

**O TEMOR DAS JANELAS QUEBRADAS NA PRAÇA DA SÉ: A
RESISTÊNCIA À APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**THE FEAR OF BROKEN WINDOWS IN PRAÇA DA SÉ: THE RESISTANCE TO
THE APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF INSIGNIFICANCE IN THE COURT
OF JUSTICE OF THE STATE OF SÃO PAULO**

<i>Recebido em:</i>	14/05/2023
<i>Aprovado em:</i>	30/06/2023

Nathan Castelo Branco de Carvalho¹

Danilo Henrique Nunes²

Marcos Gimenez³

RESUMO

O objetivo do presente trabalho foi analisar a atuação do Tribunal de Justiça de São Paulo quando provocado a se manifestar sobre a aplicação do princípio da insignificância penal.

¹ Mestre e Doutor pela Universidade de Ribeirão Preto/SP. Professor de Direito Penal e Criminologia no Centro Universitário Barão de Mauá e Centro Universitário Unifafibe. Advogado. E-mail: nathan_castelo@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9613663621439454>

² Doutor e Mestre em Direito. Pós-doutorando em Direito pela FDRP/USP. Advogado, jornalista e professor. Bolsista do Programa de Pesquisa e Produtividade do Centro Universitário Estácio Ribeirão Preto. E-mail: dhnunes@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3286458334196996>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9162-3606>.

³ Graduação em Medicina Veterinária pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (1994). Graduação em Direito pela Universidade Paulista (2005). Especialização pela Faculdade Damásio de Jesus (2006). Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto (2014) e doutorado em Tecnologia Ambiental pela Universidade de Ribeirão Preto (2019). Professor assistente de graduação e pós graduação e membro do Núcleo Docente Estruturante (NDE) do Centro Universitário Barão de Mauá. Membro do Conselho Municipal do Idoso de Ribeirão Preto (2022). Membro do Grupo de Estudos em Criminologia da USP/Ribeirão Preto. Advogado criminalista. E-mail: marcos.gimenez@baraodemaua.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0698383072198400>.

Para tanto, partiu-se de uma seleção de decisões judiciais do Tribunal após recursos de apelação e em sentido estrito interpostos pela acusação diante de sentenças absolutórias com base no referido princípio, analisando-se a fundamentação e dispositivo dos acórdãos. Estabelecida quantitativamente a tendência do Tribunal de afastar a aplicação do princípio, passa-se a apuração das influências para esse comportamento, por meio do estudo das construções criminológicas que fundamentaram as políticas criminais repressivas de ampliação da aplicação do direito penal. Na sequência, feita a crítica às diretrizes e aos resultados dessa política criminal, parte-se para o estudo das contribuições feitas pela teoria do etiquetamento e pela criminologia crítica para se concluir que há um desencontro entre a atuação do Tribunal paulista e as tendências criminológicas mais modernas.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da Insignificância; Tribunal de Justiça de São Paulo; Dogmática penal; Movimento Lei e Ordem; Criminologia Crítica.

ABSTRACT

The objective of the present work was to analyze the performance of the Court of Justice of São Paulo when provoked to manifest itself on the application of the principle of criminal insignificance. To do so, a selection of judicial decisions of the Court after appeals and in the strict sense brought by the prosecution in the face of acquittal sentences based on the aforementioned principle was used, analyzing the grounds and provisions of the judgments. Quantitatively established the tendency of the Court to rule out the application of the principle, the influences for this behavior are verified, through the study of the criminological constructions that based the repressive criminal policies of expanding the application of the criminal law. Then, after criticizing the guidelines and the results of this criminal policy, we study the contributions made by the theory of labeling and critical criminology to conclude that there is a mismatch between the performance of the Court of São Paulo and the more pressing criminological trends. modern.

KEYWORDS: Principle of Insignificance; Court of Justice of São Paulo; Criminal dogmatics; Law and Order Movement; Critical Criminology.

1. INTRODUÇÃO

No centro de São Paulo encontra-se a Praça da Sé, centro geográfico da cidade, local marcado pela presença de duas estruturas emblemáticas: a Catedral da Sé, símbolo da religiosidade do povo paulista, e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sede do Poder Judiciário estadual.

Mas o aspecto mais representativo da praça não está na arquitetura de seus edifícios. É a realidade dos indivíduos que por ali passam - ou permanecem - que tornam o local um símbolo da realidade social da cidade de São Paulo.

Entre a Catedral e o edifício que abriga o Tribunal de Justiça observam-se diariamente pessoas em situação de rua, talvez em busca da sensação de segurança e esperança que o simbolismo dos locais oferece. Em meio à miríade de moradores da praça é fácil identificar os diversos advogados que procuram o Tribunal e difícil apontar os poucos fiéis que ainda buscam a Catedral, podendo o observador verificar a chegada de veículos oficiais, dirigidos por motoristas, trazendo os desembargadores para seu dia de trabalho.

As relações sociais na praça também são marcantes. Logo na saída da estação do metrô, a poucos passos da entrada do Tribunal, os mais diversos produtos e serviços são oferecidos, como a venda de atestados médicos, de produtos eletrônicos ou de ouro. Aqueles que trajam roupas sociais tentam ignorar a abordagem dos moradores da praça, que pedem alguns trocados para comprar uma refeição. Também não é difícil para o observador visualizar o consumo de drogas ou mesmo algumas brigas no local, que parece ser um microcosmo da realidade periférica do país.

A realidade desordeira brasileira é reconhecida há muito pela cultura, sendo o "malandro", aquele que vive de pequenos golpes, personagem dos mais diversos sambas e

obras literárias. Trata-se de característica compreensível a partir da realidade miserável, desigual e colonial que marca o país.

Mas o Brasil contemporâneo tornou-se, paralelamente, o país dos delitos violentos, explorados constantemente pela mídia, influenciando na percepção do crime e causando na população um temor que rapidamente se transforma em revolta, o que ativou o interesse político em criar um discurso de repressão que atendesse ao sentimento coletivo. E até o "malandro", até então visto com bom humor, passou a ser o inimigo a ser combatido com rigor.

Conforme as campanhas políticas aderiam ao discurso da repressão e da ordem, as ciências criminais estudavam os reflexos dessa política criminal na realidade social e criminal do país e constatavam o grave prejuízo do uso exagerado da pena de prisão, o que resultou no resgate do princípio basilar da intervenção mínima e suas ramificações na dogmática penal.

Nesse contexto, o presente trabalho objetiva analisar a posição das câmaras criminais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo quando provocadas a se manifestar sobre infrações compreendidas como insignificantes, bem como confrontar criticamente os fundamentos invocados nas decisões.

Para essa análise foram selecionadas 20 decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo, por meio de ferramenta de busca de jurisprudência do site do tribunal, que tinham a palavra-chave "Princípio da insignificância". O presente artigo se inicia com uma análise dogmática do aludido princípio, seguido de considerações acerca da pesquisa realizada, com os resultados quantitativos e a análise qualitativa das decisões. Por fim, foram feitas considerações do campo criminológico para tentar compreender criticamente a realidade apresentada e a posição do Tribunal sobre o tema.

2. MÉTODO E FONTE DE PESQUISA: DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O objeto de pesquisa - aplicação do princípio da insignificância pelo Poder Judiciário - conduziu naturalmente ao método de análise de decisões judiciais. O objetivo foi buscar uma referência quantitativa, sobre o percentual de casos em que o princípio era reconhecido pelo Tribunal e, num segundo momento, apurar os principais argumentos utilizados pelos julgadores na avaliação do tema.

A coleta de dados foi feita no site do Tribunal de Justiça de São Paulo, restrita a casos criminais, utilizando-se a palavra-chave "Princípio da insignificância". Diante do grande volume de decisões, utilizou-se como recorte temporal o segundo semestre do ano de 2020, especificando-se na pesquisa as datas entre 01/07/2020 e 31/12/2020, período de pandemia de Covid-19. Valendo-se da ordenação da pesquisa pelo critério da relevância, foram retornados 3.645 resultados e, por meio de um recorte quantitativo, foram analisadas as primeiras vinte decisões que se referiam a recursos interpostos pela acusação contra decisões de primeira instância que reconheceram o princípio da insignificância, resultando em rejeição da denúncia, absolvição sumária ou absolvição final.

A escolha do Tribunal paulista decorreu da familiaridade com o judiciário paulista, facilidade na pesquisa processual e hipótese de pesquisa direcionada a esse órgão judiciário.

A análise foi feita em duas etapas: primeiramente foram selecionados os acórdãos que atendiam ao critério qualitativo proposto, ou seja, que julgavam recursos acusatórios contra decisões de primeira instância que aplicaram o princípio da insignificância. A utilização desse critério teve por objetivo limitar a análise a casos em que já existia uma decisão judicial reconhecendo a aplicação do princípio. Numa segunda etapa, após essa "filragem" foram analisados os casos e os argumentos utilizados pelos desembargadores, seja para reformar, seja para manter a decisão recorrida.

Antes de passar à análise dos resultados obtidos, importante tecer algumas considerações dogmáticas acerca das possibilidades dogmática de aplicação do princípio em discussão.

3. CONSIDERAÇÕES DOGMÁTICAS ACERCA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

3.1. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Embora seja possível constatar raízes do princípio da intervenção mínima no direito romano antigo (TAVARES, 2020), na lição de Nilo Batista, sua manifestação moderna está na reação ao poder de punir absolutista:

O princípio da intervenção mínima foi também produzido por ocasião do grande movimento político de ascensão da burguesia, reagindo contra o sistema penal do absolutismo, que manejava um poder punitivo minuciosamente abrangente e ilimitado (BATISTA, 2011).

Complementa Batista destacando as manifestações dos pensadores que refletem o princípio na época:

Montesquieu tomava um episódio da história do direito romano para assentar que "quando um povo é virtuoso, bastam poucas penas"; Beccaria advertia que "proibir uma enorme quantidade de ações indiferentes não é prevenir os crimes que delas possam resultar, mas criar outros novos"; e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão prescrevia que a lei não estabelecesse senão penas "estrita e evidentemente necessárias" (art. VIII) (BATISTA, 2011)

O princípio da intervenção mínima, assim como os demais princípios de direito penal, atua como limitador do poder de punir estatal. Diante da severidade da pena privativa de liberdade, o direito penal deve servir como *ultima ratio*, sendo necessário buscar outros meios de controle social antes de se recorrer a ele.

Em sua moderna configuração o princípio impõe duas características ao direito penal: a subsidiariedade e a fragmentariedade.

Partindo do juízo de Nilo Batista no sentido de que o direito penal tem caráter sancionador - e não constitutivo - o que se revela pelo caráter unitário do ordenamento jurídico e a possibilidade da incidência de sanções de outros ramos do direito para a proteção de bens jurídicos, fundamenta-se a imposição de uma subsidiariedade do direito penal (BATISTA, 2011). Valorando-se que este ramo do ordenamento é responsável pela sanção jurídica mais drástica, a restrição da liberdade, sua intervenção se justifica tão somente diante do fracasso das demais barreiras de proteção consagradas por outros ramos do direito.

A fragmentariedade, por sua vez, dentro do mesmo raciocínio, trabalha com a exigência de que a criação e aplicação de normas penais deve ser seletiva, buscando proteger tão somente os bens jurídicos mais relevantes, e de ofensas significativas. Lesões que atinjam bens jurídicos de menor importância ou que provoquem mínima ofensa a bens jurídicos relevantes não serão objeto do direito penal, sob pena de configuração de uma inflação abusiva do poder de punir.

A análise da subsidiariedade e da fragmentariedade permite concluir que as imposições que elas implicam não são destinadas apenas ao legislador, mas também ao juiz, como órgão de Estado, em sua atividade de interpretação e aplicação da lei (TAVARES, 2020).

3.2. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Corolário da intervenção mínima, o princípio da insignificância, cunhado inicialmente por Claus Roxin em 1964, denominado por Klaus Tiedemann de princípio da bagatela, implica numa análise de proporcionalidade entre a gravidade da conduta e o peso da intervenção estatal para se verificar a necessidade e consequente adequação da última (BITENCOURT, 2017).

Não obstante a falta de previsão legal expressa no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio é reconhecido amplamente pela doutrina e jurisprudência, com fundamento no art. 5º, §2º, da Constituição Federal⁴.

A harmonia doutrinária no reconhecimento do princípio não se repete quando se trata de sua posição dentro da estrutura do crime, existindo diferentes construções nesse tema, todas elas, todavia, conduzindo ao mesmo resultado.

3.2.1. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Francisco de Assis Toledo, presidente da comissão que elaborou a reforma da parte geral em 1984, destaca que o conceito substancial de crime enquanto fato humano que lesa ou expõe perigo bens jurídicos protegidos é insuficiente para a dogmática penal, que depende de uma definição mais analítica, que trabalhe com os elementos estruturais do crime (TOLEDO, 1994).

Sendo assim, um dos grandes desafios do direito penal é a construção de uma teoria do crime, tarefa realizada em diferentes configurações, caracterizadas por Roxin como:

Sistemas de elementos que desintegram a conduta delitiva em uma pluralidade de características concretas (objetivas, subjetivas, normativas, descritivas etc.), as quais são incluídas nos diferentes graus da estrutura do crime e depois reunidas, como um mosaico, para a formação do fato punível (apud TOLEDO, 1994).

A configuração adotada na parte geral do Código Penal brasileiro e pela maioria dos doutrinadores, como ensina seu idealizador, é aquela que considera três elementos fundamentais do crime: a ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade) (TOLEDO, 1994).

⁴ § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Aprofundando o significado do primeiro elemento, de ação típica, a ação (ou conduta) compreende o comportamento humano, comissivo ou omissivo, desenvolvido sob o domínio da vontade. Adotando a teoria finalista da ação, seguindo a lição de Welzel, o Código Penal brasileiro apenas se interessa com as condutas que tenham conteúdo finalístico, sendo o ânimo do agente ou o objetivo por ele perseguido parte inseparável da conduta, e, portanto, o dolo e a culpa figuram como parte da ação (TOLEDO, 1994).

Qualifica-se a ação como típica, atendendo-se ao primeiro elemento do crime, quando ela se encontra descrita abstratamente em norma penal incriminadora. Trata-se, portanto, de uma análise formal da tipicidade, da verificação se a conduta praticada pelo agente tem a roupagem formal de crime, previsão em lei como tal.

E é no primeiro elemento, na análise da ação típica, que a doutrina majoritária insere o princípio da insignificância dentro de uma avaliação material de tipicidade. Assim, é preciso valorar a lesão causada para se constatar se o comportamento, materialmente, configura um fato típico, isto é, se provocou lesão suficientemente relevante pra justificar uma sanção penal (BITENCOURT, 2017).

Considerando-se essa construção pode-se afirmar, em síntese, que a existência do fato típico, primeiro elemento da estrutura do crime, demanda: a) conduta humana, dolosa ou culposa, que provoca lesão ou perigo de lesão a bem jurídico; b) tipicidade formal; c) tipicidade material, tratando-se de relevância da lesão ou perigo de lesão que justifique a intervenção do Estado e o uso de seu poder de punir.

Constatando-se a insignificância da ofensa afasta-se, portanto, a tipicidade, sob seu aspecto material, por não haver lesão significativa ao bem jurídico tutelado.

Ao lado da estrutura apresentada, importantes estudiosos da dogmática penal deram ao princípio da insignificância posição sistemática distinta na construção de suas teorias do delito, merecendo destaque Juarez Tavares e Eugênio Raul Zaffaroni e Nilo Batista.

3.2.2 INSIGNIFICÂNCIA E CRIAÇÃO DO RISCO (JUAREZ TAVARES)

Juarez Tavares, ao tratar da tipicidade enquanto elemento essencial do crime, ensina que o processo de imputação do tipo ao sujeito envolve elementos objetivos e subjetivos, implicando a imputação objetiva na análise da causalidade e de uma imputação normativa.

Para o autor, a imputação normativa demanda, primeiramente, a avaliação da criação do risco. Não haveria, aqui, imputação quando a conduta modifica o curso causal resultando na diminuição do risco para o objeto de ação (como no exemplo do médico que prolonga a vida do paciente por alguns dias submetendo-o à uma operação dolorosa); ou quando o agente, embora tenha provocado o evento causalmente, não criou ou aumentou o risco de sua ocorrência (caso do indivíduo que manda outro buscar lenha na floresta durante uma tempestade, morrendo o último atingido por um raio) (TAVARES, 2020).

É justamente no âmbito da ausência de criação do risco que o autor situa a insignificância da lesão jurídica, destacando que nesse cenário:

A contribuição causal para o fato não é apreciada empiricamente, mas em conjugação com um juízo acerca da alteração sensível da realidade, traduzida como afetação do bem jurídico, portanto, também *ex post* (TAVARES, 2020).

Reconhecendo a falta de uma posição sistemática do princípio da insignificância na teoria do delito, Tavares propõe sua abordagem no âmbito da imputação objetiva, destacando a vinculação da ação típica a um objeto, que permite uma observação da realidade e a conclusão acerca da afetação do bem jurídico. Considerando que os elementos típicos são compreendidos não apenas pela sua descrição, mas pela valoração feita pela ordem jurídica, o autor entende que a lesão que, por ser de baixa expressividade, não cria um real risco de alteração do bem jurídico, não permite a conclusão de seu confronto com a norma proibitiva. Valendo-se do crime de furto para ilustrar sua construção, Tavares afirma que:

O desapossamento não é um acontecimento puramente empírico, mas também produto normativo da ordem jurídica. Todavia, se a coisa alheia é de reduzido valor,

já não é possível proceder a uma avaliação precisa da lesão do patrimônio, colocando-se em dúvida se, efetivamente, com tal conduta criou-se o risco de alteração do bem jurídico, de tal sorte que, com isso, possa-se caracterizar uma infração à norma proibitiva (TAVARES, 2020).

Em síntese, ao propor a análise da insignificância da lesão no âmbito da imputação objetiva, mais especificamente na verificação da criação do risco, Juarez Tavares também sugere como sua consequência o afastamento da tipicidade, destacando a regra do direito alemão, que flexibiliza a norma de obrigatoriedade da ação penal autorizando que os órgãos de persecução penal arquivem casos de pequena gravidade (TAVARES, 2020).

3.2.3 INSIGNIFICÂNCIA E TIPCIDADE CONGLOBANTE (EUGÊNIO RAUL ZAFFARONI)

A construção e análise da insignificância na obra de Zaffaroni se dá no âmbito de sua categoria de tipicidade conglobante. Para o autor, é indevida a limitação da tipicidade objetiva a uma verificação pragmática de adequação da conduta ao tipo penal, sendo necessária a apuração de uma conflitividade, indispensável para o exercício do poder punitivo (ZAFFARONI, 2010). Neste sentido:

A tipicidade conglobante cumpre sua função redutora constatando a existência de um conflito (*conflitividade*), o que implica uma lesividade objetivamente imputável a um agente (*dominabilidade*). Através da função conglobante do tipo objetivo se estabelece a própria existência do conflito, o que pressupõe comprovar tanto sua *lesividade* quanto seu *pertencimento* a um sujeito (ZAFFARONI, 2010).

No âmbito de análise da lesividade, função eminentemente normativa, o princípio da intervenção mínima (*ultima ratio*), bem como o da proporcionalidade demandam a verificação da gravidade do conflito. Exemplifica o autor que:

Não faz sentido considerar lesão corporal (art. 129 CP) a perfuração nas orelhas da criança para uso de brincos, entrever furto (art. 155 CP) na subtração de uma caixa de fósforos para acender cigarros, ou sequestro (art. 148 CP) no motorista rabugento que só freia o ônibus lotado no ponto subsequente, a duzentos metros do solicitado, lobrigar corrupção (art. 333 CP) no livro com que o advogado presenteia o juiz etc. (ZAFFARONI, 2010).

Nota-se que também Zaffaroni situa a insignificância como requisito de tipicidade, aqui conglobante, o que implica em efeitos semelhantes quanto aos reflexos na estrutura tripartida do crime.

3.2.4 REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

A ausência de norma legal regulamentando a aplicação do princípio fez com que o Supremo Tribunal Federal elencasse os pressupostos para caracterização do fato insignificante, a saber: a) a mínima ofensividade da conduta; b) a ausência de periculosidade da ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada⁵.

Nesses pressupostos, estão incluídos aspectos relativos à imputação objetiva (mínima ofensividade e inexpressividade da lesão jurídica), à culpabilidade (reduzido grau de reprovabilidade) e ao entorno social (nenhuma perigosidade social da conduta) (TAVARES, 2020).

A análise dos requisitos construídos pelo Supremo Tribunal Federal conduz a duas conclusões importantes.

Em primeiro lugar, não é possível delimitar a aplicação do princípio da insignificância a determinados delitos. Os pressupostos indicados podem ser aplicados nas mais diversas hipóteses, envolvendo os mais variados bens jurídicos, sendo incabível afastar, *a priori*, a incidência do princípio sob o argumento da importância do bem jurídico atingido sem intensidade.

Nesse sentido decidiu a Corte Constitucional Italiana, segundo a lição de Juarez Tavares:

Incorporando esse sentido a todas as normas criminalizadoras, como um cânone interpretativo unanimemente acolhido, a Corte Constitucional italiana decidiu que o

⁵ STF HC nº 84.412/SP, Relator Ministro Celso de Mello, in DJ 19/11/2004.

juiz deve, em qualquer caso, reconstruir hermeneuticamente os tipos penais para verificar se, efetivamente, houve ou não violação do bem jurídico (Sentença 172, 2014) (TAVARES, 2020)

A segunda conclusão importante é que, seja qual for a construção dogmática adotada - da tipicidade material enquanto elemento do fato típico, da análise da insignificância no âmbito da criação do risco ou da tipicidade conglobante - as condições pessoais do agente jamais poderão impedir o afastamento do crime pela insignificância da ofensa. Trata-se de uma análise que deve se limitar ao fato e sua intensidade no caso concreto em confronto com o bem jurídico tutelado pela norma, não interferindo nessa avaliação o fato do agente ser reincidente ou portador de maus antecedentes.

Não obstante a ausência de norma legal, a construção dogmática doutrinária, somada à indicação dos requisitos para a incidência da insignificância em decisão do Supremo Tribunal Federal, mostram que a aplicação do princípio, que implica num importante instrumento de redução do poder punitivo estatal, mais do que uma possibilidade representa um dever na construção e, sobretudo, na aplicação da norma penal. Trata-se, todavia, de um dever ainda não assimilado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

4. APONTAMENTOS QUANTITATIVOS SOBRE A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A amostra utilizada para a realização da pesquisa, apesar de pequena, traz dados quantitativos que permitem induzir uma tendência nas decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo quando envolvida a temática do princípio da insignificância.

Para garantir uma maior homogeneidade dos casos, foram avaliados apenas os acórdãos prolatados em sede de recurso acusatório (apelação ou recurso em sentido estrito) contra decisão judicial que, em primeira instância, reconheceu a incidência do princípio, resultando em rejeição da denúncia, absolvição sumária ou absolvição final. Dos vinte primeiros acórdãos que atenderam a esses requisitos foram extraídos alguns dados como a

infração penal envolvida, o provimento ou não do recurso e os fundamentos utilizados para a decisão.

Dos vinte acórdãos analisados, oito referiam-se a recurso de apelação contra decisão de absolvição sumária com base na aplicação do princípio da insignificância, sete decorreram de recurso em sentido estrito contra decisão de rejeição da denúncia por reconhecimento do princípio e cinco julgaram recurso de apelação contra sentença absolutória prolatada ao final do procedimento, também reconhecendo a atipicidade material da conduta.

Quanto ao delito envolvido nos feitos, dezoito das vinte decisões envolviam o crime de furto, uma o crime de receptação e uma o delito de supressão de tributos.

Sobre o desfecho do recurso, do grupo de vinte decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo, quatorze, ou 70%, deram provimento ao recurso ministerial, afastando o reconhecimento da insignificância e determinando o prosseguimento do feito (nos casos de absolvição sumária), o recebimento da denúncia ou a condenação do acusado. As outras seis decisões negaram provimento ao recurso da acusação e consideraram adequada a decisão de primeira instância que reconheceu a aplicação do princípio, todas elas em processos que julgavam a prática do crime de furto.

4.1. ARGUMENTOS UTILIZADOS PARA AFASTAR A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O argumento mais frequente utilizado para afastar a aplicação do princípio em primeira instância foi o relativo às condições subjetivas do acusado, que era reincidente ou apresentava maus antecedentes, estando presente em dez das quatorze decisões, o que representa aproximadamente 71% das decisões.

Os pressupostos estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal são encontrados em sete das quatorze decisões (50%) - direta ou indiretamente -, mas em nenhuma houve um real confronto desses requisitos com o caso concreto.

Em seis das quatorze decisões (43%) a fundamentação do acórdão que deu provimento ao recurso sustentou que o valor da coisa não era irrisório.

A ausência de previsão legal foi usada na motivação de quatro decisões (29%), sendo que uma delas ressaltou que o princípio não foi recepcionado pelo lei penal brasileira e que sua aplicação implicaria em violação do princípio da legalidade⁶.

O argumento de que a aplicação do princípio da insignificância poderia fomentar a prática de outras infrações, dando uma impressão de um Poder Judiciário leniente com o delito foi utilizado expressamente em três decisões (21%).

Outras duas decisões referentes a recursos contra decisão de rejeição da denúncia mencionaram que nessa fase aplica-se o princípio *in dubio pro societate*.

Por fim, uma das decisões utilizou como fundamento a qualificadora do furto e outra o fato da vítima ser empresa pública (em caso de receptação de bilhete de transporte público fraudulento).

4.2. ARGUMENTOS UTILIZADOS PARA AFASTAR A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Nos seis acórdãos que negaram provimento ao recurso ministerial, mantendo a decisão de primeira instância que reconheceu a aplicação da insignificância, o argumento do valor efetivamente irrisório foi encontrado em metade delas. Destaca-se que em quatro desses processos o valor da coisa subtraída foi inferior a 80 reais, sendo um dos processos referentes ao furto de sachês de uma penitenciária, avaliados em seis reais⁷.

Os princípios constitucionais foram utilizados em quatro dessas decisões, seja para mencionar que o princípio da intervenção mínima está implícito na Constituição Federal, ou para destacar a incidência dos princípios da ofensividade ou da proporcionalidade.

⁶ Processo nº 0030861-13.2017.8.26.0506

⁷ Processo nº 0000795-88.2016.8.26.0634

Finalmente, um dos acórdãos mencionou que a doutrina é quase unânime no reconhecimento do princípio da insignificância e outro ressaltou a possibilidade dogmática de se afastar concretamente a criminalização formal de condutas.

4.3. CONSIDERAÇÕES SOBRE OS RESULTADOS OBTIDOS

Os dados extraídos das decisões mencionadas revelam a postura do Tribunal de Justiça de São Paulo frente à intervenção mínima do direito penal.

Trata-se de postura conservadora e legalista, o que se revela pela menção à falta de previsão legal do princípio, com a referência expressa em um dos acórdãos da não recepção da insignificância, cuja aplicação ofenderia a legalidade.

Mesmo as decisões que reconhecem a existência da tipicidade material oferecem outros obstáculos à sua aplicação como fundamento de decisão absolutória, mencionando, mas não enfrentando, uma suposta ausência dos requisitos tratados pelo Supremo Tribunal Federal. São escassos os casos de reconhecimento do princípio e, na maioria destes, trata-se de delitos patrimoniais envolvendo valores irrisórios.

Chama atenção o "refúgio" nos argumentos relacionados às condições subjetivas do acusado, repudiados pela dogmática penal, como visto, bem como em decisão do Supremo Tribunal Federal⁸, além do receio da aplicação do princípio servir como incentivo à prática de infrações menores.

Para compreender essa postura de resistência na aplicação do princípio e de visão da necessidade de uma incidência mais frequente do direito penal é importante analisar a evolução das políticas criminais das últimas décadas.

5. MOVIMENTO LEI E ORDEM

A diminuição da incidência do direito penal defendida pelos ideais iluministas foi questionada em diferentes ocasiões, desde o século XIX até por parte de legisladores

⁸ STF HC nº 176.563/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, d.j. 15/10/2019.

contemporâneos, que voltaram a defender o poder de punir como principal instrumento de controle social (BITENCOURT, 2017).

Um dos momentos mais emblemáticos da história recente de reação do punitivismo se iniciou no fim do século XX, com a difusão de um movimento conservador oriundo da Inglaterra e dos EUA que seria conhecido como "Movimento lei e ordem".

Encabeçado pelos governos conservadores de Margareth Thatcher, na Inglaterra, e de Ronald Reagan, nos EUA, representando ideias moralistas que encontraram eco na sociedade desses países, o movimento lei e ordem demandava um endurecimento na repressão, sintetizado por algumas medidas bem resumidas por Shecaira:

Recomendar penas mais longas e duras, quando não a própria pena capital. Defendem, ainda, menor poder discricionário a ser atribuído ao juízo, impedindo, especialmente em sede de execução, a flexibilização do cumprimento da pena privativa de liberdade. De outra parte, asseveram que os crimes graves estão a merecer, desde logo, uma resposta enfática da sociedade, daí por que preconizam a ampliação das medidas cautelares detentivas. Ademais, defendem um extremo rigor nos regimes de cumprimento de pena, descartando a ideia central do pensamento penal tradicional que via na recuperação do condenado uma de suas principais finalidades (SHECAIRA, 2014).

O argumento sedutor de punição de infratores em nome da moral transformou o discurso de lei e ordem num fenômeno mundial, produzindo reflexos inclusive no Brasil, a exemplo da edição da Lei de Crimes Hediondos em 1990, que resultou no endurecimento das penas de prisão a crimes considerados pelo legislador como de maior gravidade.

E nesse período de domínio do pensamento repressivo no âmbito do poder de punir, surge uma também influente política criminal num programa conhecido como "tolerância zero", criado a partir da publicação de um artigo que discutiu um experimento de psicologia social denominado hipótese das janelas quebradas.

5.1. A HIPÓTESE DAS JANELAS QUEBRADAS

Em 1982, James Q. Wilson e George Kelling publicaram numa revista (não científica) denominada "The Atlantic", um artigo intitulado "Broken Windows: the Police and neighborhood safety" (Janelas quebradas: a Polícia e segurança da vizinhança).

No artigo, seus autores avaliaram intervenções realizadas na cidade de Newark em meados dos anos 1970, num programa denominado "Safe and clean neighborhoods program" visando a melhoria da qualidade de vida da população. Parte dessas intervenções envolvia o aumento da patrulha policial a pé, o que, segundo Wilson e Kelling, embora não tenha conduzido a uma diminuição na incidência do crime, melhorou a sensação de segurança da população, a percepção do crime, com uma redução na ação de personagens que causavam desconforto na sociedade local, como alcoólatras e viciados em drogas (WILSON E KELLING, 1982).

No artigo os autores mencionaram um estudo feito por um psicólogo, professor da Universidade de Stanford, chamado Philip Zimbardo, que no fim da década de 1970 realizou experimentos de psicologia social visando testar a chamada "Teoria das janelas quebradas". A hipótese era que no ambiente comunitário a desordem e o crime tinham uma íntima relação, sugerindo uma espécie de evolução da primeira para o segundo. Assim, num ambiente de desordem, há uma percepção pela comunidade de descaso que conduziria a infrações mais graves (WILSON E KELLING, 1982).

Visando confirmar a hipótese, Zimbardo realizou um experimento deixando um veículo com o capô levantado no Bronx, região pobre de Nova Iorque, EUA, e outro nas mesmas condições em Palo Alto, rica comunidade californiana. Relatou o pesquisador que no Bronx o veículo foi "atacado" em dez minutos e, no prazo de 24 horas, tudo aquilo que tinha valor fora levado do automóvel. Já em Palo Alto o veículo manteve-se intocado por uma semana. Zimbardo, então, interveio e destruiu algumas partes do carro com um martelo. Logo alguns indivíduos se uniram e em algumas horas o veículo havia sido destruído (WILSON E KELLING, 1982).

A hipótese das janelas quebradas parte da ideia de que a desorganização social pode influenciar na existência de crimes. Trata-se de construção referenciada na categoria de anomia encontrada na obra de Durkheim. O sociólogo propõe que o fenômeno criminal decorria de mudanças sociais que levavam a um prejuízo nos vínculos sociais e conduziam a um estado de anomia, no qual a ausência de controle social conduziria ao desvio (DURKHEIM, 1999).

A mesma premissa já havia sido adotada pela Escola de Chicago, escola sociológica do início do século XX que estudou a cidade de Chicago para demonstrar como a organização, ou falta dela, num nível comunitário, acabava influenciando no aumento da criminalidade (PARK, BURGESS e MCKENZIE, 1992).

Nota-se que essas manifestações anteriores já conduziam à uma ideia de responsabilização coletiva pela manutenção da organização social e, conseqüentemente, da ordem, o que foi resgatado pelo movimento de lei e ordem.

5.2. POLÍTICA CRIMINAL DE TOLERÂNCIA ZERO

A publicação do artigo ocorreu num momento peculiar da história dos EUA. Após anos de elevado crescimento social, as crises de 1973 e 1979 no setor petrolífero levaram a um questionamento do Estado de bem-estar social e mudaram a realidade do país.

Sucessivas recessões, conflitos sindicais e instabilidade política provocaram conseqüências sociais marcantes em grandes cidades americanas. Os índices de criminalidade passam a crescer e o velho sistema construído nos anos anteriores não dá mais conta do enfrentamento do problema criminal. Nasce, assim, uma demanda de endurecimento da guerra contra o crime (SHECAIRA, 2014).

Nesse ambiente, nos anos 1980, o endurecimento na repressão à prática de crimes dividiu espaço com a crise econômica pela qual passava o país, maior responsável pelo avanço da criminalidade. Esse ciclo permaneceu até o início da década seguinte.

No início da década seguinte, em 1993, na cidade de Nova Iorque, foi eleito o então candidato republicano Rudolph Giuliani, com a promessa de endurecimento no combate ao

crime, demanda bastante popular. Giuliani convoca, então, William Bratton, que, atuando como chefe do Departamento de Trânsito de Nova Iorque e defensor da hipótese das janelas quebradas, foi responsável por uma bem sucedida política de diminuição de desvios nos metrô da cidade por meio da intensificação da presença policial no local, dando a ele o cargo de comissário de polícia de Nova Iorque (SHECAIRA, 2014).

Bratton, então, ampliou o uso de suas políticas para toda a cidade, descentralizando o policiamento e responsabilizando os chefes de polícia locais pela meta de queda da criminalidade. Introduzindo um sistema computadorizado de mapeamento de atos criminosos, Bratton se valeu de dados estatísticos para premiar ou cobrar a atuação dos policiais, administrando a polícia como se tratasse de uma empresa privada (SHECAIRA, 2014).

Essa política ficou conhecida como "tolerância zero", sendo a polícia orientada por Bratton a reprimir todo tipo de desordem, ainda que não configurasse crime.

As pequenas infrações do cotidiano passaram a ser coibidas. Lavadores de parabrisas foram perseguidos. Grafiteiros foram presos. Mendigos e sem tetos foram reprimidos. Alguns foram removidos das pontes, onde haviam fixado moradia, sendo mandados compulsoriamente para abrigos da prefeitura (SHECAIRA, 2014)

Apesar de episódios de brutalidade policial e das acusações de racismo e preconceito que pesavam sobre a polícia (SHECAIRA, 2014), a diminuição da criminalidade e o "controle dos indesejáveis" agradou a população local, em especial as classes média e alta, resultados que foram bastante explorados por Giuliani, que os relacionava com sua política de tolerância zero.

Essa relação de causalidade, todavia, é objeto de consistentes questionamentos, sendo importante verificar algumas das determinações que efetivamente contribuíram para os resultados.

5.3. OS ÍNDICES CRIMINAIS DOS EUA NA DÉCADA DE 1990

Jock Young, criminólogo britânico, fez uma análise histórica dos índices criminais dos EUA e do mundo. Suas descobertas foram bastante importantes e revelam o verdadeiro papel da política de tolerância zero para a redução da criminalidade.

O autor começa suas considerações lembrando do uso da redução da criminalidade como "slogan" de políticas criminais repressoras:

Entre 1993 e 1995, a taxa de criminalidade em 12 de 17 países industriais avançados caiu (Home Office [Ministério do Interior], 1996) e mais uma vez várias agências de controle da criminalidade começaram a reivindicá-la para si. Em nenhum lugar tanto quanto na cidade de Nova Iorque, onde a taxa de criminalidade desabou em 36% em três anos (1993-96) e há quem fale de "milagre". Com efeito, "líderes e consultores policiais viajam o país pregando a nova ciência da redução da criminalidade e aspirando seus próprios milagres" (Lardner, 1997, p. 54), enquanto o comissário Bratton, que presidiu a grande mudança, anunciava que o "crime [tinha sido] derrotado em Nova Iorque: podem pôr a culpa na polícia", George Kelling embarcava numa turnê mundial para falar sobre a filosofia de "janelas quebradas", que supostamente explica o milagre (Kelling e Coles, 1997), e, por um curto espaço de tempo, o Departamento de Polícia de Nova Iorque (NYPD) tornou-se o mais visitado e pesquisado do mundo (YOUNG, 2002).

Ao investigar as causas da acentuada queda da criminalidade, contudo, Young percebeu a existência de importantes determinações, ocultadas pelos defensores da política de tolerância zero, que contribuíram para a redução da criminalidade.

Um primeiro fator importante é que a criminalidade caiu em 17 das 25 grandes metrópoles dos EUA, muitas das quais mantinham um policiamento menos agressivo do que o encontrado em Nova Iorque, e mesmo em locais que encontraram uma redução no policiamento. Ademais, apurou que as taxas de criminalidade em Nova Iorque começaram a cair antes mesmo da adoção da política criminal de Bratton, acompanhando um movimento observado em cidades industrializadas de todo o mundo (YOUNG, 2002).

A globalidade dessa redução revela-se por meio de outras variáveis, como a recuperação econômica pela qual o mundo, e em especial os EUA, passou nos anos 1990, o que refletiu no aumento do emprego e renda da população.

Nesse mesmo sentido, Young salienta que as taxas de criminalidade tem relação com as condições materiais da sociedade, sendo o sistema de justiça criminal, sejam quais forem as diretrizes que o orientam, capaz apenas de impactar marginalmente nas taxas de criminalidade (YOUNG, 2002).

E ao lado da demonstração da falaciosa assunção dos méritos pela redução da criminalidade por parte dos adeptos da política criminal de tolerância zero, merecem destaque os reflexos negativos da repressão que ela implica.

O primeiro ponto negativo está na própria mensagem de que a simples adoção de uma política criminal repressora é a resposta para o problema criminal. Esta hipótese, chamada por Jock Young de "falácia cosmética", oculta as reais e complexas causas da criminalidade.

A falácia cosmética concebe a criminalidade como um problema superficial da sociedade, tópico, que pode ser tratado com aplicação do unguento apropriado, e não como uma doença crônica da sociedade como um todo. Esta atitude engendra uma criminologia cosmética, que vê a criminalidade como uma mancha passível de ser removida do corpo com o tratamento adequado, pois, sem ela, esse corpo é saudável e tem pouca necessidade de reconstrução. Esta criminologia se distancia das instituições nucleares e profere soluções técnicas, segmentárias. Por isto, ela inverte a causalidade: a criminalidade causa problemas para a sociedade, em vez de a sociedade causar o problema da criminalidade (YOUNG, 2002).

Outro reflexo negativo relevante está na confusão cada vez maior entre o crime e a desordem, tudo em nome de um projeto de controle dos indesejáveis que interessa as classes média e alta.

O crime e a desordem são conceitos amplos e distintos, estando o primeiro relacionado à tutela dos bens jurídicos relevantes contra lesões significativas e o segundo muito mais subjetivo e relacionado à percepção de uma determinada comunidade. Ao relacionar essas categorias genéricas, a hipótese das janelas quebradas demanda uma atuação repressiva contra qualquer ato considerado desordeiro, carregando, com isso, os preconceitos dessa percepção por parte da classe dominante que fatalmente representa.

A aplicação dessa espécie de política criminal, muito mais eficiente para a diminuição do medo ou da percepção do crime do que da criminalidade propriamente dita, acaba atingindo duramente as classes mais baixas da sociedade, em especial aqueles historicamente vistos como "desordeiros" pela classe dominante, objeto constante de repressão policial violenta.

O desenvolvimento de sociedades pluralistas envolve conflitos disseminados entre grupos em torno do que é comportamento ordeiro e desordeiro. A necessidade de tolerância entre os grupos se torna uma questão fundamental, enquanto os limites de tolerância passam a ser cada vez mais disputados. A ordem de um é desordem para outro, o comportamento "normal" de um grupo cria condições intoleráveis para outros (YOUNG, 2002).

A proposta de combate à desordem legitimada como instrumento de combate ao crime viola flagrantemente o pluralismo político, garantindo às forças repressoras o poder de combater o "diferente" daquilo que é aceito pela classe dominante como meio de prevenir o delito.

Por fim, há que se destacar os efeitos do aumento do encarceramento provocado pela aplicação de uma política criminal repressora que, pela complexidade e amplitude do tema, serão abordados no próximo tópico.

6. TEORIA DO ETIQUETAMENTO E CRIMINOLOGIA CRÍTICA

6.1. DA TEORIA DO ETIQUETAMENTO

Os pontos negativos decorrentes do encarceramento foram objeto de estudo de teoria criminológica ainda na década de 1960. A teoria do etiquetamento (*labeling approach*), responsável por uma ruptura paradigmática no estudo do fenômeno criminal, deixou o conceito ontológico de criminoso, que até então predominava entre os criminólogos, vendo o aquele não como um indivíduo essencialmente "defeituoso", mas como um indivíduo que foi, de maneira bem sucedida, rotulado como tal.

Nesse ambiente, a teoria do etiquetamento volta sua atenção aos processos de criminalização, tanto o primário, consistente no processo legislativo de seleção de condutas que serão consideradas criminosas, quanto o secundário, correspondente às condutas daqueles que, efetivamente, serão objeto do aparato repressivo estatal.

A conclusão dos teóricos do etiquetamento é que não existem atos delitivos em si mesmo, mas atos assim definidos pela comunidade ou pelo aparelho estatal. Sendo assim, o critério utilizado para transformar um ato em delitivo não são suas características intrínsecas, mas sua rotulação como tal. Por esse motivo a teoria do etiquetamento trabalha com a ideia de desvio, como a falha do indivíduo de obedecer as regras do grupo dominante dentro de uma determinada sociedade (BECKER, 2008).

Embora muitos indivíduos possam incorrer em desvios, naquilo que o etiquetamento chama de "desviação primária", nem todos serão objeto dos mecanismos repressivos do Estado (criminalização secundária), sendo essa seleção feita com base em determinações históricas de dominação, atingindo de maneira muito mais aguda determinados grupos.

Ao ser capturado pelo aparato repressivo o indivíduo receberá o rótulo de desviante, decorrente da reação social e institucional a seu comportamento. Passando pelas chamadas "cerimônias degradantes", momentos em que é submetido à ação repressiva e marcante da polícia e do Poder Judiciário, o indivíduo é também levado a uma penitenciária, identificada como "instituição total" por impor a ele uma identidade e uma rotina. A sujeição a essa realidade opressora implica numa busca de aproximação dos iguais, ou seja, outros desviantes, o que resulta no aprendizado de habilidades e comportamentos, e um consequente "mergulho no papel de desviante", representando a antessala de uma carreira criminal. Com efeito, ao sair da instituição total o desviante encontra na sociedade os efeitos decorrentes de sua rotulação (dificuldade de acessar empregos, abandono por parte de amigos ou familiares) e, identificado ele próprio com esse papel, tende a praticar novos desvios (SHECAIRA, 2014).

As conclusões dos teóricos do etiquetamento, portanto, são no sentido de que o aparato repressor estatal, criado supostamente para desestimular o comportamento desviante, acaba provocando-o na forma de uma desviação secundária, ao proporcionar a construção de uma carreira criminal decorrente justamente dos efeitos da reação social ao desvio.

6.2. A CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Apesar do papel fundamental de ruptura promovido pelo "labeling approach", a teoria apresentou significativas deficiências, seja na negligência da investigação acerca das causas da seleção no âmbito criminalização primária e secundária, a falta de um elemento histórico-social nas determinações dessa criminalização, como também no apontamento de um caminho mais detalhado alternativo àquele que foi seu objeto de estudo.

O suprimento dessas carências surgiria num estudo que promoveu a revisão das mais diversas escolas criminológicas, inclusive do "labeling approach", realizada por Taylor, Walton e Young na obra "The new criminology". Valendo-se do método marxista, os autores procuraram explicar os processos de criminalização com base na realidade material, observando o modo de produção em que esses processos ocorrem. Isso resultou na explicação do fenômeno que o "labeling approach" até então apenas descrevia.

A obra "The new criminology" figurou como marco inicial de um novo momento, da criminologia crítica, que, partindo da ruptura metodológica da teoria do etiquetamento e trabalhando também com o processo de criminalização (deixando de lado a etiologia do crime ou do criminoso), valeu-se do materialismo histórico dialético para a compreensão deste fenômeno (SHECAIRA, 2014).

A partir da compreensão dos processos de criminalização dentro de uma realidade de luta de classes, como instrumento de dominação, somado aos males resultantes do sistema de justiça criminal vigente, em outros termos, partindo da injustiça de sua concepção e de

sua ineficácia, a criminologia crítica deslegitimou esse sistema e produziu diferentes caminhos para o enfrentamento do fenômeno criminal.

Esses caminhos costumam ser divididos em dois grupos: os que propõe o minimalismo penal e os que indicam o abolicionismo penal. Nesse momento vale atentar para o esclarecimento de Vera Regina Pereira de Andrade:

O objeto da abolição ou minimização (como também de estudo) não é o Direito Penal (que é a programação normativa e tecnológica do exercício de poder dos juristas), mas o sistema penal em que se institucionaliza o poder punitivo do Estado e sua complexa fenomenologia a que os abolicionistas chamam de “organização cultural do sistema de justiça criminal” e que inclui tanto a engenharia quanto a cultura punitiva, tanto a máquina quanto sua interação com a sociedade, de modo que se o sistema é, formal e instrumentalmente, o “outro”, informal, difusa e perifericamente somos todos Nós (que o reproduzimos, simbolicamente).

Por sistema penal entende-se, portanto, neste contexto, a totalidade das instituições que operacionalizam o controle penal (Parlamento, Polícia, Ministério Público, Justiça, Prisão) a totalidade das Leis, teorias e categorias cognitivas (direitos+ ciências e políticas criminais) que programam e legitimam, ideologicamente, a sua atuação e seus vínculos com a mecânica de controle social global (mídia, escola, universidade), na construção e reprodução da cultura e do senso comum punitivo que se enraíza, muito fortalecidamente, dentro de cada um de nós, na forma de microssistemas penais (ANDRADE, 2006).

Passa-se a uma análise mais detida de algumas propostas dentro de cada um dos grupos.

6.2.1. MINIMALISMO PENAL

Alessandro Baratta propôs um conjunto de princípios de um direito penal mínimo, visando articular uma política criminal que pudesse ser implementada a curto e médio prazo. Trata-se de proposta que parte da pena enquanto violência institucional e da ineficiência e seletividade do sistema de justiça criminal, elencando o autor dois grupos de princípios: os intrassistemáticos, que atuam como limitações ao poder de punir estatal; e os

extrassistêmicos, utilizados para a delimitação do objeto de atuação do direito penal (BARATTA, 2003).

O primeiro grupo, dos princípios intrassistêmicos, são divididos em três subgrupos: de limitação formal, de limitação funcional e de limitação pessoal

Entre os princípios de limitação formal estão aqueles já conhecidos das constituições garantistas e desde a obra de Cesare Beccaria, "Dos delitos e das penas", a exemplo da reserva legal, taxatividade e irretroatividade.

Os princípios de limitação funcional, por sua vez, desempenham importante função para a racionalidade do direito penal e a superação de seus principais problemas. Entre eles destacam-se: a) o princípio da proporcionalidade abstrata, que determina que somente graves violações aos direitos humanos podem ser objeto de sanções penais; b) o princípio da idoneidade, que demanda um estudo pelo legislador dos efeitos que se cabe esperar da pena como condição para sua criação e aplicação; c) o princípio da subsidiariedade, que admite o uso do direito penal tão somente quando outros instrumentos de controle não são aptos a tutelar os direitos humanos envolvidos no conflito; d) o princípio da proporcionalidade concreta que, considerando o custo social da pena, demanda uma análise dos seus efeitos concretos sobre a realidade particular do acusado como requisito para sua aplicação; e) o princípio do respeito pelas autonomias culturais, que rompe com um direito penal colonialista e exige a avaliação do contexto sociocultural em que ocorreu o comportamento para que possa qualificá-lo como desviante; f) o princípio do primado da vítima, que pretende uma reavaliação desta, com a possibilidade de substituição de um direito punitivo por um direito restitutivo.

Completando os princípios intrassistêmicos estão os de limitação pessoal, relacionados à culpabilidade do autor.

No grupo dos princípios extrassistêmicos há uma divisão em dois subgrupos: princípios de descriminalização e princípios metodológicos de solução alternativa dos conflitos.

Quanto aos princípios de descriminalização, Baratta observa que os princípios limitadores também acabam exercendo esse papel, mas esclarece que nesta categoria estão orientações aplicáveis numa perspectiva externa ao sistema penal vigente.

Estão elencados nesse grupo: a) o princípio da não intervenção útil, que em respeito à pluralidade demanda o reconhecimento da diferença e o repúdio ao seu tratamento como desvio a ser controlado quando isso não implica em ofensa a direitos humanos; b) o princípio da privatização dos conflitos, que mais uma vez busca revalorar a figura da vítima e a possibilidade de composição; c) o princípio da politização dos conflitos, que pretende retirar da esfera penal e atribuir a esfera política a solução de conflitos de maior envergadura, como problemas de segurança do trabalho; d) o princípio da preservação das garantias formais, que demanda, em caso de deslocamento da solução do conflito para outras áreas de controle social, o respeito ao mesmo regime de garantias do sistema penal.

Por fim, encontra-se o grupo de princípios metodológicos de solução alternativa de conflitos, que postulam uma "imaginação sociológica e política" que possa superar o engessamento penal vigente, encontrando uma visão inovadora dos conflitos e problemas sociais. Entre eles Baratta destaca o princípio da articulação autônoma dos conflitos e das necessidades reais, que pretende a superação da política de controle social baseada numa definição de desvios feita unilateralmente por uma classe hegemônica, buscando a democratização na tarefa de definição desses desvios e da necessidade de intervenção quando de sua ocorrência.

6.2.2. ABOLICIONISMO PENAL

De início, importante esclarecer que muitos criminólogos, entre os quais se inclui o próprio Alessandro Baratta, enxergam o minimalismo como etapa de passagem rumo à abolição do sistema penal.

De tudo que se disse até agora parece claro que a linha fundamental de uma política criminal alternativa é dirigida para a perspectiva da máxima contração e, no limite,

REVISTA DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO-RECONTO

DISPONÍVEL EM: [HTTPS://REVISTARECONTO.COM.BR/INDEX.PHP/RECONTO/INDEX](https://revistareconto.com.br/index.php/reconto/index)

ISSN 2595-9840 – VOL.4, N.1, 2021

da superação do sistema penal que veio se configurando, *pari passu* com o desenvolvimento da sociedade capitalista, como um sistema cada vez mais capilar e totalizador de controle do desvio, através de instrumentos administrados por uma autoridade superior e distante das classes sobre as quais, sobretudo, este aparato repressivo exerce a própria ação (BARATTA, 2011).

Acerca do que "substituiria" o sistema penal vigente alerta, todavia, o autor que:

Nós sabemos que substituir o direito penal por qualquer coisa melhor somente poderá acontecer quando substituirmos a nossa sociedade por uma sociedade melhor, mas não devemos perder de vista que uma política criminal alternativa e a luta ideológica e cultural que a acompanha devem desenvolver-se com vistas à transição para uma sociedade que não tenha necessidade do direito penal burguês, e devem realizar, no entanto, na fase de transição, todas as conquistas possíveis para a reapropriação, por parte da sociedade, de um poder alienado, para o desenvolvimento de formas alternativas de autogestão da sociedade, também no campo do controle do desvio (BARATTA, 2011).

Defensora de uma perspectiva abolicionista e também atenta às provocações sobre o que substituirá as cadeias e prisões, Angela Davis observa que:

Para reiterar, em vez de tentar imaginar uma única alternativa ao sistema de encarceramento existente, temos que imaginar uma série de outras que exigirão transformações radicais em muitos aspectos de nossa sociedade. Alternativas que não combatam o racismo, a dominação masculina, a homofobia, o preconceito de classe e outras estruturas de dominação não levarão, em última análise, ao desencarceramento e não promoverão o objetivo da abolição (DAVIS, 2018).

Davis parte da constatação de que o sistema penal vigente não funciona e expõe como políticas públicas seriam muito mais eficientes para a tutela de direitos humanos, sendo merecedoras dos altos recursos atualmente destinados ao aparato estatal de repressão.

7. O DESENCONTRO ENTRE O TRIBUNAL PAULISTA E A CRIMINOLOGIA MODERNA

Voltando à realidade brasileira, embora não se tenha observado a aplicação de uma política criminal com as mesmas denominações daquelas encontradas nos EUA, é certo que

essa influência produziu efeitos concretos no país, tanto no campo legislativo, com a já referida lei de crimes hediondos, a implementação do regime disciplinar diferenciado e mesmo o recente pacote anticrime, quanto na atuação dos aparelhos de repressão.

Poder-se-ia contestar a afirmação sob argumento de que uma série de instrumentos despenalizantes foram introduzidos no ordenamento jurídico pátrio, a exemplo das penas alternativas e dos instrumentos da Lei 9.099/95, como a possibilidade de transação penal ou suspensão condicional do processo, ou mesmo o recente acordo de não persecução penal. Nesse ponto, contudo, valiosa a observação de Juarez Cirino:

A aparência liberalizante da estratégia de desinstitucionalização esconde (e não por acaso) uma política de *reforço* da prisão, legitimada como *último recurso*, necessária para os “casos mais duros” e na qual podem ser convertidas todas as medidas alternativas, cuja eficácia pressupõe a possibilidade e a legitimidade de sua conversibilidade em prisão. O controle se diversifica e se amplia, em uma gradação da forma menos rigorosa para a mais rigorosa, compondo o “arquipélago carcerário” de Foucault, com mais pessoas controladas. Conseqüentemente, questões políticas como o “recorte jurídico” dos tipos criminais, ou distorções classistas do sistema penal, que incrimina, seletiva e desnecessariamente, indivíduos marginalizados, são deslocadas ou obscurecidas pela aparência “liberal” das novas formas de controle (Mathews, 1979, P. 112-13) (SANTOS, 20).

Confirmando essa tendência repressora, as decisões do Tribunal de Justiça mencionadas nesse estudo revelam um pensamento voltado, majoritariamente, às diretrizes de uma política criminal de ampliação da incidência do direito penal, à semelhança do movimento lei e ordem.

De fato, as constantes decisões negando a aplicação do princípio da insignificância fundamentadas nos antecedentes do acusado, contrariamente ao que defende a doutrina, revelam o acerto dos teóricos do etiquetamento ao tratar da rotulação dos desviantes e seus efeitos nefastos. Ademais, o uso do fundamento da necessidade de repressão para não gerar na sociedade um suposto sentimento de impunidade, que levaria a um incentivo para a prática criminosa, poderia ser retirado de qualquer cartilha que prega a política de tolerância zero.

Essa tendência, todavia, ignora as determinações que verdadeiramente implicam num aumento do delito e provoca as consequências negativas do uso exacerbado da repressão estatal, alertada por Jock Young e pelos teóricos do "labeling approach".

Isso se revela, por um lado, pelos altos índices de reincidência encontrados no país (CNJ, 2019) e, por outro, no aumento da repressão contra atos de desordem, o que deu ao aparato policial o poder de intervir contra a população periférica em nome de uma diminuição da percepção do crime pelas classes média e alta, sem que sequer precisassem estar legitimados pela existência de uma conduta prevista em lei como crime.

O divórcio entre a política criminal brasileira, referendada pelo Poder Judiciário paulista, e os estudos mais recentes da criminologia provocam um cenário já há muito denunciado por estes. A ampliação da atuação policial sobre atos não criminosos, praticados por uma população vulnerável, criou um ambiente de guerra em que o diferente é visto como inimigo, violentando a realidade plural do país.

Mesmo no campo dogmático a resistência na aplicação do princípio encontra contradições, usando muitas vezes o princípio da legalidade, conquista relacionada a um sistema de garantias, para ampliar a repressão estatal e privar direitos individuais.

Ademais, a recusa em racionalizar e reduzir a atuação do direito penal, ao lado de implicar num abarrotamento do Poder Judiciário com processos que sequer deveriam ter iniciado, leva também a uma superpopulação carcerária e transforma o sistema penitenciário num enorme centro de treinamento para as carreiras criminais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como a maioria dos estudos que analisam a realidade criminal brasileira, este não chega à sua conclusão com um tom otimista, mas com o alerta pela urgente necessidade de mudança na forma como o Tribunal de Justiça de São Paulo - dentro da delimitação do objeto de pesquisa aqui proposto - trata o problema criminal.

Valendo-se de um pensamento superado e elitista, o Tribunal paulista parece não enxergar a realidade que o cerca, imaginando que com o uso da repressão possa transformar a Praça da Sé e o centro de São Paulo num ambiente semelhante ao das mais célebres capitais europeias. Talvez se frequentassem as imediações de seu local de trabalho, observassem e conhecessem as pessoas que ali se encontram, perceberiam que muitos daquilo que enxergam como "desordeiro" é o que aqueles cidadãos têm como necessário ou simplesmente diferente do padrão seguido pelas classes dominantes.

Mas ainda que uma "pesquisa de campo" seja algo muito distante, certamente uma superação da tradição e um aprofundamento da dogmática mais moderna e dos recentes estudos criminológicos também possa servir para transformar o Tribunal de Justiça paulista num órgão mais humano e eficiente. Algumas decisões, ainda que minoritárias, mostram que essa essência já existe em alguns gabinetes, sendo necessária sua propagação por todo o Palácio da Justiça.

REFERÊNCIAS

ALÉCIO, S. M. dos S.; MOTTA, I. D. da. DIREITOS DA PERSONALIDADE DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA E POLÍTICAS PÚBLICAS: MAPEAMENTO DOS PERÍODICOS CIENTÍFICOS JURÍDICOS BRASILEIROS QUALIFICADOS. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 152-172, 2023.

AUAD, O. J.; CATALANI, O. H. B.; LIMA, R. C. de. OS PRECEDENTES "DESVIO DE FINALIDADE" E "CONFUSÃO PATRIMONIAL" NA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: : VISÃO SISTÊMICO-CONSTITUCIONAL DA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA . **Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro**, [S. l.], v. 4, n. 2, p. 41-60, 2023.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

_____. **Princípios do direito penal mínimo para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal**. Doctrina penal. Teoria e prática em las ciências penais. Ano 10, n. 87, 1987, p. 623-650.

BATISTA, N.; ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A.; SLOKAR A. **Direito penal brasileiro**. vol. I. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. **Direito penal brasileiro**. vol. II. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAVALCANTE BUHATEM FERNANDES, J. V.; BRUZACA, R. D. O INSTITUTO JURÍDICO DA POSSE E A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL CONFERIDA AOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS URBANOS COLETIVOS NA COMARCA DE SÃO JOSÉ DE RIBAMAR/MA. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, [S. l.], v. 11, n. 1, 2023.

CNJ (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA). **Reentradas e reinterações infracionais: um olhar sobre os sistemas socioeducativo e prisional brasileiros**. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2019.

CORRÊA PAVESI LARA, F.; SILVA AMARO, M. A MULTIPARENTALIDADE E SEUS REFLEXOS NO INSTITUTO DOS ALIMENTOS. **Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro**, [S. l.], v. 4, n. 2, p. 61–88, 2023.

COUTINHO BECKER, E. M. .; GOMES RODRIGUES FERMENTÃO, C. A. A ADI 4275 DO STF ACENDEU UM FAROL NA PENUMBRA DA DOR DO CONSTRANGIMENTO PELO PRECONCEITO E INTOLERÂNCIA, PARA BRILHAR O DIREITO À DIGNIDADE HUMANA E DA PERSONALIDADE DOS TRANSEXUAIS. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 41–69, 2023.

DA SILVA GREGÓRIO, D. C.; VALENTE GIUBLIN TEIXEIRA, R. O RECONHECIMENTO DOS NOVOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A EFETIVIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA NA PÓS-MODERNIDADE. **Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro**, [S. l.], v. 4, n. 2, p. 111–133, 2023.

DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** Rio de Janeiro: Difel, 2018.

DE OLIVEIRA CAVALCANTI NETO, G.; FREIRE PIMENTEL, A. MECANISMOS DEMOCRÁTICO-PARTICIPATIVOS NO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: : REFLEXÕES PARA O DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO. **Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro**, [S. l.], v. 4, n. 2, p. 89–110, 2023.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão social do trabalho**. São Paulo: Martins Fontes, 1999

FERREIRA BRITO, V. H.; FACHIN, Z. A. PRIVACIDADE E SEGREDO DIANTE DAS NOVAS TECNOLOGIAS MÉDICAS CONSENTIMENTO INFORMADO E A PROTEÇÃO DA

PERSONALIDADE HUMANA. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 173–192, 2023.

FRIEDRICH, D. B.; LEITE, L. M. F.; GRAEFF, G. de S. AÇÕES AFIRMATIVAS DE GÊNERO NA ESFERA POLÍTICA: : UM BREVE RESGATE NA HISTÓRIA RECENTE DO BRASIL. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 215–238, 2023.

KELLING, George L. e WILSON, James Q. **Broken Windows Theory: The police and neighborhood safety.** **The Atlantic.** Disponível em: <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/304465/>. Acesso em 10 de março de 2021.

MARINELLI, B.; TAMAOKI, F. O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL. **Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro**, [S. l.], v. 4, n. 2, p. 154–174, 2023.

MOREIRA, M. C.; SIQUEIRA, D. P. O DECLÍNIO ÉTICO NA PÓS-MODERNIDADE: : ANÁLISE DO DISCURSO DE ÓDIO ONLINE SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 104–127, 2023.

NUNES, L. I.; BREGA FILHO, V. LIMITES AO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: : EMBASAMENTO CIENTÍFICO COMO CRITÉRIO DE INTERPRETAÇÃO NO ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA DA COVID-19. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 1–22, 2023.

PARK, Robert E., BURGESS, Ernest W. e MCKENZIE, Roderick D. **The City.** The University of Chicago Press, 1992.

RODRIGUES DE ALMEIDA, F.; LISANDRO DE OLIVEIRA, E. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO: : ANÁLISE DO HC598886/SC NOS ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ ENTRE JANEIRO DE 2022 A JULHO DE 2022. **Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro**, [S. l.], v. 4, n. 2, p. 1–40, 2023.

SALES, I. C.; LEHFELD, L. de S.; SILVA, J. B. POLÍTICA PÚBLICA AMBIENTAL E A NECESSIDADE DO MONITORAMENTO: : UMA ANÁLISE A PARTIR DO PROGRAMA MUNICÍPIO VERDEAZUL. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 23–40, 2023.

SANTOS, C. L. dos; SCHMIDT, J. P. JUVENTUDES, ELEIÇÕES E PARTIDOS POLÍTICOS: : SUB-REPRESENTAÇÃO DE JOVENS NAS ELEIÇÕES DE 2010, 2014 E 2018. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 128–151, 2023.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. Florianópolis, Tirant lo Blanche, 2018.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TAMAOKI, F.; ARAÚJO LIBER, G. H. OS PRINCÍPIOS CONSAGRADOS NO CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR. **Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro**, [S. l.], v. 4, n. 2, p. 134–153, 2023.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. São Paulo: Tirant Lo Blanche, 2015.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

TORRES TEIXEIRA, S.; GONDIM CHAVES REGIS, L. A MITIGAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA DECISÃO MONOCRÁTICA DO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA AP 969/DF À LUZ DA TEORIA GERAL DO PROCESSO PENAL. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 193–214, 2023.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ANEXO I

Acórdão	Tipo penal	Recurso	Resultado
0036929- 59.2015.8.26.0114	Furto	Apelação	Provimento
0001487- 50.2017.8.26.0635	Furto	Apelação	Provimento
0090193- 18.2017.8.26.0050	Furto	Apelação	Não provimento
0109083- 05.2017.8.26.0050	Furto	Apelação	Provimento
1505256- 64.2018.8.26.0050	Furto	Recurso em Sentido Estrito	Provimento
0008283- 14.2017.8.26.0229	Furto	Apelação	Não provimento
0014824- 47.2010.8.26.0152	Furto	Apelação	Não provimento
0063991- 38.2016.8.26.0050	Supressão tributária	Recurso em Sentido Estrito	Provimento
0085917- 41.2017.8.26.0050	Furto	Apelação	Não provimento
0030861- 13.2017.8.26.0506	Furto	Apelação	Provimento
1510538- 63.2020.8.26.0228	Furto	Recurso em Sentido Estrito	Não provimento

1501792- 03.2020.8.26.0037	Furto	Recurso em Sentido Estrito	Provimento
1509257- 72.2020.8.26.0228	Furto	Recurso em Sentido Estrito	Provimento
0006595- 26.2018.8.26.0635	Furto	Apelação	Provimento
1519049- 84.2019.8.26.0228	Furto	Apelação	Provimento
1530698- 46.2019.8.26.0228	Furto	Recurso em Sentido Estrito	Provimento
0000250- 04.2018.8.26.0616	Receptação	Apelação	Provimento
1505599- 40.2020.8.26.0228	Furto	Recurso em Sentido Estrito	Provimento
0000795- 88.2016.8.26.0634	Furto	Apelação	Não provimento
0001764- 02.2017.8.26.0042	Furto	Apelação	Provimento