

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

FERNANDO FILLIPE SANTOS MARQUES

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E A TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS:
análise à luz da realidade jurisdicional brasileira

São Luís
2016

FERNANDO FILLIPE SANTOS MARQUES

**O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E A TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS:
análise à luz da realidade jurisdicional brasileira**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão para obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Raimundo Nonato Serra
Campos Filho

São Luís

2016

Marques, Fernando Fillipe Santos

O princípio da insignificância e a teoria das janelas quebradas: análise à luz da realidade jurisdicional brasileira / Fernando Fillipe Santos Marques. - 2016.

81 f.

Orientador (a): Raimundo Nonato Serra Campos Filho.

Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2016.

1. Aplicabilidade. 2. Operação Tolerância Zero. 3. Princípio da insignificância. 4. Sistema penitenciário nacional. 5. Teoria das janelas quebradas. I. Campos Filho, Raimundo Nonato Serra. II. Título.

FERNANDO FILLIPE SANTOS MARQUES

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E A TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS:

análise à luz da realidade jurisdicional brasileira

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão para obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: / /

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Raimundo Nonato Serra Campos Filho (Orientador)
Universidade Federal do Maranhão

(Examinador)
Universidade Federal do Maranhão

(Examinador)
Universidade Federal do Maranhão

Aos meus pais e aos meus irmãos, elementos essenciais para minha formação acadêmica e enquanto cidadão.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelas inúmeras bênçãos que tem proporcionado em minha vida.

À minha família, essencial na minha formação acadêmica e enquanto pessoa: minha mãe, Ana Rosa, que sempre foi minha principal incentivadora nos estudos; meu pai, Fernando, que não mediu esforços para proporcionar todas as condições necessárias ao meu desenvolvimento; minha irmã, Carol, exemplo de companheirismo e minha melhor amiga; e meu irmão, Júnior, meu espelho e pessoa pela qual cultivo imensa admiração.

À Letícia, por sua amizade, companheirismo, compreensão e amor, que me ajudaram a ultrapassar os momentos mais delicados neste final de graduação.

Aos amigos da faculdade, Raelson, João Victor, Paulo, Adriano, Rawlinson, Léo, Gabriel, Nichole, Alana, Bruna, dentre outros, por terem trilhado comigo este caminho.

Ao meu orientador Professor Campos, pelo compromisso e disposição, mas, precipuamente, pela dedicação a este ofício belíssimo, que é o magistério.

“As nuvens mudam sempre de posição, mas são sempre nuvens no céu. Assim devemos ser todo dia, mutantes, porém leais com o que pensamos e sonhamos; lembre-se, tudo se desmancha no ar, menos os pensamentos.”

Paulo Beleki

RESUMO

Analisa, como problema principal, o embate ideológico entre o princípio da insignificância e a teoria das janelas quebradas, com o fito de delimitar qual dos institutos deve ser utilizado pela política criminal brasileira, tendo em vista o arraigado problema da criminalidade vigente no país. Utilizando-se do método de abordagem dedutivo e da técnica de pesquisa teórica, delinea os princípios gerais do Direito Penal, norteadores de toda a sua interpretação e aplicação, que servem, notadamente, como mecanismos de restrição do *ius puniendi* estatal, materializando, por conseguinte, garantias de valor imensurável para o indivíduo. Possui como ponto chave a abordagem do princípio da insignificância, elucidando os elementos e circunstâncias que dele decorrem. Aborda a teoria das janelas quebradas, esmiuçando os experimentos utilizados para a construção de sua tese, e a operação Tolerância Zero, primeira experiência prática de utilização dos ditames da teoria, destacando os contextos econômicos e sociais vigentes nos Estados Unidos quando de sua implementação, bem como as críticas que foram endereçadas à teoria. Cabe a esta pesquisa tentar interpretar, outrossim, a realidade jurisdicional brasileira, precipuamente no que concerne às condições da Justiça Criminal e do sistema penitenciário nacional, com o escopo de descobrir se a utilização de uma política criminal pautada nos mandamentos da teoria das janelas quebradas lograria êxito no tormentoso desafio de combate à criminalidade ou, noutro giro, se o princípio da insignificância deve permanecer norteando a política criminal pátria.

Palavras-chave: Aplicabilidade. Operação Tolerância Zero. Princípio da insignificância. Sistema penitenciário nacional. Teoria das janelas quebradas.

ABSTRACT

It analyzes, as the main problem, the ideological clash between the principle of insignificance and the Broken Windows theory, in order to define which of the institutes should be used by the Brazilian criminal policy, considering the deep-rooted problem of criminality prevailing in the country. Using the method of deductive approach and theoretical research technique, it outlines the general principles of criminal law, guiding its interpretation and application, which serve, notably, as the restraint mechanisms of the State *ius puniendi*, materializing, therefore, guarantees of immeasurable value to the individual. It has as key point the approach of the principle of insignificance, clarifying the elements and circumstances that arise. It covers the Broken Windows theory, scrutinizing the experiments used for the construction of his thesis, and the Zero Tolerance operation, first experience using the dictates of practice of the theory, highlighting economic and social contexts presented in the United States when its implementation, as well as the criticisms that have been addressed to the theory. It's up to this research to try to interpret, in addition, the Brazilian court reality, mainly with regard to the Criminal Justice and the conditions of the national penitentiary system, with the scope to find out if the use of a criminal policy based on the precepts of the theory would achieve success in the stormy challenge of fighting crime, or, in another view, if the principle of insignificance should remain guiding criminal homeland policy.

Keywords: Applicability. Operation Zero Tolerance. Principle of insignificance. National penitentiary system. Theory of Broken Windows.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	PRINCÍPIOS PENAIIS	13
2.1	Princípio da legalidade	13
2.2	Princípio da intervenção mínima	16
2.2.1	Princípio da fragmentariedade	17
2.2.2	Princípio da subsidiariedade	18
2.3	Princípio da lesividade	18
2.4	Princípio da adequação social	21
2.5	Princípio da individualização da pena	22
2.6	Princípio da proporcionalidade	25
2.7	Princípio da responsabilidade pessoal	26
2.8	Princípio da culpabilidade	27
2.9	Princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade	29
3	PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	31
3.1	Natureza jurídica	32
3.2	Requisitos (vetores de aplicação) e espécies de infração bagatelar	34
3.2.1	Espécies de infração bagatelar	35
3.3	Fundamentos do princípio da insignificância	37
3.4	Controvérsias acerca da admissibilidade do princípio	39
3.5	Aplicabilidade	43
3.5.1	Princípio da insignificância nos delitos tributários e no descaminho	43
3.5.2	Princípio da insignificância nos delitos previdenciários	44
3.6	Insignificância e sua valoração pela autoridade policial	47
4	TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS: política criminal, sistema penitenciário brasileiro e cotejo com o princípio da insignificância	50
4.1	Política criminal	50
4.1.1	Relação com o Direito Penal e com a Criminologia	51
4.1.2	Movimentos e processos político-criminais	52
4.1.3	Tendências da política criminal hodierna	56
4.2	Teoria das janelas quebradas (<i>broken windows theory</i>)	58
4.2.1	Operação Tolerância Zero	61
4.2.2	Críticas endereçadas à teoria das janelas quebradas e à operação Tolerância Zero	64

4.3	Realidade do sistema penitenciário brasileiro	66
4.4	Teoria das janelas quebradas <i>versus</i> princípio da insignificância	69
5	CONCLUSÃO	73
	REFERÊNCIAS	77

1 INTRODUÇÃO

Diante da necessidade de pacificação social, uma das funções básicas da jurisdição, o Direito Penal possui como pressupostos básicos a prevenção, que pode ser geral ou especial. A primeira busca que as pessoas não venham a cometer crimes, ao passo que a prevenção especial almeja evitar a reincidência.

Estas se subdividem em positiva e negativa, sendo que a prevenção geral positiva diz respeito ao caráter intimidatório que a pena causa em toda a sociedade, que é a destinatária da lei penal, e a prevenção geral positiva demonstra e reafirma a existência e eficiência do Direito Penal. A prevenção especial negativa, de outra ponta, destina-se especificamente ao autor do delito, com vistas a intimidá-lo, para que não torne a praticar novamente um ato que atente contra os ditames do ordenamento jurídico, enquanto que o viés positivo visa materializar a ressocialização do condenado, ou seja, incluí-lo novamente no seio social.

Dessarte, o crime consiste no âmago de toda a análise realizada pelo Direito Penal, de modo que diversas teorias surgiram no âmbito deste e da Criminologia com o fito de entendê-lo, dentre as quais se insere a teoria das janelas quebradas.

A referida teoria surgiu na década de 1980, nos Estados Unidos, diante de um contexto de elevados índices de criminalidade, tomando como paradigma a relação existente entre esta e a desordem, utilizando experimentos de psicologia social para extrair sua tese.

Em apertada síntese, apresentou como conclusão a necessidade de punição severa para pequenas faltas, tendo em vista que, se desta forma não o fosse, a omissão estatal serviria como ensejo para prática de delitos maiores e com acentuado potencial lesivo para a sociedade.

Utilizando como fundamento a teoria das janelas quebradas, foi implementada em Nova York, a chamada política de Tolerância Zero, que reprimia severamente todos os delitos, notadamente os de menor potencial ofensivo e que supostamente apresentou como resultado uma considerável redução dos índices de criminalidade.

Conforme se depreende da breve explanação da teoria em epígrafe, esta, em tese, colide frontalmente com a melhor ilação do princípio da insignificância, o qual aduz, em síntese, que condutas ou lesões de pequena relevância não merecem atenção do Direito Penal, devendo ser objeto de outros ramos do Direito.

Por oportuno, registre-se que o princípio da insignificância possui incontestado reconhecimento da doutrina penal majoritária e aplicação por parte dos Tribunais Superiores, precipuamente pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, que fixou, inclusive, vetores a serem

observados quando da verificação de sua possível incidência, quais sejam: (a) mínima ofensividade da conduta; (b) ausência de periculosidade social da ação; (c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (d) inexpressividade da lesão jurídica ocasionada.

Desta feita, tem-se por objetivo geral levar a cabo uma análise acerca do princípio da insignificância e da teoria das janelas quebradas, considerando-se as condições jurisdicionais e as peculiaridades do sistema penitenciário brasileiro, com o nítido escopo de analisar qual dos mencionados institutos deve prevalecer no ordenamento jurídico pátrio.

E como objetivos específicos, impõem-se:

- a) Discutir os princípios que regem o Direito Penal brasileiro;
- b) Definir o princípio da insignificância e analisar todos seus elementos e as circunstâncias que dele decorrem;
- c) Conhecer e delimitar a teoria das janelas quebradas e a operação tolerância zero;
- d) Avaliar a utilização de uma política criminal pautada na teoria das janelas quebradas, considerando a realidade jurisdicional e penitenciária;
- e) Cotejar o princípio da insignificância com a teoria das janelas quebradas, avaliando qual destes deve prevalecer no Brasil;

Para o alcance desses objetivos, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, de modo que, partindo-se de premissas verdadeiras, estruturadas sob a forma de argumentos condicionais, buscou-se a conclusão já contida nelas implicitamente.

A técnica de pesquisa escolhida foi teórica, priorizando-se a construção de esquemas conceituais e utilizando-se de processos discursivos e argumentativos para o convencimento sobre a validade dos esquemas propostos.

E a coleta de dados se deu por meio de pesquisa bibliográfica e documental. A primeira contou com as contribuições doutrinárias concernentes ao objeto de estudo. A segunda consistiu principalmente na análise dos seguintes documentos:

- a) Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988;
- b) Código Penal brasileiro, decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940;
- c) Código de Processo Penal brasileiro, decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941;
- d) Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990;
- e) Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, decreto-lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942;

Por fim, destaca-se a estrutura em que foi desenvolvido o trabalho que se inicia.

O primeiro capítulo constitui a presente Introdução.

O segundo capítulo trata do princípio da insignificância, destacando, notadamente, seu conceito, natureza jurídica, requisitos, fundamentos e controvérsias acerca de sua aplicabilidade.

O terceiro capítulo dedica-se ao estudo da teoria das janelas quebradas, analisando em um primeiro momento o conceito de política criminal, seus movimentos, processos e tendências. Analisa os fundamentos e a tese da teoria das janelas quebradas, bem como explicita a operação Tolerância Zero. Discute as críticas endereçadas à mencionada teoria. Estabelece uma análise crítica acerca da realidade do sistema penitenciário brasileiro. Em remate, elucida o cotejo entre o princípio da insignificância e a teoria das janelas quebradas.

Por fim, a Conclusão finda o trabalho monográfico, apresentando as principais respostas para os problemas propostos.

2 PRINCÍPIOS PENAIS

Todo ordenamento jurídico, como tal, possui como alicerce básico um conjunto de princípios que norteiam seu entendimento, interpretação e aplicação. Como é cediço, a ciência jurídica segmenta-se em determinados ramos, vertentes temáticas com o escopo de facilitar o estudo do direito e sua incidência no caso concreto, ramos estes que também são permeados por princípios.

Não poderia ser diferente com o Direito Penal, que possui princípios que lhe são peculiares, fundamentam toda sua análise e, valendo-se do escorreito ensinamento de Robert Alexy (2008, p. 90), servem como comandos de otimização do sistema jurídico-penal pátrio.

O Direito Penal, como qualquer outra manifestação do Direito pátrio, deve ostentar como fonte de legitimidade e do conteúdo de suas normas a Constituição Federal de 1988. Assim, o texto constitucional possui regras e, notadamente, princípios que norteiam a aplicação e interpretação daquele, de modo que os princípios penais devem refletir, em última análise, o teor das normas constitucionais.

Destarte, faz-se mister analisar de forma detida os princípios que servem como paradigma para a aplicação da lei penal, e que se relacionam estritamente com o tema em análise (alguns, inclusive, servem de fundamento para sua aplicação), tendo em vista que a delimitação principiológica não é uniforme na doutrina e um corte epistemológico se mostra essencial para sua profícua análise.

2.1 Princípio da legalidade

Em um Estado democrático de Direito, como o Estado Brasileiro, o *ius puniendi* (direito de punir) é prerrogativa, direito próprio e exclusivo, do Estado, tendo em vista que os meios arcaicos de solução de controvérsias não mais se encontram vigentes, e de outro modo não poderia ser. Contudo, o Estado não pode exercer esse direito de punir (os indivíduos que eventualmente tenham cometido alguma transgressão contra bens jurídicos de terceiros tutelados pela norma penal) de forma livre e sem parâmetros básicos e prévios.

Neste cerne, insere-se o princípio da legalidade, que visa expurgar uma intervenção aviltante levada a cabo pelo Estado e expelir a arbitrariedade e o excesso do poder punitivo, tendo em vista que este só deve interferir de forma estritamente necessária nas liberdades individuais. Assim, o mencionado princípio traduz uma limitação ao poder de punir do Estado.

De acordo com o princípio em testilha, a feitura de normas incriminadoras somente pode ocorrer mediante lei. Nenhum fato pode ser considerado como delituoso e nenhuma pena pode ser aplicada sem que exista uma lei prévia definindo-o como tal e fixando uma sanção respectiva.

Tal dicção encontra-se insculpida no artigo 1º do Código Penal Brasileiro de 1940: “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1940, não paginado). Apesar do referido artigo apresentar como rubrica “anterioridade da lei”, tal redação traduz de forma clara o mandamento inserto na melhor acepção do princípio da legalidade. Ademais, a própria Constituição brasileira de 1988, documento jurídico de maior relevância para todo o arcabouço jurídico pátrio, assevera em seu artigo 5º, inciso XXXIX a célebre redação do princípio (BRASIL, 1988).

Aqui, é essencial delimitar que não basta que a lei estabeleça um fato como criminoso, é imperioso que esta defina com precisão, de forma detida e objetiva a conduta que se visa evitar. Logo, o legislador, com vistas a estabelecer uma eficácia plena ao princípio da *nullum crimen, nulla poena sine lege*, deve evitar a utilização de expressões dúbias, vagas ou imprecisas.

De acordo com Rogério Sanches (2014), o princípio da legalidade possui três fundamentos básicos, quais sejam: político, democrático e jurídico. Político no sentido de que os Poderes Executivo e Judiciário devem se vincular às leis formuladas abstratamente, de modo que se impeça julgamentos ou interpretações arbitrárias. Democrático em nítida consonância com o princípio da separação de poderes, uma vez que somente os representantes do povo, assim eleitos, têm a missão de elaborar as leis (incluindo-se, por óbvio, as leis penais incriminadoras). E jurídico, dado o caráter intimidatório da lei.

Assim, nos dizeres do insigne Cezar Roberto Bittencourt (2014, p. 51):

[...] objetiva-se que o princípio da legalidade, como garantia material, ofereça a necessária segurança jurídica para o sistema penal. O que deriva na correspondente exigência, dirigida ao legislador, de determinação das condutas puníveis, que também é conhecida como princípio da taxatividade ou mandato de determinação dos tipos penais.

O princípio da legalidade, portanto, constitui uma garantia do cidadão, material conforme prelecionam Sanches e Bittencourt, de que o Estado apenas se servirá dos meios previamente estabelecidos pela lei quando da aplicação da lei penal, tendo em vista que em nosso ordenamento jurídico a regra é a manutenção dos direitos individuais, na maior amplitude possível, somente se admitindo a intervenção estatal balizada por parâmetros claros, objetivos e prévios.

Para Luiz Régis Prado (2013), o princípio da legalidade possui como decorrência

lógica garantias e consequências que consubstanciam seu aspecto material, a saber: garantias criminal e penal; garantias jurisdicional e penitenciária (de execução); princípio da irretroatividade da lei e o princípio da determinação ou da taxatividade.

As garantias criminal e penal decorrem da impossibilidade de existência de crime e pena sem lei em sentido estrito e concretizada de acordo com os ditames da Constituição. “A lei formal, e tão somente ela, é fonte criadora de crimes e de penas, de causas agravantes ou de medidas de segurança, sendo inconstitucional a utilização em seu lugar de qualquer outro ato normativo” (PRADO, 2013, p. 162).

As garantias jurisdicional e penitenciária ou de execução, por sua vez, conjugam-se com o princípio da legalidade ou da reserva legal e traduzem direitos assegurados no bojo do texto constitucional, quais sejam: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (art. 5º, LIII, da CF/88) (BRASIL, 1988, não paginado); “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII, da CF/88) (BRASIL, 1988, não paginado); “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (art. 5º, XLVIII, da CF/88) (BRASIL, 1988, não paginado); “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (art. 5º, XLIX, CF/88) (BRASIL, 1988, não paginado).

A irretroatividade da lei, como é cediço, é a regra em nosso sistema jurídico, uma vez que uma lei penal só poderá retroagir para beneficiar o réu (BRASIL, 1988, não paginado).

Por fim, o princípio da determinação e da taxatividade possuem como destinatários o legislador e o juiz, a depender do momento da análise a ser efetuada. Neste mister, irretocável a lição de Luiz Regis Prado (2013, p.163):

Através da determinação, exige-se que o legislador descreva da forma mais exata possível o fato punível. Diz respeito, em especial, à técnica de elaboração da lei penal, que deve ser suficientemente clara e precisa na formulação do conteúdo do tipo de injusto e no estabelecimento da sanção para que exista segurança jurídica. [...]Pela taxatividade, busca-se estabelecer as margens penais as quais está vinculado o julgador. Isso vale dizer: deve ele interpretar e aplicar a norma penal incriminadora nos limites estritos em que foi formulada, para satisfazer a exigência de garantia, evitando-se eventual abuso judicial. Em outras palavras, restringe-se a liberdade decisória do juiz (*arbitrium judicis*) a determinados parâmetros legais, que não podem ser ultrapassados no momento da aplicação da lei ao caso concreto.

Tal posicionamento do autor se coaduna com a tese amplamente defendida na doutrina e neste, de que, dado o gravame imposto pela norma penal (que invade a esfera da liberdade individual - claro que quando perpetrado algum ilícito pelo indivíduo), a reprimenda imposta deve encontrar guarida na perfeita dicção do mandamento legislativo, com vistas a evitar, inclusive, a utilização de conceitos jurídicos vagos ou indeterminados no seio do tipo penal.

Contudo, eventuais imprecisões cometidas pelo legislador não podem servir como

justificativa ou ensejo para prática de infrações penais. Outrossim, o indivíduo não pode se escusar de cumprir a lei alegando sua falta de capacidade de entendimento jurídico ou de desconhecimento desta.

Neste mérito, insere-se a chamada valoração paralela na esfera do profano. Profano ou leigo é aquele que não detém conhecimentos acerca da ciência jurídica. O juiz deve analisar em cada caso a capacidade do agente de entender e querer, bem como se possuía condições de saber que determinado ato ou omissão configuraria uma ilicitude. Destarte, o sujeito ativo não precisa ter conhecimentos técnicos do enquadramento jurídico de seu comportamento, sendo suficiente o entendimento de que sua atitude (ou falta dela) não se coaduna com o direito.

2.2 Princípio da intervenção mínima

Apesar da inegável importância conferida ao princípio da legalidade, este não é suficiente, na seara penal, para tutelar de forma plena os direitos individuais, haja vista que o Estado, utilizando-se de lei prévia, poderia, ao seu bel prazer, estabelecer tipos penais e fixar penas que maculem a dignidade da pessoa humana.

Desta feita, a intervenção penal apenas deve ocorrer quando esta se afigure como estritamente necessária para salvaguardar um direito. Neste sentido, Cleber Masson (2015, p. 48) aduz que:

[...] estatuiu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu art. 8º, que a lei somente deve prever as penas estrita e evidentemente necessárias. Surgia o princípio da intervenção mínima ou da necessidade, afirmando ser legítima a intervenção penal apenas quando a criminalização de um fato se constitui meio indispensável para a proteção de determinado bem ou interesse, não podendo ser tutelado por outros ramos do ordenamento jurídico.

É de bom alvitre delimitar que o princípio da intervenção mínima, como bem aponta Masson (2015), possui como destinatários precípuos o legislador e o intérprete do Direito.

Com efeito, o legislador deve ter cuidado ao selecionar as condutas merecedoras da tutela penal; considerando que o Direito Penal é a *ultima ratio*, somente os comportamentos que não foram suficientemente protegidos pelos outros ramos do direito é que devem ser objeto de sua disciplina.

De outra ponta, o intérprete deve efetuar uma aplicação minuciosa da lei, mediante a análise de tipicidade do comportamento, com o escopo de averiguar a necessidade de intervenção penal, uma vez que, se este observar que outro ramo do sistema jurídico é capaz potencialmente de solucionar o problema vigente no caso concreto, não obstante a existência

de um tipo penal que incrimine aquela conduta, deverá relegar a incidência do direito penal para que sejam aplicadas normas inerentes a outro ramo do direito.

Pode-se subdividir o princípio da intervenção mínima em dois outros, quais sejam, princípio da fragmentariedade e princípio da subsidiariedade. Tal divisão toma por base os dois vieses do referido princípio, conforme bem aponta Rogério Sanches (2014, p. 71), ao aduzir que a intervenção do Direito Penal “fica condicionada ao fracasso das demais esferas de controle (caráter fragmentário), observando-se somente os casos de relevante lesão ou perigo de lesão ao bem juridicamente tutelado (caráter fragmentário)”.

2.2.1 Princípio da fragmentariedade

O Direito Penal é fragmentário em virtude de nem todas as ilicitudes perpetradas contra os ditames do ordenamento jurídico configurarem transgressões penais, mas tão somente aquelas que maculem “valores fundamentais para a manutenção e o progresso do ser humano e da sociedade”. Em síntese, “todo ilícito penal será também ilícito perante os demais ramos do Direito, mas a recíproca não é verdadeira” (MASSON, 2015, p. 49).

Diante de seu caráter nitidamente fragmentário, o Direito Penal é considerado como a *ultima ratio*, última alternativa que pode ser utilizada com vistas a evitar lesões ao bem jurídico.

Este primeiro viés ou caráter do princípio da intervenção mínima se projeta no plano abstrato, uma vez que ele vai nortear a criação da norma e dos tipos penais, sendo que esta apenas se materializará quando os demais ramos do direito não tiverem logrado êxito na árdua missão de tutelar um bem jurídico. Logo, este se destina, precipuamente, ao legislador.

Consoante o princípio da fragmentariedade, a norma penal deve se ater apenas a uma parcela de condutas, fragmentos, de modo que esta somente se ocupe dos bens jurídicos mais importantes.

Neste mister, é de grande valia a ponderação contida no ensinamento de Masson (2015, p. 50):

Com a evolução da sociedade e a modificação dos seus valores, nada impede a fragmentariedade às avessas, nas situações em que um comportamento inicialmente típico deixa de interessar ao Direito Penal, sem prejuízo da sua tutela pelos demais ramos do Direito. Foi o que aconteceu, à título ilustrativo, com o adultério.

Destarte, acaso um bem jurídico deixe de merecer a proteção específica e última do Direito Penal, não existe óbice à despenalização da conduta, chamada pelo autor de fragmentariedade às avessas, que se efetiva mediante a *abolitio criminis*.

2.2.2 Princípio da subsidiariedade

O princípio da subsidiariedade, por sua vez, determina que o Direito Penal apenas atue quando os demais ramos do Direito não sejam capazes de exercer o controle da ordem pública e de proteger o bem jurídico de possíveis lesões.

Assim, o Direito Penal entra em cena quando os meios de proteção mais leves e que causam uma perturbação menos significativa na liberdade individual não se mostrarem suficientes para a tutela do direito na iminência de ser vilipendiado.

Diversamente do que ocorre com o subprincípio da fragmentariedade, que se materializa no plano abstrato, a subsidiariedade atua no plano concreto, uma vez que o Direito Penal apenas incidirá no caso concreto acaso os demais ramos do Direito não tenham sido capazes de efetivar a pacificação social e promover uma efetiva proteção do bem jurídico.

Nesta senda, insta trazer à baila o julgado adiante ementado do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA. VÍTIMA. EMPRESA CONCESSIONÁRIA. RESSARCIMENTO DO PREJUÍZO ANTES DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE. 1. O Direito Penal deve ser encarado de acordo com a principiologia constitucional. Dentre os princípios constitucionais implícitos figura o da subsidiariedade, por meio do qual a intervenção penal somente é admissível quando os demais ramos do direito não conseguem bem equacionar os conflitos sociais. 2. In casu, pago o débito de energia antes do oferecimento da denúncia, resolvido está o ilícito civil, não se justificando a persecução penal. 3. Recurso provido para, reformando o acórdão recorrido, trancar a ação penal n. 0004217-96.2008.8.19.0068 (2008.068.004225-2), da 2.^a Vara da Comarca de Rio das Ostras/RJ (HC 27.360/RJ, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6^a Turma, j. 21/08/2012).

No caso julgado, considerando que os efeitos decorrentes do ilícito cometido foram equacionados na esfera civil com o pagamento do débito antes do recebimento da denúncia, não há que se falar em intervenção do Direito Penal, haja vista restar afastada a análise de tipicidade.

2.3 Princípio da lesividade

O célebre Rogério Greco utilizando-se da doutrina de Nilo Batista (apud GRECO, 2011, p. 51) afirma que o princípio da lesividade exerce quatro funções precípua, quais sejam:

[...] proibir a incriminação de uma atitude interna; b) proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor; c) proibir a incriminação de uma

conduta de simples estados ou condições existenciais; d) proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem.

Desta feita, de acordo com o referido princípio ninguém pode ser punido por algo que pensa ou por sentimentos nutridos apenas em sua consciência. Ademais, o Direito Penal só pode punir uma conduta se esta vier a causar prejuízo a um bem de terceiro, eis o motivo pelo qual a tentativa de suicídio não constitui tipo penal.

Neste cerne, todos os atos preparatórios que não extrapolem o âmbito interno do autor e que ocorrem antes do efetivo cometimento do crime, não podem ser objeto de reprimenda, tomando-se por base que não há possibilidade de mácula ao bem jurídico que seria afetado pela conduta que não chegou a se perfazer.

Por outro lado, a terceira função destacada pelo autor aduz que um indivíduo não pode sofrer sanções por aquilo que ele é (condição existencial), uma vez que o sistema penal brasileiro não adotou o direito penal do autor, e sim do fato. Logo, o agente somente será punido por condutas que originaram fatos, e não por meros estados ou condições existenciais, a exemplo da mendicância.

Por fim, o princípio da lesividade também visa não incriminar condutas que, não obstante desviadas (moralmente desaprovadas pelo seio social), não afetem bem jurídico de terceiros. Dessarte, o simples fato de uma conduta ser repelida pela sociedade, não conduzirá necessariamente à conseqüente objeção penal, a exemplo do que ocorre com a já citada tentativa de homicídio e do uso de drogas.

Por todo o exposto, com o princípio da lesividade resta patente a impossibilidade de atuação do Direito Penal na ausência de lesão a um bem jurídico de terceiro, estabelecido como relevante pelo legislador.

Interessante é a problemática que concerne ao crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo. Considerando-se que o bem jurídico tutelado pela norma penal, *in casu*, é a segurança pública, sendo que apenas de forma mediata protege-se a integridade física e a vida da pessoa, a lesividade do delito reside puramente na potencialidade destrutiva da arma de fogo.

Destarte, irretocável o posicionamento do Colendo Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A) TÍPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENASIS. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA.

[...] 3. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA. Há, no

contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa (HC 104410/RS, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 06/03/2012, DJe 27/03/2012).

Como bem ponderou o renomado ministro, diante de determinados casos concretos a tipicidade da conduta pode ser afastada com vistas a evitar eventuais injustiças, em respeito ao princípio da lesividade e da insignificância. Neste sentido o seguinte julgado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ARMA DESMUNICIADA. FALTA DE ACESSO PRONTO À MUNIÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA LESIVIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

Como bem observado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no RHC nº 81.057-8/SP, "para a teoria moderna - que dá realce primacial aos princípios da necessidade da incriminação e da lesividade do fato criminoso - o cuidar-se de crime de mera conduta - no sentido de não se exigir à sua configuração um resultado material exterior à ação - não implica admitir sua existência independentemente de lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico tutelado pela incriminação da hipótese de fato." 2. De feito, o simples portar arma, sem que se tenha acesso à munição, não apresenta sequer perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora, no caso, a segurança pública, devendo ser reconhecida a atipicidade material da conduta, observando-se, sempre, o caráter fragmentário do direito penal. 3. Na hipótese, o paciente foi abordado portando uma espingarda, tipo carabina, desmuniçada, e na oportunidade acompanhou os policiais militares até a sua residência, onde foi encontrada a munição. Conduta atípica. 4. Ordem concedida (HC 140061/ES, rel. min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), 6ª Turma, j. 25/05/2010, DJe. 21/06/2010).

No caso em apreço, como a arma de fogo encontrava-se desmuniçada e o suposto agente do fato conduziu os policiais até sua residência, onde se encontrava a munição, não há que se falar em tipicidade, consoante o entendimento dos doutos ministros do STF e STJ, respectivamente.

Por oportuno, urge mencionar que parcela doutrinária questiona a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato ou presumido, uma vez que nessas espécies de delito o legislador faz uma presunção *jure et de jure* do perigo à integridade do bem jurídico digno de proteção, o que traduziria, conforme entende tal corrente, verdadeira mácula ao princípio da lesividade (CUNHA, 2014). Neste diapasão, Paulo de Souza Queiroz (apud CUNHA, 2014, p. 92) dispõe:

Uma objeção a fazer aos crimes de perigo abstrato é que, ao se presumir, prévia e abstratamente, o perigo, resulta que, em última análise, perigo não existe, de modo que se acaba por criminalizar a simples atividade, afrontando-se o princípio da lesividade, bem assim o caráter de extrema ratio (subsidiário) do direito penal. Por isso há quem considere, inclusive, não sem razão, inconstitucional toda sorte de

presunção legal de perigo.

Contudo, conforme assinala Rogério Sanches (2014) este não é o entendimento dos Tribunais Superiores, notadamente do STF e do STJ, uma vez que a jurisprudência majoritária das referidas cortes aduz que a mera criação de crimes de perigo abstrato em si não gera necessariamente um comportamento inconstitucional do legislador.

2.4 Princípio da adequação social

A jurisdição possui como uma de suas funções precípua efetivar a pacificação social. Desta maneira, o Direito, para que seja justo e logre êxito no desempenho dessa árdua missão, deve estar em consonância com a realidade social do seu tempo, tomando como base os valores que imperam na sociedade e, de forma estrita, o almejado padrão de relacionamento interpessoal. Assim, o Direito deve ser adequado aos ditames da sociedade.

Não teria razão para ser diferente em se tratando de Direito Penal. Com efeito, para que uma conduta seja considerada delituosa, esta deve ser rechaçada pelos padrões normais ou médios prudentemente considerados, uma vez que um comportamento tido como louvável pelos cidadãos não pode ser estatuído como crime.

Nesta seara insere-se o princípio da adequação social que visa justamente afastar a tipicidade de comportamentos socialmente adequados. De acordo com Luiz Regis Prado (2013, p. 178):

A teoria da adequação social, concebida por Hans Welzel, significa que, apesar de uma conduta se subsumir formalmente ao modelo legal, não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada (v.g., restrição da liberdade ambulatoria de um usuário de transporte coletivo; intervenção cirúrgica realizada com fim terapêutico e resultado favorável; exploração de indústria perigosa com afetação da saúde do trabalhador, lesão desportiva etc.).

Destarte, para que a conduta seja proibida pela norma penal aquela deve ser socialmente inadequada ao convívio entre os integrantes da sociedade. Logo, o tipo demonstra com propriedade o caráter social e histórico do Direito Penal, dada sua necessária adequação ao regime social vigente.

Pode-se concluir que o princípio da adequação exerce duas funções básicas. A primeira é a de limitar o alcance da norma penal, consoante o exposto supra.

A segunda função dirige-se ao legislador. Em um primeiro momento o mencionado princípio guia o legislador quando da escolha das condutas que serão vedadas ou impostas, com vistas à tutela dos bens de maior relevância, o que materializa o nítido liame existente deste princípio com o princípio da fragmentariedade. De outra ponta, em um segundo

momento o legislador deve refletir acerca do ordenamento jurídico penal, seus tipos e reprimendas, com o objetivo de eventualmente retirar deste a proibição de comportamentos que já se coadunem com a evolução dos padrões exigidos pela sociedade (GRECO, 2011).

Contudo, impende delinear que o princípio da adequação social, por si só, não pode revogar tipos penais incriminadores. Assim, mesmo que seja reiterada a prática de determinada infração penal que já se encontra ajustada com o os ditames da sociedade, não merece prosperar a alegação do agente de que sua conduta encontra guarida no aludido princípio. Com efeito, somente mediante lei é que pode haver a chamada *abolitio criminis*, haja vista o teor do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que dispõe em seu *caput*: “Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue” (BRASIL, 1942, não paginado).

Não é outro o entendimento disposto pelo seguinte julgado oriundo do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao analisar apelação criminal interposta com base na tese da suposta adequação social do chamado “jogo do bicho”, a seguir colacionado:

EMENTA: JOGO DE BICHO ADEQUAÇÃO SOCIAL - CONDUTA TÍPICA - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - SENTENÇA MANTIDA RECURSO NÃO PROVIDO.

[...] Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso de apelação. No mérito, a alegação da atipicidade imputada ao réu com base na Teoria da Adequação Social da conduta ilícita não encontra acolhida no Direito Penal Brasileiro, ou seja, o fato de que muitos descumprem a lei não a torna ineficaz, nem mesmo seu descumprimento reiterado. Somente lei nova tem o condão de revogar outra anterior, conforme reza o artigo 2º do Decreto-Lei nº 4.657/42[...] (APR 237479020138190204 RJ, rel. Rose Marie Pimentel Martins, 1ª Turma Recursal Criminal, j. 13/07/2015).

Dessarte, em que pese a suposta aceitação ou tolerância incutida no pensamento social em face de determinado comportamento definido no preceito primário do tipo penal incriminador, não é possível afirmar que esta terá o condão de expungir-lo do ordenamento jurídico penal, tendo em vista que, conforme falado anteriormente, apenas mediante lei é que poderá ocorrer a extinção de uma figura delitiva do direito posto (*abolitio criminis*), considerando, vale repisar, que um costume não pode revogar uma lei.

2.5 Princípio da individualização da pena

De acordo com Greco (2011), a primeira etapa da individualização da pena se materializa na escolha levada a cabo pelo legislador das condutas que serão proibidas ou impostas por aquele. Selecionados os comportamentos, o legislador faz uma valoração, fixando as respectivas penas, de acordo com a relevância do objeto jurídico da norma. O

autor assevera que esta fase seletiva é denominada de cominação e toma como base critérios políticos.

Avançando na análise do referido princípio, o próximo momento da individualização ocorre depois de praticada a conduta definida como criminosa, ou seja, após a conclusão de que o fato consumado é típico, ilícito e culpável. Aqui, o julgador começa a individualizar a pena que deverá ser aplicada ao agente diante do caso concreto.

Considerando o teor do *caput* artigo 68 do Código Penal, o magistrado deve observar um critério trifásico para chegar à pena final: “A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento” (BRASIL, 1940, não paginado).

Desta forma, inicialmente o juiz deve considerar as circunstâncias judiciais estatuídas no artigo 59 do *Codex*, quais sejam: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos do crime; circunstâncias e consequências do crime; e comportamento da vítima. A partir da análise de todas estas circunstâncias que tangenciam o fato criminoso, o juiz fixará a pena-base, que não poderá ficar aquém do mínimo ou além do máximo (BRASIL, 1940).

Ultrapassada a valoração das circunstâncias judiciais, o magistrado passará à análise das circunstâncias agravantes (art. 61 e 62 do Código Penal), a exemplo da reincidência e do cometimento de crime por motivo fútil, e das atenuantes, *verbi gratia*, o cometimento de crime por motivo de relevante valor social ou moral e o desconhecimento da lei. Aqui, subsiste a mesma restrição de limites mínimo e máximo da fase anterior (BRASIL, 1940).

Por fim, a última etapa de aplicação da pena consiste no cotejo das causas de aumento e de diminuição, que podem se encontrar tanto na Parte Geral do CP como na Parte Especial. É exemplo de causa de diminuição a tentativa, considerando o teor do artigo 14, inciso II, do CP, e como exemplo de causa de aumento cabe citar a hipótese de figurar como vítima de homicídio pessoa menor de 14 (quatorze), maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência (art. 121, §7º, inciso II, CP) (BRASIL, 1940).

Diversamente do que ocorre nas fases precedentes, as causas de aumento e de diminuição não se encontram limitadas pelos valores delimitados no tipo penal, podendo-se estabelecer pena final superior ou inferior aos respectivos limites dispostos na norma.

Greco (2011) dispõe que a individualização da pena também ocorre no momento de sua execução, conforme a própria dicção do art. 5º da Lei 7.210/84, que versa sobre a Execução Penal: “Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e

personalidade, para orientar a individualização da execução penal” (BRASIL, 1984, não paginado).

Neste mister, salutar a lição de Mirabete (1990, p. 60-61):

Com os estudos referentes à matéria, chegou-se paulatinamente ao ponto de vista de que a execução penal não pode ser igual para todos os presos – justamente porque nem todos são iguais, mas sumamente diferentes – e que tampouco a execução pode ser homogênea durante todo o período de seu cumprimento. Não há mais dúvida de que nem todo preso deve ser submetido ao mesmo programa de execução e que, durante a fase executória da pena, se exige um ajustamento desse programa conforme a reação observada no condenado, só assim se podendo falar em verdadeira individualização no momento executivo. Individualizar a pena, em execução, consiste em dar a cada preso as oportunidades e os elementos necessários para lograr a sua reinserção social, posto que é pessoa, ser distinto. A individualização, portanto, deve aflorar técnica e científica, nunca improvisada, iniciando-se com a indispensável classificação dos condenados a fim de serem destinados aos programas de execução mais adequados, conforme as condições pessoais de cada um.

Destarte, o princípio da individualização da pena possui plena aplicabilidade no momento da execução da pena, devendo ser observado em sua plenitude. Com efeito, devem ser considerados todos os elementos pessoais do indivíduo com vistas a proporcionar sua plena reinserção social.

Insta mencionar que mesmo diante dos crimes chamados de hediondos a pena deve ser executada em consonância com o princípio em epígrafe, haja vista o que dispõe a Lei nº 11.464/2007, que conferiu nova redação ao artigo 2º da Lei nº 8.072/1990, dispondo, neste mérito, que a pena aplicada em decorrência da prática de crime hediondo será cumprida em regime inicialmente fechado, *a contrario sensu* da antiga redação daquele artigo (que impunha o cumprimento em regime integralmente fechado), possibilitando a progressão de regime (BRASIL, 2007). Contudo, vale ressaltar que mesmo antes do advento da alteração legislativa, os Tribunais Superiores já se posicionavam quanto à inconstitucionalidade daquele dispositivo, dada a nítida ofensa ao princípio da individualização da pena, restando declarada a inconstitucionalidade do dispositivo pelo STF quando do julgamento do HC 82959/SP no ano de 2006.

Além disso, com vistas a evitar qualquer controvérsia o STF editou a Súmula Vinculante nº 26 no ano de 2009:

Súmula Vinculante nº 26. Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico (BRASIL, 2009, não paginado).

Assim, mesmo diante de fatos que foram praticados antes da entrada em vigor da supramencionada alteração legislativa, deve ser reconhecida a possibilidade de progressão de

regime para o agente que praticou algum crime hediondo, obedecida a gradação prevista na nova redação do art. 2º §2º da Lei 8.072/1990, sendo que esta ocorrerá após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), acaso reincidente (BRASIL, 2007).

2.6 Princípio da proporcionalidade

Como visto, o Estado apenas excepcionalmente possui o condão de restringir o direito de liberdade assegurado aos cidadãos pela Carta Magna. Tal limitação, contudo, não pode ocorrer ao seu alvedrio, de forma desarrazoada ou ocasionando máculas aos direitos individuais, com fulcro na dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, a atuação estatal em âmbito penal também deve se pautar na devida observância do princípio da proporcionalidade, tendo em vista que possíveis exacerbações perpetradas pelo Estado em matéria penal podem gerar consequências imensuráveis e até mesmo irretratáveis. Assim, o princípio da proporcionalidade, que, embora não conste expressamente no texto constitucional, decorre de outros princípios expressos, impõe nítidos limites, no plano abstrato, ao legislador quando da elaboração das normas penais.

Não obstante, assim como ocorreu com outros princípios até aqui expostos, a proporcionalidade não serve de limitação apenas para o legislador. Neste sentido Masson (2015, p. 52) afirma que “o princípio da proporcionalidade possui três destinatários: o legislador (proporcionalidade abstrata), o juiz da ação penal (proporcionalidade concreta), e os órgãos da execução penal (proporcionalidade executória)”.

Aqui, a função do legislador é mais complicada que a do magistrado, tomando por base que o artigo 68 do Código Penal estabelece os critérios que devem ser observados por este último quando da determinação da pena, sendo que o legislador não dispõe de tal auxílio na execução de sua tarefa, afigurando-se de considerável nível de complexidade a delimitação da pena pelo legislador, dada a exigência da proporcionalidade e ausência de parâmetros claros de atuação (BRASIL, 1940).

De acordo com Greco (2011), pode-se extrair duas vertentes do aludido princípio, a saber: a proibição do excesso e a proibição de proteção deficiente. A primeira visa tutelar o direito de liberdade dos indivíduos, com vistas a evitar reprimendas desnecessárias a comportamentos que, por não possuírem a relevância exigida ou por terem sido valorados de forma excessiva, não merecem a atenção do Direito Penal (nítido liame com o princípio da insignificância, tema base deste e que será esmiuçado *a posteriori*). A segunda aduz que não é

admissível a proteção deficiente de um direito fundamental, o que pode ocorrer mediante a *abolitio criminis* ou mesmo pela aplicação benesses indevidas ao agente criminoso.

Destarte, consoante escólio de Lenio Streck (apud GRECO, 2011, p. 78), a inconstitucionalidade pode ter origem no excesso do Estado, mediante a prática de um ato que extrapola os padrões de proporcionalidade e razoabilidade (sopesamento desproporcional entre fins e meios), ou na proteção insuficiente de um direito fundamental, a exemplo do que acontece quando o Estado não aplica as sanções penais necessárias para a tutela do bem jurídico.

Por fim, de acordo com Bittencourt (2014), o princípio em tela não se restringe a limitar o ordenamento jurídico infraconstitucional, mas serve como garantia de sua legitimidade. Ademais, aduz que este demonstra o vínculo que limita os meios do ato praticado pelo Estado com os fins por ele perquiridos, de modo que a proporcionalidade se materializa a partir de três elementos precípuos: adequação teleológica, necessidade e proporcionalidade “*strictu sensu*”. A adequação significa a proibição do arbítrio estatal, uma vez que a finalidade do ato não é determinada pela vontade do agente estatal, mas pelas normas constitucionais. A necessidade aponta que o meio deve ser o menos lesivo possível para a efetivação do fim pretendido pela norma. E a proporcionalidade em sentido estrito dispõe que o Estado deve utilizar os meios adequados e, por conseguinte, não fazer uso de meios ou recursos que não sejam proporcionais.

2.7 Princípio da responsabilidade pessoal

O Direito Penal possui como ditame a responsabilidade pessoal do agente, ou seja, apenas aquele que causar ou participar do evento delituoso é que responderá pelas sanções penais correspondentes cominadas ao crime. Assim, quando o agente vem a óbito, extingue-se a pretensão punitiva estatal, como preceitua o art. 107, inciso I, do Código Penal, inserindo no rol das causas extintivas da punibilidade a morte do agente (BRASIL, 1940).

A pessoalidade encontra guarida no art. 5º, XLV, CF/88: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do patrimônio transferido” (BRASIL, 1988, não paginado).

Desta feita, a responsabilidade pessoal se relaciona com a imputação subjetiva (decorrente de ação ou omissão do indivíduo) e com a culpabilidade (princípio que será visto adiante).

Greco (2011) adverte que mesmo com a mudança de enquadramento da pena de multa, com a edição da Lei nº 9.268/1996, que passou a ser considerada como dívida de valor, esta não perdeu seu caráter penal. Com efeito, a multa continua prevista no art. 32 do Código Penal como uma das modalidades de penas passíveis de serem aplicadas àquele que cometer um ilícito penal. Em outros termos, subsiste o impedimento de cobrança da pena de multa após a morte do agente.

Não obstante, dado seu caráter pecuniário, observa-se que não existe a garantia de que a multa será paga pelo condenado na sentença penal transitada em julgado; ou seja, o Estado não tem como impedir que outra pessoa forneça os recursos necessários para o adimplemento da multa ao condenado para que este cumpra a sua pena, uma vez que o condenado pode não dispor da capacidade econômica necessária para tanto, ou mesmo estar impossibilitado temporariamente de arcar com o ônus que lhe foi imposto, a exemplo da situação de estar desempregado e não dispor de meios para auferir renda.

Neste sentido, Ferrajoli (apud GRECO, 2011, p. 81) afirma que a pena pecuniária (que abarca a pena de multa e a pena restritiva de direitos na modalidade prestação pecuniária) é aberrante em vários aspectos, notadamente porque é impessoal, podendo ser adimplida por qualquer pessoa, o que vai de encontro com o princípio em testilha.

Apesar de ser formalmente impessoal, a par das considerações dispostas acerca das penalidades que possuem caráter pecuniário, a pena, inevitavelmente, possui reflexos em outrem.

Sem dúvidas a imposição da pena privativa de liberdade, a título de exemplo, causa diversos prejuízos para a família do apenado, seja de ordem financeira, haja vista que muitas vezes este contribuía para o sustento do lar, ou mesmo de ordem psicológica, pois ter que lidar com a ausência de um ente familiar em virtude da prática de um ato criminoso é deveras tormentoso e vexatório para os pais, irmãos, filhos (as) e companheira (o).

2.8 Princípio da culpabilidade

No Direito Penal o termo culpabilidade se relaciona com o juízo de censura, de reprovação sobre uma conduta típica e ilícita praticada, sendo considerada reprovável ou censurável a conduta cometida pelo agente que podia agir de modo diverso, tomando como base as condições e circunstâncias em que se encontrava.

Rogério Sanches (2014, p. 95) afirma que este princípio também consiste em um limitador do *ius puniendi* estatal, uma vez que o Estado somente aplicará a sanção penal “ao

agente imputável (penalmente capaz), com potencial consciência da ilicitude (possibilidade de conhecer o caráter ilícito do seu comportamento), quando dele exigível conduta diversa (podendo agir de outra forma)”.

Para Rogério Greco (2011), o princípio da culpabilidade contém três acepções: culpabilidade como elemento integrante do conceito analítico de crime; culpabilidade como princípio medidor da pena; e culpabilidade como princípio impedor da responsabilidade objetiva.

A primeira acepção dispõe sobre a culpabilidade como terceiro elemento integrante do conceito de crime. Como é cediço, crime é definido como fato típico, ilícito e culpável. Assim, não basta que um fato se enquadre no disposto no preceito primário da norma penal e seja definido como uma lesão a um bem jurídico e ao ordenamento jurídico para que este seja considerado crime. Deve ser feito o juízo de censura ou de reprovação sobre a conduta do agente, com vistas a se concluir pela existência do delito.

O segundo sentido se apresenta como consequência do reconhecimento da existência do crime, a partir da confirmação, pelo magistrado, da tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Assim, diante da inegável ocorrência do delito, o juiz deve determinar a pena condizente com a infração penal praticada, tomando como base a culpabilidade do agente.

Nesta fixação da pena, como já visto, aplica-se o disposto no art. 68 do Código Penal que apresenta as regras do critério trifásico de aplicação da pena. A culpabilidade, aqui, também figura como uma das circunstâncias judiciais que deverão ser analisadas pelo julgador no momento da fixação da pena-base, conforme teor do art. 59 do CP (BRASIL, 1940).

Portanto, neste segundo viés a culpabilidade impõe um limite ao julgador, tendo em vista que a pena que será aplicada não poderá extrapolar o nível de culpabilidade do agente e, por conseguinte, da necessária reprovação pelo crime perpetrado, sob pena de se configurar mácula ao princípio ora exposto.

Finalmente, tem-se a culpabilidade como princípio impedor da responsabilidade objetiva, ou seja, a responsabilidade penal apenas será imputada ao agente que tenha cometido o fato a título de dolo ou culpa, uma vez que se estes não se mostrarem presentes na ação do indivíduo, não há que se falar sequer em conduta e, por decorrência, não existirá crime. Logo, a responsabilidade penal deve decorrer sempre da existência do elemento subjetivo do agente, pois nosso ordenamento jurídico adotou a responsabilidade penal subjetiva, em detrimento da responsabilidade penal do autor.

2.9 Princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade

De acordo com o ar. 5º, inciso LVII da Carta Magna, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988, não paginado). Eis a dicção constitucional do princípio da presunção de inocência, basilar para toda a persecução criminal e essencial para promoção da dignidade da pessoa humana.

A doutrina não é uníssona quanto a sua denominação, podendo se delimitar como sinônimas as denominações “presunção de inocência, presunção de não culpabilidade e estado de inocência”.

Neste mérito, Rogério Sanches (2014) assevera que a denominação correta para o princípio é a da presunção de não culpa (ou de não culpabilidade), tendo em vista que a Constituição se dispõe a impedir a incidência dos efeitos da condenação ao indivíduo até o momento do trânsito em julgado da sentença, e não possui o escopo de presumir a inocência de ninguém.

Analisando o princípio em testilha, Nestor Távora (2014, p. 61) aduz:

De tal sorte, o reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado (art. 5º, inc. LVII, da CF). Antes deste marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além de que o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade. Neste contexto, a regra é a liberdade e o encarceramento, antes de transitar em julgado a sentença condenatória, deve figurar como medida de estrita exceção.

Desta feita, considerando que a intervenção estatal na liberdade do cidadão só pode ocorrer em último caso, dado o gravame imposto, o réu somente pode ser considerado culpado após o trânsito em julgado da sentença que termine por condená-lo pela prática de determinada infração penal. Assim, por maior que seja o aporte probatório constante do inquérito penal que esteja em curso contra um indivíduo, v. g., apto a ensejar uma futura condenação na ação penal que se seguirá, o princípio da presunção de inocência impede que o suposto agente do fato seja rotulado como culpado, evitando que todas as consequências negativas decorrentes de uma condenação penal sejam antecipadas.

Neste sentido, Távora (2014) dispõe que o referido princípio deságua em duas regras básicas, a primeira no campo probatório e a segunda no que tange ao tratamento. No âmbito instrutório, em virtude do estado de inocência, a parte que é incumbida da acusação tem o ônus de demonstrar a culpa do acusado, e não o contrário (ônus da prova). No que tange ao tratamento, o princípio impede, como já fora dito supra, a antecipação de juízos condenatórios ou de culpabilidade.

Corroborando o expandido até aqui e analisando o Estatuto de Roma (Decreto nº 4.388/2002), Rogério Sanches (2014, p. 97) extrai três consequências do princípio em comento:

- (A) Qualquer restrição à liberdade do investigado/acusado somente se admite após sua condenação definitiva, não evitando, porém, a prisão cautelar ao longo da persecução criminal, desde que imprescindível, exigindo-se adequada fundamentação;
- (B) Cumpre à acusação o dever de demonstrar a responsabilidade do réu, e não a este comprovar sua inocência (o ônus da prova incumbe sempre ao titular da ação penal);
- (C) A condenação deve derivar da certeza do julgador, sendo que eventual dúvida será interpretada em favor do réu (*in dubio pro reo*).

Não obstante a inegável importância e clareza do princípio em tela, considerado basilar na análise do Direito Penal e Processual Penal, o STF, durante o julgamento do HC 126.292/SP, que teve como relator o ministro Teori Zavascki, exarou decisão que traduz nítida afronta à presunção de não culpa, mudando seu entendimento e permitindo a execução provisória da pena após a confirmação da condenação criminal em segunda instância. O relator fundamentou seu voto aduzindo que a possibilidade de exame de fatos e provas, bem como a responsabilidade criminal do acusado, exaurem-se nas instâncias ordinárias.

Tal decisão viola frontalmente o dispositivo constitucional que versa sobre a não culpa, uma vez que este é bem claro quanto ao momento em que pode ocorrer a mudança de status do indivíduo de inocente para culpado, a saber: o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Com efeito, considerando que a sentença só adquire tal qualidade quando não mais se afigura possível a interposição de nenhum recurso, o entendimento levado a cabo pelo Supremo é, *permissa venia*, inconstitucional, pois a CF/88 não questiona a possibilidade de discussão de fatos e provas no curso dos autos como marco para delimitação da culpa do agente, mas estabelece, de modo claro, o trânsito em julgado como momento em que o réu não possui mais o *status quo ante* de inocente.

3 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Preambularmente, insta delimitar os aspectos básicos do princípio da insignificância, tais como seu conceito, origem, finalidade e distinções.

Abel Cornejo (apud GOMES, 2009, p. 46-47) aduz que o mencionado princípio:

É o que permite não processar condutas socialmente irrelevantes, assegurando não só que a Justiça esteja mais desafogada, ou bem menos assoberbada, senão permitindo também que os fatos mínimos não se transformem em uma sorte de estigma para seus autores. [...] Aplicando-se este princípio a fatos mínimos se fortalece a função da Administração da Justiça, porquanto deixa de atender a fatos mínimos para cumprir seu verdadeiro papel.

Contudo, a atual faceta do princípio da insignificância não remonta à sua acepção originária. Com efeito, de acordo com Masson (2015, p. 27), este “surgiu no Direito Romano, porém limitado ao direito privado. Invocava-se o brocardo *de minimus non curat praetor*, ou seja, os juízes e tribunais não devem se ocupar de assuntos irrelevantes”. Assim, em seu momento inicial a noção de insignificância ou de bagatela não estava imbrincada, de forma estrita, com o Direito Penal. O aludido autor afirma ainda que o princípio somente foi incorporado ao referido ramo do Direito na década de 1970, pelos estudos de Claus Roxin.

É cediço que o princípio da insignificância possui como escopo precípua estabelecer uma restrição à incidência da norma penal em determinados casos, chamados de bagatelares, que, de acordo com a tese abarcada pelo princípio, não são merecedores de atenção do Direito Penal, uma vez que, como será visto posteriormente, não há que se falar em tipicidade material diante desses casos.

Neste sentido, eis o entendimento do STF:

O princípio da insignificância é vetor interpretativo do tipo penal, tendo por escopo restringir a qualificação de condutas que se traduzam em ínfima lesão ao bem jurídico nele (tipo penal) albergado. Tal forma de interpretação insere-se num quadro de válida medida de política criminal, visando, para além da descarcerização, ao descongestionamento da Justiça Penal, que deve ocupar-se apenas das infrações tidas por socialmente mais graves. Numa visão humanitária do Direito Penal, então, é de se prestigiar esse princípio de tolerância, que, se bem aplicado, não chega a estimular a ideia de impunidade. Ao tempo que se verificam patentes a necessidade e a utilidade do princípio da insignificância, é imprescindível que a aplicação se dê de maneira criteriosa, contribuindo sempre tendo em conta a realidade brasileira, para evitar que a atuação estatal vá além dos limites do razoável na proteção do interesse público (HC 104.787/RJ, rel. Min. Ayres Britto, 2ª Turma, j. 26/10/2010).

Deste modo, como bem aponta o insigne Min. Ayres Britto, a adoção do princípio da insignificância trata-se de uma medida de política criminal, que será objeto de análise quando do cotejo do princípio com a teoria das janelas quebradas, possuindo como objetivos básicos (para o sistema) a descarcerização e o descongestionamento da Justiça Penal. Para ele, resta indubitável a utilidade e necessidade de aplicação do princípio, fixando, contudo, que esta

deve ser balizada por critérios objetivos, com vistas a não suscitar a ideia de impunidade.

Aqui, cumpre delimitar as infrações penais existentes no Brasil. Luiz Flávio Gomes (2009, p. 52-53), neste sentido, as classifica da seguinte forma:

- (a) infrações bagatelares (que não são puníveis, seja por força do princípio da insignificância – que incide nas infrações bagatelares próprias -, seja em virtude do princípio da irrelevância penal do fato – que recai sobre as infrações bagatelares impróprias);
- (b) infrações de menor potencial ofensivo (todas as contravenções e os delitos cuja pena máxima não exceda a dois anos; todas essas infrações admitem as soluções consensuais da lei dos juizados);
- (c) infrações de médio potencial ofensivo (que admitem a suspensão condicional do processo – crimes cuja pena mínima não exceda a um ano – ou as penas substitutivas – crimes culposos – todos – e crimes dolosos, salvo se cometidos com violência ou se a pena excede a quatro anos);
- (d) infrações graves (de alto potencial ofensivo, mas que não recebem a etiqueta de crimes hediondos: exemplos: homicídio simples, roubo etc.);e
- (e) infrações hediondas (que estão regidas por um regime jurídico especial: lei 8.072/90, com as modificações posteriores decorrentes de outros diplomas legais).

Não há que se falar, portanto, em confusão entre os crimes bagatelares e as infrações de menor potencial ofensivo.

Naqueles, diante da análise do caso concreto e da verificação dos critérios ou vetores de incidência, a lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal é tão pequena que não justifica a imposição da reprimenda imposta pelo Estatuto Repressor. Já nas infrações de menor potencial ofensivo, mesmo que em menor grau, ainda há uma potencialidade lesiva que justifique a atuação estatal.

3.1 Natureza jurídica

O princípio da insignificância constitui nítida causa de exclusão da tipicidade. Logo, concluindo-se pela aplicação do referido princípio diante de um caso concreto, não restará configurada a ilicitude, não se devendo falar em crime.

Aqui importa traçar a distinção entre tipicidade formal e tipicidade material, bem como delimitar em qual das duas espécies ocorre a incidência do princípio da insignificância.

Zaffaroni (2004, p. 422) define tipicidade como a “característica que tem uma conduta em razão de estar adequada a um tipo penal, ou seja, individualizada como proibida por um tipo penal”.

O renomado autor (ZAFFARONI, 2004, p. 436) estabelece, ainda, a necessária distinção entre a tipicidade legal (ou formal) e a tipicidade conglobante:

Isto nos indica que o juízo de tipicidade não é um mero juízo de tipicidade legal, mas que exige um outro passo, que é a comprovação da tipicidade conglobante, consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo

da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem normativa. A tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal, posto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas [...] A função deste segundo passo do juízo de tipicidade penal será, pois, reduzi-la à verdadeira dimensão daquilo que a norma proíbe, deixando fora da tipicidade penal aquelas condutas que somente são alcançadas pela tipicidade legal, mas que a ordem normativa não quer proibir.

Destarte, para Zaffaroni, a tipicidade penal contempla a tipicidade legal e a tipicidade conglobante, uma vez que a primeira não consegue corrigir eventuais injustiças causadas pela mera subsunção do fato à norma penal, diante de condutas que são proibidas apenas em uma análise perfunctória.

A tipicidade formal (chamada pelo sobredito autor de legal) pode ser definida como o juízo de adequação entre o fato e o modelo previsto na norma penal. A tipicidade conglobante, de outra ponta, consiste na junção entre a tipicidade material com a antijuridicidade. A tipicidade material consiste na lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, sendo que a antijuridicidade significa que a conduta não é exigida ou fomentada pelo Estado (MASSON, 2015).

Como bem delimitado por Zaffaroni, a tipicidade formal não possui o condão de esgotar com completude a tipicidade penal, tendo em vista que considera tão somente a subsunção fato/norma (relegando as peculiaridades do caso concreto e o possível cometimento de injustiças materiais), fazendo-se necessária a tipicidade material, que contempla a desaprovação da conduta e do resultado jurídico alcançado pelo agente, com vistas à promoção de justiça e de equidade, mediante a análise das peculiaridades do caso concreto.

Pelo exposto, conclui-se que o princípio da insignificância ataca a tipicidade material, pois, quando se verifica que se trata de um crime bagatelar, não subsiste lesão ou perigo de lesão que possam ensejar a atuação do Direito Penal, em que pese o fato ser formalmente definido como criminoso, tendo em vista a tipicidade formal ou legal (mera subsunção do fato à norma).

O princípio da insignificância, como já dito, consiste em medida de política criminal, não possuindo previsão expressa no Código Penal. Desta maneira, possui nítido liame com os princípios de política criminal (a exemplo da intervenção mínima, subsidiariedade, fragmentariedade, lesividade, adequação social), que também são princípios de Direito penal e que já foram elucidados anteriormente; devendo, portanto, ser analisado de forma conjunta com os referidos princípios.

3.2 Requisitos (vetores de aplicação) e espécies de infração bagatelar

Considerando que o princípio da insignificância é causa excludente da tipicidade, como exposto supra, sua incidência deve ser norteadada por vetores de aplicação, tendo em vista que seu uso desarrazoado pode causar sérios entraves ao ordenamento jurídico e, mais especificamente, à vítima de um fato que deveria ser considerado criminoso e não o foi.

Diante deste quadro, existem requisitos objetivos (que dizem respeito ao fato em si) e requisitos subjetivos (adstritos ao agente e à vítima) que guiam o reconhecimento do princípio.

Masson (2015) aduz que a jurisprudência pacífica do STF estabelece quatro requisitos ou vetores de aplicação que são exigidos para a incidência do princípio diante de um caso concreto, a saber: (a) mínima ofensividade da conduta; (b) ausência de periculosidade social da ação; (c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (d) inexpressividade da lesão jurídica (RHC 118.972/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, rel. p/ acórdão Min. Cármen Lúcia, 2ª Turma, j. 03.14.2014).

Destarte, observa-se que é conferido ao aplicador do direito inegável amplitude de interpretação para afirmar a incidência ou não do princípio, devendo este se ater aos detalhes do caso apreciado.

Noutro giro, os requisitos subjetivos, como tal, relacionam-se ao agente e à vítima do fato tido como criminoso.

Inicialmente, no que tange à figura do reincidente, Masson (2015) dispõe que existem duas posições diante da possibilidade de aplicação do aludido princípio. Uma primeira posição entende que é vedada a incidência deste ao reincidente, uma vez que, como afirmado anteriormente, trata-se de postulado de política criminal e não existe interesse da sociedade em concessão de benefício àquele que já fora condenado anteriormente por uma sentença penal transitada em julgado.

A segunda posição, *a contrario sensu*, admite a possibilidade de utilização do princípio em prol do reincidente, considerando que, como se trata de causa excludente da tipicidade do fato e a reincidência deve ser analisada apenas quando da dosimetria da pena, não há relevância discutir tal fato.

Outro caso interessante diz respeito ao criminoso habitual, ou seja, aquela pessoa que utiliza o cometimento de crimes como meio de subsistência. Aqui não há que se falar em aplicação do princípio, uma vez que uma conclusão em modo diverso conduziria à uma fragilização da norma penal e do próprio ordenamento jurídico. Neste caso, portanto, deve-se

considerar a totalidade dos crimes perpetrados pelo agente, criminoso habitual, com vistas a afastar a incidência do princípio, mesmo que os crimes analisados de forma isolada conduzam à tese por ele abarcada.

Quanto aos crimes militares, a doutrina e jurisprudência majoritárias entendem pela impossibilidade de utilização do princípio, pois tal prática traduz um elevado grau de reprovabilidade da conduta, justamente o oposto do requisito vindicado pelo princípio, tendo em vista que aquele que deve zelar pela aplicação da lei e manutenção da ordem não pode atuar em sentido contrário, em prol da ilicitude e em detrimento da segurança pública, um dos deveres do Estado para com o cidadão.

No que concerne à vítima, por outro lado, deve-se considerar a importância do objeto material, dada sua condição econômica, o valor sentimental, as circunstâncias e o resultado do crime, com o fito de aferir se ocorreu de fato relevante lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal (MASSON, 2015).

Neste mister, oportuno registrar que o princípio não deve ser utilizado quando a conduta levada a cabo pelo agente lesionar bem que seja relevante para a população em geral.

3.2.1 Espécies de infração bagatelar

Infração bagatelar é aquela de pouca relevância, insignificante, ou seja, traduz um ataque ao bem jurídico tão irrelevante que não merece ou necessita da intervenção do Direito Penal, devendo ficar adstrita à atuação dos demais ramos do Direito.

Existem duas espécies de infração bagatelar, quais sejam, a própria e a imprópria, as quais serão analisadas a seguir.

Infração bagatelar própria é aquela que conduz à perfeita aplicação do princípio da insignificância, pois não merece a atenção do Direito Penal, dada a ausência de desvalor da ação e/ou do resultado jurídico ocasionado.

Aqui, devem ser considerados os requisitos ou vetores de aplicação do princípio, analisados anteriormente: (a) mínima ofensividade da conduta; (b) ausência de periculosidade social da ação; (c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (d) inexpressividade da lesão jurídica.

Observa-se que três dos vetores de incidência relacionam-se com a conduta (mínima ofensividade da conduta, ausência de periculosidade social da ação e reduzido grau de reprovabilidade do comportamento) e apenas o último está adstrito ao resultado (inexpressividade da lesão jurídica). Logo, diante de um caso concreto, a insignificância pode

residir na conduta, no resultado ou em ambos.

Neste sentido, deveras elucidativo o exemplo de Luiz Flávio Gomes (2009, p. 71):

Uma coisa é alguém arremessar uma bolinha de papel contra um transporte coletivo (CP, art. 264) e outra distinta é subtrair uma cebola ou um palito de fósforo de alguém (CP, art. 155). O desvalor da ação no primeiro caso é absolutamente nímio. A conduta não conta com periculosidade. Falta-se idoneidade. Já o desvalor da ação na subtração é muito grande, pequeno, no caso, é o desvalor do resultado. Há um terceiro grupo onde podemos constatar ambos os desvalores (é o caso de um acidente de trânsito com culpa levíssima e lesão corporal nímia).

Diante de uma infração bagatelar própria, o princípio que deve incidir, sem dúvida, é o princípio da insignificância. Neste ponto, insta mencionar que não se afigura correto analisar, na seara da insignificância, os valores imanentes ao princípio da irrelevância penal do fato (que será elucidado adiante quando da análise da infração bagatelar imprópria), quais sejam: ínfimo desvalor da culpabilidade, fatos que posteriormente indicam a ausência de necessidade de aplicação da pena, bons antecedentes, reincidência etc.; tendo em vista que a análise efetuada quando da aplicação do primeiro princípio é anterior a esta última, dada a ausência de tipicidade do fato diminuto (GOMES, 2009).

Compulsando o teor dos requisitos de aplicação do princípio da insignificância, conclui-se que o magistrado deve se ater às circunstâncias que tangenciam o caso concreto com vistas a verificar a incidência ou não do princípio, em outros termos, não existem critérios predefinidos de delimitação de insignificância.

Feitas tais considerações acerca das infrações bagatelares próprias, que conduzem à aplicação do princípio da insignificância, passa-se à análise da infração bagatelar imprópria.

A infração bagatelar imprópria é aquela que nasce com relevância para o Direito Penal, pois a conduta praticada pelo agente é combatida pelo ordenamento jurídico e o resultado conseqüente desta possui a potencialidade lesiva necessária para a tutela penal. Contudo, posteriormente verifica-se que a imposição de pena afigura-se desnecessária, traduzindo os termos do princípio da irrelevância penal do fato.

Enquanto o princípio da insignificância invoca a existência de alguns requisitos básicos, o princípio da irrelevância penal do fato, e a conseqüente desnecessidade da pena, decorre de vários fatores, como a ausência de considerável juízo de reprovação da culpabilidade, antecedentes criminais, reparação do dano, colaboração com a justiça, e assim por diante.

Outrossim, importa mencionar que o princípio da irrelevância penal do fato pode incidir em um caso onde deveria ter sido aplicado o princípio da insignificância, mas este não foi observado ou acolhido pela autoridade competente, não subsistindo óbice neste sentido.

Aqui, urge fixar que o crime insignificante é objetivo, ou seja, na análise do princípio da insignificância não se mostra relevante eventual dilação acerca de elementos subjetivos do agente, a exemplo dos antecedentes criminais e de uma possível condição de reincidência, tomando-se por base que este exclui a tipicidade penal do fato, ressalvada a habitualidade. Já na infração bagatelar imprópria devem ser observados também estes fatores marcados pela subjetividade.

Neste mérito, eis o escólio de Gomes (2009, p. 25-26):

No direito legislado já contamos com vários exemplos de infração bagatelar imprópria: no crime de peculato culposo, v. g., a reparação dos danos antes da sentença irrecurável extingue a punibilidade. Isto é, a infração torna-se bagatelar (em sentido impróprio) e a pena desnecessária. No princípio havia desvalor da ação e do resultado. Mas depois, em razão da reparação dos danos (circunstância *post factum*), torna-se desnecessária a pena. Essa mesma lógica é válida para as situações de perdão judicial, para o pagamento do tributo nos crimes tributários etc. Do mesmo modo, também explica os casos dos colaboradores da justiça (delator etc.) quando o juiz deixa de aplicar a pena.

Destarte, verifica-se que o princípio da irrelevância penal do fato possui ampla previsão nas disposições constantes do Código Penal, diversamente do que ocorre com o princípio da insignificância, que não possui exemplos materializados no texto da norma penal. Com efeito o princípio ampara-se no teor do art. 59 do CP, o qual dispõe que o juiz apenas aplicará a pena quando esta seja “necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (BRASIL, 1940, não paginado).

3.3 Fundamentos do princípio da insignificância

Assim como o Direito Penal em si, o princípio da insignificância bebe da fonte da Constituição Federal como fundamento último de sua utilização. Toda e qualquer norma para ser considerada válida e apta a produzir seus efeitos de forma plena deve possuir como paradigma o disposto na Carta Magna. Não é diferente com o princípio ora analisado.

De outra ponta, outros princípios de Direito Penal e de política criminal, que caracterizam nítida limitação ao direito de punir do Estado e que foram analisados anteriormente, servem como sustentáculo do princípio em comento.

Como visto, o Direito Penal é fragmentário em virtude de nem sempre incidir sobre todas as ilicitudes perpetradas contra as normas e princípios do ordenamento jurídico (nem todo ilícito é penal), dado seu caráter de *ultima ratio*, atendo-se apenas a parcela de condutas e se ocupando dos bens jurídicos mais importantes. Em outros termos, tão somente a lesão ou perigo de lesão que seja grave ou intolerável ao bem tutelado pela norma é que será

merecedora dos olhares e da reprimenda tormentosa do Direito Penal.

Logo, é inegável que o princípio da fragmentariedade serve de base para o princípio da insignificância, haja vista que este possui como escopo refutar a tipicidade de condutas que tenham resultado lesões nímias, o que deságua na restrição do âmbito de incidência do Direito Penal.

Utilizando o mesmo raciocínio, pode-se buscar como alicerce da insignificância penal a subsidiariedade, dado que o Direito Penal somente deve se preocupar com aquelas condutas que não possam ser suficientemente reprimidas pelos outros ramos do Direito, considerando o grau de intervenção imposto pela norma penal, ou seja, apenas quando os demais ramos do Direito (que interferem de forma mais branda na liberdade individual e em outros direitos inseridos no bojo do texto constitucional) não são capazes de efetivar o controle da ordem pública e de proteger o bem jurídico carecedor de atenção é que esta entrará em cena.

Assim, sobre a infração bagatelar deve incidir outros instrumentos de controle, e não o Direito Penal, tese que se coaduna com perfeição ao disposto pelo princípio da insignificância.

A insignificância penal também se fundamenta no princípio da lesividade, de modo que somente a ofensa potencial e socialmente significativa ensejará o exercício do *ius puniendi* estatal.

De outra banda, o princípio da proporcionalidade, basilar em nosso ordenamento, serve de sustentáculo para a infração bagatelar. Com efeito, a proibição de excesso traduz uma de suas bases materiais. Neste sentido, é de grande valia o ensinamento de Luiz Flávio Gomes (2009, p. 75):

A ausência de dano social em sentido material ou a função geral do direito ou, sobretudo, o princípio da proporcionalidade (ou proibição de excesso) constituiriam, assim, outras razões (fundamentos) da não incidência do Direito penal diante dos fatos nímios, não transcendentais, que não contam com entidade suficiente para motivar qualquer castigo ‘penal’ ou inclusive para fazer incidir a lei ‘penal’.

Nestes termos, com fulcro na proporcionalidade, não há razão para se imputar o delito de furto a uma mãe que, desempregada e sem outros meios de auferir renda, efetue a subtração de uma lata de leite de uma grande rede de supermercados com o objetivo de fornecer o alimento para sua filha pequena, que já se encontra carente dos nutrientes necessários para seu pleno desenvolvimento. Raciocínio diverso restaria por gerar enorme mácula à justiça material e à equidade, gerando indubitável afronta à real intenção do legislador constituinte.

Destarte, por todo o exposto, a aplicação do princípio da insignificância em determinados casos, visa expurgar a arcaica concepção positivista do Direito e da concepção

formal do delito, que se preocupa tão somente com a mera subsunção fato/norma de modo a estabelecer uma perfeita interpretação literal. Como é cediço este pensamento e modo de enxergar a norma jurídica encontra-se sobrepujado.

Neste mister, imperioso transcrever a lição de Gustavo Vitale (1988, p. 42):

A estigmatização que o próprio processo penal gera, o labor dos funcionários e empregados do Poder Judiciário avocados à investigação e análise daqueles fatos, o tempo e esforço empregado por aqueles que devem colaborar de outro modo com a Justiça e o custo econômico que a atividade judicial demanda, são tão só alguns outros inconvenientes e, particularmente da colocação em funcionamento da engrenagem judicial. A pena para as bagatelas, então, longe de constituir uma resposta institucional necessária, seria na verdade um meio irracional, desproporcional em relação aos fatos que se aplica, que provocaria males inaceitavelmente maiores que aqueles que com a pena procurava se evitar.

O entendimento esposado pelo autor remete à moderna concepção do Direito Penal, consciente da realidade social que disciplina, notadamente em se tratando de um país como o Brasil. O Direito deve se adequar à realidade a que visa regular, disciplinar e a norma penal deve seguir o mesmo paradigma (princípio da adequação social).

Argumento valioso para a utilização do princípio reside justamente no expendido por Vitale no desfecho do escólio transcrito, qual seja: sem qualquer resquício de dúvida, a imposição de uma pena a um fato que em tese se enquadraria como insignificante e não deveria ser considerado criminoso pela norma penal (ausência de tipicidade material), consubstanciaria mácula infinitamente maior do que a ausência de sua aplicação, haja vista que a criminalidade se favorece da penalização de um injusto ínfimo.

3.4 Controvérsias acerca da admissibilidade do princípio

Uma primeira objeção voltada contra o princípio da insignificância reside na alegada indefinição conceitual.

Aqui, cumpre consignar o disposto por Gomes (2009, p. 79-80):

É inegável que a utilização de um conceito indeterminado ou vago pode implicar em sérios riscos para a segurança jurídica. Os defensores do critério de insignificância, sem embargo, argumentam que a doutrina e a jurisprudência têm conseguido elaborar, de acordo com os limites de interpretação permitidos, critérios razoáveis de limitação de condutas que devam ser consideradas insignificantes sob a ótica de um Direito penal fragmentário e subsidiário, proporcional e razoável.

Na esteira do aduzido pelo autor, de fato, a jurisprudência pacífica do STF sedimentou os requisitos ou vetores de aplicação do princípio, com vistas a delimitar a sua incidência diante do caso concreto. Vale reiterar: (a) ausência de periculosidade social da ação; (b) mínima ofensividade da conduta do agente; (c) inexpressividade da lesão jurídica causada; e (d) falta de reprovabilidade da conduta.

Contudo, o limite de cada um destes requisitos não pode ser definido com precisão, sendo que alguns doutrinadores asseveram que tal distinção além de não ser efetuada pelo STF, é impossível de ser realizada. Para Masson (2015, p. 30), este fato é plenamente justificável:

Mais do que um princípio, a insignificância penal é um fator de política criminal. Portanto, é necessário conferir ampla flexibilidade ao operador do Direito para aplicá-lo, ou então para negá-lo, sempre levando em conta as peculiaridades do caso concreto. É imprescindível analisar o contexto em que a conduta foi praticada pra, ao final, concluir se é oportuna (ou não) a incidência do tipo penal. Este é o motivo pelo qual a jurisprudência muitas vezes apresenta resultados diversos para casos aparentemente semelhantes.

Assim, em que pese a dificuldade de uma distinção profícua entre os requisitos elencados como essenciais para a aplicabilidade do princípio, a jurisprudência tem logrado êxito na fixação dos limites de interpretação que se coadunam com o ordenamento jurídico, estabelecendo parâmetros prévios e objetivos para a incidência da insignificância em cada caso. É o que ocorre, v. g., com os delitos tributários, previdenciários e no descaminho, os quais serão analisados de forma detida em momento oportuno.

Tomando como base o princípio da proporcionalidade, bem como a função exercida pelo Direito Penal, Zaffaroni (1981, 557) consegue refutar com propriedade o argumento da suposta mácula efetuada pelo princípio da insignificância contra a segurança jurídica:

[...] podemos chegar a admitir a tese da insignificância, sem que isso afete a segurança jurídica, senão todo o contrário, ou seja, derivando-o precisamente da função de segurança jurídica do direito. Justamente, cremos que não se pode chamar “segurança jurídica” a uma aplicação mecânica e exegética da lei penal, que ao invés de ser republicana (isto é, racional), se transforma em irracional, renunciando a se perguntar pelo para quê (o sentido) da norma e da ordem normativa, minimizando a função do bem jurídico e aproximando-se perigosamente ao conceito de delito como pura lesão ao dever, ponto de vista segundo o qual “segurança jurídica” desaparece como objetivo do Direito penal, sendo substituída pela vontade omnímoda de um Estado napoleônico. Assim, a rejeição da tese da insignificância ou de bagatela em nome da “segurança jurídica” é uma falácia, porque, chamando-a pela sua verdadeira denominação, a rejeição se operaria em nome da realização incondicional de uma vontade irracional do Estado, que seria o único bem jurídico que o Direito penal tutelaria.

Assiste razão ao posicionamento abraçado por Zaffaroni, uma vez que, conforme preleciona o autor, uma aplicação estritamente positivista e exegética da norma penal, em nome de uma pseudo segurança jurídica, restaria por afrontar os mandamentos insertos no texto constitucional. O afastamento do princípio com esse fundamento consistiria, a bem da verdade, na realização cega do anseio estatal de colocar em prática as sanções previstas no preceito secundário da norma penal.

Outro argumento utilizado por aqueles que não admitem a adequação do princípio com a ordem jurídica aduz que a insignificância é inaceitável em sistemas penais que possuem

crimes com previsão de condutas menores. Eis o caso do Brasil, que possui em seu ordenamento jurídico-penal infrações consideradas de menor potencial ofensivo e até mesmo contravenções penais, que apesar de encontrarem-se quase em desuso continuam vigentes. Os defensores desta tese concluem que a utilização do princípio materializaria uma aplicação de analogia contra a lei, que vai de encontro com o princípio da legalidade. (GOMES, 2009).

Com entendimento em sentido contrário, Luiz Flávio Gomes (2009, 81-82) preleciona:

[...] nada impede que depois da valoração normativa da ofensa, o intérprete reconheça que, de tão ínfima que é, não se subsume nem sequer aos tipos privilegiados e contravençionais. O Direito penal só deve intervir naqueles casos em que a vida em sociedade se vê afetada de maneira intolerável e grave. Não lhe incumbe cuidar, portanto, de pequenas ofensas aos bens jurídicos.

Analisando o tema, o STF se posicionou da seguinte maneira:

HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL. TIPICIDADE PENAL. JUSTIÇA MATERIAL. JUÍZO DE ADEQUAÇÃO DE CONDUTAS FORMALMENTE CRIMINOSAS, PORÉM MATERIALMENTE INSIGNIFICANTES. SIGNIFICÂNCIA PENAL. CONCEITO CONSTITUCIONAL. DIRETRIZES DE APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL. ORDEM CONCEDIDA.

[...] Ao prever, por exemplo, a categoria de infrações de menor potencial ofensivo (inciso I do art. 98), a Constituição Federal logicamente nega a significância penal de tudo que ficar aquém desse potencial, de logo rotulado de menor; ou seja, quando a Constituição Federal concebe a categoria das infrações de menor potencial ofensivo, parece mesmo que o faz na perspectiva de uma conduta atenuadamente danosa para a vítima e a sociedade, é certo, mas ainda assim em grau suficiente de lesividade para justificar uma reação estatal punitiva. Pelo que estabelece um vínculo operacional direto entre o efetivo dano ao bem jurídico tutelado, por menor que seja, e a necessidade de uma resposta punitiva do Estado.

A contrario sensu, o dano que subjaz à categoria da insignificância penal não caracteriza, materialmente, sequer lesão de pequena monta; ou seja, trata-se de ofensividade factualmente nula, porquanto abaixo até mesmo da concepção constitucional de dano menor. Donde sua categorização como penalmente atípica (HC 110953 RS, rel. Min. Ayres Britto, 2ª Turma, DJ-e 16/04/2012).

Pelo expandido, raso é tal argumento invocado com vistas a afastar a insignificância, tomando por base, a intervenção mínima, a fragmentariedade e a subsidiariedade, que são iminentes ao Direito penal hodierno, atento às condições sociais por ele reguladas e à constante evolução da sociedade. Mesmo diante de um fato definido como um crime de menor potencial ofensivo ou como contravenção penal, infrações que possuem cominações inferiores (naturalmente), se comparadas àquelas de maior potencial lesivo, não existe óbice à incidência do princípio da insignificância, desde que presentes os requisitos para tanto, pois não se mostrará necessária a intervenção penal para a promoção da pacificação social.

Ademais, existem aqueles que defendem que o âmbito de abrangência da insignificância penal se limita aos crimes materiais (aqueles que se materializam mediante a existência de um resultado naturalístico decorrente da conduta), como é o caso de Heinz Zipf (1979). Contudo, tal posicionamento não leva em conta que a insignificância penal não reside

tão somente no resultado, mas, em verdade, pode se encontrar também na conduta ou até mesmo em ambos. Ou seja, uma conduta que careça de reprovação social e de potencial lesivo considerável, deverá ficar adstrita a outros ramos do direito, não devendo ser objeto da reprimenda penal.

Argumento nitidamente positivista dispõe que não há que se falar em insignificância penal no direito pátrio, dada a ausência de previsão legal expressa neste sentido. Como já delineado anteriormente, tal concepção estanque da ciência jurídica encontra-se sobrepujada, devendo ser consideradas na hermenêutica efetuada pelo operador do direito as construções doutrinárias e jurisprudenciais que consubstanciem os ensinamentos constitucionais, penais e de política criminal.

Decerto, o legislador é falho, não possui o condão de prever todas as situações passíveis de ocorrência, de modo que a lei não deve ser considerada como um fim em si mesmo. De mais a mais, o princípio da insignificância não deve ser considerado como uma afronta ao princípio da legalidade.

Destarte, acaso o magistrado verifique que a imposição de uma sanção criminal materializará uma injustiça, pois a conduta perpetrada não merece tamanho grau de reprovação (Direito Penal consiste na *ultima ratio*), deverá reputar insignificante o fato, considerada a flagrante ausência de tipicidade material.

Outrossim, cabe mencionar que, além de não conseguir disciplinar todas as situações existentes e que merecem um tratamento positivo, muita das vezes o legislador comete equívocos (pois humano), definindo como criminosos fatos que deveriam se restringir à atuação dos demais ramos do direito. Logo, o princípio da insignificância mostra-se como ferramenta precípua de combate às situações que atentem contra os padrões desejáveis de equidade, restringindo a abrangência da norma penal. Assim, nada mais justo do que a inclusão do multicitado princípio no ordenamento jurídico positivo, em que pese a ausência de previsão neste sentido não obstar a efetiva sua utilização.

3.5 Aplicabilidade

Inicialmente, insta gizar que o princípio ora analisado se aplica a qualquer crime com ele compatível. Apesar de sua incidência ocorrer precipuamente nos delitos patrimoniais, notadamente no furto (art. 155, CP), este não se limita aos supracitados crimes.

Neste mister, Masson (2015, p. 34) assevera:

A propósito, é importante destacar que, no âmbito dos crimes contra o patrimônio,

não há um valor máximo (teto) a limitar a incidência do princípio da insignificância. Sua análise há de ser efetuada levando-se em conta o contexto em que se deu a prática da conduta, especialmente a importância do objeto material, a condição econômica da vítima, as circunstâncias do fato e o resultado produzido, bem como as características pessoais do agente.

Contudo, existem crimes que, por sua natureza, são flagrantemente incompatíveis com a insignificância, a exemplo dos chamados crimes hediondos e equiparados (tráfico de drogas, tortura e terrorismo), do racismo e de crimes contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Aqui, importa analisar a aplicação do princípio diante de determinadas espécies de delitos.

3.5.1 Princípio da insignificância nos delitos tributários e no descaminho

Compulsando o tema da insignificância em matéria de crimes tributários, salutar é o ensinamento de Luiz Flávio Gomes (2009, p. 107-108):

O critério central que governa o reconhecimento da insignificância no âmbito do Direito penal tributário ou mesmo no delito de descaminho (assim como na esfera das contribuições sociais, ou seja, nos crimes previdenciários) reside no valor mínimo exigido para que se proceda o ajuizamento da execução fiscal. No valor do crédito tributário deve ser computado tudo, inclusive a multa ou multas. Se o total não ultrapassar o valor aceito para o ajuizamento da execução fiscal, deve ter incidência o princípio da insignificância.

Destarte, considerando o exposto pelo autor, o crime só deve ser considerado bagatela, e, por conseguinte, ser reconhecida a ausência de tipicidade material, quando o valor total auferido pelo agente em virtude da ilicitude não ultrapassar o *quantum* estabelecido para o ajuizamento da execução fiscal. Com efeito, se até esse valor não vale a pena propor a execução fiscal, não teria sentido impor uma sanção penal, que possui consequências consideravelmente mais graves ao autor.

Contudo, cabe destacar que este critério de aplicação deve ser considerado apenas nos delitos ora em estudo, dadas suas peculiaridades, não podendo servir como um critério genérico.

Atualmente, o valor considerado para o ajuizamento da ação de execução fiscal é o de R\$ 10.000,00 (dez mil) reais, conforme dicção do art. 21 da Lei nº 11.033/2004, que conferiu nova redação ao art. 20 da Lei nº 10.522/2002 (que dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais). Assim, acaso o valor do crédito tributário não exceda ao mencionado montante, não deverá incidir o Direito Penal na espécie (BRASIL, 2004).

De mais a mais, a aplicação do princípio no crime de descaminho segue os mesmos moldes do exposto supra, inclusive quanto ao valor limite para aferição da necessidade ou não de intervenção do Direito penal.

Nesta senda, o julgado adiante colacionado da lavra do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, sintetiza o tema:

PENAL. CRIME DE DESCAMINHO. ARTIGO 334, "CAPUT", DO CÓDIGO PENAL. AUTORIA. MATERIALIDADE. COMPROVADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICANCIA. NÃO INCIDÊNCIA. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Para a aplicação do princípio da insignificância é necessário verificar se o dano decorrente da conduta praticada pelo agente pode ser considerado penalmente irrisório, ou seja, se é possível a exclusão da tipicidade delitiva em razão do reconhecimento da irrelevância da violação ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

2. o Supremo Tribunal Federal, em suas duas turmas, e a 3ª Seção do Superior Tribunal Justiça, pacificaram entendimento no sentido da incidência do princípio da insignificância, no crime de descaminho, aos débitos tributários que não ultrapassem o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei nº 10.522/02. 3. Na hipótese dos autos, o MM. Juiz "a quo", absolveu o réu da imputação da prática de descaminho, com fundamento no citado inciso III, do artigo 397, do Estatuto Processual Penal, por considerar a conduta insignificante, portanto, materialmente atípica. 4. Do Laudo de Exame Merceológico nº 19542/05-SR/SP, verifica-se que o valor dos produtos descaminhados, à época dos fatos, era de R\$ 18.133,70 (dezoito mil, cento e trinta e três reais e setenta centavos), o que ultrapassa o parâmetro estabelecido na Lei nº 10.522/2002. 5. Portanto, não há como se afirmar a manifesta atipicidade da conduta, que resultaria na absolvição sumária do acusado, nos termos do artigo 387, III, do Código de Processo Penal. 6. Recurso de apelação a que se dá provimento, para reformar a r. sentença, determinando retorno dos autos à origem para o seu regular prosseguimento (ACR 6067 SP 2004.61.08.006067-0, rel. Desembargadora Federal Vesna Kolmar, 1ª Turma, j. 14/09/2010).

Logo, observa-se que a jurisprudência dominante também adota o critério exposto quando da aferição da incidência do princípio da insignificância diante dos crimes tributários e do descaminho.

Outrossim, em virtude da MP nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.491/2009, todos os créditos da União que não excedam o montante de dez mil reais são considerados de pequeno valor, não justificando o ajuizamento da execução fiscal e, em uma análise mais acurada, não carecendo de intervenção do *ius puniendi* estatal.

3.5.2 Princípio da insignificância nos delitos previdenciários

No âmbito dos delitos previdenciários, por outro lado, a questão não é tão pacífica como no caso dos crimes tributários e no descaminho.

Inicialmente, admitia-se o valor de R\$ 1.000,00 (mil) reais, sendo que alguns julgados ainda tomam como norte essa quantia. Posteriormente, passou a se utilizar o valor de R\$

2.500,00 (dois mil e quinhentos) reais, R\$ 5.000,00 (cinco mil) reais e, hoje em dia, o mesmo montante utilizado como parâmetro para os crimes analisados anteriormente, a saber, R\$ 10.000,00 (dez mil) reais (GOMES, 2009).

Corroborando o entendimento que adota o mesmo valor limítrofe de incidência do princípio diante dos crimes tributários e do descaminho, Luiz Flávio Gomes (2009, p. 115-116) aduz:

Se o valor hoje admitido pelo STF é de R\$ 10.000,00 (por força da Lei 11.033/2004, art. 21), nos casos de créditos tributários, nada impede estender esse limite também para os delitos previdenciários. O art. 21 citado faz referência a débitos da Fazenda Nacional, que hoje são arrecadados pela Super Receita. Quem arrecadava a contribuição social antes era o INSS. Agora, com a Super Receita, cabe à Fazenda Nacional arrecadar e fiscalizar todos os tributos e contribuições sociais. Conclusão: já não há como distinguir o crédito tributário do previdenciário. O tratamento dado a um não pode ser distinto do outro. O bem jurídico é o mesmo, o critério da insignificância tem que ser o mesmo.

Permissa vênua, o entendimento esposado pelo autor não se apresenta como cabível em se tratando do crime de estelionato previdenciário.

Com efeito, como ratificado no corpo deste, o princípio da insignificância para que possa incidir em determinado caso ou grupo de crimes, deve considerar e se coadunar com as peculiaridades do fato, as condições da vítima e com o impacto desencadeado pela conduta do agente.

O estelionato previdenciário possui nuances, peculiaridades que não se fazem presentes nos crimes tributários e no descaminho. Desta feita, insta analisar o aludido crime:

Art. 171 – Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:
Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis;
[...] §3º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto e economia popular, assistência social ou beneficência (BRASIL, 1940, não paginado).

Destarte, o estelionato previdenciário resta configurado quando o agente induz ou mantém em erro, mediante ardil ou qualquer outro meio fraudulento, uma entidade de direito público, como é o caso do Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS).

Resta patente a distinção existente entre os delitos tributários e os crimes cometidos em detrimento do INSS. Com vistas a elucidar a necessária diferenciação, cumpre trazer à baila um exemplo. Deve responder pelo delito capitulado ao teor do art. 171, §3º do CP aquele que induz em erro o INSS, utilizando-se de documentos falsos e consegue obter a concessão de um benefício de aposentadoria por tempo rural, mesmo que o montante auferido pela conduta do agente não chegue ao valor de dez mil reais.

Aqui não há que cotejar o prejuízo causado aos cofres públicos, *in casu*, em

detrimento dos bens da União. Este não é o fator essencial. De outra ponta, deve-se considerar a potencialidade lesiva do crime e o juízo de reprovação exarado pela sociedade no caso pendente de análise.

Como é cediço, o orçamento da seguridade social é restrito, diante dos infundáveis riscos sociais sedentos por recursos provenientes dele. Assim, em que pese a universalidade e integralidade consistirem em princípios norteadores da previdência, nem todos os riscos sociais poderão ser cobertos, dada a ausência de orçamento para tanto.

Assim, diante das centenas de fraudes cometidas em detrimento do INSS, que deságuam na concessão de benefícios a quem não possui o justo direito de percebê-los, pessoas honestas, carentes e que contemplam os requisitos necessários para fazer jus aos benefícios irão ficar à mercê, justamente em virtude dessa prática perniciosa.

Logo, utilizar o valor de dez mil reais como teto para incidência do princípio, sem considerar os demais liames que o tangenciam afigura-se como desproporcional.

Contudo, não significa que o crime de estelionato previdenciário seja incompatível, em sua essência, com a insignificância penal. Acaso verificados os requisitos diante de um caso concreto, não há óbices ao reconhecimento da insignificância, com a consequente atipicidade do fato.

Neste mister, impõe-se expor o entendimento do Ministério Público Federal (MPF) do Maranhão acerca da aplicação do princípio diante do estelionato previdenciário ocasionado pelo saque *post mortem* do benefício licitamente auferido pelo segurado.

No caso do saque *post mortem*, o beneficiário, quando em vida, era titular de um dos benefícios abarcados pelo INSS, a exemplo do amparo social ao idoso, instituído pela Lei nº 8.742/93, contemplando os requisitos necessários para a concessão do benefício. Ocorre que, diante de seu falecimento, o benefício deve ser extinto. Não obstante, não raro, pessoas próximas, cientes da ilicitude do feito, continuam auferindo os valores correspondentes ao benefício, em detrimento dos cofres públicos. Configura-se, dessarte, o delito previsto no art. 171, §3º do CP.

A tempo, importa mencionar que a parcela referente ao mês do óbito é realmente devida, ao contrário do que a demonstração da Relação de Crédito disposta nos processos administrativos instaurados para apurar irregularidades dispõe.

Nesta seara, a Orientação nº 04 da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão da Procuradoria Geral da República afirma que é dispensável liminarmente a instauração de investigação criminal própria ou inquérito policial quando não houver dolo no saque de até três benefícios previdenciários.

O entendimento do Ministério Público Federal, adotado pelo MPF/MA é que o saque indevido de até três parcelas do benefício justifica-se pela necessidade de custear as despesas do funeral, notadamente quando os valores envolvidos são de pequena monta, consubstanciando a chamada insignificância funerária.

Portanto, acaso o indivíduo tenha sacado de forma indevida até três parcelas do benefício após a morte do segurado, sendo que a parcela referente ao mês do óbito é lícita, não há que se falar em ilicitude, haja vista a incidência do princípio da insignificância, ocasionando o afastamento da tipicidade penal, em sua vertente material.

3.6 Insignificância e sua valoração pela autoridade policial

O entendimento majoritário do STJ é no sentido de que apenas o Poder Judiciário possui poderes para reconhecer o princípio da insignificância. Assim sendo, mesmo que a autoridade policial entenda tratar-se de fato nímio, deverá efetuar a prisão em flagrante, com a consequente submissão imediata do caso à autoridade judiciária.

Contudo, existem posições doutrinárias em sentido diverso, entendimentos estes mais razoáveis e que se coadunam melhor com as garantias constitucionalmente asseguradas aos indivíduos.

Não é outro o posicionamento de Masson (2015, p. 44). Senão, veja-se:

Com o devido respeito, ousamos discordar desta linha de pensamento, por uma simples razão: o princípio da insignificância afasta a tipicidade do fato. Logo, se o fato é atípico para a autoridade judiciária, também apresenta igual natureza para a autoridade policial.

Não se pode conceber, exemplificativamente, a obrigatoriedade da prisão em flagrante no tocante à conduta de subtrair um único pãozinho, avaliado em poucos centavos, do balcão de uma padaria, sob pena de banalização do Direito Penal e do esquecimento de outros relevantes princípios, tais como o da intervenção mínima, da subsidiariedade, da proporcionalidade e da lesividade.

Com efeito, nada obsta a aplicação do princípio em testilha pela autoridade policial, desde que observados determinados parâmetros de atuação.

O delegado de polícia, no exercício de sua função (essencial para a promoção da justiça e da paz social), é incumbido de eventualmente tolher o direito à liberdade do cidadão, desde que com fulcro nas hipóteses taxativamente previstas na legislação. Considerando que este direito fundamental é a regra e uma das bases do ordenamento jurídico-constitucional, possíveis restrições a ele impingidas devem ser estritamente necessárias, não podendo a autoridade judiciária e, outrossim, a autoridade policial cometer eventual abuso neste sentido.

Quanto à responsabilidade funcional do delegado, Roger Spode Brutti (2006, p. 11),

delegado de polícia no Rio Grande do Sul, posiciona-se da seguinte forma:

As Autoridades Policiais, por suposto, constituem-se agentes públicos com labor direto frente à liberdade do indivíduo. É da essência das suas decisões, por isso, conterem inseparável discricionariedade, sob pena de cometerem-se os maiores abusos possíveis, quais sejam, aqueles baseados na letra fria da Lei, ausentes de qualquer interpretação mais acurada, separadas da lógica e do bom senso.

Desta maneira, a lavratura de um auto de prisão em flagrante não deve ocorrer de forma automática, como mera decorrência da prática de um ilícito penal. O delegado deve decidir acerca da oportunidade ou não de lavar o flagrante. Logo, este deve agir conforme sua convicção (juízo de valor) com vistas a efetivar a justiça material.

Pelo exposto, diante de um caso notadamente nímio, o delegado de polícia tem que levar em consideração os ditames do princípio da insignificância, observados os aspectos legais e procedimentais que tangenciam sua atuação funcional.

Neste momento, importa analisar em que casos poderá o delegado valer-se do princípio para afastar a tipicidade material de um fato e evitar maiores transtornos para o indivíduo, que não deve ser objeto da *persecutio criminis*.

É cediço que, com fulcro no princípio da legalidade e no texto constitucional, qualquer medida restritiva da liberdade do indivíduo é medida excepcional, devendo se pautar nas normas vigentes e, outrossim, nos princípios que visam otimizar o ordenamento. Neste sentido, existem casos em que a insignificância ao bem jurídico protegido pela norma é patente, não se justificando a imposição de uma sanção penal. Nestes, também não há que se falar em prisões cautelares, dada a notória desproporcionalidade da medida, o que resta por ocasionar uma injustiça material.

Exemplos que consubstanciam o posto são os casos de furtos famélicos ou mesmo de itens isolados e de pequeno valor em uma grande rede de supermercados, quando não se justifica a prisão em flagrante do sujeito que for surpreendido no momento da execução da empreitada, tendo em vista a ausência de proporcionalidade no cotejo entre a gravidade da ilicitude perpetrada e a sanção dela decorrente.

Não é outro o posicionamento de Brutti (2006, p. 14), quanto ao tema em epígrafe:

O desiderato da custódia cautelar é retirar de circulação sujeitos que, pela sua conduta irregular, oferecem risco à sociedade. Em síntese, o risco, inexoravelmente, precisa abalar a ordem pública, quer seja pela intensidade da ofensa, quer seja pela reiteração de um conjunto de ofensas.

[...] E se é bem certo, e verdadeiramente provável, que em infrações materialmente atípicas, devido à insignificância da ofensa ao bem jurídico tutelado, o relaxamento da prisão ocorrerá inexoravelmente, percebe-se que aquele primeiro ato (prisão) levado a cabo pela Polícia Judiciária indistintamente, tanto em relação aos crimes graves como em relação aos materialmente atípicos, é tratar igual situações absolutamente desiguais.

Dessarte, conclui-se que, diante de casos que constituam nitidamente infrações

bagatelares, não há que se falar em lavratura de flagrantes, tendo em vista a inexistência de tipicidade material do fato. Por oportuno, impede registrar que, em que pese o princípio da insignificância possa levar a esta tese, desde que não seja realizada uma interpretação perfunctória do mesmo, o ideal seria a elaboração de leis com previsão expressa do disposto.

Neste sentido, aduz Brutti (2006, p. 17):

A competência a ser emprestada à Autoridade Policial necessitaria emanar de instrumentos legais, quer fosse por meio de uma cláusula geral acerca do princípio da insignificância a ser inserida em nosso Codex substantivo penal, quer fosse, ao menos, por meio de simples pactos administrativos a serem avençados em cada Estado Federativo, tudo dependendo da realidade vivida por cada ente federado e à luz da comunhão de esforços e da conjugação de vontades existentes entre os membros do Ministério Público e Delegados de Polícia.

Sustentada a possibilidade de aplicação do princípio pela autoridade policial, deve-se consignar que a decisão que reconheça a incidência do princípio necessita de fundamentação, remetendo-se, de forma devida, os registros das ocorrências policiais à apreciação do Ministério Público, que poderá determinar a instauração do apuratório policial, acaso tenha entendimento diverso daquele sustentado pela autoridade policial. Ou seja, não se defende a possibilidade de arquivamento dos registros em sede policial.

A adoção do referido procedimento conduziria à otimização da atuação da justiça, conferindo maior celeridade aos casos que efetivamente necessitam ser apurados e punidos com rigidez, dada a lesão (ao menos em potencial) ocasionada ao bem jurídico, minorando os riscos de ocorrência da prescrição nestes casos, muitas vezes ocasionadas pela quantidade de casos que necessitam de análise, diante dos poucos recursos materiais e humanos mantidos pela justiça brasileira.

4 TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS: política criminal, sistema penitenciário brasileiro e cotejo com o princípio da insignificância

Elucidados os princípios penais que se relacionam com o princípio da insignificância (alguns servem inclusive de fundamento para sua aplicação) e com a temática da política criminal, a exemplo dos princípios da fragmentariedade, subsidiariedade e da intervenção mínima, bem como efetuado um estudo profícuo da insignificância em matéria penal, eis o momento de analisar de forma detida a teoria das janelas quebradas (*broken windows theory*) e a operação tolerância zero, que utilizou o aporte teórico da primeira no deveras tormentoso desafio de suplantar os elevados índices de criminalidade vigentes na cidade de Nova York.

Tal estudo possui o nítido escopo de vislumbrar a viabilidade da utilização de uma política criminal pautada nos ditames alicerçados na teoria das janelas quebradas, considerando, para tanto, as condições inerentes à realidade brasileira, notadamente quanto à questão carcerária e à (in) eficiência do cumprimento dos deveres estatais para com o cidadão e o preso. Destarte, busca-se delimitar qual dos institutos se adequa melhor à realidade do Brasil, o princípio da insignificância ou a teoria das janelas quebradas. Inicialmente, insta estabelecer as noções gerais do que vem a ser a política criminal, considerando as relações com o Direito Penal e com a Criminologia, seus movimentos, processos e tendências.

4.1 Política criminal

Em um primeiro momento, a expressão “Política Criminal” contemplava o conjunto de práticas punitivas (penas) utilizadas no controle de situações de conflito. Logo, era adstrita ao Direito Penal. Neste sentido, Feuerbach (apud Delmas Marty, 1992, p. 24) a conceituava como “o conjunto de procedimentos repressivos por meio dos quais o Estado reage contra o crime”.

Contudo, conforme a perene evolução da sociedade e das relações jurídicas nela insertas, tal visão ampliou-se de forma considerável, haja vista que o objeto da política criminal passou a constituir o conjunto de procedimentos (estratégias) utilizados pelo corpo social como respostas ao fenômeno criminal (HAUSER, 2010).

Considerando esta visão ampliada, o objeto da política criminal não deve ter como objetivo premente apenas a repressão a delitos que eventualmente sejam perpetrados, mas, outrossim, a prevenção como mecanismo de diminuição dos índices de criminalidade. Com esta visão, Zaffaroni (2004, p. 129) aduz que “a política criminal é a ciência ou arte de

selecionar os bens (ou direitos), que devem ser tutelados jurídica e penalmente, e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que ineludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos”.

A política criminal também pode ser considerada como o conjunto de princípios e recomendações que se destinam à reforma da legislação penal e transformação dos órgãos encarregados de aplicá-la. Estes princípios são alcançados através das constantes mudanças sociais, das análises dos sistemas penais passados e aqueles ainda vigentes, utilizando-se das descobertas propiciadas pela experiência dos instrumentos e instituições penais (BATISTA, 2007).

Diante do exposto supra, é tácito concluir que questões como “Por que reagir?” e “Como reagir?” devem ser respondidas dentro da perspectiva da política criminal, que estabelece os limites legítimos de intervenção do Estado. Logo, a política criminal busca compreender e avaliar as estratégias utilizadas para o controle de situações sociais de conflito, com o fito de propor estratégias aptas a neutralizá-las (HAUSER, 2010).

4.1.1 Relação com o Direito Penal e com a Criminologia

A criminologia, o direito penal e a política criminal constituem o tripé sobre o qual se constitui a ciência penal.

Inicialmente, cumpre consignar, no ensinamento de Ester Hauser (2010, p. 09), que a criminologia:

[...] trata-se de uma ciência empírica que se ocupa do estudo do crime, da pessoa do infrator, da vítima, do sistema penal e do controle social do comportamento criminoso, tendo como base a realidade social. Seu objeto inclui além do delito e suas causas, o estudo da vítima e, de modo especial, o estudo da reação e do controle social (notadamente do controle punitivo e seu impacto sobre a sociedade e sobre a pessoa do infrator). A criminologia é uma ciência do ser, baseada na análise e na investigação da realidade, que se serve de um método empírico.

Desta forma, a criminologia tem a incumbência de fornecer o substrato real do sistema, para que a política criminal possa transformar os dados fornecidos por tal estudo em estratégias aptas a controlar a criminalidade. O direito penal, de outra ponta, deve transformar em normas jurídicas, o conhecimento criminológico utilizado pela política criminal, de acordo com os limites de um Estado Democrático de Direito (GARCIA, 1992).

Corroborando o exposto Luiz Flávio Gomes, Pablos de Molina e Alice Bianchini (2007, p. 250) aduzem que:

Os postulados de Política Criminal devem ter como base a criminologia. Hoje se pode reputar amplamente compartilhada a opinião de que a criminologia tem que

subministrar uma valiosa informação científica à Política Criminal sobre o delinquente, o delito, a vítima e o controle social; informação que esta última deve transformar em opções, fórmulas e programas que, depois, já com o aval da ciência do Direito Penal, se transformarão em proposições normativas obrigatórias (Direito Penal objetivo).

Baratta (2000), noutro giro, entende que o direito penal é o instrumento menos adequado de todos os instrumentos disponíveis à Política Criminal, tomando como base a violência estrutural que propaga. Para o autor, o controle de criminalidade não deve ser confundido com o controle penal, haja vista a multiplicidade de variáveis que podem ser utilizadas no combate à delinquência, notadamente aquelas atinentes às políticas sociais disponíveis para o Estado na prevenção e controle do crime.

4.1.2 Movimentos e processos políticos criminais

De acordo com Ester Hauser (2010, p. 13), os movimentos de política criminal:

[...] expressam as distintas propostas de reação à conduta desviada. Referem-se aos principais modelos de reação ao crime discutidos, propostos e/ou adotados, expressando-se em proposições normativas ou em ações efetivas, implementadas no âmbito do Poder Executivo. Referem-se, também, às principais concepções que, seja no âmbito científico ou do senso comum, buscam legitimar a intervenção estatal no campo do controle do crime.

Desta feita, os referidos movimentos representam os modelos de combate ao crime, materializados ou não por ações do Poder Executivo, alinhados às concepções que visam respaldar e justificar a intervenção estatal, em última análise, na esfera individual.

A sobredita autora aduz que os movimentos de política criminal podem ser divididos em punitivistas (repressivistas) e não intervencionistas (não repressivistas).

Segundo Luiz Flávio Gomes, Antonio Garcia Pablos de Molina e Alice Bianchini (2007), os primeiros defendem a ampliação do controle estatal formal através da atuação do Direito Penal. Em contraponto ao célebre Direito Penal Mínimo, os repressivistas asseveram que apenas uma intervenção punitiva estatal máxima é que se afigura capaz de controlar os conflitos sociais. Para os autores (2007, p. 273), estes movimentos:

[...] são aceitáveis enquanto tais reações seguem as regras do jogo democrático, reconhecendo a pluralidade de ideais e modos de ver o mundo; tornam-se ostensivamente perniciosos quando adotam os procedimentos de modelos autoritários ou totalitários de política criminal.

Os movimentos repressivistas propagam, *v. g.*, a criminalização de novas condutas, a penalização com mais rigor para determinados crimes, a extensão da pena de prisão a vários outros delitos.

De outra ponta, os movimentos não intervencionistas ou não repressivistas defendem a

diminuição ou extinção da intervenção punitiva estatal com o mister de solucionar conflitos sociais, asseverando que instrumentos de resoluções informais são mais exitosos para esta finalidade. Portanto, *a contrario sensu* dos movimentos punitivistas, estabelecem que o modelo almejado é o do Direito Penal Mínimo ou mesmo o Abolicionismo Penal, corrente mais extremada do movimento.

Como decorrência lógica da tese do movimento, os não repressivistas defendem a ampliação das liberdades individuais mediante a delimitação de maiores limites ao poder proibitivo e punitivo do Estado. Assim, propõem a descriminalização, despenalização, desprisionização cautelar, desinstitucionalização e a diversificação das respostas aos conflitos sociais (HAUSER, 2010).

Para Gomes, Pablos de Molina e Bianchini (2007), três são as tendências ou movimentos políticos criminais existentes na atualidade: a) movimentos punitivistas ou repressivistas; b) movimentos abolicionistas e c) movimentos minimalistas.

Como já dito anteriormente, os punitivistas creem que o Direito Penal se apresenta como instrumento eficaz de pacificação social, que apenas pode ser alcançada mediante o aumento das reprimendas penais.

Os abolicionistas, ao contrário, são incrédulos em relação ao Direito Penal, entendendo que este é mais pernicioso do que o próprio crime e desaguaria no cometimento de males até mesmo superiores aos que pretende prevenir.

Sobre o movimento abolicionista, Rogério Greco (2006, p. 12) elucida que:

A crítica abolicionista é construída desde o momento em que surge a lei penal, proibindo ou impondo determinado comportamento sob ameaça de sanção, questionando os critérios, bem como a necessidade do tipo penal incriminador, passando pela escolha das pessoas que, efetivamente, sofrerão os rigores da lei penal, pois que, como é do conhecimento de todos, a “clientela” do Direito Penal é constituída pelos pobres, miseráveis, desempregados, estigmatizados por questões sociais, relegados a segundo plano pelo Estado, que deles somente se lembra no momento crucial de exercitar a sua força como forma de contenção das massas, em benefício de uma outra classe, considerada superior, que necessita desse “muro divisório” para que tenha paz e tranquilidade, a fim de que possa “produzir e fazer prosperar a nação”.

Por fim, os movimentos minimalistas, não obstante não acreditem de forma veemente na eficácia do Direito Penal para resolução de conflitos, justificam sua existência mediante o ideal de uma intervenção mínima. Para os que se filiam a este movimento, o Direito Penal deve ser entendido como *ultima ratio*, observados os princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade, já analisados, e com respeito a todas as garantias constitucionais, penais e processuais garantidas ao indivíduo.

Destarte, analisando as teses dos respectivos movimentos, é tácito afirmar que o

movimento minimalista, por entender que a intervenção penal deve ocorrer de modo fragmentário e subsidiário, defende a utilização do princípio da insignificância, com vistas a evitar a ocorrência de injustiças em virtude da mera subsunção fato/norma de uma conduta ilícita apenas em tese. Ao passo que, como será visto adiante, o movimento repressivista ou punitivista pode ser apontado como defensor da utilização de uma política criminal pautada nos ensinamentos da teoria das janelas quebradas, haja vista entender que a pacificação social somente pode ser alcançada a partir da intensificação das proibições penais e dos castigos.

Elucidados os movimentos de política criminal, insta analisar o que traduz os chamados processos político criminais. Para Gomes, Pablos de Molina e Bianchini (2007), estes são as vias ou os caminhos e os instrumentos ou métodos mediante os quais se concretizam os movimentos de política criminal.

Aqui, insta gizar que o crime é um fim em si mesmo. O crime é criado pela lei, que é fruto de uma decisão política, influenciada por diversos fatores, a exemplo das pressões sociais, que muitas vezes defendem posicionamentos que não possuem respaldos jurídicos, e da força midiática.

Neste sentido, a reflexão de Hulsmann (1993, p. 63-64):

Por que o homossexual, se drogar ou ser bígamo são fatos puníveis em alguns países e não em outros? Por que condutas que antigamente eram puníveis, como a blasfêmia, a bruxaria, a tentativa de suicídio etc., hoje não são mais? As ciências criminais puseram em evidência a relatividade do conceito de infração, que varia no tempo e no espaço, de tal modo que o que é delituoso em um contexto é aceitável em outro. Conforme você tenha nascido num lugar ao invés de outro, ou numa determinada época e não em outra, você é passível – ou não – de ser encarcerado pelo que fez, ou pelo que é [...] O que há em comum entre uma conduta agressiva no interior da família, um ato violento cometido no contexto anônimo das ruas, o arrombamento de uma residência a fabricação de moeda falsa [...], uma tentativa de golpe de Estado, etc.? Você não descobrirá qualquer denominador comum na definição de tais situações, nas motivações dos que nelas são envolvidos, nas possibilidades de ações visualizáveis no que diz respeito à sua prevenção ou à tentativa de acabar com elas. A única coisa que tais situações têm em comum é uma ligação completamente artificial, ou seja, a competência formal do sistema de justiça criminal para examiná-las. O fato delas serem definidas como “crimes” resulta de uma decisão humana modificável; o conceito de crime não é operacional. Um belo dia, o poder político para de caçar as bruxas e aí não existem mais bruxas. Até 1975, na França, o marido podia encarcerar sua mulher por adultério. Depois desse ano, uma lei que reformou o divórcio descriminalizou tal conduta e, daí em diante, a mulher adúltera não pode mais ser processada perante um juízo criminal. De um dia para o outro, o que era delito deixa de sê-lo e aquele que era considerado delinqüente se torna um homem honesto, ou, pelo menos, não tem que prestar mais contas à justiça penal.

Dessarte, são os processos de criminalização que determinam a ilicitude de determinada conduta. Pode-se afirmar, portanto, que a criminalização consiste no reconhecimento formal da ilicitude de uma conduta, descrevendo-a como uma infração penal de forma objetiva. Como se depreende com exatidão, o punitivismo apregoa o aumento da

criminalização, com base na ideologia de lei e ordem (que será discutida adiante), desaguando em uma maior intromissão do Estado nos direitos dos indivíduos (HAUSER, 2010).

A contrario sensu, a descriminalização consiste em retirar o caráter ilícito de um fato. Cervini (1995, p. 72), dispõe que esta pode se materializar de três maneiras: a) descriminalização formal, quando a conduta deixa de constituir infração penal, retirando-se dela qualquer forma de ilicitude; b) descriminalização substitutiva, quando as penas são substituídas por sanções de outra natureza (transferência do regramento para outro ramo do ordenamento jurídico); e c) descriminalização de fato, quando o sistema penal não é eficaz, não havendo a perda de competência para funcionamento (aqui, o fato permanece ilícito, mas não se ocorre a devida aplicação da pena).

Noutro giro, Gomes, Pablos de Molina e Bianchini (2007) destacam que a descriminalização pode ocorrer pela via legislativa (formal) ou pela via judicial (interpretativa). Na primeira, uma lei extingue o caráter ilícito de determinada conduta, materializando o que se chama de *abolitio criminis*, que geralmente ocorre em consonância com o princípio da adequação social, quando a conduta que antes merecia atenção e reprimenda por parte do Direito Penal, transformou-se em socialmente adequada. A segunda, por sua vez, deve ser realizada pelo intérprete diante do caso concreto, quando deverão ser observados os princípios limitadores do direito de punir do Estado, com o fito de proporcionar maior liberdade aos indivíduos, o que ocorre com a aplicação do princípio da insignificância diante de um fato ínfimo, observados os vetores ou requisitos para sua utilização.

Aqui, cumpre ressaltar que a opinião pública exerce nítida influência no que tange aos processos ora estudados, influenciada sobremaneira pela mídia, que, preocupada apenas com gerar lucro, é responsável por uma verdadeira espetacularização do Direito Penal.

Não é outro o entendimento de Ester Hauser (2010, p. 19-20):

Operando de modo empresarial, com o objetivo de lucro, jornais, revistas, televisão e rádio manejam, em geral, a página policial de modo sensacionalista, espetacularizando fatos cotidianos. Os meios de comunicação são, na atualidade, elementos indispensáveis para o exercício do poder de todo o sistema penal, pois criam ilusões, difundem discursos justificadores, induzem o medo, geram insegurança, promovem o deterioramento de determinados valores relacionados aos direitos humanos e suas garantias, apresentando um enfoque maniqueísta da realidade. Em geral, tais campanhas estimulam o recrudescimento punitivo e os processos criminalizadores.

Tal crítica reflete com propriedade o enfoque conferido pela mídia brasileira a casos criminosos, notadamente em face dos crimes que alcançam com mais ênfase a sensibilidade popular, como por exemplo o caso do homicídio de Isabela Nardoni e no caso de Suzane von Richthofen. Registre-se que, de forma leviana, a mídia termina por sentenciar determinados

casos, dando ensejo a existência de eventuais injustiças causadas pelo clamor cego de justiça.

4.1.3 Tendências da política criminal hodierna

O Direito Penal tradicional, construído a partir da segunda metade do século XVIII, nasceu com o escopo de tutelar os direitos fundamentais da pessoa diante do poder punitivo estatal, contra a violência, o despotismo e a arbitrariedade vigentes no ordenamento jurídico do Estado Absolutista. Emana deste o dever estatal de salvaguardar os direitos de liberdade, possuindo como inegável paradigma o princípio da dignidade da pessoa humana (GOMES; PABLOS DE MOLINA; BIANCHINI, 2007).

Neste mister, Hauser (2010, p. 22) destaca que:

Dentro desta perspectiva clássica (ou liberal), a excessiva ou abusiva intromissão do Estado na esfera das liberdades individuais é vista com maus olhos, propugnando-se pela utilização do Direito Penal como “última” ou “extrema” *ratio*, ou seja, somente em relação a condutas que venham a afetar ou atingir bens jurídicos fundamentais e que representem ofensas intoleráveis ao contrato social. Em consequência, a intervenção punitiva do Estado deve ser mínima e pautada por um conjunto de garantias penais e processuais penais que assegurem aos acusados proteção entre o arbítrio ou o excesso punitivo.

Em que pese o Direito Penal tradicional prezar pelo respeito aos direitos e garantias individuais, traduzindo-se em um Direito Penal verdadeiramente mínimo, observa-se que o Direito Penal hodierno vem passando por inúmeras transformações, diferenciando-se em vários pontos dos ditames daquele. Este é resultado da utilização de políticas criminais pautadas no punitivismo ou repressivismo, presentes inclusive em se tratando do âmbito mundial, a partir de um processo de internacionalização das reações penais.

Gomes, Pablos de Molina e Bianchini (2007) destacam que a política criminal hodierna é caracterizada pela: a) deliberada política de criminalização em lugar da descriminalização; b) freqüentes alterações da legislação penal; c) maior rigor repressivo em relação aos delitos clássicos (no Brasil, tal característica pode ser exemplificada com a edição da Lei dos Crimes Hediondos, Lei nº 8.072/90); d) baixa preocupação e efetividade dos princípios da igualdade, proporcionalidade e lesividade; e e) endurecimento da execução penal, expansão da prisão e privatização/terceirização de presídios.

Corroborando com o disposto pelos autores, dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), do Ministério da Justiça, de dezembro de 2014, revelam que a população carcerária do Brasil passou, entre os anos de 2004 e 2014, de 336.400 presos para 607.700 presos, materializando, à época, a quarta maior população carcerária do mundo, ficando atrás apenas da Rússia (673.800), China (1.6 milhões) e Estados Unidos (2.2 milhões).

O Ministério da Justiça alerta para o ritmo de aumento da população carcerária do Brasil. Enquanto a taxa aumentou 33% entre 2008 e 2013 no país, a dos Estados Unidos caiu 8%, a da China caiu 9% e a da Rússia caiu 24%. Nesse ritmo, o Brasil deverá superar a população carcerária da Rússia no ano de 2018.

Hauser (2010, p. 26-27) aduz que o processo de expansão do Direito Penal:

[...] é fruto de uma política criminal pautada pela lógica da insegurança e do medo, que são sentimentos que se acentuam na contemporaneidade. O processo de globalização, aliado à consolidação de uma sociedade de risco, contribui para que o sentimento de insegurança se generalize e o apelo ao Direito Penal seja aceito como natural pela sociedade. A ampliação dos riscos (tecnológicos, ambientais, criminalidade de rua, econômicos), aliada a uma maior percepção destes, faz com que o legislador empregue respostas punitivas emergenciais, que são amplamente aceitas.

Para consolidação deste processo de expansão do Direito Penal, os meios de comunicação de massa exercem influência significativa. Em que pese não estar baseada em índices oficiais, a visão sobre a criminalidade apresentada pelos meios de comunicação estimula o medo e a insegurança, promove um populismo punitivo e influencia significativamente a ação dos poderes de Estado.

Com efeito, os meios de comunicação restam por efetuar uma mercantilização da realidade criminal, preocupando-se tão somente com o lucro, em detrimento das conseqüências geradas a partir desta posição, tendo em vista que nível de esclarecimento da população que é alcançada por eles, via de regra, impossibilita uma percepção acurada da realidade, que permita uma verdadeira análise das informações que lhes são postas.

Destarte, esta mercantilização dos fatos criminosos produz uma generalização da insegurança, vingança e do medo, o que, em última análise, embasa a utilização de uma política criminal repressivista, tomando-se por base o fato de que os representantes do povo do Legislativo e do Executivo preocupam-se, corriqueiramente, apenas com as conseqüências eleitorais de suas condutas, em detrimento das conseqüências sociais que se concretizam em médio e longo prazo.

Criticando o uso eleitoral do Direito Penal, o escorreito ensinamento de Gomes, Pablos de Molina e Bianchini (2007, p. 310):

Em inúmeros casos o legislador, levado pela “urgência” e pelo ineditismo das novas situações, não encontra outra resposta que não seja a conjuntural (“reação emocional legislativa”), que tende a ser de natureza penal, dependendo dos benefícios eleitorais que possa alcançar. Invoca-se o Direito Penal como instrumento para soluções de problemas, mas se sabe que seu uso recorrente não soluciona coisa alguma.

Para citar exemplo do uso eleitoral do Direito Penal recorde-se que o legislador brasileiro, sob os efeitos do “escândalo dos remédios falsos”, não teve dúvida em reagir imediatamente: elaborou primeiro a Lei nº 9.677/98, para alterar o marco penal de diversas condutas relacionadas com o tema (a falsificação de remédios agora é sancionada, no mínimo com 10 anos de reclusão. Por meio do mesmo diploma legal, outras condutas não tão graves, como a falsificação de creme de alisar cabelo, passaram a receber a mesma punição). Depois, publicou-se a Lei nº 9.965/98, para transformar diversos destes delitos em “hediondos” [...] Em lugar de técnicas administrativas eficazes, para a prevenção da falsificação, privilegiou-se a edição de

uma nova lei penal (considere-se que, na ocasião, estava-se em iminência de eleições presidenciais). De forma inédita, a lei foi aprovada em quarenta e oito horas.

Por todo o exposto, conclui-se que a mídia termina por influenciar sobremaneira a opinião pública e, por conseguinte, os parlamentares e membros do Poder Executivo, imbuídos do ânimo de utilizar o repressivismo penal como forma de galgar elevados índices de aprovação com vistas a garantir o sufrágio necessário nos pleitos eleitorais, sem se preocupar, contudo, com o resultado de medidas tomadas apenas para massagear o ego da mídia e da população, não vislumbrando as consequências que decorrerão de tais medidas.

4.2 Teoria das janelas quebradas (*broken windows theory*)

A teoria das janelas quebradas surgiu a partir de um estudo intitulado “*The Police and Neighbourhood Safety*” (A polícia e a segurança da comunidade) realizado pelo psicólogo criminologista George Kelling e pelo cientista político James Wilson publicado no ano de 1982 na revista *Atlantic Monthly*. Neste, os autores utilizaram a alegoria de janelas quebradas com o escopo de estabelecer o liame existente entre a desordem e a criminalidade.

De acordo com os pesquisadores, caso a janela de um prédio seja quebrada e não imediatamente consertada, as pessoas que passem pelo local e a avistarem concluirão que não existe ninguém ali que se importa com tal fato, o que conduziria à percepção por parte da comunidade e de indivíduos com tendências desordeiras de que não existe autoridade com a atribuição de manter a ordem, de modo que estes procederiam à destruição das demais janelas que se encontravam intactas (KELLING; WILSON, 1982).

Desta forma, o nome da teoria decorreu do fato de Kelling e Wilson utilizarem as janelas quebradas com o fito de explicar como a desordem poderia ensejar a prática de crimes mais graves, tendo em vista que pequenos atos de vandalismo, como quebrar a janela de um prédio, conduziria a consequências potencialmente mais graves, como a prática de crimes contra a incolumidade física de uma pessoa ou contra o seu patrimônio.

A *broken windows theory* utilizou como parâmetro um experimento realizado no ano de 1969 por Philip Zimbardo, psicólogo americano da Universidade de Stanford, no qual este deixou dois carros idênticos em dois bairros com características diametralmente opostas: um bairro de classe alta situado na cidade da Califórnia (Palo Alto) e outro em um bairro de classe baixa de Nova York (Bronx).

O carro deixado no Bronx foi completamente saqueado em 24 (vinte e quatro) horas. O veículo colocado em uma rua de Palo Alto, por sua vez, permaneceu intacto por mais de

uma semana. Então, Zimbardo quebrou uma das janelas do carro e, pasmem, dentro de algumas horas o carro foi plenamente destruído, não restando nada de valor (KELLING; WILSON, 1982).

Com o resultado do supracitado experimento, concluiu-se que não apenas a pobreza é causa determinante para o aumento dos índices de criminalidade, haja vista o ocorrido com o primeiro veículo, mas, outrossim, a ausência da devida repressão a determinados atos de desordem e de vandalismo afigura-se como elemento decisivo para este mister.

De acordo com Priscila Aki Hoga (2008, p. 19):

O argumento principal levantado pela teoria consiste em punir as pequenas infrações desde logo, pois ao tolerá-las isso poderia acarretar em um clima de anomia que gera condições propícias para que crimes mais graves vicejem. A metáfora consiste em dizer que se não forem consertadas as janelas, aquelas pessoas que costumavam avariar o prédio continuarão a portar-se de tal maneira, a quebrar novamente. Em consequência disso, voltarão a cometer atos mais graves motivados pela sensação de impunidade.

Logo, defende-se que a prática de delitos de maior gravidade decorre da ausência de punição severa aos pequenos delitos e atos de desordem, haja vista a sensação de impunidade gerada por tal omissão. Eis a essência da teoria em epígrafe.

Discorrendo acerca da teoria, Daniel Sperb Rubin (2003, p. 02) destaca outro marco referencial que corroborou seus postulados:

Em 1990, o Professor da Universidade Northwestern de Ciências Políticas, Wesley Skogan, publicou um estudo baseado em pesquisa na qual 1.300 pessoas residentes em áreas residenciais de Atlanta, Chicago, Houston, Filadélfia, Newark e São Francisco haviam sido entrevistadas. O estudo era intitulado *Disorder and Decline: Crime and the Spiral of Decay in America Neighborhoods* (Desordem e Declínio: Crime Espiral de Decadência nas Comunidades Americanas) e confirmava os postulados da *broken windows theory*. Mas ia além disso, afirmando que a relação de causalidade entre desordem e criminalidade era mais forte do que a relação entre criminalidade e outras características em determinadas comunidades, tais como a pobreza ou o fato de a comunidade abrigar uma minoria racial. Esta conclusão é de fundamental importância, especialmente diante da afirmação, sempre repetida e jamais comprovada, de que a principal causa da criminalidade reside nas injustiças sociais, desemprego, pobreza, falta de oportunidades etc.

Rubin (2003) destaca, neste sentido, que o modelo americano vigente ao longo do século XX não era eficaz justamente por ignorar a relação de causa e efeito existente entre desordem, medo e criminalidade, tomando por base que aquele apenas se preocupava em reprimir de forma contumaz o crime em si, e não se preocupava em manter a ordem pública.

Neste sentido, destaca outro fundamento da teoria em análise:

Originalmente, o papel da polícia americana era o de manter a paz e prevenir o crime. A prevenção do crime era feita com a presença constante da polícia no seio da comunidade. E aqui reside outro fundamento da *broken windows theory*. O policial deve fazer parte da comunidade, entranhar-se na comunidade, e lidar com as condições que criam o crime (desordens de todo o tipo, embriaguez pública, jogos ilegais etc.). Assim, ele conhece a comunidade, e é conhecido por ela. Cria-se um vínculo entre a comunidade e a autoridade policial, e este vínculo permite que

ambos juntem forças para evitar o surgimento da desordem e de pequenos delitos que, mais tarde, levarão à criminalidade violenta. Assim, se algum traficante tenta imiscuir-se naquela comunidade, tanto a comunidade como a polícia podem imediatamente identificá-lo, e unindo forças, expulsá-lo de lá, ou mesmo prendê-lo se o mesmo for apanhado no exercício do tráfico. Mas para isso é preciso uma comunidade organizada, que preze a manutenção da ordem, e uma relação de confiança entre a comunidade e a polícia, de modo que ambos se auxiliem mutuamente (RUBIN, 2003, p. 03).

Desta feita, a teoria fundamenta-se também na existência de um policiamento comunitário, que deve ocorrer de forma harmônica com os integrantes da comunidade, com vistas a efetivar a manutenção da ordem naquele local.

Com efeito, para os defensores da teoria, a presença física do agente policial na comunidade traduz meio apto a ensejar a redução do índice de criminalidade, pois reduziria o nível de desordem naquele local, tido como origem daquela. Kelling e Wilson apregoam o “*foot patrol*”, ou seja, o patrulhamento a pé. Neste método de policiamento, o agente percorre as ruas dos bairros a pé, em detrimento da presença de policiais motorizados, que não seriam eficazes no combate à criminalidade (RUBIN, 2003).

Andrade (2011, p. 11) ressalta a importância da teoria das janelas quebradas para a Criminologia, notadamente no que tange à prevenção da criminalidade:

Define-se um novo marco no estudo da criminalidade, pois aponta o estudo que a relação entre a criminalidade e outros fatores sociais, tais como a pobreza ou a “segregação racial” é menos importante do que a relação entre a desordem e a criminalidade. Não seriam somente fatores ambientais (mesológicos) ou pessoais (biológicos) que teriam influência na formação da personalidade criminoso, contrariando os estudos da criminologia clássica.

Desta feita, a teoria das janelas quebradas insere-se no chamado movimento de lei e ordem, que teve início nos Estados Unidos nos meados do século passado, pregava um discurso de efetividade da ação repressiva em matéria criminal e surgiu como reação ao crescimento vertiginoso dos índices de criminalidade vigentes, solidificando-se mediante a utilização de medidas penais rigorosas no desiderato de combater a criminalidade.

O movimento lei e ordem, e a teoria das janelas quebradas, defendem, portanto, o fortalecimento do Direito Penal, considerando que o aumento da criminalidade é encarado como decorrência da forma condescendente com que determinados delitos são tratados (HAUSER, 2010).

Assim, a tese defendida pela teoria insere-se no âmbito do movimento de política criminal repressivista ou punitivista, conforme estudado alhures, o qual, vale repisar, encampa a ampliação do controle estatal formal através da atuação do Direito Penal, em oposição ao posicionamento encampado pelos defensores de um Direito Penal mínimo.

4.2.1 Operação Tolerância Zero

Elucidados os aspectos precípuos sobre a teoria das janelas quebradas, esclarecida sua tese e os estudos e experimentos que conduziram a sua construção e afirmação, passa-se à análise da operação Tolerância Zero, instituída com base naquela e que materializou a primeira experiência prática de utilização de uma política estatal fundada na teoria ora analisada.

Realizando-se um esboço histórico, a operação Tolerância Zero insere-se no contexto de fragilidade das instituições responsáveis pela manutenção da ordem pública na cidade de Nova York, materializada na desordem vigente na cidade e na prática recorrente de pequenos ilícitos. No dizer de Rubin (2003, p. 04):

Na verdade, a decadência urbana de Nova Iorque desenvolvera-se de maneira lenta e constante ao longo dos anos 70 e 80, diante da tolerância com a desordem e os pequenos ilícitos. As pichações não eram reprimidas. As gangues se proliferavam. Permitia-se que os sem-teto ocupassem espaços públicos, como metrô, parques e praças, e lá fizessem suas necessidades. Além disso, eles passavam a mendigar de maneira cada vez mais agressiva e ameaçadora. Pequenos delitos como ingressar no metrô sem o pagamento da passagem, pulando a catraca, quase não eram mais reprimidos. Tudo isso levava a um aumento constante da criminalidade.

Esta situação era mais grave ainda no sistema de transporte subterrâneo de Nova Iorque, o metrô, em razão das peculiaridades de se tratar um local fechado, deserto à noite, mas utilizado por grande parte dos habitantes como único meio de transporte viável.

Diante desse contexto conturbado e alarmante, a solução para os problemas criminais de Nova York passou a consistir no principal tema da campanha política na cidade, haja vista o apelo e anseio da população por uma evolução na qualidade de vida e na segurança pública.

Contudo, antes do advento do pleito para prefeitura daquela cidade, a Polícia de Trânsito de Nova York teve que agir e contratou um policial chamado Willian Bratton, da cidade de Boston, com o fito de solucionar o problema específico do metrô. De plano, Bratton identificou os três problemas que assolavam o sistema de metrô nova iorquino, quais sejam: passageiros que pulavam a catraca e não pagavam a passagem, desordem e crime. Tal contexto gerava uma situação de insegurança, sensação de impunidade e de fragilidade das autoridades públicas naqueles que efetivamente pagavam as passagens e utilizavam o metrô da forma devida, que já não mais tinham a certeza de que deveriam continuar agindo daquela maneira, dada a ausência de ordem e o nítido desrespeito à lei. Para combater tal cenário, Bratton começou a realizar pequenas prisões em massa, em cada estação do metrô. Assim, o receio de ser preso começou a modificar o comportamento daqueles que não pagavam a passagem. Em pouco tempo, a quantidade de usuários que deixavam de pagar as passagens

decaiu consideravelmente. Ademais, Bratton notou que a maioria das pessoas que não pagavam as passagens eram justamente aqueles que eram responsáveis pela desordem no metrô e, outrossim, alguns destes portavam armas ou eram pessoas procuradas com mandados de prisão expedidos (RUBIN, 2003).

Desta feita, a política implementada por Bratton resultou na queda do índice de roubos, assaltos, assassinatos e, por conseguinte, vítimas; restando patente a relação existente entre desordem e criminalidade no interior do metrô, conforme prelecionavam Kelling e Wilson.

Conforme dito alhures, a temática da criminalidade foi a principal questão debatida nas eleições de Nova York de 1993. Com um discurso rígido que pregava a expansão da política de combate à criminalidade, o ex-promotor Rudolph Giuliani sagrou-se vencedor do pleito e, já no primeiro ano de seu mandato, resolveu expandir a política utilizada por Bratton no metrô para toda a cidade de Nova York, operação que ficou célebre pelo codinome de “Tolerância Zero” e que também foi chefiada por este último (CARVALHO NETO, 2011).

Rubin (2003, p. 06) ressalta os métodos e avanços implementados pela operação Tolerância Zero em solo nova iorquino:

Uma de suas primeiras iniciativas foi atacar a conduta daqueles grupos de jovens que, de maneira velada ou não, geralmente em grupos, extorquiam dinheiro de motoristas após terem lavado os parabrisas dos carros sem terem sido solicitados a fazê-lo. O que poderia parecer, em um primeiro momento, algo com que a polícia sequer deveria se preocupar, estava, na verdade, atormentando os motoristas, que se sentiam constantemente ameaçados. Era, na verdade, uma janelas quebrada. Como esta conduta constituía uma infração menor, punida apenas com serviços comunitários, estas pessoas não podiam ser presas, mas apenas intimadas a comparecer em juízo. Ocorre que nem isto vinha sendo feito. Começou-se a fazer. No início, os intimados não compareciam a juízo e isto (o não atendimento à intimação) autorizava que fossem presos. Então prisões foram feitas. Com a certeza da punição, aquilo que durante anos atormentava a vida dos motoristas de Nova Iorque teve fim em poucas semanas.

Outras pequenas vitórias contra pequenos ilícitos confirmavam a teoria de Kelling: uma pessoa foi presa por urinar num parque, quando foi questionada sobre outros problemas deu informações à polícia que resultaram na localização de um esconderijo de armas; um motociclista foi detido por andar sem capacete, revistado, descobriu-se que carregava duas armas consigo e tinha várias outras em seu apartamento; uma pessoa vendendo mercadoria de origem suspeita, depois de questionada levou a polícia a um receptor de armas roubadas.

Destarte, Rubin aduz: “nem todo aquele que pratica um delito menor pode ser considerado capaz de um delito grave. No entanto, alguns serão, especialmente se não encontrarem nenhuma repressão ao pequeno ilícito praticado” (2003).

Neste aspecto, assiste razão à Rubin e aos defensores da multicitada teoria. A certeza da reprimenda pelo ilícito cometido consiste em inegável meio de coerção estatal e materializa fator responsável por pelo menos diminuir a sensação de impunidade na

sociedade, desaguando na redução dos índices de criminalidade. Não obstante, esta tese não pode ser considerada como “salvadora da pátria”, tendo em vista que os motivos determinantes da prática de um crime não se esgotam apenas na ausência de repressão, como será exposto com maior profundidade adiante.

Além dos mecanismos expostos, Bratton utilizou outro fundamento da teoria das janelas quebradas no combate ao crime, a saber, o policiamento comunitário. Este identificou os locais com o maior índice de criminalidade, alocando um maior número de agentes de policiais neles.

Aqui, insta colacionar o julgado adiante ementado proveniente do Colendo STJ reconhecendo a tese desenvolvida pela teoria das janelas quebradas:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. BENS SUBTRAÍDOS AVALIADOS EM R\$ 86,00. APLICAÇÃO DA TEORIA DA JANELA QUEBRADA NO DIREITO PENAL. REPROVABILIDADE DA CONDUTA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. 3. ORDEM NÃO CONHECIDA.

[...] 3. Segundo assentado pelo Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 98.152/MG, para a aplicação do princípio da insignificância devem ser levados em conta os seguintes vetores: a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

4. Ainda que o delito tenha gravidade não exacerbada ao bem juridicamente tutelado, não é permitido ao Estado dele descurar, sob pena de estimular a prática de crimes mais graves. Trata-se da aplicação da denominada Teoria da Janela Quebrada no Direito Penal.

5. A tentativa de furto de bens móveis, avaliados em R\$ 86,00 (oitenta e seis reais), de uma casa mediante escalada e rompimento de obstáculo, não enseja a aplicação do princípio da insignificância porque não atendido o requisito do reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente [...] (HC 278.612/SP, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 17/10/2013).

Por todo o exposto, a teoria das janelas quebradas e a operação tolerância zero demonstram que a prática de delitos considerados de menor gravidade não deve ser relegada em virtude de materializarem pequena lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal. Mas, em verdade, os defensores encampam a tese de que estes delitos devem ser objeto de uma política de prevenção e, sobretudo, de repressão, tendo em vista que se não forem punidos poderão resultar na prática futura de crimes mais graves, dada a ausência de punição anterior, o que conduz a uma possível certeza de impunidade por parte do infrator e o consequente enfraquecimento da figura do Estado.

4.2.2 Críticas endereçadas à teoria das janelas quebradas e à operação Tolerância Zero

Não obstante os resultados alcançados na cidade de Nova York aparentemente decorrerem da efetiva implementação da operação tolerância zero, que utilizou os fundamentos básicos da teoria das janelas quebradas, diversas críticas foram e são desferidas contra ambas, questionando, inclusive, se os avanços verificados naquela cidade decorreram efetivamente destas.

Neste sentido, Priscila Aki Hoga aduz (2008, p. 19)

Depois de algum tempo em vigência, essa política nova iorquina revelou-se ineficaz, pois seus resultados foram meramente especulativos e alguns dados da polícia foram forjados para o marketing. Os dados coletados por criminologistas mostraram que os índices de criminalidade em Nova Iorque já apresentavam queda nos últimos três anos e, portanto, não foram decorrentes da política implementada. Outras cidades como San Diego e Boston, que não fizeram uso desse tipo de estratégia e concentraram atenções em outros meios de prevenção, também apresentaram baixos índices de criminalidade. Os dados do “Tolerância Zero” apontam um aumento no número de queixas por brutalidade policial e casos emblemáticos de violência policial acabaram por sensibilizar a população. O aumento do número de vítimas negras e latinas alvo dessa política começou a ser percebido pela sociedade. Notou-se que a teoria das “janelas quebradas” a qual inspirou o programa, procurou não somente acabar de forma incauta com a violência, mas também acentuou as formas de discriminação social.

Assim, considerando-se que outras cidades dos Estados Unidos que não utilizaram uma política criminal pautada nos ditames da tolerância zero nem considerando a tese da *broken windows theory* também experimentaram uma considerável queda nos índices de criminalidade no mesmo período (inclusive com melhores índices), a saber, ao longo dos anos 90, não se pode asseverar com exatidão que os resultados alcançados em Nova York decorreram efetivamente da tolerância zero.

Ademais, outros fatores contribuíram para a queda na criminalidade em Nova York nos anos de 1993 a 1998, como destaca Aury Lopes Júnior (2001, p. 01 e 02):

Nos Estados Unidos, o marketing de que a redução da criminalidade urbana em Nova York foi consequência da política de tolerância zero, é severamente criticada. É pura propaganda enganosa. Não é prendendo e mandando para a prisão mendigos, pichadores e quebradores de vidraças que a macro-criminalidade vai ser contida. As taxas de criminalidade realmente caíram em Nova York, mas também decresceram em todo o país, porque não é fruto da mágica política nova-iorquina, mas sim de um complexo avanço social e econômico daquele país. É fato notório que os Estados Unidos têm vivido nas últimas décadas uma eufórica evolução econômica, com aumento da qualidade de vida e substancial decréscimo dos índices de desemprego. Nisto está a resposta para a diminuição da criminalidade: crescimento econômico, sucesso no combate ao desemprego e política educacional eficiente.

Com efeito, diversos fatores foram responsáveis pela queda dos índices de criminalidade, tais como: o aumento do número de policiais nas ruas; mudança no consumo de crack para heroína; considerável aumento no orçamento destinado ao Departamento de

Polícia de Nova York; condições econômicas favoráveis; novos sistemas computadorizados; redução do número de pessoas entre 18 e 24 anos e a prisão de grandes gangues de traficantes.

Como bem aponta Aury Lopes Júnior, a redução das taxas de criminalidade naquela cidade decorreu, sobretudo, de um notório avanço no complexo social e econômico em todo o país dos Estados Unidos, sendo que os principais fatores responsáveis para que este objetivo tenha sido alcançado foram o aumento da qualidade de vida dos indivíduos e o considerável decréscimo do número de desempregados. Desta feita, conclui com perfeição o autor, em se tratando de combate à criminalidade não há remédio como o crescimento econômico, a diminuição do desemprego e a implementação de uma política educacional de qualidade e que proporcione perspectiva de vida aos cidadãos.

De outra ponta, relegando a questão da eficácia em termos de prevenção da operação Tolerância Zero e considerando seus resultados práticos na sociedade, Aury Lopes (2001, p. 02) desfere severas críticas quanto à parcela populacional alcançada pelas medidas utilizadas:

Ademais, o modelo de tolerância zero é cruel e desumano. Os socialmente etiquetados sempre foram os clientes preferenciais da polícia e, com o aval dos governantes, nunca se matou, prendeu e torturou tantos negros, pobres e latinos. A máquina estatal repressora é efficientíssima quando se trata de prender e arrebanhar hipossuficientes. Como aponta Vera Malaguti de Souza (*Discursos Sediciosos*. Freitas Bastos, 1997) a mensagem do prefeito de Nova York foi muito bem entendida pelos policiais que, ao torturarem Abner Louima, afirmaram: “*stupid nigger... know how to respect cops. This is Giuliani time. It is not Dinkins times*” (crioulo burro... aprenda a respeitar a polícia. Esse é o tempo de Giuliani. Não é mais o tempo de Dinkins [ex-prefeito negro de NY]. Essa é a face cruel do modelo, pouco noticiada.

Assim, os métodos utilizados pela operação Tolerância Zero e pela teoria das janelas quebradas restaria por etiquetar o seu público alvo, qual seja, a classe social menos abastada, hipossuficiente, e que consistiria em um entrave para o desenvolvimento do Estado.

Questionando tal argumento esposado pelos críticos, Rubin (2003, p. 11-12) aduz:

Kelling e Coles são claros ao afirmarem que o problema não é a condição das pessoas, mas sim o seu comportamento. O que se busca coibir é o comportamento que causa desordem e que prepara o terreno para a ascensão da criminalidade. Não importa, portanto, a condição da pessoa, mas sim sua conduta.
[...] Os que advogam a restauração da ordem não estão propondo alguma forma de tirania da maioria. Referem-se isto sim, a comportamentos que violam padrões de comportamento largamente aceitos por uma comunidade, e sobre os quais há um consenso, sem qualquer conotação racial, étnica ou de classes.

Ademais, Rubin (2003) destaca que, ao revés do que asseveram aqueles que criticam a teoria das janelas quebradas, as consequências da existência de desordem são mais lesivas em comunidades pobres do que em comunidades ricas, considerando que é mais fácil consertar uma janela quebrada nesta última, e que as pessoas menos abastadas são justamente as que mais necessitam da manutenção da ordem.

Diante do exposto, é tácito concluir que, não obstante a teoria das janelas quebradas

(mediante sua aplicação a partir da operação Tolerância Zero) não tenha sido a única responsável pela diminuição dos índices de criminalidade na cidade de Nova York, é inegável a sua importância para a criminologia contemporânea, dado o seu caráter inovador ao relacionar a desordem como responsável pela criminalidade de um determinado local. Noutra giro, assim como outras teorias que tentaram solucionar o calamitoso edema social da criminalidade, a teoria em análise possui fragilidades, como fora exposta supra, notadamente considerando-se sua possível aplicação em solo brasileiro, tendo em vista as características aqui vigentes, tema que será abordado adiante.

4.3 Realidade do sistema penitenciário brasileiro

Como se pode depreender sem maiores esforços intelectuais, a utilização de uma política criminal pautada nos ditames impostos pela teoria das janelas quebradas poderá conduzir a um aumento do número de pessoas condenadas à privação de sua liberdade, haja vista que qualquer ilícito que seja cometido deverá ser reprimido de forma contumaz. Assim, impende-se analisar a realidade do sistema penitenciário brasileiro, com vistas a refletir se este possui capacidade qualitativa para suportar este inchaço demasiado da população carcerária, partindo-se do pressuposto de que a realidade das unidades prisionais brasileiras já demonstra a insuficiência para contemplar o número de apenados existentes.

Em tese, o indivíduo condenado por uma sentença transitada em julgado que lhe imponha uma pena restritiva de liberdade deve ter como consequência da prática de um ilícito penal o cerceamento do seu direito e *ir e vir*.

Não obstante, o que se verifica na prática, considerando as condições de vida dentro das unidades prisionais brasileiras, é que o indivíduo sofre uma dupla condenação. Uma primeira imposta pela sentença penal consistente na efetiva restrição da liberdade e uma segunda, potencialmente lesiva ao princípio da dignidade da pessoa humana e da humanização, a saber: suportar as precárias condições (de infraestrutura, saúde, alimentação etc.) que lhe são impostas dentro do presídio, consubstanciando uma restrição que transcende a de sua liberdade, mas afeta sobremaneira direitos essenciais ao cidadão, a exemplo do direito à saúde.

Com efeito, o sistema prisional, que deveria ser um instrumento de ressocialização, com vistas à reintegração do preso à vida em sociedade após pagar pelo equívoco/ilícito que cometera, acaba por funcionar como uma verdadeira faculdade do crime, haja vista a realidade imposta, a insuficiência e negligência do Poder Público e a forma como este é

tratado pela sociedade, muito em decorrência da incapacidade do Estado de realizar seu papel de forma aceitável.

Neste mister, salutar transcrever a redação do art. 1, da Lei de Execuções Penais, o qual dispõe que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (BRASIL, 1984, não paginado). Ademais, a lei também prevê a classificação, assistência, educação e trabalho aos presos, o que não é cumprido sequer de forma perfunctória.

Ressaltando as parcas condições de saúde do preso brasileiro, Assis (2007, p. 75) assevera:

A superlotação das celas, sua precariedade e sua insalubridade tornam as prisões um ambiente propício à proliferação de epidemias e ao contágio de doenças. Todos esses fatores estruturais aliados ainda à má alimentação dos presos, seu sedentarismo, o uso de drogas, a falta de higiene e toda a lugubridade da prisão, fazem com que um preso que adentrou lá numa condição sadia, de lá não saia sem ser acometido de uma doença ou com sua resistência física e saúde fragilizadas.

Os presos adquirem as mais variadas doenças no interior das prisões. As mais comuns são as doenças do aparelho respiratório, como a tuberculose e a pneumonia. Também é alto o índice da hepatite e de doenças venéreas em geral, a AIDS por excelência. Conforme pesquisas realizadas nas prisões, estima-se que aproximadamente 20% dos presos brasileiros sejam portadores do HIV, principalmente em decorrência do homossexualismo, da violência sexual praticada por parte dos outros presos e do uso de drogas injetáveis.

Além dessas doenças, há um grande número de presos portadores de distúrbios mentais, de câncer, hanseníase e com deficiências físicas (paralíticos e semiparalíticos). Quanto à saúde dentária, o tratamento odontológico na prisão resume-se à extração de dentes. Não há tratamento médico-hospitalar dentro da maioria das prisões. Para serem removidos para os hospitais os presos dependem de escolta da PM, a qual na maioria das vezes é demorada, pois depende de disponibilidade. Quando o preso doente é levado para ser atendido, há ainda o risco de não haver mais uma vaga disponível para o seu atendimento, em razão da igual precariedade do nosso sistema público de saúde.

Destarte, não é fornecido aos apenados sequer o mínimo. Não há uma alimentação digna, faltam remédios, assistência médica de qualidade e a infraestrutura dos presídios brasileiros fica longe dos padrões mínimos exigidos pela legislação.

Aqui, insta relembrar: em que pese a prática de ilícitos penais, os apenados são pessoas e, como tal, possuem direitos que lhes são iminentes. Nesta senda, diversas normas nacionais e internacionais possuem o escopo de estabelecer os deveres estatais para com os presos, com o fito de efetivar as garantias devidas.

As garantias legais previstas durante a execução da pena, assim como os direitos humanos do preso estão previstos em diversos estatutos legais. Em nível mundial existem várias convenções como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e a Resolução da ONU que prevê as regras mínimas para o tratamento do preso.

Em nível nacional, nossa Carta Magna reservou 32 incisos do artigo 5º, que tratam das garantias fundamentais do cidadão, destinadas à proteção das garantias do

homem preso. Existe ainda em legislação específica – a Lei de Execução Penal – os incisos de I a XV do artigo 41, que dispõe sobre os direitos infraconstitucionais garantidos ao sentenciado no decorrer da execução penal (ASSIS, 2007, p. 75).

Não obstante o tema ser objeto de diversos documentos do porte da Constituição Federal e da Declaração de Direitos Humanos, o que se observa é a existência de uma nítida dicotomia entre o determinado pela legislação e as condições existentes dentro dos muros dos presídios.

Além da macrocomunidade existente nos presídios e das parcas condições dispostas para os apenados, outro fator deve ser considerado, no que tange à falência do sistema penitenciário nacional, qual seja, a ociosidade do recluso. Em verdade, o detento ocioso possui tempo de sobra para elaborar seus projetos criminosos, o que, em última análise, termina por transformar as unidades prisionais em verdadeiras bases de comando para o crime organizado.

De mais a mais, são corriqueiros os abusos e agressões cometidos pelos agentes penitenciários, que, via de regra, não possuem a qualificação necessária para o desempenho das atribuições, e não raro cometem atrocidades em nome da manutenção da ordem e da disciplina dentro do presídio, sendo que muita das vezes sequer são objeto de alguma punição em virtude dos atos praticados.

Por fim, impende fixar outra violação materializada na imposição de sanções privativas de liberdade em nosso sistema, nos dizeres de Assis (2007, p. 76):

Outra violação cometida é a demora em se conceder os benefícios àqueles que já fazem jus à progressão de regime, ou em soltar os presos que já saldaram o cômputo de sua pena. Essa situação decorre da própria negligência e ineficiência dos órgãos responsáveis pela execução penal, o que constitui constrangimento ilegal por parte dessas autoridades, podendo ensejar inclusive a responsabilidade civil do Estado por manter o indivíduo encarcerado de forma excessiva e ilegal.

Dessarte, diversos são os erros cometidos pelo Estado na condução e administração do sistema penitenciário nacional, o que termina por consubstanciar a sua fragilidade e impotência no desempenho de suas funções para com o preso e, em última análise, para com a sociedade, tomando-se por base que não há se falar em ressocialização do apenado diante da realidade penitenciária brasileira, não sendo leviano concluir que aqueles que têm sua liberdade privada mediante o cumprimento de pena em um dos presídios nacionais se transformam pessoas piores e com enorme possibilidade de reincidência (lógico que este é o panorama geral consideradas as condições impostas e existem exceções).

Ex positis, conclui-se que a realidade brasileira, considerada a falência do sistema penitenciário nacional, não está preparada para a adoção de uma política criminal pautada em um rigor punitivo exacerbado, como o proposto pela teoria das janelas quebradas, que poderia

conduzir a um aumento considerável do já excessivo número de apenados. Com efeito, este cenário apenas conduziria a um agravamento nas violações dos direitos humanos e não traduziria um resultado que se coadune com o Estado Democrático de Direito.

4.4 Teoria das janelas quebradas *versus* princípio da insignificância

Elucidados os principais aspectos que tangenciam os dois institutos base deste, insta cotejá-los com o fito de determinar qual deles deve prevalecer e ser aplicado na realidade brasileira.

Como visto, o princípio da insignificância prega a não incidência do Direito Penal diante de determinados casos concretos, considerados fatos bagatelares, nímios, haja vista a flagrante ausência de tipicidade em seu viés material, tomando-se por base que não basta a mera subsunção fato/norma levada a cabo pelo intérprete e aplicador da norma penal.

Destarte, acaso presentes os requisitos ou vetores de aplicação do princípio em tela, delimitados pela jurisprudência pacífica do STF (quais sejam, mínima ofensividade da conduta, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica ocasionada), não se afigurará viável e proporcional a aplicação de uma sanção penal, devendo o fato ser disciplinado por outro ramo do ordenamento jurídico.

Assim, o que se prega não é uma mitigação desarrazoada do *ius puniendi* estatal, apta a ensejar uma sensação de insegurança e impunidade na comunidade e no próprio indivíduo que praticou a conduta em tese ilícita, mas sim uma utilização racional, prudente e pautada na existência de requisitos que permitam ensejar a aplicação do princípio com o consequente afastamento do Direito Penal.

Não se defende que o indivíduo “beneficiado” com a incidência do princípio da insignificância não responda de nenhuma forma pelo ato praticado. O que se almeja é que o fato não seja objeto de uma reprimenda penal, considerando seu caráter de *ultima ratio*, devendo o fato ser disciplinado pelo Direito Civil ou pelo Direito Administrativo, por exemplo.

De outra ponta, a teoria das janelas quebradas possui tese diametralmente oposta ao disposto pela melhor ilação do princípio da insignificância. Com efeito, a referida teoria aduz, ao relacionar a desordem com a criminalidade, que todo e qualquer ilícito deve ser reprimido de forma contumaz, considerando-se que a existência de apenas uma janela quebrada conduzirá a destruição de todas as janelas ali existentes, ou seja, a prática de uma conduta

proibida e tipificada como um ilícito penal deverá ser combatida e sancionada na forma prevista no preceito secundário da normal penal incriminadora, pouco importando a gravidade da conduta e mesmo que o seu potencial lesivo seja irrisório.

Logo, como exposto supra o princípio da insignificância segue a linha de um Direito Penal mínimo, haja vista ser a *ultima ratio*, com fulcro no princípio da intervenção mínima, fragmentariedade, subsidiariedade e proporcionalidade. Enquanto que a teoria das janelas quebradas comunga a utilização de um Direito Penal máximo, pregando um discurso de maior severidade das leis e de sua aplicação, partindo do pressuposto de que combatendo os pequenos desvios de conduta se logrará êxito na guerra contra a criminalidade.

Em que pese a mencionada teoria ter constituído um grande marco para a Criminologia contemporânea, esta se olvida que o crime é uma patologia complexa e que não decorre apenas da mera sensação de impunidade que possa ser gerada na sociedade diante da ausência de punição a determinados casos.

Os defensores de uma política criminal pautada nos ditames da referida teoria em solo pátrio relegam, sobretudo, que tal prática conduzirá, sem dúvidas, a materialização de injustiças e de resultados que serão mais danosos para a sociedade do que a própria ausência de punição, tendo em vista as precárias condições das unidades prisionais brasileiras, que funcionam não como meio de reintegração e de ressocialização, mas como escola e faculdade do crime, e a visão encorpada pela sociedade diante dos egressos do sistema penitenciário.

Nesta senda, Aury Lopes Júnior (2001, p. 02) assevera:

A criminalidade é fenômeno social complexo, que decorre de um feixe de elementos, onde o que menos importa é o direito e a legislação penal. A pena de prisão está completamente falida, não serve como elemento de prevenção, não reeduca e tampouco ressocializa. Como resposta ao crime, a prisão é um instrumento ineficiente e que serve apenas para estigmatizar e rotular o condenado, que, ao sair da cadeia, encontra-se em uma situação muito pior do que quando entrou. Se antes era um desempregado, agora é um desempregado e ex-presidiário. Dessarte, a prisão deve ser reservada para os crimes mais graves e os criminosos perigosos. Não deve ser banalizada.

Irretocável o posicionamento do célebre penalista. No combate ao crime a imposição de um corpo legislativo mais robusto e a sua aplicação rigorosa, cega, não se mostra com eficácia para alterar a realidade vigente. Por outro lado, o número excessivo de leis penais, que estabelecem a promessa de uma maior punição dos infratores, apenas enfraquece o próprio Direito Penal, que termina perdendo o seu prestígio e valor (GRECO, 2006).

Aqui, urge delimitar que o próprio modelo utilizado pelo Brasil neste sentido fracassou. A lei dos crimes hediondos, v. g., não conseguiu reduzir o número de crimes graves (latrocínios, sequestros, tráfico de drogas) perpetrados. Ou seja, na árdua missão de combate

ao crime, a mera imposição de um sistema penal mais rigoroso não tem logrado êxito, de modo que a hipertrofia legislativa, típica da realidade brasileira, apenas enfraquece o Direito Penal.

Corroborando o disposto, Rogério Greco dispõe (2006, p. 22):

[...] o falacioso discurso do movimento Lei e Ordem, que prega a máxima intervenção do Direito Penal, somente nos faz fugir do alvo principal, que são, na verdade, as infrações penais de grande potencial ofensivo, que atingem os bens mais importantes e necessários ao convívio social, pois que nos fazem perder tempo, talvez propositalmente, com pequenos desvios, condutas de pouca ou nenhuma relevância, servindo, tão somente, para afirmar o caráter simbólico de um Direito Penal que procura ocupar o papel de educador da sociedade, a fim de encobrir o grave e desastroso defeito do Estado, que não consegue cumprir suas funções sociais, permitindo que, cada dia mais, ocorra um abismo econômico entre as classes sociais, aumentando assim, o nível de descontentamento e revolta da população mais carente, agravando, conseqüentemente, o número de infrações penais aparentes, que, a seu turno, causam desconforto, à comunidade, que por sua vez, começam a clamar por mais justiça. O círculo vicioso não tem fim.

Atrelado a ausência de eficácia deste discurso, não se pode olvidar da conjuntura do sistema jurisdicional brasileiro, que possui, via de regra, poucas condições materiais e, notadamente, uma notória insuficiência de pessoal no cumprimento de suas funções.

Neste sentido, é cediço que as delegados de polícia não conseguem dar conta do elevado número de inquéritos policiais sob sua responsabilidade, sendo comum a prescrição da pretensão punitiva estatal ainda em sede de procedimento apuratório, prévio à instauração da ação penal. Outrossim, a prescrição retroativa também é por demais corriqueira nos tribunais pátrios, dado o considerável número de processos em curso.

Diante desta realidade de insuficiência de condições dos meios jurisdicionais e do aparato policial responsável pela investigação e colheita de material instrutório que ateste o mínimo de indícios de autoria e materialidade delitivas, abarrotar o sistema jurisdicional já lento e oneroso com uma quantidade inestimável de procedimentos tendentes a reprimir delitos insignificantes agravaria a burocratização da Justiça Criminal, de modo que crimes verdadeiramente graves e que necessitam de uma severa resposta penal restariam impunes, dado o fenômeno jurídico da prescrição.

Por fim, acrescente-se que o Direito Penal não pode substituir, como se pode depreender dos anseios da teoria das janelas quebradas, o Estado como educador da sociedade.

O crime apenas será combatido satisfatoriamente no Brasil, quando o Estado brasileiro conseguir desempenhar seu papel de modo aceitável, proporcionando escolas e uma educação de qualidade, saúde, saneamento básico, infraestrutura e, sobretudo, gerar um maior número de empregos.

Portanto, assim como ocorrera nos Estados Unidos na década de 90, os índices de criminalidade serão reduzidos mediante uma evolução econômica e, sobretudo, social do Brasil, de modo que os integrantes da população carente se enxerguem efetivamente como pessoa, humana, e que os indivíduos de classes menos abastadas possam conseguir vislumbrar uma vida de qualidade e digna, a partir do desenvolvimento de seus méritos pessoais, mas com condições para tanto proporcionadas pelo Estado.

5 CONCLUSÃO

Diversas teorias surgiram no âmbito da Criminologia e do Direito Penal com o propósito de entender e propor medidas com potencial para prevenir e reprimir com eficácia a prática criminosa.

Nesta seara, insere-se a teoria das janelas quebradas, posteriormente utilizada na consecução da operação Tolerância Zero, que apresenta a tese de que a criminalidade possui nítido e estrito vínculo com a desordem, de modo que o Estado deve reprimir de forma severa as pequenas ilicitudes com vistas a evitar a prática de crimes mais graves e alcançar a almejada pacificação social, ignorando possíveis peculiaridades existentes no caso concreto, bastando para a punição, a mera subsunção do fato à norma penal.

A interessante teoria materializou notório avanço no campo do estudo do crime, dado seu caráter inovador e sua tese, que possui um cerne bastante claro e, em um plano ideal, coerente. Contudo, relega o fato de o crime traduzir uma mazela social de caráter complexo, não se afigurando como suficiente a mera repressão contumaz, haja vista não possuir capacidade para alterar sua substância e modificar, ao menos de forma perfunctória, a realidade que enseja a sua prática.

O princípio da insignificância, por sua vez, apregoa tese oposta, tendo em vista que aduz que nem todos os atos cometidos em detrimento da previsão contida na norma penal merecem ser objeto de disciplina por parte do Direito Penal e sofrer com a incidência do *ius puniendi* estatal.

Nesta assentada, o princípio da insignificância possui o desiderato de estabelecer uma restrição à incidência da norma penal diante de determinados casos, denominados de bagatelares, que, consoante o posicionamento encampado pelo princípio, não merecem atenção do Direito Penal, dada a flagrante ausência de tipicidade material.

Assim, este constitui nítida causa de exclusão da tipicidade, em sua vertente material, sendo que sua utilização em um caso concreto afastará a ocorrência de ilicitude, não devendo se falar em crime ou ilícito penal.

Ressalta-se que a incidência do princípio deve ocorrer mediante a presença de requisitos ou vetores, definidos pelo Supremo Tribunal Federal, desde que haja compatibilidade com a natureza do delito que fora perpetrado, ou seja, não há que se falar em utilização do princípio diante de um crime de homicídio ou estupro, por exemplo. Aqui, insta rememorar os vetores que ensejam a sua aplicação: (a) mínima ofensividade da conduta; (b)

ausência de periculosidade social da ação; (c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

A adoção do princípio da insignificância consiste em uma medida de política criminal, possuindo como objetivos para o sistema jurídico a descarcerização e o descongestionamento da Justiça penal, pautados, vale repisar, em critérios objetivos de aplicação, com vistas a não ensejar a sensação de impunidade. De mais a mais, a utilização do princípio vai além dos objetivos esboçados para o sistema jurídico. Com efeito, a sua aplicação possui fulcro na equidade, evitando a prática de eventuais injustiças praticadas em nome de uma pseudo segurança jurídica.

Feitas essas considerações, à guisa de conclusão, cumpre responder as perguntas que impulsionaram a pesquisa. A primeira delas: *a adoção de uma política criminal pautada na tese esboçada pela teoria das janelas quebradas apresenta-se como uma solução plausível para o arraigado problema da criminalidade?*

Em um plano ideal a resposta é afirmativa. Um Estado que cumpra de forma plena seus deveres, proporcionando aos indivíduos todos os direitos iminentes à personalidade humana, tais como o oferecimento de uma educação de qualidade, um sistema de saúde eficiente e apto a atender a todos de forma eficaz, infraestrutura e saneamento básico aceitável, transporte etc., pode vislumbrar a utilização de uma política criminal mais rígida, que reprima com severidade as pequenas ilicitudes, com vistas à manutenção da ordem.

Ademais, este Estado ideal também deve cumprir à risca os mandamentos insertos na legislação de execução penal, de modo que o sistema penitenciário reproduza a dicção da lei e possua a capacidade de ressocializar o apenado, partindo-se do pressuposto de que ofereça condições aceitáveis de vida dentro de suas unidades prisionais. Deste modo, a eventual aplicação de sanções restritivas de liberdade não conduziria a um entrave mais grave do que a própria sensação de impunidade que porventura poderia ser gerada acaso adotada uma política criminal com rigidez mitigada.

A segunda problematização que se propôs foi: *é possível a utilização de uma política criminal que adote de forma simultânea o princípio da insignificância e a teoria das janelas quebradas?*

Responde-se negativamente. *Ex positis*, a teoria das janelas quebradas possui tese diametralmente oposta àquela abarcada pelo princípio da insignificância, na medida em que se insere em um movimento de política criminal repressivista, apregoando a efetivação de um Direito Penal máximo.

Para a sobredita teoria, por menor que seja o ilícito praticado, este deve ser duramente reprimido pelo Estado, mediante a incidência do Direito Penal, acaso haja previsão legal para tanto, de forma que a tipicidade penal restaria exaurida em seu viés formal, sendo bastante a subsunção do fato à norma, não se devendo cotejar a desaprovação da conduta e o resultado jurídico alcançado pelo agente.

Noutro giro, o princípio da insignificância filia-se ao Direito Penal mínimo, pautado nos princípios gerais do Direito Penal, notadamente nos princípios da intervenção mínima, fragmentariedade, subsidiariedade, lesividade, adequação social e proporcionalidade. Nesta senda, como a imposição de uma reprimenda penal constitui o mais violento instrumento de regulação estatal, precipuamente em se tratando de penas privativas de liberdade, o Direito Penal deve ser utilizado minimamente, dado seu caráter de *ultima ratio*.

Dessarte, o princípio em testilha apresenta tese oposta, ao aduzir que aquelas condutas que sejam nímias, bagatelares, deverão ficar adstritas a outros ramos do Direito, que não o penal, consubstanciando uma restrição ao *ius puniendi* estatal. Portanto, não se afigura possível a utilização de uma política criminal que utilize de forma simultânea os ditames da teoria das janelas quebradas e do princípio da insignificância.

Em remate, *considerando a realidade brasileira, a teoria das janelas quebradas deve sobrepujar o princípio da insignificância?*

Pelo exposto no presente trabalho, considerando-se as peculiaridades existentes na realidade jurisdicional brasileira, precipuamente as condições do sistema penitenciário nacional, a resposta é negativa.

O princípio da insignificância, que possui cristalino reconhecimento doutrinário e jurisprudencial, deve prevalecer em detrimento da teoria das janelas quebradas mediante os mecanismos de política criminal.

É indubitável que a realidade existente dentro dos muros das unidades prisionais brasileiras não possui o condão de cumprir a dicção inserida no bojo da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984), tendo em vista que não subsistem condições mínimas para a efetiva ressocialização do apenado, materializando uma verdadeira dicotomia entre o que se encontra previsto na aludida legislação e o que se verifica na prática. Com efeito, não há alimentação digna, sistema de saúde adequado e o mínimo de infraestrutura. Enfim, não se respeita, sequer de forma perfunctória, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Apesar da falência do sistema penitenciário nacional, ressalta-se que algumas atitudes governamentais, ainda isoladas, revelam o início de uma mudança de perspectiva em termos

de tratamento conferido aos detentos e egressos do sistema prisional, com vistas à sua efetiva ressocialização.

Nesta senda, insere-se, a título ilustrativo, a Política Estadual “Começar de Novo”, instituída pela Lei Estadual nº 10.182/2014 no âmbito do Estado do Maranhão, que determina a reserva de vagas para admissão de detentos, assim como de egressos do sistema penitenciário nas contratações públicas de obras e serviços pelo Estado do Maranhão. Assim, mediante a necessidade dos contratantes com o Estado do Maranhão utilizarem na prestação dos serviços funcionários que sejam egressos e detentos do sistema penitenciário, respeitada a proporção prevista na referida lei, proporciona-se a possibilidade de mudança de vida e de reintegração dos apenados à vida plena em sociedade.

De acordo com o exposto, a adoção de uma política criminal pautada no disposto pela teoria das janelas quebradas restaria por abarrotar a já burocratizada Justiça Penal e ensejaria um inchaço demasiado da população carcerária, o que terminaria por potencializar o caráter reprodutor das unidades prisionais brasileiras, que funcionam como verdadeira faculdade do crime. A utilização do princípio da insignificância, por outro lado, deve ser realizada de forma precisa e balizada por critérios objetivos, como os expostos pelo STF, mediante a análise caso a caso, não se devendo banalizá-lo.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.
- ANDRADE, Fabio Coutinho de. “Broken windows theory” ou teoria das janelas quebradas. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2811, 13 mar. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18690/broken-windows-theory-ou-teoria-das-janelas-quebradas>>. Acesso em: 15 jul. 2016.
- ASSIS, Rafael Damasceno de. A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro. In: **Revista CEJ**, Brasília, Ano XI, n. 39, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/949/1122> >. Acesso em: 22 jul. 2016.
- BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar 2000.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2016.
- _____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 maio 2016.
- _____. Decreto-Lei nº 4.657, de 7 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do direito brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 07 maio 2016.
- _____. Lei nº 7.210/1984, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso: 13 maio 2016.
- _____. Lei nº 8.072/1990, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso: 18 maio 2016.
- BRASIL. Lei 10.522/2002, de 19 de julho de 2002. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10522.htm>. Acesso em: 15 jun. 2016.

_____. Lei nº 11.033/2004, de 21 de dezembro de 2004. Altera a tributação do mercado financeiro e de capitais; institui o Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária – REPORTO; altera as Leis nºs 10.865, de 30 de abril de 2004, 8.850, de 28 de janeiro de 1994, 8.383, de 30 de dezembro de 1991, 10.522, de 19 de julho de 2002, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e 10.925, de 23 de julho de 2004; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111033.htm>. Acesso em 15 jun. 2016.

_____. Lei nº 11.464/2007, de 28 de março de 2007. Dá nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm>. Acesso em: 18 maio 2016.

_____. Lei nº 11.491/2009, de 27 de maio de 2009. Altera a legislação tributária federal relativa ao parcelamento ordinário de débitos tributários; concede remissão nos casos em que especifica; institui regime tributário de transição, alterando o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, as Leis nºs 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, 8.218, de 29 de agosto de 1991, 9.249, de 26 de dezembro de 1995, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 9.469, de 10 de julho de 1997, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, 10.426, de 24 de abril de 2002, 10.480, de 2 de julho de 2002, 10.522, de 19 de julho de 2002, 10.887, de 18 de junho de 2004, e 6.404, de 15 de dezembro de 1976, o Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e as Leis nºs 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 10.925, de 23 de julho de 2004, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 11.116, de 18 de maio de 2005, 11.732, de 30 de junho de 2008, 10.260, de 12 de julho de 2001, 9.873, de 23 de novembro de 1999, 11.171, de 2 de setembro de 2005, 11.345, de 14 de setembro de 2006; prorroga a vigência da Lei nº 8.989, de 24 de fevereiro de 1995; revoga dispositivos das Leis nºs 8.383, de 30 de dezembro de 1991, e 8.620, de 5 de janeiro de 1993, do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, das Leis nºs 10.190, de 14 de fevereiro de 2001, 9.718, de 27 de novembro de 1998, e 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.964, de 10 de abril de 2000, e, a partir da instalação do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, os Decretos nºs 83.304, de 28 de março de 1979, e 89.892, de 2 de julho de 1984, e o art. 112 da Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111941.htm>. Acesso em 18 jun. 2016.

_____. Medida Provisória nº 449, de 3 de dezembro de 2008. Altera a legislação tributária federal relativa ao parcelamento ordinário de débitos tributários, concede remissão nos casos em que especifica, institui regime tributário de transição, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/mpv/449.htm>. Acesso em: 18 jun. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 140061 ES 2009/0121785-4. Impetrante: Thiago Piloni. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Relator: Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP). Brasília, DF, 25 de maio de 2010. Disponível

em:<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14606728/habeas-corporus-hc-140061-es-2009-0121785-4/inteiro-teor-14606729>>. Acesso em: 12 maio 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 278612 SP 2013/0331967-0. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 17 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24320928/habeas-corporus-hc-278612-sp-2013-0331967-0-stj/inteiro-teor-24320929>>. Acesso em: 9 jul. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 27360 RJ 2009/0244212-1. Recorrente: Roseane C. da Fonseca. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 21 de agosto de 2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22325823/recurso-ordinario-em-habeas-corporus-rhc-27360-rj-2009-0244212-1-stj/inteiro-teor-22325824>>. Acesso em: 08 maio 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 104410/RS. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Relator do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 984616 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 6 de março de 2012. Disponível em:<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21457539/habeas-corporus-hc-104410-rs-stf/inteiro-teor-110360120>>. Acesso em: 12 maio 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 104787/RJ. Impetrante: Defensoria Pública da União. Impetrado: Superior Tribunal Militar. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 26 de outubro de 2010. Disponível em:<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19736631/habeas-corporus-hc-104787-rj>>. Acesso em: 8 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 82959/SP. Impetrante: Oseas de Campos. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 1 de setembro de 2006. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/761705/habeas-corporus-hc-82959-sp>>. Acesso em: 21 maio 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 118972 MG. Recorrente: Defensoria Pública da União. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 3 de junho de 2014. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342400/recurso-ordinario-em-habeas-corporus-rhc-118972-mg-stf/inteiro-teor-159437849>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 26. Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. Brasília, DF, 16 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=26.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 21 maio 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Criminal nº 00237479020138190204 RJ 0023747-90.2013.8.19.0204. Apelante: Rui Jorge Nunes. Apelado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, RJ, 13 de julho de 2015. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/212744335/apelacao-criminal-apr-237479020138190204-rj-0023747-9020138190204>>. Acesso em: 17 maio 2016.

_____. Tribunal Regional Federal (3ª Região). Apelação Criminal 6067 SP 2004.61.08.006067-0. Relatora: Desembargadora Federal Vesna Kolmar. São Paulo, SP, 14 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://trf3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19284927/apelacao-criminal-acr-6067-sp-20046108006067-0-trf3>>. Acesso em: 20 jun 2016.

BRUTTI, Roger Spode. O princípio da insignificância frente ao poder discricionário do delegado de polícia. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, IX, n. 35, dez 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1463>. Acesso em: 17 jun 2016.

CARVALHO NETO, José Augusto de. A teoria da janela quebrada e a política da tolerância zero face aos princípios da insignificância e da intervenção mínima no direito brasileiro. **Boletim Conteúdo Jurídico**, Brasília, ano III, n. 143, 29 mai. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-teoria-da-janela-quebrada-e-a-politica-da-tolerancia-zero-face-aos-principios-da-insignificancia-e-da-interv,32244.html>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

CERVINI, Raul. **Os processos de descriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

DELMAS MARTY, Mireille. **Modelos e movimentos de Política Criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 1992.

GOMES, Luiz Flávio (Coord); PABLOS DE MOLINA, Antonio Garcia; BIANCHINI, Alice. **Direito Penal** – Introdução e princípios fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

_____. **Direito Penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 2. ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

HAUSER, Ester Eliana. **Política Criminal**. Rio Grande do Sul: UNIJUÍ, 2010.

HOGA, Priscila Aki. **O princípio da insignificância no Direito Penal**: uma análise na jurisprudência do STF. São Paulo: SBDP, 2008.

HULSMANN, Louk. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

KELLING, George L.; WILSON, James K. The Police and the neighborhood safety. **The Atlantic**, março de 1982. Disponível em: <<http://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/304465/>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

LOPES JR, Aury. Violência urbana e tolerância zero: Verdades e mentiras. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, II, n. 5, maio 2001. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5805>. Acesso em: 20 jul. 2016.

MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado**: parte geral.v. 1. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Execução penal**. São Paulo: Atlas, 1990.

PABLOS DE MOLINA, Antonio Garcia. **Criminologia**. Trad. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. v. 1. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

RUBIN, Daniel Sperb. Janelas quebradas, tolerância zero e criminalidade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 62, 1 fev. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3730/janelas-quebradas-tolerancia-zero-e-criminalidade>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

TÁVORA, Nestor, ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 9. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

VITALE, Gustavo L. **Principio de insignificancia y error. Sobre La base de casos**. Neuquén: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue, 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho penal**. v. 3. Buenos Aires: Ediar, 1981.

ZIPF, Heinz. **Introducción a la política criminal**. trad. Miguel Izquierdo Macías-Pacavea. Madrid: Edersa, 1979.