisprudência. Ficou subtendido que o objetivo era entregar uma análise de jurisprudência (do

entendimento do STJ em relação aos cumprimentos do STF) mas acabou entregando uma análise de decisões.

R: pesquisa de jurisprudência e decisões – metodologia incluída no trabalho

6. Na página 102: "A pesquisa empírica foi iniciada no dia 19 de dezembro de 2023 (2022) para ambos os casos. Ao colocar as palavras-chaves, que serviram para delimitar o número de habeas corpus, foram encontradas cerca de 64 decisões monocráticas após o julgamento do habeas corpus nº 84412 e o total de 689 acórdãos, sendo estes desconsiderados em razão do foco da pesquisa." Por que desconsiderar acórdãos? Por que trazer mais decisões monocráticas? Sendo que os dados demonstram que a maioria das decisões são de acórdãos, não de decisões monocráticas. O seu foco é pensar no processo decisório individual dos Ministros no atendimento aos precedentes? Você analisou 64 de 689, como faz afirmações tão generalizantes?

R: Foram corrigidos os erros (data do início da pesquisa). Os acórdãos foram desconsiderados em razão do tempo para entrega da tese. Foram incluídos acórdãos proferidos em sede de recursos interpostos contra as decisões monocráticas, para verificar se o STJ (colegiado) manteve ou não a decisão e, assim, verificar o entendimento do STJ e não apenas o processo decisório individual. As afirmações foram reformuladas. A metodologia foi reajustada. Os parâmetros foram explicados na metodologia e introdução.

7. Na página 103, "Em primeiro lugar, é importante salientar que a epistemologia adotada diz respeito aos habeas corpus nº 12.3108 e 84412 julgados pelo Supremo Tribunal Federal e que fixaram teses importantes para a aplicabilidade do princípio da insignificância. " Não é epistemologia, é metodologia, ou talvez uma técnica de pesquisa que seja adequada a análise das decisões.

R: corrigido

8. A escolha dos termos: Não sei dizer se você colocou o a busca no inteiro teor do documento ou se é uma busca pela indexação. Isso reduz significativamente o número de decisões e documentos a disposição.

R: foi exposta a forma como foram procuradas as decisões analisadas. Não há como mudar o termo agora diante do tempo.

9. A sua parte sobre criminologia está muito fraca, citas teorias criminológicas com base no livro do Prof. Rogério Schietti, tenho dúvida se podemos usar como base de uma teoria criminológica este livro.

R: foram incluídas outras bases teóricas, a fim de melhorar o tópico.

10. Nos itens 2.2 e 2.3 senti muita falta de uma apresentação mais robusta dos fundamentos dos HCs 84412 e 123108

R: foram apontados os conteúdos e voto de cada ministro

Professora Chiavelli Facenda

1. Sugeriu que as conclusões sejam melhor definidas e que a tese não apareça só na conclusão, sugeriu a inclusão de um tópico anterior para desenvolver melhor ao longo do trabalho e não só na conclusão.

R: acrescido tópico 3.5 para discorrer melhor sobre a tese

2. Precisa deixar mais claro se os dois julgados na sua visão são vinculantes e por si só bastariam e assim teríamos que ver porque não são aplicados. Ou, se sustentando que não são vinculantes, você propõe que eles precisam ser vinculantes, eventualmente a partir de uma súmula vinculante (necessário apresentar o texto da súmula trazendo uma originalidade a mais)

2. foi adotado o posicionamento de que se tratam de precedente persuasivos, portanto, não possuem efeitos vinculativos.

Sugestão final dos examinadores:

1. Revisão formal completa
2. Diminuir o juridiquês e tirar ementas
3. Explicar melhor a metodologia e porque está olhando para as decisões monocráticas: se decisões foram mantidas pelo colegiado e quantas foram objetos de recurso
4. explicar quais são os conteúdos de cada uma das decisões do STF e extrair a *ratio decidendi*
5. demonstrar com base em fontes a base de todas as afirmações
6. sugerir a redação da súmula vinculante

Obs. Os 6 pontos já foram objetos de análise e reformulação.