

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DO FUNCIONALISMO PENAL

THE APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF INSIGNIFICANCE BY THE SUPREME COURT IN THE LIGHT OF CRIMINAL FUNCTIONALISM

*Francisco Solano de Freitas Suassuna Segundo **

Resumo: A presente construção jurídico-acadêmica analisa as teorias do delito, em especial a teoria funcionalista, na análise de posicionamentos divergentes do Supremo Tribunal Federal quanto à aplicação do princípio da insignificância. Assim, são apresentadas inicialmente algumas das principais teorizações doutrinárias acerca do delito, em seguida, passa-se a análise dos casos concretos, por meios dos quais se estuda a teoria funcionalista, em suas duas vertentes - teleológica e sistêmica - e de que modo estas influenciam na aplicação da legislação penal brasileira. O estudo do tema escolhido é de fundamental importância para o Direito Penal, pois a conduta humana é um dos requisitos indispensáveis para a caracterização de um fato criminoso. O trabalho foi desenvolvido com base em pesquisas bibliográficas e documentais, caracterizando-se pelo enquadramento em uma pesquisa de natureza pura, com enfoque predominantemente teórico e de objetivo descritivo, uma vez que busca compreender a relação das teorias da conduta com as dinâmicas do sistema jurídico-penal brasileiro. A análise realizada conduziu à constatação de que, gradualmente, os julgados do STF acolhem os postulados funcionalistas.

Palavras-chave: Funcionalismo Penal. Teorias da Conduta. Teorias do Delito. Princípio da Insignificância.

Abstract: The present legal-academic construction analyzes the theories of crime, especially the functionalist theory, in the analysis of divergent positions of the Federal Supreme Court regarding the application of the principle of insignificance. Thus, some of the main doctrinal theorizations about the crime are initially presented, then the analysis of the concrete cases is presented, through which the functionalist theory is analyzed, in its two aspects - teleological and systemic - and how these influence the application of Brazilian criminal legislation. The study of the chosen theme is of fundamental importance for Criminal Law, because human conduct is one of the indispensable requirements for the characterization of a criminal fact.

* Aluno do Bacharelado em Direito ofertado do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), foi Monitor das Disciplinas de Direito Processual Penal I e II e de Direito do Trabalho e da Seguridade Social para Administração. Foi membro do conselho editorial da Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade (FIDES/UFRN). É estagiário do Tribunal de Justiça do RN.

Curriculo Lattes <http://lattes.cnpq.br/8552356218518122>.

E-mail: suassunasegundo@gmail.com.



The work was developed based on bibliographical and documentary research, characterized by the framing in a research of pure nature, with a predominantly theoretical focus and descriptive objective, since it seeks to understand the relationship of the theories of conduct with the dynamics of the Brazilian legal-criminal system. The analysis carried out led to the finding that, gradually, the judges of the STF accept the functionalist postulates.

Keywords: Penal Functionalism. Theories of Conduct. Theories of Crime. Principle of Insignificance.

1. APONTAMENTOS INICIAIS ACERCA DA TEORIA DO DELITO

A conceituação de crime é basilar na compreensão de toda a dinâmica jurídico-penal, assim, a doutrina busca conceituá-lo em três aspectos: substancial, legal ou analítico. Nesse sentido, enquanto os conceitos legais representam o crime como conduta humana que viola a lei penal, os substanciais relacionam-se com a relevância social da ação ou omissão, isto é, o crime como conduta que lesa ou expõe a perigo de lesão um bem jurídico-penal. Os analíticos, por sua vez, procuram definir o crime a partir de elementos constitutivos e, face à importância e ampla aceitação doutrinária dessas teorias, comportam o estudo da conduta por meio dos elementos estruturantes do delito: fato típico, antijuridicidade (ou ilicitude) e culpabilidade.

Por conseguinte, cada um dos elementos que compõem a teoria analítica tripartite do delito possuem subdivisões, que configuram os fatores para afirmação ou refutação de sua prática. Nesse sentido, a conduta, enquanto foco principal desta produção, é analisada conjuntamente com outros fatores que compõem o fato típico, designadamente: o nexos de causalidade da conduta com um resultado lesivo a algum bem jurídico-penal e sua tipificação legal (tipicidade).

A ilicitude, por seu turno, consiste em um juízo posterior e depende do juízo de tipicidade, de modo que toda conduta penalmente ilícita é, obrigatoriamente, típica. Nessa senda, a antijuridicidade diz respeito à análise referenciada da conduta ao ordenamento jurídico em vigência, observando sua contrariedade ou não a esse, visto que, para a caracterização do crime, a conduta deve necessariamente ser oposta aos preceitos normativos vigentes. Após a análise da ilicitude da conduta, verifica-se a culpabilidade. Esse elemento é responsável por aferir a necessidade de imposição de pena, para tanto, examina a reprovabilidade da conduta típica e ilícita do agente que exteriorizou a sua vontade.



v.7, n.2



Face a esses dois últimos elementos que compõem o conceito analítico de crime, o código penal brasileiro (CPB) apresenta as causas de exclusão de ilicitude e os dirimentes da culpabilidade. As primeiras são responsáveis pela exclusão de determinadas condutas humanas da modalidade criminosa prevista e, taxativamente, encontram-se elencadas no artigo 23 do código penal, ao dispor que não há crime quando o agente pratica o fato: (i) em estado de necessidade; (ii) em legítima defesa; (iii) em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Quanto às excludentes de culpabilidade, há previsão legal nos artigos 26 e 27 do código penal, quais sejam, os inimputáveis, consoante o art. 26: “é isento de pena o agente que, por doença mental [...], era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”, e os menores de 18 anos, conforme o art. 27: “os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”. Além desses, existem dois critérios de exclusão da culpabilidade criados doutrinariamente e analisados de modo subjetivo, definidos como a potencial consciência de ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

Ademais, muitas são as discussões doutrinárias acerca da conduta enquanto elemento da teoria analítica de crime, pois com base em seu conceito, fortemente modificado ao longo do tempo, todas as ações humanas jurisdicionalmente penalizadas se amoldam. Nessa conjectura, Brandão (2000) aduz que “a conduta humana é a pedra angular da teoria do delito. Pois é com base nela que se formulam todos os juízos que compõem o conceito de crime: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade”, enaltecendo, portanto, a relevância da conduta na qualidade de elemento ímpar para a configuração do crime.

Outrossim, as teorias da conduta foram e, ainda são, responsáveis pelas explícitas dissonâncias entre os operadores do direito, visto que refletem diferentes contextos históricos e demonstram o pensamento social e político, bem como o modelo jurídico o qual se defendia em cada sociedade.

Embora haja o entendimento majoritário de que uma das principais preocupações da dogmática penal é atestar a importância de um supraconceito de ação, isto é, um elemento capaz de abarcar todas as formas de manifestação do delito (omissão, comissão, dolo e culpa), não podemos deixar de apontar a ascensão de uma corrente doutrinária defensora do abandono dos elementos pré-típicos, sustentando a fundamentação do conceito-base de ação a partir da realização típica. Essa corren-



v.7, n.2



te argumenta que as tentativas de elaborar um conceito unitário de ação foram falhas. Todavia, em que pese a complexidade e profundidade das discussões exigidas pelo estudo de tal temática, não adentra esta obra em seus pormenores, limitando-a ao estudo de um supraconceito da ação na sua perspectiva prática.

Portanto, em vista da importância do estudo da conduta na compreensão das dinâmicas do sistema jurídico-penal brasileiro, buscou-se realizar uma breve análise acerca das principais teorias do delito e a sua relevância enquanto construções doutrinárias que influenciam na aplicação da legislação penal, para então, à luz das vertentes do funcionalismo penal, realizar uma percuciente análise de duas decisões proferidas em um mesmo ano pelo Supremo Tribunal Federal (STF): HC 187.500/RJ, no qual a Corte absolveu sumariamente uma mulher que furtou um pedaço de picanha e outras mercadorias no Rio de Janeiro e o HC 188.467/SP, no qual se denegou a ordem de *Habeas Corpus* (HC) de um jovem que furtou dois xampus, no valor de R\$ 10 cada, em São Paulo.

A fim de consumir os objetivos supracitados, o presente trabalho será desenvolvido sob uma abordagem qualitativa, utilizando-se das fontes bibliográficas e documentais encontradas, caracterizando-se como uma pesquisa de natureza pura, com enfoque predominantemente teórico e de objetivo descritivo, especialmente ao discorrer acerca das temáticas e problemáticas relacionadas às teorias do delito, desenvolvendo os raciocínios com base em construções teóricas realizadas pelos principais doutrinadores da dogmática penal, e a suas aplicações práticas nos julgados da suprema corte brasileira.

2. TEORIAS DA CONDUTA

A conduta humana é um dos requisitos indispensáveis para a caracterização de um fato criminoso, enquadrando-se como um dos elementos do fato típico previsto na teoria analítica do crime. Desse modo, torna-se imprescindível a prática de uma ação classificada como conduta típica, definida pela ação ou omissão promovida pelo seu autor e prevista em lei como crime. Como explicado de maneira introdutória, algumas teorias foram desenvolvidas para definir o conceito de ação, e apresentaremos, brevemente, quatro dessas teorias: a causal-naturalista, a teoria finalista, a teoria social da ação e a teoria funcionalista.

2.1 TEORIA CAUSAL-NATURALISTA



Consoante Hasse (2010), a teoria causal-naturalista defendia a ideia de absoluta submissão à vontade da lei, considerando que nela residia a segurança contra a arbitrariedade. Dessa forma, seu embasamento era a igualdade formal e o apego à letra da lei, e em virtude disso, “essa teoria demonstrou-se imprópria para coibir o arbítrio do Estado, uma vez que a igualdade por ela propalada não passava de alegoria incapaz diminuir as desigualdades sociais” (HASSE, 2010, p. 177). Na perspectiva de Franz von Liszt, principal expoente da doutrina causal no século XIX, a ação pode ser definida como:

O fato que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referível à vontade do homem (...). Destarte são dados os dois elementos, de que se compõe a ideia de ação e portanto de crime: ato de vontade e resultado. A estes dois elementos, deve acrescer a relação necessária, para que eles formem um todo, a referência do resultado ao ato. Em dois casos referimos a mudança do mundo exterior à vontade humana: 1) quando a mudança foi causada voluntariamente; 2) quando voluntariamente não foi impedida. A comissão e a omissão são as duas formas fundamentais da ação e consequentemente do crime (LISZT, 1899, p.183 *apud* RENNEN, 2017, p. 18).

Em síntese, na concepção causal-naturalista, a ação pode ser definida pelo movimento humano voluntário (decorrente do livre arbítrio do homem) que produz uma modificação no mundo exterior. Portanto, conforme os ensinamentos de Masson (2020, p. 196), “a caracterização da conduta criminosa depende somente da circunstância de o agente produzir fisicamente um resultado previsto em lei como infração penal, independentemente de dolo ou culpa”. Ou seja, face à influência do movimento positivista, a teoria causal sustentava a proeminência da relação física de causa e efeito, portanto, afasta-se a incidência de qualquer abordagem valorativa da conduta. Para tanto, apenas interessa constatar se o agente foi o causador do resultado previsto legalmente, pouco importando a presença de elemento volitivo, seja dolo ou culpa.

2.2 TEORIA FINALISTA

Idealizada pelo jusfilósofo e penalista alemão, Hans Welzel, a teoria finalista da ação encontra preferência no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente diante da reforma da parte geral do código penal, ocorrida no ano de 1984. A concepção final da ação entende o fato típico como “o ato praticado pelo agente, desde que com dolo ou culpa na sua conduta, considerando atípica se ausentes os referidos elementos”. Assim, a vontade e a conduta estariam unidas entre si para fins de tipicidade (HASSE, 2010, p. 170).



Nesta perspectiva, consoante a definição de Masson (2020, p. 198), a conduta no finalismo “é o comportamento humano, consciente e voluntário, dirigido a um fim”. Ou seja, essa teoria se afasta dos postulados causais de mera relação de causa-efeito para levar em consideração a finalidade - ilícita nos crimes dolosos e lícitas nos culposos - do agente que praticou a ação ou omissão. Isto posto, percebe-se o seguinte:

O homem, quando atua, seja fazendo ou deixando de fazer alguma coisa a que estava obrigado, dirige a sua conduta sempre à determinada finalidade, que pode ser ilícita (quando atua com dolo, por exemplo, querendo praticar qualquer conduta proibida pela lei penal) ou lícita (quando não quer cometer delito algum, mas que, por negligência, imprudência ou imperícia, causar um resultado lesivo, previsto pela lei penal). (GRECO, 2017, p. 280).

Apesar da importante contribuição da corrente finalista na construção dos postulados essenciais do sistema jurídico-penal, a partir da segunda metade do século XX, intensificam-se as críticas aos ideais da teoria finalista da ação. Concomitante à derrocada de alguns postulados finalistas, surgem outras correntes que buscam suprir as lacunas exigidas sob o conceito final de ação e procuram aproximar a realidade normativa da complexa realidade social.

2.3 TEORIA SOCIAL DA AÇÃO

A teoria social da ação surge diante da insatisfação com o caráter excessivamente formal e dogmático dos ideais clássico e finalista, isto é, ao disciplinar a conduta, as teorias anteriores desconsideravam um elemento essencial do comportamento humano: o seu aspecto social.

Segundo Capez (2011, p. 150), a concepção social da ação aduz que “um fato considerado normal, correto, justo e adequado pela coletividade não pode ao mesmo tempo produzir algum dano a mesma, e, ainda que formalmente enquadrável em um tipo incriminador, não pode ser considerado típico”.

Diante disso, essa teoria não exclui os aspectos causais e finalistas, apenas tenta conciliar esses ideais com o elemento sociológico, a relevância social. A principal nota diferenciadora desta perspectiva social pode ser revelada no seguinte excerto:

A Teoria Social da Ação, num claro processo evolutivo de conhecimento sobre o comportamento humano, procura não só saber se houve dolo ou culpa para caracterização do fato típico, mas entender e classificar a ação praticada na própria sociedade da qual surgiu, considerando de fundamental importância a qualificação de negatividade social para, só então, classi-



ficá-lo como fato típico (HASSE, 2010. p.170).

Embora a teoria social não tenha sido adotada pela legislação penal brasileira, deve-se enaltecer a sua contribuição para os estudos da conduta, visto que se propõe a analisar a conduta em função da relevância social da ação ou da omissão, transcendendo a visão do crime como uma mera construção técnico-jurídica.

Portanto, ao levar em consideração a relevância dos aspectos socioculturais e consuetudinários de uma sociedade, a teoria social “[...] permite suprir o vácuo criado com o tempo, entre a realidade jurídica e a social, auferindo maior poder interpretativo ao juiz, tendo em vista que uma conduta prevista como típica na lei poderá ser considerada socialmente adequada pelo magistrado” (CAPEZ, 2011, p.152).

2.4 O FUNCIONALISMO PENAL

Inspirado pelos fundamentos finalistas, as correntes funcionalistas (ou pós-finalistas) surgem com o propósito de investigar a estrutura e o funcionamento do sistema penal em conexão à realidade social. Assim, nessas correntes:

[...] são retomados, portanto, todos os avanços imorredouros do neokantismo [vertente da corrente causal-naturalista]: a construção teleológica de conceitos, a materialização das categorias do delito, acrescentando-se, porém, uma ordem a esses pontos de vista valorativos: eles são dados pela missão constitucional do direito penal, que é proteger bens jurídicos através da prevenção geral ou especial. Os conceitos são submetidos à funcionalização, isto é, exige-se deles que sejam capazes de desempenhar um papel acertado no sistema, alcançando consequências justas e adequadas. [...] Uma exceção é o posicionamento de Jakobs, que rechaça a ideia do bem jurídico, considerando que a missão do direito penal está em proteger a validade das normas (GRECO, 2000, p.7).

A corrente funcionalista, dentre uma multiplicidade de vertentes, apresenta duas concepções distintas de grande relevo para os propósitos desta pesquisa, a primeira é a do funcionalismo teleológico moderado de Claus Roxin que “salientou a importância da construção sistemática de conceitos para a dogmática jurídico-penal, propondo uma concepção normativa que servisse de norte para o sistema jurídico-penal em questões valorativas político-criminais” (POLI, 2019, p.2).

A segunda vertente da corrente funcionalista é a do funcionalismo sistêmico de Gunther Jakobs, relativo ao condicionamento do sistema aos fins da pena, sustenta que “o Direito Penal tem como função essencial proteger a norma, colocando



v.7, n.2



em um plano secundário ou indireto a tutela dos bens jurídicos fundamentais (visão proposta pela vertente teleológica de Roxin)” (HASSE, 2010, p. 180). Posteriormente, diante da análise dos casos concretos, serão apresentados novos elementos constituintes dos postulados dessas duas vertentes da corrente funcionalista.

3. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Os princípios gerais do direito norteiam a criação e manutenção do ordenamento jurídico brasileiro. No ramo do direito penal, em especial, tais princípios orientam o legislador ordinário e o aplicador do direito, como limitadores do poder punitivo estatal, por meio do estabelecimento de garantias aos cidadãos.

Nessa perspectiva, o princípio da insignificância tem origem na obra de Roxin e possibilita, na maior parte dos tipos penais, a restrição do teor literal e a consequente exclusão de ofensas de pouca relevância ao bem jurídico-penal (SOUZA; DE LORENZI, 2017, p. 2). Corroborando com esse posicionamento, esse princípio “[...] destina-se a realizar uma interpretação restritiva da lei penal. Em outras palavras, o tipo penal é amplo e abrangente, e o postulado da criminalidade de bagatela serve para limitar sua incidência prática” (MASSON, 2020, p. 25).

Neste contexto, a aplicação da insignificância busca obstar a atuação do Estado quando a conduta é insuficiente para lesar ou colocar em perigo algum bem jurídico-penal. Face a sua construção eminentemente doutrinária, isto é, a sua falta de previsão positiva em texto normativo, a criminalidade bagatela apenas pode ser inferida pelos requisitos subjetivos e objetivos que surgem da interpretação constitucional e das leis do ordenamento jurídico.

Em seguimento, o Supremo Tribunal Federal (STF) estabeleceu como elementos caracterizadores mínimos da insignificância: mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Todavia, apesar de haver a definição desses requisitos mínimos, ainda persistem controvérsias que versem sobre a aplicação do princípio, inclusive, entre membros da Suprema Corte.

Portanto, o uso da razoabilidade e a obediência aos requisitos acima expostos não aparentam serem suficientes para guiar o intérprete na definição se um determinado bem merece, ou não, a tutela penal. Na realidade, conforme será apresentado a seguir, a aplicação do princípio da insignificância encontra-se relacionada com



a essência da teoria do delito: o estudo da conduta e suas correntes, sobretudo, as vertentes do funcionalismo penal.

4. ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS: REDISSCUSSÃO DO TEMA NO STF NOS HCS 187.500/RJ E 188.467/SP EM 2020

Estruturados os principais postulados essenciais na compreensão das correntes finalista e funcionalista, questiona-se se os entendimentos da Suprema Corte ainda se revestem dos ideais finalistas ou se já incorporam preceitos funcionalistas. Para tanto, passa-se a análise de julgados da Suprema Corte brasileira sobre o tema.

Nesse sentido, no *Habeas Corpus* nº 187.500/RJ, houve a análise de um furto realizado por mulher que subtraiu um pedaço de picanha e outras mercadorias, ela havia sido absolvida em primeira instância, mas o Ministério Público recorreu dessa decisão. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em resposta ao recurso, negou a aplicação do princípio da criminalidade de bagatela, uma vez que o valor dos objetos roubados ultrapassavam 10% do salário mínimo vigente à época dos fatos, levando a decisão à última instância, para o STF, que, após voto do relator, o ministro Gilmar Mendes absolveu sumariamente a mulher ao passo que reconheceu a insignificância.

Contudo, em virtude do descompasso de entendimento entre os ministros, no *Habeas Corpus* nº 188.467/SP, a relatora, ministra Rosa Weber, denegou a ordem a um homem que roubou dois xampus, no caso, o Tribunal de Justiça de São Paulo e o STJ também havia negado o *habeas corpus*, de modo a manter a prisão do réu. A defesa então impetrou recurso ao STF, solicitando a incidência do princípio da insignificância, uma vez que a quantia era irrisória e não justificava tal medida cautelar. Contudo, a ministra Rosa Weber entendeu e decidiu conforme as instâncias inferiores, denegando o *Habeas Corpus*.

Pelos mencionados julgados, pode-se observar a prevalência de duas correntes criminalistas, uma moderada de Roxin e outra radical de Jakobs, respectivamente. No primeiro caso, do *Habeas Corpus* nº 187.500/RJ, ao analisar a decisão do ministro Gilmar Mendes, verificou-se em última instância, a concessão da “ordem para cassar a decisão emanada do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e restabelecer a sentença de absolvição sumária [...], ante a aplicação do princípio da insignificância” (BRASIL, 2020, p. 10).

Nesse sentido, em conformidade com o funcionalismo moderado de Claus Ro-



v.7, n.2



xin, o qual está relacionado a análise das circunstâncias reais do caso concreto, o ministro da Suprema Corte optou pela incidência do princípio penal da bagatela, uma vez que essa vertente funcionalista entende ser fundamental a existência do sistema jurídico-penal para a proteção dos bens jurídicos elencados como mais relevantes.

Ademais, no pensamento de Roxin, enquanto o bem jurídico não for atingido, o direito penal não deve atuar, prevalecendo, inclusive, a ideia de insignificância como política criminal, de modo a excluir materialmente a tipicidade. Aqui mora o pensamento teleológico, o qual atendendo às finalidades valorativas por meio da política criminal, deverão se orientar pela proteção de bens jurídicos. (RAZABONI JUNIOR, 2017, p.9)

Corroborando com o entendimento de Roxin, em sua decisão, o relator Gilmar Mendes afirmou:

[...] ante o caráter eminentemente subsidiário que o Direito Penal assume, impõe-se sua intervenção mínima, somente devendo atuar para proteção dos bens jurídicos de maior relevância e transcendência para a vida social. Em outras palavras, não cabe ao Direito Penal como instrumento de controle mais rígido e duro que é ocupar-se de condutas insignificantes, que ofendam com o mínimo grau de lesividade o bem jurídico tutelado. (BRASIL, 2020, p. 7)

Portanto, o roubo dos itens mencionados no primeiro caso, apesar de exceder 10% do salário mínimo, não foi considerado bem jurídico relevante para a aplicação do Direito Penal.

Em continuidade à análise dos casos, na segunda decisão, *Habeas Corpus* nº 188.467/SP, pôde-se abstrair em seu conteúdo que a relatora, Ministra Rosa Weber, não fez uso da teoria finalista da ação, adotada pelo código penal brasileiro. Chegase a tal conclusão em virtude do não enquadramento pela magistrada da Suprema Corte do furto em análise como um crime abarcado pelo princípio da bagatela, ou seja, considerou a julgadora apenas a finalidade ilícita da conduta.

Nesse contexto, resta caracterizado o uso da teoria funcionalista da ação em sua face radical, do autor Günther Jakobs, a qual tem como conceito de condutas criminosas aquelas que violam o texto legal positivado e são contrárias às perspectivas sociais esperadas para a ação humana, ou seja, aos atos considerados corretos pela sociedade.

O pensamento do referido autor legitima o discurso de proteção da norma, considerando os aspectos de segurança jurídica, racionalização e uniformidade da jurisprudência, não levando em conta as questões político-criminais, abordadas



v.7, n.2



pela vertente moderada da referida teoria. Outro ponto interessante a se abordar do modelo radical, é a visão do bem jurídico em segundo plano. Explica-se: embora o caso concreto trate de dois xampus no valor de dez reais cada e a subtração desses itens tenha sido praticado contra uma sociedade empresária, afastou-se essa análise da lesão ao bem jurídico, aplicando apenas a normativa para denegar o *Habeas Corpus*, sob o argumento de que o investigado possuía outras condenações transitadas em julgado, configurando a multirreincidência, bem como sua condenação em instâncias inferiores.

Por conseguinte, no Recurso Ordinário em Habeas Corpus de N° 133.043, o STF decidiu que princípio da insignificância não se aplica aos crimes de violência contra a mulher, no julgamento do referido recurso, 4 elementos foram elencados na súmula do acórdão para fundamentar a decisão, sendo eles:

1. Para incidência do princípio da insignificância devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato, a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada.
2. Na espécie vertente, não se pode aplicar ao Recorrente o princípio pela prática de crime com violência contra a mulher.
3. O princípio da insignificância não foi estruturado para resguardar e legitimar condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de conduta ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto.
4. Comportamentos contrários à lei penal, notadamente quando exercidos com violência contra a mulher, devido à expressiva ofensividade, periculosidade social, reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica causada, perdem a característica da bagatela e devem submeter-se ao direito penal. (BRASIL, 2016)

Ante ao mencionado julgado, vê-se que houve uma fiel observância pela Corte aos postulados funcionalistas, na medida em que, de forma límpida, ponderou os fins sociais a que são dirigidas às normas de proteção à mulher que se encontra em um quadro de violência doméstica.

Para além de ponderar o mencionado quadro de agressões contra uma parte, em regra hipossuficiente, que é a mulher, os julgadores também mencionaram de forma expressa uma tendência jurisprudencial brasileira, que é a não aplicação da insignificância para os tipos penais em que estejam previstos a existência de vio-

v.7, n.2



lência ou grave ameaça à pessoa.

Contudo, mesmo sem a existência de violência ou grave ameaça à pessoa, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inaplicabilidade do princípio da bagatela aos crimes de furto qualificado, conforme pode observar abaixo:

EMENTA: AGRAVO INTERNO NO *HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. ARTIGO 155, §§ 1º E 4º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. HABITUALIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. DETRAÇÃO PENAL. MATÉRIA A SER ANALISADA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. ABRANDAMENTO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. REITERAÇÃO DAS RAZÕES. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. O princípio da insignificância resta afastado quando ausente o preenchimento cumulativo dos vetores reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes: RHC 205.910-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 29/6/2022; HC 205.796-AgR, Primeira Turma, Red. p/ Acórdão, Min. Alexandre de Moraes, DJe de 8/4/2022; RHC 203.553-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 7/1/2022; RHC 191.022-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 3/12/2020. (BRASIL, 2023)

No supracitado caso, haviam causas de qualificação do crime de furto, quais sejam as previstas nos incisos I e II, do 4º, do art. 155 do Código Penal Brasileiro, que são a do furto por meio de destruição ou rompimento de obstáculo ou com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza.

A conclusão quanto à tomada da supracitada decisão é algo que se chega sem qualquer dificuldade, especialmente quando se observa uma vasta jurisprudência restritiva à minimização das sanções penais, mesmo em crimes patrimoniais considerados de média ou leve ofensividade.

Tal análise da aplicação da insignificância nesses tipos penais, para o relator do *Habeas Corpus* 123.533, ministro Roberto Barroso, “envolve um juízo amplo, que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados” (BRASIL, 2015), entendimento esse replicado no julgado abaixo citado, em que o furto, mesmo sem ser qualificado, não foi premiado com a aplicação da insignificância, em recente decisão tomada pelo STF:



v.7, n.2



EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. ABRANDAMENTO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. VIABILIDADE. 1. A orientação firmada pelo Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL é no sentido de que a aferição da insignificância da conduta como requisito negativo da tipicidade, em crimes contra o patrimônio, envolve um juízo amplo, “que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados” (HC 123.533, Relator Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, DJe de 18/2/2016). 2. Busca-se, desse modo, evitar que ações típicas de pequena significação passem a ser consideradas penalmente lícitas e imunes a qualquer espécie de repressão estatal, perdendo-se de vista as relevantes consequências jurídicas e sociais desse fato decorrentes. (BRASIL, 2023)

Diante desse quadro, o funcionalismo penal é nitidamente observado nos julgamentos da Suprema Corte brasileira ao estabelecer para certas condutas a aplicabilidade ou não da insignificância penal, também conhecida como bagatela, sendo que os critérios analisados são de natureza subjetiva, pois, por exemplo, não levam em consideração a quantidade de pena aplicada ao crime.

Nesse sentido, a análise jurisprudencial acerca do delito toma por base a ofensividade por parâmetros socialmente expostos, pelos quais o “termômetro social” julga por muito ou pouco ofensivo um tipo incriminador.

Sobre tal contexto, de análise subjetiva e medida por parâmetros sociais, explicitou ainda em 2011 o Ministro Ayres Britto, que assim dispôs na fundamentação de seu voto em *Habeas Corpus* movido após prisão em virtude de crime militar:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CRIME MILITAR. CONSCRITO OU RECRUTA DO EXÉRCITO BRASILEIRO. POSSE DE ÍNFIMA QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE EM RECINTO SOB ADMINISTRAÇÃO CASTRENSE. INAPLICABILIDADE DO POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL. INCIDÊNCIA DA LEI CIVIL Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. RESOLUÇÃO DO CASO PELO CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE DA LEGISLAÇÃO PENAL CASTRENSE. ORDEM DENEGADA. 1. A questão da posse de entorpecente por militar em recinto castrense não é de quantidade, nem mesmo do tipo de droga que se conseguiu apreender. O problema é de qualidade da relação jurídica entre o particularizado portador da substância entorpecente e a instituição castrense de que ele fazia parte, no instante em que flagrado com a posse da droga em pleno recinto sob administração militar. 2. A tipologia de relação jurídica em ambiente castrense é incompatível com a figura da insignificância penal, pois, independentemente da quantidade ou mesmo da espécie de entorpecente sob a posse do agente, o certo é que não cabe distinguir entre adequação apenas formal e adequação real da conduta ao tipo penal incriminador. É de se pre-excluir, portanto, a conduta do paciente das coordenadas mentais que subjazem à própria tese da insignificância penal. (BRASIL, 2011)

Corroborando com as constatações realizadas no bojo desta produção acadêmica, encontram-se na doutrina autores que apresentam outros indícios da incorporação do funcionalismo penal, sobretudo, a teoria teleológica de Roxin, no sistema jurídico-penal brasileiro. Linhares (2017), sustenta que é inegável já ter sido introduzido o paradigma funcionalista do direito penal no Judiciário brasileiro e, portanto, o acolhimento das propostas funcionalistas pode ser encontrado em julgados do STF:

[...] seja pela modificação de categorias clássicas da teoria do delito com a intenção de se conseguir uma mais efetiva proteção de bens jurídicos (como no exemplo das categorias "conduta" e "dolo", ressignificadas para possibilitar a responsabilização criminal da pessoa jurídica), seja pela aplicação da teoria da imputação objetiva nos termos do funcionalismo, ou, ainda, por referências explícitas à própria expressão da estrutura funcionalista na teoria do crime (LINHARES, 2017, p.278).

Face ao contexto apresentado, vislumbra-se que, na aplicação das normas penais, as correntes funcionalistas, substancialmente em sua face teleológica, vêm adquirindo força doutrinária e aceitação jurídica das cortes superiores, visto que suas proposições indicam a necessidade de realizar análises subjetivas pelo direito penal, ou seja, que não a mera capitulação do ato, a fim de que ele cumpra sua função essencial: a proteção dos bem-jurídicos e a garantia da convivência ordenada na sociedade. Desse modo, o sistema jurídico-penal brasileiro adquire novas conformações que, apesar de não relegar por completo os postulados finalistas, auferem expressão crescente pelas correntes que se afastam das limitações construídas sob a vigência do finalismo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As teorias do delito possuem fundamental importância para a configuração jurídica de um ato criminoso. Nesse sentido, no decorrer do tempo, diversas teorias da conduta foram criadas, e com suas peculiaridades retrataram o pensamento da sociedade da época quanto à conceituação de crime, bem como quanto aos métodos jurídico-penais necessários para sua mitigação.

Ademais, o código penal brasileiro adotou preferência pela teoria finalista da ação, enquanto corrente que define um ato criminoso como uma ação típica e antijurídica, e observa a culpabilidade como um pressuposto para aplicação de sanção, analisado o elemento volitivo: dolo e culpa. Todavia, nos últimos anos, verifica-se que os postulados finalistas dão espaço a novas concepções do delito e, aos



poucos, os julgados das cortes superiores incorporam no teor de suas decisões a tendência de se investigar a estrutura e o funcionamento do sistema penal em conexão com a realidade social.

Face a esse panorama atual das dinâmicas jurídico-penais, a análise dos elementos que compõem os *Habeas Corpus* 188.467/SP e *Habeas Corpus* 187.500/RJ permitiram atestar a veracidade da hipótese inicial, a saber: os postulados finalistas não são os únicos utilizados nos julgados do STF, há também o parcial acolhimento das propostas funcionalistas, sobretudo, quando a matéria trata sobre a aplicação do princípio da insignificância.

A aplicação da teoria funcional nos casos mencionados se deram principalmente devido à não observância dos instrumentos jurídico-penais em vigência no Brasil, que realizam a descaracterização de crime, consoante a possibilidades concedidas pela legislação penal brasileira e doutrinariamente pela teoria analítica de crime, grande responsável por elencar a necessidade de observância de fatores objetivos e subjetivos que permeiam as ações criminosas.

No panorama dos *Habeas Corpus* supracitados, pode-se observar que os ministros da Suprema Corte Constitucional do Brasil prezaram por analisar unicamente a finalidade do direito penal, desprezando, em geral, a análise de outros institutos, como a aplicação do princípio da insignificância, ou seja, configurando, desse modo, a aplicação, mesmo que não expressa, dos preceitos elencados pela teoria funcional da conduta.

Além disso, descortinou-se uma visão estritamente legalista da Corte, ao realizar uma análise única da lei para aplicação da sanção, de modo a desconsiderar outros instrumentos jurídicos além da fonte positivada para aplicação aos casos analisados.

Na realidade, as dissonâncias entre os posicionamentos dos membros do STF revelam, essencialmente, que a interpretação de um dispositivo normativo não conduz a uma única solução correta, mas possivelmente a várias soluções, que possuem conformidade com o ordenamento jurídico.

Corroborando com esse posicionamento, Hans Kelsen, na Teoria Pura do Direito, associa essa pluralidade interpretativa a uma espécie de moldura a qual conduz o intérprete a “várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível” (KELSEN, 2000, p. 390).

Assim, as decisões do STF analisadas nesse artigo nada mais são do que



v.7, n.2



atos jurídicos conformados a corresponder a uma ou a outra das várias significações de uma mesma norma e, por isso, podem externar preferências distintas acerca da teoria da conduta adotada.

Em que pese a importância histórico-doutrinária da corrente finalista - constatada pela adoção de seus postulados pela reforma da parte geral do código penal, ocorrida no ano de 1984 -, a propagação de novos paradigmas é uma realidade que irradia o sistema jurídico brasileiro e sustenta amplos debates entre os defensores da manutenção do Finalismo e aqueles que apregoam a incorporação do Funcionalismo.

Assim, o aprofundamento das discussões a respeito das propostas doutrinárias funcionalistas é essencial para a compreensão das dinâmicas jurídico-penais emergentes de uma sociedade em constante evolução. Para tanto, faz-se necessário o questionamento acerca da (in)compatibilidade do sistema finalista com a ordem jurídica vigente e, conseqüentemente, a possibilidade de que esses debates conduzam à firme conclusão que a transição para um sistema atrelado às vicissitudes sociais é uma pauta urgente nas ciências criminais.

REFERÊNCIAS

BINI, Diego. O Estado democrático de direito e o direito penal no Brasil. Finalismo ou funcionalismo? Eis a questão. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3353, 5 set. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22564>. Acesso em: 4 dez. 2020.

BRANDÃO, Cláudio. Teorias da conduta no direito penal. *Revista de Informação Legislativa*. 2000, v. 37.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 227095*. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 15 de maio de 2023. Brasília, 18 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 187.500* - RJ. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 30 jun. 2020. Brasília, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 188.467* - SP. Relatora: Ministra Rosa Weber. DJ: 19 nov. 2020. Brasília, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 123533*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 03 de agosto de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 103684*. Relator: Relator: Ministro AYRES BRITTO. Brasília, DF, 21 de outubro de 2010. Brasília, 13 abr. 2011.

RASIL. Supremo Tribunal Federal. *AG .REG. NO HABEAS CORPUS 224.976 SÃO PAULO*. Relator: Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 03 de abril de 2023. Brasília.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 133.043*. Recorrente Luiz Paulo Vieira Garcia. Relatora: Ministra CÁRMEN LÚCIA. Brasília de 2016. Brasília, 10 maio 2016.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. Saraiva Educação SA, 2011.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal - parte geral*. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017.

HASSE, Dorita Ziemann. Tipificação penal: teoria finalista e teoria social no direito brasileiro. *Revistas de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, v. 13, n. 2, 2010.

JUNIOR, Ricardo Bispo Razaboni; DE LAZARI, Rafael José Nadim. *Sistema Penal Funcionalista e o Direito Penal do Inimigo*. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir./UFRGS, v. 12, n. 1, 2017.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4.ed. São Paulo: Martins fontes, 2000.

LINHARES, Raul Marques. *O funcionalismo penal como tentativa de aprimoramento da dogmática finalista: das proposições teóricas à prática jurisdicional brasileira*. 2017.

MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral (arts. 1 a 120)*. São Paulo: Método, v. 1, 14. ed., 2020.

NUCCI, Guilherme. *Curso de direito penal: parte geral*. 3. Ed. São Paulo: Forense, 2018.

POLI, Camilin Marcie de. Funcionalismo Penal em Claus Roxin. *Revista de Direito da FAE*, v. 1, n. 1, p. 25-40, 2019.

RENNER, André Guilherme Alves. *Possibilidade de aplicação da teoria da conduta finalista à pessoa jurídica*. 2017.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de; DE-LORENZI, Felipe da Costa. Princípio da insignificância e punibilidade. *Revista Jurídica Cesumar*. Mestrado, 2017.

