

ANDREAS EISELE

ROGERIO SCHIETTI CRUZ

INSIGNIFICÂNCIA PENAL

Os crimes de bagatela
na dogmática
e na jurisprudência

2ª edição

Revista
Atualizada
Ampliada

2024



EDITORA
JusPODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

UMA PROPOSTA ALTERNATIVA DE CLASSIFICAÇÃO DOS CRITÉRIOS EMPREGADOS PARA A DEFINIÇÃO DOS CASOS DE BAGATELA

As propostas de classificação dos critérios empregados para a valoração da relevância social dos ilícitos penais na definição dos casos de bagatela anteriormente analisados não são adequadas, ou suficientes, para definir sua natureza jurídica. Para isso é necessária a especificação do elemento da estrutura do delito no qual deva ser considerada, valorada e classificada a afetação do bem jurídico, que é o referente objetivo básico da relevância social do fato.

Além disso, para viabilizar a análise conjunta dos aspectos componentes do objeto que define a relevância penal do

fato, é necessário o emprego de uma categoria ampla, que possibilite a valoração global do significado do fato, de modo a abranger outros elementos complementares ao sentido decorrente da afetação do bem jurídico.

O conceito tripartido de delito (fato típico, antijurídico e culpável) não fornece uma categoria idônea para essa classificação, e esse foi o motivo da cisão do conceito em expressão formal e conteúdo material, com a análise do bem jurídico de forma paralela e alheia à sua estrutura formal.

Ademais, o conceito tripartido não possibilita a classificação do merecimento de pena na estrutura do delito, o que levou à necessidade de valoração da bagatela no âmbito da tipicidade (PALIERO, 1979, p. 945). Por esse motivo, ou seja, devido à inexistência de uma categoria na referida estrutura em que possa ser aferido o seu conteúdo material (para a definição do merecimento de pena), não foi possível a elaboração de soluções de direito penal para os casos de bagatela, o que levou à adoção de alternativas processuais (VOGLER, 1978, p. 154).

Para a classificação do bem jurídico dentro da estrutura do delito, e a valoração do significado social do fato, é necessária a superação desse problema, e o instrumento que pode proporcionar tal solução é o conceito integral de delito, que inclui a punibilidade como um quarto elemento da categoria.

A punibilidade consiste na possibilidade jurídica de incidência de uma pena, ou seja, no poder estatal de aplicar a sanção, e seu fundamento é a dignidade penal do fato, que se configura devido à relevância social do ilícito penal.

Esses aspectos serão mais bem especificados a seguir.

5.1. PREMISSA METODOLÓGICA: O CONCEITO INTEGRAL DE DELITO

O conceito integral de delito foi elaborado por Eisele (2019, p. 95-99, 188-190) mediante a estruturação sistematizada de alguns conceitos definidos pela teoria jurídica para a identificação e o tratamento de aspectos tópicos relacionados a questões específicas da teoria do delito.

Os conceitos sistematizados foram os seguintes:

- a)** a dignidade penal;
- b)** a punibilidade concreta;
- c)** a penalidade.

A dignidade penal, também denominada merecimento de pena, é uma classificação do fato realizada em decorrência de sua relevância social. Essa relevância é definida com base em características que expressem um significado cultural da situação, mediante um juízo valorativo e atributivo que dimensiona sua gravidade. O principal aspecto objetivo considerado para essa valoração (embora não seja o único) é a dimensão da afetação do bem jurídico. Assim, a dignidade penal é a categoria na qual deve ser aferida a lesividade do fato, sua gravidade e consequente relevância social.¹

Nem todo fato típico e antijurídico é digno de pena. Somente será digno, ou merecedor de pena, o ilícito penal que tiver relevância social mínima o suficiente para justificar a intervenção penal do Estado. Por exemplo, quando a lesão ao bem jurídico implementada em decorrência da realização do

1. A origem desse conceito será melhor especificada posteriormente.

fato típico não for grave, o fato pode não ser digno de pena, apesar de típico e antijurídico.

A dignidade penal do fato é o fundamento material da possibilidade jurídica do Estado de aplicar uma pena em relação ao caso. Dessa forma, somente os ilícitos penais socialmente relevantes serão puníveis.

A punibilidade é a possibilidade jurídica de incidência de uma pena (ANTOLISEI, 2000, p. 339; DI LORENZO, 1955, p. 420; MESSINA, 2013, p. 331; MENDES DE CARVALHO, 2007, p. 55-57), e sua configuração pode expressar-se de dois modos: a) pela elaboração da lei que estabelece a pena (abstrata) e b) pela aplicação da pena (concreta) estabelecida na lei.

Isso porque a possibilidade de incidência de uma pena em relação a um delito pressupõe duas coisas: a) a existência de uma lei que preveja essa pena como consequência jurídica desse delito e b) uma decisão judicial que aplique essa pena a alguém que tenha cometido esse delito.

A distinção entre as diferentes formas de manifestação da possibilidade jurídica de aplicação de uma pena, ou seja, da punibilidade, foi identificada por Pisapia (1952, p. 28), ao ponderar que:

Essa duplicidade de aspectos e funções levou muitos autores a falar de uma ‘punibilidade em abstrato’ e de uma ‘punibilidade em concreto’: e também nós, como se viu, falamos – para tornar mais claro o nosso discurso – de uma *punibilidade em concreto* ou *em sentido estrito*, para expressar sinteticamente a presença de todos os pressupostos necessários e suficientes para a aplicação da pena no caso individualizado (tradução dos autores).

Tal distinção foi adotada por Grispigni (1952, p. 277) e Vassali (1960, p. 620) e posteriormente desenvolvida por

Ruggiero (1988, p. 1123-1124, 1140) a partir de uma perspectiva processual.

Sáinz Cantero (1990, p. 745), em classificação que foi posteriormente adotada por Palazzo (2008, p. 556), especificou:

A punibilidade pode ser concebida de duas formas: como uma previsão legal e abstrata da pena [...]; e como a possibilidade de aplicar a pena cominada a uma conduta típica, antijurídica e culpável, em cujo sentido seria punível somente o fato que, no caso concreto, possa ser punido (tradução dos autores).

O primeiro modo de expressão da punibilidade é formulado mediante a cominação de uma pena para a hipótese típica descrita em lei. Essa definição geral da pena aplicável à modalidade típica correspondente é denominada punibilidade abstrata (BELING, 1930, p. 72-76; CUELLO CALÓN, 1980, p. 299, 303; ANTÓN ONECA, 1986, p. 163, 261; COBO DEL ROSAL; VIVES ANTÓN, 1990, p. 201). Dessa forma, a punibilidade abstrata é implementada mediante a cominação legal da pena. Esse aspecto não integra o delito, mas é um pressuposto estrutural à sua existência, assim como ocorre com a definição legal da hipótese típica na lei.

O segundo modo de configuração da punibilidade decorre da realização de um fato típico concreto, o que implica a possibilidade de incidência de uma pena como sua consequência jurídica (FIGUEIREDO DIAS, 2007, p. 280-281). Essa individualização da possibilidade de aplicação de pena a um sujeito determinado em decorrência da realização de um fato efetivamente ocorrido é denominada punibilidade concreta (PANNAIN, 1936, p. 1-2; PISAPIA, 1952, p. 28; POLAINO NAVARRETE, 2001, p. 250, 254-255).

Na estrutura do conceito do delito a modalidade da punibilidade que integra seu conteúdo é a concreta, consistente

na possibilidade jurídica do Estado de aplicar uma pena em relação a um fato típico, antijurídico e culpável.

Essa possibilidade não coincide com a aplicação da pena em si, mas é um requisito lógico anterior, e se configura como uma potência, ou seja, o poder do Estado de implementar as consequências jurídicas do fato.

A possibilidade de aplicação da pena (poder estatal) não se confunde com a atividade estatal de aplicação da pena. Tal atividade consiste na implementação das consequências jurídicas do delito e, por isso, não o integra, visto que o tem como seu pressuposto, e seu objeto são as consequências desse delito.

A atividade estatal realizada pelo Poder Judiciário, em que o juiz aplica uma pena a pessoa responsável pela realização de um ilícito penal, é denominada penalidade (EISELE, 2019, p. 61-63). Essa é a principal consequência jurídica do delito.

A partir da premissa de que a diferença essencial entre o ilícito civil e o delito é a punibilidade, pois não há diferença ontológica entre o ilícito civil e o penal, e o que distingue ambos é a possibilidade de incidência de uma pena criminal em relação ao delito, é elaborada a conclusão lógica de que o conteúdo do conceito de delito não pode ser diferente do sentido da expressão “fato punível”.

Efetivamente, um ilícito em relação ao qual não exista nenhuma possibilidade jurídica de incidência de uma pena (sanção penal) não tem a característica específica que distingue o ilícito penal do civil. Logo, a punibilidade deve integrar o conceito de delito.

Para isso deve ser elaborada uma distinção preliminar entre a punibilidade (possibilidade jurídica de aplicação de pena) e a penalidade (efetiva aplicação da pena), pois a

primeira é mera possibilidade, que integra o delito devido à sua essência de fato punível, enquanto a segunda é ato implementado como consequência do delito, que, dessa forma, passa a ser fato “punido” (BATTAGLINI, 1938, p. 6-7; 1941, p. 200; 1973, p. 340-343).

Porém, como o conceito analítico tripartido de delito, estruturado como fato típico, antijurídico e culpável, não contempla a punibilidade², essa formulação não pode ser considerada completa.

Levando-se em conta que a punibilidade corresponde ao poder estatal de aplicação de uma pena, nos termos definidos no ordenamento jurídico, e que o fundamento material do exercício desse poder é o significado social da afetação do objeto da tutela da norma penal (cujo elemento principal é o bem jurídico), foram elaboradas algumas conclusões sistêmicas:

- a)** a afetação do bem jurídico deve integrar a estrutura do delito, porque sem a lesividade do fato não há fundamento material para a intervenção penal;
- b)** a afetação do bem jurídico fundamenta materialmente a possibilidade jurídica de incidência de uma pena, devido ao princípio da lesividade e à finalidade da norma de tutela do bem jurídico;
- c)** a possibilidade jurídica de aplicação de uma pena é denominada punibilidade concreta, e, como a afeta-

2. Na verdade, a punibilidade considerada para a formulação conceitual quadripartida original era a abstrata (cominação legal de uma pena), e, por esse motivo, não era compatível com os demais elementos do conceito (fato típico, antijurídico e culpável), pois não era referenciada a uma situação fática concreta, mas sim a uma previsão legislativa hipotética e abstrata de conteúdo geral.

ção do bem jurídico fundamenta a possibilidade de aplicação da pena, fundamenta a punibilidade concreta;

- d)** a categoria jurídica na qual a afetação do bem jurídico deve ser valorada é a dignidade penal;
- e)** dessa forma, a dignidade penal estabelece a punibilidade concreta.

A síntese dessas conclusões é que o significado da forma e da extensão da afetação do bem jurídico definem a relevância social do fato e configuram sua dignidade penal. Esse aspecto fundamenta a punibilidade concreta, o que complementa o conceito tripartido (formal) de delito, atribuindo-lhe conteúdo material e, logo, sentido social.

Com base nessas premissas, o conceito de delito passa a ter estrutura quadripartida, formada por um fato típico, antijurídico, culpável e punível. Essa formulação supera o problema da cisão do conceito de delito em uma expressão formal e um conteúdo material e também a contradição conceitual existente entre o conceito tripartido – que não abrange a punibilidade – e a formulação essencial do delito, concebido como fato punível.

A punibilidade integrante do conceito é a concreta e surge em decorrência da dignidade penal do fato, aferida com base no seu significado social, para o que devem ser consideradas as características da afetação do bem jurídico, implementada em decorrência da realização do fato típico (EISELE, 2019, p. 95-99).

5.2. A DIGNIDADE PENAL DO FATO

A dignidade penal é uma categoria do delito na qual é valorada a gravidade do fato típico e antijurídico. Logo, é nessa categoria que é aferido o conteúdo material do delito. Para tanto, é realizada uma valoração dos efeitos concretos que o ilícito penal produz na realidade social, a fim de definir seu significado cultural e sua relevância jurídica (EISELE, 2018, p. 656-658; 2019, p. 140-142).

A categoria da dignidade penal também é denominada mediante a expressão “merecimento de pena”³ e originalmente chegou a ser relacionada à antijuridicidade concreta e à tipicidade material, devido à consideração da afetação do bem jurídico nessas categorias elementares do delito (SCHAFFSTEIN, 1936, p. 26; 1938, p. 297; 1974, p. 562).

Seu objeto essencial de referência foi a afetação do bem jurídico (OTTO, 1978, p. 54; 1979, p. 683; 1984, p. 346-347; 2004, p. 10; ALTPETER, 1990, p. 24; LANGER, 2007, p. 110), e, por esse motivo, a valoração da gravidade do ilícito penal foi definida com base na dimensão e na forma da lesão ou do perigo implementado para o objeto de tutela da norma, em decorrência da realização do fato típico. Deveras, a relevância da afetação do bem jurídico define a gravidade cultural do fato, pois esse é o principal aspecto do fato típico que produz efeitos concretos nas relações sociais.

Dessa forma, a dignidade penal sintetiza o conteúdo do princípio político da lesividade (ou ofensividade), que

3. Apesar do emprego da denominação “merecimento de pena” na teoria jurídica, a expressão dignidade penal (FIGUEIREDO DIAS, 2007, p. 671-672; 1992, p. 20-44; COSTA ANDRADE, 1992, p. 173-205) denota melhor o objeto, porque expressa a relevância do fato, enquanto a expressão merecimento de pena contém alguma ambiguidade, pois quem é efetivamente merecedor de pena é o sujeito responsável pelo fato, e não o fato em si.

dá sentido ao direito penal e formaliza o conteúdo material do delito. Portanto, define o fundamento material da intervenção penal (ESER, 1961, p. 152, 176-179, 182). Ela estabelece o fundamento da possibilidade jurídica de aplicação de uma pena, o que é denominado como punibilidade concreta (ALTPETER, 1990, p. 35).

Como a afetação do bem jurídico é um aspecto dimensionável, e o critério classificatório valorativo também, a dignidade penal é uma categoria cujo conteúdo pode ser dividido em graus e nesse aspecto tem a mesma estrutura que a culpabilidade, pois ambas têm como referência aspectos do ilícito penal (que é uma categoria absoluta formada pelo fato típico e antijurídico), e seus conteúdos são formados pela valoração desses aspectos em um juízo de conteúdo ético-social.

É exatamente devido ao conteúdo da categoria (relevância social do fato decorrente de sua lesividade), e a seus efeitos (fundamento da possibilidade de aplicação de uma pena, ou seja, da punibilidade concreta), que a dignidade penal é o instrumento mais adequado para análise e eventual classificação dos casos de bagatela (SCHÜNEMANN, 1979, p. 129-130)⁴, pois define o limite entre a relevância e a irrelevância penal do fato (ALTPETER, 1990, p. 24, 35, 242, 245-246), porquanto um fato sem significado social suficientemente relevante – uma bagatela – não tem dignidade penal, não é merecedor de pena (FIGUEIREDO DIAS, 2007, p. 280, 676-677).

No aspecto operacional, quando um fato típico e antijurídico (ilícito penal) não for suficientemente relevante, devido ao grau de afetação do objeto de tutela da norma, não

4. Como esclarece Vogler (1978, p. 165), o grau de merecimento de pena define a punibilidade do fato.

deve fundamentar a intervenção penal, não deve implementar a punibilidade concreta (EISELE, 2018, p. 695-701; 2019, p. 147-157).⁵

Essa relação é explicada por Zipf (1975, p. 15) ao tratar dos casos de bagatela e salientar que, além da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade, para a punibilidade do fato existe um pressuposto adicional denominado “merecimento de pena”, o qual atribui conteúdo material à hipótese típica formalmente definida na lei.

É nesse sentido que se pode afirmar que os delitos de bagatela são fatos que, apesar de típicos e antijurídicos, não são dignos de pena (não merecem pena), devido à pequena expressão de seu conteúdo material. Não são, pois, suficientemente graves para justificar a intervenção penal (AMARELLI, 2015, p. 972-973; 2018, p. 4, 6, 9).

A forma de produção desse efeito é a exclusão da punibilidade (e consequente pena) nos casos de ausência de relevância social do fato típico (inexistência de merecimento de pena), devido à insignificância de seus efeitos.⁶

Esse efeito operacional (não instauração da punibilidade) efetiva a finalidade do princípio da fragmentariedade do

5. A referência da punibilidade é o ilícito penal, composto pelo fato típico e antijurídico. Tanto a punibilidade como a culpabilidade são categorias valorativas que têm como objeto de referência o fato típico e antijurídico. A culpabilidade define a responsabilidade do sujeito pela prática do ilícito penal com base na sua capacidade jurídico-penal (imputabilidade) e na reprovabilidade de seu comportamento. A penalidade define o poder estatal de aplicação de uma pena com fundamento na relevância social do fato. Logo, são juízos valorativos complementares, que definem dimensões subjetivas (a culpabilidade) e objetivas (a punibilidade) do delito.

6. Essa é, inclusive, a forma de regulamentação jurídica dessa hipótese no art. 131 bis do CP italiano (AVITTO, 2017, p. 1-2).

direito penal em situações concretas⁷, pois este não incide em relação a situações não suficientemente graves, devido à insignificância da afetação da ordem social (GÜNTHER, 1978, p. 12-13; 1983, p. 235-239).

De qualquer modo, o significado social do fato típico não é definido exclusivamente com base na dimensão da afetação do bem jurídico. Embora o aspecto quantitativo objetivo seja um dado relevante, e mesmo indispensável para a formação do sentido cultural do fato, seu significado é formado pela síntese de várias características culturalmente relevantes da realidade social, que contribuem para a formação do sentido do fato.

Essas características serão analisadas a seguir.

5.2.1. A afetação do bem jurídico

Para a valoração da relevância social do fato deve ser realizada, inicialmente, uma aferição conjunta da importância intrínseca do bem jurídico e da dimensão de sua afetação.

O primeiro aspecto a ser considerado é o conteúdo do bem afetado, pois determinados objetos têm um valor cultural essencial que exige uma tutela incondicionada. De fato, alguns bens jurídicos têm uma importância intrínseca e, por isso, qualquer afetação configuradora de um dano, ou mesmo de um perigo à sua incolumidade, é considerada socialmente relevante. Portanto, determinadas modalidades delitivas não são suscetíveis de classificação em uma gravidade socialmente irrelevante no âmbito penal.

7. Ou da subsidiariedade, conforme a concepção de Volk (1985, p. 894, 899).

Esse é o caso, por exemplo, do terrorismo, da tortura, de crimes de genocídio etc. (MASSON, 2016, p. 34-35). Um outro exemplo dessa hipótese são os crimes cometidos mediante violência doméstica contra mulheres. Devido à pressuposição da gravidade intrínseca dessa modalidade delitiva pelo seu significado cultural, é excluída a possibilidade de aplicação das medidas definidas na Lei nº 9.099/1995 a esses crimes (nos termos do art. 41 da Lei nº 11.340/2006), e o STJ editou a Súmula nº 589, em decorrência da qual “é inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas”. Nesses casos, nem sequer se considera a extensão do perigo ou da lesão ao bem jurídico, porque qualquer afetação desses bens jurídicos mediante a prática de um fato típico já é considerada socialmente relevante.

Portanto, para a classificação da relevância social do fato, inicialmente deve ser considerado o valor intrínseco do bem jurídico afetado e a forma de sua afetação. Por essa razão, existe amplo consenso em relação à impossibilidade de classificação de determinados delitos como bagatelas, como é o caso de delitos contra a vida e de determinadas formas qualificadas (PALLIN, 1968, p. 27; KUNZ, 1984, p. 202, 206-209, 311, 324).

Para a definição prévia da relevância social de fatos com base em critérios objetivos, as legislações alemã, austríaca e italiana estabelecem limites à possibilidade de aferição de eventual insignificância penal de modalidades delitivas determinadas, mediante a exclusão da possibilidade de classificação, como bagatelas, de delitos em relação aos quais seja cominada determinada quantidade de pena.

Nesses casos, a análise do valor do bem jurídico e da relevância de sua forma de afetação é realizada com base na estrutura do próprio tipo, e não da situação fática concreta,

pois seu objeto é o bem jurídico tutelado de forma abstrata e geral pela norma penal.

Essa valoração somente pode excluir a possibilidade de configuração da bagatela, mas não pode implementar a classificação da hipótese típica como uma bagatela de modo geral, porque isso corresponderia à exclusão da vigência da lei penal (na forma de *abolitio criminis*).⁸

O segundo aspecto a ser considerado para a definição do significado social da afetação do bem jurídico é a dimensão do perigo ou dano causado.

Nesse contexto, deve ser realizado um juízo de relação qualitativa/quantitativa entre o valor do bem jurídico afetado e a dimensão de sua afetação. Assim, quanto mais valioso for o bem, menor precisa ser o dano ou o perigo causado para caracterizar a dignidade penal do fato. De outra parte, quanto menos essencial for a natureza do bem, maior precisa ser sua afetação para instaurar a relevância social do fato.

Nessa dimensão devem ser considerados não apenas os benefícios auferidos pelo agente mas também os prejuízos sofridos pela vítima.

A análise deve ser individualizada, levando-se em conta as características pessoais do sujeito que obteve alguma vantagem em decorrência do fato e também as da vítima. Por este motivo, para a definição do valor do bem para a vítima devem ser consideradas sua condição econômica e eventual relação sentimental com o objeto (MASSON, 2016, p. 32-33).

8. Em razão disso, não é juridicamente possível a valoração judicial do bem jurídico de forma geral e abstrata proposta por Martinelli para a classificação da insignificância penal de uma hipótese típica independentemente das características do fato típico correspondente (MARTINELLI, 2008, p. 22-23).

Em vista disso, não é adequada a definição objetiva de uma quantidade fixa para determinada modalidade delitativa, como seria o caso do estabelecimento de um valor econômico nos crimes contra o patrimônio. Por exemplo, uma caixa de bombons tem um valor objetivo fixo, mas pode ter um valor pessoal diferente para cada vítima. No caso, se um furto desse objeto for praticado contra um grande supermercado, a repercussão para a vítima será muito diferente do que deve ocorrer se ele for praticado contra uma pessoa desempregada que oferece os bombons da caixa à venda, de forma individualizada, em um semáforo para os motoristas, a fim de conseguir alguma renda para sustentar sua família.

Por isso, o valor da dimensão da afetação do bem jurídico é sempre relativo, visto ser definido com base em outros aspectos contextuais do fato que atribuem sentido à situação, e não apenas em sua expressão econômica (KUNZ, 1984, p. 223). Essa contextualização da dimensão da afetação do bem jurídico decorre do objeto de referência da categoria, que não tem natureza meramente econômica, porquanto não se trata de instituto exclusivo dos delitos econômicos (RIBEIRO LOPES, 2000, p. 43-44).

Portanto, para a definição da dignidade penal do fato, a primeira análise a ser realizada para a valoração de seu significado social tem por objeto o bem jurídico afetado pela conduta típica.

Essa valoração deve ser realizada com a consideração sucessiva de dois aspectos:

- 1) o valor intrínseco do bem jurídico;
- 2) a dimensão de sua afetação.

5.2.2. O significado e a repercussão social do fato

O significado do fato é uma construção cultural, e o sentido respectivo é formado pela síntese valorativa de todas as características da situação fática. Não é possível sua decomposição, com a consideração exclusiva, específica e individualizada de qualquer aspecto, sem a consideração de sua relação com os demais elementos que formam seu sentido integral, sob pena de artificialidade e distanciamento em relação à realidade social.⁹

Consequentemente, a definição da gravidade do fato deve ser realizada com base em uma valoração global do contexto, considerando-se todas as suas características, e não somente a dimensão da afetação do bem jurídico, porque esse dado somente é referido a um dos aspectos que compõem o sentido cultural da situação.¹⁰ Embora o bem jurídico seja um elemento relevante para a valoração do significado social do fato, não é suficiente para, de forma autônoma, definir esse significado (KUNZ, 1984, p. 222-223).¹¹

-
9. Por isso, não é viável a proposta de Martinelli, de decomposição dos tipos que formam modalidades típicas derivadas (tipos compostos, complexos e qualificados), para a consideração individualizada de cada aspecto componente do tipo, com sua valoração autônoma. Por exemplo, em um roubo, a consideração separada da dimensão do prejuízo decorrente da subtração e do potencial intimidante da ameaça perpetrada (MARTINELLI, 2008, p. 28).
 10. Ou seja, a avaliação não deve considerar somente o desvalor do "resultado" (na verdade, a valoração da afetação do bem jurídico) mas, também, o desvalor da conduta.
 11. Na verdade, nem mesmo nos delitos contra o patrimônio, em que é possível uma quantificação mais precisa da dimensão da afetação do bem jurídico, a análise objetiva da gravidade do fato somente com base nas referências econômicas de suas consequências é suficiente para a definição de seu significado social, pois esse também é definido pelo modo de execução da conduta (NOWAKOWSKI, 1980, p. 289-290).

É no âmbito da definição do significado social do fato que são considerados os aspectos que individualizam a situação em suas características próprias e que foram indicados mediante um conjunto de aspectos complementares aludidos nos precedentes jurisprudenciais anteriormente indicados, assim como nos dispositivos legais antes descritos.

Esse é o caso das “circunstâncias” do fato e do grau de “reprovabilidade” do comportamento do sujeito, o que deve ser determinado com base em “valores ético-jurídicos”, levando-se em consideração sua “conduta social”, especialmente a eventual caracterização de “contumácia delitiva ou reincidência”, a expressar a “periculosidade social da ação” e seu potencial de afetação da “ordem normativa” e indicar a “necessidade de aplicação de pena para a prevenção de delitos” (conforme entendimento adotado pelo STF na definição dos casos de bagatelas anteriormente sintetizado).

A análise desses aspectos deve ser realizada de forma conjunta e complementar, pois todos se inter-relacionam na formação do sentido social do fato, e a definição de sua gravidade decorre de valoração que tem por objeto essa realidade social complexa.

Desse modo, as circunstâncias do fato são todas as características da situação que expressem seu sentido cultural, as quais serão valoradas com base em critérios ético-sociais para indicar o grau de reprovabilidade do comportamento¹² e a conseqüente gravidade do fato.

12. O juízo ético que valora a reprovabilidade do comportamento igualmente define a culpabilidade do sujeito com base no sentido do fato. Entretanto, esse sentido tem repercussões mais amplas que apenas a definição da culpabilidade, visto que expressa a relevância sociocultural do fato e, conseqüentemente, também determina sua gravidade.

Portanto, a relevância social do fato é determinada de forma conjunta, com base em todos os aspectos que lhe confirmam sentido no contexto em que ele se realizou.

Embora a quantidade e a variedade de referências valorativas a serem consideradas para a classificação da relevância social do fato possa ser objeto de críticas devido à amplitude e à vagueza dos aspectos que serão objeto da classificação¹³, a indeterminação do conteúdo dos aspectos considerados e a natureza valorativa de sua classificação são inerentes ao próprio objeto da categoria, motivo pelo qual não é possível uma determinação prévia de seu conteúdo de forma objetiva, pois trata-se de construção normativa de sentido social realizada sobre aspectos concretos de uma realidade social complexa e culturalmente contextualizada.

Porém, esse não é um problema exclusivo dos critérios a serem empregados para a aferição do significado e da repercussão social do fato, mas uma característica comum a todos os conceitos valorativos que também compõem os elementos normativos do tipo e as categorias que formam o conteúdo da culpabilidade.

A conduta social do sujeito (especialmente a caracterização da contumácia ou da reincidência) será analisada a seguir, no contexto da análise da necessidade de pena.

13. Por exemplo, Kunz (1984, p. 53/65-66) critica a falta de precisão do conteúdo dos conceitos de "pouca culpa" e "interesse geral" (categorias indicadas no § 153 do CPP alemão), por considerá-los termos vagos e redundantes, que não têm significado suficientemente claro. Pelo mesmo motivo, Zipf (1975, p. 21-24) critica a expressão "pequena culpa" anteriormente contida no § 42 do CP austríaco.

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.

Ao se examinar o estudo similar feito pela mesma instituição, em relação aos *habeas corpus* impetrados perante

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.

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 despidendo 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. CLASSIFICAÇÃO DA BAGATELA NA PUNIBILIDADE

A proposta teórica apresentada neste trabalho foi aplicada na prática jurídica para a solução de casos concretos em julgados relatados pelo autor, demonstrando sua adequação estrutural e viabilidade operacional.