



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

CECÍLIA FRANCO PAES NUNES

**SELETIVIDADE PENAL E A (IN)APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA
INSIGNIFICÂNCIA AO DELITO DE CIRCULAÇÃO DE MOEDA FALSA (ART. 289,
§1º, CP)**

Salvador
2018

CECÍLIA FRANCO PAES NUNES

**SELETIVIDADE PENAL E A (IN)APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA
INSIGNIFICÂNCIA AO DELITO DE CIRCULAÇÃO DE MOEDA FALSA (ART. 289,
§1º, CP)**

Trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof.º Dr.º Sebastián Borges de Albuquerque Mello

Salvador
2018

CECÍLIA FRANCO PAES NUNES

**SELETIVIDADE PENAL E A (IN)APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA
INSIGNIFICÂNCIA AO DELITO DE CIRCULAÇÃO DE MOEDA FALSA (ART. 289,
§1º, CP)**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Cecília Franco Paes Nunes

Data da aprovação: Salvador – BA, _____ de _____ de _____.

Sebastião Borges de Albuquerque Mello (Orientador)
Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia
Universidade Federal da Bahia

Rafaela Alban Cerqueira
Mestre e Doutoranda em Direito pela Universidade Federal da Bahia
Universidade Federal da Bahia

Thaize de Carvalho Correia
Mestre e Doutoranda em Direito pela Universidade Federal da Bahia
Universidade Federal da Bahia

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer à Defensoria Pública da União, instituição que me acolheu como estagiária ao longo da graduação. O período de estágio fortaleceu ainda mais a minha indignação diante das injustiças sociais e me permitiu ensinamentos que vão muito além de teorias, códigos e teses jurídicas. As lições aprendidas agora dão frutos neste trabalho. Por isso, agradeço também ao Dr. Pedro Lorens, meu supervisor, grande protagonista da minha admiração pelo trabalho desempenhado pela DPU.

Também gostaria de agradecer ao meu orientador, professor Sebastian Mello, por ter me ensinado a amar o Direito Penal muito antes de aprender a amar o Direito. Agradeço também por me apresentar os caminhos e guiar meus passos nessa árdua jornada que, sei, não termina aqui.

Agradeço, ainda, a Helvécio Neto, meu maior apoiador e incentivador, que acompanhou todo o processo de elaboração deste trabalho, desde quando ainda não passava de uma pequena ideia até a escrita da última linha. Obrigada pelos esclarecedores debates jurídicos travados e por todo o carinho ao longo dessa caminhada.

Por fim, agradeço aos familiares e amigos pelo apoio e por sempre permanecerem na torcida pelas minhas conquistas.

RESUMO

O sistema penal opera uma lógica seletiva e estigmatizante, ao estabelecer respostas penais mais rigorosas para certas categorias de condutas e indivíduos, em regra de estratos sociais economicamente vulneráveis, os quais sofrem com mais severidade a ingerência do poder punitivo estatal. O princípio da insignificância representa um importante instrumento político-criminal apto a promover a descriminalização de condutas que não provocam lesões relevantes ao bem jurídico tutelado pela norma. Os contornos da sua aplicação são definidos pela jurisprudência, pois se trata de um princípio que não encontra previsão legislativa. Por isso, os tribunais pátrios definem as situações em que a incidência do princípio poderá ou não ocorrer. O delito de circulação de moeda falsa é um dos casos em que a aplicabilidade do princípio tem sido negada automaticamente pelos tribunais, sob o fundamento da imaterialidade que permeia o bem jurídico fé pública. Contudo, tal negativa representa mais uma das inúmeras formas de concretização da seletividade penal pelo poder judiciário.

Palavras-chave: Seletividade penal; Princípio da insignificância; Moeda falsa.

ABSTRACT

The penal system operates a selective and stigmatizing logic, by establishing more rigorous criminal responses to certain categories of conduct and individuals, as a rule of economically vulnerable social strata, which suffer more severely from the interference of state punitive power. The principle of insignificance represents an important political-criminal instrument capable of promoting the decriminalization of conduct that does not cause significant harm to the juridical chattels protected by the norm. The contours of its application are defined by the case law, since it is a principle that does not envisage legislation. Therefore, the courts define the situations in which the incidence of the principle may or may not occur. The crime of circulation of counterfeit currency is one of the cases in which the applicability of the principle has been automatically denied by the courts, on the basis of the immateriality that permeates the juridical chattels public faith. However, this refusal represents yet another of the innumerable ways in which criminal selectivity can be achieved by the judiciary.

Keywords: Criminal selectivity; Principle of insignificance; Counterfeit currency.

LISTA DE ABREVIATURAS

CP – Código Penal

DPU – Defensoria Pública da União

HC – Habeas Corpus

INFOPEN – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias

MF – Ministério da Fazenda

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	1
2	SELETIVIDADE PENAL E A TEORIA DO “LABELING APPROACH”	4
2.1	ORIGEM DO PENSAMENTO CRIMINOLÓGICO	4
2.1.1	A Escola Clássica	4
2.1.2	A Escola Positivista	6
2.2	CRIMINOLOGIA DO CONSENSO X CRIMINOLOGIA DO CONFLITO	11
2.3	A TEORIA DO LABELING APPROACH	17
2.3.1	Surgimento e contexto histórico	17
2.3.2	Instâncias de controle e os processos e criminalização	19
2.3.3	Rotulacionismo e seletividade penal	22
3	PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: (IN)APLICABILIDADE SELETIVA?	26
3.1	ORIGENS E BASES HISTÓRICAS	29
3.2	CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NA JURISPRUDÊNCIA	33
3.3	ANÁLISE CRÍTICA DOS PARÂMETROS FIRMADOS PELA JURISPRUDÊNCIA PARA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	35
4	O DELITO DE CIRCULAÇÃO DE MOEDA FALSA (ART. 289, § 1º, CP) E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	42
4.1	COMPREENSÃO DO BEM JURÍDICO FÉ PÚBLICA E A POTENCIALIDADE LESIVA COMO ELEMENTO INDISPENSÁVEL PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO DE FALSO	43
4.2	IRREFLETIDA PROIBIÇÃO DA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO DELITO DE CIRCULAÇÃO DE MOEDA FALSA (ART. 289, §1º, CP) PELOS TRIBUNAIS PÁTRIOS	46
4.3	PROIBIÇÃO DA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO DELITO DO ART. 289, §1º, CP, COMO MEIO DE CONCRETIZAÇÃO DA SELETIVIDADE PENAL PELO PODER JUDICIÁRIO	50
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	57

1 INTRODUÇÃO

Uma pessoa merece responder por uma pena de 03 (três) anos de reclusão pela conduta de guardar em casa uma única cédula falsa de R\$ 5,00 (cinco reais)? A princípio, a resposta afirmativa pode soar absurda, mas esse tem sido o entendimento consolidado dos tribunais brasileiros quanto à matéria.

O princípio da insignificância pode ser considerado um dos principais institutos despenalizadores do direito penal atual. Contudo, tal postulado não encontra previsão legislativa, ou seja, não foi positivado na Carta Magna, tampouco na legislação ordinária. Coube, então, à jurisprudência o papel de definir como o instituto da insignificância seria aplicado no ordenamento jurídico brasileiro.

Por isso, os vetores para a sua interpretação e aplicação têm sido firmados pela jurisprudência, na solução dos casos concretos. Os tribunais pátrios têm seguido determinados critérios, firmados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) para que a incidência do postulado seja ou não reconhecida.

Contudo, a aplicação do princípio da insignificância pela jurisprudência brasileira não tem se apresentado de maneira uniforme, posto que os requisitos firmados pelo próprio STF entram em cena para determinadas categorias de delito, enquanto que para outras a aplicação segue outros critérios, conforme a interpretação do magistrado, o que torna a incidência do princípio díspar e desproporcional, especialmente quando se leva em consideração o perfil do agente e o tipo de criminalidade relacionada ao caso.

É nesse contexto que se insere o delito de circulação de moeda falsa, previsto no art. 289, §1º, do Código Penal (CP), o qual em regra é cometido por camadas socialmente desfavorecidas. O referido tipo penal tutela o bem jurídico da fé pública e, por tal razão, os tribunais têm entendido ser inadmissível a incidência do princípio da insignificância.

No presente trabalho, o primeiro capítulo expõe a evolução do pensamento criminológico, desde a sua origem até a construção da teoria do *labeling approach* e da criminologia crítica.

A Escola Positiva de Lombroso e Garófalo defendia que o crime e o criminoso seriam características inerentes, respectivamente, à conduta e ao indivíduo. Os teóricos positivistas sustentavam que haveria uma predisposição individual ao

cometimento de delitos e, por isso, os criminosos seriam considerados seres perigosos e diferentes dos demais indivíduos da sociedade, considerados “normais”.

Os estudiosos da Sociologia Criminal rompem, em parte, com essa ideia ao analisar a influência do meio para o cometimento do delito. Aqui se destacam os estudos de Sutherland, sobre a criminalidade do colarinho branco, de Robert Merton, sobre a teoria da anomia e de Albert Cohen, sobre as subculturas delinquentes.

Mas a mudança de paradigma na Criminologia ocorre com os estudos dos teóricos da reação social, os quais defendiam que o crime, em verdade, corresponde a um processo de definição, ou seja, as condutas desviantes são aquelas entendidas como tal e o delincente é aquele escolhido pelo sistema para sofrer uma reação à determinada prática delituosa.

A teoria do etiquetamento, portanto, constrói a noção de que há um processo de seleção das condutas que serão tidas como desviantes e dos indivíduos que irão responder por elas, evidenciando que o sistema penal funciona numa lógica seletiva e estigmatizante.

Já a criminologia crítica entende que a construção da criminalidade tem a ver com aspectos socioeconômicos da sociedade, entendendo o crime como uma forma de controle da classe dominante com relação às classes economicamente vulneráveis.

O segundo capítulo introduz a análise do princípio da insignificância, surgido a partir da construção de Claus Roxin para funcionar como instrumento político-criminal para descriminalização de condutas que não venham a causar lesão relevante ao bem jurídico tutelado pela norma. O princípio exclui a tipicidade material nos casos em que a conduta perpetrada não apresente efetiva ofensa ao bem jurídico, em respeito aos princípios da lesividade e fragmentariedade do direito penal.

Trata também dos critérios estabelecidos pelo STF para reconhecer a incidência do princípio da insignificância e faz uma análise crítica desses mesmos critérios. Faz, ainda, um exame da aplicação do princípio pela Suprema Corte, apresentando as contradições no reconhecimento do postulado para os delitos fiscais e os delitos patrimoniais comuns.

No terceiro capítulo, faz-se uma explanação acerca do bem jurídico tutelado pelo delito de circulação de moeda, evidenciando a exigência da potencialidade lesiva para que haja a configuração do delito de falso, ou seja, a conduta perpetrada pelo agente deve representar, ao menos, um perigo potencial de dano ao bem jurídico fé pública.

Em seguida, é feita uma elucidação da proibição por parte dos tribunais em reconhecer a incidência do princípio para o delito *sub examine*, a partir de uma análise crítica dos fundamentos (ou falta deles) utilizados pelos tribunais para a negativa da aplicação do princípio.

Por fim, faz-se um paralelo entre os pressupostos da teoria do etiquetamento no que diz respeito à seletividade penal posta em prática pelos membros do poder judiciário, demonstrando, inclusive, o perfil do agente que comete o delito de circulação de moeda falsa, e os argumentos utilizados pelos tribunais para não reconhecer a incidência do princípio para o delito previsto no art. 289, §1º do Código Penal.

2 SELETIVIDADE PENAL E A TEORIA DO “*LABELING APPROACH*”

2.1 ORIGEM DO PENSAMENTO CRIMINOLÓGICO

2.1.1 A Escola Clássica

O adequado entendimento dos postulados da teoria do “*labeling approach*” ou teoria do etiquetamento, os quais formaram a base teórica do presente trabalho, perpassa, necessariamente, pela compreensão de como se construiu o pensamento criminológico, desde a origem da Criminologia enquanto ciência até os avanços da teoria do etiquetamento e da criminologia crítica.

A discussão acerca de qualquer saber científico perpassa, necessariamente, pela delimitação do seu método e objeto. Contudo, para a adequada compreensão da Criminologia como tal, não há como dissociar o fenômeno criminológico de uma análise histórica, na medida em que a questão criminal foi construída a partir de fatores histórico-sociais, políticos e filosóficos.

A Criminologia, por se tratar de um saber transdisciplinar por excelência¹, possui objeto complexo e de difícil definição. A questão criminal remonta a um conjunto heterogêneo de diferentes objetos de estudo², podendo ser mais ou menos abrangente a depender da perspectiva da qual o pesquisador poderá partir.

Por tais razões, Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade (1997, p. 03) destacam a importância da história para a construção do pensamento criminológico, sustentando que a Criminologia foi sedimentada, ao longo das suas escolas criminológicas, em uma contínua sucessão, alternância e confluência de métodos de investigação e áreas de interesse, formando o “complexo problema criminológico”³.

Outrossim, para além da delimitação do seu objeto, a disciplina ainda enfrenta a ausência de consenso entre os teóricos com relação ao seu marco inicial enquanto

¹ BATISTA, V. M. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2a. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 15.

² ANÍTUA, G. I.; INSTITUTO CARIOCA DE CRIMINOLOGIA. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia. Revan, 2008. p. 18.

³ DIAS, J. F.; ANDRADE, M. C. **Criminologia: o homem delinquent e a sociedade criminógena**. Coimbra Editora: 1997. p. 03.

ciência e, ainda, ao próprio reconhecimento da Criminologia como um saber científico⁴.

Zaffaroni (1988, p. 100) entende que a questão acerca de qual seria o marco inicial para o nascimento da Criminologia giraria em torno de duas respostas possíveis: a) a sua origem se daria no Iluminismo do século XVIII, com a Escola Clássica, tendo como principal expoente o autor italiano Cesare Beccaria; b) o surgimento da Criminologia teria ocorrido com o Positivismo, já no século XIX, com os estudos de Lombroso, Ferri e Garófalo.

A Escola Clássica surge no contexto do liberalismo europeu e passa a trabalhar com o princípio da legalidade como principal força do Iluminismo contra os excessos punitivos do Antigo Regime⁵. Seus principais expoentes, segundo Alessandro Baratta (2002, p. 32), foram Jeremy Bentham na Inglaterra, Alsem von Feuerbach na Alemanha, Cesare Beccaria e Francesco Carrara na Itália⁶. Sua importância para a origem do pensamento criminológico reside no fato de que, pela primeira vez, foi construída uma exposição acerca de um sistema jurídico-penal organizado, com a formulação de pressupostos para uma teoria jurídica do delito e da pena.

O autor italiano Cesare Beccaria, em sua obra *Dos Delitos e Das Penas*, do ano de 1764, defendeu a implantação de mudanças no sistema punitivo vigente, apontando para a necessidade de substituir as penas infamantes e desumanas, bem como de limitar a sanção à gravidade do dano causado à sociedade. A medida da pena seria, então, a medida do mal causado pelo delito⁷. Além disso, Beccaria também sustentava a importância de se obedecer ao princípio da legalidade, ou seja, nas palavras de Vera Malaguti Batista (2012, p. 39), “o juiz deverá subordinar-se à lei, e não ao soberano”.

A Escola Clássica, segundo a lógica da filosofia política do liberalismo e dos ideais de Hobbes, Locke e Rousseau, entendia que a base do Estado e do direito estaria em um pacto social, firmado pela sociedade, no qual todos consentem

⁴ ARAUJO, F. C. **A teoria criminológica do labelling approach e as medidas socioeducativas**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. DOI: 10.11606/D.2.2010.tde-06072011-111256. Acesso em: 2018-04-19. p. 15.

⁵ BATISTA, op. cit. p. 38.

⁶ BARATTA, A. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 32.

⁷ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 52.

espontaneamente com a subordinação e a limitação das suas liberdades, em prol do poder concedido ao Estado, com o fim de proporcionar a coexistência pacífica entre os membros do corpo social⁸. A Escola Clássica desenvolve, então, a noção de livre arbítrio, na medida em que considera todos os integrantes da sociedade como igualmente capazes de se determinar conforme a razão. Desta forma, o delinquente não seria diferente dos demais e nem se considerava a hipótese de um determinismo⁹, posto que cada indivíduo poderia optar, racionalmente, por praticar atos lícitos ou ilícitos. Optando, pois, por agir contra a lei, estaria agindo contra o pacto social, logo, contra toda a sociedade.

Contudo, apesar das construções teóricas desenvolvidas pelos pensadores clássicos, para Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes (2000, p. 176), a Criminologia dá os seus primeiros passos enquanto ciência com o surgimento da Escola Positivista, pois houve uma tentativa por parte dos pesquisadores positivistas no sentido de delimitar um objeto de estudo e estabelecer um método de investigação. Dentre outros aspectos, seus autores passam a utilizar o método empírico-indutivo, a partir da análise de dados estatísticos criminais. Por isso, o estudo do delito e do delinquente assume contornos cientificamente mais organizados.

A Escola Positiva vem em contraposição aos entendimentos firmados pela Escola Clássica, posto que desloca o objeto do estudo do crime para o criminoso, sustentando que haveriam causas deterministas para a delinquência, derivadas de uma explicação patológica individual. No Positivismo há, ainda, a ideia de que o delito seria um ente natural, contrária à ideia liberal de responsabilidade moral¹⁰, conforme trataremos em seguida.

2.1.2 A Escola Positivista

A Escola Positivista, também chamada de Escola Antropológica Italiana, surge nas últimas décadas do século XIX, influenciada, assim como a Escola Clássica, pelo contexto histórico no qual estava inserida. Sua origem está relacionada com as transformações da função do Estado, que passava de liberal para intervencionista, tanto na ordem econômica quanto social. Ademais, a crise no programa clássico de

⁸ ANÍTUA, op. cit. p. 128 e 129.

⁹ BARATTA, op. cit. p. 31.

¹⁰ BATISTA, op. cit. p. 45.

combate à criminalidade, associada ao fortalecimento da concepção positivista de ciência e ao declínio do jusnaturalismo favoreceram o surgimento da Escola Positivista¹¹.

Trazendo para o estudo criminal as concepções consolidadas pelo positivismo, há uma tentativa por parte dos seus estudiosos de aproximar as ciências sociais das ciências naturais, especialmente quanto à aplicação do seu método de investigação.

Tal ingerência faz com que os pensadores criminológicos positivistas busquem explicar as causas da criminalidade. Entendendo o delito como um fenômeno natural, irão tentar apresentar as suas causas de acordo com um método científico ou experimental, utilizando, ainda, as estatísticas criminais oficiais nas suas investigações¹². A Criminologia seria, portanto, o estudo das causas da criminalidade¹³.

Contrapondo-se aos teóricos da Escola Clássica, que sustentavam a análise filosófico-metafísica, a Escola Positivista adotava o método empírico-dedutivo e o causal-explicativo. O estudo passa a ser relacionado com fatores biológicos e psicológicos, experimentalmente verificáveis. É daí que surge o paradigma da *etiologia do crime*, ou seja, a identificação da criminalidade e suas causas, para que seja possível combatê-la¹⁴.

Por tais razões, o objeto de investigação se desloca do crime para o criminoso. Segundo Baratta (2002, p. 29), aqui o estudo está focado no homem delinquente, considerado como um indivíduo diferente dos demais componentes da sociedade e, como tal, clinicamente observável. Os teóricos defendiam a existência de um determinismo com relação àqueles sujeitos considerados criminosos, pois, de acordo com a Escola Positivista, o delito seria fruto de aspectos patológicos inerentes a determinados indivíduos.

Os seus principais expoentes foram os autores italianos Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garófalo. O estudo de Lombroso ganhou especial destaque com a tipologia desenvolvida por ele na publicação da sua obra *L'uomo Delinquente*

¹¹ ANDRADE, op. cit. p. 60.

¹² ANDRADE, V. R. P. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 35.

¹³ BARATTA, op. cit. p. 30.

¹⁴ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A.; GOMES, L. F. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos, introdução às bases criminológicas da Lei 9099/95 - Lei dos juizados especiais criminais**. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 2000. p. 176.

em 1876, considerada o marco inicial do pensamento criminológico positivista¹⁵. Seus estudos foram desenvolvidos principalmente nas penitenciárias italianas, a partir da análise de mais de seis mil delinquentes vivos¹⁶. Segundo Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes (2000, p. 178), Lombroso separou os delinquentes em seis grupos: o nato, o louco moral, o epilético, o louco, o ocasional e o passional. O criminoso nato era entendido como um sujeito degenerado, que padecia de um atavismo. No estudo da tipologia de criminosos Lombroso criou o “estereótipo do criminoso”, levando em consideração fatores biológicos, físicos e psicológicos, dando especial ênfase aos componentes físicos e biológicos. As características apontadas por Lombroso para identificação do criminoso são, dentre outras: frente esquiva, grande desenvolvimento das maçãs do rosto, braços compridos, uso de tatuagens e assimetrias cranianas¹⁷.

Garófalo teve um importante papel junto aos teóricos do positivismo, pois ampliou a visão antropológica de Lombroso, acentuando fatores psicológicos. Para ele, o delito é um feito natural e um conceito evolutivo¹⁸. Já Enrico Ferri teve seus estudos voltados para os elementos sociológicos, sustentando que a sua interação com o meio tornaria o sujeito criminoso. Ainda conforme Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes (2000, p. 182), o delito, para Ferri, não decorreria exclusivamente de uma patologia individual, mas sim da confluência de diversos fatores: individuais, físicos e sociais. Ferri distinguiu os fatores antropológicos ou individuais, como raça, idade, sexo, estado civil etc., fatores físicos ou telúricos, como o clima, estações, temperatura, e fatores sociais diversos, como a densidade da população, a opinião pública, a família, a religião, etc. Por isso, ele compreende que a criminalidade é um fenômeno social como outros, que se rege por sua própria dinâmica, de forma que seria possível determinar a ocorrência de um delito caso houvesse a incidência de determinados fatores (individuais, físicos e sociais) e fosse possível quantificá-los.

Por considerar o delito como um ente natural, a criminologia etiológica entende a criminalidade como um fator ontológico, pré-constituído. A Escola Positiva trabalhava, portanto, com a negação do livre arbítrio, posto que o criminoso estaria

¹⁵ DIAS; ANDRADE. op. cit. p. 10.

¹⁶ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A.; GOMES, L. F. op. cit. p. 176

¹⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES. Op. cit. p. 179.

¹⁸ ZAFFARONI, op. cit. p. 168.

patologicamente determinado a cometer o delito, por se tratar de um indivíduo degenerado e que, por isso, põe em risco os demais integrantes da sociedade, considerados “normais”. Vera Malaguti Batista (2012, p. 45) defende que “o determinismo biológico se contrapõe à ideia liberal de responsabilidade moral”. Há aqui uma outra contraposição aos pensadores liberais, na medida em que a Escola Clássica considerava todos os integrantes da sociedade como iguais, livres e racionais, de forma que, em tese, todos estariam igualmente aptos a agir conforme as normas estabelecidas.

Segundo os pensadores positivistas, a confluência de fatores biológicos, psicológicos e sociais conformam a personalidade daquele considerado criminoso e o conjunto de tais características o torna perigoso para a sociedade como um todo. O fundamento da pena estaria, portanto, na periculosidade do delinquente. Desta forma, para a Escola Positiva a pena seria um meio para conter a periculosidade (ou “temibilidade”, como cunhou Garófalo)¹⁹ que o criminoso representa para a sociedade. Por isso, a pena seria como um tratamento a fim de recuperar o sujeito degenerado, através da função da prevenção especial positiva, enquanto que sua medida seria proporcional à periculosidade do delinquente. Para Ferri, a sanção ao criminoso decorre do fato de que todos vivem em sociedade, ou seja, o desviante deve ser punido em razão da responsabilidade social que carrega²⁰.

A Escola Positivista, apesar dos seus avanços no desenvolvimento metodológico para a Criminologia, não passou incólume de críticas. Uma das principais críticas sofridas diz respeito à delimitação do seu objeto de estudo. As investigações dos pensadores positivistas, em especial de Lombroso, já partiam da população carcerária das penitenciárias e manicômios italianos, confundindo reclusos com criminosos, como se os encarcerados fossem de fato criminosos e como se todos os criminosos da sociedade fossem encontrados nos estabelecimentos prisionais²¹. Por isso, as características auferidas eram fundamentalmente uniformes e a repressão penal acabava sendo direcionada para os sujeitos que apresentavam aquele mesmo perfil, o que comprometia a consolidação do seu status de saber científico.

¹⁹ ANDRADE, op. cit. p. 69.

²⁰ Ibidem p. 68.

²¹ ARAUJO, op. cit. p. 36.

A importância na análise dos pressupostos positivistas reside especialmente no fato de que ainda hoje é possível identificar a presença das suas construções epistemológicas no senso comum. Estas são reproduzidas pelas diversas instâncias de controle da sociedade, não só pelas instituições oficiais, responsáveis pelo exercício formal do poder punitivo, mas também pela opinião pública. Há uma reiteração frequente do discurso de “combate à criminalidade”, forjado a partir da ideia de maniqueísmo (indivíduos bons x indivíduos maus) criada pelo pensamento criminológico positivo, o qual não se sustenta frente à desconstrução trazida pelo novo paradigma da reação social e da criminologia crítica, analisados posteriormente.

Para Zaffaroni (1988, p. 169),

com fundamentos ou discursos parcialmente diversos, se generalizou um estereótipo que se estendeu pelo mundo central a partir de uma perspectiva puramente etiológica, que teve um alto sentido racista e foi incorporando matizes plurifatoriais, sem pôr em dúvida jamais a legitimidade mais ou menos natural da seletividade do sistema penal.²²

Na mesma linha, Vera Regina Pereira de Andrade (2003, p. 33), afirma que

o conceito corrente de criminalidade no senso comum, tributário de uma pretensa racionalização "científica" pela Criminologia positivista (desenvolvida com base no paradigma etiológico), não encontra, depois da desconstrução contra ele efetuada pela Criminologia desenvolvida com base no paradigma da reação social, nenhuma base teórica e empírica de sustentação. Mas permanece hegemônico, no senso comum (e particularmente no senso comum jurídico dos operadores do sistema penal) porque confere sustentação ideológica ao modelo positivista de "combate à criminalidade" através do sistema, que chega ao século XXI, por motivos evidentemente políticos e não científicos, mais fortalecido do que nunca.²³

O paradigma etiológico, contudo, encontrou nas teorias criminológicas da Sociologia Criminal, em meados da década de 1920, uma importante desconstrução: para as teorias de cunho sociológico, o delito não seria fruto de uma característica individual patológica, mas decorrente de fenômenos sociais, negando, desta forma, a concepção do delinquente como sujeito degenerado que deve ser combatido, conforme se verá adiante.

²² ZAFFARONI, op. cit. p. 169.

²³ ANDRADE, op. cit. p. 33.

2.2 CRIMINOLOGIA DO CONSENSO X CRIMINOLOGIA DO CONFLITO

A partir da primeira metade do século XX surge nos Estados Unidos uma nova vertente do pensamento criminológico, voltado especialmente para o estudo das relações travadas entre a sociedade e os seus integrantes, denominada de Sociologia Criminal.

Os pensadores sociológicos rompem com a lógica positivista de que o crime seria decorrente de uma patologia individual e transferem o foco da análise para o entorno social no qual o indivíduo está inserido, a fim de identificar em que medida a influência do meio age na determinação do comportamento desviante.

Apesar da mudança na abordagem criminológica e ruptura com o objeto de análise da criminologia positivista, as escolas da Sociologia Criminal ainda mantêm em certa medida seus pressupostos, reproduzindo a fórmula da predisposição individual somada à influência do meio ambiente²⁴.

As escolas sociológicas, que predominaram no estudo do fenômeno criminal até meados da década de 1960, assim como a Escola Clássica e a Escola Positivista, embora sejam em muitos aspectos contrapostas, possuem um ponto convergente entre si: são teorias enquadradas como “teorias do consenso”.

Isto porque entendem a sociedade como um corpo social no qual os indivíduos partilham dos mesmos valores e buscam proteger os mesmos interesses. Segundo tal concepção, a coesão social seria assegurada através do respeito a esses valores fundamentais²⁵.

Nesse sentido, todos os membros da sociedade teriam interesse em repelir o comportamento criminoso, pois este representaria um atentado aos valores universais compartilhados por todos. Desta forma, o sistema penal seria voltado para a defesa dos valores que toda a sociedade concorda em tutelar, determinando quais os comportamentos são repelidos por todos os seus membros.

As teorias do consenso entendem o Estado como responsável pelo monopólio do poder, que deverá ser usado nas situações em que a estabilidade social enfrenta certos desequilíbrios. O delito, portanto, seria um desses desequilíbrios e a atuação do Estado como titular do *jus puniendi* estaria legitimada com base nos interesses de todo o corpo social. A criminalidade provocaria, então, uma perturbação à paz social.

²⁴ GARCIA-PABLOS DE MOLINA; GOMES. op cit. p. 191

²⁵ ARAUJO, op. cit. p. 44.

Algumas das teorias que se inserem nesse contexto e que possuem especial relevância para a construção do saber criminológico são: a teoria da associação diferencial, a teoria da anomia e a teoria das subculturas delinquentes.

A teoria da associação diferencial foi produzida pelo autor americano Edwin Sutherland. A pesquisa de Sutherland possui enorme importância para a mudança do paradigma criminológico que vem a ocorrer posteriormente, com a superação do paradigma etiológico em face do paradigma da reação social. Muito de tal contribuição se deve ao fato de que a sua obra aponta dados empíricos que evidenciam a grande proporção da criminalidade de colarinho branco, cometida pela alta classe social. Tais dados, contudo, não compõem os dados estatísticos oficiais, os quais limitam-se a quantificar o comportamento criminoso das classes mais pobres. É o que se denomina de “cifra oculta da criminalidade”. Sutherland demonstra que a prática criminosa não se restringe às pessoas efetivamente processadas e condenadas, indicando que o estudo do criminoso não pode restar vinculado ao estudo dos selecionados pelo sistema²⁶.

Ele sustenta que o comportamento criminoso é aprendido em associação com aqueles que já possuem a prática delituosa²⁷. O crime seria fruto de um processo de aprendizagem, tal qual o comportamento conforme as regras também o é. Por tal razão, deu à sua teoria o nome de “associação diferencial”. Sutherland também destaca que as teorias positivistas, as quais trazem explicações patológicas para o delito, não são satisfatórias, na medida em que não servem para explicar os delitos de colarinho branco e, se não servem para explicar tais crimes, não podem ser consideradas como fatores essenciais aos crimes de um modo geral²⁸.

A teoria estrutural-funcionalista da anomia também está inserida no contexto da “virada sociológica contemporânea”²⁹. Foi inicialmente introduzida por Durkheim, mas foi desenvolvida e consolidada por Robert Merton. Essa teoria representa a mudança de foco na abordagem criminológica contemporânea. Não mais se considera a visão maniqueísta defendida pelo positivismo, bem como deixa de considerar aspectos biopsicológicos do delinquente na análise das causas da criminalidade³⁰.

²⁶ BATISTA, op. cit. p. 77.

²⁷ Sutherland. **Crime de colarinho branco: versão sem cortes**. Tradução de Clácio Lemos. 1ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 351.

²⁸ Ibidem, p. 386.

²⁹ BARATTA, op. cit. p. 59.

³⁰ BARATTA, op. cit. p. 59.

A teoria da anomia sustenta que o desvio é um fenômeno normal, presente em toda estrutura social. O delito estaria relacionado com o regular funcionamento da ordem social e de suas estruturas, em contraposição à noção patológica do desvio trazida pelos pensadores positivistas. O comportamento ilícito seria, portanto, tão normal quanto o comportamento conforme as regras.

Ademais, para Merton, a origem do desvio estaria concentrada na contradição existente entre estrutura social e estrutura cultural. Segundo ele, a cultura seria o conjunto de comportamentos comuns em dada sociedade, enquanto que a estrutura social seria o conjunto das relações sociais nas quais os membros de uma dada sociedade estão inseridos. Ele sustenta que a cultura propõe ao indivíduo como objetivo um determinado comportamento, como sucesso econômico, por exemplo. Contudo, de acordo com a estrutura social, os meios legítimos existentes para que tal objetivo seja alcançado não são distribuídos de maneira uniforme para todos os integrantes da sociedade, de forma que a posição do sujeito em dada classe social está intrinsecamente relacionada com o acesso a tais meios³¹.

As contradições trazidas pela teoria da anomia acabam sendo protagonizadas com as pesquisas desenvolvidas por Edwin Sutherland, relacionadas com a criminalidade do colarinho branco. A obra de Sutherland demonstra que a criminalidade não é um fenômeno restrito às classes sociais inferiores, mas também aqueles que detêm grande poder econômico e, em tese, fácil acesso aos meios institucionais apontados por Merton, também cometem delitos. A crítica, portanto, reside no alcance insatisfatório da teoria da anomia no sentido de que a discrepância entre os fins culturais e o acesso aos meios institucionais não explica a ocorrência dos delitos praticados pelas classes mais abastadas³².

A teoria das subculturas criminais, desenvolvida por Albert Cohen, também surge no contexto da Sociologia Criminal americana e corresponde, assim como as teorias acima, a uma teoria criminológica do consenso. De acordo com Gabriel Anítua (2008, p. 498), a cultura geral é o conjunto de costumes, de códigos morais e de códigos jurídicos de conduta compartilhado em uma determinada sociedade. Dentro de um determinado grupo social existem também subgrupos que, embora se identifiquem em parte com a cultura geral, possuem traços próprios e se diferenciam. Por isso, a prática de um crime não estaria necessariamente relacionada a uma

³¹ BARATTA, op.cit. p. 63.

³² Ibidem, p. 66.

violação normativa, posto que seria possível agir de acordo com a norma de um subgrupo, mas contrário a norma geral.

Os estudos de Cohen terão por base a análise da criminalidade na subcultura das gangues juvenis. Ele as descreve como grupos formados por jovens, em regra filhos de pais operários e pobres, que reúnem-se com frequência, possuem uma estrutura interna organizada hierarquicamente e adotam critérios de admissão³³. Ele observou que os jovens reagem a partir de uma inversão de valores, pois identificavam os valores morais estabelecidos pelas classes dominantes, às quais não pertenciam e tinham consciência de que não poderiam efetivamente alcançá-las, e agiam de maneira inversa a esses valores, como forma de reação. As gangues que vinham de ambientes mais populares não se contentavam com o modelo moral imposto pela classe média, por isso regiam a ele através do delito, já que de outra forma não seria possível se inserir em tal ambiente.

Para além das teorias criminológicas do consenso e, em especial, a partir da década de 60 do século XX, a criminologia alterou radicalmente o seu enfoque de estudo, que passou do paradigma etiológico para o paradigma da reação social. Tal mudança caracteriza as novas teorias criminológicas contemporâneas como “teorias do conflito”.

Segundo a criminologia do conflito, a sociedade não compartilha de valores universais consensualmente adotados pelos membros do corpo social. Aqui, ao contrário, se entende que a sociedade é formada por interesses distintos e não há concordância quanto aos valores que são defendidos por todos. Por estas razões, as normas de controle seriam determinadas por um grupo dominante que, detentor do poder, estaria em condições de estabelecer os comportamentos que deverão ser repelidos, conforme a sua escolha e de acordo com os seus interesses. O Estado funcionaria como regulador de tais interesses, atuando para protegê-los, e não para defender valores aceitos por todos e corretos *a priori*³⁴.

Com a mudança de enfoque, a criminologia passa a estudar não mais o comportamento delituoso, buscando no crime ou no criminoso as causas da criminalidade. A análise se desloca para o problema da definição das condutas tidas como desviantes. A criminalidade não pode ser estudada sem a compreensão do sistema penal como um todo, o que inclui a atuação das instâncias oficiais na escolha

³³ ANÍTUA, op. cit. p. 499.

³⁴ ARAUJO, op. cit. p. 71.

das normas abstratas pelo legislativo, que serão aplicadas pelos órgãos de acusação, magistrados, policiais e agentes penitenciários³⁵. Logo, a investigação vai além das causas da criminalidade, para analisar a reação social ao comportamento taxado como desviante.

O novo paradigma terá papel fundamental na autonomia da criminologia com relação à dogmática jurídico-penal, pois até então sua atuação era restrita a uma posição de acessoriedade com relação à dogmática, servindo como uma linha de saber que buscava teorias legitimadoras do direito penal. Com o paradigma da reação social a criminologia deixa de ser acessória e passa a protagonizar um saber externo ao direito penal que, ao invés de tentar legitimá-lo, passa a travar críticas às instâncias oficiais de controle.

As teorias que estão no centro dessa nova concepção do pensamento criminológico são a teoria do *labeling approach* e a teoria criminológica crítica.

A teoria do *labeling approach*, também chamada de teoria da reação social, interacionista, do etiquetamento ou da rotulação, inaugurou um novo paradigma criminológico. Pela primeira vez na criminologia passou-se a analisar o fenômeno criminal menos como uma característica individual, relacionada com elementos biológicos ou sociológicos, e mais como processo de criminalização, no qual há a definição de determinada conduta como ilícita, em dada sociedade, a despeito de outros comportamentos tidos como lícitos.

O estudo das reações sociais ao comportamento tido como delituoso é elemento indispensável para a sua devida compreensão. O processo de criminalização inicialmente define uma conduta como criminosa e, então, aplica a etiqueta de criminoso àquele escolhido pelo sistema para responder pela sua prática, dentre todos os outros que realizam o mesmo comportamento.

Nas palavras de Howard Becker (2008, p. 22), precursor da teoria do rotulacionismo,

Grupos sociais criam desvio ao fazer as regras cuja infração constitui desvio, e ao aplicar essas regras a pessoas particulares e rotulá-las como outsiders. Desse ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um "infrator". O desviante é alguém a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso; o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal.

³⁵ BARATTA, op. cit. p. 86.

No mesmo sentido, esclarece Augusto Thompson (2007, p. 127) que a definição do que é crime e de quem é o criminoso irá decorrer da reação social ao ato praticado. Segundo ele, somente pode ser considerado criminoso aquele que agiu em desacordo com a lei penal e sofreu uma condenação oficial por esse fato. Não havendo condenação pelos órgãos oficiais, o sujeito não pode ser considerado delinquente, pois se este não passa, necessariamente, por todas as etapas formais do controle, sua conduta irá resumir-se a mais um número da cifra negra e seu ato não será considerado como crime.

Ademais, fica em evidência a questão do exercício do poder que, segundo os teóricos do etiquetamento, estaria concentrado nas mãos de um grupo dominante. Faz parte da investigação o estudo de quem teria o poder de definir os comportamentos desviantes e os indivíduos escolhidos como delinquentes³⁶. Há, portanto, uma negação do princípio determinista, que considerava o delito ou o delinquente como ontologicamente desviantes. A teoria do *labeling approach* voltará a ser objeto de análise ainda neste capítulo.

A criminologia crítica, também conhecida como criminologia radical, enquanto teoria criminológica do conflito, busca trazer para a análise do fenômeno criminal aspectos materialistas e macrossociológicos. Sua base teórica está na teoria marxista, a qual emprestou elementos e fundamentos aos seus pensadores.

Essa escola eclodiu no final dos anos 60 do século XX nos Estados Unidos e, posteriormente, nos demais países europeus e na América Latina. Adotou a expressão “crítica” da formulação marxista da Escola de Frankfurt, impulsionada pela teoria do etiquetamento³⁷. Sua vertente tem como cerne uma observação do delito e do delinquente enquanto produtos das relações políticas e econômicas travadas na sociedade na qual encontram-se inseridos.

Os trabalhos de Georg Rusche e Otto Kirchmeier foram pioneiros na análise macrossociológica do delito, a qual estuda o crime a partir de uma perspectiva histórica das condições sociais, da mão de obra para os mercados de trabalho e dos sistemas penais³⁸.

³⁶ ARAUJO, op. cit. p. 78.

³⁷ BATISTA, op. cit. p. 89.

³⁸ BATISTA, op. cit. p. 91.

Os teóricos críticos sustentam que haveria umnexo entre os mecanismos de seleção penal e o modelo capitalista de acumulação de capital. Nesta seara, os ricos teriam menos chances de serem etiquetados como delinquentes, ao passo que os pobres estariam mais suscetíveis a esse tipo de definição. De acordo com Baratta (2002, p. 164), as chances de serem definidos e controlados como desviantes são fundamentalmente discrepantes em tal ou qual categoria de indivíduos, fato que revela as contradições inerentes ao sistema penal de controle do desvio.

Segundo o autor, o direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes e a imunizar os comportamentos delituosos das classes mais favorecidas, de forma que o processo de criminalização acaba sendo voltado para criminalizar condutas típicas das classes subalternas³⁹.

Juarez Cirino dos Santos (2008, p. 36) afirma que o maior objetivo da criminologia radical seria o de abolir as desigualdades sociais, posto que “a solução para o problema do crime depende da eliminação da exploração econômica e da opressão política de classe”.

A criminologia crítica encontra-se no ápice da evolução do pensamento criminológico. Por tal razão, ainda hoje há pesquisadores trabalhando em sua construção e, por isso, suas vertentes podem ser consideradas bastante heterogêneas, posto que incluem desde teóricos que buscam contestar o sistema penal quanto teóricos que entendem por bem aboli-lo⁴⁰.

2.3 A TEORIA DO LABELING APPROACH

2.3.1 Surgimento e contexto histórico

A teoria do *labeling approach* surgiu nos Estados Unidos no final da década 60 do século XX. Sua origem está relacionada com os fatores históricos, políticos e sociais da época. Nesse período o Estado do Bem-Estar Social entrava em crise, a população que até então vinha sendo subjugada para a manutenção do *status quo*

³⁹ BARATTA, op. cit. p. 165.

⁴⁰ ARAUJO, p. 82.

passou a questionar a ordem imposta, em busca de direitos e igualdades até então inacessíveis⁴¹.

Foi o período em que a ordem institucional vinha sendo contestada por diversos setores da sociedade. Pelos jovens, protagonistas dos movimentos contra a Guerra do Vietnã, através da proposta de uma nova alternativa de cultura; pelos movimentos negros, encabeçados por Martin Luther King, e pelo movimento feminista, que lutava por igualdade de condições. Tais movimentos deixavam em evidência a estrutura opressora e exploradora da sociedade, a qual proporcionava inúmeras injustiças⁴².

Por tais razões, não só a criminologia, mas as demais ciências sociais buscaram um modelo inovador de ciência, que aproximasse o objeto de estudo das mudanças sociais enfrentadas nesse período. Sobre o tema, Gabriel Anítua (2008, p. 572) sustenta que “colocava-se em xeque o modelo científico, o modelo político que o consubstanciava”, em contraposição à formalidade do método empírico adotado até então pelas ciências sociais.

As influências teóricas fundamentais que embasaram a teoria da reação social foram as correntes sociológicas do interacionismo simbólico e da etnometodologia, vertentes de origem fenomenológicas. O interacionismo simbólico compreende que não é possível analisar a sociedade e o comportamento humano como dados estanques e imutáveis, pois são fruto de inúmeras interações entre os indivíduos. Ademais, para etnometodologia, a sociedade seria decorrente de uma construção social, a partir de um processo de definição por parte de grupos diversos⁴³. A compreensão da realidade social como um processo dinâmico e formado por diversas interações serviu de base propulsora para a construção do pensamento rotulacionista.

Com a superação do paradigma etiológico, Baratta (2002, p. 88) afirma que os questionamentos antes feitos pelos positivistas, que eram do tipo “quem é criminoso” e “como se torna criminoso”, passam a ser “quem é definido como desviante?”, “em que condição esse indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?” e “quem define quem?”.

⁴¹ ANÍTUA, op. cit. p. 569.

⁴² Ibidem, p. 570.

⁴³ ANDRADE, op. cit. p. 40.

Desta forma, pode-se afirmar que o estudo da criminalidade passa a ser o estudo dos processos de criminalização⁴⁴. O delito seria o fato etiquetado como desvio, enquanto que o delinquente seria o indivíduo etiquetado como desviante. Isto porque, se de determinado ato não decorre nenhuma reação social de anormalidade, tal conduta não seria considerada como criminosa.

2.3.2 Instâncias de controle e os processos e criminalização

O sistema de controle social comporta duas instâncias: a instância formal e a instância informal.

A instância formal é formada pela atuação dos órgãos estatais oficiais, responsáveis pelo controle social. Diz respeito a “quem faz a lei (Legislativo), quem persegue o delinquente (Executivo) e quem o condena (Judiciário)” (Thompson, 2007, p. 128). Tratam-se dos agentes do poder político do Estado. O sistema penal é, pois, espécie do gênero controle social⁴⁵.

Já a instância informal é composta pela opinião pública e pelo senso comum. Nela se inserem os mecanismos de controle da sociedade através da família, da mídia, das instituições de ensino e do mercado de trabalho. Os agentes informais de controle disciplinam o indivíduo numa série de comportamentos, os quais são impostos através de um longo e sutil processo⁴⁶.

Howard Becker (2008, p. 27) analisa como as regras de controle são impostas pelos grupos sociais e como elas são determinantes para designar quem pode ser considerado desviante dentro do próprio grupo. Ele afirma que tais regras são altamente diferenciadas, a depender de fatores como classe social, etnia, ocupação, etc.

Alessandro Baratta (2002, p. 171) faz um destaque especial com relação ao sistema escolar, o qual aponta como primeiro segmento do aparato de seleção e de marginalização da sociedade, por repetir os mesmos processos de segregação vistos na atuação das instâncias oficiais. O autor entende que os processos de definição forjados pelo senso comum são tão importantes quanto aqueles produzidos pelas instâncias oficiais de controle, pois acabam por operar antes mesmo que as

⁴⁴ ANÍTUA, op. cit. p. 588.

⁴⁵ ANDRADE, op. cit. p. 43.

⁴⁶ GARCIA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, op. cit.

instituições estatais intervenham, bem como de modo inteiramente independente da atuação dos órgãos oficiais.

No mesmo sentido são as considerações feitas por Vera Regina Pereira de Andrade (2003, p. 23):

Existe um macrossistema penal formal, composto pelas instituições oficiais de controle (Leis-Polícia-Ministério Público-Justiça-Prisão) circundado pelas instituições informais de controle (Mídia-Mercado de trabalho-Escola-Família etc.) e nós interagimos cotidianamente no processo, seja como operadores formais do controle ou equivalentes, seja como senso comum ou opinião pública, que desde o cenário de nossas vidas, sobretudo em frente à televisão (cenário em que a construção assume a dimensão de espetáculo massivo justamente para radicalizar o medo da criminalidade e a indignação contra o Outro) julga, seleciona, aprisiona e mata. E referenda que a resposta penal nunca é suficiente para o gigante criminalidade. O mercado da culpabilização punitiva é inesgotável...

Verificar a existência de tais instâncias de controle é fundamental para a compreensão dos processos de criminalização analisados pelo *labeling approach*, base teórica fundamental para a desconstrução do paradigma etiológico. Tal mudança de paradigma ocorreu muito em razão da percepção de que o delito não se resume a elementos internos individuais, mas fazem parte de um macrossistema, no qual atuam diversos mecanismos de controle social, que vão desde a interpretação das normas, até a definição de desviante e do seu tratamento pela sociedade⁴⁷.

Teóricos rotulacionistas como Edwin Lemert, Howard Becker, Edwin Schur, George Vold e Austin Turk desenvolvem em suas obras estudos acerca dos processos de criminalização⁴⁸. A teoria da reação social entende que o crime seria fruto de um duplo processo de atuação das agências de controle, ou seja, haveriam dois níveis de etiquetamento: a criminalização primária e a secundária.

A primeira corresponde à escolha das normas abstratas que farão determinado comportamento ser considerado como desviante. Trata-se da esfera estatal legislativa, atuando na imposição de normas. Aqui se fala do poder de estabelecer quais crimes devem ser perseguidos. Já a criminalização secundária diz respeito à seleção dos indivíduos que irão responder penalmente como delinquentes, dentre todos os outros que realizam infrações. Isto é, no processo de criminalização

⁴⁷ ANDRADE, op. cit. p. 44.

⁴⁸ ANÍTUA, op. cit. p. 596. BATISTA, op. cit. p. 75 e 76.

secundária o indivíduo é etiquetado como criminoso, mediante a aplicação das normas pelos agentes do controle penal⁴⁹.

Howard Becker (2008, p. 153) desenvolve a ideia dos “empreendedores morais”, pessoas interessadas em criminalizar determinadas condutas, através de “cruzadas”, voltadas à aprovação de uma lei penal proibicionista. Como exemplo, o autor aponta a Lei Seca americana na década de 1920. Segundo ele, a atuação dos “empreendedores morais” provocaria uma campanha de “pânico moral” na sociedade, responsável por motivar o etiquetamento de certos indivíduos por parte dos agentes de controle (formal e informal)⁵⁰.

Ademais, Lemert desenvolve ainda um estudo do desvio com base na perspectiva da reação social, apresentando o crime como uma resposta ao controle social, e não o contrário, como pregavam os teóricos positivistas⁵¹. O autor americano destaca a existência de dois níveis de delinquência: a delinquência primária e a delinquência secundária.

A delinquência primária é o primeiro momento em que o indivíduo comete o delito, sendo etiquetado como criminoso e sofrendo uma punição. Com isso, carrega em si todo o estigma de ser considerado um delinquente. O processo de estigmatização é o que caracteriza a delinquência secundária. Lemert propõe que a reação social negativa a um comportamento pode gerar uma mudança na identidade social do indivíduo estigmatizado, provocando nele uma tendência a permanecer cometendo práticas ilícitas. É como se o estigma de delinquente o levasse a internalizar que seu papel na sociedade é o de delinquir.

Alessandro Baratta (2002, p. 90) afirma que, ao praticar um delito e sofrer a reação social imposta ao comportamento desviante, o sujeito se identifica com o papel social correspondente que lhe foi atribuído e, por isso, delinquir novamente acaba tornando-se, para ele, um meio de defesa, ataque ou até mesmo de adaptação.

Ainda segundo Baratta (2002, p. 90), a investigação acerca do impacto causado pela atribuição do status de criminoso ao indivíduo colocou em evidência o problema do fim da pena, na sua concepção reeducativa. Os resultados da pesquisa de Lemert demonstram que a intervenção penal no sujeito, especialmente com penas privativas de liberdade, acaba determinando a consolidação de uma identidade

⁴⁹ BARATTA, op. cit. p. 94 e 161; BATISTA, op. cit. P. 75 e 76; ANÍTUA, op. cit. p. 592.

⁵⁰ ANÍTUA, op. cit. p. 593.

⁵¹ BATISTA, Ibidem, p. 75.

desviante e o seu ingresso numa verdadeira carreira criminosa. Há, pois, uma análise dos efeitos que a aplicação do status de criminoso provoca a certos indivíduos.

Pode-se compreender a delinquência secundária como um terceiro nível do processo de criminalização, posto que a resposta penal direcionada àquele rotulado como desviante configura uma verdadeira consolidação da marginalização já sofrida pelos efeitos do etiquetamento. Nesse sentido, Augusto Thompson (2007, p. 13) sustenta a “desadaptação à sociedade livre” por parte do sujeito, na medida em que ele se adapta ao ambiente carcerário. Estando, pois, desacostumado com o modo de vida da sociedade livre, o indivíduo egresso do sistema carcerário tende à ele retornar, pois acaba sendo transformado em sua “clientela crônica”.

Por tais razões, é possível sustentar que o estigma provocado pelo cárcere acompanha o indivíduo, causando mecanismos latentes de seleção e marginalização. O ambiente carcerário não funciona como ressocializador, mas como criminógeno e de reincidência⁵².

2.3.3 Rotulacionismo e seletividade penal

Todos os avanços do pensamento criminológico permitiram concluir que o sistema penal não funciona como meio de defesa social, atuando de maneira igualitária contra todos os indivíduos, mas sim como forma de controle seletiva e estigmatizante.

A adequada compreensão dos processos de criminalização coloca em evidência a real função do sistema penal. Segundo Vera Regina Pereira de Andrade (2003, p. 91), “a função latente e real do sistema não é, portanto, combater ou eliminar a criminalidade, mas, ao revés, geri-la ou controlá-la seletivamente”. Por tais razões é que Zaffaroni (2003, p. 15) sustenta:

A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais.

⁵² ANDRADE, op. cit. p. 91.

No mesmo sentido, Oscar Mellim Filho traz a seguinte reflexão em sua tese de doutoramento (2009, p. 266):

O que nos revela, afinal, a seletividade? Certamente uma desigualdade no tratamento dos comportamentos humanos, ainda que definidos em termos igualitários nas leis, circunstância que tanto incomoda os aplicadores do Direito, surpreendidos naquilo que constitui a legitimação maior de seu procedimento. É inegável que o combate esporádico a essa desigualdade não se tem mostrado eficaz, muito embora realizado de forma ostensiva. Ao contrário, ele se corporifica no processo de construção de bodes expiatórios, contribuindo para a reafirmação do sistema penal.

É necessário, portanto, desconstruir o “mito da igualdade” do direito penal. Alessandro Baratta (2002, p. 162) defende que: a) o direito penal, ao contrário do que está na base da ideologia penal da defesa social, não defende todos de maneira igualitária e somente protege os interesses tidos como essenciais por todos os membros da sociedade; b) suas leis não são aplicadas a todos igualmente e tampouco o status de criminoso é distribuído uniformemente entre os indivíduos; c) a danosidade da ação não é o que provoca a efetiva tutela, pois a distribuição do status de criminoso ocorre independentemente da gravidade da infração. Por tais razões, Baratta afirma que o direito penal é o “direito desigual por excelência”.

De fato, sob o ponto de vista jurídico-penal, todas as condutas que passam pelo processo de criminalização primária e são previstas pelo legislador como tipos penais são igualmente passíveis de punição, em razão da pena cominada. No entanto, nem todos os comportamentos ilícitos recebem o mesmo tratamento institucional. O próprio Zaffaroni (2011, p. 60) sustenta que, embora todos os cidadãos cheguem, em certa medida, a infringir normas penais, a persecução penal não atinge a todos de maneira uniforme. Segundo o autor, “há um processo de seleção das pessoas às quais se qualifica como ‘delinquentes’ e não, como se pretende, um mero processo de seleção das condutas ou ações qualificadas como tais” (ZAFFARONI, 2011, p. 60). Por tais razões, Zaffaroni (2011, p. 60-61) defende que o crime deve ser entendido como uma “construção”, com função destinada a atingir, em suma, pessoas determinadas, em geral pertencentes a setores sociais de menores recursos.

Outrossim, o processo seletivo produzido pelo sistema penal termina por criar o estereótipo do criminoso, reproduzido frequentemente pela opinião pública e pelo senso comum. Ademais, uma das importantes funções do sistema penal é a

“fabricação dos estereótipos do criminoso” (ZAFFARONI, 1991, p. 130). A atuação do sistema penal é sempre seletiva, reproduzindo os estereótipos fabricados pelos meios de comunicação de massa. Consequentemente outros perfis são deixados de lado em tal processo, como por exemplo os delinquentes da criminalidade de colarinho branco.

Nesse sentido, o estereótipo criado pelos processos de criminalização recai basicamente sobre o perfil do negro, pobre e marginalizado, fazendo da resposta penal mais um instrumento de exclusão social na vida desses indivíduos. De acordo o último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN –, do total de presos nos estabelecimentos carcerários brasileiros, a maioria é formada por jovens (55%), considerados até 29 anos, segundo classificação do Estatuto da Juventude (Lei nº 12.852/2013); negros (64%) e com ensino fundamental incompleto (51%)⁵³.

Löic Wacquant (2003, p. 28), em sua obra “Punir os Pobres”, analisa os dados do encarceramento nos Estados Unidos, especialmente após a implantação da política americana de combate às drogas. O autor afirma que o encarceramento funciona como uma política de “contenção repressiva” da população pobre. Segundo ele (WACQUANT, 2003, p. 33),

Evidencia-se imediatamente que o meio milhão de reclusos que abarrotam as quase 3.300 casas de detenção do país - e os 10 milhões que passam por seus portões a cada ano - são recrutados prioritariamente nos setores mais deserdados da classe operária, e notadamente entre as famílias do subproletariado de cor nas cidades profundamente abaladas pela transformação conjunta do salariado e da proteção social. E mostra, portanto, que, reelaborando sua missão histórica, o encarceramento serve bem antes à regulação da miséria, quiçá à sua perpetuação, e ao armazenamento dos refugos do mercado.

Desta forma, analisando os dados acima a partir do referencial do rotulacionismo, é possível verificar que há maiores chances de um indivíduo negro e pobre ser etiquetado como delinquente e vir a integrar a “população criminosa” do que outro que tenha igualmente infringido a lei, mas que não se encaixe em tal perfil e não vem a sofrer o etiquetamento pelos órgãos de controle⁵⁴.

⁵³ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, INFOPEN. Atualização – junho de 2016/ Organização: Thandara Santos / Colaboração: Marlene Inês da Rosa – Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

⁵⁴ BARATTA, op. cit. p. 165.

É preciso chamar atenção, ainda, para o que Vera Regina Pereira de Andrade (2003, p. 23) denominou de “construção instrumental e simbólica da criminalidade”, pois, segundo ela, o sistema penal também é composto, informalmente, por todos nós, posto que toda a sociedade participa da sua criação. Instrumental, porque reflete a verdadeira clientela penal encarcerada, e simbólica, pois expressa a ideologia penal do senso comum, que associa e reproduz imediatamente o negro e pobre como marginal.

O sistema penal é, portanto, operador de uma lógica seletiva e estigmatizante, que afeta principalmente os indivíduos mais marginalizados da sociedade e serve para agravar ainda mais a sua situação de exclusão social.

3 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: (IN)APLICABILIDADE SELETIVA?

Todo o desenvolvimento teórico promovido pelos autores do *labeling approach* permitiu o amadurecimento da compreensão de que as ações entendidas como crime, bem como os indivíduos tidos como criminosos, correspondem a um “*status*” atribuído a certas condutas e certos integrantes da sociedade, através dos processos de criminalização. Não há, portanto, condutas em si criminosas, tampouco indivíduos em si delinquentes, ao revés do que entendiam os criminólogos positivistas.

Por tais razões, o sistema penal, pretensamente igualitário, acaba por selecionar os indivíduos mais vulneráveis para responder criminalmente por determinadas condutas, ao passo que outros indivíduos, integrantes de determinada camada social e que não apresentam certas características estereotipadas e estigmatizadas, não são formalmente punidos, mesmo tendo praticado condutas igualmente criminosas. A atribuição de tal “*status*” é fruto de uma construção, através dos processos de criminalização anteriormente mencionados.

O caráter seletivo do etiquetamento não se limita à atuação das instâncias oficiais acima referidas, posto que não só os órgãos estatais operam para a concretização da seletividade penal. Isto porque as instâncias informais, como a mídia, a religião, as instituições de ensino, dentre outras, também são conformadoras dos processos de estigmatização. Contudo, os referidos processos de criminalização envolvem, necessariamente, a atuação das instâncias formais de controle social. Os órgãos oficiais de controle do Estado atuam na seleção das condutas que serão tratadas como crime e dos indivíduos que irão responder formalmente por elas.

O processo de criminalização primária diz respeito à etapa na qual são escolhidas as ações que serão definidas como crime, ou seja, trata da atuação do Poder Legislativo na elaboração dos tipos penais incriminadores. Esta corresponde à primeira etapa da seleção. Já a criminalização secundária é a etapa que vai corresponder à escolha da clientela penal pelas instâncias oficiais responsáveis pela instauração do processo formal. Aqui atuam, portanto, os agentes policiais, na seleção dos indivíduos que irão responder a um inquérito policial, o qual posteriormente irá originar uma ação penal proposta pelo Ministério Público, que será por fim julgada pelos magistrados, membros do Poder Judiciário. Para além do processo de criminalização secundária, há ainda a criminalização terciária, a qual corresponde ao

ingresso dos indivíduos já previamente selecionados nas etapas anteriores no sistema prisional.

A construção da seletividade pelo processo de criminalização primária já se inicia quando o legislador lança mão de técnicas de classificação que agravam as soluções penais para condutas normalmente atribuídas a indivíduos pertencentes a classes mais populares, como furto e roubo, as quais carecem de instrumentos absolutórios ou de baixa punibilidade, ao passo que delitos em regra praticados por camadas mais favorecidas da sociedade, tais como os delitos fiscais, possuem previsão na própria lei de vias alternativas de despenalização, tais como a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo⁵⁵. Segundo Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 11) há uma preocupação acentuada pelo legislador na incriminação de condutas lesivas às relações de produção e de circulação da riqueza material. Essa valorização da tutela dos direitos patrimoniais pode ser evidenciada pela desproporção das penas cominadas aos delitos patrimoniais com relação às demais categorias de crime. A título de exemplo, pode-se fazer referência ao furto qualificado, que é punido com pena idêntica ao crime de tortura, de redução à condição análoga de escravo e de lesão corporal de natureza gravíssima⁵⁶.

Além disso, embora o processo de criminalização primária eleja determinadas condutas para figurarem formalmente como tipos abstratos, nem todos os comportamentos ilícitos são atingidos pelo direito penal. O programa estabelecido pelo âmbito da criminalização primária é tão amplo que jamais poderá ser realizado em sua plenitude. Desta forma, o sistema penal termina por incidir com mais força sobre determinadas condutas, praticadas por determinados sujeitos, causando o que se entende por “cifra oculta da criminalidade”, formada pela enorme quantidade de práticas ilícitas que sequer chegam a passar pelas mãos das agências de controle da criminalização secundária, as quais são obrigadas a agir, mesmo com recursos limitados⁵⁷. A limitação de recursos impõe uma atuação seletiva por parte das agências de controle, pois sua ação é dirigida aos grupos sociais mais vulneráveis, que estão ao alcance mais fácil da burocracia punitiva (DUCLERC, 2015, p. 22).

⁵⁵ MELLIM FILHO, O. **Criminalização e seleção no sistema judiciário penal**. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2010, p. 26.

⁵⁶ SANTOS, T. P. P. **O princípio da ofensividade como complemento necessário à regra da legalidade penal no Estado Democrático de Direito**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Acesso em: 2018-07-14, p. 20.

⁵⁷ DUCLERC, E. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 22- 23.

Já as agências que atuam no processo de criminalização secundária correspondem, em suma, aos órgãos persecutórios (autoridade policial e Ministério Público) e ao judiciário. A primeira esfera da seleção é feita pelos órgãos persecutórios. Inicialmente pela polícia, pois é a responsável pela recepção, apuração e encaminhamento das notícias criminais ao Poder Judiciário e, pela limitação de recursos, se veem compelidas a selecionar os casos que mais merecem ser investigados⁵⁸ e, num segundo momento, pelos membros do Ministério Público, ao selecionar as práticas que darão início a uma ação penal. O terceiro agente que protagoniza o processo seletivo de criminalização secundária é o judiciário, na interpretação das normas e institutos penais aplicados aos casos concretos.

Baratta (2002, p. 176) afirma que os processos de criminalização secundária acentuam o caráter seletivo do direito penal, tendo em vista que os operadores do direito atuam imbuídos pelos próprios preconceitos, buscando enxergar a criminalidade em estratos sociais nos quais seriam normal esperá-la. De acordo com o autor, a reação emotiva e valorativa dos juízes é diferente conforme estejam sob julgamento indivíduos de determinada posição social⁵⁹. Ele ainda sustenta que “a distribuição das definições criminais se ressentem, por isso, de modo particular da diferenciação social” (Baratta, p. 178). Por isso, os membros do poder judiciário exercem influência direta através da sua atuação enquanto operadores do direito na interpretação e aplicação seletiva de institutos penais na gestão do poder punitivo.

Nesse sentido também é a reflexão do professor Oscar Mellim Filho (2009, p 190):

Está-se, pois, diante de um verdadeiro processo de criação do Direito, que se perfaz efetivamente através das decisões judiciais, supostamente imparciais, proferidas por poder independente e desinteressado, cuja neutralidade, contudo, não passa de dispositivo retórico de legitimação das escolhas que compõem o conteúdo pessoal das decisões.

A jurisprudência, portanto, também atua seletivamente quando interpreta e aplica as normas penais. Mesmo que inconscientemente, os magistrados tendem a formular juízos diferentes de acordo com a posição social do acusado, relacionados

⁵⁸ BRUTTI, R. S. **O Princípio da Insignificância e sua Aplicabilidade Pela Polícia Judiciária**. Revista dos Tribunais, vol. 850/2006, 2006, p. 14.

⁵⁹ BARATTA, op. cit. p. 177.

com a apreciação dos elementos constitutivos do crime (BARATTA, 2002, p. 177), seja na apuração da presença ou não de tipicidade, seja na verificação do elemento subjetivo do delito ou até mesmo da mensuração da pena. Essa disparidade seletiva na solução dada aos casos pelo judiciário pode ser verificada na aplicação do princípio da insignificância pelos tribunais brasileiros.

3.1 ORIGENS E BASES HISTÓRICAS

O princípio da insignificância, também chamado de “princípio da bagatela” ou “infração bagatelar própria”⁶⁰, foi sistematizado por Claus Roxin no ano de 1964 e novamente tratado por ele em sua obra *Política Criminal e Sistema do Direito Penal*⁶¹. Tal princípio atuaria como uma regra auxiliar de interpretação⁶², a qual permite excluir da tutela penal situações que não envolvam danos relevantes ao bem jurídico protegido. Isto porque, ao formular tipos penais e abstratos o legislador não é capaz de esgotar todas as possibilidades fáticas concretas.

O princípio da insignificância surgiu numa época em que havia uma preocupação com a adoção de medidas de política-criminal na Alemanha, a qual posteriormente iria culminar na substituição do Código Penal do país⁶³. Com a consagração da obra de Roxin na década de 1970, a dogmática penal não pode mais ser dissociada da política-criminal, como se a aplicação dos seus postulados fosse totalmente indiferente aos resultados provocados⁶⁴.

Roxin se debruça sobre a questão da interpretação dos tipos delitivos, demonstrando a necessidade de aplicação do princípio da insignificância pelos magistrados, em razão da sua concepção geral de ciência penal, na qual se incluiria também a adoção de medidas político-criminais. Tais medidas seriam fundamentais

⁶⁰ CAVALCANTE, M. A. L. **Princípio da Insignificância no Direito Penal brasileiro**. Manaus: Dizer o Direito, 2014. Disponível em: <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2015/01/ebook-princ3adpio-da-insignificc3a2ncia-vf.pdf>> Acesso em: 16/06/2018, p. 01.

⁶¹ BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Pena: parte geral 1**. São Paulo, Saraiva, 2014, p. 60.

⁶² ROXIN, C. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal** / tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 47.

⁶³ DALBORA, J. L. G. **La Insignificancia: Especificación y Reducción Valorativas en el Ámbito de lo Injusto Típico**. Revista Brasileira de Ciências Criminas, vol. 14/1996, abr./jun., 1996, p. 14.

⁶⁴ BOTTINI, P. C.; OLIVEIRA, A. C. C.; PAPA, D. B. I.; RIBEIRO, T. B. **A Confusa Exegese do Princípio da Insignificância e sua Aplicação pelo STF: Análise Estatística de Julgados**. Revista Brasileira de Ciências Criminas, vol. 98/2012, set./out., 2012, p. 06.

para a ciência penal, ao ponto de determinar a forma pela qual as normas devem ser interpretadas⁶⁵.

No entanto, o princípio da insignificância no Brasil não encontra lastro legal, na medida em que não foi positivado no ordenamento jurídico. Por tal razão, durante certo período houve muita resistência por parte dos tribunais brasileiros em reconhecer o princípio, mas atualmente ele tem sido aplicado de forma recorrente pela jurisprudência⁶⁶.

A sua aceitação se deu muito em razão da constatação de que a superlotação do sistema carcerário no país demandava uma atuação judiciária no sentido de evitar o encarceramento em massa, especialmente de indivíduos que praticaram delitos patrimoniais de pequena monta⁶⁷. O princípio da insignificância surge, então, como um instrumento para minimizar os índices da crise carcerária brasileira.

Contudo, como no Brasil a sua aplicação pelos tribunais teve uma origem prática e política, não foram firmadas bases teóricas dogmáticas, a partir de reflexões acerca da complexa tipicidade material. Ademais, mesmo tendo sido introduzido pela jurisprudência como um meio para coibir a superlotação carcerária, não houve uma formulação mais organizada, tampouco estudos aprofundados, sobre alternativas à política criminal adotada no país⁶⁸. Apesar de tais deficiências, a aceitação do princípio da insignificância pelos tribunais brasileiros merece destaque ao menos quanto à demonstração de certa preocupação por parte dos magistrados em evitar a privação da liberdade de indivíduos que praticaram delitos com lesões insignificantes para o direito penal, o que contribui, ao menos em tese, para a redução do número de pessoas encarceradas⁶⁹.

O referido princípio, tal como pensado por Claus Roxin, teria a função de atuar como um vetor de interpretação, para evitar que uma conduta fosse reputada criminosa pela mera subsunção formal da ação ao tipo penal, sobretudo em situações que a lesão provocada seja ínfima. Roxin (2002, p. 47) faz ainda um paralelo entre o princípio da insignificância e o princípio da adequação social, cunhado por Welzel, sustentando que ambos são fundamentais para garantir o caráter fragmentário do

⁶⁵ DALBORA, op. cit. p. 15.

⁶⁶ QUEIROZ, P. **Direito Penal – Parte Geral**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 51.

⁶⁷ BOTTINI, op. cit. p. 04.

⁶⁸ BOTTINI, op. cit. p. 05.

⁶⁹ BOTTINI, op. cit., p. 05

direito penal, restringindo-o ao campo de punibilidade indispensável para a proteção dos bens jurídicos relevantes.

Para o autor Carlos Vico Manãs (2003, p. 150),

o princípio da insignificância constitui instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material de tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal.

Ainda de acordo com o supracitado autor, o princípio da insignificância possui natureza jurídica de “causa supralegal de exclusão da tipicidade”, posto que a pequena lesão ao bem jurídico deve ser considerada atípica na sua essência. Ele defende, ainda, que a sua adoção serve para auxiliar na redução do campo de atuação do direito penal, confirmando, assim, seu caráter fragmentário e subsidiário.

A tipicidade penal se divide em tipicidade formal e tipicidade material. A tipicidade formal consiste na correspondência entre a conduta praticada na vida real e a norma penal abstrata⁷⁰. Para Francisco de Assis Toledo (1994, p. 125), trata-se de um “juízo formal de subsunção”. Já a tipicidade material vai mais além, pois consiste na verificação da ocorrência de efetivo dano ou perigo de dano ao bem jurídico. Nilo Batista (2007, p. 95) sustenta que essa “materialização da ofensa” contribui por um lado para limitar e, por outro lado, para legitimar a intervenção penal.

Dogmaticamente, portanto, a aplicação do princípio da insignificância exclui a tipicidade material, ou seja, deve ser analisada se, além da subsunção formal da conduta ao fato típico, a prática do delito provocou lesão ou perigo de lesão relevante ao bem jurídico tutelado pela norma⁷¹.

Cesar Roberto Bitencourt (2013, p. 60) leciona que a tipicidade penal exige uma ofensa de gravidade relevante aos bens jurídicos tutelados, tendo em vista que nem toda ofensa a tais bens jurídicos justifica a intervenção penal, pelo seu caráter de *ultima ratio*. Desta forma, condutas que não apresentam nenhuma lesividade do ponto de vista material, devem desde logo ter a sua tipicidade penal afastada, pois o bem jurídico sequer chegou a sofrer lesão. Para Júlio Frabbini Mirabete (2001, p. 112),

⁷⁰ TOLEDO, F. A. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 125.

⁷¹ SANCHES, R. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. 3. ed. Editora Juspodivm, 2015, p. 71.

“nos casos de ínfima afetação do bem jurídico, o conteúdo do injusto é tão pequeno que não subsiste nenhuma razão para o *pathos* ético da pena”.

O princípio da insignificância pode ser relacionado, ainda, com outros princípios gerais do direito penal, os quais representam verdadeiras garantias individuais e existem para proteger o cidadão de certas arbitrariedades, a fim de evitar a ocorrência de abusos por parte do Estado na defesa de uma pretensa “segurança pública” ou “combate à criminalidade”⁷².

Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 26) faz uma associação entre o princípio da insignificância e o princípio da lesividade, defendendo que a lesividade é a “expressão positiva” da insignificância, ao impedir a criminalização de condutas que provoquem lesões irrelevantes aos bens jurídicos. Já Rogério Sanches (2015, p. 70) sustenta que o princípio da insignificância seria um “desdobramento lógico” do princípio da intervenção mínima, posto que o legislador, mesmo criando os tipos penais em observância aos princípios gerais do direito penal, não é capaz de prever as situações concretas em que a lesão provocada é tão diminuta que não chega a atingir o bem jurídico de forma intolerável, hipótese do chamado “crime de bagatela”. O autor Paulo Queiroz (2008, p. 51) confere razão de ser ao princípio da insignificância a partir do princípio da proporcionalidade, pois segundo ele a intervenção penal não se justifica sobre comportamentos insignificantes. Isto porque, a gravidade da punição deve ser proporcional à gravidade da lesão provocada ao bem jurídico.

Apesar de haver críticas no sentido de que o princípio da insignificância proporcionaria um aumento da impunidade, a sua aplicabilidade como o vetor de interpretação, em verdade, permite que o direito penal exerça a sua real função⁷³, qual seja, a de tutelar apenas as condutas que provoquem lesão relevante aos bens jurídicos indispensáveis ao convívio social. Ele consagra o postulado do Estado Democrático de Direito e o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que representa uma limitação do poder punitivo do Estado, que não pode ser absoluto, ao criminalizar condutas irrelevantes. Há, ainda, quem critique a sua aplicação por ser incompatível com o princípio da obrigatoriedade da ação penal. Contudo, a própria Constituição Federal de 1988, em seu art. 98, inciso I, apresenta uma mitigação da obrigatoriedade da ação penal, ao trazer expressamente o instituto da transação

⁷² QUEIROZ, op. cit., p. 40.

⁷³ BRUTTI, op., cit., p. 05.

penal, não havendo, desta forma, indisponibilidade absoluta da ação penal pública incondicionada⁷⁴.

O princípio da insignificância, portanto, representa um autêntico instrumento político-criminal apto a promover a descriminalização de condutas que provoquem lesões ínfimas ao bem jurídico tutelado⁷⁵. Assim, garante-se a função constitucional do direito penal, limitando sua intervenção apenas quando estritamente necessário, nas hipóteses em que não seja possível a aplicação de outras esferas de controle, devido ao seu caráter fragmentário de *ultima ratio*⁷⁶.

3.2 CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NA JURISPRUDÊNCIA

O princípio da insignificância não é positivado, ou seja, não tem previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro. Isto significa que tanto a delimitação do seu conteúdo quanto a forma da sua aplicação são definidos pela jurisprudência⁷⁷.

Ele foi tratado pela primeira vez, e com reservas, pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 1988, num caso que envolvia lesões corporais em acidente de trânsito. Apesar de inicialmente admitir a aplicação para crimes de trânsito, o tribunal ainda foi resistente em reconhecer a incidência do princípio para outros tipos de delito, muito em razão da falta de previsão legislativa⁷⁸.

Somente em 2004, no HC 84.412/SP de 2009, o Supremo Tribunal Federal consolidou o reconhecimento da aplicação do princípio da insignificância. Não só isso, como também estabeleceu pela primeira vez critérios para verificar a incidência do princípio no caso concreto.

O ministro Celso de Mello, relator do caso, firmou quatro requisitos para que o princípio seja aplicado, são eles: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de

⁷⁴ ISAACSSON, G. B. **Crimes Contra a Administração Pública: Um Estudo Sobre a Possibilidade da Não Propositura da Ação Penal Face ao Princípio da Insignificância**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 74/2008, set./out. 2008, p. 11.

⁷⁵ BRUTTI, op. cit., p. 05.

⁷⁶ SANCHES, op. cit. p. 69.

⁷⁷ CAVALCANTE, op. cit., p. 01.

⁷⁸ BOTTINI, op. cit., p. 05.

reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada⁷⁹.

Tais requisitos acabaram por se consolidar como verdadeiros parâmetros a serem observados pelos magistrados na definição dos casos concretos. A aplicação do princípio dependerá, portanto, da avaliação subjetiva do juiz quanto à presença ou não dos quatro requisitos firmados. Subjetiva porque, embora os critérios tenham sido estabelecidos com a pretensão de servirem como parâmetro objetivo para a incidência ou não do princípio, os requisitos mostram-se demasiadamente abertos, vagos e imprecisos⁸⁰.

Paulo Queiroz (2008, p. 53) sustenta críticas aos requisitos firmados, pois segundo ele os critérios seriam tautológicos:

Sim, porque se mínima é a ofensa, então a ação não é socialmente perigosa; se a ofensa é mínima e a ação não perigosa, em consequência, mínima ou nenhuma é a reprovação, e, pois, inexpressiva a lesão jurídica. Enfim, os supostos requisitos apenas repetem a mesma ideia por meio de palavras diferentes, argumentando em círculo.

Através de tais critérios o STF lança mão de uma argumentação meramente retórica e, conseqüentemente, tal falta de precisão possibilita uma incongruência no manejo do princípio para situações em que as circunstâncias do fato são basicamente as mesmas, pois a exclusão da tipicidade em razão da incidência do princípio irá depender, somente, da fundamentação feita pelo magistrado no caso concreto.

A problemática reside na exigência irrefletida dos critérios pelos tribunais brasileiros, que vêm aplicando de forma reiterada os requisitos automaticamente, seguindo o parâmetro firmado pelo STF no HC 84.412/SP. Não há, contudo, uma ponderação mais apurada quanto às bases teóricas e dogmáticas relacionadas com o referido instituto penal. A jurisprudência trata do assunto como uma grande zona de senso comum teórico, na qual os argumentos são repetidos apenas no sentido do padrão estabelecido pelas cortes superiores. Nesse sentido, o já supracitado autor Paulo Queiroz (2008, p. 51) defende que a aplicação do referido princípio deve ser

⁷⁹ STF, HABEAS CORPUS: HC 84.412 SP 2004/2173-2. Relator: Min. Celso de Mello. DJ: 19/11/2004. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79595>> Acesso em 02/07/2018.

⁸⁰ BOTTINI, op., cit, p. 06.

feita para além de um “automatismo judicial”, para que não haja a criminalização desarrazoada de condutas de mínima ou nenhuma importância social.

Pela forma como tem sido aplicado, o princípio da insignificância se afasta da sua essência principiológica, em razão dos critérios abrangentes e imprecisos. Também não pode ser classificado como regra, tendo em vista a evidente vagueza dos parâmetros utilizados pela jurisprudência e a indefinição do seu emprego quanto ao bem jurídico protegido⁸¹.

Desta forma, a ausência de reflexões dogmáticas mais aprofundadas e de parâmetros mais bem definidos para a sua aplicação fazem com que o princípio tenha sido aplicado pela jurisprudência de maneira desigual e contraditória⁸². Os requisitos vagos e imprecisos favorecem a insegurança jurídica, na medida em que a incidência do princípio poderá não ser igualmente reconhecida para casos muito semelhantes, praticados em circunstâncias praticamente iguais.

3.3 ANÁLISE CRÍTICA DOS PARÂMETROS FIRMADOS PELA JURISPRUDÊNCIA PARA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Os requisitos firmados pelo STF como determinantes para verificar a incidência do princípio da insignificância no caso concreto, por sua abrangência e indefinição, tornam a aplicação do instituto alheia a regras dogmáticas predefinidas⁸³. A consequência da análise subjetiva dos critérios pelos magistrados é a formulação de soluções distintas para casos penalmente semelhantes, isto é, o princípio da insignificância tem sido aplicado de maneira díspar para certas categorias de crimes, seja pelo valor considerado como insignificante, seja pelo bem jurídico tutelado ou até mesmo pelas circunstâncias pessoais do agente.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça possuem jurisprudência própria, tanto no sentido de reconhecer o princípio em situações específicas quanto afastando a sua incidência em determinados casos. Os contornos jurisprudenciais da aplicação do princípio da insignificância não são uniformes, posto que alguns tribunais passaram a admiti-lo, por exemplo, em crimes ambientais,

⁸¹ HARGER JUNIOR, J. C. **A Insignificância como Sintoma da Crise Dogmática do Direito Penal e sua Autonomia nos Crimes Tributários**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 117/2015, nov/dez., 2015, p. 04.

⁸² BOTTINI, op., cit., p. 19.

⁸³ HARGER JUNIOR, op. cit., p 04.

patrimoniais e tributários, enquanto que outros não reconhecem a sua incidência para delitos contra a fé pública, tráfico de drogas e estelionato⁸⁴.

Contudo, a dicotomia mais evidente quanto à aplicação do referido princípio pelas cortes superiores é entre os crimes patrimoniais comuns e os crimes contra o sistema tributário nacional. O professor Pierpaolo Cruz Bottini, do Departamento de Departamento de Direito Penal da Universidade de São Paulo, coordenou uma pesquisa acerca da aplicação do princípio da insignificância pelo STF e concluiu que há uma notória distorção na verificação da incidência do princípio nos crimes patrimoniais comuns e nos crimes fiscais. A pesquisa aponta que nos casos envolvendo delito patrimoniais, os julgadores geralmente fixam patamares máximos mais reduzidos para o reconhecimento do princípio, além de voltar a análise para outros aspectos, tais como antecedentes criminais, concurso de agentes, a situação da vítima, dentre outros. Por outro lado, nos casos de delitos contra a ordem tributária a análise feita pelos magistrados fica limitada à aferição do valor da sonegação⁸⁵.

Isto porque, com base no art. 20 da Lei 10.522/2002, o fisco não prossegue com as execuções fiscais que tenham valores menores do que R\$ 10.000,00 (dez mil reais), fazendo com que a falta de interesse por parte da administração pública em cobrar tais valores acarrete, em igual medida, a perda de interesse na persecução penal pelos mesmos valores⁸⁶. A perda de interesse do Estado na cobrança dos tributos sonegados reside nos altos custos que a Fazenda precisa arcar para deflagrar uma execução fiscal, de forma que não se justifica a mobilização da máquina pública para este fim⁸⁷. Desta forma, se não há interesse na esfera administrativa, não pode haver, então, interesse na esfera penal, esta que deve figurar como *ultima ratio*.

A discussão da incidência do princípio da insignificância ainda ganhou novos contornos com a Portaria 75/2012 do Ministério da Fazenda⁸⁸, a qual em seu art. 1º determina que não serão ajuizadas execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)⁸⁹. Com a publicação da Portaria 75/2012 do MF, o STF alterou o seu parâmetro

⁸⁴ SANCHES, op. cit., p. 73-78.

⁸⁵ BOTTINI, op., cit., p. 07.

⁸⁶ BITENCOURT, C. R. **Crimes contra a ordem tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁸⁷ QUEIROZ, op., cit., p. 52.

⁸⁸ Portaria nº 75, de 22 de março de 2012, Ministério da Fazenda. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/legislacao/portarias-ministeriais/2012/portaria75>>. Acesso em 02/07/2018.

⁸⁹ CAVALCANTE, op. cit., p. 10-11.

máximo, para reconhecer a insignificância em crimes tributários com sonegação inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), vide HC 139.393/PR⁹⁰. Entretanto, em que pese o STJ ter jurisprudência consolidada no sentido de manter o patamar máximo para a incidência do princípio da insignificância em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), contrariando a ampliação trazida pela Portaria 75/2012 do MF⁹¹, em março de 2018, no julgamento do REsp 1.709.029/MG⁹², a corte atualizou a sua jurisprudência para reconhecer o parâmetro da norma administrativa do Ministério da Fazenda.

A utilização do parâmetro de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) é questionável, na medida em que é o próprio Estado que declara que os débitos fiscais naqueles valores não são significativos nem mesmo para efeito de cobrança judicial. Nesses casos, a lesão ao bem jurídico se mostra penalmente irrelevante, tendo em vista a falta de interesse do Estado na cobrança administrativa dos valores, o que, consequentemente, gera a falta de interesse na persecução penal.

Porém, apesar de ter consolidado entendimento no sentido de reconhecer a insignificância para os delitos contra a ordem tributária – aqui se incluem os delitos do

⁹⁰ PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE DESCAMINHO. VALOR SONEGADO INFERIOR AO FIXADO NO ART. 20 DA LEI 10.522/2002, ATUALIZADO PELAS PORTARIAS 75/2012 E 130/2012 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. I - Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, o princípio da insignificância deve ser aplicado ao delito de descaminho quando o valor sonegado for inferior ao estabelecido no art. 20 da Lei 10.522/2002, com as atualizações feitas pelas Portarias 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda. Precedentes. II – Mesmo que o suposto delito tenha sido praticado antes das referidas Portarias, conforme assenta a doutrina e jurisprudência, norma posterior mais benéfica retroage em favor do acusado. III – Ordem concedida para trancar a ação penal (STF, HC nº 139.393/PR. DJ 18/04/2017).

⁹¹ SANCHES, op., cit., p. 74-75.

⁹² RECURSO ESPECIAL AFETADO AO RITO DOS REPETITIVOS PARA FINS DE REVISÃO DO TEMA N. 157. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES TRIBUTÁRIOS FEDERAIS E DE DESCAMINHO, CUJO DÉBITO NÃO EXCEDA R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS). ART. 20 DA LEI N. 10.522/2002. ENTENDIMENTO QUE DESTOA DA ORIENTAÇÃO CONSOLIDADA NO STF, QUE TEM RECONHECIDO A ATIPICIDADE MATERIAL COM BASE NO PARÂMETRO FIXADO NAS PORTARIAS N. 75 E 130/MF – R\$ 20.000,00 (VINTE MIL REAIS). ADEQUAÇÃO. 1. Considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, deve ser revisto o entendimento firmado, pelo julgamento, sob o rito dos repetitivos, do REsp n. 1.112.748/TO – Tema 157, de forma a adequá-lo ao entendimento externado pela Suprema Corte, o qual tem considerado o parâmetro fixado nas Portarias n. 75 e 130/MF – R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para aplicação do princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho. 2. Assim, a tese fixada passa a ser a seguinte: incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias n. 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda. 3. Recurso especial provido para cassar o acórdão proferido no julgamento do Recurso em Sentido Estrito n. 0000196-17.2015.4.01.3803/MG, restabelecendo a decisão do Juízo da 2ª Vara Federal de Uberlândia – SJ/MG, que rejeitou a denúncia ofertada em desfavor do recorrente pela suposta prática do crime previsto no art. 334 do Código Penal, ante a atipicidade material da conduta (princípio da insignificância). Tema 157 modificado nos termos da tese ora fixada (STJ, REsp nº 1.709.029/MG. DJ: 28/02/2018).

art. 1º da lei 8.137/90, descaminho, sonegação fiscal previdenciária e apropriação indébita previdenciária – com base no critério objetivo do *quantum* elidido, os padrões estabelecidos pela jurisprudência para a aplicação do princípio aos crimes fiscais são destoantes em comparação com os critérios adotados para a verificação do mesmo princípio com relação aos crimes patrimoniais comuns⁹³.

A análise empírica trazida pela pesquisa coordenada pelo professor Pierpaolo Cruz Bottini aponta que, no período de 01.01.2005 a 31.12.2010, o STF aplicou o princípio em 72,4% dos casos envolvendo delitos fiscais, enquanto que o índice de aplicação do princípio nos crimes contra o patrimônio é de apenas 52,2%. Ademais, quando o referencial passa a ser o bem objeto dos delitos, o índice de reconhecimento do princípio pelos ministros é de 93,7% nos casos em que o bem foi exclusivamente o tributo sonegado, indicando a diferença gritante de tratamento entre os delitos fiscais e os delitos patrimoniais⁹⁴. Outro aspecto destacado pela pesquisa diz respeito ao valor observado no cometimento dos delitos. Para os crimes fiscais, predomina o patamar de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) da legislação tributária e a maioria dos casos envolve valores entre R\$ 1.000,00 (mil reais) e R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Já para os delitos patrimoniais o índice de reconhecimento do princípio ficou limitado a 66% para os casos de valor inferior a R\$ 100,00 (cem reais), enquanto que todos os casos de delitos com valores superiores a R\$ 700,00 (setecentos reais) foram denegados pela corte.

Há, portanto, uma manifesta ausência do critério de igualdade na aplicação do princípio pelos tribunais⁹⁵. Com relação aos delitos contra a ordem tributária, o princípio tem sido aplicado de maneira mais uniforme, tendo em vista que as decisões são baseadas exclusivamente no critério objetivo do valor do tributo elidido. Contudo, nos casos dos delitos patrimoniais comuns, a definição pela incidência ou não do princípio se fundamenta na análise de critérios subjetivos, como a conduta do agente, os antecedentes criminais e as circunstâncias nas quais o delito foi praticado⁹⁶. Tais critérios sequer são analisados pelos ministros quando o julgamento envolve um delito fiscal, pois o parâmetro fixado é o do valor objetivo da sonegação, com base na Lei

⁹³ BOTTINI, op., cit., p. 08.

⁹⁴ Ibidem, p. 18.

⁹⁵ STRECK, L. **Direito penal do fato ou do autor? A insignificância e a reincidência**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-out-09/senso-incomum-direito-penal-fato-ou-autor-insignificancia-reincidencia>> Acesso em 16/06/2018.

⁹⁶ Ibidem, p. 18.

de Execuções Fiscais, e não há justificativa, do ponto de vista dogmático, para que aspectos relativos às circunstâncias pessoais do agente sejam relevantes para os julgamentos de delitos patrimoniais e não o sejam para os delitos contra a ordem tributária⁹⁷.

É o caso do REsp nº 1.741.456/MG, de junho de 2018, no qual o STJ afastou a incidência do princípio da insignificância, que havia sido reconhecido para fins de decreto absolutório tanto pelo juiz de primeiro grau quanto pelo tribunal, determinando o retorno dos autos ao juízo de origem para prosseguimento do feito. Na ocasião, houve o julgamento do furto de um frasco de desodorante da marca “Nivea”, mas o princípio não foi reconhecido pela corte sob o fundamento de que, conforme entendimento consolidado da suprema corte e do próprio STJ, o acusado era reincidente. O relator do caso, ministro Felix Fischer, ainda fez uma ressalva quanto à sua posição pessoal, contrária ao entendimento de ambas as cortes, no sentido de que a aplicação do princípio deve ficar restrita ao exame da existência de tipicidade material na conduta perpetrada⁹⁸.

Até porque, para que esteja configurado o delito, não basta que a conduta tenha somente o caráter de tipicidade, posto que ainda deve apresentar-se como antijurídica, ou seja, deverá ser contrária à ordem jurídica, bem como reprovável. Essa reprovabilidade do comportamento do agente é o que se denomina culpabilidade, a qual, em conjunto com a tipicidade e a antijuridicidade forma o conceito de delito⁹⁹. Como, dogmaticamente, a verificação da incidência ou não do princípio da insignificância é feita no campo da tipicidade, mais precisamente da tipicidade material, a definição pela sua aplicação acarreta o reconhecimento da atipicidade da conduta perpetrada¹⁰⁰. O crime, portanto, não resta configurado.

A negação da incidência do princípio a partir de fundamentos subjetivos, como, em especial, a reincidência do acusado, aponta para o perigo de adoção de um direito penal do autor¹⁰¹. Como sustenta o jurista Paulo Queiroz (2008, p. 59) “o autor

⁹⁷ BOTTINI, op. cit., p. 08.

⁹⁸ STJ, RECURSO ESPECIAL: REsp 1.741.456 MG 2018/114527-0. Relator: Ministro Felix Fischer. DJ: 01/06/2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc.jsp?livre=resp+1741456&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&i=10&i=10>> Acesso em 02/07/2018.

⁹⁹ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual De Direito Penal Brasileiro**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011, p. 342-343.

¹⁰⁰ QUEIROZ, op., cit., p. 51.

¹⁰¹ SPONCHIADO, J. R. **A Pequena Criminalidade Patrimonial e Aspectos da Corresponsabilidade Social**. Revista de Estudos Jurídicos da Unesp, vol. 19, n. 30, ago./dez., 2015. Franca, 2015.

há de responder exclusivamente pelo que faz (direito penal do fato) e não pelo que é (direito penal do autor), de modo que não é o crime que é identificado a partir do criminoso, mas o criminoso a partir do crime”.

Por tais razões, uma vez reconhecida a atipicidade da conduta com base na inoportunidade de lesão substancial ao bem jurídico tutelado pela norma, não há que se falar em análise de circunstâncias pessoais, as quais compreendem elementos do agente (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade e motivos), do fato (circunstâncias e consequências do crime) e da vítima (comportamento da vítima)¹⁰². De acordo com a teoria do delito, essas circunstâncias não podem ser auferidas no âmbito da tipicidade, mas sim quando da fixação da pena pelo juiz, conforme prevê o art. 59 do Código Penal. Desta forma, nos casos em que a conduta representa uma lesão irrelevante ao bem jurídico, o fato apresenta-se atípico e, por isso, não deve haver o exame antecipado de aspectos subjetivos, o qual não cabe no momento de verificação da tipicidade.

Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes (2013, p. 112) sustenta que, em havendo a antecipação por parte do intérprete da análise das circunstâncias pessoais do agente para o âmbito da tipicidade, estaria se confundindo teoria do delito com teoria da pena, pois tais circunstâncias indicam a necessidade ou não de pena, apuração que somente deve ser feita após o exame da ocorrência de efetiva e relevante lesão ao bem jurídico penalmente protegido.

A evidente disparidade na adoção dos critérios pelos tribunais para reconhecer ou não a incidência do princípio da insignificância permite a constatação de que, em que pese originalmente o princípio ter sido pensado como um importante instrumento político-criminal capaz de limitar o poder punitivo estatal e evitar a criminalização de condutas que provocam lesões irrelevantes ao bem jurídico, a ampliação do seu reconhecimento pela jurisprudência tem servido como meio para afastar a incidência penal de certas categorias de delitos, geralmente praticados por camadas economicamente mais favorecidas¹⁰³. Em contrapartida, aos delitos patrimoniais comuns, facilmente visualizados como uma “criminalidade estigmatizada”, tem sido negada a aplicação do princípio, tendo por base critérios amplamente subjetivos. Critérios estes que vem sendo examinados em contraposição às regras dogmáticas da teoria do delito, pois no primeiro momento de verificação dos

¹⁰² SANTOS, J. C. **Direito Penal – Parte Geral**. 5.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 516.

¹⁰³ BOTTINI, op. cit., p. 06.

elementos do crime, a análise da tipicidade material deve se restringir à observação da efetiva lesão provocada pela conduta do agente. Ausente lesão expressiva, deve ser reconhecida a atipicidade da conduta, não cabendo nesse momento qualquer argumentação acerca de circunstâncias subjetivas referentes ao agente, à vítima ou à conduta perpetrada. Tais aspectos evidenciam que, apesar de o princípio ter sido formulado para servir como medida despenalizadora, há um verdadeiro caráter seletivo na sua aplicação pela jurisprudência brasileira.

4 O DELITO DE CIRCULAÇÃO DE MOEDA FALSA (ART. 289, § 1º, CP) E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

A lógica seletiva da inaplicabilidade do princípio da insignificância a determinadas categorias de crimes também alcança os delitos que tem como bem jurídico a fé pública, dentre os quais pode ser destacado o delito de circulação de moeda falsa, previsto no art. 289, § 1º, do Código Penal, o qual, em regra, é cometido por camadas economicamente desfavorecidas. A jurisprudência pátria tem negado peremptoriamente a aplicação do princípio nesses casos, sob o inconsistente fundamento de que o referido tipo penal tutela um bem jurídico intangível.

O delito de circulação de moeda falsa tutela o bem jurídico “fé pública”, tida como a confiança que deve existir na circulação de moedas no país¹⁰⁴. Diante da sua imaterialidade e intangibilidade, os tribunais não reconhecem a incidência do princípio nos casos em que o sujeito introduz em circulação poucas cédulas de pequeno valor, pois sustentam que a tutela que o tipo penal visa atingir não se restringe ao eventual patrimônio do particular lesado pelo falso, mas dirige-se à credibilidade da moeda posta em circulação pelo Estado, ou seja, trata-se da crença geral na autenticidade dos valores públicos.

Ocorre que, tal entendimento é desprovido de maiores fundamentos dogmáticos que tenham por base uma análise da teoria do bem jurídico. Os julgados são limitados quanto à fundamentação acerca da não incidência, pois limitam-se a reafirmar que, por ser um delito que tutela a fé pública, não é possível reconhecer o princípio da insignificância.

Ademais, a doutrina também não apresenta maiores contribuições para a devida compreensão do tema, posto que apenas reproduz as decisões proferidas pelos tribunais superiores, sem travar nenhum posicionamento crítico quanto à inaplicabilidade ou, ao menos, aprofundamento teórico sobre a teoria do bem jurídico e a sua relação com as razões para que a inaplicabilidade do princípio vigore diante dos casos concretos.

A vedação à aplicação tem sido reconhecida de maneira automática, em abstrato, sem que seja feito um verdadeiro exame do caso concreto. Sequer há uma análise dos próprios requisitos estabelecidos pelo STF para a reconhecer a aplicação

¹⁰⁴ JESUS, D. **Direito penal, 4: parte especial. Crimes contra a fé pública a crimes contra a administração pública**. 17. ed. — São Paulo: Saraiva, 2012, p. 45.

do princípio. Os tribunais pátrios têm atuado no sentido de não julgar situações reais, casos concretos, estribando-se em abstrações fundadas em uma presumida necessidade de proteger a fé pública, enquanto bem jurídico intangível.

Contudo, cotejando-se os critérios firmados pelo próprio STF para reconhecer a incidência do princípio da insignificância, a proibição, em abstrato, da sua aplicação não se sustenta, na medida em que a ocorrência ou não de lesão ao bem jurídico tutelado só pode ser verificada diante do caso concreto, levando em conta todas as especificidades envolvidas no fato. Com efeito, por vezes a conduta de repassar quantias ínfimas em cédulas inautênticas pode não vir a lesionar o bem jurídico fé pública, a partir da sua correta compreensão. Mas para aferir a verdadeira lesão (ou potencialidade lesiva) provocada pela conduta perpetrada faz-necessário uma análise individualizada, e não em abstrato, do caso concreto em julgamento. Por tais razões, mostra-se de suma importância a compreensão da classificação doutrinária e do bem jurídico tutelado pela norma prevista no §1º do art. 289 do Código Penal.

4.1 COMPREENSÃO DO BEM JURÍDICO FÉ PÚBLICA E A POTENCIALIDADE LESIVA COMO ELEMENTO INDISPENSÁVEL PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO DE FALSO

A fé pública como bem jurídico foi obra da doutrina penal do início do século XIX, com especial influência de Filangieri na Itália¹⁰⁵. Magalhães Noronha (2003, p. 98) leciona que o autor italiano concebia a fé pública como a confiança que se deposita em certas pessoas em virtude do cargo ou função, enquanto que Carrara ampliou esse conceito para incluir, também, as “coisas”, as quais o Estado confere fidedignidade.

Entretanto, o conceito de fé pública enquanto bem jurídico não esteve imune a críticas, pois Carmignani (mestre de Carrara) sustentava que a fé pública não tem existência concreta, é apenas uma opinião, sensação, abstração sutil¹⁰⁶. No mesmo sentido é a crítica de Karl Binding, que sustenta não existir, em verdade, o bem jurídico

¹⁰⁵ SANTANA, R. **Título X – Dos crimes contra a fé pública**. In: Curso de Direito Penal – parte especial. 2a ed. Salvador: Juspodivm, 2015.1084

¹⁰⁶ STEVENSON, O. **Direito Penal Comum: as circunstâncias do crime, crimes contra o patrimônio, crimes contra a fé pública**. In: Curso de emergência para a formação da reserva da justiça militar. Rio de Janeiro, Gabinete Fotocartográfico, 1945, p. 374.

fé pública¹⁰⁷. Lombardi sustenta, ainda, que a fé pública tem conceito muito abstrato, para ser considerado como bem jurídico.

De fato, a intangibilidade e a imaterialidade que acompanham o conceito de fé pública podem dificultar a análise da ocorrência, no caso concreto, de efetiva de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

Não obstante, a despeito das críticas sofridas por parte da doutrina, o delito de circulação de moeda falsa é previsto pelo ordenamento jurídico brasileiro, pois se entende que ele desempenha a importante função de tutelar a confiança que os indivíduos depositam na autenticidade e eficácia da moeda cunhada pelo Estado para permitir as interações sociais, sem a qual não seria possível um pacífico convívio em sociedade¹⁰⁸.

Ademais, o delito previsto no §1º do artigo 289 do Código Penal é crime de natureza formal, posto que sua consumação ocorre com a prática do núcleo¹⁰⁹. Os crimes formais são aqueles em que o resultado naturalístico não precisa se verificar para ocorrer a consumação, basta que haja a mera previsão do resultado. Entende-se que o legislador antecipa a consumação, de forma que a simples conduta do agente já é suficiente para que o delito esteja consumado¹¹⁰. Nesse sentido, a doutrina entende que com o simples ato de introduzir em circulação cédula inautêntica, mesmo que, em tese, não tenha havido prejuízo ao Estado ou a um terceiro, o crime já estaria consumado, pois a lesão nesse caso poderia ser considerada como exaurimento da conduta.

Magalhães Noronha (2003, p. 102) sustenta que a violação à fé pública constitui o crime de falso. Para ele, as características do falso são a imitação da verdade, o dano e o dolo. Por se tratar de um crime formal, a conduta de introduzir em circulação moeda falsa deve provocar dano ou, ao menos, perigo de dano ao bem jurídico tutelado. Portanto, em não havendo potencialidade lesiva na conduta perpetrada, não há que se falar em ofensa à fé pública. Conforme lição do autor, ausente a possibilidade de lesar o referido bem jurídico, poderá existir até outro delito no caso concreto, mas não o de falso.

¹⁰⁷ SANTANA, op., cit., p. 1084.

¹⁰⁸ NORONHA, E. M. **Direito Penal**, v. 4. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 100.

¹⁰⁹ SANCHES, R. **Manual de Direito Penal – Parte Especial**. 10. ed. Editora Juspodivm, 2018, p. 634.

¹¹⁰ BITENCOURT, op., cit., p. 281.

A potencialidade lesiva é, desta forma, indispensável para a configuração do delito previsto no §1º do art. 289 do Código Penal. Então pode-se afirmar que, se não há potencialidade lesiva, existe um elemento relativo ao bem jurídico que permite a incidência do princípio da insignificância nos casos envolvendo o delito de circulação de moeda falsa. Isto porque, a ausência de potencialidade lesiva configura a atipicidade da conduta. A ação do agente que expõe o bem jurídico tutelado pela norma a um ínfimo perigo de dano não está revestida de tipicidade material, em observância aos pressupostos da teoria do delito.

A própria disposição da Súmula 73 do STJ¹¹¹ demonstra a necessidade de se considerar a potencialidade de dano, a qual deve estar presente no caso concreto para que haja o delito de moeda falsa. A falsidade grosseira da cédula, por certo, não chega a expor a perigo a fé pública e, por isso, impede que o agente responda pelo delito do art. 289, devendo responder pela prática de estelionato. Corroborando com esta tese, pode-se destacar o acórdão proferido no ano de 2004 pelo Ministro Joaquim Barbosa, relator do HC 83.526/CE, único caso em que a Suprema Corte reconheceu a incidência da insignificância para o delito de moeda falsa. Nesse caso, a falsidade da cédula posta em circulação não foi considerada apta a ludibriar terceiros, como se verdadeira fosse. Por tal razão, o ministro relator entendeu pela atipicidade da conduta do agente, posto que não havia potencialidade lesiva.

Por tais razões, ao contrário do que sustentam os tribunais brasileiros, seria possível a aplicação do princípio da insignificância para o delito de circulação de moeda falsa, pois em sendo um delito de falso, deve haver, no mínimo, potencialidade de dano à fé pública. Condutas que apresentam ínfimo perigo ao bem jurídico, embora possam ser consideradas formalmente típicas, não preenchem o requisito da tipicidade material, pelos próprios fundamentos do princípio da lesividade e fragmentariedade do direito penal.

¹¹¹ “Súmula 73: A utilização de papel moeda grosseiramente falsificado configura, em tese, o crime de estelionato, da competência da Justiça Estadual.” STJ, sítio eletrônico. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2009_5_capSumula73.pdf> Acesso em 13/07/2018.

4.2 IRREFLETIDA PROIBIÇÃO DA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO DELITO DE CIRCULAÇÃO DE MOEDA FALSA (ART. 289, §1º, CP) PELOS TRIBUNAIS PÁTRIOS

Embora tenha se demonstrado que é possível a aplicação do princípio da insignificância aos delitos que tenham a fé pública como bem jurídico tutelado, o entendimento consolidado da jurisprudência pátria tem sido no sentido de negar a incidência do princípio nesses casos, sob fundamento de que o bem jurídico tutelado pelo delito é intangível e imaterial.

Entretanto, não se pode admitir que toda conduta praticada no sentido de causar dano ou perigo de dano a um bem jurídico intangível e imaterial, por si só, deva ser considerada criminosa. A título de exemplo, se assim o fosse, toda e qualquer lesão à honra, bem jurídico igualmente intangível e imaterial, deveria ser considerada formal e materialmente típica, sem que pudessem ser aplicados institutos despenalizadores aos delitos que a tutelam.

A proibição, em abstrato, de reconhecer a incidência do princípio para o delito de circulação de moeda falsa apenas por se tratar de crime em que a intangibilidade e a imaterialidade acompanham o bem jurídico fere a necessária concretude e individualização do direito penal. O recurso a tal abstração não leva em consideração, ainda, que a aferição da lesão ao bem jurídico só pode ser feita casuisticamente. Nenhuma violação a bem jurídico, seja ele qual for, está imune a uma densa análise do caso concreto.

Nesse sentido é a lição de Luciano Feldens (2005, p. 193-194):

A maior ou menor estatura do bem jurídico atingido não é, por si só, elemento a afirmar a necessidade ou a desnecessidade da intervenção jurídico-penal. É dizer, assim como nem todo atentado à vida reflete-se em uma zona de obrigatória intervenção penal ditada pela Constituição (pensemos na hipótese do homicídio culposo), nem toda agressão a um bem jurídico de menor hierarquia será insignificante; uma análise dependerá, sempre da intensidade da lesão à luz de circunstâncias concretas.

Merece destaque, ainda, a desproporcionalidade da pena cominada para o delito de circulação de moeda falsa nos casos em que a lesão provocada ao bem jurídico é mínima, visto que o crime é punido com pena de reclusão de três a doze anos e multa, quase que a mesma pena prevista para o delito de lesão corporal

seguida de morte, abandono de incapaz e maus tratos com resultado morte, os quais são punidos com reclusão, de quatro a doze anos (sem a cominação de multa)¹¹².

O princípio da proporcionalidade é um dos princípios fundamentais do direito e, em especial, do direito penal¹¹³. O vetor interpretativo apresentado pelo princípio da proporcionalidade determina que deve haver um grau de proporção entre a gravidade do crime praticado e a pena cominada¹¹⁴. Em tal medida, o princípio da insignificância mostra-se como um instituto substancialmente relevante para promover a concretização do princípio da proporcionalidade em matéria penal. Por tal razão, leciona o supramencionado autor Paulo Queiroz (2008, p. 49):

Por meio do princípio da insignificância, cuja sistematização coube a Claus Roxin, o juiz, à vista da desproporção entre a ação (crime) e a reação (castigo), fará um juízo (inevitavelmente valorativo) sobre a tipicidade material da conduta, recusando curso a comportamentos que, embora formalmente típicos, não o sejam materialmente, dada a sua irrelevância.

No mesmo sentido é a lição do já citado Luciano Feldens (2005, p. 191):

Provavelmente não exista hipótese mais evidente de aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito do Direito Penal do que quando invocado o cognominado princípio da insignificância. (...) A construção acerca da insignificância jurídico-penal de uma conduta determinada não é senão a realização de um juízo concreto de desproporcionalidade que se realiza acerca da potencial incidência de uma medida legalmente prevista (a sanção penal) a uma situação de fato.

Por conseguinte, a irrefletida negação por parte dos tribunais pátrios em reconhecer o princípio da insignificância para o delito de circulação de moeda falsa, nos casos em que o agente introduz em circulação pequena quantia em quantidade ínfima de cédulas e a afetação ao bem jurídico é mínima, também macula os vetores do princípio da proporcionalidade, que merecem ser observados pelo magistrado quando da verificação da ocorrência de lesão relevante ao bem jurídico e da presença de tipicidade material no caso *sub judice*.

¹¹² Código Penal.

¹¹³ QUEIROZ, op., cit., p. 46.

¹¹⁴ Ibidem, p. 48.

Outrossim, conforme já mencionado anteriormente, o próprio STF firmou requisitos para que a incidência do princípio da insignificância seja ou não reconhecida no caso concreto. São eles: (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 provocada. A despeito das críticas já travadas aos critérios estabelecidos pelo STF, fato é que eles servem como verdadeiros parâmetros de aplicação do princípio na jurisprudência brasileira. Ocorre que, muitos são os casos em que os tribunais negam a incidência do princípio sem sequer analisar os requisitos acima, os quais poderiam estar presentes caso fossem verificados.

A partir da análise do HC 97.220/MG do STF, de relatoria do Ministro Ayres Britto, um dos quais criou precedente para a interpretação da Corte no sentido de negar a incidência do princípio, se verifica que o paciente praticou a conduta de utilizar duas notas de R\$ 10,00 (dez reais) falsas para efetuar o pagamento de duas cervejas, por volta das 23 horas. A Defensoria Pública da União, impetrante do HC, sustentou o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica, posto que, diante das circunstâncias do caso, a lesão provocada “quase que inexistiu”¹¹⁵. O ministro relator, contudo, concluiu pela denegação da ordem ao sustentar que as cédulas repassadas eram aptas a enganar o homem médio e, por isso, a lesão ao bem jurídico não seria insignificante.

Já no HC 111.266/SP, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, o paciente efetuou a compra de um sorvete no valor de R\$ 2,00 (dois reais) utilizando-se de uma cédula falsa de R\$ 50,00 (cinquenta reais). No caso *sub examine*, a impetrante, novamente a Defensoria Pública da União, sustentou estarem presentes os requisitos do STF para a incidência do princípio da insignificância e que a conduta do agente não foi apta a produzir nenhuma afetação concreta ao bem jurídico fé pública, pois o pequeno valor de apenas uma cédula falsa de R\$ 50,00 (cinquenta reais) não chegou sequer a expor esse bem jurídico a perigo concreto de lesão¹¹⁶. O ministro relator reconheceu que a conduta não causou prejuízo de monta, mas negou

¹¹⁵ STF, HABEAS CORPUS: HC 97.220/MG. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ: 25/08/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626704>> Acesso em 13/07/2018.

¹¹⁶ STF, HABEAS CORPUS: HC 111.266/SP. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ: 12/04/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1902195>> Acesso em 13/07/2018.

a aplicação do princípio sob o fundamento de que houve lesão à credibilidade do sistema financeiro, o que impede o reconhecimento da atipicidade da conduta.

Chama ainda mais atenção o caso do HC 131.727/SP, relatado pelo Ministro Celso de Mello, no qual policiais entraram na residência do acusado, sob o pretexto de suspeita de tráfico de drogas, e no curso da operação foi encontrada num dos cômodos da residência uma cédula falsa no valor de R\$ 5,00 (cinco reais)¹¹⁷. A denúncia foi rejeitada pelo juízo de primeiro grau, em razão da atipicidade da conduta. Contudo, houve interposição de recurso em sentido estrito pelo Ministério Público Federal, havendo reforma da decisão pelo tribunal. A defesa, prestada pela Defensoria Pública da União, interpôs recurso especial, o qual teve a sua admissibilidade negada pelo tribunal, ocasionando agravo em recurso especial para o STJ, também tendo sido negado o provimento. A defesa, então, impetrou um Habeas Corpus perante o STF, do qual adveio o acórdão proferido pelo Ministro Celso de Mello, também denegando a ordem.

A sequência de decisões acima evidencia a irrefletida proibição da incidência do princípio da insignificância pelos tribunais pátrios. Nenhuma das decisões foi apta a demonstrar concretamente em que medida o bem jurídico fé pública teria sido lesado com a conduta do agente de guardar, em casa, uma única cédula de R\$ 5,00 (cinco reais), a qual tem poder de compra mínimo e que, mesmo que tivesse sido levada à circulação, não chegaria a lesar o eventual patrimônio de um terceiro. Ademais, os acórdãos do STF e do STJ carecem de fundamentação, uma vez que se limitam a colacionar julgados anteriores de ambas as Cortes e afirmar, reiteradamente, que a negação do princípio para o delito de moeda falsa é a orientação adotada por ambos os tribunais e não há sequer análise acerca da ofensividade da conduta, a qual é presumida apenas pela mera subsunção formal da conduta ao tipo penal previsto no art. 289, §1º, do Código Penal.

Além disso, toda a movimentação da máquina pública judicial para o processamento do feito *sub examine*, ocasiona um prejuízo aos cofres estatais muito mais significativo do que a ínfima ofensividade ocasionada pela conduta praticada pelo acusado. Aqui vale o destaque de que os custos despendidos pela máquina

¹¹⁷ STF, HABEAS CORPUS: HC 131.727/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 02/04/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000260090&base=basesMonocraticas>> Acesso em 14/07/2018.

pública são o principal argumento para a incidência do princípio da insignificância nos delitos de sonegação fiscal.

Desta forma, é possível perceber que a jurisprudência consolidada do STF é firme no sentido de negar a incidência do princípio da insignificância para os casos em que o agente pratica a conduta de introduzir em circulação notas falsas, mesmo quando o valor envolvido é mínimo e a quantidade de cédulas é irrisória, contrariando, assim, os requisitos estabelecidos pela própria Suprema Corte, os quais servem de parâmetro de julgamento para os tribunais do país.

Contudo, o mero fundamento de que a ofensa à fé pública independe da quantia aposta na cédula ou da quantidade de notas que foram introduzidas em circulação não deveria afastar a verificação dos requisitos no momento da decisão, pois a efetiva lesão ao bem jurídico só poderá ser verificada diante das circunstâncias do caso concreto, a partir da análise de todas as suas variáveis. A potencialidade lesiva da conduta, nesses casos, não deve ser presumida somente tomando por base a intangibilidade do bem jurídico tutelado.

Não é sem razão, entretanto, que os tribunais têm atuado no sentido de negar peremptoriamente a incidência do postulado do princípio da insignificância ao delito de circulação de moeda falsa. O perfil do agente que comete esse tipo de delito e as condições em que ele é praticado demonstram que a proibição em reconhecer a esses casos o referido instituto despenalizador possui um viés seletivo, camuflado pelo discurso de bem jurídico explanado anteriormente.

4.3 PROIBIÇÃO DA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO DELITO DO ART. 289, §1º, CP, COMO MEIO DE CONCRETIZAÇÃO DA SELETIVIDADE PENAL PELO PODER JUDICIÁRIO

Como visto, a potencialidade lesiva é requisito inafastável na análise da incidência do princípio da insignificância para o delito de circulação de moeda falsa, por apresentar-se indispensável à configuração do falso¹¹⁸. Se a conduta do agente não expõe o bem jurídico tutelado, ao menos, a um potencial perigo de dano, não há, em verdade, tipicidade material. Desta forma, embora a fé pública seja tratada como bem jurídico imaterial e intangível, é possível aplicar a insignificância aos casos do

¹¹⁸ NORONHA, op., cit., p. 101-102.

art. 289, §1º, do CP, na medida em que, relativamente a esse bem jurídico, deve haver ao menos dano real ou potencial. Diante da ausência de potencialidade lesiva, deve ser reconhecida a atipicidade da conduta.

Ademais, o entendimento consolidado na jurisprudência de proibir a aplicação da insignificância para os delitos de circulação de moeda falsa afronta o princípio da proporcionalidade, pois os magistrados deixam de aplicar um instituto penal apto a corrigir, no caso concreto, a desproporção existente entre a conduta praticada pelo agente e a pena abstratamente cominada.

Para além disso, os tribunais não verificam a presença dos quatro requisitos cunhados pelo STF para a aplicação do princípio, fugindo à lógica do parâmetro utilizado pela própria Suprema Corte para reconhecer ou não a incidência da insignificância no caso concreto.

Ocorre que, as manifestações jurisdicionais que negam a incidência do princípio da insignificância terminam por revelar um viés seletivo para a aplicação ou não do instituto. Isto porque, os discursos jurídico-argumentativos por parte da doutrina e da jurisprudência apresentam fundamentos meramente retóricos, sob o pretexto da devida tutela do bem jurídico, mas que, em verdade, camuflam a seletividade penal posta em prática pelos tribunais pátrios. Os operadores do direito, mesmo que inconscientemente, criam ferramentas técnicas, a partir de institutos penais e processuais, para concretizar preconceitos, notadamente em relação as pessoas em estratificação social marginalizada pelo sistema.

Chancelando essa linha de raciocínio, em uma breve pesquisa no *site* do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, é possível constatar o perfil dos agentes que praticam o crime de circulação de moeda falsa: em sua maioria são defendidos pela Defensoria Pública da União (DPU), portanto hipossuficientes. No STF, por exemplo, utilizando-se da barra de pesquisa do sítio eletrônico e inserindo os termos “moeda falsa” e “insignificância”, verificou-se que em todos os 14 (quatorze) acórdãos que abordam a temática, a DPU atuou como defesa técnica dos agentes. Não foi diferente no *site* do STJ, onde também a grande maioria dos acusados foi patrocinada pela defesa pública. Tal fato demonstra o perfil do agente que em regra pratica o delito em comento, o qual não possui condições financeiras de arcar com a defesa técnica de um advogado particular.

Acerca do tema Baratta (2002, p. 177) aponta que a atuação seletiva dos magistrados tem por base preconceitos e estereótipos que guiam a atividade dos

juízes, fazendo-os buscar a criminalidade nos setores sociais dos quais seria “normal” esperá-la. Ademais, o autor leciona que a distância linguística que separa os magistrados dos réus, bem como a falta de conhecimento e capacidade dos juízes para adentrarem no contexto de vida do acusado, provocam uma atuação menos ativa do sujeito no processo e são fatores que prejudicam os indivíduos provenientes de estratos menos favorecidos socialmente. Além disso, esses indivíduos também não possuem condições de arcar com uma defesa técnica de prestígio, fator que contribui ainda mais para o seu distanciamento do julgador (BARATTA, 2002, p. 177).

Nesse sentido é a lição do autor Oscar Mellim Filho (2002, p. 256):

Nas manifestações dos operadores do Direito, contudo, nem sempre esse ideal de ortopedia jurídica e isenção moral consegue evitar o afloramento de escolhas pessoais. Em determinadas situações, em que a seletividade se impõe de forma indisfarçável, promotores e juízes deixam à mostra as verdadeiras razões pelas quais buscam a absolvição de uns e a condenação de outros, ou a maior ou menor punibilidade de alguns.

A já demonstrada assimetria no tratamento jurídico das pessoas acusadas da prática de determinados crimes revela que o discurso de isonomia e de universalidade dos dispositivos do direito por vezes esconde a aplicação seletiva de institutos penais a determinadas categorias de crimes¹¹⁹, dentre as quais se destaca a aplicação do postulado da insignificância ao crime de circulação de moeda falsa, objeto do presente trabalho.

Por tais razões é que Baratta (2002, p. 178) sustenta que

em geral, pode-se afirmar que existe uma tendência por parte dos juízes de esperar um comportamento conforme a lei dos indivíduos pertencentes aos estratos médios e superiores; o inverso ocorre com os indivíduos provenientes dos estratos inferiores.

A atuação dos membros do poder judiciário materializa a seletividade, através da aplicação de critérios interpretativos e procedimentais que irão incidir sobre certas condutas, pré-selecionadas como criminosas¹²⁰. Por vezes, a vagueza dos institutos, permeados de argumentos retóricos, tautológicos e demasiadamente abstratos,

¹¹⁹ MELLIM FILHO, op., cit., p. 05.

¹²⁰ Ibidem, p. 191.

permite que eles sejam manejados pelo magistrado na solução dos casos concretos, para que possam servir de parâmetro em determinadas categorias de delito e afastados em outras.

É o caso do princípio da insignificância, o qual tem sido aplicado pela jurisprudência com base em critérios pretensamente objetivos, mas que apresentam-se vagos e imprecisos, e tem servido para absolver os agentes que cometem uma “criminalidade não estigmatizada”. Ao passo que, são criados inúmeros entraves argumentativos para negar a aplicação do princípio aos delitos que, em regra, são cometidos por camadas sociais economicamente vulneráveis, como a circulação de moeda falsa e os crimes patrimoniais, seja pela imaterialidade do bem jurídico, seja pela exigência de requisitos subjetivos (tais como a reincidência).

Desta forma, resta inconteste que o paradigma da seletividade se espraia por todo o sistema judicial, recaindo inclusive sobre aqueles que deveriam atuar como última trincheira no combate aos arbítrios da sanha punitiva. A atuação dos magistrados no caso da aplicação do princípio da insignificância ao delito de circulação de moeda falsa representa apenas uma forma de manipulação discursiva dos institutos da dogmática penal a serviço do poder punitivo descontrolado, o qual infelizmente, tem atingido de forma evidentemente mais severa os indivíduos pertencentes às classes sociais mais vulneráveis e desfavorecidas.

Portanto, a inaplicabilidade do princípio da insignificância para o delito de moeda falsa pelos tribunais brasileiros, para além do discurso retórico do bem jurídico fé pública, mostra-se como instrumento de concretização da seletividade penal pelos membros do poder judiciário. Isto posto, é possível sustentar a viabilidade do reconhecimento da insignificância para o crime previsto no art. 289, §1º do Código Penal, tendo em vista a exigência da potencialidade lesiva para a configuração do delito, a qual só poderá ser verificada a partir de um denso exame das particularidades do caso concreto. A negação da incidência não deve ser dada em abstrato, como vem ocorrendo, sem a devida verificação da efetiva ofensividade ocasionada pela conduta do acusado, a qual tem sido abstratamente presumida pelos tribunais, apenas em razão da subsunção formal da ação ao tipo penal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As evoluções promovidas pela Criminologia demonstram que o sistema penal não se apresenta de maneira igualitária e universal para todas as classes sociais. Ao revés, ele se mostra como forma de controle social seletiva e estigmatizante.

A escolha das condutas que serão consideradas criminosas, bem como dos indivíduos selecionados para responderem por elas, corresponde a um processo de etiquetamento promovido pelas mais diversas instâncias de controle social, tanto a formal quanto a informal.

Desta forma, a criminalização de condutas e pessoas é fruto da atuação de diversos agentes controladores, dentre os quais se destaca o legislador, na tarefa de produzir as normas penais abstratas, os órgãos policiais e o Ministério Público, na investigação e persecução dos indivíduos, e os membros do poder judiciário, responsáveis pela aplicação das normas jurídicas.

O poder judiciário, então, também atua seletivamente no seu papel de interpretar e aplicar normas, a fim de encontrar soluções para os casos levados a julgamento. Nesse sentido, é ele quem irá optar pela condenação ou absolvição, irá decidir pela aplicação ou não de determinado instituto despenalizador a uma categoria de crime, irá verificar a ocorrência ou não de lesão ao bem jurídico, irá avaliar a existência do elemento subjetivo do agente e, em última medida, irá determinar a fixação da pena a ser cumprida pelo acusado.

O princípio da insignificância é um desses institutos, o qual apresenta critérios para aplicação que foram estabelecidos pelo STF e que servem de parâmetro para os demais tribunais do país resolverem os casos que envolvam a matéria. Nesse ínterim, por se tratar de um postulado que tem a sua aplicação delineada pela jurisprudência, sua aplicação não ocorre de maneira uniforme.

Os delitos contra a ordem tributária nacional e os delitos patrimoniais de pequena monta são duas categorias de crime que evidenciam a disparidade na (in)aplicabilidade da insignificância pelos tribunais pátrios.

Nos casos dos delitos fiscais os magistrados, em regra, verificam apenas o valor do tributo elidido para que a incidência do princípio da insignificância seja reconhecida. A análise não ultrapassa a esfera desse critério objetivo, sendo suficiente que o montante sonegado esteja abaixo dos limites firmados pela Lei de Execuções Fiscais e pelas portarias do Ministério da Fazenda.

Já com relação aos delitos patrimoniais de pequena monta, o STF enfrenta os quatro requisitos firmados no HC 84.412/SP (a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada) para reconhecer a aplicação do princípio. Com isso, a imprecisão e o alto grau de abstração dos requisitos acabam criando entraves à aplicabilidade do instituto, pois a análise recai em critérios subjetivos como a reincidência, condições da vítima, dentre outros, os quais impedem que seja reconhecida a insignificância.

Os magistrados lançam mão de um discurso jurídico-argumentativo permeado de conceitos abertos e abstratos, o que permite o manejo de fundamentos meramente retóricos para pôr em prática, mesmo que inconscientemente, seus preconceitos e estereótipos.

É o que ocorre com o delito de circulação de moeda falsa (art. 289, §1º do Código Penal), pois por trás da negativa reiterada em se reconhecer a incidência do princípio há um viés seletivo, na medida em que o perfil do agente que comete esse tipo de delito é do indivíduo que pertence a classes economicamente vulneráveis e marginalizadas.

Os tribunais têm negado peremptoriamente a incidência do princípio da insignificância para esse tipo penal, sob o fundamento de que a ofensa ao bem jurídico pública independe da quantidade e do valor das notas postas em circulação. O problema reside justamente na ausência de verificação pelos julgadores de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, pois muitas são as situações em que a lesão provocada pela conduta do agente não chega a ofender de forma relevante o bem jurídico, mas ainda assim os tribunais não reconhecem a atipicidade da conduta. Basta que a acusação seja relativa ao tipo penal do art. 289, §1º, CP, que a insignificância já é, de pronto, afastada sem maiores ponderações.

Entretanto, o argumento de que o bem jurídico tutelado é a fé pública e, por se tratar de bem jurídico imaterial, não pode ser reconhecida a insignificância, não se sustenta. Isto porque, para que haja a configuração do delito de moeda falsa, é indispensável a presença de potencialidade lesiva na conduta do agente. Se a conduta for insuficiente para expor a perigo o bem jurídico, não há crime, devendo ser afastada a tipicidade material. É nesse sentido a Súmula 73 do STJ, a qual dispõe que a falsidade incapaz de ludibriar terceiro deve ser caracterizada como crime de estelionato, e não de moeda falsa, posto que não apresenta potencialidade lesiva.

Por tal razão, a exigência da potencialidade lesiva configura-se como um elemento relativo ao bem jurídico que, ao contrário do que alegam os tribunais na negativa da insignificância, permite o reconhecimento da atipicidade da conduta através da aplicação do princípio aos casos que envolvem a mínima ofensa à fé pública.

Sendo assim, é possível sustentar que o princípio da insignificância pode ser aplicado ao delito de circulação de moeda falsa, pela demonstração de que a proibição irrefletida da incidência do princípio da insignificância ao delito previsto no art. 289, §1º, CP tem relação com a lógica seletiva do sistema penal concretizada pela atuação dos magistrados, bem como que a exigência em se verificar a efetiva ocorrência de potencialidade lesiva só pode ser realizada com a análise das particularidades de cada caso concreto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, V. R. P. DE. **Ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

ANÍTUA, G. I.; INSTITUTO CARIOCA DE CRIMINOLOGIA. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia. Revan, 2008.

ARAUJO, F. C. **A teoria criminológica do labelling approach e as medidas socioeducativas**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Acesso em: 2018-04-19.

BALTAZAR JUNIOR, J. P. **Crimes federais**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARATTA, A. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, N. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro, 2007.

BATISTA, V. M. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2a. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BECKER, H. S. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2009.

BITENCOURT, C. R. **Crimes contra a ordem tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. C. R. **Tratado de Direito Pena: parte geral 1**. São Paulo, Saraiva, 2014.

BOTTINI, P. C.; OLIVEIRA, A. C. C.; PAPA, D. B. I.; RIBEIRO, T. B. **A Confusa Exegese do Princípio da Insignificância e sua Aplicação pelo STF: Análise Estatística de Julgados**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 98/2012, set./out., 2012.

BRUTTI, R. S. **O Princípio da Insignificância e sua Aplicabilidade Pela Polícia Judiciária**. Revista dos Tribunais, vol. 850/2006, 2006.

CAVALCANTE, M. A. L. **Princípio da Insignificância no Direito Penal brasileiro**. Manaus: Dizer o Direito, 2014. Disponível em: <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2015/01/ebook-princc3adpio-da-insignificc3a2ncia-vf.pdf>> Acesso em: 16/06/2018.

DALBORA, J. L. G. **La Insignificancia: Especificación y Reducción Valorativas en el Ámbito de lo Injusto Típico**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 14/1996, abr./jun., 1996.

DIAS, J. F.; ANDRADE, M. C. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra Editora: 1997.

DUCLERC, E. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

FELDENS, L. **A Constituição Penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A.; GOMES, L. F. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos, introdução às bases criminológicas da Lei 9099/95 - Lei dos juizados especiais criminais**. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES, L. F. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

HARGER JUNIOR, J. C. **A Insignificância como Sintoma da Crise Dogmática do Direito Penal e sua Autonomia nos Crimes Tributários**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 117/2015, nov/dez., 2015.

ISAACSSON, G. B. **Crimes Contra a Administração Pública: Um Estudo Sobre a Possibilidade da Não Propositura da Ação Penal Face ao Princípio da Insignificância**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 74/2008, set./out. 2008.

JESUS, D. **Direito penal, 4: parte especial. Crimes contra a fé pública a crimes contra a administração pública**. 17. ed. — São Paulo: Saraiva, 2012.

MAÑAS, C. V. **Princípio da Insignificância: excludente da tipicidade ou da ilicitude?** In: Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MELLIM FILHO, O. **Criminalização e seleção no sistema judiciário penal**. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2010.

_____, O. **Criminalização e seleção no sistema judiciário penal**. Dissertação (Doutorado em Ciências Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

MIRABETE, J. F. **Manual de Direito Penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NORONHA, E. M. **Direito Penal, v. 4**. São Paulo: Saraiva, 2003.

QUEIROZ, P. **Direito Penal – Parte Geral**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RIBEIRO, J. D. **Princípio da Insignificância e Sua Aplicabilidade no Delito de Contrabando e Descaminho**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 73/2008, jul./ago., 2008.

ROXIN, C. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal** / tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANCHES, R. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. 3. ed. Editora Juspodivm, 2015.

_____, R. **Manual de Direito Penal – Parte Especial**. 10. ed. Editora Juspodivm, 2018.

SANTANA, R. **Título X – Dos crimes contra a fé pública**. In: Curso de Direito Penal – parte especial. 2a ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

SANTOS, J. C. DOS. **A criminologia radical**. 3a. ed. Curitiba: ICPC [u.a.], 2008.

_____, J. C. **Direito Penal – Parte Geral**. 5.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SANTOS, T. P. P. **O princípio da ofensividade como complemento necessário à regra da legalidade penal no Estado Democrático de Direito**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Acesso em: 2018-07-14.

SILVA, R. Z. L. **Labeling approach: o etiquetamento social relacionado à seletividade do sistema penal e ao ciclo da criminalização**. Revista Liberdades, nº 18, jan./abr., 2015.

SPONCHIADO, J. R. **A Pequena Criminalidade Patrimonial e Aspectos da Corresponsabilidade Social**. Revista de Estudos Jurídicos da Unesp, vol. 19, n. 30, ago./dez., 2015. Franca, 2015.

STEVENSON, O. **Direito Penal Comum: as circunstâncias do crime, crimes contra o patrimônio, crimes contra a fé pública**. In: Curso de emergência para a formação da reserva da justiça militar. Rio de Janeiro, Gabinete Fotocartográfico, 1945.

SUTHERLAND. E. **Crime de colarinho branco: versão sem cortes**. Tradução de Clácio Lemos. 1ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

THOMPSON, A. **Quem são os criminosos? O crime e o criminoso: entes políticos**. 2a. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

TOLEDO, F. A. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

WACQUANT, L. J. D.; INSTITUTO CARIOCA DE CRIMINOLOGIA. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos: (a onda punitiva)**. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Revan, 2007.

ZAFFARONI, E. R. **Criminología: aproximación desde um margen**. Bogotá: Editora Temis S.A., 1988.

_____, E. R. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1991.

_____, PIERANGELI, J. H. **Manual De Direito Penal Brasileiro**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.