

ANDREAS EISELE
ROGERIO SCHIETTI CRUZ

INSIGNIFICÂNCIA PENAL

Os crimes de bagatela
na dogmática
e na jurisprudência

2021

 EDITORA
JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

MODELO POLÍTICO-CRIMINAL DO ESTADO

Não se concebe um Estado apoiado em um modelo irracional de política criminal, no qual o direito penal seja a única via para a solução dos conflitos de maior relevo, em que se pugne pelo recrudesimento das penas, pela criação de novos tipos penais, pelo alargamento das restrições e das privações à liberdade das pessoas, em que, enfim, o direito penal perca o seu caráter instrumental-garantidor e se apresente de modo meramente simbólico, promocional, vingativo e aparentemente tradutor da opinião da maioria.

Tarefa árdua a do criador da norma, se ciente dessa dicotomia! De um lado, vê-se premido pela legítima pressão das suas bases eletivas, que lhe exigem atuação mais incisiva no “combate ao crime”; de outro lado, sabe que o direito penal dogmatizado deve ser a projeção de um direito concebido

para regular a sociedade que se espera para o futuro, erguida sobre bases humanistas e democráticas.

Não se confunda, porém, a nefasta influência que essa “opinião pública(da)”, manipulada e desinformada produz no legislador com a salutar participação popular nos interesses do Estado e da nação, a ser fomentada por instrumentos e mecanismos legítimos de consulta popular, acionados em ocasiões particulares nas quais se faça conveniente, sob a ótica política, colher a opinião da população.

Admitindo, porém, que esse improvável legislador decida aliar-se às fileiras do direito penal regido por paradigmas de mínima intervenção, haverá de guiar-se, então, por critérios e princípios tais que lhe permitam selecionar quais comportamentos humanos devem ser elevados à categoria de crime e quais as penas que lhes devem corresponder.

1.1. PRINCÍPIOS JURÍDICOS

O vocábulo “princípio” (do latim *principium*) denota diversos significados, alguns dos quais mais próximos do que costumamos usar ou referir no estudo e no uso das ciências jurídicas: início, origem, valor moral, regra, lei.

Ao fazer alusão à plurívoca palavra, queremos nos referir apenas a algo presente na gênese de uma ação ou de um sistema, que dá origem a regras, leis, as quais, muitas vezes, trazem em si a ideia também de um valor moral, que permite ou auxilia a regular a vida e as relações humanas em geral e a conferir unidade a um conjunto de regras de convivência e de controle social, algumas mais genéricas, outras mais específicas.

Porém, no âmbito jurídico, o sentido essencial do conceito de princípio é referenciado à ideia de fundamento. Trata-se de um alicerce sobre o qual se define a validade e o conteúdo de normas jurídicas. Essa é a dimensão estrutural do princípio.

Em relação a seu conteúdo, o princípio expressa um valor cuja função é política, pois sua incidência visa um objetivo, consistente na operacionalização desse valor no ordenamento jurídico. Desse modo, os princípios sintetizam os valores mais relevantes da ordem jurídica e, por este motivo, são fundamentos dessa ordem, como bem salientado por Barroso (2009, p. 155-157).

1.2. FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Costuma-se atribuir quatro funções proeminentes aos princípios em geral: a estruturante ou fundante, a programática, a integrativa e a interpretativa.

As duas primeiras têm maior relevância na própria formação do Estado democrático de direito e na escolha dos possíveis caminhos que a sociedade, assim organizada, deseja seguir.

Os princípios dão, portanto, fundamento e consistência ao ordenamento jurídico, e desempenham uma função estruturante do sistema, que, como tal, se revela uno e coerente.

Há princípios que, embora sejam também estruturantes, imbricam-se mais de perto com o direito penal, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana, que subjaz não apenas à elaboração das leis mas também a sua

interpretação e aplicação, sempre direcionadas a respeitar e otimizar ao máximo o ser humano e sua constituição inata.

A seu turno, os princípios, na linha proposta por Robert Alexy e aceita pela generalidade da doutrina, operam como um mandado de otimização, visto que ordenam que algo seja realizado dentro da realidade existente e na medida das possibilidades (YACOBUCCI, 2002, p. 109).

Essas máximas, quando não adstritas a certos ramos do direito – como é o caso, sobretudo, do direito penal –, são, enquanto mandados de otimização, voltadas a orientar, além dos legisladores e dos juízes, toda a coletividade, para seu bem viver (tanto no espaço privado quanto no público), na perspectiva de uma sociedade organizada e mantida sob a forma de um Estado, preferencialmente um Estado democrático de direito.

E, sob tal configuração, as pautas axiológicas costumam ser definidas por uma Constituição, a qual elege, com alicerce nas tradições, na cultura e nas expectativas sociais, os bens, as liberdades públicas, os valores supremos e os fins a serem perseguidos e preservados, tal qual estabeleceram entre nós, logo no preâmbulo da Carta de 1988, os constituintes.

Além disso, fixam-se, nesse momento de fundação do Estado, os pilares sobre os quais a República deverá assentar-se, como a soberania e a representatividade cívica, a dignidade da pessoa humana etc., bem como os objetivos que a República há de perseguir: “construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 1º da CF).

Podem igualmente servir os princípios gerais do direito (e os mais específicos também) como método de integração da lei quando omissa ou não suficientemente clara na regulação do caso examinado concretamente. No modelo do positivismo jurídico tão em voga em passado não muito distante, era a função integrativa o máximo que se poderia esperar dos princípios, como se percebe da Lei de Introdução ao Código Civil de 1916 (Código Beviláqua), que apregoava: “Art. 7. Aplicam-se nos casos omissos as disposições concernentes aos casos análogos, e, não as havendo, os princípios gerais de direito”.

Decerto que, nas legislações modernas, não mais se reserva papel tão minúsculo aos princípios, sem embargo, evidentemente, de ainda cumprirem a função de, quiçá, integrarem a falta de dispositivo específico para o caso examinado. Tem-se hoje como certo, conforme já ressaltado, o caráter normativo dos princípios, que, ao lado das normas-dispositivo, dão maior completude na tarefa de interpretar e aplicar o direito.

Mas é, sem dúvida alguma, no âmbito da interpretação das leis e da Constituição que os princípios assumem seu protagonismo, pois as positavações normativas somente assumem densidade concreta quando, ante um conflito ou uma controvérsia intersubjetiva, reclamam a intervenção de um agente estatal com atribuição ou competência para interpretar e aplicar o direito à espécie.

Sob outra angulação, os princípios, por vezes identificados ou aproximados a valores, outras vezes a direitos, garantias e, ainda, a regras, são também dotados de normatividade e se afirmam nos ordenamentos jurídicos, explícita ou implicitamente, dando-lhes alma, unidade e coerência interna.

Na estrutura jurídica da modernidade, cuja racionalidade positivista conferia preponderância ao conteúdo da legislação na aplicação do direito, os princípios jurídicos tinham conteúdo essencialmente programático, sem necessariamente incidência direta para a solução de conflitos sociais concretos.

Porém, essa função foi alterada com o advento do constitucionalismo atual, e essa mudança é ilustrada pela diferença entre as perspectivas de Ferdinand Lassalle e Konrad Hesse sobre o conteúdo e a função da Constituição.

A partir de uma crítica marxista das relações sociais formulada no século XIX, Lassalle (2000, p. 17-18, 23, 27, 33) considerava que a Constituição era, na verdade, um elemento sociológico, composto pela “soma dos fatores reais do poder que regem uma nação” que, escritos em uma “folha de papel”, se transformam em “direito”, com o que o conteúdo material da Constituição era identificado nos fatores sociais determinantes do exercício do poder, e o texto constitucional seria, fundamentalmente, a expressão formal dessas relações de poder. Posteriormente, já no século XX, Hesse (1991, p. 5, 7, 10) passou a defender a autonomia e a força normativa da Constituição e atribuiu potencialidade material à expressão jurídica, ao considerar que a ordem constitucional tem “pretensão de eficácia” e “procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social”, atuando como uma “força ativa” decorrente da ideia de uma “vontade de constituição”.

Este modelo jurídico é um produto da pós-modernidade, cuja alteração dos paradigmas de racionalidade atribuiu à jurisprudência um protagonismo construtivo sintetizado no movimento constitucionalista.

O mesmo modelo também foi plasmado em nossa Carta Política de 1988, que é clara ao dizer que “os direitos e

garantias expressas nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, § 2º).

Tais condições possibilitaram o desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo, que, como assevera Barroso (2009, p. 328), “promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito”.

É nessa perspectiva que, paralelamente ao surgimento das constituições e ao ocaso do positivismo jurídico, crescem e assumem capital importância os princípios, em verdadeira “estrada de mão dupla”, como assere Ayres Britto (2006, p. 181):

Por um desses fenômenos desconcertantes que timbram a trajetória humana, se as Constituições padeciam de subeficácia pelo seu caráter principiológico, foi justamente pelo seu caráter principiológico em novas bases que elas passaram a se dotar de supereficácia normativa. E se aos princípios era recusado o *status* de verdadeiras normas, agora eles se elevam ao patamar de supernormas de Direito Positivo.

O recurso técnico para a operacionalização desse método resulta da classificação do próprio princípio como uma norma jurídica. Desse modo, a norma jurídica passa a ser um gênero do qual o princípio e a regra são espécies (ALEXY, 2015, p. 87).

A dinâmica de incidência dos princípios jurídicos pode se configurar de forma abstrata ou concreta. A configuração abstrata da norma corresponde, essencialmente, ao conteúdo geral abstraído da interpretação dos textos legais: trata-se de seu âmbito geral e estático. Paralelamente, sua acepção

concreta equivale, de modo geral, ao aspecto individualizado de sua incidência em uma situação real.

Em sua dimensão abstrata ou estática, os princípios devem orientar a elaboração legislativa das regras jurídicas e, caso não haja compatibilidade entre ambos, a regra pode ser declarada inválida pelo órgão judicial que tiver competência para realizar o controle de sua constitucionalidade.

No contexto concreto ou dinâmico, os princípios devem servir de diretriz para a interpretação das regras, para a fixação de seu sentido aplicável a cada caso, individualmente considerado, de sorte a poder, como destacado por Ferrajoli (2010, p. 165), orientar politicamente as decisões judiciais.

E, no particular, *“no se puede dudar de la especificidad que en la tarea interpretativa y de aplicación de derecho penal poseen los principios. Ellos actúan como una garantía en la concreción, respeto, coherencia y unidad en la realización de los valores propios del orden jurídico [...]”* (YACOBUCCI, 2002, p. 108).

Neste contexto, são empregados diretamente como fontes de direitos e também como critérios de valoração para definir a ordem de prevalência da incidência das regras em situações reais e individualizadas. Nessa última acepção, os princípios são usados como referências para ponderações valorativas no julgamento de casos.

É nesse sentido que Dworkin (2002, p. 36, 41-42) concebe os princípios jurídicos como referências valorativas (ou “padrões morais”) para a tomada de decisões, que incidem de forma relativa e mediante ponderações que consideram as circunstâncias do caso concreto, e Alexy (2015, p. 90) alude aos princípios como “mandamentos de otimização” e os conceitua como uma norma cujo conteúdo “ordena que algo seja

realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”.

1.3. PRINCÍPIOS JURÍDICO-PENAI

A par dos princípios de maior abrangência, ou de maior abstração, dirigidos à própria constituição do Estado e sua conformação política, há máximas que se aplicam a esse ou àquele ramo das ciências jurídicas, interessando-nos apontar os que dizem mais de perto ao direito penal.

Como instância de racionalidade e de legitimação decisória, os princípios penais podem ser entendidos como *“el conjunto o sistema de valores-fines, reales o ideológicos que sirven de fundamento a um ordenamiento jurídico penal”* (YACOBUCCI, 2002, p. 108).

Sua fonte é, primariamente, a Constituição – como, no caso brasileiro, os princípios da legalidade (art. 5º, XXXIX), da personalidade (art. 5º, XLV) e da humanidade das penas (art. 5º, XLVII, XLVIII, XLIX, L) –, mas costumam vir também consagrados em diplomas legais (como o princípio da culpabilidade, positivado no art. 29 do Código Penal), ou mesmo a partir de construções doutrinárias e jurisprudenciais (como é o caso do princípio da insignificância penal, entre outros).

Reafirme-se, porém, que todos os princípios que regem a atividade punitiva do Estado somente se legitimam por serem extraídos, explícita ou implicitamente, da Constituição da República. Isso se dá não apenas em razão de ser este documento, do ponto de vista formal, a Lei Primária de uma nação, mas sobretudo porque a Constituição de um país condensa a política criminal que se pretende seguir, independentemente de eventuais oscilações ou humores dos

CRITÉRIOS ADOTADOS PARA A DEFINIÇÃO DOS CASOS DE BAGATELA NO BRASIL

Os critérios classificatórios, com base nos quais os ilícitos penais são considerados socialmente relevantes ou não, foram desenvolvidos de modo tópico na política legislativa e na atividade jurisprudencial, a partir de referências culturais e juízos éticos com conteúdo mais abrangente que a mera regulamentação jurídica.

Por esse motivo, essa classificação é relativamente polêmica no campo da teoria jurídica, pois não há uma determinação precisa de quais critérios seriam adequados (e quais não o seriam) para sua realização, tampouco existem regras predefinidas sobre como esses critérios devem relacionar-se entre si e ser combinados para seu emprego nos casos práticos.

Além disso, devido à natureza do juízo valorativo usado para a aplicação desses critérios, não há alguma escala quantitativa que forneça referências objetivas para a avaliação dos aspectos que devem ser considerados para a classificação ou não de um fato como bagatela. Ou seja, não é possível definir de forma objetiva (aritmética) os limites dos critérios classificatórios da relevância social do fato e, assim, delimitar o campo das bagatelas (insignificância) do mesmo modo que são definidos os elementos do tipo (KUNZ, 1984, p. 205, 222, 226, 228; DREHER, 1974, p. 917).

Apesar disso, a convicção relativa à adequação de determinados critérios levou a certa “consolidação” durante o desenvolvimento da categoria das bagatelas no direito penal, e a fixação de critérios é importante para que a definição desses casos seja feita de forma homogênea e estável, o que não apenas diminui as possibilidades de desigualdades nos tratamentos dos casos concretos em decorrência de divergências de entendimentos e casuísmos, como também amplia o âmbito da previsibilidade da forma de aplicação da lei.

A seguir serão indicados e analisados os critérios preponderantemente empregados para a definição dos casos de bagatela no direito penal pela doutrina, pelo ordenamento jurídico e pela prática jurisprudencial brasileira. Posteriormente, pretende-se realizar uma síntese dos critérios classificatórios que permita especificar os aspectos essenciais do instituto.

3.1. AS PROPOSTAS APRESENTADAS PELA DOUTRINA

Embora a definição dos critérios classificatórios da relevância penal dos fatos, e consequente definição das bagatelas no âmbito penal, seja uma atividade realizada,

primordialmente, pela prática jurisprudencial,¹ a teoria jurídica também indica critérios para essa finalidade.

Um exemplo de proposta de critérios classificatórios é o apresentado por Ribeiro Lopes (2000, p. 142-149). Conforme sua proposição, para a aferição da relevância social do fato deveriam ser considerados três aspectos: a) o grau de reprovabilidade do fato; b) o grau de relevância do bem jurídico e c) a característica de habitualidade delitiva do comportamento do sujeito.

Nessa formulação, o grau de reprovabilidade do fato seria definido pelo seu nível de inadequação social, valorado com base nos dados do contexto específico em que ele ocorreu (aspectos culturais, históricos, políticos, econômicos e sociais), considerando-se sua identidade significativa.

Porém, não são indicados referentes classificatórios para a definição do grau de relevância do bem jurídico, o qual é, inclusive, considerado de forma geral e abstrata (ou seja, seu valor intrínseco), sem a valoração da dimensão de sua afetação na situação concreta.

A reiteração delitiva é considerada um aspecto que enfraquece a percepção social de eficácia do sistema penal (assim como o potencial intimidante do direito penal) e afeta a sensação de segurança da sociedade. Portanto, o referido aspecto é considerado na esfera estrutural-sistêmica da

1. Por esse motivo, alguns autores limitam-se a indicar e comentar os critérios elencados no HC 84.412, relatado pelo Ministro Celso de Mello e julgado em 19/10/2004 pela 2ª Turma do STF. São eles: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) inexpressividade da lesão jurídica (SANCHES CUNHA, 2020, p. 84; NUCCI, 2019, p. 365; MIRABETTE; FABBRINI, 2019, p. 105; FLÁVIO GOMES, 2013, p. 20, 23, 26/34, 35).

eficácia da norma e se relaciona com a necessidade de pena para a implementação de suas finalidades preventivas.

A variedade de critérios e a diversidade de suas naturezas indicam a complexidade do objeto de análise, pois, para a definição da relevância social do fato são considerados aspectos relacionados ao conteúdo da norma (bem jurídico tutelado), à culpabilidade do agente (reprovabilidade do fato) e ao significado sociocultural do fato (a habitualidade delitiva).

Essa complexidade também é identificável na relação de critérios apresentada por Queiroz (2016, p. 88):

1) a gravidade concreta da conduta; 2) a ausência de violência ou grave ameaça; 3) a não consumação do tipo; 4) a eventual reparação do dano ou a restituição da coisa; 5) a possível perda da coisa ou produtos do crime em favor da União; 6) a aplicação de sanções extrapenais (administrativa etc.); 7) o sofrimento (legal ou ilegal) já imposto durante a investigação (prisão em flagrante etc.); 8) a desproporcionalidade da pena mínima cominada.

Nessa relação são indicados critérios cujos objetos são a relevância social do fato (1, 2 e 3), eventual desnecessidade de pena (4 a 7), e mesmo as valorações políticas de merecimento de tutela penal (8), o que evidencia não apenas a complexidade do objeto considerado como também a das referências empregadas para a classificação do fato como bagatela.

3.2. A REGULAMENTAÇÃO LEGAL

O ordenamento jurídico penal brasileiro define ampla variedade de instrumentos mediante os quais é possível a graduação proporcional das consequências jurídicas dos ilícitos penais de menor significado social.

ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Preocupamo-nos, até aqui, em apresentar ao leitor formulações mais teóricas, de justificação do direito penal, de suas funções, dos princípios que o regem e da categorização do crime bagatelar, oferecendo nossa contribuição, com o apoio de considerável aporte doutrinário.

Temos consciência, porém, de que o conhecimento teórico – mormente no domínio das ciências penais – não se realiza plenamente se desvinculado de sua incidência prática, na praxe judiciária.

Toma-se como certo, a propósito, que o direito – ao contrário de uma sua concepção meramente normativa e abstrata – é ciência prática, ancorada na realidade da vida, cuja função consiste em conduzir as ações sob o domínio da razão e tendo sempre o homem “e a sua circunstância” como referência concreta para sua realização.

Na precisa lição de Zagrebelsky (1997, p. 122):

La concepción del derecho 'por principios' tiene, por tanto, los pies en la tierra y no la cabeza en las nubes. La tierra es el punto de partida del desarrollo del ordenamiento, pero también el punto al que éste debe retornar. Naturaleza práctica del derecho significa también que el derecho, respetuoso con su función, se preocupa de su idoneidad para disciplinar efectivamente la realidad conforme al valor que los principios confieren a la misma. Así, pues, las consecuencias prácticas del derecho no son en modo alguno un aspecto posterior, independiente y carente de influencia sobre el propio derecho, sino que son un elemento cualificativo del mismo.

O objetivo principal deste capítulo é, portanto, o de demonstrar, com base no exame de casos julgados pelos tribunais superiores, como esse tema da insignificância penal tem sido concretamente aplicado pelas cortes incumbidas, pela Constituição de 1988, da interpretação das normas constitucionais e legais.

Tentaremos, em relação a cada um dos crimes que mais usualmente comportam a análise da criminalidade de bagatela, indicar alguns julgados – escolhidos a partir da consulta a milhares de processos em que aquele tema foi abordado – que reproduzem a linha decisória de cada uma das turmas julgadoras, especialmente as do Superior Tribunal de Justiça, as quais, como iremos já demonstrar, decidem em número muito maior de casos – até porque o tema é, antes de tudo, de interpretação e aplicação da lei federal (matéria da competência do STJ) – do que as Turmas do STF.

Não incluímos a análise das decisões monocráticas, quer por sua elevadíssima quantidade, quer por serem decisões

tomadas sem a participação do colegiado, porque são de simples resolução ou reproduzem jurisprudência já consolidada no tribunal respectivo.

Nossa ênfase maior será no exame da jurisprudência acerca do crime de furto, que é, disparadamente, o delito que mais atrai a aplicação da insignificância penal.

Dito isso, alertamos que o exame da jurisprudência dos tribunais superiores sobre o tema objeto deste estudo – e mais especificamente sobre o crime de furto e a insignificância penal – permite extrair, de plano, duas conclusões: primeira, é crescente e volumoso o número de habeas corpus, recursos em habeas corpus e, em quantidade bem menor, recursos especiais em que se pede o reconhecimento de furto insignificante; segunda, a quantidade de feitos julgados no Superior Tribunal de Justiça é imensamente maior do que os apreciados pelo Supremo Tribunal Federal. Para se ter uma ideia, com as palavras “insignificância” e “furto” associadas, encontramos, no dia 15 de julho de 2020, os seguintes resultados nos sítios eletrônicos dos referidos tribunais: no STF, foram encontrados 398 acórdãos e 1.310 decisões monocráticas; no STJ, 3.852 acórdãos (ou seja, cerca de 10 vezes mais) e 21.556 monocráticas (quase 20 vezes mais).

Proporcionalmente, os dados se aplicam a quaisquer outros crimes nos quais o tema central tenha sido o reconhecimento ou não da tese, aventada pela defesa (quase sempre em habeas corpus ou recurso ordinário em habeas corpus) ou pelo Ministério Público (em recurso especial ou recurso extraordinário).

A razão desse volume muito maior de processos examinados no STJ parece óbvia: o Superior Tribunal de Justiça realiza já importante filtro na análise dos pleitos que lhe

chegam, muitos dos quais resultam em concessão do pedido, o que afasta a necessidade de a defesa subir ao STF. A par disso, há certo desestímulo para o prosseguimento da busca de um resultado favorável, quer pelos custos que envolvem acorrer à Corte Suprema (não necessariamente financeiros, haja vista que o acesso à jurisdição criminal no Brasil, mesmo perante os tribunais superiores, é praticamente gratuito), quer pelo prognóstico de menores chances de êxito da postulação naquela Corte.

Isso é confirmado por alguns dados, extraídos de levantamento feito pelo Núcleo de Segunda Instância e Tribunais Superiores – Brasília, da Defensoria Pública de São Paulo, que, ao menos em relação aos habeas corpus impetrados contra decisões de habeas corpus (sobre variados temas que afetam a liberdade dos assistidos), oriundas do Tribunal de Justiça de São Paulo, revelam grau elevadíssimo de provimentos favoráveis aos seus clientes.

Vejamos os números, relativos ao ano de 2019:

- Análises do Mérito: 11.181;¹
- Concedidos: 6.869 (61,43%);
- Denegados: 4.312 (38,57%);
- Ordens Prejudicadas: 846;
- Indeferidos Liminarmente: 1.369.
- Outros: 5.876²

1. Os cálculos foram gerados desconsiderando os HCs prejudicados e indeferidos liminarmente.

2. Despachos sem conteúdo decisório, embargos, agravos e HCs de próprio punho ou de assistência judiciária.

Ao se examinar o estudo similar feito pela mesma instituição, em relação aos habeas corpus impetrados perante o Supremo Tribunal Federal, os dados já mostram realidade diversa.

Na verdade, mais de 60% dos habeas corpus impetrados pela Defensoria Pública de São Paulo no Superior Tribunal de Justiça – pelos mais variados motivos (não somente contra condenações por condutas insignificantes mas também e particularmente contra decretos de prisão preventiva sem fundamento idôneo, contra a manutenção por tempo excessivo da prisão preventiva, contra a fixação incorreta de regime de cumprimento de pena etc.) – alcançam provimento favorável, o que já permite uma preocupante ilação: a interpretação das leis federais e da Constituição feita pelas cortes com tal competência constitucional não é a mesma que faz o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em temas fundamentais do processo penal.

Relativamente aos habeas corpus impetrados no Supremo Tribunal Federal, dos 421 processos protocolados, houve decisão favorável em pouco mais de 15% deles – não é despidiando lembrar que essas impetrações indicam como ato coator alguma decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, quase sempre em habeas corpus que ali foram manejados pela Defensoria Pública, já, portanto, bem filtrados pelo exame do STJ.

Releva sublinhar, a propósito, que o Tribunal de Justiça de São Paulo é responsável por mais de um terço do total de processos distribuídos no Superior Tribunal de Justiça e por mais de 50% dos habeas corpus impetrados nesta Corte (em 2019, por exemplo, foram distribuídos 68.778 processos de habeas corpus no STJ, dos quais 35.534 eram oriundos de São Paulo).

Daí se pode inferir a gravidade da situação ora relatada, em que são reformados mais de 60% de todos os habeas corpus impetrados pela Defensoria Pública contra decisões oriundas do tribunal responsável por metade daqueles processos no STJ. Essa situação sinaliza para a ausência de sincronicidade entre a jurisprudência do TJSP e a dos tribunais superiores, a despeito do sistema de precedentes ser uma realidade nacional desde, pelo menos, 2015, quando o Código de Processo Civil, em seu artigo 927, definiu que os tribunais do país observarão as decisões referidas nos incisos daquele dispositivo.

Dessa anomalia sistêmica resulta, sem esforço, a percepção de que há tanto uma excessiva e crescente utilização de ações e recursos perante os tribunais superiores, onerando desnecessariamente essas cortes de vértice, quanto há prejuízos irreparáveis aos jurisdicionados, mormente os que não possuem recursos para contratar um advogado de sua predileção, visto que não é em todos os municípios brasileiros que a Defensoria Pública tem quadro de assistência jurídica a hipossuficientes.

Passemos, então, ao exame da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, intermeado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, em dados momentos, serviu de bússola e referência para os integrantes daquela Corte Superior, não obstante a diversidade de posições que foram adotadas ao longo das duas últimas décadas de aplicação do princípio bagatelar.

6.1. FURTO

Com base na análise de 5.148 julgados das duas Turmas do Superior Tribunal de Justiça, desde o início dos anos 2000, percebe-se considerável oscilação no posicionamento – ora

mais flexível, ora mais rígido – de ambos os colegiados na admissão da insignificância penal, relativamente ao crime de furto, sobretudo nas hipóteses em que o acusado registra antecedentes, como veremos mais adiante.

6.1.1. Categorização penal

O primeiro aspecto que chama a atenção de quem lê os julgados nesses últimos 20 anos de jurisprudência sobre a aplicação da insignificância penal é a escassa discussão sobre a categorização do instituto na teoria do crime.

Deveras, percebe-se, nos excertos adiante transcritos, que a quase totalidade das ementas examinadas reporta-se a um entendimento, generalizado e antigo, na doutrina e na jurisprudência pátrias, de que a constatação de lesão ínfima ao bem jurídico tutelado pela norma penal implica a atipicidade material da conduta (“A insignificância, é claro, mexe com a tipicidade, donde a conclusão de que fatos dessa natureza evidentemente não constituem crime.” – HC 39.599/MG, 6ª T., j. 21/6/2005.) – eventualmente com alguma hesitação – tendo em vista o ínfimo desvalor tanto da conduta quanto do resultado, tomado como referência o bem jurídico afetado (“A literatura alemã, por influência jurisprudencial, construiu a doutrina da insignificância, cuja divergência é restrita ao seu efeito, ou seja, se elimina a culpabilidade, ou repercute na própria tipicidade. [...] Nessa linha, “BETTIOL, ANIBAL BRUNO, MANTOVANI, MAURACH”. REsp 150.908/SP, 6ª T., j. 18/8/1998).

Vez por outra se fala de atipicidade conglobante (HC 11.542/DF, 5ª T., j. 14/3/2000; REsp 470.978/MG, 5ª T., j. 30/6/2003; HC 39.847/RJ, 5ª T., j. 16/2/2006), causa supralegal de exclusão