

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Álison da Silva Costa

**(RE) PENSANDO A INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL:
desafios e possibilidades de uma Hermenêutica Crítica**

Belo Horizonte
2015

Álison da Silva Costa

**(RE) PENSANDO A INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL:
desafios e possibilidades de uma Hermenêutica Crítica**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Teoria do Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fernando José Armando Ribeiro

Co-orientador: Prof. Dr. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno

Belo Horizonte

2015

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

C837r Costa, Álisson da Silva
(Re)pensando a insignificância no direito penal: desafios e possibilidades de uma hermenêutica crítica / Álisson da Silva Costa. Belo Horizonte, 2015.
174 f.

Orientador: Fernando José Armando Ribeiro
Coorientador: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno
Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Princípio da insignificância. 2. Direito penal. 3. Tipicidade. 4. Estado democrático de direito. 5. Discricionariedade. 6. Hermenêutica (Direito). I. Ribeiro, Fernando José Armando. II. Trivisonno, Alexandre Travessoni Gomes. III. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. IV. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 343.2.01

Álison da Silva Costa

**(RE) PENSANDO A INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL:
desafios e possibilidades de uma Hermenêutica Crítica**

Tese apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Teoria do Direito

Prof. Dr. Fernando José Armando Ribeiro (Orientador) - PUC Minas

Prof. Dr. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno (Co-orientador) - PUC Minas

Prof. Dr. Guilherme Coelho Colen - PUC Minas - Banca Examinadora

Profa. Dr. Luís Carlos Balbino Gambogi - FUMEC - Banca Examinadora

Profa. Dra. Mariah Brochado Ferreira - UFMG - Banca Examinadora

Profa. Dra. Lusia Ribeiro Pereira - (Suplente)

Prof. Dr. Fernando Horta Tavares (Suplente)

Horizonte, 30 de junho de 2015.

*À nova geração de pesquisadores do Direito,
compromissados com a construção de um Estado
Democrático de Direito, e ávidos pelo desenvolvimento de
uma sociedade mais justa e igualitária.*

*Também, àquele que, mesmo em lugares distantes, bem
distantes, ainda continua ensinando e inspirando a
superação das dificuldades no percurso da existência.*

AGRADECIMENTOS

Ao Pai, Deus, o “invisível evidente”, meu melhor Amigo, obrigado pela existência e pelo amadurecimento intelectual.

Aos meus pais, pela compreensão quando das privações do convívio social motivadas pelas leituras e demais atividades acadêmicas, assim como pelo exemplo de seriedade e dedicação para com os estudos. Em especial ao meu Pai, grande mestre que, embora já fisicamente ausente, continua, com suas lições, marcando presença em todas as dinâmicas em minha vida.

Ao tio Pedrinho e ao tio Telmo, pelos incentivos acadêmicos, disciplina, bem como pelas interlocuções filosóficas. Nunca me esquecerei de Dante e sua carruagem.

Aos meus irmãos, em especial à Katy, pelo carinho e incentivo e aos demais familiares pelo apoio, bem como pelas importantes horas de lazer. Escassas, mas importantes.

A todos os professores da Pós-graduação e da Graduação da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Em especial aos meus dois orientadores e amigos, o Professor Dr. Fernando José Armando Ribeiro, e o Prof. Dr. Júlio de Oliveira Aguiar, exímios professores e pesquisadores, pelo apoio imprescindível desde o início da orientação, pela compreensão durante o desenvolvimento da pesquisa e pelas profícuas interlocuções. Tais professores são exemplos de humildade, seriedade e comprometimento acadêmico.

À professora Lázara Maria pelo carinho, bem como pelas oportunidades em termos de iniciação à docência. Sua experiência, bem como o seu método foram essenciais para a minha orientação.

Em especial, a um dos maiores professores com quem pude conviver na Academia: Prof. Dr. Guilherme José Ferreira da Silva (in memoriam). Responsável pela minha predileção pelo campo do Direito Penal, bem como pela pesquisa clara e objetiva, manifesto minha profunda admiração e respeito pelo nobre professor que nos honra, mesmo ausente, com sua lição de levar a sério e, com prazer, cada momento da vida.

Manifesto, ainda, ao Professor Dr. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, pelo exemplo de professor e pesquisador. Também, aos professores Guilherme Coelho Colen, exemplo de professor no campo do Direito Penal, Leonardo Poli, Vitor Salino, Lusía Ribeiro, Flaviane Barros, Antônio Marçal, Lucas Gontijo, Fernando Horta, Rosemiro Leal, Ronaldo Brêtas, Alberico Alves Filho, Luzia Werneck, Anne Shirley, aos funcionários, na verdade, amigos, da Secretaria da graduação e da pós-graduação da Faculdade Mineira de Direito e tantos outros que participaram dessa construção do conhecimento, seja por meio de

interlocuções, seja através de oportunidades nas atividades profissionais e de estágio docente.

À Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, em especial ao Programa de Pós-Graduação em Direito, pela excelência na pesquisa, bem como pelas exponenciais possibilidades de ampliação de horizontes em termos de formação acadêmica. Ainda, aos colegas e amigos do Doutorado, aos amigos da biblioteca Padre Alberto Antoniazzi da PUC Minas, ao caro professor José Gerbasi Furtado, grande mestre da Língua Portuguesa e responsável pela revisão textual da presente pesquisa e também à Helenice Cunha, responsável pela normalização técnica do trabalho.

Não se pode ensinar tudo a alguém, pode-se apenas ajudá-lo a encontrar por si mesmo. (GALILEU, 2016)

A filosofia e a democracia não são apenas do mesmo contexto de origem histórica, mas dependem estruturalmente uma da outra. (HABERMAS, 2004, p. 324).

Minhas senhoras, meus senhores! Sem justiça e sem Constituição não se governa nem se alcança a legitimidade; sem igualdade o direito é privilégio social, sem liberdade a cidadania é cadáver, a lei é decreto do despotismo, a autoridade, braço da força que oprime e a segurança jurídica argumento da razão de Estado, absolvendo e anistiando os crimes do poder. (BONAVIDES, 2001, p. 137)

[...] o Brasil, senhor, quer ser feliz; este desejo, que é o princípio de toda a sociabilidade, é bebido na natureza e na razão, que são imutáveis. O Brasil já não pode, já não deve esperar que dele (do continente europeu) e que de mãos alheias provenha a sua felicidade. [...] o Brasil tem direitos inauferíveis para estabelecer o seu governo e a sua independência [...]. As leis, as Constituições, todas as instituições humanas são feitas para os povos, não os povos para elas. É deste princípio indubitável que devemos partir; as leis formadas na Europa podem fazer a felicidade da Europa, mas não a da América. O sistema europeu não pode, pela eterna razão das coisas, ser o sistema americano; e, sempre que o tentarem, será um Estado de coação e de violência que necessariamente produzirá uma reação terrível. [...] o Brasil quer a sua independência. (Carta de apoio dos procuradores e do Ministério à súplica do povo pela convocação de uma Assembléia Geral. Rio de Janeiro, 03 de junho de 1822)

Às vezes a gente prende por R\$ 500 e libera por R\$ 20 mil. Vou seguir a relatora na jurisprudência mas já me comprometo. (BARROSO apud CRIME..., 2014)

RESUMO

A presente pesquisa propõe uma crítica reflexiva a respeito da insignificância enquanto norma, levando-se em consideração a sua formatação resultante da construção jurisprudencial do STF e sua adoção pelos demais tribunais pátrios. Abrindo assim considerável espaço para a construção de decisões pautadas na discricionariedade do agente julgador. Para a mencionada pretensão, a pesquisa adota como orientações os pensamentos das posturas positivistas enfraquecedoras do discurso jurídico no contexto do Estado Democrático de Direito. A visão hermenêutica crítica a respeito da distinção entre os argumentos de princípio e os argumentos de política abre espaço para a compreensão dos motivos que fundamentam a prevalência daqueles no contexto jurídico, bem como formata a insignificância nas linhas da Política Criminal. Enquanto causa de exclusão da Tipicidade Material de condutas que não mostrem ofensa relevante aos bens jurídicos protegidos penalmente, a insignificância, nos moldes hodiernamente apresentados, resulta em perigos para a normatividade adequada ao Estado Democrático de Direito. Mais ainda, quando da consideração da importante distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação. A proposta da pesquisa implica na constatação dos desafios dessa (re)formatação da insignificância, bem como sua adequação às pretensões de um Direito pautado em uma interpretação constitucionalmente adequada.

Palavras-chave: Insignificância. Tipicidade. Argumentos de princípio. Estado Democrático de Direito. Discricionariedade.

RÉSUMÉ

Cette recherche propose une critique réflexive sur l'insignifiance en tant que norme, en tenant compte de sa mise en forme résultant de la construction jurisprudentielle du STF et de son adoption par d'autres tribunaux de la patrie. Cela permet la création d'espaces importants pour la construction de décisions basées sur la discrétion de l'agent chargé du jugement. C'est dans ce sens que notre recherche s'appuie sur les pensées dans un mouvement de dépassement des postures positivistes qui affaiblissent le discours juridique dans le cadre de l'État démocratique de droit. Le point de vue herméneutique et critique à propos de la distinction entre les arguments de principe et les arguments de politique permettent de comprendre les raisons qui sont à la base de la prévalence de ces derniers dans le contexte juridique; cela détermine aussi la structure de l'insignifiance dans les lignes de la Politique criminelle. En tant que cause d'exclusion de la Typicité matérielle de conduites de potentialité ofensive réduite selon les lois pénales, l'insignifiance, dans le cadre actuel, devient une menace pour la normativité convenable à l'État démocratique de droit. En outre, on y attache de l'importance lorsqu'on remarque la distinction entre les discours de justification et les discours d'application. La proposition de recherche implique le constat des défis de cette (re)formulation de l'insignifiance, et sa convenance aux revendications d'un droit fondé sur une interprétation selon la constitution.

Mots-clés: Insignifiance. Typicité. Arguments de principe. État démocratique de droit. Discrétion.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Art.	Artigo
CPB	Código Penal Brasileiro
CR/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DJ	Diário de Justiça
DJe	Diário de Justiça Eletrônico
HC	Habeas Corpus
IBCCrim	Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
LCP	Lei das Contravenções Penais
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
PLS	Projeto de Lei do Senado
REsp	Recurso Especial
RHC	Recurso em Habeas Corpus
s.c.	<i>Scilicet</i>) – a saber, quer dizer.
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TACRIM	Tribunal de Alçada Criminal
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
v.g.	(<i>verba gratia</i>) – por exemplo

SUMÁRIO

1 PROLEGÔMENOS	19
2 A INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL - AFINAL, DO QUE ESTAMOS FALANDO?.....	23
2.1 Apontamentos históricos	23
2.2 A importante contribuição de Claus Roxin.....	30
2.3 Afinal: de que maneira devemos considerar a insignificância?	32
3 DIREITO PENAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	37
3.1 A emergência de uma adequada compreensão do Direito Penal na atualidade.....	37
3.2 Uma análise crítico-reflexiva da Dogmática Penal: O conceito de crime e a Tipicidade Penal.....	42
3.3 A tarefa do Direito Penal: Intervenção Mínima	50
3.3 A tríplice justificação: Subsidiariedade, Fragmentaridade e Insignificância	52
3.4 A insignificância “no” Direito e “do” Direito: o STF e a questão da Normatividade	55
4 A EXISTÊNCIA DE RESPOSTAS CORRETAS NO DIREITO PENAL	75
4.1 Ronald Dworkin e a resolução de casos difíceis.....	75
4.2 Uma vez mais: a importância da distinção dos argumentos de política e os argumentos de princípios.....	89
5 A ARGUMENTAÇÃO NO DIREITO PENAL: UMA DISCUSSÃO A PARTIR E COM KLAUS GÜNTHER.....	99
5.1 Discursos de Justificação versus Discursos de Aplicação e seu sentido no contexto do Direito Penal	99
5.2 A linha de orientação que podemos pensar: a compreensão da Insignificância	103
5.3 O projeto do Novo Código Penal	118
6 DESAFIOS E POSSIBILIDADES DE UMA ABORDAGEM HERMENÊUTICO-CRÍTICA DO DIREITO PENAL.....	127
6.1 O cenário. O prospecto.....	127
7 APORTES FINAIS	149
REFERÊNCIAS.....	155

1 PROLEGÔMENOS

Embora a Constituição de 1988 tenha inaugurado o Estado Democrático de Direito no Brasil, muitas questões relacionadas aos procedimentos interpretativos do direito continuam desafiando os estudiosos. Exemplo disso tem sido a interpretação atribuída às normas penais de cunho incriminador, interpretação que tem resultado, por vezes, em uma atmosfera de insegurança no cenário jurídico, visto que no caso do Direito Penal, não somente sua construção, mas o seu desenvolvimento tem acontecido a partir da herança positivista.

O problema objeto de enfrentamento na presente investigação circunda a interpretação e a aplicação do Direito Penal que ainda se nos apresentam assentadas em uma dogmática jurídica que busca, na interpretação do texto legal, a essência das palavras. A partir da grande contribuição de Martin Heidegger (2012), observa-se que quando a discussão envolve questões de Filosofia, não se pode pensar que as palavras são “essências de significado”.

Na última década do século XX e, mormente ao longo da primeira década do século XXI, as denominadas por muitos como fontes secundárias do Direito, quais sejam, a doutrina e a jurisprudência têm assumido (e em certa medida, reproduzido) uma interpretação a respeito da Tipicidade Penal de forma não problematizada. O argumento utilizado aparece assentado na alegação segundo a qual estar-se-ia diante daquilo que ficou conhecido como “interpretação constitucionalmente adequada” do Direito Penal. Em termos de orientação constitucional brasileira, a linha adotada em termos de interpretação segue o trajeto do Direito Penal mínimo, orientada pelo Garantismo Penal, teoria desenvolvida pelo penalista italiano Luigi Ferrajoli.

Como tudo, em se tratando de problemas sociais, muitas vezes parece ser apenas resolvido no campo do “jurídico”, uma vez que a possibilidade da coerção aparece como uma força determinante para a adoção de posturas e expectativas comportamentais plausíveis é possível identificarmos, na recente experiência jurídica brasileira a denominada por alguns “era do pamprincipiologismo” (STRECK, 2014a), ou seja, essa proliferação de princípios (muitos desnecessários), que, no mais das vezes, apenas consolidam uma leitura equivocada do conjunto normativo contemplado pelo Constitucionalismo Contemporâneo.

A pesquisa pretende discutir os limites e possibilidades de uma reflexão crítica no campo da principiologia do Direito Penal, em especial o denominado “princípio da Insignificância” espécie normativa que tem recebido grande consideração nos últimos anos. Tanto em razão do contexto de discricionariedade no qual o mesmo se insere, quanto em razão dos crescentes casos dos chamados delitos de bagatela, crescimento muitas vezes associado ao contexto social de marginalização em que muitos cidadãos se encontram.

Influenciado diretamente por orientações de Política Criminal, a Insignificância no contexto do Direito Penal tem aberto grande espaço para incompreensões, que apresentam como causa motriz a ausência de normatividade, bem como o excesso de discricionariedade em sua configuração. Some-se a isso a descontextualização do campo jurídico-penal no que diz respeito aos chamados “cânones interpretativos”, bem como a manutenção do conhecido esquema “sujeito-objeto”, esquema ainda inserido na dinâmica da filosofia da consciência, postura que fragiliza as adequadas decisões no campo jurídico.

Nesse movimento de apresentação, a tese pretende considerar a Insignificância no Direito Penal como uma regra que incida em situações nas quais a insignificância esteja configurada. A linha condutora da presente pesquisa doutoral é a de afastar a atributo de “princípio” à Insignificância, sem, contudo direcionar o entendimento aqui apresentado para uma linha de maior rigor no campo jurídico-penal, presente nas posturas do chamado “Direito Penal Máximo”. O que se pretende com a pesquisa ora desenvolvida é a adoção de um Direito Penal Racional, ou seja, um Direito Penal que se assente em pilares legitimadores para a aplicação da Insignificância.

Como ponto de partida essencial, a pesquisa abordará o conceito analítico de crime, bem como discutirá a definição e desenvolvimento da Tipicidade penal, visto ser este o campo de incidência da Insignificância.

Nesse sentido, o *iter* aqui proposto apresenta como essenciais aportes as contribuições do professor Lúcio Chamon Júnior, com a sua *Teoria Constitucional do Direito Penal* (2006), dos textos do jurista alemão e idealizador da noção de Insignificância, Claus Roxin, perpassando as reflexões do professor Luigi Ferrajoli, especialmente a sua obra *Direito e Razão* (2002). As considerações do professor Luiz Luisi (2003) a respeito dos princípios constitucionais penais, bem como os clássicos da formação do jurista no contexto do Direito Penal, tais como: os

professores Aury Lopes Júnior, Cezar Roberto Bitencourt, Francisco de Assis Toledo Luiz Flávio Gomes, Regis Prado, e outros, aparecem como importantes contributos para a tessitura da pesquisa.

Em termos de Teoria do Direito, a reflexão dos professores Ronald Dworkin e Klaus Günther no que diz respeito ao sentido e alcance do Direito, bem como das normas jurídicas, além da adequada compreensão entre justificação e aplicação *no* e *do* Direito aparecem como vetores para o desenvolvimento da pesquisa. No contexto da literatura brasileira, as considerações de autores como Lenio Streck, Marcelo Cattoni de Oliveira, Fernando Armando Ribeiro e outros, servirão como importante auxílio na compreensão da literatura estrangeira acima mencionada.

Diante disso, o caminho tem como ponto de partida a busca de uma adequada compreensão do Direito Penal na atualidade, começando pela Tipicidade e pela tarefa do Direito Penal segundo um de seus mais importantes vetores: a Intervenção Mínima. Abordar-se-á, a seguir, a insignificância no contexto do Supremo Tribunal Federal (STF), discutindo, nesse âmbito, a questão da normatividade.

O próximo momento discursivo abordará a questão da resposta correta no Direito a partir das contribuições de Ronald Dworkin. Aqui ter-se-á a importante distinção entre os argumentos de princípio e de política. Reunidos tais elementos, a pesquisa abordará a questão da argumentação no Direito Penal adotando, para mencionada dinâmica, as considerações do professor Klaus Günther a respeito dos Discursos de Justificação e os de Aplicação.

A hipótese que será verificada no presente trabalho parte da compreensão de que a adequada interpretação do Direito Penal, ou seja, a compreensão a partir de uma Teoria principiológica do Direito Penal, não pode desconsiderar as peculiaridades do caso concreto, assim como os reflexos sociais dos pronunciamentos decisórios. Especialmente mediante as exigências da segurança jurídica e da igualdade. A dimensão hermenêutica, plasmada na aplicação do direito não mais se harmoniza com uma interpretação embasada no modelo de uma lógica de cunho formal, pois tal lógica não compõe a “racionalidade do direito”, devendo ser utilizada apenas de forma residual.

Por fim, a pesquisa pretende discutir, diante dos desafios e possibilidades verificados, uma nova abordagem para a configuração da Insignificância no contexto do Direito Penal, uma configuração que se enquadre e amplie as possibilidades das

pretensões do Estado Democrático de Direito.

A INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL - AFINAL, DO QUE ESTAMOS FALANDO?

A nossa legislação faz da pena, como meio de luta, um emprego excessivo. Se deveria refletir se não mereceria ser restaurado o antigo princípio mínima non curat praetor, ou como regra de direito processual (superação do princípio da legalidade), ou como norma de direito substancial (isenção de pena pela insignificância). (LISZT, 1899, p. 40).

Este capítulo apresenta como objetivo o de apontar os momentos nos quais a Insignificância marca sua origem. Na sequência, as contribuições do professor Claus Roxin serão apresentadas. O terceiro tópico contemplará a relativização em termos da definição daquilo que se apresente como insignificante em termos de conduta no campo do Direito Penal.

2.1 Apontamentos históricos

É comum, nos textos de literatura jurídica voltados para o campo do Direito Penal, a apresentação, em sede do “princípio” da insignificância, de controvérsias a respeito da origem deste “princípio”. Abordando a questão, temos a posição do professor Carlos Vico Mañas (1994), que, representando a posição majoritária, apresenta a geratriz da insignificância no contexto do Direito Romano Antigo – contido no brocardo *minima non curat praetor*, em tradução livre, *o pretor não cuida das causas mínimas*, ou seja, dos chamados delitos bagatelares.¹

A função do pretor integrava a chamada Magistratura Ordinária, denominação surgida no importante período da história romana que se estende do ano 510 a.C. ao ano 27 a.C. - chamado Direito Pretoriano. Além dos pretores, os cônsules, censores, entre outros exerciam as funções destinadas a tais magistraturas. No que diz respeito ao pretor, existiam duas espécies – o pretor urbano – competente para a apreciação dos litígios entre cidadãos romanos e o pretor peregrino – voltado para a apreciação das desavenças entre romanos e estrangeiros. (CRETELLA JÚNIOR, 2009). O pretor indicava quem seria o juiz responsável pelo julgamento de determinado caso.²

¹ Esta posição é adotada, dentre outros, pelos juristas Diomar Ackel Filho (1988) e Carlos Vico Mañas (1994).

² A título de complementação, existia outro magistrado, denominado de *Praetor Maximus*, que possuía poderes ditatoriais e que teria a competência de substituir os dois cônsules (governantes)

Note-se que não é pacífico o entendimento a respeito de ser esta a origem da insignificância, visto que o direito romano aparece fortemente no campo do direito civil. O brocardo latino acima mencionado funcionava como um pressuposto processual civil para restringir o acesso ao órgão jurisdicional, não apresentando feições de instrumento voltado para a sua incidência no campo do direito penal, portanto, de feição despenalizadora. (CRETELLA JÚNIOR, 2009).

Ainda, outro ponto aparece como geratriz da Insignificância. Trata-se do pensamento dos jusfilósofos iluministas, estando nesse caso relacionado ao princípio da Legalidade, ou seja, ao *nullum crimen nulla poena sine lege* e mais diretamente com o princípio da intervenção mínima. Aliás, segundo Luigi Ferrajoli (1995), o movimento iluminista defendia a mitigação e redução das penas. Com isso, a insignificância aparece como um desdobramento da denominada natureza fragmentária do Direito Penal.

Existem ainda linhas interpretativas que consideram a insignificância atrelada à Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu art. 05, como também o art. 8, embora este de forma implícita. Vejamos:

Art. 5º. A lei não **proíbe senão as ações nocivas à sociedade.** Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.

[...]

Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada. (DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789, grifo nosso).

A presente pesquisa adota como o momento mais adequado para consideração da insignificância, o período imediatamente posterior ao final das Grandes Guerras (GOMES, 2007), período marcado pela escassez de alimentos e de outros bens no território europeu, pelo aumento do desemprego e consequente proliferação da prática de pequenos furtos, os chamados crimes de bagatela (*bagatelledelikte*), que aparecem como aqueles que expressam

[...] o fato de ninharia, de pouca relevância (ou seja: insignificante). É uma conduta ou ataque ao bem jurídico tão irrelevante que não requer a (ou não necessita da) intervenção penal. Resulta desproporcional a intervenção penal nesse caso. (GOMES, 2007, v. 2, p. 303).

Tais crimes de bagatela aparecem classificados em duas espécies. Elas podem ser tanto impróprias, que consistem naquelas condutas que surgem com relevância para o Direito Penal, mas verifica-se que a aplicação de qualquer pena se mostra desnecessária, como no exemplo tradicional do peculato culposo, onde a reparação dos danos antes da sentença irrecorrível extingue a punibilidade; como também próprias, ou seja, aquelas que já se nos apresentam como carecedoras de relevância no campo penal, pois não apresentam o chamado desvalor da conduta nem tampouco o desvalor de resultado. (GOMES, 2007).

Nas palavras de Luiz Flavio Gomes (2002), teríamos a infração bagatelar própria como o *locus* para a incidência da insignificância, em razão da sua própria definição:

Infração bagatelar própria: o delito já nasce sem relevância penal, sem significância. Seja porque não há desvalor na ação, não há periculosidade na conduta e a idoneidade ofensiva é irrelevante. Ou ainda porque não há relevância no resultado, não sendo considerado um ataque ou lesão significativa do bem jurídico tutelado. Há insignificância na conduta e no resultado. O fato já nasce, de *per se*, insignificante. Nesses casos, diante de uma interpretação restritiva do juiz, afasta-se a tipicidade material do delito, descaracterizando assim a tipicidade e, conseqüentemente a sua punibilidade. Torna-se fato atípico e não há incidência do Direito Penal. Não há nem mesmo a instauração de processo contra o agente. (GOMES, 2002).

No tocante ao campo da Dogmática Penal, o nome do professor e jurista alemão Claus Roxin (2006)³ aparece como o responsável pelo ingresso da insignificância (tradução nossa)⁴ no Direito Penal enquanto causa de exclusão da tipicidade. O raciocínio de Claus Roxin (2002) aparece no sentido de considerar a máxima pretoriana como acessória para afastar os chamados delitos de pequena monta. No mencionado raciocínio, observamos os chamados princípios fundadores da Insignificância, como a intervenção mínima e a Proporcionalidade, este último pensado e abordado por Cesare Beccaria (1996) na obra clássica *Dos Delitos e das Penas*.

Embora a mencionada vinculação apareça como certa por grande parte da Literatura brasileira, a presente pesquisa adota, no que diz respeito à criação do “princípio” da insignificância, a ressalva seguinte

³ A respeito da vida do professor, existem interessantes obras a respeito, além de uma entrevista disponível na rede mundial. (ROXIN, 2006).

⁴ *Geringfügigkeitsprinzip*.

[...] é duvidoso, portanto, que o princípio da insignificância, que tanto êxito encontrou no Brasil, seja de atribuir-se a Roxin, que não cuidou aqui da criminalidade de bagatela como um problema geral, e sim apenas de um delito da parte especial. Na Alemanha, o problema da criminalidade de bagatela foi objeto de uma discussão independente desse estudo de Roxin e recebeu uma solução principalmente processual, isto é, através de uma aplicação do princípio da oportunidade (§§ 153 e ss. StPO – Código de Processo Penal Alemão). (GRECO; LEITE, 2011).

O brocardo latino *nullum crimen sine injuria*, incide na problemática em termos da construção de um conceito para Insignificância, bem como na elaboração de critérios para a sua aplicação. Com isso,

Nenhum instrumento legislativo ordinário ou constitucional o define ou o acata formalmente, apenas podendo ser inferido na exata proporção em que aceitam limites para a interpretação constitucional e das leis em geral. É de criação exclusivamente doutrinária e pretoriana, o que se faz justificar estas como autênticas fontes do Direito. (LOPES, 2000, p. 45).

No Brasil, o grande responsável pela primeira abordagem doutrinária da Insignificância foi o professor Francisco de Assis Toledo, que sustentava, em razão da característica de fragmentariedade do Direito Penal, que este não deveria se ocupar de situações envolvendo bagatelas (TOLEDO, 1994).

Com isso, observamos que “[...] onde bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal de retirar-se, conseqüentemente, e por ser a reacção mais forte da comunidade, apenas se pode recorrer a ela em último lugar.” (ROXIN, 1998, p. 28).

A Insignificância aparece no contexto brasileiro como resultado das influências dos ordenamentos estrangeiros, aliás, prática muito comum em termos de institutos jurídicos (MELHEM, 2008). A legislação penal em países como Portugal (art. 74), Áustria (art. 42), Cuba (art. 8º), China (art. 10) dentre outros (QUEIROZ, 1998, p. 126), serviram de orientação para as disposições legais no caso brasileiro.

Segundo José Luis Gúzman Dalbora (1996, p. 57), muitos ordenamentos jurídicos desenvolveram dinâmicas voltadas para a sua operacionalização. Uma dessas formas consiste em considerar a insignificância como “categoria estritamente processual.”⁵ (ARMENTA DEU, 1991, p. 48-49; VÁSQUEZ ROSSI, 1995, p. 357-361).

⁵ Essa posição aparece também no Código de Processo Penal Alemão, em seu §153. Segundo mencionado art., o Ministério Público poderá, sendo o caso de uma contravenção, estando em concordância o juízo competente, abrir mão da respectiva ação penal, apresentando como justificativa a ausência de interesse processual.

Assim, a discussão envolvendo a irrelevância, em termos penais,

[...] de uma conduta não seria algo que deriva de critérios materiais no interior da teoria do delito, mas sim apenas algo que se refere ao chamado 'princípio da oportunidade', segundo o qual deve estar aberta aos órgãos de acusação a possibilidade de avaliar, com certa discricionariedade, as vantagens e desvantagens de se processar alguém por determinada conduta. [...]. Tratar-se-ia, em suma, de considerar a questão da insignificância sob uma óptica de estrita oportunidade processual. (LUZ, 2012, p. 212).

Embora inicialmente interessante, a postura acima exposta encontra alguns problemas quando observamos a lógica sistemática peculiar do próprio direito. Isso pelo fato segundo o qual a abordagem da insignificância no contexto da oportunidade processual (acaba transferindo para os membros do Ministério Público a decisão daquilo que seria ou não insignificante (LUZ, 2012). E isso não resolve o problema da discricionariedade.⁶ (GUZMÁN DALBORA, 1996, p. 80).

Outro ponto que aparece como óbice para mencionada consideração diz respeito à própria dinâmica processual em termos de ação penal no contexto brasileiro. Em razão da existência do Princípio da Indisponibilidade da Ação Penal Pública, segundo a redação do art. 42 do Código de Processo Penal Brasileiro⁷, que diante da comprovação da existência do delito e da presença de indícios de autoria e ausentes as exceções previstas na própria legislação deve, o Ministério Público instaurar e prosseguir na ação penal.

No contexto brasileiro, desde os tempos idos do Código Criminal do Império (BRASIL, 1830), podemos verificar a possibilidade de que alguns crimes não fossem alvo de punição, a partir da consideração da pena a eles cominada⁸.

Na progressão temporal, temos o Código Penal da República com a previsão, em seu art. 16 de que “não será punida a tentativa de contravenção e nem a de crime ao qual não fosse imposta maior pena que a de um mês de prisão celular.” (BRASIL, 1890a). Mesmo a disposição legal fazendo referência expressa à tentativa e não à infração consumada, a orientação nesse sentido de uma insignificância já pode ser observada.

⁶ E, em certa medida, da própria arbitrariedade, algo, aliás que Eugenio Raúl Zaffaroni (2002, p. 494) já alertara em outra ocasião.

⁷ Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal. (BRASIL, 1941b).

⁸ Um interessante ponto de consideração aparece na abordagem do crime de furto (art. 330) no Código Criminal do Império (BRASIL, 1830). Segundo Paulo de Souza Queiroz (1998), existia um tratamento jurídico graduado em termos de pena que variava conforme o valor da *res furtiva*.

Em termos de Jurisprudência, fixamos como marco o ano de 1988, ano em que houve o primeiro julgamento no qual aparece a menção expressa à insignificância. Trata-se do Habeas Corpus nº 66.869-1, que teve como relator o então Ministro Aldir Passarinho. Vejamos a ementa,

Acidente de trânsito – Lesão Corporal – Inexpressividade da lesão – Princípio da Insignificância – Crime não configurado. Se a lesão corporal (pequena equimose) decorrente de acidente de trânsito é de absoluta insignificância, como resulta dos elementos dos autos – e outra prova não seria possível fazer-se tempos depois -, há de impedir-se que se instaure ação penal que a nada chegaria, inutilmente sobrecarregando-se as Varas Criminais, geralmente tão oneradas. (BRASIL, RHC nº 66.869-1, 1989).

Embora no cenário brasileiro o “princípio” da Insignificância não esteja previsto expressamente na Constituição Federal nem tampouco no Código Penal, tanto a jurisprudência, quanto a doutrina têm reconhecido e aplicado o mencionado “princípio”. Essa ausência de precisão expressa reforça a imprescindibilidade de sua adequada fundamentação. No entanto, não há convergência em tais atividades, o que provoca, por vezes, incoerências na própria construção do direito enquanto um complexo harmônico. Como se explica nas aulas introdutórias dos cursos de Direito, no campo jurídico, um princípio apresenta não apenas uma conotação daquilo que “é”, mas daquilo que “deve ser”.

Na dinâmica jurídica brasileira é muito comum a utilização de princípios jurídicos na discussão de resolução de questões jurídicas. Todavia, tais construções muitas vezes não expressam coisa alguma, uma vez que ficam reduzidas à retórica. O risco do mencionado movimento é exatamente a adoção de uma “roupagem magnífica (os princípios), para opiniões discutíveis.” (MORVAN, 2012, p. 1391).

Seguindo a orientação de Jean Boulanger, verificamos que os princípios aparecem não como exteriores à ordem jurídica positiva, mas antes, como integrantes da mesma e que, portanto, não precisam estar refletidos explicitamente nos textos da lei, cabendo à jurisprudência a limitação de declará-los. (BOULANGER apud GRAU, 2006, p. 155).

No campo da Teoria dos Princípios, André Lalande (1999) em sua obra intitulada *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*, apresentou os três sentidos possíveis para o princípio⁹, quais sejam, o ontológico, lógico e normativo¹⁰. No

⁹ Esse ponto é interessante, uma vez que a palavra princípio, em na etimologia remonta à palavra latina *principium*: logo, *primo*, primeiro e *capere*, tomar. Seu sentido traduz a ideia de um começo,

contexto jurídico, a introdução e o fortalecimento dos princípios jurídicos acarretaram uma

[...] transformação substancial da noção de Estado de Direito. Doravante, juízes e tribunais, tanto no plano nacional como no internacional, já não podem se limitar a julgar as causas trazidas ao seu conhecimento com base na pura formalidade externa. Eles são obrigados a se pronunciar, justificadamente, sobre a justiça e injustiça da pretensão deduzida em juízo. (RAMOS, 2012, p. 20).

Na linha majoritariamente adotada na doutrina e jurisprudência brasileiras, a Insignificância deveria ser aplicada desde que presentes os pressupostos de sua incidência, pressupostos estes resultantes de uma construção jurisprudencial.

Pode-se considerar a insignificância como aquilo que se denominou de “máxima da interpretação típica” (ROXIN, 1972, p. 296), no sentido de que cada caso concreto deveria ser analisado tomando-se por base a interpretação restritiva visto que

Só uma interpretação estritamente referida ao bem jurídico e que atenda ao respectivo tipo (espécie) de injusto deixa claro por que uma parte das ações insignificantes são atípicas e frequentemente já estão excluídas da própria dicção legal, mas por outro lado, como v.g. os furtos de bagatela, encaixam indubitavelmente no tipo: a propriedade e a posse também se veem vulneradas pelo furto de objetos insignificantes, enquanto em outros casos a bem jurídico só é menoscabado se ocorre certa intensidade da lesão.” (ROXIN, 1972, p. 297).

Vista como uma forma de “desafogar” a Justiça, a Insignificância 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 fatos nímios não se transformem em uma sorte de estigma para seus autores. Do mesmo modo, abre a porta para uma revalorização do direito constitucional e contribui para que se imponham penas a fatos que merecem ser castigados por seu alto conteúdo criminal, facilitando a redução dos níveis de impunidade. Aplicando-se este princípio a fatos nímios se fortalece a função da Administração da Justiça, porquanto deixa de atender a fatos mínimos para cumprir seu verdadeiro papel. Não é um princípio de direito processual, senão de direito penal. (CORNEJO apud GOMES, 2010, p. 52-53).

Verifica-se, no caso brasileiro, que os Tribunais tem destinado à Insignificância a tarefa de funcionar como uma válvula de escape para resolver

de um início. Em fins do século XVII, a Academia Francesa, por meio de seu dicionário fornece um conjunto de sentidos mais desenvolvido a respeito do termo, segundo Patrick Morvan (2012).

¹⁰ Por motivos de recorte temático, a reflexão aqui apresentada ficará restrita ao último sentido, o normativo, sem, contudo, desconsiderar a importância dos demais sentidos.

problemas estruturais do próprio judiciário. Essa destinação é consideravelmente problemática, uma vez que o Estado tem movido “toda sua dispendiosa engrenagem para apurar fatos insignificantes e juridicamente irrelevantes, mas que, em suma, exigem gastos similares aos do processamento de feitos que realmente refletem algum interesse social.” (DIAS JUNIOR, 2005, p. 272). Além disso, ainda atrela à visão de pena algo essencialmente voltado para o castigo do infrator, mas apenas quando tais condutas estiverem revestidas de um “alto conteúdo criminal”, que será decidido conforme cada caso.

Diante disso, Guilherme de Souza Nucci (2009) afirma que a insignificância aparece como uma “excludente supralegal de tipicidade, demonstrando que lesões ínfimas ao bem jurídico tutelado não são suficientes para, rompendo o caráter subsidiário do Direito penal, tipificar a conduta.” (NUCCI, 2009, p. 218).

2.2 A importante contribuição de Claus Roxin

Ao considerar a possibilidade de termos a insignificância no Direito Penal, Claus Roxin (1997, 2002), discute o embate entre a interpretação “literal” e a chamada “interpretação restritiva”¹¹ que deve considerar a tutela do bem jurídico. Esta expressão “bem jurídico”, consiste nas “circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento no marco de um sistema social global estruturado sobre a base dessa concepção dos fins ou para o funcionamento do próprio sistema.”¹² (ROXIN, 2002, p. 56). Essa construção aparece na história da Literatura Penal no limiar do século XIX, influenciada diretamente pelas contribuições dos iluministas. À época, o fato punível era entendido como “lesão de direitos subjetivos” (BITENCOURT, 2008, p. 07), e, a partir de dessa compreensão, Feuerbach “sentiu a necessidade de demonstrar que em todo preceito penal existe um direito subjetivo, do particular ou do Estado, como objetivo de proteção.” (BITENCOURT, 2008, p. 07).

¹¹ Essa discussão em sede dos métodos de interpretação destaca a interpretação literal como sendo aquela mais “superficial”, uma vez que considera apenas o significado das palavras para o alcance do sentido da norma. Por outro lado, a interpretação restritiva aborda o texto legal considerando que o mesmo acabou abordando aspectos além do que deveria ser abordado.

¹² Ainda podemos acrescentar, de forma harmônica à posição de Claus Roxin, as contribuições de Luiz Regis Prado (2010, p. 65) a respeito da noção de bem jurídico. Esta noção “implica a realização de um juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano.”

Na sequência, outros autores aparecem com importantes contribuições relacionadas ao bem jurídico. Primeiramente Binding, que, apresentando um refinamento da noção apresentada pelos iluministas, o considera como “um estado valorado pelo Legislador” (BINDING apud BITENCOURT, 2008, p. 07). Posteriormente, Franz von Liszt, finalizando a abordagem empreendida por Binding, reconhece na compreensão do bem jurídico, um enquadramento deste no centro da estrutura do delito. (BITENCOURT, 2008). Considerando tais complementos, o bem jurídico aparece como sendo a substância, que consiste num “(dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou meta individual reputado como essencial à coexistência e desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido.” (PRADO, 2010, p. 271). Nesse ponto, vemos a importância da harmonização do bem jurídico com a Constituição. Ela é a responsável pelo amparo à existência daquele, uma vez que o bem jurídico diz respeito aos interesses concretos reconhecidos no convívio social e que recebem proteção jurídico-estatal, podendo ser considerados tanto na dimensão individual, quanto na coletiva. Em caso de ofensa a tais interesses, admite-se a possibilidade da sanção em razão da realização de tais condutas.

Claus Roxin (1997, 2002), no desenvolvimento de suas ideias aborda a noção das chamadas ações que sejam socialmente toleradas de modo geral, introduzindo a reflexão a respeito da insignificância. Para o jurista alemão, a insignificância, enquanto um princípio possibilitaria

[...] excluir logo de plano lesões de bagatela da maioria dos tipos: maus-tratos são uma lesão grave ao bem-estar corporal, e não qualquer lesão; da mesma forma, é libidinoso no sentido do código penal só uma ação sexual de alguma relevância; e só uma violenta lesão à pretensão de respeito social será criminalmente injuriosa. (ROXIN, 2002, p. 47-48).

É o próprio Claus Roxin (1997) que entende que tal postura interpretativa seria mais adequada do que se se considerasse uma postura indiferenciada em relação à adequação social, pois isto “não evita o perigo de tomar decisões seguindo o mero sentimento jurídico ou de, inclusive, declarar atípicos abusos geralmente alargados.” (ROXIN, 1997, p. 297, tradução nossa)¹³.

¹³ “[...] evita el peligro de tomar decisiones siguiendo el mero sentimiento jurídico o incluso de declarar atípicos abusos generalmente extendidos.

Provavelmente, o fato de o jurista alemão não ter desenvolvido mais reflexões a respeito da insignificância esteja no fato de a Parte Especial do Direito Alemão não aparecer como um de suas principais abordagens. À época dos estudos a respeito da insignificância no contexto alemão era comum que a Parte Geral fosse alvo de maiores incursões, conforme verificado nas reflexões do professor alemão.

Mas é em relação à chamada “cláusula de reprovabilidade (*Verwerflichkeit*) existente no direito positivo alemão no crime de constrangimento ilegal (Nötigung, § 240 StGB)”¹⁴, parte especial, portanto, que Claus Roxin desenvolve seis princípios, perfazendo aquilo que ficou por ele nomeado de “doutrina dos princípios”; tais princípios “seriam os padrões interpretativos da cláusula de reprovabilidade. [...] e o mais interessante é notar que é nesse contexto que surge o princípio da insignificância.” (GRECO; LEITE, 2011).

O que não fica claro e que aparece como “interessante é que o próprio autor sequer apresenta qualquer critério convincente, talvez exatamente pela impossibilidade de fazê-lo, para interpretar a insignificância de uma conduta.” (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 153).

Além disso, embora sua reflexão seja interessante, quando nos debruçamos sobre a obra de Claus Roxin, verificamos que o “princípio” da insignificância aparece “humildemente ao lado de outros e não possuía, no momento de sua formulação, pretensões de generalização, servindo apenas, **por uma contingência do direito positivo alemão, para limitar o dispositivo que prevê o constrangimento ilegal.**” (GRECO; LEITE, 2011, grifo nosso).

2.3 Afinal: de que maneira devemos considerar a insignificância?

Alguns argumentos justificam a adoção da Insignificância como uma forma de reduzir a sobrecarga da atividade jurisdicional, lançando mão da alegação segundo a qual não seria economicamente interessante a destinação de recursos para a

¹⁴ Abordando a Legislação Penal alemão, “segundo a redação do Strafgesetzbuch, o constrangimento ilegal tipificado no § 240 I StGB só é antijurídico se ele for “de considerar-se reprovável em relação ao fim almejado” (§ 240 II StGB), o que torna nebulosa a separação entre tipo e antijuridicidade e dificulta a distinção entre erro de tipo e erro de proibição. Claus Roxin esforçava-se no sentido de afastar as dimensões moralistas desta cláusula, interpretando-a com referência ao caráter antissocial da ação, e ofereceu parâmetros interpretativos que pudessem ser manejados mais concretamente pelos tribunais. Essa proposta salvaria a inconstitucionalidade do dispositivo, defendida há tempos por Hellmuth Mayer, em razão de uma possível violação do mandato de determinação.” (GRECO; LEITE, 2011).

movimentação da engrenagem processual, uma vez que os custos de um processo criminal seriam maiores em relação aos valores envolvidos na prática do delito. Nesse sentido,

[...] de fato, sem descuidar dos deveres de proteção que o Estado tem para com a sociedade, as instituições e pessoas, juízes e tribunais devem prestigiar os entendimentos razoáveis que não sobrecarreguem ainda mais o sistema, nem tampouco imponham aos apenados situações mais gravosas do que as que decorrem da lei e das condenações que sofreram. (BRASIL, Habeas Corpus nº 123.108/MG, 2015, p. 10).

Outros reconhecem a importância da insignificância, embora não indiquem, de forma fundamentada, em que sentido tal aplicação aconteceria.

Na dinâmica do Direito Penal, adotando o princípio da intervenção mínima, observamos que alguns comportamentos nasceram sem relevância penal, em razão da inexistência do desvalor da ação, uma vez que a conduta não se revela perigosa, ou mesmo em razão da inexistência do desvalor do resultado, visto que a conduta verificada não constitui uma ofensa grave ou mesmo importante ao bem jurídico tutelado. Transparece aqui, a compreensão da dimensão hermenêutica do princípio da Intervenção Mínima como fundamento para a proteção dos bens jurídicos.

A legislação penal militar apresenta uma postura mais adequada em termos da insignificância, quando faz a previsão, objetiva, no seu art. 240, do Crime de Furto¹⁵. Vejamos:

Art. 240. Subtrair para ou para outrem, coisa alheia móvel:
Pena – reclusão, até seis anos.

§ 1º - Se o agente é primário e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de uma a dois terços, ou considerar a infração como disciplinar. (BRASIL, 1969).

No entanto, embora a insignificância apareça como um critério de interpretação restritiva, bem como critério para a fixação do injusto legal, seguindo a advertência de Luiz Regis Prado (2010), a sua configuração é imprecisa, o que, conseqüentemente, coloca em risco a segurança jurídica.

Neste caso, o Legislativo levou em consideração o importante princípio da Intervenção Mínima do Estado com seu *Ius Puniendi*. Claramente, estamos diante de uma utilização das disposições contidas nas normas o que afasta o amplo campo

¹⁵ Código Penal Militar, Parte Especial, Livro I, Dos Crimes Militares em tempos de Paz, Título V, Dos crimes contra o Patrimônio, Capítulo I, Do Furto. (BRASIL, 1969).

do agir discricionário do julgador, vinculando-o, ao que dispõe a norma.

A questão que se relaciona com as dificuldades da insignificância dizem respeito ao próprio referencial a partir do qual a ideia é considerada. Abordando as considerações de Damásio Evangelista de Jesus (2009, v. 1, p. 10-11) verificamos que a jurisprudência tem adotado a insignificância em várias situações que abstratamente recebem a reprovação no campo penal, tais como furto de objetos de “valor insignificante”, lesão “insignificante” ao Fisco, maus-tratos de “importância mínima”, entre outras situações. Entretanto, será que não estaríamos pretendendo atribuir a tais situações uma ofensa anódina, sendo que, a bem da verdade, não seria a própria apreciação uma anódina interpretação por parte dos que acabam decidindo sem critérios legitimadores o que seria ou não insignificante?

Bom, adotando as orientações de Fernando Armando Ribeiro (2013), a partir das reflexões de Friedrich Müller, “temos que a interpretação no Direito não pode nunca desconsiderar o conjunto das teorias e técnicas interpretativas, bem como todos os princípios que concorrem frente às características fáticas trazidas ao processo de aplicação.” (RIBEIRO, 2013, p. 84).

Vários exemplos na jurisprudência ilustram a amplitude de incidência da insignificância, o que aumenta consideravelmente a responsabilidade de sua adequada compreensão, sendo que, quando pensamos em uma “decisão adequada” podemos afirmar que isso traz consigo “muito mais que uma aparente subsunção de norma a fato concreto, sendo diferente também de uma ponderação de valores.” (RIBEIRO, 2013, p. 84).

Por exemplo, no campo dos delitos contra o patrimônio, temos a sua incidência no crime de estelionato

EMENTA: Habeas Corpus. Estelionato. Lesão patrimonial de valor insignificante. Incidência do princípio da insignificância. Atipicidade da conduta. Precedentes. Ordem concedida. Constatada a irrelevância penal do ato tido por delituoso, principalmente em decorrência da inexpressividade da lesão patrimonial e do reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, é de se reconhecer a atipicidade da conduta praticada ante a aplicação do princípio da insignificância. Ausência, na hipótese, de justa causa para a ação penal. Incidência dos princípios da subsidiariedade, da Fragmentariedade, da necessidade e da intervenção mínima que regem o direito penal. Inexistência de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado. Precedentes. Ordem concedida para o reconhecimento da atipicidade da conduta. (BRASIL, nº 100.937, 2011b).

Tomando por base os precedentes do próprio Pretório Excelso, a inexpressividade da lesão e o reduzido grau de reprovabilidade são elencados como fundamentos para a incidência da insignificância, sem, contudo, uma explicação, nem tampouco um referencial para o reconhecimento de tais fundamentos.

A mesma postura continua em outros julgados, dessa vez no âmbito da Justiça Militar. Vejamos

EMENTA: Habeas Corpus. Penal. Lesão Corporal leve [Artigo 209, §4º, do CPM]. Princípio da Insignificância. Aplicabilidade. 1. O princípio da Insignificância é aplicável no âmbito da Justiça Militar de forma criteriosa e casuística. Precedentes. 2. Lesão corporal leve, consistente em único soco desferido pelo paciente contra outro militar, após injusta provocação deste. O direito penal não há de estar voltado à punição de condutas que não provoquem lesão significativa a bens jurídicos relevantes, prejuízos relevantes ao titular do bem tutelado ou, ainda, à integridade da ordem social. Ordem deferida. (BRASIL, HC nº 95.445, 2009e).

Pelo que se pode verificar, a insignificância tem sido amplamente aceita no âmbito dos Tribunais Superiores. Enquanto pautada em uma interpretação restritiva do tipo penal, assim como na ementa anterior referente ao crime de estelionato, este caso de lesão corporal também adota o critério da inexpressividade da lesão, sem, novamente, uma fundamentação mais adequada. Embora aceito, a legitimidade de tais fundamentos resta comprometida.

3 DIREITO PENAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A ideia do Estado de direito pode ser interpretada então como a exigência de ligar o sistema administrativo, comandado pelo código do poder, ao poder comunicativo, estatuidor do direito, e de mantê-lo longe das influências do poder social, portanto da implantação fática de interesses privilegiados. (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 190).

Este capítulo fixa como objetivo a reflexão a respeito do Direito Penal no contexto das reflexões decorrentes das construções jurídicas desenvolvidas no século XX, com destaque para o positivismo. Esse movimento resultará em uma re (leitura) dos princípios jurídicos, bem como uma (re)discussão da dinâmica em termos da Decisão Judicial em sede do Estado Democrático de Direito.

3.1 A emergência de uma adequada compreensão do Direito Penal na atualidade

Enquanto uma importante parcela do complexo jurídico, o Direito Penal¹⁶ aparece como sendo o “conjunto das normas jurídicas estabelecidas pelo Estado, que associam ao crime como fato, a pena, como legítima consequência.” (LISZT, 1899, p. 05). Integrante do Direito Público, este complexo normativo promove a gênese do chamado “injusto penal”, bem como determina as suas consequências e maneiras de afastamento. (PRADO, 2010). É por meio do Direito Penal, seguindo a orientação de Hans Welzel (1956), que observamos a vinculação à ação criminosa, das penas ou medidas de segurança.

Existe também outra linha de compreensão a respeito do conceito de Direito Penal que está associado à pesquisa aqui desenvolvida. Fala-se de Direito Penal também fazendo referência “a comportamentos considerados altamente reprováveis ou danosos ao organismo social, que afetem gravemente bens jurídicos indispensáveis à sua própria conservação e progresso.”¹⁷ (PRADO, 2010, p. 65).

¹⁶ Em termos de nomenclatura, segundo Cezar Roberto Bitencourt (2008), a expressão Direito Penal aparece como sendo a mais tradicional em termos do Direito Moderno Ocidental. Por outro lado, a expressão Direito Criminal “também foi uma terminologia de grande aplicação, especialmente no século passado; hoje se encontra em desuso, com exceção dos anglo-saxões, que preferem a expressão *criminal law*.” (BITENCOURT, 2008, p. 01).

¹⁷ Para afirmar essa postura, “em um Estado Democrático de Direito, o legislador seleciona os bens especialmente relevantes para a vida social e, por isso mesmo, mercedores da tutela penal.” (PRADO, 2010, p. 65).

O Direito Penal também desempenha outra importante tarefa que consiste na dimensão protetiva e de promoção da paz pública. Protetiva no sentido de tutelar as relações sociais, “cuja missão é proteger a convivência humana, assegurando, por meio da coação estatal, a inquebrantabilidade da ordem jurídica.” (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 3-5). É nesse sentido que se diz que o Direito Penal aparece “com sua natureza *peculiar de meio de controle social formalizado*, procurando resolver conflitos e suturando eventuais rupturas pela desinteligência dos homens.” (BITENCOURT, 2008, p. 01, grifo do autor).

No intuito de efetivar sua destinação, o Direito Penal é considerado como um claro exemplo de Direito tipológico, visto que apresente uma série de tipos, isto é, descrições “abstrata [s] de um fato real que a lei proíbe (tipo incriminador).” (PRADO, 2010, p. 326). É ele, o tipo penal que nos proporciona o modelo do comportamento que é vedado, tanto no sentido de uma ação, quanto de uma omissão, e levando-se em consideração o elemento subjetivo, ou seja, o dolo ou a culpa.

Nas últimas décadas, os estudiosos do Direito Penal tem afirmado que a função deste campo do Direito consiste na tutela de bens jurídicos considerados fundamentais¹⁸. Enquanto fundamentais, tais bens jurídicos não são reduzidos à *ratio legis*, o que significa dizer que essa determinação repousa em “um sentido social próprio, anterior à norma penal e em si mesmo decidido, caso contrário, não seria capaz de servir à sua função sistemática, de parâmetro e limite do preceito penal e de contrapartida das causas de justificação na hipótese de conflito de valorações.” (BITENCOURT, 2008, p. 06).

A compreensão do Direito Penal, especialmente após a promulgação da Constituição da República de 1988, acontece a partir da matriz daquilo que tem sido denominado de Pós-Positivismo.¹⁹ Essa terminologia é fruto das reflexões desenvolvidas ao longo do século XX²⁰ e que marcam grande distanciamento e contestação “às insuficiências, aporias e limitações do Juspositivismo formalista

¹⁸ Essa é a posição, por exemplo, de (TOLEDO, 1994, p. 3-6; MARQUES, 1999, v. 3, p. 143; GARCIA, 1976, v. 1, t. 2, p. 406; JESUS, 1995, v. 1, p-456-457).

¹⁹ A partir de reflexões desenvolvidas com base nos estudos de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno (2013), recuamos em relação à utilização plena da expressão “pós-positivismo”, em razão das complexidades e, em certa medida, das divergências decorrentes da sua abordagem. Tais situações demandariam o desenvolvimento de uma pesquisa específica, algo pretendido futuramente.

²⁰ Embora tenha encontrado grande campo para desenvolvimento ao longo de mencionado século, na atualidade, a corrente positivista é preponderante em países como a Inglaterra e os Estados Unidos. Manifesto agradecimentos às ponderações feitas por Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno (2013), quando do exame da presente pesquisa.

tradicional” (DINIZ; MAIA, 2006, p. 650), que serviu de orientação fundamental para o desenvolvimento da vertente liberal do Estado.

Essa dinâmica apresenta como base filosófica certo conteúdo eclético, que remonta a uma

constelação de autores que possuem ponto de contato com as ideias de Gustav Radbruch tardio, passando pelos influxos da teoria da justiça de John Rawls, incorporando ainda elementos da filosofia hermenêutica, bem como aportes da teoria do discurso de Habermas. (DINIZ; MAIA, 2006, p. 650).

Enquanto uma construção tipicamente moderna, o Pós-Positivismo apresenta como caracterização o entendimento segundo o qual

[...] o direito é obra humana que pode ser posta a serviço da emancipação. Reconhecendo que o direito é obra humana, o Pós-Positivismo recusa identificar o direito e a justiça com ideais e valores, mas, ao contrário, os identifica com as normas jurídicas produzidas historicamente por uma sociedade, afastando-se, portanto, de qualquer proposta jusnaturalista. (GALUPPO, 2005, p. 205).

Com o desenvolvimento do denominado Pós-positivismo, observamos que cada vez mais os princípios assumem papel essencial da discussão e solução dos casos jurídicos, mormente os denominados “casos difíceis”. Mais do que apenas “sugestões aos aplicadores do Direito”, os princípios recebem sentido e alcance essenciais para as reflexões jurídicas no contexto de um Estado de Direito que se pretende democrático.

Marcado pela pluralidade, pela fluidez em termos de posturas e pelas constantes e necessárias mudanças sociais, os juristas tem se deparado cada vez mais com problemas que exigem novas e adequadas respostas do Direito. Finalmente isso parece ter despertado a preocupação da Função Legiferante ao apresentar e discutir o Projeto de Lei do Senado (PLS nº 236/2012) (SARNEY, 2012)²¹ que institui o Novo Código Penal. Como será abordado em momento oportuno, o Código atualiza algumas questões carentes de uma abordagem mais condizente com o constitucionalismo contemporâneo; no entanto, em outras, deixa de abordar questões essenciais para a adequação da normatividade no contexto do Estado

21 Mencionado projeto já foi aprovado por todas as comissões do Senado, aguardando sua inclusão na pauta do Plenário. Consta que desde 04.12.2014, o projeto encontra-se “aguardando designação do relator” na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal.

Democrático.

Nessa linha de consideração pós-positivista, podemos afirmar que a distinção entre os princípios e regras aparece como fundante para a adequada aplicação do Direito. A sua constatação possibilita uma maior efetividade em termos de compreensão/aplicação do Direito. Na esteira de Hans-Georg Gadamer (1977), “compreender é, então, um caso especial da aplicação de algo geral a uma situação concreta e determinada.” (GADAMER, 1977, p. 383, tradução nossa).²²

A doutrina e especialmente os tribunais brasileiros, nos últimos anos, têm assumido uma interpretação do direito de maneira muito aproblemática, alegando que estão desenvolvendo uma interpretação constitucionalmente adequada do Direito Penal. E aqui aparece um grande risco para o Estado Democrático, uma vez que no Direito não se fala de uma dinâmica interpretativa que seja estanque da aplicação da norma, pois é apenas “nesse momento [que] é possível compreender todo o seu sentido, é ali que se fundamenta sua validade.” (LOPES, 2000, p. 109).

Dentre outros problemas possíveis, a pesquisa identifica a questão da fundamentação das decisões em argumentos que mostram, claramente, que estão voltados para finalidades, tais como as de cunho político-criminal. Não que tais finalidades não sejam importantes, mas estão deslocadas.

Com a dinâmica dos estudos criminológicos, observamos que linhas de pensamento como o *Labelling Approach* e as reflexões da Criminologia Crítica, denunciaram as resultantes inadequadas que o sistema penal pode possibilitar tanto na pessoa do indivíduo, quanto também na própria sociedade (LUZ, 2012).

Neste contexto, as últimas décadas tem verificado um aumento considerável na linha daquilo que ficou denominado de Direito Penal Mínimo (MELHEM, 2008), como podemos observar com as publicações de normas e o desenvolvimento de vários princípios afeitos a tal orientação²³.

No entanto, tais discursos, embora importantes, devem ser adequados. A dinâmica jurídico-penal desenvolvida nos últimos tempos aparece inserida em certas incompreensões, como a questão da insignificância enquanto princípio.

²² “[...] comprender es, entonces, un caso especial de la aplicación de algo general a una situación concreta y determinada.”

²³ Um exemplo claro dessa orientação é a Lei 9.099/95, que instituiu os Juizados Criminais Especiais e autorizou a utilização da chamada transação penal, bem como a suspensão condicional do processo. (BRASIL, 1995).

No sentido que observamos no Direito, o normativo, o princípio não tem a finalidade descritiva nem tampouco se nos apresenta como um conjunto de regras estruturado pela razão. Na verdade, no Direito, o princípio pode ser visto como a norma jurídica e, enquanto tal aparece inserido no campo da deontologia (MORVAN, 2012, p. 1392). A respeito dos reflexos que a herança iluminista proporcionou em várias áreas do conhecimento, dentre as quais, a jurídica. A crença na razão ainda “ilumina” muitos pensadores, no caso, juristas, na atualidade. Ainda existe uma força atrelando o campo jurídico à modelagem da lógica matemática, ou seja, a crença na exatidão, o que acaba disfarçando pretensões perigosas para as pretensões do Estado Democrático, é dizer, pretensões orientadas por uma Metafísica dos jogos, que buscam análises de custo-benefício, ou pretensões de grupos ou, ainda, manobras políticas, como motivos para decisões judiciais em determinado sentido.

Nesse contexto do pós-positivismo, as decisões judiciais devem cada vez se adequar às exigências de respeito à construção participada, de modo que não apenas critérios solipsistas do julgador sejam determinantes para o pronunciamento decisório, perfazendo, muitas vezes, a pretensão de justiça. Cada vez mais o “justo é também uma relação construída em cada caso e em cada situação da vida pelos atores da vida em sociedade.” (MARÇAL, 2007, p. 38), em um movimento de efetivação do projeto moderno de reconhecimento recíproco e iguais liberdades fundamentais.

A adoção de tais ideias se nos apresenta justificada pelo fato de que essas posturas superam o esquema “sujeito-objeto” e adotam a discussão em sede de uma intersubjetividade. Isso se justifica uma vez que, no contexto da hermenêutica, a “superação do esquema sujeito-objeto significou, sim, a derrocada da filosofia da consciência, mas não do sujeito da relação (afinal, ele agora se torna sujeito-sujeito).” (STRECK, 2008b, p. 159).

Isso aparece claro na adequada compreensão da dimensão processual. Trata-se de um elo que deve existir, “entre hermenêutica e a teoria da argumentação”. Ou seja, como estamos diante de um pronunciamento de caráter decisório, a sua construção deve acontecer argumentativamente; logo, “não devem ser apenas as compreensões e pré-compreensões do Juiz que devem conformá-la.” (RIBEIRO, 2013, p. 184).

3.2 Uma análise crítico-reflexiva da Dogmática Penal: O conceito de crime e a Tipicidade Penal

A preocupação do Direito Penal, quando da proteção dos bem jurídicos, reside na abordagem das denominadas condutas penalmente relevantes. A compreensão a respeito da eleição de mencionadas condutas aparece como uma das mais importantes tarefas da função legislativa e atende à exigência constitucional segundo a qual precisamos observar que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.” (BRASIL, 1988).

Estamos diante do importante preceito constitucional da Legalidade, expresso no art. 5º, XXXIX da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88) e confirmado em outros diplomas legais, como o Código Penal (art. 1º), Código Penal Militar (art. 1º) e no Pacto de São José da Costa Rica (art. 9º). Sobre a Legalidade, temos a identificação de sua importância,

O princípio da Legalidade possibilita uma limitação do poder estatal e, conseqüentemente, a proteção da liberdade individual. Quando, por outro lado, a punibilidade não está definida em lei antes da prática do fato, nenhum efeito de intimidação pode atuar, pois ninguém sabe se seu comportamento acarretará penas ou não. (ROXIN; GÜNTHER; TIEDEMANN, 2007, p. 67).

Nisso, a conduta adquire relevância no contexto penal como se enquadra naquela situação reduzida ao chamado tipo penal, que são “o conjunto de elementos que descrevem um delito determinado.” (HASSEMER, 1984, p. 261).

A teoria do Tipo Penal está voltada para a identificação do comportamento proibido. (BACIGALUPO, 2005, p. 196). Essa dinâmica de construção dos tipos penais aparece como importante atividade da Função Legislativa, no sentido de que o legislador faz descrever

[...] nos artigos correspondentes (“tipos penais”) os comportamentos que, de tão socialmente nocivos, devem ser reprimidos com o instrumento enérgico da ameaça punitiva. O legislador tipifica o comportamento socialmente nocivo como a ofensa a um bem digno e proteção resumidamente designado como bem jurídico. (ROXIN; GÜNTHER; TIEDEMANN, 2007, p. 77).

A partir da descrição fornecida pelo tipo temos da identificação do mesmo como “uma imagem conceitual, um modelo de conduta incriminada.” (BRANDÃO,

2007, p. 51). Uma leitura rápida do Código Penal brasileiro, a partir da chamada “Parte Especial”, exemplifica essa compreensão acima apresentada.

Aparecendo como uma espécie de desvalor jurídico, o Ordenamento Jurídico brasileiro não apresenta uma definição de crime, procurando fornecer, conforme os art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal e também o art. 1º da Lei das Contravenções Penais (LCP), que

Art. 1º. Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal que a lei comina, isoladamente, penas de prisão simples ou multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. (BRASIL, 1941a).

Diante da insuficiência das teorias que pensaram o conceito de crime²⁴, a literatura jurídica (BITENCOURT 2008; PRADO, 2010) alcançou o que ficou conhecido por “conceito analítico” de crime. Nesse sentido, o conceito pode ser decomposto em elementos, que indicarão se determinado comportamento aparece como sendo criminoso ou não.

Entende-se, segundo esta teoria, o crime como sendo “uma ação a que se juntam os atributos da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade, donde o conceito analítico de crime como ação típica, antijurídica e culpável.” (BRUNO, 1967, p. 288).

Sobre tais elementos, interessante observamos que o desmembramento de crime

[...] não significa que os elementos encontrados na sua definição analítica ocorram sequencialmente, de forma cronologicamente ordenada; em verdade acontecem todos no mesmo momento histórico, no mesmo instante[...] Daí porque, em que pese a opinião de penalistas ilustres como (Battaglini), a punibilidade não é um dos elementos analíticos do crime, pois que sua indagação incorre no momento da sua realização e aperfeiçoamento. (MACHADO, 1987, p. 78)

A partir da identificação do sentido e alcance do tipo, enquanto um dos elementos que compõem a própria definição de compreensão de *crime*²⁵, a literatura jurídica apresenta outra definição, a Tipicidade, que se nos apresenta como “uma relação de adequação da conduta humana e o tipo penal.” (BRANDÃO, 2007, p. 52).

²⁴ Tais como, as que consideram o crime no seu aspecto material e no seu aspecto formal.

²⁵ O crime, seguindo a orientação da Teoria Tripartite, apresenta um conceito analítico, segundo o qual o crime aparece sendo como um fato típico, ilícito e culpável.

Com essa definição é que os manuais e cursos de Direito Penal, bem como a Jurisprudência, sustentam a existência de condutas penalmente irrelevantes, o que resulta na importância da Tipicidade enquanto uma definidora do campo de liberdade de comportamento dos indivíduos. Corolário dessa definição é que o que não for descrito como crime em determinado tipo penal, não pode ter como consequência a incidência do preceito secundário da norma, no caso, a sanção.

Em termos de pensamento jurídico-penal, a Tipicidade foi alvo de reflexões no início do século passado, com a publicação, em 1906, da chamada “Doutrina do Delito”, pelo jurista alemão Ernst von Beling. Seu trabalho refletiu o seu amadurecimento intelectual e foi desenvolvido até 1930.

Segundo Heleno Cláudio Fragoso (1987), para Ernst von Beling, a compreensão do tipo penal não abarca qualquer conteúdo valorativo, sendo, conseqüentemente, meramente descritivo e objetivo, refletindo, com isso, o lado exterior do delito, sem qualquer referência à antijuridicidade e à culpabilidade.

Na compreensão deste autor, o tipo penal aparece como sendo “uma pura descrição objetiva, isenta de qualquer juízo de valor”. Daí a compreensão do Direito Penal como uma espécie de “catálogo de tipos” e a tipicidade como uma adequação do mesmo. (BRANDÃO, 2007, p. 52).

Marcada por claras insuficiências, o conceito de Ernst von Beling, embora importante, é insatisfatório, uma vez que não considera a presença dos chamados elementos subjetivos que aparecem nos tipos penais (BRANDÃO, 2007), em especial os chamados juízos de valor.

Seguindo a linha de desenvolvimento do Direito, nos idos de 1915, o texto intitulado *Parte Geral do Direito Penal*, do professor alemão Max Ernst Mayer (1915), destaca a insuficiência da teoria de Ernst von Beling, alegando a existência de outros elementos que extrapolam essa “descrição objetiva”.

Mayer busca uma associação entre a tipicidade e a antinormatividade, afirmando que a “tipicidade é a *ratio cognoscendi*, é o meio através do qual se conhece a antijuridicidade.” (BRANDÃO, 2007, p. 54).

Por outro lado, o penalista Edmund Mezger (1957) apresenta interessantes considerações para a reflexão a respeito do tipo penal. Segundo o autor, o tipo consistiria na própria essência da antijuridicidade. Na compreensão do penalista brasileiro Francisco de Assis Toledo, o Tipo aparece como sendo a “descrição abstrata da ação proibida ou da ação permitida.” (TOLEDO, 1994, p. 84).

Para Edmund Mezger (1957),

Muitos autores o consideram como um “índice” da antijuridicidade; é certo que o tipo demonstra sempre a antijuridicidade da ação (a saber, quando existe uma causa de exclusão do injusto); porém a expressão índice se aproxima demasiadamente, por outra parte, ao mero fundamento do reconhecimento, tanto que o tipo fundamenta e o deixa simplesmente reconhecer o injusto quando uma causa de exclusão do injusto não o anula. (MEZGER, 1957, p. 145, tradução nossa).²⁶

Nesse ponto de consideração, a presença das chamadas “causas excludentes de antijuridicidade” também resultariam na exclusão da tipicidade.

Outro autor que aparece com consideráveis contribuições para a reflexão a respeito da Teoria do Tipo é Hans Welzel (1956). O seu argumento consiste na afirmação de que o tipo não aparece como algo neutro em termos valorativos. Embora o legislador tenha escolhido certos comportamentos como penalmente relevantes, isso não afasta a questão da valorização no contexto do tipo. Para tanto, lança mão da explicação a respeito da tentativa, esclarecendo que no contexto da mesma “a sua comprovação não pode acontecer em absoluto, em forma puramente objetiva, ou seja, sem considerar a decisão subjetiva do autor [...]” (WELZEL, 1956, p. 71).

Segundo a Literatura jurídico-penal, a Tipicidade tem como exigência a verificação da chamada ofensa possuidora de certa gravidade à objetividade jurídica protegida, os chamados “bens jurídicos tutelados”. Isso se justifica pela constatação de que nem sempre toda e qualquer ofensa à mencionada objetividade tem o condão de configurar o injusto típico (BITENCOURT, 2008). Nesse sentido, aliás, a Tipicidade exerce um importante papel no Direito Penal, mormente com o advento do Finalismo, ou seja, o de funcionar como uma garantia do princípio da Legalidade.

A Tipicidade aparece, em tal contexto, resultante da ligação entre o comportamento (fato) e o tipo legal de crime, de modo que tenhamos como tipos penais, por exemplo, matar e ofender. Embora seja considerada desse modo, tal consideração aparece como insuficiente, visto que a configuração da Tipicidade aparece como algo além de uma simples descrição (QUEIROZ, 2014), não como

²⁶ Muchos autores lo señalan como um ‘índice’ de la antijuridicidad; es cierto que el tipo no demuestra siempre la antijuridicidad de la acción (a saber, cuando existe una causa de exclusión del injusto); pero la expression índice se acerca demasiado, por otra parte, al mero fundamento del reconocimiento, em tanto que el tipo fundamenta y o deja simplemente reconocer el injusto cuando una causa de exclusión del injusto no lo anula.

“uma valoração complexa, que envolve aspectos dogmáticos e político-criminais.” (QUEIROZ, 2014, p. 16).²⁷ Daí porque existe uma dinâmica intelectual denominada “juízo de tipicidade” que implica na conexão “entre a infinita variedade de fatos possíveis da vida real e o modelo típico descrito na lei.” (BITENCOURT, 2008, p. 259). É exatamente através dessa dinâmica que se pode analisar determinada conduta e constatar se ela apresenta os requisitos previstos na lei. Por este motivo, o juízo de tipicidade “cumpre uma função fundamental na sistemática penal. Sem ele a teoria ficaria sem base, porque a antijuridicidade deambulária sem estabilidade e a culpabilidade perderia sustentação pelo desmoronamento do seu objeto.” (ZAFFARONI, 2002, p. 172).

Nesse sentido, podemos afirmar que existe diferença entre o fato e o tipo, visto que o “fato reveste-se de todas as nuances, todo o colorido da conduta. O fato é rico, variado, circunstanciado. O tipo²⁸ é seco, conclusivo, fechado.” (MACHADO, 1987, p. 78).

Abordando a contribuição de Eugenio Raúl Zaffaroni (1991), analisando o tipo penal, o mesmo aparece como “um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva. Sua função é individualizar condutas humanas penalmente relevantes (por estarem penalmente proibidas).” Por isso o tipo aparece como “a forma que pertence à lei, enquanto a tipicidade pertence à conduta²⁹.” (ZAFFARONI, 1991, p. 443).

Diante desse entendimento é que se pode apontar uma adequada proporcionalidade entre duas dimensões: a gravidade do comportamento passível de punição, bem como a incidência da atuação estatal. É nesse contexto que podemos afirmar que, “condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma *relevância material*. Nessas

²⁷ A visão adotada por Paulo de Souza Queiroz (2014) é interesse, visto a consideração da Tipicidade não com algo “dado” e sim “construído” e que, portanto, depende do processo interpretativo para ser efetivado.

²⁸ Ainda sobre o tipo penal, a Literatura jurídica aponta algumas funções básicas, a) função seletiva – indica os comportamentos que são protegidos pela norma penal, que interessam ao Direito Penal; b) função de garantia e determinação – diz respeito ao cumprimento do princípio da legalidade dos delitos e das penas, formal e materialmente, inclusive quanto ao requisito da taxatividade (*lex scripta, lex praevia, lex stricta e lex certa*); c) fundamento da ilicitude (ilicitude tipificada – uma ação atípica é lícita); d) função indiciária da ilicitude – é a tipicidade a *ratio cognoscendi* da ilicitude; e) criação do mandamento proibitivo – a matéria proibida ou determinada; f) delimitação do iter criminis – assinala o início e o fim do processo executivo do crime. (PRADO, 2010, p. 263).

²⁹ Este ponto interessa ao tema proposto na presente investigação, uma vez que o previsto na lei aparece configurado no mundo dos fatos quando da prática de determinada conduta que, no entanto, se considerarmos a insignificância, acaba por incidir no contexto da Tipicidade.

circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado.” (BITENCOURT, 2008, p. 20).

A abordagem no contexto da tipicidade implica o entendimento de duas dimensões: a formal e a material. Essas dimensões serão consideradas no âmbito da denominada Teoria Constitucionalista do Delito (GOMES, 2012), na qual temos a sustentação da necessidade da verificação de ambas as dimensões para a configuração do fato típico.

Em termos da chamada Tipicidade Formal, Luiz Flávio Gomes (2006) aborda os requisitos para termos a sua configuração. Seria preciso a constatação da presença da conduta, do resultado naturalístico, ou seja, a modificação no mundo exterior (no caso dos chamados crimes materiais), assim como o nexo de causalidade e a adequação do fato ao que dispõe o texto legal.

Já no relativo à Tipicidade Material, os estudiosos adotam a compreensão do conceito material de delito, que aparece como sendo aquele que consiste na efetiva lesão a determinada objetividade jurídica protegida pelo Direito Penal.

É nesse sentido, que a tipicidade material é um *plus* que se exige do comportamento para que o mesmo possa ser considerado como típico. Em outras palavras, seria preciso a subsunção do fato à norma, ou seja, a adequação do que aconteceu no mundo dos fatos com a norma e também a existência de relevante lesividade, o que, portanto, confere tipicidade material. Essa relação entre bem jurídico e lesividade é adequada se pensarmos que a “a lesão de um bem jurídico deve ser condição necessária, embora nunca suficiente para justificar sua proibição e punição como delito.” (FERRAJOLI, 2000, p. 471).

Assim, a tipicidade não aparece mais como uma resultante de elementos de natureza objetiva e subjetiva, bem como aqueles de natureza descritiva e normativa, como classicamente se sustentava. Nessa nova orientação, a tipicidade passa a expressar uma “valoração” do Direito Penal a respeito da realidade normatizada. (TORIO LÓPEZ, 1989, p. 516).

A manifestação jurisprudencial segue essa linha de orientação, a propósito,

HABEAS CORPUS. CABIMENTO. TENTATIVA DE FURTO. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL. INEXPRESSIVA LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 1. [...] 3. A intervenção do Direito Penal apenas se justifica quando o bem jurídico tutelado tenha sido exposto a um dano com relevante lesividade. Inocorrência da tipicidade material, mas apenas a formal quando a conduta

não possui relevância jurídica, afastando-se, por consequência, a ingerência da tutela penal, em face do postulado da intervenção mínima. É o chamado princípio da insignificância. 4. [...] (BRASIL, Habeas Corpus nº 199.147/MG, 2013a).

Da transcrição acima podemos observar a clara distinção entre a tipicidade material e a formal, bem como a destinação do Direito Penal como *ultima ratio*. A insignificância também é mencionada, embora, neste caso e, como será abordado ao longo da pesquisa, apresente deficiências em sua compreensão, visto a impropriedade de sua consideração enquanto uma norma-princípio.

Diante do seu reconhecimento, Luiz Flavio Gomes (2007), aponta alguns requisitos, quais sejam

1º) juízo de desaprovação da conduta (criação ou incremento de riscos proibidos relevantes), 2º) juízo de desaprovação do resultado jurídico (ofensa desvaliosa ao bem jurídico) e 3º) juízo de imputação objetiva do resultado (o resultado deve ter conexão direta com o risco criado ou incrementado – ‘nexo de imputação’). (GOMES, 2007, p. 250).

Para que tenhamos a configuração da chamada Tipicidade Penal, seriam necessários os seguintes requisitos

[...] (a) conduta (formalmente típica), isto é, realização formal da conduta descrita na lei; (b) resultado naturalístico típico (que só é exigido nos crimes materiais – homicídio por exemplo); (c) nexos de causalidade (entre a conduta e o resultado naturalístico nos crimes materiais) e (d) relação de tipicidade (adequação do fato à letra da lei). (GOMES, 2007, p. 250-251)

Com essa consideração, chega-se a falar em uma “moderna teoria da tipicidade”, que consideraria, para a sua configuração, a soma da Tipicidade Material³⁰ (também chamada de Normativa) com a Tipicidade Formal (conhecida também como Tipicidade Legal), que considera a conduta, o resultado naturalístico, o nexos de causalidade, além de outras situações, como exigências temporais e espaciais e, ainda, a Tipicidade Subjetiva, ou seja, a constatação dos elementos subjetivos, como o dolo. Tal construção apresenta interesses pontos de convergência para as pretensões da presente pesquisa.

³⁰ A chamada Tipicidade Material apresenta 03 juízos valorativos diferentes, segundo o professor Luiz Flávio Gomes (2006): “1º: juízo de desaprovação da conduta (criação ou incremento de riscos proibidos relevantes); 2º: juízo de desaprovação do resultado jurídico (ofensa desvaliosa ao bem jurídico ou desvalor do resultado, que significa lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico); 3º juízo de imputação objetiva do resultado (o resultado deve ter conexão direta com o risco criado ou incrementado – ‘nexo de imputação’).” (GOMES, 2006, p. 01).

Ainda refletindo sobre as possibilidades de pensarmos a Tipicidade, Eugenio Raúl Zaffaroni (2002) apresenta outra ideia que recebe o nome de Teoria da Tipicidade Conglobante, que associadas à tipicidade legal, resultaria na chamada tipicidade legal. Esta (tipicidade conglobante) apresenta alguns elementos de convergência com a teoria constitucionalista do delito desenvolvida por Luiz Flavio Gomes (2007).

Segundo mencionada teoria (Conglobante), o fato típico tem como pressuposto a proibição de determinada conduta pelo ordenamento jurídico em sua totalidade, ou seja, em seu aspecto global, daí o motivo de considerarmos mencionada teoria como Tipicidade Conglobante. Desse modo, quando alguma área do Direito, como o Direito Civil, por exemplo, permite mencionado comportamento, o fato será considerado atípico no contexto penal. Se existe a previsão expressa em outras áreas do Direito não faz sentido a sua tipificação no contexto penal. Com isso, a Tipicidade Conglobante exige a correspondência formal entre o fato e o que está descrito no tipo (tipicidade formal) e também que essa conduta seja anormal, isto é, que viole o ordenamento considerado em sua totalidade e não apenas no contexto penal. (GOMES, 2007).

A partir da consideração das decisões em sede do STF e também do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no que diz respeito à insignificância, constata-se que tais tribunais consideram a insignificância como causa excludente da tipicidade material. Ou seja, em razão da pequena lesão causada, a conduta aparece apenas como formalmente típica, mas, em verdade não materialmente. Tal orientação tem sido seguida pelos demais Tribunais brasileiros.³¹

Essa orientação alcançou as próprias reflexões da Função Legislativa que, nos idos de 2006, apresentou uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC nº 524), que tinha por objetivo, segundo destaca Yuri Corrêa da Luz (2012), a introdução de um inciso ao arti. 5º, do Texto Constitucional, constante na seguinte previsão: “não há crime quando o agente pratica fato cuja lesividade é insignificante.”³² (SOUZA, 2006). Segundo a exposição dos motivos que

³¹ Como a título de exemplo a Ap. n. 909.871/5, que teve como Relator o Exmo Dr. Dyrceu Cintra: “[...] as preocupações do Direito Penal devem se atear [sic] aos fatos graves, aos chamados espaços de conflito social, jamais interferindo no espaço de consenso. Vale dizer, a moderna Criminologia sugere seja ela a última ratio da tutela dos bens jurídicos, a tornar viável, inclusive, o princípio da insignificância, sob cuja inspiração e persecução penal deve desprezar o fato típico de escassa ou nenhuma lesividade.” (CINTRA apud LUZ, 2012, p. 220).

³² Observa-se pela própria redação do texto, que ao contrário do que facilmente percebemos no caso

impulsionaram mencionada proposta, a tarefa do Direito Penal se resume a atuar até o momento em que seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ser objeto de atuação do Direito penal, portanto, lesões bagatelares.

A compreensão adequada a respeito da Objetividade Jurídica no Direito Penal aparece como essencial para a constatação da prática de um delito. Nesse sentido “trata-se de saber qual o sentido substancial da ação delituosa; que é em última análise, atingido, através do fato punível, ou, ainda, qual o objeto da tutela jurídico-penal.” (FRAGOSO, 1977).

Carlos Vico Mañas explicita a linha de verificação da Insignificância como causa de atipicidade material. Seria ela, a Insignificância

[...] um instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da desnecessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal. (MAÑAS apud LOPES, 1999, p. 90).

Com isso, a insignificância aparece diretamente relacionada com a Tipicidade, ou seja, a partir da constatação de que a finalidade do tipo penal consiste na tutela do bem jurídico, uma vez verificada a lesão insignificante, resta afastado o enquadramento típico, em especial pelo fato do comportamento realizado apresentar ofensa praticamente imperceptível, em termos de ordem jurídica em sua totalidade.

3.3 A tarefa do Direito Penal: Intervenção Mínima

Seguindo a orientação da Literatura Jurídica Penal, como os de Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán, o Direito Penal só deve intervir naqueles casos nos quais forem verificadas ofensas graves às objetividades jurídicas que foram protegidas pelo ordenamento. (MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, apud PRADO, 2010).

Essa orientação, segundo a reflexão do professor Luigi Ferrajoli (2002) aparece presente já nos autores do período impulsionado pela razão, o Iluminismo.

de verdadeiros princípios como o da Legalidade e o da Intervenção Mínima, não há uma precisão conceitual, nem tampouco uma lógica sistemática no sentido de orientar o que vem a ser “lesão insignificante”.

Trata-se de um princípio importante “porque a intervenção punitiva é a técnica de controle social mais gravosamente lesiva da liberdade e da dignidade dos cidadãos, o princípio de necessidade exige que se recorra a ela somente como remédio extremo.” (FERRAJOLI, 2002, p. 372, tradução nossa).³³

Embora fruto do Século das Luzes, a Intervenção Mínima aparece como um princípio pouco observado nos séculos XIX e XX, pois “a verdade é que, a partir da segunda década do século XIX, as normas penais incriminadoras cresceram desmedidamente, a ponto de alarmar os penalistas dos mais diferentes parâmetros culturais.” (LUISI, 2003, p. 27).

Diante disso, a Intervenção Mínima enquanto princípio aparece como uma importante linha orientadora da própria ação do Legislador, visto que contribui para a construção de normas incriminadoras que tenham por intuito a proteção dos bens jurídicos que se encontrem sujeitos a consideráveis lesões.

Essa orientação aparece também nas palavras de Nelson Hungria. Segundo ele

Somente quando a sanção civil se apresenta ineficaz para a reintegração da ordem jurídica é que surge a necessidade da enérgica sanção penal. O legislador não obedece a outra orientação. As sanções penais são último recurso para conjurar a antinomia entre a vontade individual e a vontade normativa do estado. Se um fato ilícito, hostil e um interesse individual ou coletivo, pode ser convenientemente reprimido com as sanções civis, não há motivo para a reação penal. (HUNGRIA apud DOTTI, 2002, p. 140).

Claro, portanto, que nesse momento de criação do Direito, a introdução de elementos valorativos, econômicos, sociais, políticos, dentre outros, aparece como adequado e legítimo, até mesmo porque estar-se-á diante de um contexto de produção normativa legitimada por todos os destinatários.

É, aliás, neste momento que a Intervenção Mínima aparece preservando a relação entre a “autoridade e a liberdade”, quando harmoniza o “poder punitivo do Estado (*jus puniendi*) com a garantia de segurança e proteção às liberdades dos cidadãos.” (RAMOS, 2012, p. 536).

³³ “[...] porque la intervención punitiva es la técnica de control social más gravosamente lesiva de la libertad y de la dignidad de los ciudadanos, el principio de necesidad exige que se recorra a ella solo como remédio extremo.”

Essa postura é confirmada pela manifestação do STF, ao entender que

O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificarão quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais Especialmente nos casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano – efetivo ou potencial – causado por comportamento impregnado de significativa lesividade. (BRASIL, HC nº 92.463/RS, 2007).

Com a Intervenção Mínima, o Direito Penal, portanto, aparece na defesa dos bens jurídicos mais imprescindíveis para a manutenção da chamada paz social. É o que costumeiramente se denomina *ultima ratio*, ou seja, a utilização do Direito como o último recurso incidente no caso, quando os demais meios possíveis de aplicação se mostrarem insuficientes.

Nesse sentido, temos exemplos como o das penas alternativas, Lei nº 9.714/98 (BRASIL, 1998), além de outros institutos presentes na Lei dos Juizados Especiais, Lei nº 9.099/95 (BRASIL, 1995), como a transação e a composição civil. Além dessa linha, podemos indicar também a publicação da Lei nº 11.103/2005 (BRASIL, 2005), que resultou na descriminalização do art. 240 do Código Penal Brasileiro, que tipificava o crime de adultério.

Atrelado às orientações de Política Criminal, a Intervenção Mínima restringe o *ius puniendi* monopolizado pelo Estado. Mesmo figurando como um princípio implícito na Ordem Jurídica brasileira, a Intervenção Mínima guarda adequação com os pressupostos do Estado Democrático de Direito, aparecendo como “princípio imanente, pressuposto político do estado de direito democrático.” (BATISTA, 1990, p. 85).

Essa consideração também é formulada pelo professor Luis Luisi (1999), quando menciona que existem princípios “que não se encontram formulados expressamente, mas se deduzem das normas constitucionais, por nelas estarem implícitos. Dentre eles, no nosso sistema constitucional – o mais relevante é o princípio da intervenção mínima.” (LUI SI, 1999, p. 269).

3.3 A tríplice justificação: Subsidiariedade, Fragmentariedade e Insignificância

Na consideração evidente de que o Direito Penal aparece como uma das formas mais intensas de atuação estatal, mormente pelo fato de limitar, por vezes,

um dos direitos mais essenciais da natureza humana, a liberdade³⁴, surge a constatação, nem tanto evidente³⁵, de que mencionado Direito decorre da verificação da necessidade e utilidade de mencionada intervenção, seguindo a linha de Luigi Ferrajoli (2002).

Esse é o contexto da conclusão segundo a qual, o Direito Penal aparece como sendo a “*ultima ratio*”, ou seja, ele, o Direito Penal fica “reduzido a um mínimo imprescindível. E de preferência, só deverá fazê-lo na medida em que for capaz de ter eficácia.” (PRADO, 2010, p. 148).

Enquanto de incidência reduzida, atua apenas quando as demais áreas do Direito, tais como o Direito Civil e Administrativo, sejam incapazes de destinar a adequada tutela à objetividade jurídica. Logo, “na seleção dos recursos próprios do Estado, o Direito Penal deve representar a *ultima ratio legis*, encontrar-se em último lugar e entrar somente quando resulta indispensável para a manutenção da ordem jurídica.” (MAURACH, 1962, t. 1, p. 31).

Nesse sentido, a Subsidiariedade aparece como uma orientação de ordem política-criminal, fixando a restrição da incidência do *Ius Puniendi* do Estado. Seguindo a própria orientação do Preâmbulo do Texto Constitucional (BRASIL, 1988), a formatação de um Estado Democrático não se compatibiliza com a denominada “inflação penal”, uma vez que o uso exacerbado da sanção de natureza criminal “não garante uma maior proteção de bens” promovendo, em verdade, uma deturpação da sistemática penal, que passa a ter “uma função meramente simbólica negativa.” (PRADO, 2010, p. 148).

O princípio da Subsidiariedade fixa sua razão de ser no fato de que “o castigo penal coloca em perigo a existência social do afetado, se o situa à margem da sociedade e, com isso, produz, também um dano social.” (ROXIN; ARZT; TIEDEMANN, 1989, p. 23).

Como será abordado oportunamente, neste contexto de definição das condutas para as quais o Direito Penal incidirá adequadamente, como eficaz meio de resposta, o papel dos discursos de justificação ganha considerável relevância.

³⁴ Este ponto aparece na discussão de vários pensadores no contexto da filosofia do Direito, tais como Aristóteles e Cícero. No entanto, a filosofia moderna apresenta importantes contribuições para essa reflexão, a partir dos escritos de Etienne de La Boetie, quando de sua reflexão a respeito da servidão voluntária e a sustentação da Liberdade como sendo um Bem Supremo e, portanto, um direito natural e também das reflexões dos contratualistas, com destaque para John Locke.

³⁵ Ressalte-se, aqui, aqueles que defendem a utilização plena e irrestrita do Direito Penal como o “remédio” para todos os males sociais.

Este *locus* aparece como sendo o adequado para a discussão a respeito de situações que envolvam argumentos de política-criminal, voltados para questões ligadas, dentre outras, aos problemas enfrentados pelo Direito Penal.

Há outra norma de considerável relevância no campo do Direito Penal quando olhamos a incidência do mesmo. Trata-se do princípio da Fragmentariedade³⁶, que, aparecendo como corolário direto da Intervenção Mínima, destina ao Direito Penal, “apenas as ações ou omissões mais graves endereçadas contra bens valiosos, [que] podem ser objeto de criminalização.” (PRADO, 2010, p. 148). **É o que se pode entender por fragmentos, ou seja, a tutela penal aparece fragmentada a porções do universo jurídico, sendo tais porções “fragmentos de antijuridicidade penalmente relevantes.”** (MUÑOZ, apud PRADO, 2010, p. 149, grifo nosso).

A Fragmentariedade, ou melhor, o caráter fragmentário do Direito Penal, seguindo a orientação do professor Francisco Muñoz Conde, pode ser considerado em três dimensões:

- a) defesa do bem jurídico apenas em casos onde a lesão se apresente substancial, o que significa a configuração de certas intenções ou pretensões;
- b) considerando apenas condutas que eventualmente outros campos do Direito consideram como marcadas pela antijuridicidade; e
- c) afastando a punição de comportamentos que apareçam apenas no campo de outra ordem normativa, no caso, a moral. (MUÑOZ CONDE, apud BITENCOURT, 2008, p.15).

Nessa condução argumentativa também ganham destaque as considerações de Claus Roxin, Artz Günther e Klaus Tiedemann (2007), segundo as quais “hoje se deve partir da noção de que um comportamento apenas pode ser submetido à pena quando ele é inconciliável com as condições de uma convivência pacífica, livre e materialmente segura dos cidadãos.” (ROXIN; ARTZ; TIEDMANN, 2007, p. 5).

Com isso, em razão da Fragmentariedade, o Direito Penal, conforme Hans Welzel (1956), há de limitar-se à sanção dos fatos que provoquem lesão aos deveres básicos de natureza ético-social.

³⁶ Importante metáfora de Luiz Regis Prado (2010, p. 148), ao destacar que o Direito Penal “continue a ser um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente.”

3.4 A insignificância “no” Direito e “do” Direito: o STF e a questão da Normatividade

O STF, órgão máximo do Judiciário brasileiro, foi uma das instituições republicanas que teve sua organização disciplinada pelo Decreto n. 848 de 11 de outubro de 1890 (BRASIL, 1890b) cuja edição acontecera ainda durante o denominado Governo Provisório da República.

Inspirado na Suprema Corte norte-americana, em especial na adoção do Modelo de Constitucionalidade das leis, mormente a consolidação do modelo difuso, o STF foi instituído em substituição ao STJ, órgão máximo existente durante o Império. A Constituição de 1891 trouxe em suas disposições, a previsão do órgão máximo do Judiciário (arts. 55 e 56), colocando-o como o “guardião da Constituição”. (BRASIL, 1891).

O jurista brasileiro Rui Barbosa teve grande influência no desenvolvimento do STF, visto que comprovou a “competência do Tribunal para apreciar qualquer matéria que envolvesse lesão a direitos fundamentais, ainda que tal lesão estivesse calcada em controvérsias políticas.” (BARACHO JÚNIOR, 2003, p. 335).

Já na quadra final do século XIX, ou seja, logo após a sua criação, o STF foi responsável por importantes decisões em matéria de Direitos Fundamentais, como quando “determinou a soltura de algumas pessoas que haviam sido presas após a apreensão do Vapor Júpiter”. (BARACHO JÚNIOR, 2003, p. 332).

Ainda assim, José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior (2003) ressalta alguns fatores que contribuíram para que o Órgão máximo do Judiciário brasileiro tivesse e ainda tenha dificuldades em se consolidar, especialmente na discussão envolvendo os direitos fundamentais, como, a título de exemplificação, o seu funcionamento instável ao longo das décadas. Afinal,

Estamos falando de um Tribunal que viveu vários conflitos com diversos Presidentes, que contra ele se insurgiam de diversas maneiras, impedindo que seu funcionamento regular conduzisse à construção de uma sólida jurisprudência sobre os direitos fundamentais. (BARACHO JÚNIOR, 2003, p. 333).

Nesse sentido, observamos que a formatação do STF pouco foi alterada desde a sua instalação. Com isso, uma vez que dentre suas atribuições principais destacam-se as de “decidir da constitucionalidade dos atos dos demais poderes,

julgar litígios entre os Estados e a União e defender, na qualidade de última instância, os direitos dos cidadãos” (COSTA, 2006, p. 23), observa-se que seu desenvolvimento histórico se nos apresenta marcado por momentos de harmonia e tumulto na busca pela defesa do “Estado de Direito”, dos direitos e garantias dos cidadãos e também do equilíbrio entre as funções do Estado.

Não se pode desconsiderar o avanço já alcançado pelo STF nas últimas décadas. No entanto, a “Constituição Cidadã” exige mais, a democracia necessita de mais, enfim, a comunidade de autores e destinatários das normas tem direito a um tratamento mais adequado dos direitos fundamentais, inclusive contra o discurso, por vezes absconso, da busca pela segurança pública nos moldes do movimento “Lei e Ordem”.

Nesse sentido, ao STF tem sido atribuída, constantemente, a difícil missão de solucionar demandas que implicam questões relacionadas aos direitos fundamentais (COSTA, 2011), o que, conseqüentemente, não passa pelo simples procedimento de subsunção, visto que, de acordo com a posição de Vera Karam de Chueiri (2008, p. 417), são “questões de princípios”. E isso não pode ser desconsiderado, principalmente quando existe, em sede do STF, a influência de teorias que restringem o âmbito das possibilidades ao se limitarem à matriz positivista. Os argumentos de política (*policies*), os valores, as diretrizes políticas baseadas em relações, dentre outras, de custo/benefício, são plenamente aplicáveis em relação às decisões legiferantes (COSTA, 2011). Não às questões envolvendo os direitos fundamentais dos cidadãos, especialmente quando abordamos a questão da segurança pública *versus* a liberdade do cidadão, bem como a encoberta seletividade penal que por vezes acaba denunciando as mazelas do sistema jurídico.

Por isso, os papéis do STF e do restante do Judiciário estão revestidos de grande importância na realidade brasileira. O Judiciário precisa aplicar e reconhecer de maneira “crítica e reflexivamente a Constituição de 1988, sem titubear quanto ao caráter normativo de seus princípios.” (CHUEIRI, 2008, p. 418). Neste cenário em que a jurisdição constitucional ganha relevo, observa-se a derrocada do positivismo, do modelo de regras e também do agir discricionário dos agentes julgadores, assim como a premência de legitimar a resultante da interpretação jurídica, ou seja, a aplicação do direito pelos juízes e tribunais. (STRECK, 2008a, p. 287).

Visto essa compreensão da importância que o STF possui no contexto do Judiciário brasileiro, este tópico pretende fixar contornos para a compreensão do sentido de princípio no campo jurídico.

Em termos etimológicos, a palavra princípio possui matriz grega e origem no latim *principium*, que significa início, começo e poder. Esse foi o sentido que orientou o desenvolvimento dos estudos no campo da filosofia e também no campo político. Se retomarmos a compreensão do Mestre de Estagira, verificamos a utilização do termo princípio no campo da Metafísica. Para Aristóteles caberia à filosofia a tarefa de “capturar os ‘primeiros princípios’ (*archai*) da ciência, ao alcance apenas de uma razão intuitiva que procedesse por indução.” (ARISTÓTELES apud MORVAN, 2012, p. 1391).

Por outro lado, verifica-se que o contexto jurídico, com o passar dos anos, afastou-se desse uso inicial e passou a adotar a compreensão de que os princípios seriam espécies de normas, tanto quanto as regras. Enquanto normas, eles, os princípios, seriam efetivados por meio da interpretação. No entanto, ao longo do pensamento jurídico, mormente no contexto dos séculos XIX e XX, a ideia de interpretação e sua dinâmica foram consideradas de modo substancialmente diferente das pretensões atuais.

Os princípios, assumindo papel central no contexto da interpretação judicial, devem ser alçados à posição de normas mais importantes o que significa dizer que tais normas não aparecem como teoremas de conteúdo metafísico desprovido de eficácia³⁷. Também não seria o caso de considerarmos tais normas como de caráter subsidiário e supletivo, voltado apenas para casos como os de lacuna da lei.³⁸

A prática jurídica tem mostrado a aceitação da Insignificância nos Tribunais pátrios brasileiros, em especial o STF e o Superior STJ. O ponto que tem se destacado dessa adoção está relacionado à postura do STF no tocante à apreciação da insignificância nos últimos anos, especialmente no período compreendido entre os anos de 2010 e 2012, segundo observação de Luiz Flávio Gomes (2012). Segundo mencionado autor, estamos diante de “uma política criminal de ‘mão dura’, de orientação midiática, que vai se pacificando da jurisprudência pátria superior.” (GOMES, 2012). Afirmando que não se trata de ausência de tutela penal de bens

³⁷ Como foi o caso, por exemplo, das teorias jusnaturalistas.

³⁸ Essa posição foi assumida pela corrente positivista em fins do século XIX e ao longo de todo o século XX. Ainda hoje podemos identificar certas posturas que ainda entendem os princípios segundo essa orientação, atribuindo aos mesmos, consequentemente, baixa normatividade.

jurídicos, bem como tratamento jurídico adequado para os infratores, destaca que a apreciação judicial é que deve ser cuidadosa³⁹, pois

Existem ‘ladrões’ e ‘ladrões’: ao juiz, dotado normalmente de razoabilidade, compete distinguir o joio do trigo. Quando o juiz não faz isso, se torna uma máquina (máquina trituradora, dos marginalizados, dos réus incompetentes, que nem sequer sabem praticar grandes furtos ou grandes roubos). (GOMES, 2012).

Recentemente, em julgamento do Habeas Corpus (HC nº 107.638/PE), cuja relatora foi a Exma. Sra. Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, foi constatada a preocupação da cúpula do Judiciário com a construção de um Estado Democrático de Direito pautado em um Direito Penal Mínimo, entendido este como aquele Direito destinado para momentos nos quais os demais campos do Direito, tais como o Direito Civil, não tenham obtido êxito na estabilização das expectativas dos litigantes.

Segundo a Exma. Sra. Relatora,

[...] a Insignificância, também denominada por alguns como ‘crime de Bagatela, instrumentaliza esse objetivo do direito penal contemporâneo, permitindo ao operador do direito otimizar a aplicação da lei penal, tornando-a efetivamente útil.’ (BRASIL, HC nº 107.638/PE, 2011c).

No entanto, cabe um complemento nesse sentido. Lançar mão, de “argumentos sedutores a supostamente fazerem assumir a Sociedade como fundada numa ‘tábua de valores’ a todos comuns,” (CHAMON JÚNIOR, 2006) resulta, conseqüentemente, por encobrir o projeto de reconhecer iguais liberdades fundamentais a todos os envolvidos, bem como o de reconhecer e compreender o sentido de jurisdição constitucional no Brasil.

Adotando as palavras do professor Lenio Luiz Streck (2014c),

Tenho ouvido em palestras e seminários que “hoje possuímos dois tipos de juízes”: aquele que se “apega” à letra fria (sic) da lei (e esse deve “desaparecer”, segundo alguns juristas) e aquele que julga conforme os “princípios” (esse é o juiz que traduziria os “valores” – sic – da sociedade,

³⁹ Esse aspecto merece destaque, especialmente a partir do reconhecimento da possibilidade do “erro”. Explicando, esse cuidado diz respeito à postura, diga-se falaciosa, difundida nos últimos anos que consiste na constatação de o Tribunal errar por último, como verificado quando “o decano do Supremo Tribunal Federal, na recente cerimônia de posse da nova presidência da Casa, invocando Rui Barbosa, afirmou categoricamente: que a Corte, não sendo infalível, pode errar, mas a alguém deve ficar o direito de errar por último.” (BIGONHA, 2008, p. 21). Embora a transcrição esteja relacionada ao ano de 2008, não podemos deixar de reconhecer a sua atualidade.

que estariam “por baixo” da “letra fria da lei”). Pergunto: cumprir princípios significa descumprir a lei? Cumprir a lei significa descumprir princípios? Existem regras (leis ou dispositivos legais) desindexados de princípios? Cumprir a “letra da lei” é dar mostras de positivismo? Mas, o que é ser um positivista? (STRECK, 2014c).

Some-se a manutenção de uma postura que aparece cristalizada em várias posturas dos chamados “operadores” do Direito, qual seja, a tentativa infrutífera de aumentar “a dogmática interpretativa⁴⁰” na pretensão de com esse movimento, alcançar maior efetividade do Direito, o que resultaria em melhores decisões.

Essa incidência do fenômeno jurídico pautada em um excesso de método acaba por granjear contornos de um retorno à dimensão mitológica em termos de compreensão epistemológica. Seguindo a linha do professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1998), este seria o contexto do “mistério divino do Direito”, em típico movimento de sustentarmos, no contexto jurídico, a existência de “um princípio de uma autoridade eterna fora do tempo e mistificante, conforme as exigências dos mecanismos de controle burocrático num contexto centralista.” (FERRAZ JÚNIOR, 1998, p. 178).

O Direito, especialmente a partir das últimas décadas do século XX, tem assumido um caráter fortemente hermenêutico, pois, a partir da superação da compreensão do direito apenas como um conjunto de regras, a consideração de outros elementos, tais como a importância da linguagem e de outras espécies normativas têm contribuído para a compreensão das atuais características das sociedades: a complexidade e o conflito.

Dessa forma, Ronald Dworkin supõe uma superação da argumentação positivista na Teoria do Direito quando de sua defesa a respeito da existência de respostas (decisões) corretas no âmbito jurídico. Tais respostas são resultantes diretas de uma construção que respeita o aspecto formal (atendimento dos procedimentos previstos nas regras), assim como, e principalmente, os princípios, que “não apenas no Direito, são ao mesmo tempo teóricos e práticos e, enquanto tais, não se excluem reciprocamente [...]” (MARÇAL, 2007, p. 31).

A utilização gradativa de princípios constitucionais na área penal, perfazendo o sistema de direitos e garantias fundamentais tem alterado essa compreensão refratária ao Estado Democrático. Isso porque, no campo do Direito Penal, a

⁴⁰ Se pensarmos já na própria expressão “dogmática interpretativa”, verificamos os riscos que tal pretensão acarreta para a autonomia do Direito no Estado Democrático.

constatação de que a realidade brasileira fixa suas bases interpretativas a partir do dissenso, do pluralismo, tal qual afirma o próprio Texto Constitucional, tem denunciado a insuficiência da adoção de um intelecto pronto e satisfatório a respeito das normas jurídicas. (GALUPPO, 2002).

Aqui temos o registro do número crescente de HC impetrados no STF, que apontam como fundamento a Insignificância. Segundo o STF, **“dos 340 Habeas Corpus autuados no Supremo Tribunal Federal (STF), entre 2008 e 2010 pleiteando a aplicação do princípio da insignificância (ou bagatela), 91 foram concedidos, número que equivale a 26,76% do total.”** (BRASIL, 2011a, grifo nosso).

O número de casos que apresentaram tese defensiva pautada na insignificância cresceu substancialmente a partir de 2006, visto que até mencionado ano verificou-se a ocorrência de 03 (três) casos, ao passo que entre 2006 e 2009, este número aumentou vinte e quatro vezes, perfazendo um total de 72 (setenta e dois) casos, segundo pesquisa realizada por Oliveira, Rodrigues, Papa et. al.⁴¹

Essa constatação segue o caminho balizado pelas pretensões do Estado Democrático, mormente a adoção de “um pensar problematizante no qual a ideia de um sistema fechado, rigoroso e prévio⁴² seja afastada em prol de uma reconstrução dialógica que reivindica sempre a atenção e o cuidado para com o caso concreto.” (RIBEIRO, 2013, p. 169). Essa situação alerta a “sensibilidade⁴³ do juiz para as especificidades do caso concreto que tem diante de si é fundamental, portanto, para que se possa encontrar a norma adequada para produzir justiça naquela situação específica.” (CARVALHO NETTO, 1996, p. 146).

Esse aumento dos números de casos envolvendo a insignificância reflete a própria pretensão de abertura à construção do direito de forma participada, especialmente a discussão de teses até então pouco abordadas em sede dos tribunais superiores.

Apreciando o Recurso Especial (RESP nº 1.409.973-SP), do STJ, que teve como relator o Ministro Marco Aurélio Bellizze, fica translúcida a posição adotada

⁴¹ Mencionada pesquisa teve a coordenação dos professores doutores Pierpaolo Bottini e Maria Tereza Sadek.

⁴² Características, aliás, que aparecem fortemente no contexto do Direito Penal, como podemos constatar na própria configuração da ideia de relação jurídica em mencionado campo, quando observamos que a configuração da “hipótese normativa” aparece revestida de maiores rigores que em outras áreas.

⁴³ Aqui no sentido da prudência.

pela jurisprudência em sede da Insignificância. Analisando o voto do Ministro Bellizze, a consideração deste “princípio” afasta a tipicidade penal, fazendo com que o primeiro elemento do conceito analítico de crime não esteja configurado. É a lógica da chamada teoria tripartite, ou seja, “para ser fato típico, num primeiro momento, tem que estar previsto na norma penal.” (BRASIL, REsp nº 1.409.973/SP, 2013b).

O Ministro Bellizze destaca, ainda, a adequada compreensão a respeito da Tipicidade, isto é, o seu conteúdo não se resume apenas à chamada “descrição legal do fato típico” (BRASIL, REsp nº 1.409.973/SP, 2013b), mas deve ser integrada pela chamada tipicidade conglobante, ou seja, a consideração da antinormatividade e também a tipicidade material, que pode ser entendida como a efetiva lesividade ao bem jurídico protegido pela Ordem Jurídica.

Uma vez mais, um aspecto que merece destaque é o fato de que a insignificância só é passível de valoração “através da consideração global da ordem jurídica.” (BITENCOURT, 2008, p. 21). E, aliás, um adicional em relação a essa consideração é a compreensão segundo a qual

[...] a insignificância só pode surgir à luz da função geral que dá sentido à ordem normativa e, conseqüentemente, a norma em particular, e que nos indica que esses pressupostos estão excluídos de seu âmbito de proibição, o que resulta impossível de se estabelecer à simples luz de sua consideração isolada. (ZAFFARONI, 1991, p. 475).

Um ponto que merece destaque é o referencial a ser considerado em sede da Insignificância “no” Direito. Quando o direito menciona “irrelevância da conduta” fixa relação não com a objetividade jurídica protegida. Isso se justifica, pois esta foi eleita pela função competente, a do Legislativo. O que fica ressaltado na argumentação do Resp nº 1409.973 - SP, é o referencial da “intensidade da lesão”.

Nesse sentido, as considerações de Rogério Greco (2011) aparecem como pertinentes,

[...] a aplicação do princípio da insignificância não poderá ocorrer em toda e qualquer infração penal. Contudo, existem aquelas em que a radicalização no sentido de não se aplicar o princípio em estudo nos conduzirá a conclusões absurdas, punindo-se, por intermédio do ramo mais violento do ordenamento jurídico, condutas que não deviam merecer a atenção do Direito Penal em virtude de sua inexpressividade, razão pela qual são reconhecidas como bagatela. (GRECO, 2011, p. 68).

Com a apreciação e decisão do HC nº 84.412/SP⁴⁴, publicado no Diário de Justiça do dia 19 de novembro de 2004, consistente no julgamento de um rapaz de 19 anos que teria subtraído de outrem um bem cujo valor fora fixado em R\$ 25,00, o STF, por meio da decisão deste caso⁴⁵, que ficou conhecida como “decisão paradigmática” (BRASIL, HC nº 84.412-0 SP, 2004b), apresentou os requisitos para a configuração da insignificância. Segundo a própria ementa,

EMENTA: Princípio da Insignificância – Identificação dos vetores cuja presença legitima o reconhecimento desse postulado de política criminal – consequente descaracterização da tipicidade penal em seu aspecto material – Delito de furto – condenação imposta a jovem desempregado, com apenas 19 anos de idade – “Res furtiva” no valor de R\$ 25,00 (equivalente a 9,61% do salário mínimo atualmente em vigor) – Doutrina – Considerações em torno da jurisprudência do STF – Pedido deferido. (BRASIL, HC nº 84.412-0 SP, 2004b).

A partir desse julgamento, o STF apresentou, a partir da manifestação do Ministro Celso de Mello⁴⁶ os chamados “vetores para a incidência do princípio da insignificância” que aparecem expressos em quatro linhas: “a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.” (BRASIL, HC nº 84.412-0 SP, 2004b) .

Abordando o HC nº 84.412-0 SP, a posição majoritária em termos de consequência do reconhecimento da insignificância é manifestada, quando o Relator Ministro Celso de Mello sustenta que o “**princípio da insignificância qualifica-se como fator de descaracterização material** da tipicidade penal.” (BRASIL, HC nº 84.412-0 SP, 2004b, grifos do autor). Considerando a insignificância conexas com os

⁴⁴ Outros casos podem ser apontados como “incríveis” se pensarmos a verdadeira competência dos Tribunais Superiores. O famoso caso da senhora Maria Aparecida, uma ex-empregada doméstica que foi detida em flagrante delito nos idos de 2004, acusada de tentar furtar um xampu e um condicionador. Somados, tais bens resultavam no valor de R\$ 24,00. Além de ser possuidora de “retardo mental moderado”, Maria Aparecida ficou presa por mais de um ano. Submetida às mazelas do sistema carcerário, a cidadã brasileira foi vítima de maus tratos na prisão, que lhe resultaram lesões corporais permanentes, como a perda da visão de seu olho direito. Impetrado HC no Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), o mesmo fora negado, sendo que apenas quando da apelação ao STJ, teve a concessão do pedido de liberdade provisória, após, simplesmente, 13 meses de prisão, além de todo o sofrimento de ordem psíquica e física. O ponto determinante foi o “bom sendo do julgador” que determinou o deferimento da medida!

⁴⁵ Na decisão proferida pelo STF, o rapaz foi absolvido com fundamento na Insignificância.

⁴⁶ Alertamos aqui para uma preocupação com essa atitude criadora, uma vez que ela retoma o serôdio contexto da filosofia da consciência, que seguindo a linha de Lenio Luiz Streck (2010), faz com que o direito seja aquilo que o intérprete, ou seja, o agente julgador ou mesmo o tribunal, deseja que ele seja.

princípios da Fragmentariedade e da Intervenção Mínima, o Ministro Celso de Mello reforça a ideia de que ela “tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material.” (BRASIL, HC nº 84.412-0 SP, 2004b).

Apreciando a função para a qual o Direito Penal foi estruturado, continua o Ministro explicando que este campo do Direito

[...] não deve se ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. (BRASIL, HC nº 84.412-0 SP, 2004b).

Levantando várias contribuições a respeito da insignificância fornecidas pela Literatura Jurídica, o Relator por vezes explica a insignificância, na verdade, trazendo elementos de outros princípios, como o da Subsidiariedade e da Intervenção Mínima. Vejamos,

Isso se justifica, pois que o sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificarão quando estritamente necessários à própria proteção das pessoas, da sociedade, e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. (BRASIL, HC nº 84.412-0 SP, 2004b).

Resultante dessa construção, o STF, apresenta a definição daquilo que seria o “princípio da insignificância (crime de bagatela)”. Vejamos,

Princípio da Insignificância (crime de bagatela)

Descrição do Verbetes: o princípio da insignificância tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, ou seja, não considera o ato praticado como um crime, por isso, sua aplicação resulta na absolvição do réu e não apenas na diminuição e substituição da pena ou sua não aplicação. Para ser utilizado, faz-se necessária a presença de certos requisitos, tais como: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada (exemplo: furto de algo de baixo valor). Sua aplicação decorre do sentido de que o direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. (BRASIL, 2014e).

O interessante da verificação do mencionado glossário consiste, a bem da verdade, na repetição daquilo que foi apontado pelo Ministro Celso Mello no HC nº 84.4120-0/SP, sem, no entanto, apresentar nenhum esclarecimento a respeito de tais vetores.

Diante dessa formulação, na abordagem dos acórdãos no âmbito do STF, a seguir exemplificados, observamos que a consagração do “princípio” da insignificância aparece associada ao “uso, por diversos relatores, das expressões ‘lesão insignificante’, ‘lesão mínima’, ‘lesão ínfima’ etc.” (TRIVISONNO, 2012).

Diante da fixação dos mencionados vetores, a linha adotada pelo STF ressalta a importância da consideração da Insignificância com outros “postulados”, como o da Fragmentariedade e da Intervenção Mínima. Com esse movimento teríamos o afastamento da tipicidade material.

Aqui já é possível destacar a primeira grande confusão a respeito do tratamento destinado à insignificância: a sua consideração como princípio/postulado. Embora o cotidiano jurídico utilize tais expressões como sinônimas, os seus sentidos e alcance guardam consideráveis distinções.

Adotamos aqui o sentido de postulado apresentado por Gisela Gondin Ramos (2012):

[...] uma convenção básica, necessária e prévia para a ordenação sequencial de fatos ou argumentos, embora ela própria não possa ser demonstrada, mas simplesmente aceita como verdadeira, mas que servem à compreensão das normas jurídicas [...]. (RAMOS, 2012, p. 54).

Os postulados aparecem como importantes fixadores de critérios, diretrizes ou mesmo padrões destinados à ordenação do complexo jurídico. Algo substancialmente diferente aparece sob o nome de princípio.

Mas, continuando a apreciação dos motivos que justificaram a adoção da insignificância, o Direito Penal aparece nessa posição como aquele que

Não deve se ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 151).

No entanto, mesmo diante da lógica apresentada pelo STF, aliás, coerente, num primeiro momento, algumas justificativas apresentadas para essa dinâmica denunciam problemas em sede de sua ampla utilização. Existe um entendimento

segundo o qual o STF não deve se preocupar com aquilo que tem valor muito baixo, ou seja, aquelas que são consideradas “lesões insignificantes”, em um sentido de sustentarmos uma insignificância “do” direito. Mas o que adquire contornos de preocupação em sede de um Direito constitucionalmente adequado é que a incidência da Insignificância acontece sem uma segurança no que diz respeito à sua formatação, o que resulta, uma vez mais, na crença no “bom senso do aplicador”.

Esse “bom senso” muitas vezes, no contexto envolvendo ações penais que discutem a insignificância, resulta em uma “mera citação do princípio ou de um verbete, na maioria das vezes, absolutamente descontextualizado.” (STRECK, 2010, p. 172). E mais, desenvolver uma fundamentação das decisões com base em “verbetes protolexicográficos apenas reafirma o caráter positivista da interpretação jurídica, pois escondem a singularidade dos ‘casos concretos’” (STRECK, 2008b, p. 156).

Na decisão anteriormente apresentada, o Relator Ministro Celso de Mello não apresenta, de forma fundamentada, qual a consistência de cada um desses vetores⁴⁷. Logo, uma vez mais, o bom senso de cada julgador determinaria a decisão? Ou será que as partes teriam abertura e respeito à sua legítima participação na construção do provimento? Além disso, outro ponto que fica bem destacado no julgado é que,

Seguindo uma tendência tradicional do direito criminal (atualmente, ultrapassada), ignora-se por completo a figura da vítima e da disponibilidade que esta tenha sobre o bem jurídico atingido, daí não se fazer qualquer referência ao que representava para a vítima aquele percentual [...] (BUSATO, 2011, p. 107).

Mesmo com a indicação de alguns critérios que, supostamente resolveriam a questão da imprecisão em termos da incidência da Insignificância, o que pode ser verificado quando da análise nos vários julgados apreciados é que inexistem coerência na aplicação da mencionada regra. Apesar de tais critérios, há decisões que se fundamentam “em circunstâncias que não se subsumem aos ditos critérios.”⁴⁸ (BUSATO, 2011, p. 104). Pertinentes se mostram, portanto, as

⁴⁷ Apesar da relevância das contribuições do jurista Carlos Vico Mañas (1994), para quem “a doutrina e jurisprudência tem conseguido fixar critérios razoáveis para a conceituação e o reconhecimento das condutas típicas afetas ao Princípio da Insignificância, com base na natureza fragmentária e subsidiária do Direito Penal” (MAÑAS, 1994, p. 61), neste caso, manifestamos nossa discordância, quando verificamos a imprecisão no que diz respeito aos “vetores”.

⁴⁸ Nesse sentido (BRASIL, HC nº 135.451/RS, 2009b; BRASIL, HC nº 129.226/SP, 2009a).

considerações de Luiz Flávio Gomes (2001), a respeito da ausência de clareza quanto à definição dos critérios. Para o mencionado autor,

Nota-se na aplicação do direito patentes desigualdades (que chocam o homem comum e colocam a Justiça em descrédito). Há juízes que admitem a insignificância e outros que não; há juízes que levam em conta só o desvalor do resultado e outros que exigem também o desvalor da ação e da culpabilidade; a falta de critérios legais nesse âmbito é fator de grande insegurança e permite, muitas vezes, grande poder de discricionariedade ao Juiz [...]. (GOMES, 2001, p. 456).

Um interessante estudo foi desenvolvido por Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno (TRIVISONNO, 2012), no qual os critérios, considerados como “vetores”, são analisados criticamente. Analisando a apreciação e a decisão em sede do HC n° 84.412/SP, observamos que tais critérios, quando interpretados numa linha lógico-sistemática, apresentam problemas. Vejamos. Começando pela quantidade de critérios apresentada, qual seja, quatro, uma análise mais detida dos mesmos possibilita uma relação de sinonímia entre o primeiro e o quarto critérios, isto é, entre a (1) ofensividade mínima da conduta do agente e (4) inexpressividade da lesão jurídica provocada. Isso parece lógico, visto que se estivermos diante de uma ofensa mínima aos bens jurídicos tutelados, podemos afirmar que a lesão é inexpressiva, motivo pelo qual, os dois critérios resultam, a bem da verdade, em apenas um. Diante disso, se estes “dois” critérios restam configurados, a ausência de periculosidade é consequência lógica e, por obviedade, o reduzido grau de reprovabilidade social.⁴⁹

Vejamos mais alguns exemplos dessa situação apresentada acima. O HC n° 97.190/GO, julgado pelo STF recentemente e que teve a relatoria do Min. Dias Toffoli, considerou, amplamente, a tese da insignificância como causa de atipicidade material. (BRASIL, HC n° 97.190-GO, 2010a) No caso em questão, o ponto circundou a incidência da insignificância em um caso de roubo qualificado (art. 157, §2º, II, CP). Aqui, tivemos a condenação do réu à pena de reclusão de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses pela subtração de algo calculado em um valor proporcionalmente ínfimo⁵⁰, quando relacionado à dosimetria da pena.

⁴⁹ Importante destacar a interpretação de Alexandre Gomes Travessoni Trivisonno (2013), quando ressalta que a compreensão da reprovabilidade social mencionada pelo STF deve ser considerada no contexto de um elevado grau de reprovação social, o que, via de consequência, autoriza a incidência do Direito Penal.

⁵⁰ Pelo que consta dos autos, o valor foi de R\$ 3,45.

O afastamento da insignificância teve respaldo na alegação de que o caso envolvia a ocorrência de um *crime complexo*, e que, portanto, afetaria outros bens jurídicos tutelados que não apenas a questão patrimonial. Ao que parece, portanto, o Tribunal, por meio de sua própria interpretação decidiu restringir a aplicação da norma apenas às questões de natureza patrimonial, afastando a sua ocorrência em situações outras que não as de apreciação econômica.

Os argumentos apresentados acima, guardam fio condutor nas ideias da subsidiariedade do Direito Penal, que direcionam a compreensão para uma interpretação de cariz teleológico e com isso “nada mais faz que abrir espaço para uma compreensão enfraquecedora do caráter normativo do Direito, por pretender fundamentar uma decisão jurídica em uma perspectiva política não assumida criticamente no próprio foro político-institucional legítimo, o devido processo legislativo.” (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 150).

Outro exemplo merece destaque. Trata-se de um REsp no STJ que teve como Relator o Ministro Felix Fischer. Vejamos parte do relatório no qual o Ministro Fischer apresenta uma distinção no crime de furto entre ínfimo valor e pequeno valor, atribuindo àquele a definição de “ninharia”. Segundo o relator

I. No caso do furto, para efeito da aplicação do Princípio da Insignificância é imprescindível a distinção entre ínfimo (ninharia) e pequeno valor. Este, *ex vi legis*, implica eventualmente em furto privilegiado; aquele, na atipia conglobante (dada a mínima gravidade). II. A interpretação deve considerar o bem jurídico tutelado e o tipo de injusto. (BRASIL, REsp nº 1.060.971-RS, 2008a).

Apreciando o caso, o relator prossegue com um breve relato dos fatos, explicando que estamos diante “de furto de um facão, duas facas, duas folhas de facão, dois freios para cavalo com corda, uma manivela com pua, um par de sapatos tipo botina, uma japona e duas toalhas, avaliados conjuntamente em R\$ 87,00” (BRASIL, REsp nº 1.060.971-RS, 2008a). Diante do mencionado levantamento, segundo o agente julgador, a insignificância seria afastada, não se aplicando ao caso.

Interessante situação nos permite verificar que quando a discussão, em sede jurisdicional, envolve delitos de natureza patrimonial, a interpretação a respeito do que vem a ser insignificante resulta em múltiplas possibilidades. Os julgados no âmbito do STF tem refletido grande dificuldade na determinação do que realmente seria um “furto insignificante.” (TRIVISONNO, 2012).

No entanto, embora múltiplas, tais possibilidades aparecem plasmadas no movimento de afastamento da geratriz democrática do Direito, estando voltadas para a crença⁵¹ “em discursos adjudicadores, ‘corretivos do direito’, fragilizando aquilo que é a grande conquista do direito nos últimos tempos: a sua autonomia.” (STRECK, 2008b, p. 159).

No caso apreciado pelo STF e indicado como um “caso paradigmático”, um montante de R\$ 25,00 afastou a incidência do Direito Penal ao furto, enquanto, no caso do STJ, o furto de bens avaliados em R\$ 87,00, resultou na condenação do réu. A diferença de pouco mais de R\$ 60,00 entre os dois casos, por si só importa em críticas, se observadas outras situações nas quais a insignificância tem sido reconhecida, como no caso dos delitos de descaminho, em que o valor envolvido supera os milhares.

Em se tratando de débitos em relação à Fazenda Pública, a jurisprudência do STF firmou entendimento no sentido de considerar os delitos que impliquem valores de até R\$ 10.000,00 (dez mil reais), devem receber a incidência da insignificância. Com isso, afasta-se a tipicidade material da conduta, dada a sua previsão legal no art. 20⁵² da Lei nº 10.522/2002 (BRASIL, 2002), com alterações promovidas pela Lei nº 11.033/2004 (BRASIL, 2004a). Considerando essa disposição legal, vem à tona a lógica do custo/benefício, uma vez que “os custos necessários para a cobrança judicial são maiores do que eventual benefício advindo com êxito da execução.” (GALVÃO, 2011, p. 298). O argumento aqui é interessante, pois mencionado patamar (R\$ 10.000,00) aparece como marco para o ajuizamento da execução fiscal. Logo,

Efetivamente, tendo a União renunciado à execução forçada do crédito, por entender que os custos daí resultantes não justificam a mobilização do Judiciário, sentido algum faria promover a ação penal em tais casos, em razão do caráter residual (subsidiário), que um plus relativamente à intervenção civil. (QUEIROZ, 2008, p. 52).

Todavia, a questão envolve problemas mais relevantes se observamos que o raciocínio desenvolvido pelo STF no contexto dos crimes tributários carece de

⁵¹ No sentido mesmo daquilo que poderia resolver os problemas.

⁵² Segundo o qual “serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).” (BRASIL, 2002).

adequada fundamentação. Isso pelo motivo segundo o qual

o fundamento da não-execução de valores de até 10.000 reais parece ser a inviabilidade econômica da execução, não a 'insignificância' do valor sonogado, porque em tais casos ela própria pode custar o mesmo valor ou até mais que o crédito que se apurará. (TRIVISONNO, 2012).

Diante disso, o que complica de forma mais incidente as próprias bases de um Estado que se quer democrático, é a interpretação que ocorre sem critérios plausíveis, tal qual observado no caso dos crimes tributários e, principalmente, pautada em argumentos que esvaziam o próprio sentido de normatividade pretendida pelos defensores do "princípio" da insignificância. Veja-se, novamente, o direcionamento da questão envolvendo o crime tributário, algo "que o STF não vem analisando adequadamente: o desvalor de uma conduta no plano do Direito Penal não se mede só pelo valor econômico envolvido, ou, mas que isso, pode-se até dizer, quase nunca por ele." (TRIVISONNO, 2012).

Com isso, tais posturas no Judiciário marcam um distanciamento da deontologia e aproximação da teleologia. A busca de uma adequada compreensão do Direito na Modernidade aparece em uma de suas bases, orientada pela distinção "funcional do sistema do Direito do sistema da Política, além do juízo de correção normativa se fazer distinto do juízo de eficácia (meios a fins)." (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 151).

A reflexão continua nesse sentido, quando verificamos que os mencionados critérios tem funcionado como verdadeira "lei", alvo de observância, aliás, acrítica. É o que em certo momento do pensamento jurídico aparecia sob a inspiração dos antigos segundo a qual sendo claro o dispositivo cessa a necessidade de interpretação. Mencionados vetores foram desenvolvidos e passaram a ser considerados na decisão de casos, como se fossem uma fórmula mágica a desobrigar os seus aplicadores do compromisso assumido quando de seu dever perante o Direito e seus auspícios de Justiça. Desse modo, mesmo diante de incongruências entre o que aparece na ementa e a fundamentação do "acórdão paradigmático", a sua utilização tem sido feita pelos demais Tribunais "por vezes de forma cega e positiva" (BUSATO, 2011, p. 107).

De fato, com esse movimento, chega-se à constatação de que

[...] aquilo que começa com (um) a subjetividade “criadora” de sentidos (afinal, quem pode controlar a “vontade do intérprete”?, perguntariam os juristas), acaba em decisionismos e arbitrariedades interpretativas, isto é, em um “mundo jurídico” em que cada um interpreta como (melhor) lhe convém...! Enfim, o triunfo do sujeito solipsista, o *Selbsüchtiger*. (STRECK, 2008b, p. 130).

Exemplo disso é a apreciação do HC nº 90747/PR, que teve a relatoria do Min. Joaquim Barbosa, com publicação no Diário de Justiça (DJ) de 17/12/2009. Observa-se, em sua ementa, que o relator deixa claro que

[...] para a aplicação do princípio da insignificância, é necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a inequívoca constatação de seus vetores, que são (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a ausência de periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Precedentes. Ordem denegada. (BRASIL, HC nº 90.747/PR, 2009c).

Novamente, a discussão alcança a reflexão sobre a fundamentação, ou seja, por quais motivos a ementa do HC nº 84.412-0/ SP, tem sido utilizada muitas vezes em um estado de tifo interpretativa e em um comportamento positivista?

A realidade processual brasileira tem destacado alguns problemas, tais como a busca pela Celeridade Processual, pautada em uma duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CR/88) e sua compatibilidade com as garantias processuais. Nesse sentido, em entrevista concedida à Mídia, o Ministro Marco Aurélio, indagado a respeito do volume de trabalho do Pretório Excelso, respondeu, em tom de desabafo, que “você quer fazer uma reflexão, mas não pode deixar o processo na prateleira para amadurecer a ideia. É vapt-vupt. Hoje não somos julgadores, somos estivadores.” (MELLO apud ARRAIS, 2008).

Outra questão que desafia reflexões em torno da Insignificância diz respeito à incidência ou não do Direito Penal nos delitos tributários inferiores ao patamar de R\$ 10.000,00. Considerando os elementos trazidos na presente pesquisa, o que temos na verdade não seria a aplicação da Insignificância e sim a própria consideração do Direito Penal como a *ultima ratio*, a última defesa, visto que existem outros meios mais eficazes em termos de execução fiscal.

Além disso, outro aspecto que merece destaque no contexto da insignificância, consiste na abertura à participação dos demais envolvidos na relação processual, evitando desse modo, decisões e pronunciamentos parciais e solipsistas.

Esse aspecto diz respeito às participações de autor e réu no que concerne à manifestação no processo em simétrica paridade⁵³, o que envolve a dinâmica interpretação-compreensão-aplicação, situações que não aparecem, seguindo a linha gadameriana, como momentos distintos.

Por este motivo, ganha relevo a “ligação necessária, na dimensão processual, entre a hermenêutica e a teoria da argumentação.” Se consideramos que a decisão judicial é resultante de uma construção argumentativa, “não devem ser apenas as compreensões e pré-compreensões do Juiz que devem conformá-la.” (RIBEIRO, 2013, p. 184). Logo,

Para interpretar, necessitamos compreender. E para compreender, temos que ter uma pré-compreensão, constituída de estrutura prévia de sentido – que se funda essencialmente em uma posição prévia (*Vorhabe*), visão prévia (*Vorsicht*) e concepção prévia (*Vorgriff*) – que já une todas as partes do *sistema*. (STRECK, 2008b, p. 134).

Isso equivale a dizer, portanto, que a pré-compreensão possibilitará esse novo enquadramento da hermenêutica jurídica, uma vez que, ao considerarmos a interpretação de um texto, esta superará a do seu autor, visto que “a compreensão não é nunca um comportamento reprodutivo, e sim, a seu turno, sempre produtivo.” (GADAMER, 1977, p. 366, tradução nossa).⁵⁴ Nessa linha, o autor também nos diz algo por meio do seu texto, quando buscamos a sua compreensão. Esse algo deve ser escutado pelo intérprete, que, em um movimento de abertura, deve considerar que a opinião do texto, mesmo não sendo a sua opinião, deve ser reconhecida, pois é exatamente esse reconhecimento que possibilita a compreensão.

Essa dinâmica nos remete ao movimento orbicular, “pois tem o seu começo na pré-compreensão que o intérprete tem do texto, enquanto depois aquela retorna

⁵³ Seguindo, no caso, a orientação do processualista italiano Elio Fazzalari (1992) em sua construção teórica que considera o processo como uma espécie de procedimento realizado em contraditório. No contexto brasileiro, os textos do professor Aroldo Plínio Gonçalves aparecem como indicação para a compreensão inicial da temática.

⁵⁴ “[...] la comprensión no es nunca un comportamiento reproductivo, sino que es a su vez siempre productivo.”

já modificada. Isso é o ‘círculo hermenêutico’.⁵⁵ (LOPES, 2000, p. 106). Por esse motivo, que se rechaça a tese segundo a qual seria o autor responsável pela atribuição do sentido definitivo de algo. Daí o grande problema de considerarmos que o agente julgador, ao fixar o sentido de insignificância, atue no sentido de considerar pontos de vista como sendo aqueles partilhados por toda a sociedade, e um movimento de criação normativa, sem, contudo, observar a importância do círculo hermenêutico.

O que se verifica, especialmente a partir das contribuições de Martin Heidegger, é que o sentido

É refeito por cada leitor, a cada leitura, sob o impacto de vários elementos, uns pessoais (o seu universo de referências: os seus conhecimentos, os seus interesses e expectativas), outros ambientais (a cultura em que o leitor se situa, os discursos correntes nesse lugar e nesse período, o senso comum). (HESPANHA, 2009, p. 653).

Entretanto, quando se considera a pré-compreensão não se está afirmando que os pré-juízos sejam marcados pela arbitrariedade. Em verdade, não se trata de inventarmos tais pré-juízos. Definitivamente não. O que eles fazem é servir de orientação no

[...] emaranhado da tradição, que pode ser autêntica ou inautêntica. Mas isto não depende da discricionariedade (ou, se se quiser, de um ato de vontade) do intérprete e tampouco de um ‘controle metodológico’. O intérprete não ‘domina’ a tradição. (STRECK, 2008b, 143).

Logo, essa dimensão hermenêutica aparece adequada para a (re)orientação da própria dimensão interpretativa no Direito Penal, uma vez que as pretensões do constitucionalismo moderno ficariam comprometidas. Se dissociadas de mencionada dimensão, isso pelo fato segundo o qual, quando pensamos em Constitucionalismo, tem-se em mente “um sistema que estabelece direitos jurídicos individuais que o

⁵⁵ Podemos compreender essa lógica se pensarmos com um esquema a respeito da circularidade no contexto da hermenêutica. Vejamos: em t1 temos a situação tal qual ela se nos apresenta. Na incidência do momento t2 temos “a refração da ‘natureza’ pelas condições histórico-subjectivas da observação, pelas técnicas de manipulação, pela linguagem comum, pelas suas imagens tradicionais, pelos objectivos pragmáticos tidos em vista etc.”; na sequência, em t3 apresenta-se a versão científica daquilo que foi constatado em t1. No entanto, em t4 observamos “novas condições históricas e novas imagens tradicionais decorrentes, desde logo, da imagem anterior da natureza, bem como da discussão e elaboração teórica pela comunidade científica.” Logo, em t5 alcançamos uma nova versão do estado apresentado em t3, que por sua vez, era uma nova versão de t1. Prossequindo, no momento t6 temos a reiteração da situação descrita em t4 considerando novas circunstâncias. Chega-se, portanto, à conclusão da circularidade, ou para alguns, espiral, da compreensão. (HESPANHA, 2009, p. 655).

legislador dominante não tem o poder de anular ou comprometer. O constitucionalismo, assim entendido, é um fenômeno político cada vez mais popular.” (DWORKIN, 2002, p. 01).

4 A EXISTÊNCIA DE RESPOSTAS CORRETAS NO DIREITO PENAL

Para Dworkin (e, creio, para o praticante cotidiano) o direito é uma entidade real, viva, e isso significa que o direito, adequadamente entendido, impõe obrigações morais diretamente para que os indivíduos se conformem a suas exigências. (GUEST, 2010, p. 1).

Este capítulo procura, considerando as contribuições de Ronald Dworkin, sustentar a possibilidade de decisões constitucionalmente adequadas no Direito Penal, a partir da consideração da Integridade. Para tanto, compreender o que o autor entende por Integridade, bem como as suas dimensões é essencial para a adoção de uma postura crítica em relação à maneira pela qual o Direito é pensado e construído no caso brasileiro. Além disso, outro ponto importante que será discutido diz respeito à importante distinção entre os argumentos de princípio e os argumentos de política, e os riscos resultantes de sua confusão no conhecimento do Direito.

4.1 Ronald Dworkin e a resolução de casos difíceis

Ronald Dworkin, nascido em 1931 em Massachusetts⁵⁶, nos Estados Unidos, pode ser considerado um dos mais importantes filósofos do orbe jurídico na atualidade. Autor de inúmeras obras, dentre as quais destacamos *Law's Empire* e *A Matter of Principle*.

No histórico, lecionou em outras importantes universidades, como Yale, Oxford e University College of London. Nos idos do ano de 2007, o jusfilósofo foi contemplado com o *Holberg Prize*, importante prêmio destinado àqueles que prestam importantes contribuições no campo jurídico e filosófico (COSTA, 2011).

O seu pensamento foi influenciado pela tradição política e jurídica do liberalismo norte-americano. Marcado por um pensamento complexo recebe (u) várias críticas, tanto favoráveis, como as desenvolvidas por Stephen Guest (2010), quanto desfavoráveis, como as desenvolvidas por Herbert Lionel Adolphus Hart (1994, 1961), que considerava Ronald Dworkin um “nobre sonhador” e, ainda, as de “Fitzpatrick (1992) [que] chama de ‘criadora de mitos’, a estratégia dworkiniana de conferir unidade sistemática ao sistema e à prática jurídicos”. Através do estudo do

⁵⁶ Infelizmente, o ano de 2013 marcou a despedida deste grande filósofo. Ronald Dworkin faleceu em 14 de fevereiro de 2013 em Londres.

seu pensamento, observa-se que o filósofo defende “ideias de equidade, processo legal justo e direitos individuais como aspectos fundamentais da legalidade.” (MORRISON, 2006, p. 495-496).

E qual seria o objetivo de Ronald Dworkin? Posicionando-se contra concepções como o pragmatismo e o convencionalismo, objetiva a construção de uma teoria que reorganize, de forma racional, o direito vigente, permitindo (COSTA, 2011), com isso, um aspecto coeso da sua elaboração, levando em consideração uma principiologia e uma solidariedade entre os membros participantes daquela comunidade. (PEREIRA, 2001). Isso resulta em um respeito mútuo entre os participantes daquela comunidade, pois, essa construção

Insiste em que as pessoas são membros de uma comunidade política genuína apenas quando aceitam que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governadas por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político. [...]. (DWORKIN, 1999b, p. 254).

Ronald Dworkin inicia sua produção nos idos da década de 1960, desenvolvendo nos anos seguintes escritos analíticos sobre a obra *O conceito de Direito*⁵⁷ publicada por Herbert Lionel Adolphus Hart⁵⁸, em 1961, direcionando suas críticas para uma ideia consideravelmente influente ao longo do século XX, denominada Positivismo Jurídico⁵⁹ (COSTA, 2011). A compreensão a respeito do Direito para o jurista de Oxford considera a dimensão hermenêutica, enquanto superação de outras dimensões, como as metafísicas clássica e moderna (STRECK, 2007a), no sentido de se atribuir importância à figura do intérprete. Com isso,

[...] o direito, *locus* privilegiado do processo hermenêutico – porque os textos necessitam sempre de interpretação, questão que a própria dogmática jurídica reconhece –, não pode caminhar na contramão desse rompimento paradigmático. (STRECK, 2007b, p. 409-410).

⁵⁷ Mencionada obra teve uma reedição em 1994, na qual observamos a introdução de um posfácio que teve por objetivo rebater as críticas feitas por Ronald Dworkin.

⁵⁸ Herbert Lionel Adolphus Hart atuou como advogado em Londres por aproximadamente 17 anos (1932-1949). Importante professor de Oxford ministrou suas aulas na cadeira de *Jurisprudence*, sendo sucedido, anos mais tarde, por Ronald Dworkin.

⁵⁹ Em linhas gerais, o positivismo jurídico, afirmaria, dentre outras coisas, “que a moralidade é irrelevante para a identificação do direito. Essa doutrina começou com Thomas Hobbes [Leviatã] e há contemporâneas refinadas, as de Hart e Joseph Raz, por exemplo.” (GUEST, 2010, p. 19).

Herbert Lionel Adolphus Hart⁶⁰ considerava o Direito como uma questão que exigia uma análise dos fatos, isto é, o Direito como uma questão de fato. Enquanto representante do positivismo jurídico, definia o Direito como um conjunto de regras primárias e secundárias (HART, 1961). Procurando atuar no sentido de uma estabilização das expectativas comportamentais, essa dinâmica acabou produzindo problemas para o campo de decisão judicial, especialmente no que diz respeito à sua legitimidade (COSTA, 2011). A partir dessa consideração de um conjunto de regras primárias e secundárias, alcança-se o entendimento de um sistema que proporcionou a redução da

[...] legitimidade das regulamentações jurídicas ao cumprimento ou observância dos procedimentos juridicamente estipulados de produção do Direito, deslocando para a origem da ordem jurídica toda a sua legitimidade e deixando de lado a fundamentação racional do conteúdo normativo. (COURA, 2004, p. 416).

Essa análise aparece em uma nova óptica, ou seja, uma modificação do “conhecimento do direito atrelado aos aspectos semânticos e sintáticos da linguagem jurídica, para uma análise detida aos aspectos pragmáticos da linguagem do Direito, privilegiando seus usos e funções.” (KOZICKI, 1997, p.129-130).

As regras primárias podem ser entendidas como aquelas que fixam direitos e obrigações para uma comunidade política; essas seriam aquelas observáveis quando do estabelecimento de alguns direitos, como o direito de propriedade e de liberdade. (STRECK, 2009c).

No que diz respeito às regras secundárias⁶¹, elas podem ser compreendidas como aquelas que autorizam a elaboração das regras primárias, como, a título de exemplificação, as regras que fixam a competência de determinado órgão estatal. Tais regras (as primárias e as secundárias) seriam diferenciadas das demais ordens sociais a partir do que ele denomina “critério último de validade”, isto é, a “**regra de reconhecimento**”.

⁶⁰ Embora o seu pensamento seja alvo de críticas, “Hart deve ser considerado, conjuntamente com Kelsen e Ross, um dos maiores nomes da Teoria do Direito do séc. XX.” (SGARBI, 2009, p. 103).

⁶¹ As regras secundárias estão voltadas para múltiplas funções, quais sejam, a criação, modificação, exclusão e aplicação das regras primárias. Além disso, elas podem denotar a Regra de Reconhecimento.

Nas palavras do professor de Oxford,

Por força de regras de um tipo, que bem pode ser considerado um tipo básico ou primário, aos seres humanos é exigido que façam ou se abstenham de fazer certas acções, quer queiram ou não. As regras do outro tipo são em certo sentido parasitas ou secundárias em relação às primeiras: porque asseguram que os seres humanos possam criar, ao fazer ou dizer certas coisas, novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar as regras antigas, ou determinar de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar a sua aplicação. As regras do primeiro tipo impõem deveres, as regras do segundo tipo atribuem poderes, públicos ou privados. As regras do primeiro tipo dizem respeito à acções que envolvem movimento ou mudanças físicos; as regras do segundo tipo tornam possíveis actos que conduzem não só a movimento ou mudanças físicos, mas à criação ou alteração de deveres ou obrigações (HART, 1994, p. 91).

Enquanto um critério último de validade, mencionada regra, isto é, a Regra de Reconhecimento (tradução nossa)⁶² é compreendida de forma convencionalmente pressuposta. Assim como a Norma Fundamental na Teoria de Hans Kelsen, ambas servem para a compreensão do fundamento último de validade do sistema jurídico.⁶³ (STRECK, 2009c). Nos dizeres de Ronald Dworkin (2002), a Regra de Reconhecimento aparece como sendo a “única regra em um sistema jurídico, cuja obrigatoriedade depende de sua aceitação.” (DWORKIN, 2002, p. 34).

Além desse entendimento, Hart considerava a existência de uma linguagem peculiar⁶⁴, própria ao Direito, cuja inscrição encontrar-se-ia “nas práticas sociais, que, como toda linguagem, comporta regras sobre o uso e o significado de seus termos.” (OLIVEIRA, 2007a, p. 88). Ou seja, o Direito aparece em Hart como estando constituído “por um universo de diferentes usos linguísticos (os enunciados jurídicos), os quais permitem que seus usuários os interpretem de diferentes formas.” (KOZICKI, 2009, p. 410).

Isso vai explicar, a partir de Hart, um dos grandes problemas do positivismo, qual seja, a possibilidade do agir discricionário. Como em outras linguagens, a linguagem jurídica apresenta uma “textura aberta”. Isso implica na seguinte situação:

⁶² Rule of Recognition.

⁶³ Não nos esqueçamos que tais construções apresentam substanciais diferenças. Dentre elas, o fato de, no caso de Herbert Lionel Adolphus Hart, a Regra de Reconhecimento promover a incorporação de costumes e práticas sociais, diferentemente da Norma Fundamental de Kelsen. Além disso, “a RR de Hart – essas diferenças são significativas – ‘não é válida’ nem ‘inválida’; e, além disso, ‘muito menos pertence’ ao ‘mundo das pressuposições’ do conhecimento: RR, conforme pontua o próprio Hart, é ‘um fato’ e, por conseguinte, os enunciados elaborados a respeito dela, da regra de reconhecimento, são passíveis, como tais, de serem predicados de verdadeiros ou falsos, visto que construídos sob um objeto existente, um estado fático de coisas.” (SGARBI, 2009, p. 136).

⁶⁴ Essa construção leva em consideração as influências do filósofo da linguagem Ludwig Wittgenstein.

Na hipótese de não haver uma regra que preveja o tratamento a ser dado a uma questão objeto de apreciação judicial, entre assumir uma atitude formalista e uma atitude cética em relação ao Direito deve-se reconhecer ao juiz, em certas circunstâncias, o poder discricionário de escolher indiferentemente, entre possíveis decisões, a decisão a ser tomada. (OLIVEIRA, 2007b, p. 88).

Exatamente neste contexto da textura aberta dos enunciados jurídicos é que Hart reconhece a existência da discricionariedade judicial. Na constatação de que o Direito não se constitui como um ordenamento completo e em razão, portanto, de mencionada textura, a interpretação que se desenvolve nesse âmbito, mesmo diante de regras, pode levar a incertezas⁶⁵. Nas palavras do próprio Herbert Lionel Adolphus Hart (1994), a textura aberta do direito apresenta em sua significação

[...] áreas da conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso. (HART, 1994, p. 131).

Associada a esta questão existem “casos juridicamente não regulados ou regulados de forma não conclusiva.” (KOZICKI, 2009, p. 411). Enquanto competente pelo julgamento, o juiz por não possuir condições, com base naquilo que já foi produzido no edifício jurídico, de apresentar uma decisão adequada, lançará mão da discricionariedade. Este “poder discricionário que assim lhe é deixado pela linguagem pode ser muito amplo; de tal forma que, se ela aplicar a regra, a conclusão constitui na verdade uma escolha, ainda que possa não ser arbitrária ou irracional.” (HART, 1994, p. 139).

É nesse sentido que o positivismo desenvolve teses a respeito de respostas no Direito, como

[...] (a) a vagueza ou, conforme Hart, a textura aberta da linguagem jurídica, que torna impossível afirmar ser uma proposição jurídica verdadeira ou falsa; (b) a existência nas proposições jurídicas de uma estrutura oculta que explica como pode ser verdadeiro que as proposições (o contrato de T é válido e o contrato de T não é válido) não servem à descrição do fato; e (c) a suposição de que as proposições jurídicas controvertidas possam ser nem verdadeiras nem falsas. (CHUEIRI, 1997, p. 172-173).

⁶⁵ Além disso, no próprio contexto da legislação, em razão pela própria limitação humana, a lei não consegue apresentar a previsão de todas as situações que devem ser reguladas. (HART, 1994).

A inexistência de respostas corretas, no contexto do positivismo jurídico, aparece como logicamente sustentável, pelo motivo segundo o qual esta linha de pensamento considera o Direito como uma questão semântica, fazendo o raciocínio de verificação de enquadramento, ou não, do caso na descrição dos textos jurídicos. Esse é o sentido de se considerar a indeterminação no campo jurídico, o que acaba fixando o Direito como uma manifestação esvaziada de conteúdo, ou seja, em certo sentido, tudo aparece com o potencial de ser jurídico.

É o que nos diz Herbert Lionel Adolphus Hart (1994) ao afirmar que “haverá na verdade casos simples que estão sempre a ocorrerem contextos semelhantes, aos quais as expressões gerais são claramente aplicáveis [...], mas haverá também casos em que não é claro se se aplicam ou não.” (HART, 1994, p. 124). Ronald Dworkin (2002), verificando essa postura verifica que para o professor inglês

[...] quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o ‘poder discricionário’ para decidir o caso de uma maneira ou de outra. (DWORKIN, 2002, p. 127).

Com isso, Ronald Dworkin (2002) contrapõe-se ao positivismo que sustentava a possibilidade do agir discricionário por parte do agente julgador em razão da diversidade de decisões possíveis. Ou seja, diante dos chamados *hard cases*, onde, em um primeiro momento, não exsurge, claramente, qual regra deva ser considerada, o agente julgador estaria autorizado a decidir de forma discricionária. Contrapondo-se ao positivismo, reflete a respeito da melhor maneira de concretizar o Direito, constatando que sua racionalidade seria possibilitada a partir da consideração do Direito como uma postura interpretativa no sentido construtivo. Sobre essa pretensão de racionalidade, aliás, “é possível avaliar padrões de racionalidade e aperfeiçoá-los. Os princípios de aperfeiçoamento não estão nem acima da tradição nem além da mudança, e é impossível estabelecê-los clara e inequivocadamente.” (FEYERABEND, 2011, p. 28).

A crítica de Ronald Dworkin (2002) aparece no sentido de verificar que, em razão do agir discricionário, os juízes acabam legislando “novos direitos, e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão.” (DWORKIN, 2002, p. 127). Com isso,

Caso se admita a discricionariiedade judicial, então os direitos dos indivíduos estão à mercê dos juizes. A tese da discricionariiedade supõe retroatividade. Os direitos individuais só são direitos se triunfam frente ao governo ou a maioria. Deixar à discricionariiedade do juiz a questão dos direitos significa não se tomar a sério os direitos. Frente ao poder jurídico do juiz – poder criador de direito discricionário – Dworkin propugna a função garantidora – não criadora – do juiz. (CALSAMIGLIA, 1984).

Nesse contexto, Ronald Dworkin destaca que na consideração dos princípios, a sua identificação não pode acontecer

[...] por critérios provenientes de uma norma de reconhecimento manifestada pela prática dos tribunais – já que eles nunca podem ser observados em toda a sua extensão (não são objectiváveis, coisificáveis), dado o seu caráter aberto, virtual e programático. (HESPANHA, 2009, p 139).

Logo, continuando na interpretação promovida por Ronald Dworkin, se procurarmos uma identificação de princípios jurídicos, a mesma seria possível através de uma “interpretação doutrinal dirigida a identificar valores jurídicos ‘que melhor enquadram o conjunto da história institucional de um certo sistema jurídico.’” (HESPANHA, 2009, p. 139).

Mas, além do positivismo, o jusfilósofo também se contrapõe à tradição realista, “que advoga uma teoria do direito ‘sem direitos’, segundo a qual as decisões em nada se ligariam ao passado de uma comunidade jurídica, mas tão-somente a um futuro a ser projetado politicamente a cada nova decisão [...]”. (OLIVEIRA, 2007b, p. 87).

Como superação aos problemas identificados nas teorias acima apresentadas, Ronald Dworkin (1999) procura em sua teoria desenvolver a chamada coerência de princípios. Para tanto, sua reflexão lança mão da interpretação construtiva. “A interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou gênero aos quais se imaginam que pertençam.” (DWORKIN, 1999b, p.64). Ganha forma aquilo que o filósofo refletiu como a construção do romance em cadeia, entendido como um encadeamento lógico de ideias (*Law in chains*).

Ressalte-se que o desenvolvimento da noção de interpretação integra um momento relativamente tardio no desenvolvimento do pensamento de Ronald Dworkin (1999). Verifica-se que “a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou gênero aos quais se imaginam que pertençam.” (DWORKIN, 1999b, p.64),

e não apenas procurar o sentido de algo.

Retomando sua reflexão, Ronald Dworkin lança mão do “romance em cadeia” (**chain novel**), que, conforme visto, pode ser entendido como um encadeamento lógico de ideias, trabalhado em sua obra *Uma questão de Princípio* (2005), no capítulo 06 intitulado “De que maneira o Direito se assemelha à Literatura”. O interessante é que esse constructo refere-se à viragem no campo interpretativo que o autor promove no contexto jurídico. A prática interpretativa aparece tanto no contexto do direito como no contexto da Literatura, de modo que se pode afirmar que essa figura de linguagem nos permite concluir que tanto o Direito quanto a Literatura se nos apresentam como uma taluda narrativa.

Essa teorização, a do “romance”,

Ilustra um processo de aprendizado social subjacente ao Direito como prática social interpretativa, um processo capaz de corrigir a si mesmo e que se dá ao longo de uma história institucional, reflexivamente construída à luz dos princípios jurídicos de moralidade política que lhe dão sentido. (OLIVEIRA, 2007b, p. 89).

Um esclarecimento, neste momento, sobre a moralidade em Ronald Dworkin é cabível. Ele sustenta uma extração de sentido moral do direito, deixando, ao longo de seus escritos transparecer a conclusão de que a moralidade se nos apresenta como o ponto fulcral da sua Teoria moral e política. Para Ronald Dworkin, a moralidade “baseia-se no que podemos chamar de seu princípio fundamental (*foundational*), o de que as pessoas devem ser tratadas com igual consideração e respeito.⁶⁶” (GUEST, 2010, p. 17).

A compreensão do Direito pode ser melhorada “comparando a interpretação jurídica com a interpretação em outros campos do conhecimento, especialmente a literatura.” (DWORKIN, 2000b, p. 217. Conforme o autor, para que a comparação entre a interpretação literária e a jurídica seja proveitosa, aquela precisa ser considerada em determinada perspectiva. O que importa na interpretação artística não é necessariamente o significado do texto, isto é, o que o autor procurou transmitir com a utilização de determinados elementos linguísticos, mas, as teses que subjazem a isso, indicando uma interpretação que considere a obra como uma totalidade. (DWORKIN, 2000b).

⁶⁶ O Direito aparece no sentido político, quando consideramos o ponto de vista amplo da Teoria Política.

O romancista quando recebe uma obra já iniciada para que ele dê continuidade aos seus capítulos, deve observar o que já foi produzido textualmente. Mas há uma obrigatoriedade nesse procedimento: a criação deve ocorrer da melhor maneira possível. Isso resultará na visualização da obra como resultado da elaboração de um único autor.

No entanto, segundo Stephen Guest (2010), essa construção em cadeia não ocorre de forma plenamente harmoniosa. Observa-se a existência daquilo que ele denomina

[...] as limitações de ajuste” de capítulo para capítulo, verificando-se um crescimento de tais limitações conforme o desenvolvimento dos capítulos. Questões como “nome de personagens, [...] linguagem [...] e enredo [...] algo que é exigido no início e, assim, a criatividade posterior é limitada pela sua aceitação [...] (GUEST, 2010, p. 52).

Quanto a isso, Ronald Dworkin entende que a questão do “ajuste” é uma questão de ajuste em si mesma. Exemplo disso é, ainda com Stephen Guest (2010), a própria ideia do “romance”. Não existiria, por exemplo, nenhum problema, embora pareça improvável visto a contratação conjunta dos autores, em interpretar o primeiro capítulo como sendo integrante de uma ficção científica, ou um drama policial, talvez até uma comédia.

Assim como “[n] esse estranho exercício literário”, a decisão dos casos difíceis, a partir de Ronald Dworkin (2002), segue a mesma ideia, ou seja, cada juiz atua como um romancista tendo o compromisso de ler tudo o que os outros julgadores desenvolveram no passado. Ele, **o juiz, deve interpretar o que foi decidido anteriormente, pois ele “tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção.”** (DWORKIN, 2002, p. 238, grifo nosso).

Desse modo no direito,

[...] os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem os casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. (DWORKIN, 1999b, p. 305).

Mas esse exercício não parece fácil. E de fato não o é. É aqui que tem guardada outra criação de Ronald Dworkin (1999b), a do juiz **Hércules**. Hércules se

nos apresenta como um agente julgador que adota a integridade no Direito. Este juiz leva em consideração os pronunciamentos históricos como integrantes de uma vasta história. Aliás, cabe ao juiz Hércules dar continuidade ao romance, lançando mão da integridade, pois, ela é a única que oferece uma explicação plausível para a adequabilidade da *práxis* jurídica. A integridade aparece como a “chave para a melhor interpretação construtiva de nossas práticas jurídicas.” (DWORKIN, 1999b, p. 260).

Conforme o seu criador,

Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de um jogo. Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. (DWORKIN, 2002, p. 177).

Embora Ronald Dworkin tenha desenvolvido a construção mítica do juiz Hércules para justificar a “relevância e a grandiosidade do modelo de prestação jurisdicional” (PEREIRA, 2001, p. 155), ele “não transforma o seu ‘juiz Hércules’ em um juiz solipsista e tampouco em alguém preocupado apenas em elaborar discursos prévios, despreocupados com a aplicação (decisão). Hércules é uma metáfora [...]” (STRECK, 2010-2011, p. 12). **O objetivo de sua construção é o de apresentar a plausibilidade de controle do “sujeito da relação de objeto, isto é, com Hércules Dworkin quer demonstrar que não é necessário, para superar o sujeito solipsista da modernidade (Sebstsüchtiger), substituí-lo [...].”** (STRECK, 2010-2011, p. 12-13, grifo nosso).

Mas nem todos entenderam a metáfora de Ronald Dworkin. Um de seus críticos, Frank Michelman, por exemplo, sinalizou um provável isolamento de Hércules, como também, “uma presumida desconsideração, por Dworkin, do caráter coletivo e dialógico das construções jurisprudenciais.” (OLIVEIRA, 2007b, p. 89).

Nesse sentido Stephen Guest (2010) estabelece um paralelo entre a construção “ideal” do juiz Hércules e “a ideia de um economista do mercado perfeito”. Este é,

[...] de maneira semelhante, um ideal. Nós julgamos as imperfeições do mercado no mundo real por referência ao ideal sem sentirmos que há necessidade de dizer que há mercados perfeitos no mundo real. Então por que deveríamos ficar incomodados com o fato de uma pessoa tal como Hércules não existir? (GUEST, 2010, p. 51).

Logo, “os juízes tem obrigação de fazer cumprir os direitos constitucionais até o ponto em que o cumprimento deixa de ocorrer nos interesses daqueles que os direitos deveriam proteger.” (DWORKIN, 1999b, p. 467).

Desse modo, a teoria de Ronald Dworkin fornece um novo conceito de Direito. O Direito passa a ser entendido como uma prática argumentativa e interpretativa, que exige uma postura auto reflexiva, fraterna e também construtiva, pois, tem por intuito o erigir de um futuro melhor visto à luz dos princípios.⁶⁷

O Direito, nessa linha,

[...] não se esgota com algum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre algum teatro de conduta discreto. Tampouco com algum rol de funcionários e seus poderes sobre cada parte de nossas vidas. O império do direito é definido pela postura, não por território, poder ou processo. (tradução livre). (DWORKIN, 2000a, p. 413).

Um dos pontos da teoria de Ronald Dworkin (2000b, 2002) que ganha considerável importância na presente pesquisa é a chamada **Tese da Única Resposta Correta**, que adota como ponto de partida à reconstrução do Direito Moderno, onde a sociedade democrática é compreendida como uma “comunidade de princípios” (*principle community*). Essa comunidade pode ser compreendida como uma forma de comunidade no interior da qual os seus integrantes levam em consideração que as obrigações que existem entre si inexistem quando consideradas pessoas externas à mencionada comunidade (DWORKIN, 1999b). Reconhecendo a obrigação de cada um para com os demais, essa situação acarreta uma dupla constatação: as obrigações possuem um caráter pessoal e também reproduzem uma preocupação com bem coletivo. Seu entendimento consiste na visão conjetural de que o Direito não está reduzido a uma conjugação de regras que foram estabelecidas através de convenções pretéritas, nem tampouco se “dissolve em diretrizes políticas a serem legitimadas em razão de sua eficácia ótima.”⁶⁸ (OLIVEIRA, 2007b, p. 88).

⁶⁷ Isso fica bem claro em sua obra *Law's Empire* (DWORKIN, 2000a, p. 413).

⁶⁸ Contexto no qual podemos considerar a utilização da insignificância como “instrumento” de diminuição da população carcerária e economia processual.

Ergo,

Os membros de uma sociedade de princípio admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos gerais, dos sistemas de princípios que essas decisões pressupõem e endossam. Assim, cada membro aceita que os outros têm direitos, e que ele tem deveres que decorrem desse sistema, ainda que estes nunca tenham sido formalmente identificados ou declarados. (DWORKIN, 1999b, p. 254, grifo nosso).

O desenvolvimento da tese acima mencionada abre campo para uma importante constatação na Decisão Judicial. Seguindo a linha de Ronald Dworkin (1999b), não observamos uma abertura para que o julgador “encontre” na literatura aquilo que ele, o julgador, pensa estar ali contido. Tanto assim o é, que sua tarefa é interpretar a história no sentido de sua continuidade e não inventar uma nova e, supostamente, melhor história. Essa postura hermenêutica faz referência a outro pensador, Hans-Georg Gadamer (1977, 1998), uma vez que Ronald Dworkin sustenta que os indivíduos estão contidos em uma tradição, sendo que os conceitos presentes nesse contexto aparecem como passíveis de interpretação. Por este motivo, enquanto comunidade “nós compartilhamos as práticas sociais e experiências que esses conceitos figuram.” (DWORKIN, 2011, p. 6, tradução nossa).

69

Com a única resposta correta,

[...] não faz sentido falar de criação de normas jurídicas, isto é, em ato discricionário do juiz. A resposta certa não é algo dado, mas construído argumentativamente. Isto é, ao juiz não é dado descobrir ou inventar nada, mas sim interpretar os argumentos que lhe são apresentados. (CHUEIRI, 2006, p. 261).

Dessa forma, Ronald Dworkin (2011) promove uma quebra de conexão com duas vertentes exauridas: a versão positivista, tanto de ciência⁷⁰ quanto de Teoria do

⁶⁹ “we share social practices and experiences in which these concepts figure.”

⁷⁰ A postura adotada na presente pesquisa vai no sentido de afastar a sustentação da atribuição, ao Direito, do estatuto de Ciência. Considerando o contexto de reflexões do Pós- Positivismo, o saber jurídico não “é científico. Sobretudo não pode sê-lo, se estiver a serviço da emancipação. Como indicava Viehweg, talvez devêssemos pensar com pensavam os romanos: não em uma ciência do Direito, mas em uma *Juris prudentia*. (GALUPPO, 2005, p. 205). Nesse sentido, também aparecem pertinentes as considerações de Paul Feyerabend (2011), que entendia que a “ciência deveria ser ensinada como uma concepção entre muitas e não como o único caminho para a verdade e a realidade” (FEYERABEND, 2011, p. 08).

Direito, como também com o próprio paradigma positivista de Direito (OLIVEIRA, 2007b).

A “resposta correta”, a partir de Ronald Dworkin,

Não é algo dado, mas construído argumentativamente. A sua elaboração sugere a analogia da prática jurídica com o exercício literário [...] consubstanciando a ideia da *chain of law*, a qual constituir-se-á no *turning point* para a consideração do direito como um conceito interpretativo. (CHUEIRI, 1995, p. 68).

Por meio de sua Teoria, sustenta que o Direito como Integridade contraria as intenções factuais retroativas do Estado ou a instrumentalização de interesses ultra ativos do pragmatismo. Para Ronald Dworkin (1999b) o Direito, enquanto integridade considera tanto as interpretações pretéritas, quanto aquelas que estão por vir. Ou seja, rejeita tanto o convencionalismo, que entende que a melhor interpretação é aquela feita pelos agentes julgadores, que descobrem e aplicam as convenções legais especiais, como também o pragmatismo, no qual os juízes são os grandes responsáveis pela edificação de um futuro melhor.

Nas palavras do autor,

Rejeitamos o convencionalismo, que considera a melhor interpretação a de que os juízes descobrem e aplicam convenções legais especiais, e o pragmatismo, que encontra na história dos vistos como arquitetos de um futuro melhor, livres da exigência inibidora de que, em princípio, devem agir coerentemente com os outros. (DWORKIN, 1999b, p. 488-489).

Observa-se, no caso do pragmatismo uma indeterminação do Direito, modificado em ferramenta para a realização de uma felicidade “diferida e aplicável pelos juízes apenas na medida em que otimizem esse objetivo.” (PEREIRA, 2001, p. 136).

O pragmatismo parte de uma desconsideração dos pronunciamentos decisórios que foram tomados no passado, não levando em consideração os princípios que alicerçam a sociedade. Dentre os argumentos do pragmatismo, existe aquele segundo o qual os juízes devem agir “como se” os indivíduos possuíssem algum direito, pois, essa compreensão pode resultar, em um porvir, em benefícios para a sociedade. Mas isso representa, em verdade, um estratagema do pragmatismo.

Sobre isso,

[...] o pragmatismo não exclui nenhuma teoria sobre o que torna uma comunidade melhor. Mas também não leva a sério as pretensões juridicamente tuteladas. Rejeita tudo aquilo que outras concepções do direito aceitam: que as pessoas podem claramente ter direitos, que prevalecem sobre aquilo que, de outra forma, asseguraria o melhor futuro à sociedade. Segundo o Pragmatismo, aquilo que chamamos de direitos atribuídos a uma pessoa são apenas os auxiliares do melhor futuro: são instrumentos que construímos para esse fim, e não possuem força ou fundamento independentes. (DWORKIN, 2003, p. 195, grifo nosso).

Entretanto, a bem da verdade, “o pragmatismo provoca a autodestruição onde quer que apareça: oferece conselhos que nos diz para não acatar.” (DWORKIN, 2010, p. 55).

Ronald Dworkin (1999b), a respeito da Integridade e do deslocamento temporal do direito, dirá que

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram [...], em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma firmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. (DWORKIN, 1999b, p. 274)

Dessa maneira, a “integridade do direito”, nos termos desenvolvidos por Ronald Dworkin, que promove um retorno tanto para o passado, quanto um olhar para o futuro, contribuirá para a diferenciação estabelecida entre

‘Densificação’ e *descumprimento* dos princípios fundamentais, especialmente mediante a capacidade e a sensibilidade do intérprete de, no processo de densificação e concretização das normativas, diante de uma situação concreta de aplicação, impor normas que se mostrem ‘adequadas’ para reger essa situação de modo a dar pleno curso ao Direito em sua integridade, a reforçar a crença na efetividade da comunidade de princípios. (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2009, p. 97).

Além disso, a ideia de integridade em Ronald Dworkin extrapola a compreensão da consistência, “da ideia de tratar casos similares de maneira similar ou, como ele diz, da mera ‘elegância’”. (GUEST, 2010, p. 79). Ou que merece destaque é que, quando consideramos a integridade, resulta “fundamental a maneira como as pessoas devem ser tratadas e [Dworkin] considera que os direitos dão

origem e limitam as decisões a respeito do futuro da comunidade.⁷¹” (GUEST, 2010, p. 79).

Conseqüentemente, o direito restará legítimo se permitir a igualdade de intervenção de todos no discurso jurídico, de modo que o provimento final não seja uma questão política e sim uma questão de princípio decidida por uma comunidade de intérpretes/participantes do direito, comunidade na qual a integridade atua possibilitando a ligação das vidas dos cidadãos nos âmbitos moral e político, uma vez que, enquanto comunidade, eles, os cidadãos, aceitam que são governados por princípios comuns.

4.2 Uma vez mais: a importância da distinção dos argumentos de política e os argumentos de princípios

Embora Ronald Dworkin seja um jusfilósofo norte-americano, a sua Teoria da Decisão Judicial, assim como as alternativas e críticas elaboradas por esse filósofo são pertinentes ao direito de tradição romano-germânica como é o caso do Direito Brasileiro, pois elas destinam consideráveis críticas à discricionariedade dos juízes na decisão de questões jurídicas.

A Teoria de Ronald Dworkin apresenta uma importante qualidade, pois, “consiste em explicar a ideia de uma consideração imparcial de todos os sinais característicos relevantes de uma situação.” (GÜNTHER, 2004, p. 405). Sua abordagem teórica não está restrita à interpretação da lei, mas à própria norma, que novamente introduzida no campo da justificação, associa-se com outras realidades, como a Constituição e o direito escrito, ou seja, a Legislação.

Ronald Dworkin possui uma formação aprimorada, “é um crítico literário, sabe não somente que um texto admite várias leituras, mas que o horizonte de possibilidade das leituras se altera com as mudanças sociais verificadas ao longo do tempo.” (CARVALHO NETTO, 2004, p. 159-160). Isso ganha considerável relevância quando verificamos o caso brasileiro, mormente as transformações pelas quais o próprio fenômeno jurídico tem passado.

⁷¹ Stephen Guest (2010) nos fala de uma analogia que pode ser feita para compreendermos a integridade. Trata-se da analogia com a ideia de integridade no âmbito pessoal. “A comunidade deve ser considerada como possuidora de uma personalidade sujeita ao mesmo tipo de crítica moral que fazemos a uma pessoa que não agiu com integridade.” (GUEST, 2010, p. 79).

Com um desenvolvimento percebido desde os escritos de *Taking Rights Seriously*, observamos que a distinção empreendida por Ronald Dworkin (2011) entre princípios e regras aparece na natureza lógica, sendo que ao passo que aqueles são possuidores de uma dimensão de pesagem, estas aplicar-se-iam pela dinâmica do tudo ou nada.

O ponto interessante a respeito da distinção entre as regras e os princípios é que ela vai perdendo a considerável força ao longo dos escritos de Ronald Dworkin (2011): ao considerar o Direito como um sistema de princípios, o autor fixa a ideia em uma outra distinção, a entre princípios e políticas.

Como muitas vezes, em termos de direitos fundamentais, dentre os quais aqueles relacionados ao Direito Penal, observa-se a existência de casos difíceis (*hard cases*), a distinção feita por Ronald Dworkin (2011) a respeito dos argumentos de princípio e argumentos de política (*policies*) se nos apresenta de grande pertinência. Essa diferenciação, conhecida por *Tese dos Direitos* e desenvolvida por ele na obra intitulada *Levando os Direitos a Sério*⁷², contribui para a resolução dos casos difíceis.

Os argumentos de política são entendidos como aquelas espécies de arquétipos que fixam “um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade” (DWORKIN, 2002, p. 36, tradução nossa).⁷³ Já os argumentos de princípio podem ser entendidos como algo que deve ser objeto de observação, todavia, assim o é “não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.” (DWORKIN, 2002, p. 36).

Stephen Guest (2010) destaca que a diferenciação apresentada por Ronald Dworkin é de natureza técnica e traduz, em linhas gerais, a percepção segundo a qual os princípios descrevem direitos, ao passo que as políticas descrevem metas. Ou seja, os argumentos de política aparecem como justificativa de uma decisão política, “mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo.” enquanto que os argumentos de princípio mostram que

⁷² A distinção aparece nos capítulos 02 e 04 de mencionada obra. Interessante destacar que a posição apresenta em *Taking rights Seriously* não é modificada quando da redação de *Law's Empire* (O Império do Direito).

⁷³ “[...] arguments of policy justify a political decision by showing that the decision advances or protects some collective goal of the community as a whole.”

“a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo.” (DWORKIN, 2011, p. 129).

Essa diferenciação permitirá a compreensão de que, em razão da Integridade, segundo Marcelo Campos Galuppo (2002, p. 186), somente “os argumentos de princípio podem desempenhar a tarefa de resolver os casos difíceis sem comprometer a democracia.” Tais argumentos servirão de base para a adequada fundamentação dos pronunciamentos decisórios a partir de uma observação, por parte do julgador, de toda uma “consciência histórico efetual”⁷⁴ (*Wirkungsgeschichtliches Bewußtsein*), na qual o intérprete passa a ser uma resultante da linguagem “que envolve a dimensão da historicidade e da vida.” (RIBEIRO, 2013, p. 169).

Esse, aliás, é o sentido no qual se pretende considerar o Direito, a partir do período posterior ao fim da Segunda Grande Guerra, isto é, o Direito de cunho cada vez mais hermenêutico que considera a “linguagem não (apenas) um instrumento ou uma terceira coisa que se coloca entre um sujeito e um objeto, mas, sim, a sua própria condição de possibilidade.” (STRECK, 2008b, p. 145). É por isso que se afirma que o

[...] entendimento e a compreensão, independentemente de meu contato com o outro, se realizam por meio da linguagem; não sei quem é o outro, mas já sei o que quer dizer; estar na linguagem é estar em terreno seguro para o exercício da compreensão. (BITTAR, 2002, p. 189).

Esse é o sentido que Hans-Georg Gadamer (1977, 1998) atribui quando considera a linguagem como o *medium* universal, sendo que a realização da compreensão recebe o nome de interpretação.

Na dinâmica jurisdicional, a consideração do termo “política”, seguindo a explicação de Stephen Guest (2010) aparece marcada por certa amplitude semântica, sendo usado

[...] para dizer que um juiz esgotou os argumentos evidentes e está agindo por conta própria. Quando isso ocorre, não é raro que o juiz esteja sendo honesto quanto a tentar adivinhar qual era a política que a legislatura tinha em vista, ou então esteja decidindo com base em algum sentido vago de ‘aquilo que o público poderá querer’ (GUEST, 2010, p. 65).

⁷⁴ A noção de consciência histórica efetual desenvolvida por Hans-Georg Gadamer é pertinente, em razão da verdade histórica a que integramos. Enquanto sujeitos históricos, pertencemos a toda uma efetividade histórica e é exatamente ela que proporciona as tomadas de consciência do sujeito. (DUQUE-ESTRADA, 2009, p. 374).

Seja como for, em um ou outro sentido, a atuação do julgador fica comprometida em razão do afastamento que a mesma guarda em relação às funções jurisdicionais no Estado Democrático. Isso compromete a pretensão que sustenta a existência de uma resposta correta, ou seja, constitucionalmente adequada para cada caso, e, via de consequência, promove a manutenção das discricionariedades interpretativas.

Isso por que, “os juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados, e é enganoso o conhecido pressuposto de que eles estão legislando quando vão além de decisões políticas já tomadas por outras pessoas.” (DWORKIN, 2011, p. 129).

O próprio Ronald Dworkin (2005) aborda uma importante distinção quando considera a prevalência dos argumentos de princípio. Para o autor, “não há qualquer problema na utilização de argumentos de *princípios políticos*, mas sim quando julgamentos se contentam em explanar fundamentos de *procedimentos políticos*.” (COURA; COSTA, 2008, p. 140, grifos do autor). Ou seja, quando verificamos os princípios políticos, o que temos é uma emanção do próprio Texto Constitucional, o aparece como um corolário da concordância a respeito dos valores partilhados quando da sua redação. Por outro lado, quando abordamos os procedimentos políticos, verificamos que eles

[...] encontra[m]-se presente[s] nas constituições como atribuição da função legislativa, sendo considerada uma intromissão ilegítima do Judiciário no Legislativo quando aquele se reporta a fundamentos de natureza eminentemente política e sua atuação. (COURA, COSTA; 2008, p. 140).

Outros argumentos desenvolvidos por Ronald Dworkin (1978, 1999, 2002), como a Tese da Resposta correta (*the right Answer Thesis*) e que tem implicações na concepção do direito como uma cadeia (*The chain of Law*), contribuirão para uma compreensão constitucionalmente adequada do Direito Penal (COSTA, 2011). O Romance em Cadeia tem por intuito reconhecer a história institucional daquela comunidade. Em linhas amplas, o Romance em Cadeia pode ser compreendido da seguinte maneira: um romance será elaborado e vários autores são convidados para redigi-lo, ficando cada qual responsável pela redação de um capítulo. Para tanto, o romancista (analogamente, o juiz) quando recebe uma obra já iniciada para que ele dê continuidade aos seus capítulos, deve observar o que já foi produzido textualmente. Mas há uma obrigatoriedade nesse procedimento: a criação deve

ocorrer da melhor maneira possível, de modo que a resultante, no caso do Judiciário, o pronunciamento decisório, esteja em harmonia “com a história do direito produzida ao longo do tempo no interior da comunidade política, desde que reconstruída à luz de seus princípios informadores.” (PEREIRA, 2001, p. 154).

Para que seja possível compreender mencionada dinâmica no contexto do “princípio” da insignificância, a ideia de justificação se mostra adequada. Isso porque quando se considera a adoção de certas normas para a construção da decisão judicial, essa dinâmica deve estar associada a

[...] uma cadeia significativa, de onde se possa retirar a generalização principiológica minimamente necessária para a continuidade decisória, sob pena de se cair em decisionismos, em que cada juiz tem o seu próprio conceito de insignificância (que é, aliás, o que ocorre no cotidiano das práticas jurídicas). (STRECK, 2010, p. 172).

Outro conceito que justifica a adoção do pensamento de Ronald Dworkin e que está diretamente ligado à Tese da Resposta Correta é o de Integridade. Este conceito é “responsável pela atribuição de legitimidade a um sistema jurídico.” (GALUPPO, 2002, p. 184). A Integridade pode ser vista como composta de duas conjecturas interligadas. Primeiramente a consideração de que “a comunidade política está fundada no assentimento a princípios de convivência em comum”; secundamente, o raciocínio de que o Direito se edifica mediante a reorganização interpretativa das origens normativas através da combinação dos princípios (PEREIRA, 2001, p. 137).

Essa sustentação de uma única resposta correta para cada caso pode ser entendida, “como um modelo ou como um norte para a atividade do juiz, pois seria um trabalho sobre-humano para se chegar a ela.” (GALUPPO 2002, p. 185). Aqui aparece outra elaboração de Ronald Dworkin, a do juiz Hércules, elaboração criticada e, por vezes, mal compreendida.

A partir da constatação de que o Direito deve ser compreendido como uma prática argumentativa pode-se sustentar a existência de respostas jurídicas corretas para os casos difíceis, inclusive no Direito Penal. Uma resposta correta pode ser compreendida como aquela que “assegura e protege os direitos que são explícitos ou implícitos nos valores fundamentais do sistema [...]” (MUÑOZ, 2008, p. 231-232).

Portanto, aquele que opera o Direito deve observar as normas que incidem sobre o caso, buscando uma associação de regras e princípios com o intuito de se

encontrar uma resposta adequada, ou seja, justa, para determinado caso, respeitando, assim, a integridade do direito.

No entanto, em situações fáticas marcadas pela similitude de situações, observamos em algumas decisões, duas ou mais formas de interpretação do mesmo dispositivo legal penal por parte do STF, de modo que

[...] percebe-se que uma justiça que passa a imagem de indecisão e aparenta aos olhos do cidadão como incapaz de chegar a uma acordo sobre determinado problema, mostra-se errática e flutuante, perde autoridade, torna-se desacreditada e é alvo de descrédito de seus destinatários. Além disso, põe em risco a segurança jurídica e o princípio da igualdade, gerando sentimentos de confusão que perturbam o próprio exercício da ação penal. (GOMES, 2008, p. 78).

Ou seja, embora estejamos no contexto de promessas de um direito que, resultante dos auspícios do século XX, aparece como transformador/solucionador de muitas relações sociais, parece um “retrocesso reforçar/accentuar formas de exercício de poder fundados na possibilidade de atribuição de sentidos de forma discricionária, que leva, inexoravelmente, a arbitrariedades, soçobrando, com isso, a própria Constituição.” (STRECK, 2010, p. 165). E isso pelo fato de que se desconsidera a compreensão de que, quando se fala em aplicação imparcial, se pretende, com isso, que a discussão reconheça que não apenas o juiz, mas também as partes são partícipes atuantes nesse contexto. Mesmo com atribuições distintas, o certo é que a decisão aparece como uma construção conjunta.

Adotar Ronald Dworkin (1999b) na discussão da interpretação e aplicação do Direito Penal significa sustentar a crença nos ditames constitucionais, assim como na existência de respostas corretas, conforme visto. Pois, é consideravelmente complicado pensarmos na sustentação de posturas solipsistas por parte dos agentes julgadores, um problema marcante da modernidade em crise.

Nesse sentido, os instrumentos do Direito Penal “são tão perigosos que uma sociedade civilizada deve cercá-los de diversos cuidados e desenvolvê-los para que não caiam em mãos erradas, mas sim, sejam empregados de forma precavida, equilibrada e proporcional.” (HASSEMER, 2008, p. 52).

A pesquisa apresenta uma nova consideração da Insignificância, qual seja, o de considerá-lo como uma regra se estivermos diante de um discurso de

aplicação⁷⁵, e, em outros contextos, como uma diretriz política (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 149), plausível de determinar, de forma legítima as deliberações no contexto legiferante. Em ambos os contextos, a presença e incidência da Integridade, seguindo a orientação de Ronald Dworkin (1999b), aparecem como adequadas.

A consideração da insignificância neste contexto, isto é, como uma possível regra, apresenta uma distinção lógica em relação aos princípios. Sendo considerados em circunstâncias particulares, os dois tipos de normas, princípios e regras, apresentam considerável diferença no que toca a direção em termos de solução a respeito de sua aplicabilidade.

Se tivermos uma norma jurídica que reconheça um direito ou um dever – se for o caso de aplica-la que a mesma seja aplicada – sem que com isso estejamos diante de uma postura positivista. Afastar a sua incidência com base em uma insignificância, construída discricionariamente, é substituir razões jurídicas por políticas.

Se sustentarmos o desenvolvimento de uma regra, poderemos pensar no devido processo legislativo, inclusive com o respeito ao discursos de justificação, uma que esse contexto abre espaço para a participação dos destinatários, bem como a apresentações de razões oriundas de outros campos, como a moral e a economia. Se a pretensão do legislador é o de positivar a insignificância, tal qual verificado no Projeto do Novo Código Penal, a previsão de uma regra, na Parte Geral, resultaria em uma melhor coerência em termos de incidência da mesma. Isso pelo fato segundo o qual estaríamos reduzindo, substancialmente, o campo da discricionariedade em termos da formatação do princípio. Ressalte-se, uma vez mais, que não se pretende aqui, a manutenção da crença em um legislador penal perfeito, capaz de prever todas as hipóteses de incidência, mas fornecer uma definição mais clara e constitucionalmente adequada do que seriam os critérios que contribuem para pensarmos a insignificância.

Como salientado anteriormente, a origem da Insignificância enquanto uma norma jurídica é alvo de discussão. Não sendo uníssona a aceitação de seu surgimento no Direito Romano, o Iluminismo apresenta mais razões sustentáveis da consideração de mencionada norma em seu contexto.

⁷⁵ Aliás, era essa a perspectiva em relação à introdução da insignificância no Projeto do Novo Código Penal.

Como observado, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), na disposição do art. 5º ao reconhecer o Princípio da Legalidade, pedra angular das próprias ideias iluministas, reconhece uma pretensão de seletividade para o Direito Penal, fixando para este a desconsideração de ações insignificantes.

Ao contrário da menção expressa ao princípio da Legalidade, a Declaração não menciona a insignificância enquanto um princípio, até mesmo porque, o raciocínio ligado a sua constatação é resultante do desdobramento de outros princípios existentes. Faz-se desnecessária a sua consideração como princípio para que seja possível refletirmos a respeito de uma adequada normatividade.

Por isso a importância do debate jurídico, situação na qual podemos pensar com e partir de Ronald Dworkin⁷⁶, a constatação de que a comunidade jurídica aparece como a grande responsável pela construção do direito. Por isso é que se diz que o julgador desenvolve a reconstrução do direito a partir da

[...] reconstrução dos princípios do Direito, que parte da concepção jurídica fundada num modelo de princípios, requer do Poder Judiciário agir politicamente, não no sentido de se dar curso a concepções próprias do julgador a respeito de que o que esse consideraria pragmaticamente ou eticamente preferível, mas no sentido de se garantir os direitos fundamentais dos cidadãos. (OLIVEIRA, 2007a, p. 68).

Logo, adotando essa compreensão, o

[...] julgador, procurando colocar-se na perspectiva de sua comunidade, considerada como uma associação de co-associados livres e iguais perante o Direito, deve compreender criticamente para desenvolver o melhor possível o sistema de direitos fundamentais. (OLIVEIRA, 2007a, p. 68).

Com Ronald Dworkin (1999b), verificamos que o juiz não tem que criar um Direito absolutamente novo. Quando o jusfilósofo menciona a construção de uma decisão justa ou correta, quer deixar claro com isso que estamos diante de uma decisão constitucionalmente adequada, ou seja, aquele que se apresente mais coerente com a orientação de uma Filosofia Política que adota uma visão de

⁷⁶ Uma consideração importante a respeito do enquadramento de Ronald Dworkin nos é fornecida por Lenio Luiz Streck (2010, p. 165), para o qual “[...] Dworkin, embora não advogue claramente uma postura que o possa identificar com a hermenêutica filosófica, assume um viés não-relativista a partir de outros caminhos.”

totalidade em termos de sistemática jurídica. Aliás, essa é a própria ideia de Interpretação no contexto de um Direito Penal racional.

Aliás, nessa dinâmica, os juízes ao manejarem os princípios em sua atividade judicante não atuam como legisladores e sim como os responsáveis pelo reconhecimento dos direitos e obrigações pré-existentes à decisão. É nesse sentido que observamos na obra *O Império do Direito*, de Ronald Dworkin (1999b), a preocupação social denominada pelo autor de “questão de fidelidade”, ou seja, verificar “se os juízes estão sendo fiéis ao corpo de normas da comunidade, ou, em outros termos, se a decisão é uma criação ou apenas a descoberta de um direito já posto.” (COURA, 2004, p. 404-5).

Por outro lado, no contexto das regras, como seria o caso da utilização da Insignificância, temos com Ronald Dworkin (1999b, 2002) o modelo do tudo-ou-nada, critério diferente daquele adotado no caso da aplicação dos princípios. Sendo a regra válida, os seus efeitos devem ser considerados; sendo uma regra não válida, não há fundamentação nem consequência jurídica que possam ser exigidas com base na mesma.

Ronald Dworkin (1999b) ressalta que a existência de exceções pode resultar em problemas em termos da aplicação de uma regra. Para evitar isso, a regra precisa ser formulada de maneira completa, o que significa considerar todas as possíveis exceções.

Desse modo,

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. (AVILA, 2007, p. 78-79).

Com isso, diante desse cenário de determinação, temos que a aplicação de uma regra acontecerá ou não, ou seja, se “os fatos estipulados por uma regra foram fornecidos, então, ou a regra é válida, situação na qual a resposta que ela fornece precisa ser aceita, ou não é válida, circunstância na qual ela não contribui em nada para a decisão.” (DWORKIN, 2002, p. 24).

É conhecido o exemplo fornecido, a título de analogia, da maneira como as regras são aplicadas. Existem outras atividades que dependem da observância de

regras para o seu funcionamento, como nos jogos esportivos. No *Beisebol*, por exemplo, existe uma regra que determina a expulsão do jogador que cometa três faltas (DWORKIN, 2002, p. 24). Seria incoerente a decisão de um árbitro que reconhecesse mencionada determinação como exata em termos de regramento do jogo, mas, por outro lado, verificando a ocorrência da situação por ela descrita, o cometimento de três faltas por determinado jogador, deixasse de aplicar a regra, ou seja, expulsando o mesmo da partida.

Nessa linha de raciocínio, a lógica traduz a constatação de que sendo considerada válida a regra, e comportando as exceções possíveis de serem consideradas, mencionada regra deve ser aplicada em todos os casos que se façam presentes, inclusive com a produção de seus efeitos. Por outro lado, sendo inválida, deve ser afastada da incidência no caso.

Não se pretende a existência de uma “norma perfeita” quando da busca por um texto que apresente clareza e objetividade. As dúvidas permanecerão e as interpretações também. No entanto, a existência dessa norma no ordenamento aparece amparada nos critérios legítimos de produção, o que, via de consequência, já reduz, e muito, os riscos de sua incidência.

Desse modo, estabelecendo mandamentos definitivos que serão aplicados mediante subsunção, ou seja, o aplicador deverá apreciar o conceito do fato com o conceito da hipótese normativa (ÁVILA, 2009, p. 659), sendo que, existindo a correspondência, as consequências devem ser consideradas.

5 A ARGUMENTAÇÃO NO DIREITO PENAL: UMA DISCUSSÃO A PARTIR E COM KLAUS GÜNTHER

Sem a participação do indivíduo nos processos institucionais de produção normativa, não há dever de obediência à norma nem tampouco responsabilidade penal. Em consequência, Günther pretende demonstrar que só pode existir culpabilidade jurídico-penal em um Estado democrático de direito. (LEAL, 2009, p.409)

Este capítulo tem por intuito apresentar as contribuições do jurista alemão no sentido de distinguir os momentos de justificação e de aplicação no contexto jurídico-penal, ressaltando, desse modo, a diferença existente entre as razões apresentadas nos dois contextos. Na contemplação de tais reflexões, o capítulo direcionará sua abordagem para a compreensão que a pesquisa considera mais adequada a respeito da insignificância, analisando, para tanto, as discussões relacionadas à redação do Novo Código Penal.

5.1 Discursos de Justificação versus Discursos de Aplicação e seu sentido no contexto do Direito Penal

Klaus Günther, por meio da sua obra *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação* (2004), que foi resultado da Tese de Doutorado apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Frankfurt (Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main), prestou importantes contribuições para o desenvolvimento da Teoria da Argumentação.

Klaus Günther (2004) desenvolve o pensamento segundo o qual os discursos de justificação e de aplicação das normas têm escopos diferenciados, onde princípios específicos orientam cada discurso. Apresentar em que consiste cada um dos discursos é um dos objetivos do presente tópico.

O discurso de justificação jurídico-normativo está relacionado à elaboração de normas válidas e está embasado em um princípio universalista (U)⁷⁷ que leva em consideração os objetivos de todos aqueles que possam, potencialmente, ser afetados pela norma em questão. Em outras palavras

⁷⁷ A partir do princípio do Discurso, adotado por Jürgen Habermas, na obra *Teoria da Ação Comunicativa* (1987). Este princípio entende que “são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de discursos racionais.” (PEDRON, 2008, p. 188).

[...] o que importa em um discurso de justificação é a determinação do conteúdo semântico de uma norma para que ela seja traduzida em 'termos universais' passíveis de aceitação por todos os interessados em circunstâncias gerais e previsíveis. (MARTINS; OLIVEIRA, 2006, p. 244).

De acordo com Klaus Günther (2004), a norma será considerada válida desde que as resultantes e os “efeitos colaterais da observância geral desta norma puderem ser aceitos por todos, e considerados os interesses de cada um individualmente.” (GÜNTHER, 2004, p. 65).

Para Klaus Günther (2004), portanto, o discurso de justificação se nos apresenta por meio da **universalidade do princípio moral**, por meio do qual “se estabelece um sentido recíproco-universal de imparcialidade.” (MOREIRA, 2004, p. 17). De acordo com Moreira, o princípio moral precisa relacionar-se tanto à pessoa, quanto aos procedimentos, ou seja, “uma norma será imparcial quando puder receber o assentimento de todos, e tal conduta, a concordância universal de todos os envolvidos.” (MOREIRA, 2004, p. 17).

Já no discurso de aplicação, verifica-se a incidência de alguns princípios como o da não contradição, da consistência semântica, da simetria na participação dos sujeitos do discurso estando, a aplicação, relacionada à adequabilidade. O ponto de partida desse discurso é a presença de normas que são válidas e aplicáveis “*prima facie*”, mas que deverão ser adequadas no caso em análise, ou seja, no momento de sua concreção. Uma interseção aqui pode ser apontada entre essa pretensão de Klaus Günther e a de Ronald Dworkin: “a *unicidade do caso concreto*: cada caso é único, assim como cada evento reconstruído no interior de cada processo é singular.” (PEDRON, 2008, p.188, grifo do autor).

Com isso, é possível apontar como caracterização do discurso de aplicação “a tentativa de considerar *todas as características* de uma situação em relação a *todas as normas* que possam remeter-se a elas.” Esse procedimento seria possível a partir do conceito de *coerência*, pois, a “aplicação será imparcial quando *coerentemente* realizar a adequação entre todas as características e todas as normas envolvidas em cada caso.” (MOREIRA, 2004, p. 17).

A necessidade de um “conceito normativo de coerência”, como pretende Klaus Günther lembra o que foi abordado anteriormente em termos da Integridade de Ronald Dworkin. A coerência, a partir de Klaus Günther, é entendida não apenas como exigência de racionalidade, mas como algo que implique em um *sistema* de

princípios válidos, onde tais princípios, “podem ser identificados por estarem amparados, cada um, a pretensões de validade normativa – no caso, de *correção* – e por serem produtos de discursos universalizantes” (PEDRON, 2008, p. 190), que observam os interesses dos indivíduos envolvidos.

É nesse sentido que Klaus Günther (2004) sustenta o “*senso de adequabilidade*”, essencial em termos de tomada de decisões em um Estado Democrático de Direito, pois, a análise do caso abordará as suas características, assim como as normas que puderem, potencialmente, ser objeto de aplicação. Mas a adequabilidade não deve ser entendida como sinônimo de ponderação de comandos otimizáveis como pretende Robert Alexy (2001a, 2001b).

Sobre o senso de adequabilidade,

É precisamente a diferença entre os discursos legislativos de justificação, regidos pela exigência de universalidade e abstração, e os discursos judiciais e executivos de aplicação, regidos pela exigência de respeito às especificidades e à concretude de cada caso, ao densificarem as normas gerais e abstratas na produção das normas individuais e concretas, que fornece o substrato do que Klaus Günther denomina *senso de adequabilidade*, que, no Estado Democrático de Direito, é de se exigir do concretizador do ordenamento ao tomar suas decisões. (CARVALHO NETTO, 1996, p. 146).

Obviamente que embora as normas possam “refletir valores no sentido de que a justificação jurídico-normativa envolve questões não só acerca do que é bom, no todo e a longo prazo, para nós (éticas), não que dizer que elas *sejam* ou *devam ser tratadas* como valores” (OLIVEIRA, 2004, p. 88-89, grifo do autor).

Bens, interesses e valores, tudo isso pode ser alvo de negociação no contexto de direitos, no que diz respeito à justificação, pois representam preferências otimizáveis. Mas e no caso da aplicação? Levando os direitos a sério, e com Ronald Dworkin, os mesmos são entendidos como “trunfos” que a aplicação possui na discussão jurídica contra os argumentos de política. Essa utilização de argumentos principiológicos pode contribuir consideravelmente para a solução dos casos difíceis (*hard cases*), pois, tais princípios funcionam como a justificação dos pronunciamentos jurídicos de caráter decisório, por meio dos quais os direitos serão reconhecidos ou não (GÜNTHER, 2004).

No contexto do Direito Penal, essa distinção faz muito sentido se observamos a constante necessidade de abertura à participação de todos os destinatários da norma na construção das mesmas. Por isso, interpretar não é descobrir um sentido,

pois a norma não é algo que existe em si mesma. A interpretação, por outro lado, nos permite atribuir sentido a algo, sendo que isso ocorre “por meio da argumentação jurídica, argumentação que possui diferenças, caso se trate de um discurso de aplicação ou um discurso de justificação.” (GALUPPO, 1999, p. 208).

Se estivermos diante de um discurso de Justificação, temos a ampliação da participação de todos os interessados. Como participam em condição de igualdade, podem apresentar e justificar a adoção das mais variadas classes de razões, ou seja, as de cunho moral, ético ou mesmo orientadas para a busca de certas finalidades, como o desafogamento da engrenagem judicial, a redução da população carcerária, a economia processual, entre outras. Neste contexto, tais motivações pragmatistas podem ser assumidas como motivos para a criação de determinada norma.

Já no contexto dos chamados discursos de Aplicação, estamos diante da árdua tarefa de aplicar, de realizar o Direito. Para tanto, não é possível a manutenção da mesma classe de argumentos apresentada no discurso de Justificação. Embora apareçam constantemente na argumentação das partes envolvidas na relação processual, o ponto é que tais argumentos não podem determinar a decisão do julgador, como por vezes tem acontecido no contexto da insignificância, ou seja, em determinadas situações seria “preferível” absolver determinada pessoa, e em outra “mais importante” condenar. Se considerarmos a interpretação no sentido de atribuirmos um sentido, observamos que isso

[...] vai longe da *discricionariedade* do juiz no julgamento do caso concreto. As condições dessa atribuição de sentido pressupõem antes a existência de uma comunidade (no caso, jurídica) *linguisticamente estruturada*, o que significa que esse sentido é atribuído por intermédio do discurso e da universalização. (GALUPPO, 1999, p. 208).

Dessa forma, como decidir o que vem a ser insignificante? Tal resposta aparece, no atual contexto, parcial e particular. Em outras palavras, por qual motivo uma diferença de alguns reais justifica a condenação de uma pessoa e a absolvição de outra, sendo que as demais circunstâncias do ilícito são iguais. E mais, seria papel do Direito, mormente pela Jurisprudência, “estabelecer uma ordem concreta de valores?” (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 157).

Diante dessa importante distinção entre os discursos de justificação e de aplicação, é possível a afirmação segundo a qual a utilização das razões políticas

não devem aparecer em um contexto de apreciação e decisão jurídicas. Isso se mostra absolutamente harmônico com a própria compreensão da chamada competência em termos de atividade legiferante e jurisdicional (CHAMON JUNIOR, 2006).

Tais razões aparecem motivadas e motivadoras de valores que, em sua sociedade marcada pela pluralidade, não teria condições de, por meio de seus agentes julgadores, portanto, em um momento de aplicação, apontar o que seria considerado “um valor fundamental”.

5.2 A linha de orientação que podemos pensar: a compreensão da Insignificância

O movimento no qual a insignificância aparece no contexto jurídico aparece como uma importante reação à dogmática tradicional no Direito Penal. Tal dogmática aparece centrada em um excessivo formalismo, onde, tais quais outros campos jurídicos, recebeu considerável influência da Hermenêutica Jurídica clássica. Nessa óptica, o Direito Penal aparece como um repositório de conceitos jurídicos voltados para uma aplicação uniforme e segura.

Todavia, seguindo o próprio marco teórico que orienta a reflexão aqui manifestada, isto é, o contexto de construção do Estado Democrático de Direito, a citada dogmática aparece em descompasso com as pretensões do Direito Penal construídas e buscadas na complexidade social que marca o contexto brasileiro a partir da última quadra do século XX.

Nessa nova orientação do Direito Penal pós CR/88, o que a insignificância contribui em termos de incidência jurídica é que não será a totalidade dos casos formalmente previstos deverão ser considerados como *penalmente* relevantes⁷⁸. Ou seja, existem situações nas quais podem inexistir crimes se a lesão ou ameaça ao bem jurídico protegido é mínima ou insignificante. Nesse contexto é que temos a aproximação da insignificância com o princípio da Adequação Social.

Durante a leitura e reflexão do próprio texto do jurista Claus Roxin (1972), no qual temos a sustentação da Insignificância enquanto princípio verificamos alguns

⁷⁸ Essa orientação é harmônica com a leitura que se tem pretendido fazer do Direito Penal, ou seja, uma leitura que o considere como *ultima ratio*, direcionando certos comportamentos para outras formas de regulação que não a do Direito Penal.

problemas argumentativos. Vejamos. Existem casos de furto de bagatela – onde o valor da coisa é insignificante – mas que, no entanto, não estariam excluídos pelo juízo de atipicidade. O motivo para a manutenção da configuração da tipicidade residiria na constatação segundo a qual a propriedade e a posse se vêem vulneradas pelo próprio furto do objeto.

Além disso, o próprio Claus Roxin (2002) destaca que o complexo do Direito Penal poderia ser (re) organizado tendo em vista outra finalidade. Segundo o professor alemão, se reorganizássemos o instrumentário de nossa interpretação dos tipos a partir destes princípios [adequação social e insignificância], daríamos uma significativa contribuição para diminuir a criminalidade em nosso país. (ROXIN, 2002, p. 48).

Nessa linha de consideração os problemas aumentam. Um dos pontos que podem ser destacados, conforme constatado ao longo da análise dos julgados ao longo da pesquisa, bem como as manifestações de juristas, verifica-se *sic et simpliciter*, uma interpretação do tipo penal, no contexto da interpretação do Direito Penal em termos político-criminais, esvaziando, com isso, a própria normatividade da Insignificância, o direito aparece como “*a forma através da qual as finalidades político-criminais podem ser transferidas para o modo da vigência jurídica.*” (ROXIN, 2002, p. 82, grifo nosso).

A consideração do Direito em um contexto pós giro hermenêutico, resulta em significativas adequações no campo interpretativo. A denominada “virada hermenêutica” ganha dinamicidade a partir dos anos 1960 e passa a ser considerada como uma forma de preencher as insuficiências e limitações constatadas no formalismo jurídico. Ganhando sedimentação nos dois últimos séculos, a compreensão hermenêutica a partir desse movimento “apresentou-se como a porta pela qual ‘reentraram’ no discurso jurídico todos aqueles fatores que, do ponto de vista do positivismo normativista, haviam sido indicados como metajurídicos e, portanto, excluídos da observação científica do direito.” (MAGALHÃES, 2002, p. 131).

Adotando a linha argumentativa de Hans-Georg Gadamer (1977), afirma-se que a questão da insignificância deixa de ser uma questão metodológica e alcança *status* de uma abordagem filosófica⁷⁹. Justifica-se essa consideração visto que

⁷⁹ Essa viragem hermenêutico-ontológica de que nos fala Lenio Luiz Streck (2010), aparece como resultante da publicação de duas importantes obras, quais sejam, “*Sein und Zeit* por Martin

“compreender e interpretar textos não é apenas uma instância científica, visto que pertence com toda evidência à experiência humana do mundo.” (GADAMER, 1977, p. 23, tradução nossa).⁸⁰ Logo, não estamos apenas pensando no método para alcançarmos o sentido de algo, mas estamos inseridos em uma “ontologia do intérprete e de seus condicionamentos existenciais.” (LOPES, 2000, p. 104). Afinal, a Hermenêutica “designa a mobilidade fundamental da pré-sença, a qual perfaz sua finitude e historicidade, e a partir daí abrange o todo de sua experiência de mundo.” (GADAMER, 1998, p. 16).

Esse ponto merece destaque uma vez que é com a hermenêutica filosófica⁸¹ de Hans-Georg Gadamer, no contexto da “viragem hermenêutico-ontológica” que podemos pensar, no campo jurídico, a superação de duas tradicionais orientações, a objetivista, de herança aristotélica-tomista, e a subjetivista, referente à filosofia da consciência. (STRECK, 2010). Impactante mencionada situação, pois tais orientações,

[...] até hoje tem sustentado, de um lado, as teses exegético-dedutivistas-substantivas dominantes naquilo que vem sendo denominado de hermenêutica jurídica, bastando, para tanto, verificar a cisão feita pelas teorias da argumentação entre casos fáceis, solucionáveis por subsunção, e os casos difíceis, que exigiriam a ‘presença’ dos princípios e, de outro, um ingênuo ‘livre atribuir de sentidos’, produto de uma equivocada compreensão do oitavo capítulo da *Teoria Pura do Direito*.⁸² (STRECK, 2010, p. 159).

Isso aparece justificado na própria dimensão hermenêutica de Hans-Georg Gadamer e outros autores que seguem o legado de Heidegger⁸³ a respeito da filosofia da existência. Em outros dizeres, a interpretação “não é concebida como um meio de conhecer, mas como um modo de ser”. No prefácio *Verdade e Método*,

Heidegger, em 1927, e a publicação, anos depois, de *Wahrheit und Methode*, por Hans-Georg Gadamer, em 1960, foram fundamentais para um novo olhar sobre a hermenêutica jurídica.” (STRECK, 2010, 159).

⁸⁰ “[...] compreender e interpretar textos não é só uma instância científica, mas que pertence com toda evidência à experiência humana do mundo.”

⁸¹ Interessante a observação de Lenio Luiz Streck (2008b, p. 141) a respeito da hermenêutica filosófica. Para mencionado autor, “na medida em que filosofia não é lógica, a hermenêutica jurídica não pode ser apenas uma ferramenta para a organização do pensamento.”

⁸² Referência à obra de Hans Kelsen, no caso, a sua segunda edição.

⁸³ A contribuição do filósofo alemão Martin Heidegger precisa ser destacada no contexto da Hermenêutica Jurídica, pois “o conjunto da obra de Heidegger constitui-se em base fundante de um novo olhar sobre a hermenêutica jurídica, embora – registre-se – o filósofo não tenha dedicado espaço para o direito. A importância de Heidegger é facilmente perceptível pela viragem ontológica (*ontologische Wendung*) no campo da hermenêutica jurídica proporcionada pelo seu discípulo Hans-Georg Gadamer [...]” (STRECK, 2008b, p. 131).

Hans-Georg Gadamer (1998) reconhece a grande influência que a fenomenologia de Heidegger exerce na sua compreensão de Hermenêutica. Afirmando uma estreita ligação entre a fenomenologia e a hermenêutica, a “analítica temporal da existência (*Dasein*) humana, que Heidegger desenvolveu, penso eu, mostrou de maneira convincente que a compreensão não é um modo de ser, entre outros modos de comportamento do sujeito, mas o modo de ser da própria presença (*Dasein*).” (GADAMER, 1998, p.16).

Logo,

A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. A complementação produtiva do Direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se por sua vez, sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Na ideia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa de conjunto. (GADAMER apud RIBEIRO, 2013, p. 180).

Essa nova dimensão hermenêutica influencia sobremaneira a atuação do magistrado, pois com o giro linguístico, enquanto resultante da linguagem em âmbito social, a sua decisão “deve deixar de contar apenas consigo mesmo (ou com o consolo de sua decisão, em caso de erro, poderá ser revista pelo tribunal/instância superior)” (CRUZ, 2001, p. 232). Reforça-se, aqui, o objetivo da hermenêutica no campo jurídico, consistente na tarefa de “encontrar o direito’ (seu sentido) na aplicação ‘produtiva’ da norma, pois a compreensão não é um simples ato reprodutivo do sentido original do texto, senão, também, produtivo.” (LOPES, 2000, p. 109).

É por esse motivo que se fala em uma hermenêutica jurídica crítica, isto é, aquela que assenta suas bases no giro linguístico. Essa criticidade proporciona algo fundante para as pretensões de compreensão da insignificância no sentido aqui pretendido, pois possibilita a correção das incompreensões das variadas teorias da interpretação no campo jurídico (STRECK, 2008b). Apesar de muitos méritos, dentre os quais o de reconhecer o fenômeno jurídico enquanto um procedimento de aplicação às particularidades fáticas que adquirem relevância jurídica – a ideia de concretude⁸⁴ -, tais teorias “permanecem reféns da metafísica, ao elaborarem um processo de subsunção a partir de conceitualizações” o que, com isso, “[...] se

⁸⁴ Abrindo espaço para a reflexão a respeito dos grandes problemas envolvendo a realidade brasileira, como, por exemplo, a efetivação dos Direitos Sociais.

transformam em ‘significantes-primordiais-fundantes’ ou “universais jurídicos”, ‘acopláveis’ a um determinado ‘caso jurídico’” (STRECK, 2009d, p. 10).

Com a abertura ao diálogo, chegamos à compreensão que aparece como uma resultante do ato de “fundir o meu horizonte histórico com o do outro, ganhando um novo; isto é, não só conhecer o horizonte do pensamento do outro, senão inter-relacionar os horizontes próprios e os alheios para dar origem a uma nova expressão dos fatos.” (LOPES, 2000, p.105).

Esse movimento é o que ficou conhecido na filosofia gadameriana como “fusão de horizontes”. Numa relação intersubjetiva, por exemplo, a distância que pode ser observada entre os interlocutores será ocupada pela compreensão. O sentido de horizonte consiste no seu entendimento como “o âmbito de visão existente desde um ponto determinado da história, ou seja, o resultado dialético do contraste do passado com o presente.” (LOPES, 2000, p. 105).

É interessante, pois o que temos aqui é que o contexto da linguagem social abre espaço para que o magistrado leve em consideração todas as suas pré-compreensões, ou seja, “desde suas mais remotas experiências (conscientes ou não), de sua formação humana e jurídica, até os elementos probatórios que se deram no curso regular do processo, argumentação das partes etc.” (RIBEIRO, 2013, p. 182). Deve fazê-lo no contexto da experiência hermenêutica, no sentido do diálogo hermenêutico que se apresenta em continuidade.

Abandona-se a compreensão da hermenêutica jurídica como aquilo que se resume a uma dinâmica científica. Com isso,

[...] a passagem de (e/ou o rompimento com) um modelo de interpretação do Direito de cunho objetivista, [...], que trabalha com a possibilidade da busca de conceitos ensimesmados das palavras da lei, feitas por um sujeito cognoscente mergulhado nos confins do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, começa a ser desfeita a partir dos aportes da semiótica, em sua matriz paradigmática e da hermenêutica filosófica com a hermenêutica antireprodutiva de Gadamer, pela qual se passa da percepção à compreensão. (STRECK, 2003, p. 174).

No contexto do Direito brasileiro, a hermenêutica jurídica, ainda em muitas situações aparece como um “(mero) saber ‘operacional’” (STRECK, 2010, p. 162), de modo que é possível encontrarmos aqueles que atribuam à consciência do sujeito-juiz o âmbito adequado para a atribuição de sentido no contexto da compreensão da normatividade. E, desse modo, seguindo Lenio Luiz Streck (2010,

p. 162), “filosofia da consciência’ e ‘discricionariedade judicial’ são faces da mesma moeda.”

Esse movimento aparece também nas próprias considerações de Ronald Dworkin (1999b), quando o mesmo modifica, superando, a concepção positivista do direito estruturada em análises linguísticas. Adotando uma concepção hermenêutica, a compreensão do direito como uma atitude interpretativa ultrapassa as limitações presentes no modelo positivista, adotando não apenas textos jurídicos, mas também questões de natureza moral que guardem coerência com a história jurídica de outrora e também com os projetos políticos do futuro da comunidade.

Outro ponto em termos de consideração da Insignificância no Direito Penal diz respeito às chamadas Infrações de Menor Potencial Ofensivo⁸⁵, voltadas para a competência dos Juizados Especiais. Neste caso, não estamos diante, por si só, da configuração do “princípio” da insignificância, como no caso do delito de ameaça (art. 147 CPB) ou mesmo de lesão corporal leve (art. 129, CPB). Note-se que tais condutas aparecem como social e penalmente relevantes, recebendo, neste caso a devida incidência do Direito Penal, algo diferente do que acontece com os chamados delitos de Bagatela.

Ainda, é-nos possível apresentar uma importante abordagem de duas situações presentes no Direito Penal. Trata-se da suposta aproximação entre o instituto da Adequação Social do jurista alemão Hans Welzel e o da Insignificância, desenvolvido por Claus Roxin. Como foi dito, apenas supostamente tais institutos podem ser equiparados. Se estivermos diante de situações nas quais a Insignificância incide, não teremos “valorização implícita na adequação social.”⁸⁶ (PRADO, 2010, p. 157).

Embora sustentado em uma previsão formal de Estado Democrático, inserido em um contexto pós-positivista, portanto, o que se constata com a utilização do “princípio” da Insignificância no contexto penal é a perda de sua força normativa e a adoção de uma argumentação jurídica utilizada como forma disfarçada de uma

⁸⁵ Nesse sentido, a própria previsão constitucional de mencionada infração, segundo a definição do art. 98, I, do Texto Constitucional, *in verbis*: “Art. 98: A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e **infrações penais de menor potencial ofensivo** [...]” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

⁸⁶ Até mesmo porque se pensarmos, por exemplo, no furto de determinado objeto que possua em termos de avaliação patrimonial um valor insignificante, mesmo assim ainda não será plausível valorarmos esta conduta (subtração) como socialmente útil ou adequada.

argumentação política.

Uma interpretação é melhor não por observar o atendimento de fins e programas de cunho político-criminal, mas porque em sua base existe uma melhor justificação ou argumentação racional. Além disso, resta tarefa considerável complicada em termos de legitimidade, definir em um discurso jurídico de aplicação do sentido de insignificância, visto que neste caso, “a compreensão do juiz não acontece em solidão, ou seja, dele para com ele mesmo e exclusivamente a partir dele, pois ocorre num processo jurisdicional em que é precípua o contraditório e a ampla defesa.” (RIBEIRO, 2013, p. 182).⁸⁷

Essa situação entre em conflito direto com as próprias pretensões do Estado Democrático de Direito, isto é, pretensões pautadas em uma orientação neoconstitucionalista, ou seja, “a manifestação desse grau de autonomia do direito, [...] deve ser entendida como a sua dimensão autônoma face às outras dimensões a ele intercambiáveis, como, por exemplo, a política, a economia e a moral.” (STRECK, 2010, p. 163).

Estamos diante, claramente, segundo o professor Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno (2013) de um conceito vago, ou seja, um conceito instável, versátil ou volúvel. Essa constatação denuncia um considerável problema, pois a verificação de determinados critérios, poderia, de fato, fixar o que seria uma lesão insignificante? (TRIVISONNO, 2012). A insignificância seria, em determinado caso e segundo a convicção do juiz, aquilo que causa um prejuízo importante ao titular, ou por outro lado, aquilo que afeta a própria ordem social? Os vetores desenvolvidos pela jurisprudência do STF, tais como a mínima ofensividade ou inexpressividade da lesão ou mais, o reduzidíssimo grau dessa reprovabilidade, aparecem como autênticas escolhas embasadas em valores preferidos como se fossem, por vezes, os valores da sociedade. Parece, a partir de uma análise nesse sentido, que o “direito deve apenas servir para ‘satisfazer’, de forma utilitária, às necessidades ‘sociais’.”⁸⁸ (STRECK, 2010, p. 164). Abre-se espaço para, voltando ao positivismo

⁸⁷ E as considerações de Fernando José Armando Ribeiro (2013) continuam pertinentes quando observamos o momento de produção jurisdicional. Para ele, “no momento de produção do provimento jurisdicional as partes, o dito e o contraditado, já aportam para o provimento jurisdicional uma série de pré-compreensões que densificam a possibilidade de sentido normativo para muito além de uma suposta moldura das normas.” (RIBEIRO, 2013, p. 183).

⁸⁸ Ser-nos-ia possível, ainda, ampliar a reflexão indagando sobre quais seriam essas necessidades sociais, ou, ainda, quem as determinaria.

jurídico⁸⁹, considerarmos uma formulação jurídica vaga, que exige um exercício de interpretação construtiva, que funcionará como um esquadro dentro do qual a discricionariedade judicial é admitida (KELSEN, 2003, p. 393).

Além disso, percebe-se uma argumentação a respeito dos critérios assentada em uma lógica na qual

Tais requisitos são tautológicos. Sim, porque se mínima é a ofensa, então a ação não é socialmente perigosa; se a ofensa é mínima e a ação não perigosa, em consequência, mínima ou nenhuma é a reprovação; e, pois, inexpressiva a lesão jurídica. Enfim, os supostos requisitos apenas repetem a mesma ideia por meio de palavras diferentes, argumento em círculo. (QUEIROZ, 2008, p. 53).

Logo, o que podemos definir como insignificante? Se temos sujeitos integrantes da relação jurídica, em relação a quem devemos pensar a insignificância, ou seja, em relação ao sujeito ativo, o autor do delito, ou em relação ao sujeito passivo, no caso a vítima?

Como resposta a tais indagações, a jurisprudência tem lançado mão do uso de construções, como no caso do “princípio” da insignificância, que resultam de um agir discricionário⁹⁰. Seguindo a linha de orientação de Ronald Dworkin (1986), as convicções pessoais do agente julgador não podem determinar qual seria o “ideal de justiça para o caso”, até porque isso entra em contradição com as exigências de coerência e integridade propostas por este autor.

Daí porque resulta pertinente a crítica direcionada ao denominado positivismo normativista pós-kelseniano, aquele que, por excelência, admite o agir discricionário, ou, se se preferir, “decisionismos e protagonismos judiciais - enfim, há que se ter claro que o positivismo desse tipo é denominado ‘normativista’ porque o juiz ‘produz norma’ e, na medida em que ele tem o poder de produzir normas, o que ele decide vale [...]” (STRECK, 2014b, p. 293).

Tentemos superar essa compreensão. Com Ronald Dworkin verificamos que a identificação dos princípios é algo que acontece de forma argumentativa. Eles funcionam como fundamentos, “razões de ser” das regras e que, portanto, melhor justificam as nossas práticas. Some-se a isso a própria reflexão a respeito das pré-compreensões que orientaram a construção dos “vetores” no contexto da

⁸⁹ Observando a prática jurídica brasileira, especialmente no âmbito da Jurisprudência, talvez não seria adequado o termo “volta” e sim “manutenção”.

⁹⁰ Referência aos “vetores” apresentados no (BRASIL, HC n° 84.412-0/SP, 2004b).

insignificância, uma vez que o compromisso democrático exige uma “*constante reflexão acerca das pré-compreensões que informam e conformam as próprias decisões judiciais*, pois nem todas elas se mostram constitucionalmente adequadas.” (COURA, 2004, p. 408, grifo do autor).

Aqui, novamente, e lançando mão da crítica de natureza científica, embora os princípios apareçam como convicções, estas são vistas como aquelas mais arraigadas na comunidade como um todo, ou seja, é o que nos diz Ronald Dworkin (2000b) ao compreender a discussão envolvendo os princípios como uma “questão de moralidade objetiva.” Logo, não se trata de convicções morais de natureza subjetiva daqueles legitimados ao julgamento das questões jurídicas.

E a questão continua em uma linha de acentuada relativização e orientação política. Por exemplo, se for o caso de um sujeito que pratica pequenos delitos, em si “insignificantes” mas de maneira reiterada? Neste caso, o hábito, configurando um vício e, portanto um desvio do comportamento virtuoso, acarreta um abandono da insignificância em razão da reincidência? A jurisprudência, nesse caso em específico afasta⁹¹⁹² a aplicação do “princípio” da insignificância, tal como fica evidenciado no Recurso em HC nº 41.169 (BRASIL, RHC nº 41.169/PR, 2014a) , que adotou o posicionamento da Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, que atuou como Relatora no HC nº 102.088/ RS. Segundo a Ministra, o

Princípio da insignificância não foi estruturado para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de condutas ínfimas, isoladas, sejam sancionadas pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido à sua reprovabilidade, perdem a característica de bagatela e devem se submeter ao direito penal. (BRASIL, HC nº 102.088/RS, 2010c).

Em outro julgado, o STF verificou a inexistência de alguns dos vetores para a configuração da insignificância: a ausência de periculosidade social da ação e o reduzido grau de reprovabilidade da conduta. Segundo a ementa,

HABEAS CORPUS. 2. Furto de fios elétricos praticado mediante concurso de agentes. Condenação. 3. Pedido de aplicação dos princípios do princípio

⁹¹ Esse posicionamento também pode ser observado nos (BRASIL, RHC nº 112.870/DF, 2012e; BRASIL, HC nº 103.506/MG, 2012a).

⁹² Existem decisões que reconheceram a incidência da insignificância mesmo no caso de réus reincidentes, como podemos observar no (BRASIL, HC nº 112.400/RS, 2012d e BRASIL, HC nº 93.393/RS, 2009d).

da Insignificância. 4. Ausência de dois vetores considerados para a aplicação do princípio da bagatela: ausência de periculosidade social da ação e o reduzido grau de reprovabilidade da conduta. 5. A prática delituosa é altamente reprovável, pois afeta serviço essencial da sociedade. Os efeitos da interrupção do fornecimento de energia não podem ser quantificados apenas sob o prisma econômico, porque importam em outros danos aos usuários do serviço. 6. Personalidade do agente voltada ao cometimento de delitos patrimoniais (reiteração delitiva). Precedentes do STF no sentido de afastar a aplicação do princípio da insignificância aos acusados reincidentes ou de habitualidade delitiva comprovada. 7. Furto em concurso de pessoas. Maior desvalor da conduta. Precedentes do STF. 8. Ordem denegada. (BRASIL, HC nº 118.361, 2014b).

Refletindo a respeito desse afastamento, a insignificância incide no contexto da Tipicidade e “não de individualização judicial da pena, [logo], o princípio da insignificância deve ser reconhecido independentemente da existência de maus antecedentes, reincidência ou continuidade delitiva.” (QUEIROZ, 2010). Complementando, Luiz Luisi destaca que diante da inexistência da Tipicidade, não adquirem relevância as “circunstâncias presentes no contexto do fato e a vida passada do autor não tem a virtude de transformar em ilícito o ato.” (LUIZI apud GOMES, 2001, p. 454). Se a conduta é atípica isoladamente, afastando a sua reprovabilidade social, a sua prática reiterada, logicamente falando, não a transformaria em uma conduta típica. Disso podemos afirmar que “essa tentativa de individualização da aplicação do princípio da insignificância acaba revelando, portanto, a fraqueza da doutrina do STF no que diz respeito a essa matéria.” (TRIVISONNO, 2012).

Logo, mesmo estando diante de uma situação de um autor reincidente, sendo o caso de lesão insignificante, isso

[...] não faz com que ao mesmo se possa atribuir um delito. Seus antecedentes, por mais graves que sejam, não podem levar à tipificação criminal de uma conduta que, por haver causado insignificante dano a um bem jurídico, não causou lesão relevante. (LUIZI apud GOMES, 2001, p. 454).

Corolário desse movimento reflexivo é o campo das questões de conveniência, tais como as justificativas para “o desafogamento da máquina judiciária” (SILVA, 2014), ou mesmo o “excessivo gasto com um processo-crime”. Abre-se, espaço, aliás, perigoso, para a adoção da chamada análise econômica do direito, impulsionada por uma lógica do cálculo custo/benefício, lógica que justificaria a prática de certos delitos.

Mas, de todos os argumentos, a constatação de que “é melhor absolver o réu que condená-lo, afinal ele sairá do sistema mais perigoso do que entrou...” aparece como razão que soçobra toda a estrutura do Estado Democrático. Toda a legitimidade da fundamentação das decisões esbarra numa confusão entre os argumentos adequados para os momentos de justificação e de aplicação do Direito, além de denunciar a falência de um modelo de Estado que ainda aparece vinculado a uma perspectiva de consideração da pena de prisão como uma forma eficaz de reabilitação e prevenção.

Nesse sentido, qualquer interpretação e não necessariamente a mais adequada para o caso passa a ser considerada como correta, principalmente se estiver lastreada pela orientação do STF. Com isso, a exigência constitucional do art. 93, IX da CR/88, a respeito da fundamentação “racional” das decisões aparece repleta de motivos subjetivos e, muitas vezes, arbitrários.

Mas o problema aqui que a tese aborda é interpretar tais normas do ponto de vista jurídico e não apenas ético ou moral. Para tanto podemos olhar para o próprio Código Penal e verificarmos situações que afastam a tipicidade de condutas e que, portanto, aparecem adequadamente aplicadas pelos juízes e tribunais.

A questão da previsão legal de critérios que indiquem com maior segurança o que vêm a ser condutas insignificantes, se nos apresenta como algo além de um formalismo, uma vez que a mencionada previsão perpassa o igual direito e consideração a todos.

Diante de critérios mais objetivos e legitimamente racionais, ser-nos-ia possível confirmar que muitas das condutas praticadas no contexto da sociedade brasileira poderiam se enquadrar no contexto da atipicidade, ou seja, a não realização do tipo e não, como por vezes acontece, na pequena, insignificante realização do tipo.

Ponto de reflexão neste sentido consiste no recente julgamento⁹³ que culminou com a absolvição do acusado pelo furto de galinhas que totalizam a quantia de R\$ 40 reais (BRASIL, HC nº 121.903-MG, 2014c). Vários pontos marcam a situação com contornos de tragédia. Além da imediata devolução da *res furtiva* aos proprietários, o Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais, por meio de seu Egrégio Tribunal de Justiça não concedeu o pedido de HC. Algo semelhante

⁹³ Apreciação no dia 21 de maio de 2014.

acontecera também no contexto do STJ. A liberdade do acusado só foi restabelecida na mais alta Corte do Poder Judiciário, o STF⁹⁴, que ao tempo dessa decisão, estava envolvido com outras discussões que impactavam substancialmente a História brasileira, no caso, o Mensalão.

Poder-se-ia, dessa forma, compartilhar com Claus Roxin (1972) a ideia de que as razões políticas podem ser transferidas para o direito, deixando a cargo da autoridade jurisdicional a escolha de quais seriam as “finalidades” político-criminais? Em outras palavras, decidir se aquele caso seria passível de reconhecimento da insignificância e se o mesmo se enquadraria nos “eleitos” para a apreciação judicial em razoável tempo?

A resposta a mencionado problema perpassa a distinção entre a atividade legislativa que reconhece e legitima múltiplas discussões éticas, morais e políticas, por exemplo, e a jurisdicional. Uma vez mais, a interessante questão entre os chamados discursos de justificação, tipicamente legislativos, e os discursos de aplicação, notadamente jurisdicionais e executivos.

Ganha relevância, nesse contexto, a contribuição de Klaus Günther (2004) com o chamado senso de adequabilidade, ou seja, obrigatoriedade de seguir os princípios corretos e aplicá-los imparcialmente na medida em que consideramos todas as circunstâncias particulares do caso. Essa aplicação deve considerar dois importantes pressupostos:

- a) a completa descrição da situação, consistente na apresentação/composição dos elementos fáticos e jurídicos; e
- b) a denominada “coerência normativa”, ou seja, o afastamento de uma predeterminação de um conteúdo, e sim com a sua adequabilidade.

Decisões que assumem certos padrões valorativos em detrimento de outros, que reconhecem direitos ou deveres de outrem sob o argumento de que um valor é “preferível”, ou mais “importante” que outro, esbarram no problema que tem ressaltado uma das questões mais delicadas da Decisão Judicial: a discricionariedade.

⁹⁴ Não sem antes, no entanto, o pedido ter sido indeferido em sede de decisão liminar pelo Ministro Luiz Fux.

Sobre este ponto, são pertinentes as palavras de Marcelo Cattoni de Oliveira (2004) a respeito da compreensão dos direitos. Para o mencionado autor,

[...] um direito não pode ser compreendido como um bem, mas como algo que é devido e não como algo que seja meramente atrativo. Bens e interesses, assim como valores, podem ter negociada a sua “aplicação”, são algo que se pode ou não optar, já que se estará tratando de preferências otimizáveis. Já direitos não. Tão logo os direitos sejam compreendidos como bens ou valores, eles terão que competir no mesmo nível que esses pela prioridade no caso individual. Essa é uma das razões pelas quais, como lembra Habermas, Ronald Dworkin haver concebido os direitos como “trunfos” que podem ser usados nos discursos jurídicos contra os argumentos de política. (OLIVEIRA, 2004, p. 68).

A bem da verdade, a compreensão do agente julgador, no contexto de análise da insignificância e seu reconhecimento no caso *sub judice*, não acontecem de forma solitária, ou seja, uma decisão construída por um sujeito recurvado sobre si mesmo, solipsista. Se se considera a insignificância como uma norma adequada às pretensões de um Estado Democrático de Direito, exsurge a constatação segundo a qual a sua compreensão acontece num processo jurisdicional em que são condições de possibilidade o contraditório e a ampla defesa. Afinal, a compreensão de jurisdição como poder exige que o mesmo se manifeste em uma relação jurídica envolvendo outros autores que não apenas o agente julgador, embora este possua a autoridade para solucionar o conflito. Todavia, só faz sentido pensarmos isso se estivermos em um contexto democrático, o qual, conseqüentemente, implica na dimensão de legitimidade.

Diante dessas considerações, e seguindo os aportes da Teoria Constitucionalista do Processo, verificamos que as partes devem ativamente contribuir para a construção do provimento final, no caso, a decisão judicial. Essa contribuição deve acontecer em “simétrica paridade” não somente na interpretação, mas também em sua compreensão e conseqüente aplicação, visto que, a bem da verdade, tais momentos se interpenetram. O juiz, quando decide, já compreendeu a questão que está sendo explicitada por meio da interpretação. E decide levando em consideração “uma série de pré-compreensões que densificam a possibilidade de sentido normativo para muito além de uma suposta moldura.” (RIBEIRO, 2013, p. 170). Essa situação, *ipso facto*, possibilita a constatação de que a compreensão apresenta em sua composição “pré-conceitos”⁹⁵, ou seja, “proto-ideias formadas a

⁹⁵ Não se pode olvidar que esta situação apresentada por Hans-George Gadamer (1998) aparece

partir de experiências e vivências que ocupam o espaço da compreensão e condicionam a aproximação de todo hermenêuta de um objeto de conhecimento, de todo leitor de um texto.” (BITTAR, 2002, p. 184).

Mas, as decisões em questões que envolvem a Insignificância tem mostrado como características o fato de serem parciais e, muitas vezes particulares, a começar pelos próprios “vetores” que supostamente orientam a configuração da Insignificância, mas que na verdade reproduzem, praticamente todos os “vetores”, na apreciação econômica do bem.

A questão da Legitimidade *no* e *do* Direito fica comprometida. Seguindo a contribuição de Klaus Günther, constatamos que a legitimidade do fenômeno jurídico só estaria configurada mediante a adoção de procedimentos que mostrassem como pressupostos a abertura a “temas, contribuições e razões apresentadas pelos indivíduos afetados” (RIBEIRO, 2013, p. 171). Em outras palavras, o contexto da interpretação jurídica, com Klaus Günther (1995), não pode ser considerado como o resultado das preferências ou escolhas pessoais do magistrado. Ao contrário, a interpretação deve ser considerada em conexão com uma estrutura de princípios que reconheça razões de natureza pública que são compartilhadas pela comunidade.

Mais complicado ainda seria sustentarmos a decisão com base nos chamados “valores da sociedade”, visto que seria possível afirmarmos a existência de uma ética material concreta que aborde todas as questões? Afinal, não estamos diante de uma pluralidade, onde o dissenso aparece como mola mestra e o provimento final deve ser o resultado de uma construção em simétrica paridade? Além disso, quando se pensa em fundamentação dos pronunciamentos decisórios, não apenas surge a necessidade de uma argumentação coerente com o plano fático, mas, e principalmente, que essa fundamentação possa orientar, justificando, ações no plano da singularidade, pois não se pode desconsiderar que a sociedade também aparece como destinatária dos pronunciamentos.

Especialmente com a promulgação da Constituição de 1988, o reconhecimento de uma sociedade marcada pela complexidade afasta a linha de

como contraponto da pretensão do conhecimento científico propugnado ao longo do século XIX, qual seja, o método e sua neutralidade. Por esse motivo, “as ciências do espírito são contaminadas pela experiência de mundo, pela historicidade de seu engajamento, pela contextualidade de sua produção.” (BITTAR, 2002, p. 185). Com isso, “quando se nega a história efetual na ingenuidade da fé metodológica, a consequência pode ser até uma real deformação do conhecimento.” (GADAMER, 1998, p. 450).

pensamento calcada na interpretação do Direito como uma “ordem concreta de valores”, de forma que fosse possível definir uma hierarquia entre eles.

E voltemos ao STF. Em relação ao “princípio” da insignificância, os padrões adotados pela Corte carecem de possibilidade de generalização, sendo que vetores como “reduzidíssimo” grau de reprovabilidade configuram situações nas quais a orientação acontecerá numa linha ética e não efetivamente jurídica. (CHAMON JUNIOR, 2006).⁹⁶ O ponto que merece realce está relacionado menos à questão da interpretação e sua possível distinção para a criação do direito, mas, por outro lado, diz respeito ao “grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciários.” (CAPPELLETTI, 1999, p. 21).

Daí a reflexão no sentido da busca pela efetivação de um Tribunal que se oriente pelas pretensões constitucionais de uma sociedade mais justa e democrática, busca essa que exige o reconhecimento e respeito das competências de cada Função do Estado, o que significa dizer, em outras palavras, que suas discussões sejam tipicamente jurídicas, no sentido que o discurso produzido no âmbito do Judiciário não seja resultante de uma apropriação do discurso político.

Nesse sentido, definir os critérios que possibilitarão a fixação daqueles comportamentos que aparecem como uma ofensa passível ou não de incidência do Direito Penal é tarefa da função Legislativa, importante dinâmica do Poder Estatal. Via de consequência, temos a vedação aos aplicadores do direito⁹⁷ dessa função definidora, visto que no Estado Democrático de Direito, o que precisamos observar e que, aliás, aparece na própria compreensão do Estado como de Direito é o respeito ao princípio da Reserva Legal⁹⁸, mormente quando abordamos o contexto do Direito Penal, princípio que aparece como geratriz da segurança para os destinatários, no que diz respeito à atuação estatal.

⁹⁶ Com isso, da maneira como os Tribunais tem considerado, mormente os Superiores e, no lastro da própria orientação do professor Claus Roxin, a insignificância não pode ser considerada como princípio. Quando analisamos a sua aplicabilidade no contexto jurídico brasileiro o que prevalece são razões éticas e pragmatistas.

⁹⁷ Que são também, aliás, os seus intérpretes, visto que a aplicação envolve a própria interpretação, na vertente propugnada por Hans-George Gadamer.

⁹⁸ E claro, o próprio princípio da Independência dos “Poderes”.

5.3 O projeto do Novo Código Penal

Diante do descompasso que tem marcado a incidência do Código Penal de 1940 na sociedade moderna, mormente após as grandes mudanças ocorridas com a promulgação da Constituição de 1988, o Direito Penal tem buscado sua adaptação à nova realidade social, que tem na segurança pública um de seus grandes desafios, especialmente no contexto brasileiro.

Os índices de criminalidade, a ideia de uma sociedade de risco, a questão envolvendo a redução da maioria penal, o sentimento de impunidade, tem motivado a pretensão de um novo Código Penal, o que resultou na apresentação e discussão do PLS nº 236/2012 que, se aprovado, resultará na revogação do atual Diploma Legal (Decreto-Lei nº 2.848/1940), e publicação de um novo Diploma pretensamente mais adequado à realidade brasileira.

O projeto de Lei apresenta a tipificação de novas condutas, resultantes das modificações sociais pelas quais a sociedade brasileira tem passado nas últimas décadas. Exemplo disso será o Capítulo denominado “Crimes Cibernéticos”, além de incluir nova modalidade de dano, os “Danos aos dados informáticos”.

Um dos pontos abordados pelo Projeto de Lei que resulta nas reflexões presentes na pesquisa, diz respeito ao tema da superlotação carcerária, um dos problemas mais complicados no campo penal, em razão, aliás, da própria estrutura do Sistema Penitenciário.⁹⁹ Insuficiente número de vagas para os condenados, bem como a adequada separação entre presos provisórios e condenados, aparecem como grandes máculas do mencionado sistema.

Nessa dinâmica, há decisões no contexto da aplicação da norma penal que consideram a questão da crise do sistema carcerário para indicar a importância de alternativas. Neste contexto de exigências de políticas que estejam voltadas para a efetiva solução, ou ao menos, amortização do problema, vem à tona, o “princípio da Insignificância” ou “Bagatela”. Como visto, se algumas condutas provocam lesão a determinado bem jurídico de forma “tão ínfima”, então, não deveriam estar submetidas à reprimenda estatal. Logo, isso autorizaria, portanto, a consideração de

⁹⁹ Uma das questões mais interessantes e ao mesmo tempo mais absurdas é o alto número de presos provisórios. Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (Ministério da Justiça), verificamos que o total de presos no Brasil alcança a marca de 548.003. Deste total, 195.036 presos, isto é, o percentual superior a 30% daqueles que estão encarcerados no país é constituído por pessoas que tem a incidência da presunção de inocência, ou seja, estão aguardando julgamento. (SARNEY, 2012).

tais condutas, pelo Direito, como atípicas?

A partir da verificação de que mencionada norma poderia exercer, de forma eficaz, o controle da população carcerária (SILVA, 2014), mencionado “princípio” aparece positivado no Projeto do Novo Código Penal.

Sem dúvida que estamos diante de uma inovação em termos da consideração da Insignificância, visto que atualmente, a mesma não possui previsão legal. O interessante é que o legislador esbarra mais uma vez no “culto à lei”, algo bem presente a partir da segunda quadra do século XIX e plenamente considerada no século XX, mormente pelas Escolas da Exegese e do Positivismo Jurídico.

Não se pode olvidar que no contexto pós-positivista, a “razão jurídica não é identificada exclusivamente com a racionalidade formal, instrumental, dirigida-a-fins, passando a incorporar também a razão prática.” (DINIZ; MAIA, 2006, p. 651). Isso significa que a preocupação não se resume à previsão legal da insignificância, especialmente se verificarmos que, dentre outros motivos, a preocupação com questões de política criminal impulsionaram a introdução da insignificância, refletindo uma preocupação, preponderante, da atividade jurídica “na obtenção de êxito ou vantagem”. Na consideração do contexto pós-positivista, a orientação a ser buscada diz respeito a “uma aspiração moral, uma pretensão de justiça”. (DINIZ; MAIA, 2006, p. 651).¹⁰⁰

O ponto em questão é que, neste caso, a Insignificância aparece como norma positivada no Código, mas em termos de requisitos para a sua configuração, inexistente no Diploma Legal a mencionada explicação. Retomando os vetores apresentados pela Jurisprudência, o que o legislador pretendeu ao introduzir mencionado “princípio” no Código Penal, foi vincular o agente julgador à sua observância, visto que anteriormente, a sua apreciação consistia em uma faculdade.

Seja como for, essa adoção não problematizada, embora problemática, dos “vetores” apontados na decisão do Ministro Celso de Mello, resulta na verificação de que questões dessa natureza não devem ser resolvidas pela “vontade do poder” (*Wille zur Macht*) do Poder Judiciário.” (STRECK, 2014b, p. 287). E isso pelo fato de que tal situação enfraquece, substancialmente, a gênese do direito nos moldes

¹⁰⁰ Esse ponto é particularmente interessante quando observamos o caso brasileiro, ou seja, a realidade social que tem, nos últimos anos, estimulando uma série de demandas sociais. No contexto jurídico, essa situação implica na “necessidade de impulsionar a integração e rearticulação entre as diferentes esferas da razão prática como direito, moral e política.” (DINIZ; MAIA, 2006, p. 651).

democráticos. Mas, também, em tom irônico, poderíamos “admitir que o direito – produzido democraticamente – possa vir a ser corrigido por argumentações teleológicas-fáticas-e/ou-morais?” (STRECK, 2014b, p. 287). Nas últimas décadas, quando se discute a metodologia para o campo jurídico, o que se observa é que

quase desaparece o condicionamento legal-normativo da Justiça sob o peso de orientações teleológicas, analógicas e tipológicas ou de procedimentos tópicos, finalísticos, eficacionais e valorativos, além da própria escolha pelo juiz do ‘método adequado’ entre outras concepções concorrentes. (MAUS, 2000, p. 193).

E aqui ganha espaço a reflexão empreendida por Jürgen Habermas (1996) a respeito da legitimidade da Ordem Jurídica. Adota-se o entendimento segundo o qual

[...] a legitimação da ordem jurídica como um todo desloca-se para a origem dessa ordem, ou seja, para uma norma fundamental ou de reconhecimento que tudo legitima sem que ela própria seja capaz de justificação racional. Então, esta norma, tomada como parte de uma forma de vida histórica, tem que ser aceita de fato como o costume estabelecido, ou seja, como habitual. (HABERMAS, 1996, p. 202, tradução nossa).¹⁰¹

O filósofo alemão continua, destacando que

A vinculação da validade do Direito à sua gênese permite apenas uma solução assimétrica para a questão da racionalidade. [...]. Assim, a leitura positivista do processo de tomada de decisão judicial acaba por destacar a garantia da certeza do Direito em detrimento da garantia de correção. A prioridade da certeza jurídica é evidente no modo pelo qual o positivismo jurídico trata os casos difíceis, os *hard cases*. (HABERMAS, 1996, p. 202, tradução nossa).¹⁰²

No entanto, uma vez mais, a modificação/introdução da Insignificância no Ordenamento Jurídico acaba por autorizar a atuação discricionária do agente julgador, quando da verificação da ocorrência de três condições cumulativas, a saber:

¹⁰¹ “[...] the legitimation of legal order as a whole shifts to its origin, that is, to a basic norm of rule of recognition that legitimates everything without itself being capable of rational justification; as a part of a historical form of life; if must be factually accepted as settled custom.”

¹⁰² “Tying the validity of law to its genesis allows only as asymmetrical solution to the rationality problem. Reason or justice is to a certain extent subordinated to history. Hence the positivist reading of judicial decision making privileges the certainty guarantee at the expense of the rightness guarantee. The priority of legal certainty is evident in the positivist treatment of ‘hard cases’.”

- a) a mínima ofensividade da conduta do agente;
- b) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento;
- c) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Novamente, o que será levado em consideração para aferir a insignificância consiste nas preferências pessoais dos integrantes do Judiciário. Sobre esse ponto, vem à tona a reflexão crítica desenvolvida por Ingeborg Maus (2000, p. 195-196), a respeito do Judiciário na Alemanha. Essa reflexão pode ser direcionada para o caso brasileiro, especialmente pelo fato de ter sido dele, o Judiciário, exigido uma maior dinâmica no sentido de proporcionar a efetividade dos direitos fundamentais, especialmente os sociais, o que tem feito com que essa Função atue como “o superego de uma sociedade órfã”, determinando, por vezes, quais comportamentos aparecem como adequados em termos de uma moral pública.

Abordando o PLS nº 236/2012, este é o teor do provável art. 29 do Novo Código Penal, *in verbis*:

Princípio da insignificância

Art. 29. Não há crime quando cumulativamente se verificarem, no caso concreto, e sendo possível o seu reconhecimento, as seguintes condições:

- a) mínima ofensividade da conduta do agente;
- b) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento;
- c) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Parágrafo único. É vedado o reconhecimento da insignificância penal quando o agente for reincidente, possuir maus antecedentes ou habitualidade delitiva. (SARNEY, 2012, p. 103).

Pela análise do art. acima apresentado, verificamos que a introdução de alguns elementos traduz obviedade interpretativa e, outros pontos, mostram considerável nebulosidade.

Pela análise do *caput*, contata-se que, a incidência da insignificância precisa, em se tratando de uma causa de atipicidade legal, considerar a questão concreta. Portanto, resta redundante a expressão “caso concreto”. Sem o fato teríamos dificuldade de refletir a respeito da própria tipicidade legal quando da abordagem da descrição do ilícito.

Além disso, a parte final da redação do *caput* determina que a incidência da insignificância acontecerá “sendo possível o seu reconhecimento”, abrindo considerável margem para possíveis interpretações, visto que não indica quais seriam essas possibilidades.

Outro ponto que merece grande destaque é a pretensão do parágrafo único, que veda o reconhecimento da insignificância penal no caso de o agente ser reincidente, possuir maus antecedentes ou mesmo habitualidade delitiva. A consideração dos maus antecedentes incide em um contexto diferente do da Tipicidade, motivo pelo qual não teriam o condão de afastar, em si considerados, a incidência da insignificância.

No caso da reincidência, já temos exemplos de decisões, como a do HC n° 118.361/MG, relatoria do Ministro Gilmar Mendes na qual é-nos possível destacar o afastamento da insignificância no caso da reincidência:

[...] 6. Personalidade do agente voltada ao cometimento de delitos patrimoniais¹⁰³ (reiteração delitiva). Precedentes do STF no sentido de afastar a aplicação do princípio da insignificância aos acusados reincidentes ou de habitualidade delitiva comprovada. (BRASIL, HC n° 118.361/MG, 2014b).

Mas, afinal, a insignificância não estaria diretamente relacionada ao bem jurídico? Por qual motivo pensarmos, então, nas questões pessoais do agente para determinarmos a incidência ou não da insignificância. Se o furto de uma bala “chita” é insignificante, também o será para o reincidente. A utilização de circunstâncias pessoais como determinantes para a incidência da insignificância direciona a responsabilização em relação ao agente e não em relação ao fato.

Nos comentários do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) em relação ao Relatório do Senador Pedro Taques a respeito do PLS n° 236/12, a introdução da insignificância no possível novo Código Penal é criticada. Adotando uma sustentação na linha garantista,

[...] procura-se, a título de regulamentação, tipificar princípio geral de Direito Penal, como o próprio princípio da insignificância, olvidando-se que princípio deve se postar **como regra e chave geral de hermenêutica, nada mais**. O real engessamento do Direito Penal, qual se pretende, vai contra todo o entendimento atual do sistema penal como sendo um sistema aberto. (INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 2013, p.5, grifo nosso).

Percebe-se, pelas considerações constantes do Relatório, que a introdução da insignificância, nos moldes pretendidos pela Comissão, ressalta a abertura para o

¹⁰³ Não se pretende adentrar aqui, nas possíveis e necessárias críticas à pretensão de se determinar, por parte do agente julgador, a “personalidade do agente”, algo que aparece no campo da psicologia e psicanálise.

grande risco da manutenção da incerteza e insegurança a respeito da compreensão e consequente definição do que seria insignificante em termos penais. A utilização dos argumentos construídos na decisão do Ministro Celso de Mello carecem de fundamentação, bem como, a própria oscilação a respeito da incidência da insignificância tem permeado as discussões no campo da jurisprudência.

Concluindo a abordagem da temática no relatório, a comissão adota a posição de repúdio à proposta feita em relação à inclusão da insignificância nos delineamentos constantes do projeto. Para a comissão tipificar a insignificância

Como se isso fosse a solução do problema de aplicação pontual do mesmo, é de se ter a conduta errática colocada. Há o risco de que tal redação seja interpretada de maneira a delimitar a aplicação do princípio, com a mesma lógica automatizada empregada em parte dos julgados sobre este tema, **limitando a liberdade de criação dos tribunais** e desestimulando a reflexão crítica da doutrina do Direito Penal. (INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 2013, p. 23, grifo nosso).

Iterando parcialmente as críticas que foram feitas à questão da insignificância, algumas observações em relação ao trecho acima transcrito merecem espaço, mormente a questão destacada em mencionado trecho. Trata-se da reflexão a respeito da “liberdade de criação dos tribunais”. Bom, o ponto aqui não diz respeito à criação judicial em si, mas essencialmente à maneira e em relação à qual a mesma é desenvolvida. Não estamos discutindo a criação, mas antes, a legitimidade para fazê-la em certas situações, afinal, considerando as contribuições de Jürgen Habermas (2003), os juízes, ao manifestarem o seu pronunciamento decisório devem fazê-lo considerando

[...] o Direito vigente, ao invés de criá-lo caso a caso, em razão da necessidade de se garantir, por meio do Direito, a imposição legítima de expectativas de comportamento estatalmente sancionadas, ou seja, de se assegurar também a *certeza do Direito*. (COURA, 2004, p. 445, grifo do autor).

Embora em outros momentos da história do Pretório Excelso, a postura de alguns ministros do STF tenha resultado em uma constatação segundo a qual os braços do STF “alcançariam aos céus”, não podemos nos esquecer de que o STF e o importante papel que os ministros exercem no contexto brasileiro encontram considerável redução em termos de prolongamento de “seus braços”, visto que temos uma Constituição da República que exige, na construção do Estado

Democrático, dentre outras situações, a fundamentação dos pronunciamentos decisórios.

Destaca-se, pois, uma grande preocupação com a postura de alguns integrantes do Pretório Excelso, como quando afirmam que

Venho afirmando que o julgador, ao deparar-se com determinada questão jurídica, busca, nas convicções íntimas, na formação humanística, enfim, na cosmovisão que possui, a resposta que mais lhe afigure correta e justa. É o que chamam de contexto de descoberta. Em seguida, procura, no ordenamento jurídico, os fundamentos capazes de sustentar a conclusão. Surge aí contexto de justificação. Quando a solução mais justa, na concepção particular do intérprete, não encontra esteio no arcabouço normativo, impõe-se a revisão do sentimento inicial. Às vezes, o politicamente correto simplesmente não equivale ao juridicamente acertado¹⁰⁴. (BRASIL, ADI nº 3.937/SP, 2008b).

Abordando a posição da Jurisprudência, é-nos possível verificar que os delitos praticados contra a Administração Pública, bem como os praticados contra a vida, por exemplo, aparecem como situações nas quais a insignificância fica afastada, em razão da chamada teoria da “Tipicidade Material dos Delitos”. Logo, uma limitação a respeito da própria incidência de mencionado “princípio”.

Em se tratando da consequência de mencionado reconhecimento, tal qual já vem sendo constatado na jurisprudência do STF, a resposta estatal consiste na atipicidade da conduta, o que afastará, portanto, o crime. Estaríamos aqui diante da mesma lógica que poderia ser pensada, com Ronald Dworkin (1978, 2002), a respeito das normas envolvidas, no caso do reconhecimento da insignificância, ou seja, não teríamos uma situação de conflito com a previsão do tipo, mas, por outro lado, uma situação de exceção. O que temos, portanto, é que a norma que reconhece a insignificância excepciona a incriminadora sem fixar nenhum conflito entre elas.

Diante desse movimento de positivação, os argumentos de política estariam, novamente, prevalecendo sobre os argumentos de princípios, visto que a diminuição da população carcerária, aliada aos custos de um eventual processo criminal, apareceriam como alguns dos principais motivos para mencionada previsão. É a linha que podemos observar na manifestação do voto do Ministro Barroso, destacando que

¹⁰⁴ Trata-se da manifestação do Ministro Marco Aurélio Mello, no julgamento da ADI 3.937/ SP – STF.

1. Há o sistema carcerário, que é um capítulo à parte. A situação é tão calamitosa que os juízes, no geral, apegam-se a qualquer formulação razoavelmente aceitável que impeça enviar alguém para o sistema penitenciário, sobretudo na hipótese de crimes não violentos. (BRASIL, HC nº 123.108/MG, 2015).

Além disso, ao observarmos essa preocupação com a situação carcerária, continua o ministro destacando que

[...] a razão evidente é de que mandar uma pessoa para o sistema é submetê-la a uma pena mais grave do que a que lhe foi efetivamente imposta, em razão da violência física, sexual e do alto grau de insalubridade das carceragens, notadamente devido ao grave problema da superlotação. (BRASIL, HC nº 123.108/MG, 2015).

Apresentar e levar a sério a distinção entre os dois tipos de argumentos não é apenas uma elucubração da Teoria do Direito, mas antes, uma exigência de um adequado Estado Democrático. Bom, algo é fundamentar o direito que alguém possui, alegando que se trata de um objetivo político do governo ou da comunidade política democrática, como no caso aqui estudado, a superlotação carcerária, por exemplo. O HC nº 123.108/ MG, Relator Min. Roberto Barroso, destaca que

1. A ausência de critérios claros quanto ao princípio da insignificância gera o risco de casuísmos, prejudica a uniformização da jurisprudência e agrava a já precária situação do sistema carcerário – que, de maneira geral, está superlotado e oferece condições degradantes. (BRASIL, HC nº 123.108/MG, 2015).

Nota-se, pois, uma preocupação do julgador no sentido de reduzir a destinação de indivíduos ao sistema carcerário. No entanto, o relator destaca sua preocupação em relação aos critérios utilizados na configuração da insignificância.

Substancialmente diferente seria o caso de fundamentar o direito que alguém deve possuir, alegando que se trata de uma questão de princípio, ou seja, uma questão de moralidade política no sentido atribuído por Ronald Dworkin (1986).¹⁰⁵

Uma vez mais, emerge a fundante preocupação da teoria do direito: “o controle da interpretação, problemática agravada pelo crescimento da jurisdição em relação à legislação.” (STRECK, 2010, p. 168).

É possível a reflexão no sentido de ser, a partir da introdução da insignificância, o reconhecimento da mesma um direito subjetivo do acusado (SILVA,

¹⁰⁵ Essa reflexão direciona olhares para a compreensão que Ronald Dworkin tem a respeito da decisão judicial, quando a considera como uma questão de princípio (*A Matter of principle*).

2014). No entanto, em que sentido a sua manifestação será acolhida pelo julgador, uma vez que os critérios mencionados para o reconhecimento da insignificância aparecem voltados para a interpretação judicial?

De todo modo, o aspecto positivo da mencionada previsão legal que, aliás, poderia acontecer enquanto uma “norma-regra” e não como uma “norma-princípio”, é que em razão do princípio da retroatividade da lei benigna, ser-nos-ia possível vislumbrar uma redução de presos. Em virtude do reconhecimento, em caráter retroativo da insignificância de suas condutas, bem como o arquivamento de vários processos em curso na Justiça Criminal.

Todavia, não podemos deixar de observar a afirmação de Dworkin segundo a qual, apesar dos argumentos de política servirem como boas razões para justificar certas finalidades, não se pode esquecer que estamos diante de um contexto de decisão judicial. Logo, somente os argumentos de princípio podem funcionar como os mais adequados fundamentos para as decisões jurídicas, pois são eles que contribuem para a adequação da resposta correta no contexto jurídico, reafirmando a compreensão de que o Direito aparece como uma postura interpretativa e não apenas como uma questão de semântica. (DWORKIN, 1978).

Reforçando, os argumentos de princípios aparecem fundamentados na moralidade política destacada por Ronald Dworkin (1978). Existem críticas nesse sentido, que alegam que esse fundamento abriria espaço para a dependência das convicções morais de cada julgador, o que, conseqüentemente, desaguardaria em preferências daquele responsável pelo julgamento. No entanto, a proposta de superação das limitações do Positivismo Jurídico, tem em Ronald Dworkin a compreensão de que os princípios aparecem como “convicções que guiam todos os atos de interpretação do direito, não apenas a interpretação dos casos difíceis ou das leis vagas ou abertas.” (SIMIONI, 2011, p. 216). Apesar da adequação a essa constatação, não se esquecer o fato de que existe também o compartilhamento da moralidade no âmbito da comunidade. Por isso, mesmo com a presença das convicções de quem interpreta o Direito, observa-se que as “convicções de moralidade política da comunidade tão sólidas e sinceras a ponto de justificar inclusive decisões contrárias à opinião da maioria.” (SIMIONI, 2011, p. 216).

6 DESAFIOS E POSSIBILIDADES DE UMA ABORDAGEM HERMENÊUTICO-CRÍTICA DO DIREITO PENAL

Oh, o homem é um deus quando sonha, mas um mendigo quando reflete; e, quando o entusiasmo acaba, ele fica ali parado, como um filho desgarrado, expulso da casa paterna, observando o miserável centavo que a compaixão jogou em seu caminho. (HÖLDERLIN, 2003, p. 14).

Este capítulo tem por mira apresentar, a partir das reflexões anteriormente desenvolvidas, as possibilidades de se pensar a insignificância a partir dos desafios em que a realidade jurídica brasileira se encontra. Especialmente na pretensão aqui buscada, repensar a própria possibilidade que a leitura constitucionalmente adequada do Direito Penal seja proporcionada levando-se em consideração verdadeiros princípios, destinando a outras construções, como no caso da insignificância, uma formatação mais condizente.

6.1 O cenário. O prospecto

No caso do Direito Penal, a regulamentação prévia e clara das relações de cunho social, onde a lei se nos apresenta como forma de consolidar a teoria jurídica no sentido de promover maior segurança jurídica, esbarra na delicada ideia de completude do ordenamento, o que acaba por olvidar, o fato de que “não é o texto da norma, na forma de premissas, que determina o que é o não jurídico, mas, sim, uma racionalidade específica que pode se aplicar ao caso, tornando-o fato jurídico.” (GONTIJO, 2006, p. 129). Afinal, retomando a explicação de Raffaele Di Giorgi (2006),

O texto exprime o direito, mas não é o direito. Com o texto se pratica e se conhece a diferença entre sentido e texto. Desta diferença derivam outras diferenças: a diferença entre texto e contexto, entre texto e interpretação, entre sentido e contexto, entre o sentido intencionado e expresso, entre o sentido do presente da produção do texto e o sentido dos diferentes presentes da interpretação do texto. (DI GIORGI, 2006, p. 176-177).

Na dogmática penal persiste a concepção da hermenêutica jurídica como técnicas de interpretação, remontando aos clássicos métodos de interpretação mencionados por autores como Carlos Maximiliano (1999).

No Direito Penal observa-se a sustentação de que a hermenêutica seria compreendida como o método ou o *iter* (caminho) pelo qual seria possível a descoberta da *ratio essendi* da norma, a adequada “vontade do legislador” e que estaria encoberta no texto legal.

Isso ganha contornos problemáticos, pois no pós-positivismo ¹⁰⁶, a compreensão do direito não deve admitir o espaço da discricionariedade, no sentido de uma apreciação do caso de forma solipsista, onde o direito não deve ser “descoberto”, mas construído diariamente por todos os participantes da comunidade. Desenvolvendo uma reflexão no contexto pós-positivista, verifica-se em relação aos princípios no deslocamento do “primeiro plano a proclamação da eficácia normativa dos princípios, agora erigidos em normas-primárias de todo o sistema jurídico.” (DINIZ; MAIA, 2006, p. 653).

Daí a harmônica consideração de Aury Lopes Júnior (2009), ao criticar a postura de alguns julgadores. Abordando a sua preocupação para com os riscos do solipsismo judicial, o autor ressalta que

Esse juiz representa uma das maiores ameaças ao processo penal e à própria administração da justiça, pois é presa fácil¹⁰⁷ dos juízos apriorísticos de inverossimilitude das teses defensivas; [...] como (paleo)positivista, acredita no dogma da completude do sistema jurídico, não sentindo o menor constrangimento em dizer que algo ‘é injusto mas é lei, e, como tal, não lhe cabe questionar’; sentem-se à vontade no manejo de conceitos vagos, imprecisos e indeterminados¹⁰⁸ (do estilo ‘prisão para a garantia da ordem pública’, ‘homem médio’, ‘crimes de perigo abstrato’, etc.) pois lhe permitem ampla manipulação etc. (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 125).

A partir da contribuição de Ronald Dworkin, observamos que a integridade e a coerência nesse autor são responsáveis, segundo Lenio Luiz Streck (2009d, p. 110) pela amarração “intérprete, evitando discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos.” Ou seja, uma possível saída para as limitações presentes no

¹⁰⁶ Uma observação aparece como pertinente no que diz respeito à postura pós-positivista. Trata-se de um aspecto destacado por Alberto Calsamiglia, segundo o qual “falar de pós-positivismo não significa adotar uma posição antipositivista, mas sim propugnar por uma superação desta *démarche* teórica na busca de uma compreensão mais afinada da vida jurídica contemporânea.” (DINIZ; MAIA, 2006, p. 651).

¹⁰⁷ Embora a expressão “presa fácil” apareça em sentido figurado na transcrição, não podemos desconsiderar as reflexões presentes no Livro I de *A República* do filósofo grego Platão (2000), a respeito da compreensão da ideia de Justiça. Mencionada expressão remonta à definição apresentada pelo sofista Trasímaco, segundo a qual a justiça consistiria na conveniência do “mais forte”. Estaríamos num contexto de manutenção dos mais fortes, numa espécie de seletividade penal, abrindo espaço, para outro contexto problemático no Direito Penal, qual seja, o do Direito Penal do Inimigo?

¹⁰⁸ Como o próprio conceito de Insignificância.

contexto positivista.

Retomando a discussão a respeito da incidência da insignificância no contexto do crime de descaminho, verificamos que, embora com discursos menos acalorados, ainda existem divergências a respeito do “patamar” a partir do qual a quantia envolvida seria considerada insignificante.

Com base na integridade, é possível o desenvolvimento de uma argumentação no sentido de possibilitar uma resposta correta para a situação. Vejamos. Embora uno, o Direito aparece subdividido em campos¹⁰⁹ que proporcionam um melhor entendimento e estruturação em sua abordagem. Com isso, a partir da própria compreensão do Direito Penal como *ultima ratio*, a infração penal aparece como a mais austera ofensa aos bens jurídicos tutelados pelo sistema jurídico, especialmente em razão da previsão, nas normas incriminadoras de natureza penal, do preceito secundário que importa na aplicação da sanção de cunho penal. A multa aparece como uma das espécies de sanção de natureza penal, mas existe outra sanção que afeta um dos direitos mais elevados do indivíduo: a liberdade. Especialmente no caso brasileiro, a pena privativa de liberdade deve ser vista como a última possibilidade em termos de reprovabilidade no que diz respeito aos comportamentos contrários ao sistema jurídico.

Logo, à luz da integridade, se determinado ato aparece como irrelevante para a Administração, no sentido de impossibilitar a propositura de execuções fiscais, ou mesmo o seu arquivamento, em se tratando de valor igual ou inferior a R\$ 10.000,00, não resulta adequada a sua reprovabilidade no contexto penal. Essa proposta do “Direito como Integridade”, de Ronald Dworkin, fornece o importante contributo de procurarmos “a partir da própria *indeterminação do Direito* ou, em outros termos, de uma *concepção principiológica de sistema jurídico*, é possível correlacionar, na tarefa de julgar, o direito vigente e as questões de justiça [...]” (COURA, 2004, p. 406).

É nesse sentido que podemos afirmar que a integridade não aparece apenas como coerência. Considerada adequadamente, verificamos que ela, a integridade, implica na consideração das normas no sentido de expressarem um sistema único e coerente de justiça, respeitadas as devidas proporções.

¹⁰⁹ Evitando-se, aqui, a utilização da expressão “ramos do Direito”, visto ser o termo “ramo” voltado mais para o campo da Botânica, Anatomia ou mesmo da Engenharia Elétrica.

A propósito disso, esse movimento faz com que a abordagem dos planos fático e social, que exigem uma resposta jurídica, “não corresponda a um descumprimento do ordenamento jurídico democraticamente estabelecido.” (COURA, 2004, p. 406). Até mesmo porque, seguindo a reflexão do jurista norte americano, é possível que o juiz alcance uma “*boa resposta*, mesmo com a mera exegese dos textos legais, e que as divergências de que fala o positivismo nada mais sejam que desacordos linguísticos.” (MAGALHÃES, 2002, p. 141).

Voltando para o contexto estritamente penal, pertinente se nos apresenta a visão de Hans-Georg Gadamer (1977) a respeito do juiz, quando o considera como um intérprete, uma vez que é requisito que a aplicação envolva a compreensão da norma, fazendo com que, no campo do Processo Penal, o juiz atue como verdadeiro garantidor dos direitos do acusado, ao mesmo tempo em que também reconhece os direitos da coletividade, o que, uma vez mais, possibilita a verificação da integridade, especialmente quando a lide alcança o duplo grau de jurisdição. Este intérprete, juiz ou tribunal, precisa compreender que “a interpretação não é um ato complementar e posterior ao da compreensão, visto que compreender é sempre interpretar, e em consequência a interpretação é a forma explícita da compreensão.” (GADAMER, 1977, p. 378, tradução nossa).¹¹⁰

A adoção de tais ideias se nos apresenta justificada pelo fato de que tais posturas superam o esquema “sujeito-objeto” e adotam a discussão numa intersubjetividade, pautada em uma relação entre sujeitos, o que afasta as decisões ligadas à conveniência daqueles legitimados ao julgamento. Como exemplo dessa lógica intersubjetiva, Juliana Neuenschwander Magalhães (2002) busca uma reconstrução de uma história atribuída ao *Talmud*, segundo a qual

Um professor tenta resolver uma discussão entre dois alunos. O primeiro aluno expôs o seu ponto de vista e, após refletir por algum tempo, o mestre deu-lhe razão. Então, o segundo aluno também apresentou seus argumentos e o professor, depois de longa reflexão, também deu-lhe razão. Os dois alunos ficaram estupefatos com o fato de o mestre dar a razão a duas versões contraditórias dos mesmos fatos. Argumentaram que isso não era possível. Após uma nova longa reflexão, o professor então respondeu: “De fato, vocês também tem razão.” (MAGALHÃES, 2002, p. 152).

¹¹⁰ “[...] la interpretación no es un acto complementario y posterior al de la comprensión, sino que comprender es siempre interpretar, y en consecuencia la interpretación es la forma explícita de la comprensión.”

Isso incide na própria dinâmica da interpretação, considerando a questão da historicidade que influencia a maneira de se compreender a norma. Cada nova leitura do arcabouço normativo resulta em novos “sentidos como também em novas ‘utilidades sociais’”.¹¹¹ (HESPANHA, 2009, p. 662).

É que, na dinâmica do positivismo jurídico, ainda presente em muitos momentos no direito brasileiro, inclusive no Direito Penal, a pretensão de uma cientificização do jurídico, tal qual observado nos campos das ciências naturais e exatas, acaba refletindo na de abstrações que, “se por um lado garantia a plenitude de respostas a antigas aporias, por outro deixava de lado um elemento insuprimível a toda manifestação do Direito e à própria condição humana: a história.” (RIBEIRO, 2013, p. 175). E mais, é possível aliar a isso uma propensão, no contexto da comunidade jurídica, para atribuir ao Judiciário a tarefa de preencher as omissões do legislador, como uma das competências da mencionada Função.

O modelo interpretativo adotado pelo Direito Penal não deve, principalmente a partir de 1988, pautar-se em uma análise pura e simplesmente da dogmática, nem tampouco desaguar em uma interpretação axiológica dos princípios constitucionais, visto que tais posturas se aproximam, perigosamente, de sistemas como o neokantista¹¹², que sustentavam

[...] o tratamento das categorias dogmáticas com conteúdo valorativo, porém com uma desordem de conceitos, subjetivismo extremo, distanciamento por completo do mundo do ser e interpretações ancoradas unicamente no dever-ser. (GOMES FILHO, 2009, p. 49).

Lançar mão de “argumentos sedutores a supostamente fazerem assumir a Sociedade como fundada numa ‘tábua de valores’ a todos comuns,” (CHAMON JUNIOR, 2009) resulta, conseqüentemente, por encobrir o projeto de reconhecer iguais liberdades fundamentais a todos os envolvidos.

¹¹¹ Um exemplo interessante é fornecido por António Manuel Hespanha (2009), ao mencionar que isso pode ser observado em “um caso paralelo na vida corrente: como reconhecemos um amigo que não vemos há muito? Não, decerto, a partir das suas fotografias dos velhos tempos; mas daquilo que sabemos sobre como o tempo nos muda e das expectativas que isso nos cria sobre o seu aspecto (físico e afectivo) actual. O ‘seu sentido’ (o ser ‘o nosso amigo’, ‘a nossa namorada’) é o mesmo, só que ele, agora, é ‘o nosso velho amigo’ (‘a nossa velha companheira’), com tudo o que esta expressão diz sobre ele, sobre nós e sobre o sentimento que nos une.” (HESPANHA, 2009, p. 663).

¹¹² Assim como em outros campos, a utilização do quantificador universal implica em um equívoco se pensarmos na menção aos neokantistas. Até mesmo porque nem todos os autores neokantistas assumem uma postura problemática.

Essa busca de igual reconhecimento e liberdades fundamentais a todos os cidadãos passa por uma constante (re)leitura do sistema de direitos fundamentais à luz dos mais diferentes casos concretos. Isso acaba por denunciar alguns problemas que a dinâmica jurídica, nos tempos atuais, tem apresentado, como a proliferação e adoção das Súmulas Vinculantes¹¹³ e a própria formatação da Insignificância.

O ponto que merece destaque é que a linha argumentativa adotada por Claus Roxin contempla uma prevalência da interpretação do Direito Penal à luz de políticas criminais. Consequentemente, embora seja importante a reflexão que o professor alemão desenvolve sobre a insignificância, a adoção dessa linha interpretativa acaba por soçobrar a força normativa do próprio Direito, visto que, “na expressão de Luhmann, significaria a corrupção do sistema do Direito pelo sistema da Política.” (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 153).

Como abordado anteriormente, a partir da leitura dos escritos de Ronald Dworkin, é possível apontarmos a integridade em seus dois sentidos, como uma viável saída adequada para mencionado problema. Conforme visto, o primeiro sentido consiste em um princípio legislativo⁶ e o segundo em um princípio adjudicatório (*principle of integrity in adjudication*), ou seja, uma integridade direcionada para a atividade legiferante e outra para a atuação jurisdicional.

Ergo, a integridade no contexto da legislação aparece como uma limitação para a ação dos legisladores no que diz respeito à sua expansão ou mesmo modificação, no sentido de termos uma distribuição mais igualitária do poder político. Ao passo que no contexto da *adjudication*, ela atua como uma exigência voltada para os juízes no sentido de considerarem “o sistema jurídico como expressando e respeitando um conjunto coerente de princípios, e para este fim, portanto, interpretam, crítica e construtivamente, o Direito.” (CHUEIRI, 2006, p. 262).

Com Ronald Dworkin (1999) veremos que a integridade aparece como um

Ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos. (DWORKIN, 1999b, p. 202).

¹¹³ Outros temas desafiam uma reflexão mais detida como, por exemplo, a própria noção de “Bem Comum”.

E o que nos afirma o próprio Ronald Dworkin (1999) ao afirmar que

uma sociedade política que aceita a integridade como uma virtude política, se transforma, desse modo, em uma forma especial de comunidade, especial no sentido que promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar o monopólio de força coercitiva. (DWORKIN, 1999b, p. 228).

No primeiro sentido, ele “diz aos legisladores que simples barganhas entre justiça e imparcialidade estão erradas [...]” (GUEST, 2010, p. 51). Ou seja, um legislativo que tenha por intuito a criação de seu arcabouço jurídico sem observar a coerência de outros direitos, ou mesmo que auspicie objetivos políticos mediante a realização, portanto, de acordos “arbitrários” que resultem em privilégios para alguns, não observa o tratamento de igual respeito e consideração.

Já o segundo sentido é direcionado aos juízes e aos advogados, exigindo que ambos “façam suas decisões e argumentos se integrarem ao corpo do direito existente.” (GUEST, 2010, p. 51). Ou seja, impõe-se que a aplicação das leis, dos conceitos antecipados e das posições dogmáticas, parta da pressuposição de que cada uma dessas encontre justificativa em uma composição mais abrangente.

Com isso, a Integridade enquanto princípio

Requer dos nossos juízes, à medida que isso for possível, que tratem do nosso presente sistema de padrões públicos como de um sistema que expressa e respeita um conjunto coerente de princípios, e isso de tal maneira que interpretem esses padrões para encontrar padrões implícitos sob os padrões explícitos. (DWORKIN apud GÜNTHER, 2004, p. 410).

A Integridade relaciona-se com outros princípios importantes, “como lealdade, justiça e devido processo (*due process*): e isso, como a virtude de lidar coerentemente com estes princípios, se expressa na máxima de tratar casos iguais de modo igual.” (GÜNTHER, 2004, p. 407). Aqui reside um dos grandes desafios à questão da insignificância, especialmente por ausência de maior precisão conceitual da mesma, o que abre espaço para que não exista coerência na apreciação e decisão dos casos.

Por vezes, um princípio é buscado como caminho para a atribuição de força normativa a determinada situação. No entanto, o que temos observado na dinâmica judiciária no contexto brasileiro, mormente no STF, é que a pretensão de integridade não é levada a sério pelos nossos julgadores.

Quando consideramos a casuística do STF, verificamos o quão distante a questão envolvendo a insignificância está da pretensão de integridade, até mesmo porque observamos que “situações relativamente idênticas sejam julgadas de forma diametralmente opostas, apesar da invocação dos mesmos parâmetros.” (BRASIL, HC nº 123.108/MG, 2015).

Em alguns momentos, no entanto, a argumentação do STF alcança uma direção relativamente harmônica com as pretensões de integridade, como quando da aplicação da insignificância no caso da ofensa ao bem jurídico patrimonial. Observamos que há toda uma linha argumentativa que retoma o que foi decidido em outros momentos pela corte, bem como buscam compatibilizar as decisões com os precedentes do Tribunal e com as estruturas constitucionais, como podemos observar no julgamento do RHC que teve a relatoria da Ministra Rosa Weber, no qual destaca que “é inviável reconhecer a aplicação do princípio da insignificância para crimes praticados com violência ou grave ameaça.” (BRASIL, HC nº 106.360/DF, 2012c).

A hipótese que está sendo verificada no presente trabalho parte da compreensão de que a adequada interpretação do Direito Penal, ou seja, a compreensão a partir de uma Teoria principiológica do Direito Penal, não pode desconsiderar as peculiaridades do caso concreto, assim como os reflexos sociais dos pronunciamentos decisórios, em especial mediante as exigências da segurança jurídica e da igualdade, sendo que a dimensão hermenêutica, interpenetrada na aplicação do direito não mais se coaduna com uma interpretação embasada no modelo de uma lógica formal, marca do século XX na dinâmica positivista. Mais do que isso, o próprio entendimento do que seja interpretação extrapola, e muito, as tradicionais concepções no contexto jurídico. Retomando as contribuições de Ronald Dworkin, verificamos que “não é o mero consenso ou falta dele que servem de critério para determinar objetivamente o que é a interpretação correta de um empreendimento interpretativo ou mesmo a melhor *concepção* de um *conceito* interpretativo.” (GUEST, 2010, p. 09).

Nas reflexões aqui desenvolvidas, partindo-se da consideração da importância dos bens jurídicos no contexto do direito penal, quando estamos diante da discussão envolvendo a insignificância, a superação das posturas decisionistas resulta, necessariamente, na (re)afirmação do compromisso constitucional dos responsáveis pela apreciação e julgamentos dos feitos, tendo por orientação o

pressuposto hermenêutico da historicidade do direito, bem como a compreensão de que os princípios jurídicos aparecem como estrutura basilar para a proteção dos bens jurídicos.

Aliás, retomando, em questões etimológicas, o sentido grego de teoria, que implicava postura daqueles que, chamados teóricos, observavam os práticos em atividade durante os jogos na Grécia Antiga, podemos reforçar a preocupação com o adequado sentido de se pensar a teoria conectada com a prática, esta perpassada pelas duas grandezas físicas fundamentais para se pensar a própria condição humana, quais sejam o espaço e o tempo. Daí o motivo do desenvolvimento de um pensamento crítico a respeito da maneira pela qual o Judiciário tem construído e aplicado a Insignificância.

A partir do projeto de construção de um Estado Democrático de Direito a discricionariedade judicial passa a ser um problema (inclusive expresso em teorias jurídicas mais recentes, como as de Robert Alexy, Ronald Dworkin e Jürgen Habermas), em especial quando a discussão envolve os denominados “*hard cases*”, isto é, os casos difíceis, casos onde, não existe nenhuma regra estabelecida que prescreva uma decisão.(DWORKIN, 2007)

Tais casos, observáveis também no campo do Direito Penal, exigem uma atenção especial do agente julgador, principalmente pelo fato de estarmos em um Estado que adota como pressuposto a produção do direito de forma democrática, sendo que as decisões judiciais devem ser fundamentadas com base em um sistema de princípios que leve em consideração o respeito à história institucional do direito, implicando com isso, levar a sério o Direito Penal enquanto uma resultante de um procedimento construído de forma democrática, o que exige, também, o adequado entendimento dos limites e possibilidades que envolvem a interpretação judicial.

Adquire relevo, neste contexto de interpretação judicial, a compreensão de que

[...] a decisão justa ou concreta é aquela que é mais coerente com a Filosofia Política que justifica o sistema jurídico em sua totalidade. Manejando os princípios na sua atividade decisória, os juízes não atuam como legisladores (criando direito e obrigações), mas tão-somente se limitam a reconhecer direitos e obrigações pré-existentes. (DINIZ; MAIA, 2006, p. 651).

Dessa forma, Ronald Dworkin supõe uma superação da argumentação positivista na Teoria do Direito quando de sua defesa a respeito da existência de respostas (decisões) corretas no âmbito jurídico. Tais respostas são resultantes diretas de uma construção que respeita o aspecto formal (atendimento dos procedimentos previstos nas regras), assim como, e principalmente, os princípios, que “não apenas no Direito, são ao mesmo tempo teóricos e práticos e, enquanto tais, não se excluem reciprocamente [...]”. (MARÇAL, 2007, p. 31).

A distinção feita por Ronald Dworkin entre argumentos de princípios e políticos tem muita pertinência na resolução de temas envolvendo a aplicação da norma penal, como é perceptível, a título de exemplificação, no caso da crescente preocupação com a penalização, no que diz respeito ao modelo de uma segurança cidadã. É nesse contexto que podemos afirmar que, os princípios não são reduzíveis a políticas, aliás, são eles, os princípios, “trunfos” (DWORKIN, (1978, 2007) que acabam por superar metas de natureza utilitarista.

Essa lógica nos possibilita afirmar que os argumentos de princípio, relacionados a direitos, sempre prevalecem em relação aos argumentos políticos, sendo, via de consequência, a sustentação, com Ronald Dworkin, que tais argumentos não devem ser preteridos em relação àqueles que se sustentem no “bem coletivo”, como no caso aqui da redução da população carcerária, economia processual, entre outras questões presentes no Direito Penal brasileiro.

Nos termos da Teoria do Direito desenvolvida pelo filósofo norte-americano, torna-se fundamental a superação dos decisionismos e a afirmação do comprometimento constitucional do julgador, que enquanto intérprete precisa tomar por orientação a pressuposição hermenêutica de que a história institucional do direito é apreendida “por uma pré-compreensão do fenômeno jurídico, situada em nível de princípios e argumentos de política necessariamente subordinados a esses princípios.” (ALVES, 2009, p. 105).

No Brasil, com a promulgação da Constituição da República em outubro de 1988, o Estado Democrático de Direito foi constitucionalmente previsto e a partir de então, novas abordagens de antigas questões jurídicas exsurtem, dentre elas, a interpretação do Direito Penal.

Constituições de outros países, como Portugal e Espanha influenciaram, segundo José Afonso da Silva (2003), a Assembleia Constituinte no que diz respeito à adoção da expressão Estado Democrático de direito. A Constituição Portuguesa

prevê, em seu art. 2º, o *Estado de Direito Democrático*, enquanto a Constituição Espanhola enuncia, em seu art. 10º, o *Estado Social e Democrático de Direito*. (SILVA, 2004).

O adjetivo “democrático” qualifica o Estado. Isso significa que o ideal democrático deve incidir sobre todos os elementos que estruturam o Estado, aí incluída, obviamente, a Ordem Jurídica. A Constituição, num Estado Democrático de Direito tem que se pautar em uma interpretação de cunho construtivo, onde o poder deve ser desempenhado em benefício do povo de forma participativa e pluralista. (SILVA, 2004).

Seguindo a orientação do filósofo alemão Jürgen Habermas (1996), verificamos que a pretensão de um Estado Democrático ainda continua em desenvolvimento, mormente em sociedades como a brasileira, que enfrenta, a níveis estruturais, problemas que desafiam a verdadeira efetividade de um ideal democrático, visto que mencionado Estado considera os cidadãos como o *status* jurídico de pessoas de direito, o que significa dizer que aparecem como destinatárias da ordem jurídica, tanto no que diz respeito aos direitos, como também no caso dos deveres e responsabilidades.

A Constituição da República Federativa do Brasil, ao dispor a respeito do Estado Democrático de Direito, deixou transparecer a exigência de que todo o ordenamento observe os fundamentos de tal Estado e que “o Estado Democrático de Direito não é um lugar a que se chegará, uma vez que é conceito que se desloca no processo de construção.” (BRANDÃO, 2008, p. 381), sendo que a Constituição, segundo o Lenio Luiz Streck (2008b), se nos apresenta como uma “ferramenta que está à disposição do intérprete.”

Nessa óptica, o Estado Democrático de Direito está alicerçado na soberania popular¹¹⁴. Esta, segundo Emilio Crosa implica na atuação “efetiva e operante” da comunidade na coisa pública, atuação esta que não se reduz “na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático de Direito, mas não o seu completo desenvolvimento.” (CROSA apud SILVA, 2004, p. 117).

¹¹⁴ Um dos sinais mais claros do Estado Democrático de Direito é a proteção dos direitos fundamentais, sendo destinada ao Estado a hercúlea tarefa de possibilitar os projetos tanto de natureza individual quanto coletivos, projetos estes que traduzem toda a complexidade da sociedade moderna. (OLIVEIRA, 2004, p. 157).

Essas atividades “só passarão de possibilidades a atualidades, na medida em que os interessados e envolvidos se assumirem como efetivos titulares dos respectivos direitos e exercê-los.” (MARÇAL, 2007, p. 44). Isso implica efetiva participação na dinâmica jurídica, no intuito da construção do provimento de forma participada.

Além disso, neste Estado Democrático,

[...] ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, tem como questão fundamental a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do asseguramento mínimo de condições mínimas de vida do cidadão e à comunidade. *Ou seja, no Estado Democrático de Direito a lei passa a ser privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica.* (STRECK, 1999, p. 37, grifo do autor).

Aqui reside a própria ideia de autonomia no que diz respeito aos cidadãos. Mencionada autonomia somente será reconhecida na medida em que tais cidadãos perceberem que contemplam, simultaneamente, duas ópticas, quais sejam, a de destinatárias e autoras do direito ao qual estão submetidas. E tal dinâmica é essencial para a formação discursiva da opinião e da vontade dos cidadãos¹¹⁵.

Nesse sentido,

Um remédio eficaz contra uma justiça que viola o direito consiste na sua observação crítica por uma opinião pública, vigilante, interessada e informada. Por força da Constituição, a justiça tem que realizar a mais importante parcela de seu trabalho publicamente. (HASSEMER, 2008, p. 67).

Mesmo porque, observa-se a partir da reflexão desenvolvida por Marcelo Cattoni de Oliveira (2007b), que o Texto Constitucional não pertence a órgãos como o STF, o Congresso Nacional e também a representantes, como o Presidente da República. Ela, a Constituição da República Federativa do Brasil, garante a participação dos cidadãos em uma democracia. Ou seja, a Constituição é de todos nós, isto é, ela é “*nossa como um projeto aberto e permanente de construção de uma sociedade de cidadãos livres e iguais; se não, não é Constituição.*” (OLIVEIRA, 2007b, p. 75). O fato de o STF atuar como o “guardião da Constituição” não autoriza

¹¹⁵ Aqui ganha espaço a constatação de que os cidadãos precisam de espaço na dinâmica da construção das normas, algo que será possibilitado pela Teoria do Discurso, que fixa regras discursivas e estabelece formas argumentativas. (HABERMAS, 1996, p. 278).

a sua atuação além dos limites previstos no próprio Texto Constitucional. Em outras palavras, não cabe ao STF, adotando o conhecido “ativismo judicial”, ingressar em uma postura solipsista travestida de interpretação constitucional.

Assim, não se pode estancar a cidadania do momento de geratriz das normas, bem como do momento de sua aplicação, visto que, segundo destaca Marcelo Cattoni de Oliveira (2004), somos, todos nós, intérpretes legítimos da Constituição.

Nesse raciocínio, conforme Mário Lúcio Quintão Soares (2004), alguns princípios são considerados como responsáveis pela concretização desse Estado Democrático, como, a título de exemplificação, o *princípio da constitucionalidade*, através do qual todos os atos praticados pelo Estado, em especial aqueles do Legislativo devem estar em consonância com o Texto Constitucional, norma fundante da própria possibilidade de coerência institucional; o *princípio do acesso à justiça*, fundamental para garantir o pleno direito de defesa dos jurisdicionados e a previsão do *sistema dos direitos fundamentais*, que impõe a adoção de disposições destinadas à sua implementação, bem como mecanismos para a sua manutenção, em especial no contexto dos direitos sociais.

Em um cenário posterior à promulgação da Constituição de 1988, o Judiciário recebeu uma grande responsabilidade em termos de fundamentação das decisões. O art. 93 do Texto Constitucional, em seu inciso X, exige a fundamentação dos pronunciamentos de caráter decisório por parte dos juízes e tribunais. Essa responsabilidade aumenta exponencialmente quando consideramos a esfera do Direito Penal, no âmbito da lógica argumentativa, em razão da discussão e eventual refutação dos argumentos produzidos no processo. Além da argumentação das partes ser alvo de refutações, a própria argumentação do agente julgador também passa a estar voltada para essa possibilidade, o que aumenta, consideravelmente, a exigência de que tais decisões sejam racionalmente construídas (COSTA, 2011).

Na presente pesquisa mantida está a crença nessa responsabilidade essencial do Judiciário, pois, além de ser constitucionalmente legitimado para promover e também assegurar os direitos constitucionais o Judiciário se nos apresenta como o principal responsável pela convicção na autoridade do Direito, e não a autoridade no Direito.

Com isso, o juiz, nesse contexto, encontra sua legitimidade plasmada à Constituição, cabendo-lhe a tarefa de proteger os direitos fundamentais tanto no

contexto coletivo (social), quanto individual. Seguindo a orientação do professor Aury Lopes Júnior (2010), essa proteção deve acontecer ainda que contrarie a opinião de uma maioria em prol de um só indivíduo.

Entretanto, se se procura a existência de um Estado Democrático de Direito,

Mais do que fundamentar uma decisão, é necessário justificar (explicitar) o que foi fundamentado. Fundamentar a fundamentação, eis o elemento hermenêutico pelo qual se manifesta a compreensão do fenômeno jurídico. Não há princípio constitucional que resista à falta de fundamentação; [...] (STRECK, 2009b, p. 17).

Todavia, a previsão no Texto Legal, pura e simplesmente, não resulta na efetivação. Com a reforma da Parte Geral do Código Penal, ocorrida em 1984, o legislador consagrou o modelo ontológico finalista, ainda amparado nas teorias positivistas, caracterizadas pela utilização do esquema *sujeito-objeto*, por meio do qual no conhecimento, o objeto está integralmente separado do sujeito de modo que naquele não opera nenhuma influência subjetiva. No entanto, a utilização gradativa de princípios constitucionais na área penal, perfazendo o sistema de direitos e garantias fundamentais tem alterado essa compreensão.

Nesse sentido, pertinente se nos apresenta a contribuição de Claus Roxin que parte da

Ideia de que todas as categorias do sistema do Direito Penal se baseiam em princípios reitores normativos político-criminais, que, entretanto, não contém ainda a solução para os problemas concretos; estes princípios serão, porém, aplicados à “matéria jurídica”, aos dados empíricos, e com isso chegarão a conclusões diferenciadas e adequadas à realidade. (ROXIN apud GOMES FILHO, 2009, p. 16).

Apesar disso, várias discussões nos Tribunais brasileiros, em especial no STF, não têm sido pacificadas, visto

[...] que as decisões ‘inovadoras’ não gozam de consenso entre as turmas e, quando a questão é submetida ao Pleno, não surge uma resposta célere para afastar a insegurança reinante na interpretação penal de normas incriminadoras. (GOMES FILHO, 2009, p. 16).

Exemplo disso tem sido o tratamento atribuído ao “Princípio” da Insignificância, no sentido de que o Tribunal, ao interpretá-lo, decidirá que em situações fáticas que apresentam semelhança, alguns réus serão absolvidos

enquanto outros, condenados. Ou seja, seguindo as críticas de Lenio Luiz Streck (2008b), muitas vezes, tais debates nos Tribunais Superiores guardam semelhança com o momento pré-estatal descrito por Hobbes sob a denominação “Estado de Natureza”. Segundo o autor teríamos um “estado de natureza da compreensão do direito’, em que cada um defende a sua tese.” (STRECK, 2014b, p. 293). Com isso, quando pensamos nos próprios critérios utilizados pelos ministros para estruturar a insignificância, verificamos a sua incoerência, uma vez que muitas vezes o STF aborda casos semelhantes de forma diferente e, em outros momentos, essa lógica aparece invertida.

Eis, portanto, um considerável desafio para a hermenêutica jurídica, desenvolver um adequado sentido para a insignificância, uma vez que no formato em que o mesmo tem sido aplicado, outra consequência não nos parece adequada que considerá-lo como um “álibi para aplicação *ad hoc*.” (STRECK, 2010, p. 172). É mais grave, como bem destacado por Alexandre Gomes Travessoni Trivisonno “é impressionante notar que, de modo geral, na fundamentação do princípio da insignificância, os ministros do STF (inclusive o ministro Celso de Mello) não mencionem o texto da Constituição de 88.” (TRIVISONNO, 2012).

Seguindo tal raciocínio, o que se pode observar é que argumentos elevados aos “*status*” de princípios jurídicos, na verdade constituem verdadeiras “diretrizes políticas” (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 160), estando voltadas a

[...] determinados fins assumidos como mais interessantes, ou preferíveis, em face de outros. A importância de se ter isso em mente se deve ao fato de que tais diretrizes não se apresentam como únicas. Mas antes trata-se de uma, ou algumas, dentre outras possibilidades, cuja força determinante em um também processo legislativo se dão por argumentos naturalizados, mas em face de potencialmente se apresentarem como melhores argumentos naquele discurso. (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 160).

Na própria dinâmica da literatura jurídica e da jurisprudência, o termo “diretriz” aparece, não raras vezes, como uma forma sinônima para princípio. No entanto, segundo Gisela Gondin Ramos (2012), apesar de recorrente essa constatação, tais conceitos apresentam consideráveis diferenças. Se observamos a argumentação construída no contexto da insignificância, mormente aquela relacionada à sua previsão no Novo Código Penal, constataremos que as reflexões de Ronald

Dworkin ¹¹⁶, uma vez mais, aparecem como importante contributo para a compreensão do que vem a ser diretriz.

É discorrendo sobre as denominadas *policies*, já abordadas anteriormente, que temos um harmônico enquadramento do sentido de diretriz. Segundo Ronald Dworkin (2002), as *policies* aparecem como uma espécie de padrão que tem por intuito a fixação de uma meta, algo que, sendo alcançado, contribuirá para uma melhoria para a comunidade, seja no contexto econômico, por exemplo, ou em outros possíveis. Consideradas nesse sentido, no mais das vezes as diretrizes aparecem como “meros protocolos de intenção... algo que vou buscar, se der.” (RAMOS, 2012, p. 73). Ou seja, elas incidem numa dimensão prática, bem como dizem respeito a uma forma de orientação/roteiro para a *práxis*. Como resultante lógica, o descumprimento/afastamento de uma diretriz não implica na ocorrência de maiores consequências ou, no caso de existirem, é possível remediá-las.

Os motivos que ensejaram a edificação da insignificância, considerando aqueles relacionados ao século XX, inclusive os elencadas por Roxin, direcionam a compreensão para o enquadramento de tais motivações ao conceito de diretrizes, uma vez que “se referem a objetivos a serem alcançados porque considerados socialmente benfazejos.” (RAMOS, 2012, p. 71).

No campo do Direito Penal, assim como em outros campos jurídicos, o crescimento da dogmática interpretativa¹¹⁷ se nos apresenta como um simulacro quando lidamos com a questão da efetividade do direito. De acordo com Lenio Luiz Streck (2008a, 2008b), a dogmática interpretativa não está em harmonia com a complexidade das sociedades atuais, marcadas pelo pluralismo e pelos conflitos sociais. Tais situações têm desafiado os juristas nas últimas décadas, exigindo, por parte destes, uma (re) adequação postural na abordagem das questões jurídicas.

Essa (re) adequação perpassa a investigação, como também a reflexão a respeito do jurídico no âmbito do Estado Democrático, motivo pelo qual, a Hermenêutica Filosófica construída por Hans-Georg Gadamer “pode revelar-se fecunda e imprescindível ao estudo do Direito, demonstrando sua inevitável compreensão enquanto diálogo crítico e reflexivo com a tradição.” (RIBEIRO, 2013, p. 176). E mais, a reflexão de Hans-Georg Gadamer (1998) contribui para a

¹¹⁶ Essa discussão aparece na obra “Levando os Direitos a sério” (*Taking rights seriously*).

¹¹⁷ O que denuncia, por vezes, o descompasso da própria orientação do Direito Penal no contexto do Estado Democrático.

adequação da própria concepção de mundo, visto ser ele, o mundo, “o solo comum, não palmilhado por ninguém e reconhecido por todos, que une a todos os que falam entre si. Todas as formas da comunidade da vida humana são formas de comunidade linguística, e, mais ainda, formam linguagem.” (GADAMER, 1998, p. 647). Por isso, podemos afirmar, considerando as contribuições de Hans-Georg Gadamer que “a interpretação e a hermenêutica serão vistas como o próprio modo de existir do ser, e nada diferente disso.” (BITTAR, 2002, p. 183).

A partir da contribuição de Winfred Hassemer (2008, p. 56), observa-se que “as regras de interpretação serviriam à justificação, mas não à descoberta do Direito; seriam modos de falar, instrumentos para a exposição, mas não para a produção do resultado da decisão.”

Digamos, adotando a própria *phrônesis*, virtude consideravelmente importante na jurisdição¹¹⁸, que também na Legislação poderíamos ter uma fixação no próprio tipo legal de delito o chamado limite mínimo para a sua ocorrência. É que, neste caso estaríamos diante da produção legiferante legitimada para tanto, no sentido de que ser-nos-ia possível, aliás, a própria convocação dos setores técnicos para auxiliar na constatação dos possíveis limites em termos de mínima ofensividade, perfazendo, com isso, uma postura democrática e constitucionalmente adequada.

Com isso, temos o distanciamento do excesso da chamada discricionariedade judicial, que, a bem da verdade, em muitas vezes, tem implicado em arbitrariedade. Reconhecer adequado controle rígido¹¹⁹ sobre a atuação jurisdicional é algo constitucionalmente adequado. O julgador exerce uma função constitucional que exige que o mesmo “não seja demovido por demandas populares de curto prazo. Ele tem, afinal, um papel mais específico em manter a justiça entre as partes litigantes que diante dele comparecem.” (GUEST, 2010, p. 166).

Por isso, verificando o grande poder atribuído ao Pretório Excelso, constata-se que sua responsabilidade também resulta geometricamente aumentada. Tanto que,

¹¹⁸ Retomando as reflexões no contexto da Filosofia do Direito, segundo a orientação do mestre de Estagira, Aristóteles (2009), a *phrônesis* aparece como uma das características essenciais do juiz, assim como a experiência em termos de prática jurídica, algo exigido nos concursos da Magistratura e do Ministério Público, por exemplo.

¹¹⁹ Interessante o exemplo trazido por Stephen Guest (2010), ao citar as palavras de Lorde Scarman: “o juiz, por mais sábio, criativo e imaginativo que possa ser, está ‘preso, engaiolado, confinado, atado’, não como Macbeth, pelas suas ‘imprudentes dúvidas e temores’, mas pelas provas e argumentos dos litigantes. É esta limitação, inerente ao processo forense, que estabelece limites para o âmbito da reforma judicial do Direito.” (GUEST, 2010, p. 166-167).

Os juizes devem justificar suas sentenças por meio de argumentos de princípios e de integridade, que possam ser criticados pelo meio jurídico e avaliados pela opinião pública, cuja influência deveria ser sentida sempre que os precedentes nomeiam os juizes. (DWORKIN, 2003, p. 173).

É nesse sentido que são pertinentes as considerações de Fernando Leal (2009), ao refletir a respeito do Estado Democrático de Direito, pelo que podemos perceber de sua afirmação segundo a qual a postura do agente julgador deve aparecer como um dos elementos na dinâmica discursiva, sendo que em conjunto com as partes atuam na pretensão de construir uma decisão resultante do compartilhamento de todos os que estão envolvidos no processo, perfazendo, com isso, as pretensões de um devido processo legal.

Pertinentes, portanto, uma vez mais as considerações de Ronald Dworkin ao afirmar que o sentido do direito passa a ser uma questão de princípios, pautada em uma interpretação coerente dos mesmos, o que, conseqüentemente, supera o direito visto como uma questão semântica de subsunção e aplicação de regras, postura marcante ao longo de boa parte do último século.¹²⁰

Com a previsão e fixação de um *quantum*, teríamos uma aplicação obrigatória para todos os que não se enquadrassem naquele patamar, o que, de certo, extirparia a hodierna constatação de situações nas quais uma pequena diferença em termos de valores acarreta decisões opostas, conforme abordado ao longo desta pesquisa. Some-se a isso o afastamento do tradicional entendimento segundo o qual a interpretação resulta naquela partilhada pela maioria, em prol de uma interpretação apoiada em “uma melhor *justificação* ou argumentação racional.” (GUEST, 2010, p. 09).

Além disso, seguindo a própria orientação de Ronald Dworkin, “sendo os princípios proposições que descrevem *direitos*, e as diretrizes (ou políticas), proposições que descrevem *objetivos*, nos parece muito claro que nenhuma diretriz pode prevalecer sobre os primeiros” (RAMOS, 2012, p. 73). E mais, nenhuma diretriz se confunde com princípio, especialmente no contexto do Direito Penal.

Por este motivo, retomando a importância da integridade no contexto jurídico, a decisão judicial aparece como resultado de múltiplas dimensões interpretativas.

¹²⁰ Sobre essa questão da subsunção, verificamos com Hans-Georg Gadamer (1977) que a compreensão, interpretação e a aplicação aparecem numa relação de interdependência. Daí porque se sustenta a inadequação da autonomia interpretativa, pois que esta “só existiria se se entendesse a aplicação jurídica como uma simples subsunção da norma ao caso concreto, afastado de sua historicidade.” (LOPES, 2000, p. 109).

Nessa lógica, pode-se apresentar uma compreensão do que o Direito como integridade, isto é, uma compreensão por meio da qual “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que ofereçam a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.” (DWORKIN, 1999b, p. 272). Assim, “o julgamento interpretativo deve observar e considerar essas dimensões; se não o fizer, é incompetente ou de má-fé, simples política disfarçada.” (DWORKIN, 1999b, p. 489).

Se olharmos a própria linha do Direito Penal Mínimo, linha que orienta a reflexão aqui apresentada, ser-nos-ia possível suscitar a construção de penas mais brandas para as denominadas situações insignificantes, ou mesmo a própria atipicidade da conduta, mas deixando claro quais seriam estes critérios. E mais, essa dinâmica sendo operacionalizada por meio de um processo democrático aberto à pluralidade, onde as diretrizes aparecem como importantes para a própria tomada de posturas a respeito da geratriz de normas. Quando pensamos em um direito não legislativo, aquele que tem a sua construção a cargo dos juristas, precisamos provar que tais construções “são mais do que opiniões (subjectivas), que tais conteúdos tem algum suporte objectivo (na ‘racionalidade’, em sentimentos de razoabilidade ou de justiça largamente compartilhados, num diálogo transparente, igualitário e não manipulado.” (HESPANHA, 2009, p.328).

Isso certamente faz sentido quando consideramos o Direito firmado no princípio democrático, o que significa dizer que, “por meio da institucionalização de procedimentos estruturados por normas democraticamente justificadas, deve assegurar a participação discursiva dos cidadãos nos processos de tomada de decisões.”¹²¹ (COURA, 2004, p. 407).

A partir disso, ter-se-ia um processo de construção normativo pautado no igual reconhecimento de direitos e deveres e não uma discussão da conveniência ou da necessidade de aplicação de determinada norma, a partir de uma lógica de resultados que abre espaço para consideráveis riscos para as adequadas pretensões do Direito.

Além disso, se a insignificância aparece no campo das excludentes de tipicidade, que seja então enquadrada como uma regra, o que, aliás, perfaz mais adequadamente sua pretensão de atendimento aos planejamentos da Política

¹²¹ Esse é o sentido pretendido por autores como Jürgen Habermas, como podemos verificar em *Between facts and norms*.

Criminal. O ponto é que

[...] a autoridade jurisdicional jamais pode pretender, legitimamente, assumir o locus da democracia e decidir, com base em diretrizes políticas que *ela* entende, ou que um determinado *grupo* entende como mais 'conveniente' ou 'interessante', questões que envolvem direitos e deveres jurídicos." (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 160).

Ainda que fosse construída como uma regra que apresentasse um texto com palavras abertas e que, portanto, abrisse espaço para possíveis sentidos em termos de interpretação, esta aconteceria levando-se em consideração argumentos de princípio, pois que os mesmos aparecem como disposições que vão além das regras jurídicas. Novamente, quando pensamos em uma decisão na linha pretendida por Ronald Dworkin, temos que considerá-la como uma questão de princípio, especialmente porque na atual Teoria do Direito, verificamos que não existe mais um método pré-estabelecido para resolver as questões jurídicas. Não em termos de uma adequada construção judicial. Isso diz respeito à própria consideração que Ronald Dworkin faz do princípio da Equidade¹²², ao considerar a adequada distribuição de poderes, assim como ônus entre os envolvidos na dinâmica processual, o que possibilita a efetivação do devido processo.

Estaríamos, com Ronald Dworkin, compreendendo o Direito como uma postura argumentativa, sendo que o "Império do Direito" aparece formatado pela "[...] atitude [que] é construtiva: ela almeja, no espírito interpretativo, assentar o princípio sobre a prática para mostrar a melhor rota para um futuro melhorado, mantendo a fé correta com o passado." (DWORKIN, 1986, p. 413). Essa crença na importância do passado não significa um engessamento da postura dos tribunais. Enquanto fenômeno dinâmico, o direito pode e deve sofrer modificações no tempo e no espaço. No entanto, essa mudança, se considerarmos a contribuição de Hans-Georg Gadamer (1977, 1998), a respeito da tradição, concluiremos que a integridade não consiste na simples repetição do direito anterior, pelos juízes atuais. Se consideramos a aproximação, tal como proposta por Hans-Georg Gadamer (1977, 1998), entre o historiador e o jurista, a integridade tem seu marco inicial no presente, acionando o passado quando for necessário.

Considerando tais pontos, o sentido de "princípio" resta ausente na própria

¹²² Conforme destaca José Emílio Medauar Ommati (2014), o sentido desse princípio no pensamento de Ronald Dworkin é diferente daquele fixado na legislação brasileira, tal como podemos observar no Código Civil Brasileiro.

dimensão da insignificância, visto que enquanto uma nítida construção resultante de uma política criminal, a insignificância não atende ao requisito de servir como “trunfo” para os casos difíceis ou mesmo para funcionar como fundamento para a adequada justificação de qualquer decisão jurídica. Aliás, no universo da principiologia do direito brasileiro, existem princípios, estes sim, que funcionam preenchendo tais pretensões, como, por exemplo, o princípio da Adequação Social, da Subsidiariedade e Fragmentariedade.

Considerando o Direito como uma “atitude interpretativa” (DWORKIN, 1999a, 1999b), no campo da decisão judicial, as convicções morais de caráter pessoal do julgador exurgem. No entanto, ao adotarmos essa visão do Direito, como não apenas uma atitude interpretativa, mas também crítico-reflexiva e fraterna, verificamos que além dessas convicções do agente julgador existem outras mais elevadas, visto que estão relacionadas à própria comunidade. Em termos hermenêuticos, portanto, estas últimas convicções prevalecem no tocante ao peso quando da interpretação do direito. E isso porque tais convicções são legítimas, uma vez que aparecem como resultantes dos princípios que a comunidade, e não de determinado indivíduo, que legitimado à tomada de decisões adota valores como se fossem uníssonos e compartilhados por todos na sociedade.

Não resulta harmônico, nem tampouco adequado a sua institucionalização como um princípio no novel Código Penal. Não será a sua previsão como um princípio que resultará em sua adequada adoção. E sim o reconhecimento dos limites e possibilidades da jurisdição, principalmente quando estamos diante de questões que extrapolam apenas o contexto jurídico, impulsionados por razões políticas, como no caso da superlotação carcerária ou mesmo o custo de um processo judicial.

7 APORTES FINAIS

O Direito Penal em si e a forma como tem sido interpretado e aplicado refletem a urgência da necessidade do debate e aprofundamento do estudo sobre a hermenêutica jurídico-penal. Os moldes nos quais a literatura jurídico-penal tem se sustentado refletem um descompensamento com a matriz do Estado Democrático de Direito. Exsurge, então, a busca de uma adequada hermenêutica no campo do Direito Penal, adequada no sentido da concretização do constitucionalismo democrático.

Especialmente com a discussão a respeito da construção do Novo Código Penal, a preocupação incide na verificação de ser este novel diploma jurídico adequado para as exigências deste Estado, visto que as últimas reformas na dinâmica jurídica, como as do Processo Civil, têm sido marcadas por avanços, mas também, consideráveis retrocessos.

Em termos de realidade brasileira, com a constitucionalização do Direito efetivada com a promulgação da Constituição de 1988, o Poder Judiciário tem sido convocado a atuar em diversas instâncias de conflitividade. Seu objetivo tem sido a proteção dos bens jurídicos que não devem ser condicionados aos interesses que não estejam em consonância com as exigências exurgidas do ideário democrático.

A partir do projeto de construção de um Estado Democrático de Direito, vimos que a discricionariedade judicial passa a ser um problema (inclusive expresso em teorias jurídicas mais recentes), em especial quando a discussão envolve os denominados “*hard cases*”, isto é, os casos difíceis, casos onde, segundo Ronald Dworkin, não existe regra estabelecida que prescreva uma decisão. Tais casos, observáveis também no campo do Direito Penal, exigem uma atenção especial do agente julgador, principalmente pelo fato de estarmos em um Estado que adota como pressuposto a produção do direito de forma democrática.

Isso implica, também, na abertura à participação dos demais envolvidos no procedimento, no que diz respeito à construção da decisão judicial, perfazendo, com isso, uma construção do Direito de forma democrática. Nesse raciocínio algumas questões lógicas aparecem, como a conclusão de que não existe interpretação sem intérprete. Mas ao lado dessa constatação, podemos apontar outras reflexões empreendidas no percurso da pesquisa. Abordando a interpretação, além de ser um ato de conhecimento, ela acaba se mostrando como um ato de vontade daquele que

está legitimado à aplicação do Direito, o que, via de consequência, abre espaço para uma margem de livre apreciação. No entanto, embora isso apareça como uma constatação, na vertente pós-positivista, a pretensão de uma maior racionalidade do Direito exige que tal constatação perca força, de modo a renovar o compromisso da construção de um Estado a partir do princípio democrático.

Com isso, as decisões judiciais devem ser fundamentadas com base em um sistema de princípios. A partir da importante contribuição de Ronald Dworkin, tais princípios aparecem como uma pretensão de justiça ou mesmo de equidade e devem levar em consideração o respeito à história institucional do direito, implicando com isso, levar a sério o Direito Penal, enquanto uma resultante de um procedimento construído de forma democrática. Isto exige, também, o adequado entendimento dos limites e possibilidades que envolvem a interpretação judicial, em especial quando da abordagem da Insignificância no Direito Penal.

Aqui ganha espaço a compreensão hermenêutica do Direito Penal, especialmente a partir das considerações de Hans-Georg Gadamer no contexto da compreensão do jurídico pós giro hermenêutico. Mais que apenas técnicas de interpretação, tal qual considerada pela literatura jurídica tradicional¹²³, a hermenêutica aparece como própria condição de possibilidade para o próprio Direito.

Destinando papel essencial à dimensão da linguagem, bem como a própria historicidade ínsita no intérprete, constatamos a imbricação da compreensão, interpretação e aplicação. Esse movimento direciona a crítica para a realidade brasileira, quando a questão da linguagem do Direito é abordada. Ainda hoje, o papel desempenhado pela linguagem consiste em uma posição de pouco destaque, como aquilo que aparece na intermediação da relação do sujeito para com o objeto. Procuramos afastar essa compreensão ao criticarmos a sua limitação e descompasso com as propostas do Estado Democrático.

Some-se a isso, a verificação de que a distinção feita por Ronald Dworkin entre argumentos de princípio e de política tem muita pertinência na resolução de

¹²³ No Brasil, merece destaque, em termos de pensamento hermenêutico normativo, o nome de Carlos Maximiliano. Para o professor, “A hermenêutica jurídica tem por objetivo o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. [...] Para aplicar o Direito se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em suma, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar.” (MAXIMILIANO, 1998, p. 01). Apesar das importantes contribuições para o pensamento jurídico, verifica-se o enquadramento do mencionado autor na concepção clássica e refratária da expectativa, em termos de Hermenêutica, da compreensão do Direito pós giro linguístico.

temas envolvendo a aplicação da norma pena. É perceptível, a título de exemplificação, no caso da crescente preocupação com a penalização, no que diz respeito ao modelo de uma segurança cidadã, bem como nos discursos que envolvem os tradicionais problemas do Sistema Carcerário brasileiro, bem como a própria dinâmica processual e seus gastos. Além disso, a partir de Ronald Dworkin podemos pensar na decisão judicial como uma questão de princípio e não de conciliação ou acordo em termos políticos.

Pelo que foi verificado ao longo da pesquisa, os processos no STF que discutem a Insignificância têm crescido consideravelmente nos últimos anos. Apesar de oscilações no âmbito dos tribunais estaduais, a sua incidência no Pretório Excelso tem crescido consideravelmente, embora ainda com divergências entre as duas turmas do STF. Situações que envolvem furtos de coisas alheias móveis, tais como peças íntimas, cadeados e latas de leite têm chegado à última instância do Judiciário, em um movimento que, dada a própria formatação que se pretende atribuir à insignificância, denuncia uma incapacidade das instâncias judiciais de observar os princípios orientadores da própria incidência do Direito Penal nas relações sociais.

Apesar dos auspícios por mudanças, no campo do Direito Penal, assim como em outros campos jurídicos, o crescimento da dogmática interpretativa se nos apresenta como um simulacro quando lidamos com a questão da efetividade do direito. Tais situações têm desafiado os juristas nas últimas décadas, exigindo, por parte destes, uma (re) adequação postural na abordagem das questões jurídicas, visto que as posturas adotadas atualmente refletem um descompasso, conforme foi verificado ao longo do trabalho.

Conforme pretendido na presente pesquisa, a Insignificância aparece como uma adequada possibilidade em termos da pretensão de um Direito Penal Mínimo, estando relacionada, quando de seu reconhecimento, ao afastamento da Tipicidade. No entanto, a sua configuração enquanto norma-princípio, nos moldes como tem sido considerada, compromete, substancialmente, a sua normatividade.

Embora inicialmente adequada enquanto pretensão de solucionar o problema da ausência de critérios para o reconhecimento da Insignificância, a construção de “vetores” pela Jurisprudência do STF, abre espaço para uma considerável confusão entre duas dimensões que, embora importantes, devam atuar em posições autônomas. Tais dimensões dizem respeito ao discurso de justificação e ao discurso

de aplicação, voltadas para diferentes funções do Estado e que traduzem a necessidade de o Direito encontrar sua adequada normatividade.

Abordando a compreensão principiológica do Direito, a interpretação não mais aparece modelada e regulada previamente a partir de procedimentos, mas, por outro lado, ela, a interpretação requer a consideração de cada caso, o que, portanto, implica na consideração do momento de aplicação. Por isso que é importante que essa interpretação aconteça de modo construtivo e pautado em uma racionalidade procedimental. E mais, a partir dessa compreensão do Direito, a sua investigação e formatação acaba perfazendo uma abertura a novas possibilidades de se pensar o jurídico, que, uma vez mais, não precisa necessariamente do *status* de “científico” para que se alcance a verdade.

Carentes de uma explicitação de sua consistência, bem como de uma abertura à construção participada, tais vetores acabam por reproduzir um discurso que coloca em risco a própria normatividade da insignificância. Assim, conseqüentemente, impossibilita sua configuração como princípio, especialmente por consideráveis confusões na compreensão de seus significados e significantes, sobretudo, a partir do sentido e alcance que estes apresentam no Pós-positivismo.

Nesse contexto, a Insignificância aparece como uma clara diretriz política que tem cabimento no discurso de justificação, uma vez que possibilita a introdução de vários argumentos voltados para a resolução de problemas de ordem político-criminal, buscando uma atuação do Legislativo em uma dinâmica que extrapole a formatação dos dois últimos séculos e alcance uma atuação amparada na constitucionalidade.

Nesse movimento, e abordando a insignificância enquanto diretriz, é-nos possível vislumbrar que esse entendimento promove o atendimento às várias possibilidades de interpretação, no sentido de contribuir para uma adequada compreensão do que seria, em termos constitucionalmente adequados, uma “lesão insignificante”. Além disso, a sua formatação seria resultado de uma construção legítima e que reconheceria adequadamente a própria dimensão da Integridade.

No entanto, se observamos o contexto do discurso de aplicação, a óptica se altera consideravelmente. Neste caso, teremos uma reconfiguração do mesmo, se se pretende a sua utilização no contexto do Estado Democrático. E aqui reside o risco de, em que pese posições contrárias, aceitarmos a adoção de uma determinação de cunho pragmatista na aplicação do Direito, o que pode ser dito

também de uma determinação ética. Ou seja, a bem da verdade, qualquer interpretação do fenômeno jurídico aparece como a correta e não aquela que, por ser o Direito um sistema marcado pela normatividade, aparece como a mais adequada. E isso tem acontecido com a insignificância, no momento em que a vagueza conceitual esvazia a sua normatividade e abre espaço para construções solipsistas no âmbito jurisdicional.

Com isso, a adoção da Insignificância poderia aparecer no contexto das regras jurídicas, deliberada e proposta pelo legislador - após a abertura às possíveis participações dos demais destinatários da norma - a partir de critérios objetivos, possibilitaria uma melhor incidência nos casos propostos, assim como acontece com outras situações que afetam a Tipicidade. Poder-se-ia cogitar a possibilidade de uma apreciação, *in casu*. Não somente da conduta, mas também a própria vítima, as circunstâncias do fato, assim como o modo, tempo, entre outras abordagens, tal qual observamos no caso do art. 59 do Código Penal Brasileiro ao abordar as circunstâncias judiciais incidentes na aplicação da pena.

Ser-nos-ia possível considerar, também, a consideração do juízo de tipicidade conglobante, nos moldes desenvolvidos por Eugenio Raúl Zaffaroni, o que possibilita uma função redutora, ao considerarmos a tipicidade. Isso porque a tipicidade conglobante extrapola apenas a consideração do resultado da conduta. Ou seja, também o desvalor da ação seria considerado.

Nessa lógica, ser-nos-ia possível constatar que mencionada regra estaria atrelada a dois verdadeiros princípios orientadores de toda Decisão Judicial: a Proporcionalidade e a Razoabilidade. Respeitaríamos o norte de nossa reflexão que consiste na pretensão de um Direito Penal Mínimo, no sentido de deixá-lo como, realmente, a *ultima ratio*, possibilitando o equacionamento da liberdade com a punição penal. Isso porque, no caso da razoabilidade, poderíamos suscitar se a medida seria exigível ou necessária, visto que na dinâmica jurídica poderão existir outros meios que representem uma incidência menos gravosa para se alcançar o resultado pretendido. Com essa observância da razoabilidade, aliás, e considerando a tarefa do Direito Penal pautada na intervenção mínima, a incidência desse direito nas ofensas insignificantes a bens jurídicos restaria desproporcional. Mesmo não sendo razoável a incidência do Direito Penal a determinada situação na qual a insignificância seja considerada, isso não significa dizer que o Direito Penal não incidirá em outras esferas.

A amplitude do agir discricionário do juiz restaria reduzida, ao mesmo tempo em que a questão da insegurança jurídica em termos de fixação/interpretação arbitrária de critérios também perderia força. Ganharia espaço, neste contexto, o importante, para não dizer essencial, papel da literatura jurídica. Em termos de reflexão a respeito da insignificância praticamente tem repetido aquilo que tem sido decidido pelos tribunais, repetição essa de forma não problematizada, num movimento que provoca o enfraquecimento do papel da crítica e da abertura ao diálogo.

Faz-se necessário um movimento de (re)ação “endógena” no sentido de proporcionar nos cursos jurídicos, uma adequada compreensão do Direito na atualidade, compreensão essa que tem como condição de possibilidade a criticidade, e não apenas a recepção de informações de maneira mastigada; mastigação essa que reforça a cultura dos “manuais” e dos “resumos” e que procura reduzir a complexidade do existir.

Enfim, levando-se em conta as pretensões da Integridade tanto no contexto da Legislação, quanto no contexto da Jurisdição, e reconhecendo a urgência de mudança no contexto do Direito, mormente naquilo que o constitui e que é por ele constituído, o pensamento hermenêutico, ser-nos-ia possível identificar a construção de respostas corretas no campo do Direito Penal, renovando, uma vez mais, a compreensão de que essa construção deve acontecer de forma dialética, no contexto de uma hermenêutica que supere as limitações observadas em muitas práticas jurídicas na atualidade.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ACKEL FILHO, Diomar. O princípio da insignificância no direito penal. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada de São Paulo**, São Paulo, v. 94, p. 72-77, abr./jun./1998.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Tradução de Zilda Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001a.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001b.

ALVES, Fernando Antonio da Silva. Entre o Juiz Hércules e o Juiz Hermes: o dilema de respostas corretas em matéria penal na teoria do direitos fundamentais, quanto à aplicação do direito penal do inimigo, em um regime constitucional democrático. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 25, n. 2, p. 79-108, jul./dez. 2009.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução e notas António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009.

ARMENTA DEU, Teresa. **Principio acusatorio y derecho penal**. Barcelona: PPU, 1991.

ARRAIS, Amauri. **Sobrecarregado, STF julga mais de 100 mil casos por ano**. Rio de Janeiro: G1, 28 jan. 2008. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0MUL275210-5601,00-SOBRECARREGADO+STF+JULGA+MAIS+DE+MIL+CASOS+POR+ANO.html#continue>>. Acesso em: 30 jan. 2008.

AULETE, Caldas. **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa**. 5. ed. Rio de Janeiro: Delta, 1987.

AVILA, Humberto. Teoria dos princípios. In: BARROSO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BACIGALUPO, Enrique. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. A interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 315-346.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia e sistema penal**. Montevideo: B de F, 2004.

BARJER, Paula. **Processo penal e cidadania**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo. Raízes filosóficas do Estado Democrático de Direito ou porque estudar filosofia do direito. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 01, n. 05, p. 319-332.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: CID Editora, 1996.

BELING, Ernst von. **Esquema do direito penal: a doutrina do delito-tipo**. Tradução de Sebastián Soler. São Paulo: Servanda, 2010.

BIGONHA, Antônio Carlos Alpino. Corte constitucional dos tópicos. **Constituição e Democracia**, Brasília, n. 27, p. 21, nov. 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Hans-Georg Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **Hermenêutica plural**. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. A globalização e a soberania: aspectos constitucionais. **Revista TST**, Brasília, v. 67, n. B I, p. 126-141, jan./mar. 2001. Disponível em: < http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/52480/006_bonavides.pdf?sequence=1 > Acesso em: 25 jan. 2016.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. Vinte anos de Constituição, é hora de fazê-la valer. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 01, n.06, p.367-382, 2008.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824). Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Manda observar a Constituição Política do Imperio, oferecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. **Secretaria de Estado dos Negócios do Império do Brasil**, Rio de Janeiro, 22 abr. 1824. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm > Acesso em: 22 maio 2013.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (De 24 de Fevereiro de 1891). **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 22 de fev. 1891. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm > Acesso em 15 jan. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado, 1988. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional

Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça (...). **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 maio 2013.

BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. **Coleção de Leis do Brasil**, Rio de Janeiro, 1890a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm>. Acesso em: 13 maio 2013.

BRASIL. Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890. Organiza a Justiça Federal. **Coletânea de Leis Brasileiras**, Rio de Janeiro, 1890b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm>. Acesso em: 13 maio 2013.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm>. Acesso em: 13 maio 2013.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 maio 2013.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 03 de out. de 1941a. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3688-3-outubro-1941-413573-norma-pe.html>>. Acesso em: 20 abr. 2012.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 13 out. 1941b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 13 maio 2013.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941. Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941) . **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 dez. 1941c. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm>. Acesso em: 13 maio 2013.

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. **Coleção de Leis do Brasil**, Rio de Janeiro, 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm> Acesso em: 23 maio. 2015.

BRASIL. Lei nº 9.099, 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. . **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 13 maio 2013.

BRASIL. Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998. Altera dispositivos do Decreto-

Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 nov. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L9714.htm>. Acesso em: 13 maio 2013.

BRASIL. Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jul. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10522.htm>. Acesso em: 13 maio 2013.

BRASIL. Lei nº 11.033, 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 dez. 2004a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11033.htm>. Acesso em: 13 maio 2013.

BRASIL. Lei nº 11.103, de 18 de março de 2005. Denomina "Rodovia Milton Santos" a BR-242, que atravessa a Chapada Diamantina e o oeste baiano. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 mar. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11103.htm>. Acesso em: 13 maio 2013.

BRASIL. Princípio da Insignificância é aplicado a furto de objetos de pequeno valor. **Notícias do STF**, Brasília, 07 mar. 2011a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 129.226/SP. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 20/08/2009. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 28 set. 2009a. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=906167&tipo=0&nreg=200900310049&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20090928&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 12 mar. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 135.451/RS. Relatora: Ministra Laurita Vaz, julgado em 15/09/2009. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 05 out. 2009b. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=912230&tipo=0&nreg=200900847115&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20091005&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 17 mar. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 199.147/MG. Relator: Ministro Og Fernandes, julgado em 21/02/2013. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 19 ago. 2013a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1211407&num_registro=201100464352&data=20130819&formato=PDF>. Acesso em: 20 dez. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.060.971-RS. Relator: Ministro Felix Fischer, julgado em 16/09/2008. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 03 nov. 2008a. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=819044&tipo=0&nreg=200801146883&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20081103&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 20 mar. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 41.169/PR. Relatora: Ministra Laurita Vaz, julgado em 22/04/2014. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 30 abr. 2014a. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1313672&tipo=0&nreg=201303261841&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140430&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 07 dez. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937/SP. Relator: Marco Aurélio, julgado em 04/06/2008. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 10 out. 2008b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3937relator.pdf>>. Acesso em: 06 mar. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.412-0 SP. Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 19/10/2004. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 19 nov. 2004b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28HC+84%2E412-0%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 20 fev. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 90.747/PR. Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 01/12/2008. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 17 dez. 2009c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606854>>. Acesso em: 10 mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 92.463/RS. Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 16/10/2007. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 31 out. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=492876>>. Acesso em: 10 jun. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 93.393/RS. Ministro Cezar Peluzo, julgado em 14/04/2009. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 15 maio 2009d. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=592530>>. Acesso em: 09 mar. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 95.445. Relator: Ministro Eros Grau, julgado em 02/12/2008. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 14 ago. 2009e. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=600725>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 97.190-GO. Relator: Ministro Dias Toffoli, julgado em 10/08/2010. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 08 out. 2010a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=615179>>. Acesso em: 10 ago. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 103.506/MG. Relatora: Ministra Rosa Weber, julgado em 12/06/2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 27 jun. 2012a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2234743>>. Acesso em: 20 dez. 2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 101.998/MG. Relator: Ministro Dias Toffoli, julgado em 23/11/2010. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 22 mar. 2010b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?>

docTP=AC&docID=620779 >. Acesso em: 10 jun. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 102.088/RS. Relator: Ministra Cármen Lúcia, julgado em 06/04/2010. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 21 maio 2010c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611560>>. Acesso em: 12 abr. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 103.506/MG. Relatora: Ministra Rosa Weber, julgado em 12/06/2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 27 jun. 2012b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2234743>>. Acesso em: 20 dez. 2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 106.360/DF. Relatora: Ministra Rosa Weber, julgado em 18/09/2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 04 out. 2012c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2875540>>. Acesso em 20 nov. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 100937.

Relator: Ministro Joaquim Barbosa. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 01 fev. 2011b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3768701>>. Acesso em 20 nov. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 107.638/PE. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, julgado em 13/09/2011. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 29 set. 2011c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1480979>>. Acesso em 20 nov. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 112.400 /RS. Relator: Ministro Gilmar Mendes, julgado em 22/05/2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 08 ago. 2012d. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2518080>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 118.361/MG. Relator: Ministro Gilmar Mendes, julgado em 25/02/2014. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 17 mar. 2014b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5439788>>. Acesso em: 07 dez. 2014

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 121.903/MG. Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em 20/05/2014. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 01 jul. 2014c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=HC&numero=121903&origem=AP>>. Acesso em: 20 de ago. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 121.903-MG. Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em 02/04/2014. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 30 abr. 2014d. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25039971/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-121903-mg-stf>>. Acesso em: 07 dez. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 123.108/MG. Relator: Min.

Roberto Barroso, julgado em 25/06/2014. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 02 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4596213>>. Acesso em: 04 fev. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Princípio da Insignificância (crime de bagatela). In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Glossário Jurídico**. Brasília: STF, 2014e. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=P&id=491>>. Acesso em: 20 dez. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus nº 66.869-1. Relator: Ministro Aldir Passarinho, julgado em 06/12/1988, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 28 abr. 1989.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 1.409.973/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 19/11/2013. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 25 nov. 2013b. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1282276&tipo=0&nreg=201303388179&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20131125&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 112.870/DF. Relator: Ministro Dias Toffoli, julgado em 05/06/2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 27 ago. 2012e. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2634624>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BUSATO, Paulo César. O desvalor da conduta como critério de identificação da Insignificância para a aplicação do Princípio da Intervenção Mínima. **Revista Sequencia**, Florianópolis, v. 32, n. 62, p. 97-111. jul. 2011.

CALSAMIGLIA, Albert. Prefácio à edição espanhola. In: DWORKIN, Ronald. **Derechos en serio**. Tradução de de Patrícia Sampaio. Barcelona: Editora Ariel, 1984. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/patdwork.html>. Acesso em: 14 set. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvar de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Da responsabilidade da administração pela situação falimentar de empresa privada economicamente viável por inadimplência ou retardo indevido da satisfação de valores contratados como contraprestação por obras realizadas. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, Brasília, Ano 36, v. 63, p. 123-152, jul./dez. 1996.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito**.

Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. 20 anos da Constituição: o desafio da assunção da perspectiva interna da cidadania na tarefa de concretização dos direitos. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 95- 110.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Do giro finalista ao funcionalismo penal: embates de perspectivas dogmáticas decadentes**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria constitucional do direito penal: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CHUEIRI, Vera Karam de. A Constituição Brasileira de 1988: entre constitucionalismo e democracia. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 6, p. 413-429, 2008.

CHUEIRI, Vera Karam de. Dworkin, Ronald. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 259-263.

CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Curitiba: JM, 1995.

CHUEIRI, Vera Karam de. A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. Curitiba: Editora JM, 1997.p. 150-195.

COSTA, Álisson da Silva. **A efetivação dos direitos sociais no Estado Democrático de Direito brasileiro: uma abordagem crítico-reflexiva da análise econômica do direito a partir de Richard Posner e a proposta de Ronald Dworkin**. 2011. 141f. Dissertação (Mestrado)- Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

COSTA, Emília Viotti da. **STF: O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2006.

COURA, Alexandre de Castro. Limites e possibilidades da tutela jurisdicional no paradigma do Estado Democrático de Direito: para uma análise crítica da "jurisprudência dos valores". In: OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. **Jurisdição de hermenêutica constitucional no estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

COURA, Alexandre de Castro; COSTA, Renata Pereira Carvalho. A politização do discurso de aplicação normativa pelo STF: para uma análise crítica do significado do princípio da separação dos poderes à luz do julgamento da ADIn 855-2/PR. **Depoimentos**, Vitória, n.14, p. 121-145, jul./dez. 2008.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no Novo Código Civil**. 31. ed. rev. e acrescida com casos práticos. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CRIME de bagatela. **STF debate princípio da insignificância**. [S. l.]: Migalhas, 3 jun. 2014. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI202072,91041-STF+debate+principio+da+insignificancia>> Acesso em: 25 jan. 2016.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional: estudos em homenagem ao Professor José Alfredo de Oliveira Baracho**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO - 1789. França: Direitos Humanos, 26 ago. 1789. Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> Acesso em: 14 dez. 2015.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **População Carcerária: 1990-2012**. [S. l.]: INFOGR, 2013. Disponível em: < <https://infoqr.am/populacao-carceraria-brasileira-1990-2012>> Acesso em: 22 jan. 2013.

DI GIORGI, Raffaele. O Deus com barba e o Deus sem barba. In: DI GIORGI, Raffaele. **Direito, tempo e memória**. Tradução de Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DIAS JUNIOR, José Armando Pontes. A concepção material do tipo penal e a importância da aplicação do princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade. **Revista Direito e Liberdade**, Mossoró, v. 1, n. 1, p. 271-284, jan./jun. 2005.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Fundamentos do Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 07, n. 13/14. p. 150-163, 1º/2º sem. 2004.

DINIZ, Antonio Carlos; MAIA, Antônio Cavalcanti. Pós-positivismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DUQUE-ESTRADA, Paulo César. Hans-Georg Gadamer. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

- DWORKIN, Ronald. **Freedom's law: the moral reading of american constitution**. 3. ed. Cambridge: Havard University Press, 1999a.
- DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: Belknap Harvard, 2011.
- DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge: Harvard University Press, 2000a.
- DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge: Belknap, 1986.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **O domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução de Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999b.
- DWORKIN, Ronald. The 1984 McCorkle Lecture: Law's ambitions for itself. **Virgínia Law Review**, v. 71, n. 02, p. 173-187, mar. 1985.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.
- FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. Padova: Cedam, 1992.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoria do garantismo penal**. Madrid: Trotta, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoria do garantismo penal**. Madrid: Trotta, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1998.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Liberdades públicas: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1978.
- FEYERABEND, Paul. **Contra o método**. 2. ed. Tradução de Cezar Augusto Mortari. São Paulo: Editora Unesp, 2011.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: a nova parte geral**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Objeto do crime. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, 1977. Disponível em: < http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo60.pdf >. Acesso em: 15 jul. 2014.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Direito penal e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 2. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y método**. Tradução de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapino. Salamanca: Sígueme, 1977.

GALILEU, Galilei. **Pensamentos de Galileu Galilei**. [S.l.]: Pensador, 2016. Disponível em: < <http://pensador.uol.com.br/frase/Mzg0NTI1/> >. Acesso em: 10 nov. 2014.

GALUPPO, Marcelo Campos. A epistemologia Jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo. In: BRANDÃO, Cláudio; ADEODATO, João Maurício (Org.). **Direito ao extremo**: coletânea de estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Da idéia à defesa**: monografias e teses jurídicas – atualizado conforme as normas 6023/2002, 10520/2002, 14724/2002, 6024/2003 e 6027/2003. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. Princípios jurídicos no estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Ano 36, n. 143, p. 191-210, jul./set. 1999.

GALVÃO, Fernando. **Direito penal**: parte geral. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1976. v.1, t. 2.

GOMES FILHO, Dermeval Farias. O STF e a interpretação neokantista do direito penal. **MPMG Jurídico**, n. 15, p. 48-49, jan./mar. 2009. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/574/3.4.1%20O%20STF%20e%20a%20interpreta%C3%A7%C3%A3o%20neokantista%20do....pdf?sequence=1>>. Acesso em: 22 jan. 2015.

GOMES, Luiz Flávio. Delito de bagatela: princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Ano 90, v. 789, p. 439-456, jul. 2001.

GOMES, Luiz Flavio. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2.

GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da insignificância na jurisprudência do STF. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3318, 1 ago. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22340>>. Acesso em: 22 jan. 2015.

GOMES, Luiz Flávio. Tipicidade material e criação de riscos proibidos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1069, 5 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8471>>. Acesso em: 22 jan. 2015.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes**. São Paulo: Atlas, 2008.

GONTIJO, L. A. Metodologia jurídica da racionalidade e da autonomia: valores e particularidades como circunstâncias especiais que revelam o direito. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). **O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2006,

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Claus Roxin, 80 anos. **Revista Liberdades**, n. 07, p. 97-123, maio/ago. 2011. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/8/artigo4.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. São Paulo: Landy, 2004.

GÜNTHER, Klaus. Um concepto normativo de coherencia para una teoria de la argumentación jurídica. **Doxa**, México, v.17-18, p. 271-302, 1995.

GUZMÁN DALBORA, José Luis. La insignificância: especificación y reduccion valorativas em el ambito de lo injusto tipico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 04, n. 14, p. 41-82, 1996.

HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms**. Tradução de William Rehg. Cambridge: MIT Press, 1996.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v.1.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la accion comunicativa**. Madrid: Taurus, 1987. 2v.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. São Paulo: Loyola, 2004.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 5. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **The concept of law**. Londres: Oxford University, 1961.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal**: fundamentos, estrutura, política. Tradução Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Fabris, 2008.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1984.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Fausto Castilho. Campinas: Editora da Unicamp; Vozes, 2012

HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito**: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. Coimbra: Almedina, 2007.

HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito**: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

HÖLDERLIN, Friedrich. **Hipérion ou o eremita na Grécia**. Tradução de Erlon José Pascoal. São Paulo: Nova Alexandria, 2003.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Comissão de Código Penal. **Comentários ao Relatório Senador Pedro Taques em face do PLS n. 236/12**. IBCCRIM, 2013. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/docs/codigo_penal.pdf>. Acesso em: 10 set. 2014.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**: parte geral, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**: parte geral. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KOZICKI, Katya. HART, Herbert Lionel Adolphus. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 409-12.

KOZICKI, Katya. O positivismo jurídico de Hart e a perspectiva hermenêutica do Direito. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. Curitiba: Editora JM, 1997.

LALANDE, André. **Vocabulário técnico e crítico da filosofia**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LEAL, Fernando. Klaus Günther In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 409-412.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de e comentado por J. H. D. Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1899. 2v.

LOPES, Ana Maria D'Avila. A hermenêutica jurídica em Gadamer. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Ano 37, n. 145, p. 101-112, jan./mar. 2000.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no direito penal: análise a luz da Lei 9.099/95: juizados especiais criminais, Lei 9.053/97, Código de Trânsito Brasileiro e da jurisprudência atual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LUIZI, Luiz. O princípio constitucional da intervenção mínima. In: KUEHNE, Maurício (Org.). **Ciência penal, coletânea de estudos em homenagem a Alcides Munhoz Neto**. Curitiba: JM Editora, 1999.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003.

LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. **Revista de Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 203-233, 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n1/v8n1a09.pdf>>. Acesso em: 10 de set. de 2014.

MACHADO, Luiz Alberto. **Direito criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Interpretando o direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **Hermenêutica plural**. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

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

MARÇAL, Antônio Cota. Princípio: estatuto, função e usos no direito. In: TAVARES, Fernando Horta (Org.). **Constituição, direito e processo**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 31-58.

MARQUES, Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas: Millenium, 1999. v. 3.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. A

contribuição de Klaus Günther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios. **Revista Direito GV**, v. 2, n. 1, p. 241-254, jan./jun. 2006.

MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**. Tradução de Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962. t. 1.

MAUS, Ingerborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade da jurisprudência na sociedade órfã. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n.58, 183-202, nov. 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MAYER, Max Ernst. **Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht**. Leipzig: Verlag Von C. L. Hirschfeld, 1915.

MELHEM, Patrícia Manente. **Da inaplicabilidade do princípio da insignificância no direito penal**. 2008. 149f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

MELLO, Marco Aurélio. **Sobrecarregado, STF julga mais de 100 mil casos por ano**. G1, 28 jan. 2008. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL275210-5601,00-SOBRECARREGADO+STF+JULGA+MAIS+DE+MIL+CASOS+POR+ANO.html>>. Acesso em: 10 set. 2014.

MEZGER, Edmund. **Derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1957.

MOREIRA, Luiz. Introdução. In: GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004. p. 9-18.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. 2006.

MORVAN, Patrick. Princípios. In: ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane. **Dicionário de cultura jurídica**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

MUÑOZ, Alberto Alonso. **Transformações na teoria geral do direito: argumentação e interpretação do jusnaturalismo ao pós-positivismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Devido processo legislativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito política e filosofia: contribuições**

para uma teoria discursiva da construção democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007a.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Ronald Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à Literatura?. **Revista da Faculdade de Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 10, n. 19, p. 87-103, 1º sem. 2007b.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Tutela jurisdicional e estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria da Constituição**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PEDRON, Flávio Quinaud. A contribuição e os limites da teoria de Klaus Günther: a distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação como fundamento para uma reconstrução a função jurisdicional. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n. 48, p. 187-201, 2008.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PLATÃO. **A República**. Tradução de Enrico Corvisieri. Coleção Os pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral, art. 1º a 120. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: parte geral. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

QUEIROZ, Paulo de Souza. O que é tipicidade hoje? **Boletim do IBCCrim**, Ano 22, n. 264, p. 16, nov. 2014.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Princípio da insignificância e maus antecedentes**. [S. l.]: Do Autor, 8 abr. 2010. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/principio-da-insignificancia-e-maus-antecedentes/>> Acesso em: 02 jun. 2014.

RAMOS, Gisela Gondin. **Princípios jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

RIBEIRO, Fernando Armando. **Conflitos no Estado Constitucional Democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

RIBEIRO, Fernando Armando; BRAGA, Bárbara Gonçalves de Araújo. A aplicação do direito na perspectiva hermenêutica de Hans-George Gadamer. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v.11, n.21, p.121-143, jan. 2008.

RIBEIRO, Fernando José Armando. **Constitucionalismo e teoria do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tradução de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t.1.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1972.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3. ed. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Maria Fernanda Palma, Ana de Figueiredo. Lisboa: Vegas, 1998.

ROXIN, Claus. Thomas Duve: Ein Gespräch mit Claus Roxin. **Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte**, 15 Maio 2006. Disponível em: <<http://www.forhistiur.de/legacy/zitat/0605duve-roxin.htm>>. Acesso em: ago. 2015.

ROXIN, Claus; ARZT, Günther; TIEDEMANN, Klaus . **Introduccion al derecho penal y al derecho penal procesal**. Version espanola, notas y comentarios de los profesores Luis Arroyo Zapatero y Juan-Luis Gomez Colomer. Barcelona: Ariel, 1989.

ROXIN, Claus; GÜNTHER, Arzt; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio da insignificância. In: **Fascículos de Ciências Penais**, ano 3, v. 03, n. 01, jan-mar/1990, p. 36-50.

SARNEY, José. **Projeto de Lei do Senado nº 236/2012**. Reforma do Código Penal. Brasília: Senado, 2012. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404>. Acesso em: 12 dez. 2013

SGARBI, Adrian. **Clássicos da teoria de direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, Denis Cortiz da. O anteprojeto do novo Código Penal como eficaz instrumento de política pública.. **Revista Jus Navigandi**, Teresina Ano 19, n. 4096, 18 set. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31877>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Ivan Luiz. **Princípio da insignificância no direito penal**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 94.

SIMIONI, Rafael. Regras, princípios e políticas públicas em Ronald Dworkin: a questão da legitimidade democrática das decisões jurídicas. **Revista Direito Mackenzie**, v. 5, n. 1, p. 203-218, 2011.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado: introdução**. 2. ed. Belo Horizonte:

Del Rey, 2004.

SORJ, Bernardo. **A democracia inesperada: cidadania, direitos humanos e desigualdade social**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

SOUZA, Carlos. **Proposta de Emenda à Constituição - PEC 524/2006**. Proposta de Emenda à Constituição. Brasília: Câmara dos Deputados, 22 jun. 2006. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrar_integra;jsessionid=9F4A3A4ABF09AB6CD86FFF1A2ECE5814.node1?codteor=385179&filename=Avulso+-PEC+524/2006>. Acesso em: mar. 2015.

STOCO, Rui. Princípio da Insignificância nos crimes contra a ordem tributária. In: **Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. A Constituição (ainda) dirigente e o direito fundamental à obtenção de respostas corretas. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n.06, p. 273-311, 2008a.

STRECK, Lenio Luiz. A interpretação do direito e o dilema acerca de como evitar juristocracias: a importância de Peter Häberle para a superação dos atributos (*Eigenschaften*) solipsistas do direito. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, Ano 04, p. 01-32, 2010/2011.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “Letra da Lei” é uma atitude positivista? **Revista NEJ – Eletrônica**, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014a.

STRECK, Lenio Luiz. E a professora disse: "Você é um positivista". **Consultor Jurídico**, 23 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-23/senso-incomum-professora-disse-voce-positivista>>. Acesso em: 10 set. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e possibilidades críticas do direito: ensaio sobre a cegueira positivista. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n. 52, p 127-162, jan./jun. 2008b.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007a.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009a.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “como**

discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009b. p. 03- 27.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, pré-compreensão e decisão jurídica: respondendo a algumas críticas. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 01, n. 07, p. 99-126, 2009c.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. O caso da ADPF 132: defender o texto da Constituição. **Revista Direito.UnB**, Brasília, v. 01, n. 01, p. 270-293, jan./jun. 2014b.

STRECK, Lenio Luiz. O problema da decisão jurídica em tempos pós-positivistas. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 14, n. 02, p. 03-26, 2009d.

STRECK, Lenio Luiz. **Supremo pode deixar de aplicar lei sem fazer jurisdição constitucional?** [S. l.]: Consultor Jurídico, 25 out. 2014c. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-out-25/observatorio-constitucional-stf-deixar-aplicar-lei-jurisdicao-constitucional>>. Acesso em: 30 out. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007b.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

TORIO LÓPES, Angel. Racionalidad y relatividad em las teorías jurídicas del delito. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, v. 42, n. 2, p. 489-520, 1989. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46344.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2014.

TRIVISONNO, Alexandre Gomes Travessoni. **É coerente a argumentação do Supremo Tribunal Federal nos casos de aplicação do princípio da insignificância (bagatela) em matéria de Direito Penal?**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. No prelo.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. O Supremo Tribunal Federal e a argumentação jurídica - análise do princípio da insignificância (bagatela) em matéria de direito penal. In: COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Org.). **O STF e a interpretação da Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 39-58.

VÁSQUEZ-ROSSI, Jorge. **Derecho procesal penal**. Montevideo: Rubinzal Editores, 1995.

WELZEL, Hans. **Derecho penal:** parte general. Buenos Aires: Roque de Palma Editor, 1956.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho penal:** parte general. 2. ed. Buenos Aires: Sociedade Anônima Editorial, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal.** 6. ed. Buenos Aires, Ediar, 1991.