



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UniCEUB FACULDADE
DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - FAJS

AMANDA MENEZES XAVIER DE OLIVEIRA

A TENDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NA APLICAÇÃO
DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES DE
BAGATELA AO AGENTE REINCIDENTE OU EM CASOS DE
REITERAÇÃO DELITIVA

Brasília
2015

AMANDA MENEZES XAVIER DE OLIVEIRA

**A TENDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NA APLICAÇÃO
DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES DE
BAGATELA AO AGENTE REINCIDENTE OU EM CASOS DE
REITERAÇÃO DELITIVA**

Monografia apresentada como requisito para a aprovação na disciplina Monografia III do curso Bacharel em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Marcus Vinícius Reis Bastos

Brasília
2015

AMANDA MENEZES XAVIER DE OLIVEIRA

**A TENDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NA APLICAÇÃO
DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES DE
BAGATELA AO AGENTE REINCIDENTE OU EM CASOS DE
REITERAÇÃO DELITIVA**

Monografia apresentada como requisito para a aprovação na disciplina Monografia III do curso Bacharel em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Marcus Vinícius Reis Bastos

Brasília, 28 de setembro de 2015.

Banca Examinadora:

Marcus Vinícius Reis Bastos
Orientador

Humberto Fernandes
Examinador

José Carlos Veloso
Examinador

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo analisar a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância ao agente reincidente, especialmente sobre o ponto de vista do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Serão mencionados princípios e correntes doutrinárias ligados à insignificância penal, partindo de uma investigação da aplicação do Direito Penal. Em seguida, será apresentado o princípio de insignificância e seus pormenores, detalhando os pressupostos e vetores de interpretação para sua aplicação. Por fim, reporta-se ao conceito de reincidência, elucidando sobre sua justificativa como agravante e efeitos no ordenamento jurídico brasileiro. Com a finalidade de averiguar se a reincidência merece incidir como óbice à aplicação do princípio da insignificância, uma pesquisa perante os Tribunais Superiores será objeto do presente trabalho, alicerçada em uma verificação de como esses tribunais vêm aplicando o princípio da insignificância no caso concreto, a partir de precedentes em que ambos (STJ e STF) discutiam as circunstâncias idênticas, mas tiveram posicionamentos contrários.

Palavras chave: Princípio da insignificância. Atipicidade. Reincidência.

Sumário

INTRODUÇÃO	6
1 APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL	8
1.1 DIREITO PENAL MÍNIMO - CARÁTER FRAGMENTÁRIO E SUBSIDIÁRIO	9
1.2 GARANTISMO PENAL	13
1.3 DIREITO PENAL SIMBÓLICO: FUNDAMENTOS E CONSEQUÊNCIAS DECORRENTES DA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL.....	18
1.4 A VOCAÇÃO DO DIREITO PENAL	22
2 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	24
2.1 PRESSUPOSTOS	25
2.1.1 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E O DIREITO PENAL MÍNIMO- RELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE E DA FRAGMENTARIEDADE	25
2.1.2 CONCEPÇÃO MATERIAL DA ILICITUDE	29
2.1.3 DESVALOR DA CONDUTA/ RESULTADO	31
2.2 VETORES DE INTERPRETAÇÃO	33
2.2.1 MÍNIMA OFENSIVIDADE DA CONDUTA DO AGENTE	35
2.2.2 AUSÊNCIA DE PERICULOSIDADE SOCIAL DA AÇÃO	36
2.2.3 REDUZIDÍSSIMO GRAU DE REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO	37
2.2.4 INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO JURÍDICA PROVOCADA	39
2.3 JUÍZO QUANTO À ATIPICIDADE	39
3 REINCIDÊNCIA E INSIGNIFICÂNCIA PENAL	42
3.1 REINCIDÊNCIA - CONCEITO	42
3.2 JUSTIFICATIVA DA REINCIDÊNCIA COMO AGRAVANTE	44
3.3 BREVE ANÁLISE DA RELAÇÃO ENTRE REINCIDÊNCIA E INSIGNIFICÂNCIA PENAL	49
3.4 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO AGENTE REINCIDENTE NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ E STF	52
CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS	70

Introdução

A presente monografia visa analisar o entendimento dos Tribunais Superiores acerca possibilidade ou não de se reconhecer e aplicar o Princípio da Insignificância em casos de crime praticado por agente reincidente.

O tema foi escolhido em razão da discussão que se apresenta no cenário jurisprudencial e doutrinário sobre aplicação do princípio em casos de reiteração delitiva. Não há previsão legal para o Princípio da Insignificância, o que torna relevante o estudo em torno da sua aplicação, posto que não há sequer entendimento firmado entre os Tribunais Superiores sobre o assunto, que ora entendem pela incidência do princípio, ora não, mesmo diante de casos concretos idênticos. Dessarte, o tema mostra sua relevância para mundo jurídico acadêmico, devendo por isso ser estudado com maior profundidade.

Originário de uma construção utilitarista, o Princípio da Insignificância pode ser observado nas estruturas mais modernas do Direito Penal. A evolução doutrinária do conceito de crime, de um aspecto formal a outro material, conduz à incidência da pena pela ofensa concreta a um bem jurídico a depender do grau de lesividade da conduta.

Assim, o princípio passa prosperar diante de uma especial maneira de se exigir a composição do tipo penal, que necessariamente precisa ser preenchido, por elementos objetivos que levem à percepção da utilidade e da justiça de imposição da pena criminal ao agente. Ausentes esses elementos, não faria sentido a incidência de uma sanção corporal.

Os Tribunais, apesar de passarem a admitir com mais frequência pedidos de reconhecimento do princípio bagatelar, constantemente alteram sua jurisprudência. Observa-se então uma oscilação nos critérios de reconhecimento do princípio. Inicialmente, os critérios objetivos eram a referência para o reconhecimento; posteriormente, passa-se a avaliar a subjetividade do agente (se é reincidente ou não, ou se possui ou não bons antecedentes), para o reconhecimento, no caso concreto, sendo que, a parir de uma análise jurisprudencial tanto do STJ como do STF, não há um consenso

se os critérios subjetivos deveriam ou não influenciar a decisão, sobrepondo-se aos critérios objetivos definidos pela Suprema Corte.

Com a finalidade de alcançar uma melhor compreensão sobre o tema, o trabalho será dividido em três capítulos. O primeiro capítulo tratará dos institutos ligados à aplicação do Direito Penal, como: a) direito penal mínimo e seu caráter fragmentário e subsidiário; c) Direito Penal Simbólico e seus fundamentos e consequências decorrentes da expansão do direito penal; d) e por fim, a vocação do Direito Penal.

Em seguida, o segundo capítulo permeará o desenvolvimento conceitual e evolução histórica dos princípios, com foco no princípio da insignificância e seu reconhecimento, desenvolvimento e reflexos no ordenamento jurídico penal brasileiro.

Por fim, o terceiro capítulo terá por enfoque a pesquisa do instituto da reincidência, sua efetiva importância, e se deveria ser ou não determinante para o reconhecimento do princípio bagatelar, com foco em julgados mais recentes do STJ e do STF, trazendo o que a doutrina e a jurisprudência entende nos dias atuais sobre a possibilidade de aplicação o princípio da insignificância à conduta de um agente reincidente.

1. *Aplicação do Direito Penal*

A convivência em sociedade pressupõe a imposição de um instrumento normativo disciplinador, capaz de estabelecer regras indispensáveis ao convívio entre os indivíduos. E esse conjunto de regras determina as consequências e sanções àqueles que violarem seus preceitos:¹

A expressão *Direito Penal* surge então para designar o sistema de interpretação da legislação penal através de um conjunto de conhecimentos e princípios ordenados metodicamente, possibilitando o esclarecimento do conteúdo normativo e dos institutos em que se agrupam e objetivando sua aplicação aos casos concretos, a partir de critérios rigorosos de justiça.²

O sistema jurídico-penal do Estado é sem dúvida o mais rígido instrumento de controle social devido o seu caráter impositivo das mais graves sanções jurídicas: as penas e as medidas de segurança. O delito supostamente constituiria, então, a forma mais grave de transgressão das normas. Incriminam-se comportamentos com vistas a proteger bens e interesses considerados de grande valor para a sociedade, culminando na imposição de sanção e de sua efetiva execução a fim de evitar que esses comportamentos se realizem. Definir quais bens jurídicos merecem proteção, a ponto de culminarem em imposição da pena, ou seja, os critérios para criminalizar condutas, é uma questão fundamental em se tratando de um Estado Democrático de Direito. Ideal seria a proteção, pela seara penal, unicamente dos bens de maior valor e significado social.

O princípio da reserva legal impõe limites ao arbítrio do julgador. Apesar disso, o respeito à prévia legalidade dos delitos e das penas não impede que o Estado, como afirma Maurício Lopes, crie "*tipos penais iníquos e comine*

¹ FABRINI, Mirabete. *Manual de Direito Penal- Parte Geral*. 27ª Ed. São Paulo: Atlas-AS, 2011, v. 1, p.1.

² ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Manual de Derecho Penal: Parte Geral*. Apud Mirabete, p.1.

*sanções cruéis e degradantes. Por isso, impõe-se a necessidade de limitar, ou, se possível, eliminar o arbítrio do legislador”.*³

Porém, uma análise aprofundada dos limites materiais do poder punitivo do Estado permite observar a importância de se respeitar os princípios norteadores do direito, que frequentemente não estão elencados de forma explícita na lei, mas que são fontes essenciais para a garantia da segurança jurídica quando falamos em direitos e liberdades fundamentais. Princípios como a proporcionalidade, intervenção mínima, subsidiariedade e fragmentariedade estão constantemente em conflito com o Direito Penal protetivo exclusivamente de bens jurídicos, em um sistema garantista

1.1. Direito penal mínimo: caráter fragmentário e subsidiário

Uma preocupação constante dos estudiosos e aplicadores do direito penal e processual penal é o caráter amplamente intervencionista do Estado. E essa preocupação vai além de questões de legitimidade e fundamentação, mas reside também nos limites que o poder punitivo estatal deve respeitar.

É importante entender que os limites da potestade estatal não está inserido apenas em um contexto formal, mas também em um contexto material, de política criminal. E esse contexto material encontra respaldo em princípios que contribuem para que o direito penal cumpra a sua principal função, sendo esta a de proteção da sociedade.

Visando um reducionismo da incidência da persecução e sanção penal em se tratando da solução de conflitos na seara criminal, o princípio da intervenção mínima remete a proteção de determinados bens jurídicos a outras esferas do direito. Ou seja, apenas quando os demais ramos do direito não forem suficientes, haveria então a interferência do direito penal.

³ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da Insignificância no Direito Penal: análise à luz da lei 9.099/95- Juizados Especiais Criminais e a jurisprudência atual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 92

É um princípio “*orientador e limitador do poder criativo do crime*”⁴ que, embora não expressamente explícito em nossa Constituição Federal, pode ser deduzido de outras normas expressas.

No contexto de proteção aos bens jurídicos, o princípio da fragmentariedade e subsidiariedade, manifestações da intervenção mínima, surgem para limitar a esfera de atuação do Direito Penal, pois este não pode se ocupar de todas as condutas e fatos que venham porventura acarretar danos incalculáveis e irreparáveis aos bens jurídicos e à sociedade, devendo ser então a última alternativa do Estado.

Nesse sentido, cumpre trazer à baila lições de Cezar Roberto Bitencourt:

“O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanções ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. Se para o restabelecimento da ordem jurídica forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o direito penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.”⁵

Claus Roxin também salienta a subsidiariedade do direito penal. Vejamos:

“A proteção de bens jurídicos não se realiza são mediante o Direito Penal, senão que nessa missão cooperam todo o instrumental do ordenamento jurídico. O Direito Penal é, inclusive, a última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, quer dizer que somente se pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema – como a ação civil, os regulamentos de polícia, as sanções não penais, etc. Por isso se denomina a pena como a

⁴ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2003, p. 39.

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015, p. 32.

‘ultima ratio da política social’ e se define sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos.”⁶

O princípio da fragmentariedade, por sua vez, também uma das características do princípio da intervenção mínima, assevera que direito penal não poderia então se encarregar da proteção de todos os bens jurídicos, nem proibir todas as condutas que os afetem, ao passo que somente devem ser criminalizadas as condutas mais graves e intoleráveis pela sociedade, e que agridam os bens jurídicos mais importantes.⁷

Segundo Paulo de Souza Queiroz, o caráter fragmentário dessa proteção ocorre, pois o direito penal não se concentra sobre o todo, mas sobre fragmentos da realidade de que cuida, ou seja, unicamente sobre interesses jurídicos relevantes e cuja proteção penal seria absolutamente indispensável.⁸

A fragmentariedade por si só explica a intervenção subsidiária e mínima do sistema penal, demonstrando que a intervenção estatal deve transferir a proteção dos bens jurídicos a outros campos do Direito, só sendo aplicável a partir do momento em que a conduta atingir valores fundamentais para a convivência social.

Imperioso observar que essa característica não implica na ausência da tutela de certos bens e valores e na busca de determinados fins, mas vem delinear o limite necessário a uma eventual exacerbação dessa tutela, de modo a gerar efeitos nefastos à liberdade individual.⁹

Com fulcro no exposto, permitir a aplicação da reprimenda penal a uma lesão decorrente de eventual conduta imputada a determinado indivíduo, conduta esta que não afronte gravemente a ordem jurídica, ainda mais quando não há prova da vontade livre e consciente de praticar a conduta penal, bem

⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal – parte general*. apud GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 16ª Ed. São Paulo: Impetus, 2014, v. 1, pg. 48.

⁷ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Op. cit.*, p. 93

⁸ QUEIROZ, Paulo. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte: 2ª Ed, Del Rey, 2002, p.119.

⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal- Parte Geral*, - 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.1, p. 21.

como o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado naturalístico, fere a lógica da proporcionalidade e da razoabilidade.

Não se está aqui defendendo a *abolitio criminis*, porém, existindo outros meios aptos a reparar a lesão provocada, tal como a aplicação de embargos, multas, apreensão de bens/animais, interdição da área e outras, o direito penal deve ser relegado a um segundo plano, isto em homenagem ao princípio da fragmentariedade do *jus puniendi*.

Princípios são definidos a partir do momento em que são capazes de irradiar comandos operadores, projetando sua importância sobre os indivíduos, através de seu caráter transcendental, superior e, muitas vezes, vinculante. No intuito de assegurar as garantias penais e processuais, cabe lembrar a necessidade de observar a efetiva aplicação de todos os postulados aqui elencados, de forma a se alcançar um sistema garantidor das liberdades individuais, pois de nada vale a consagração meramente teórica de princípios sem que estes sejam resguardados no momento processual.¹⁰

Nesse sentido, insta salientar que, nos tempos de hoje, em matéria de políticas criminais e criminológicas, a mínima intervenção estatal é objetivo primordial, através da busca por uma maior racionalidade dos aparatos estatais utilizados, além de uma análise profunda do contexto social no controle da conduta desviante. É necessário um rígido controle no emprego das penas, especialmente as restritivas de liberdade, pois estas podem acarretar um efeito devastador para o indivíduo.¹¹

Não podemos esquecer que o Direito Penal é a *ultima ratio*, ou seja, deve ser o último ramo do direito na busca de uma solução, configurando-se, assim, a sua subsidiariedade, sendo seu objetivo primordial a proteção dos valores éticos de uma sociedade e, conseqüentemente, a função preventiva.

¹⁰ ROBERTI, Maura. *A intervenção mínima como princípio no direito penal brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2001. p. 57.

¹¹ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 36.

1.2. O Garantismo Penal

Visando controlar a aplicação do direito penal, partindo do pressuposto de um direito penal mínimo, fragmentário e subsidiário, a partir de uma visão da criminologia crítica, teremos o garantismo penal.¹²

Trata-se de um sistema de limites e de vínculos primordiais impostos por normas de grau superior, aos poderes públicos das mais diversas esferas, com relação às normas produzidas ou reproduzidas pelo próprio exercício desses poderes. Possui um caráter formal e contingencial, e vem se expandindo substancialmente, podendo ainda expandir-se na medida em que for necessário, como no caso dos direitos fundamentais.¹³

Com a finalidade de garantir a realização dessa pretensão por parte do Estado, as constituições dos Estados Democráticos de Direito apresentam instrumentos jurídicos expressos em obrigações, vínculos e limites impostos ao poder estatal, na tentativa de maximizar a realização dos direitos e minimizar ameaças. Dessa forma, conclui-se que o garantismo é intrínseco a um modelo jurídico destinado a limitar e evitar a arbitrariedade estatal, sendo este o Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, o garantismo se desenvolveu primordialmente como garantismo penal, representando a base da filosofia liberal, pois retira do saber jurídico a necessidade de conter a violência exercida pelo *jus puniendi*, já que o poder do Estado é o que mais ameaça e restringe a liberdade do indivíduo.¹⁴

Nesse sentido, em matéria de direito penal, o garantismo pressupõe a integração entre direito penal, processo penal e direito constitucional, associado a todos esses aspectos o conceito de Estado Democrático de Direito, sendo o texto constitucional o freio ao mister legislativo, evitando o descomedimento da

¹² TIVERON, Raquel. *Justiça Restaurativa*. Brasília: Thesaurus, 2014, p. 262.

¹³ FERRAJOLI. *Garantismo- Uma discussão sobre direito e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.27.

¹⁴ STRIP, Álvaro. *Garantismo*. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br>> Acesso em 03 de março de 2015.

potestade estatal e fazendo com que o direito penal assumira a função de refrear a violência institucional .¹⁵

O garantismo, em sua forma liberal ou subjetiva, cuida essencialmente da matéria penal e processual penal, definindo técnicas aptas à defesa dos direitos de liberdade, primordialmente, a liberdade individual, e também contra ingerências abusivas da polícia e do judiciário, mediante sua austera resignação aos mandamentos legais. Podemos dizer então que garantismo e direito penal mínimo trilham o mesmo caminho na busca de um modelo teórico e normativo de direito penal com a habilidade de obstar a violenta intervenção punitiva, respeitando as balizas desenhadas para a tutela dos direitos individuais.

Especificamente no que concerne à conduta delitiva, estes limites nada mais são do que garantias penais substanciais, apresentando seus contornos desde os princípios da estrita legalidade e da taxatividade, até os da ofensividade, materialidade e culpabilidade. Assim, enquanto as garantias penais são reducionistas e buscam a minimização das condutas tipificadas, ou seja, a contração do que o poder legislativo tem a prerrogativa de punir, as garantias processuais objetivam a mínima atuação do poder judiciário.

É notório, então, que as garantias penais, sendo estas a estrita legalidade, a taxatividade, a materialidade, o princípio da *ultima ratio*, etc, atingem a estrutura legal do delito e tendem ainda, a trazer à mingua a esfera de atuação do Poder Legislativo na esfera dos delitos.

Resta claro, então, que o garantismo e a filosofia de direito penal mínimo, por possuírem fortes laços, representam a justificação racional do direito penal, já que este não será, assim, um mero aparato de legitimação ou justificação, mas também de deslegitimação ou crítica das instituições e práticas jurídicas vigentes.¹⁶

O intervencionismo mínimo deve predominar no Direito Penal, razão da importância de se destacar a teoria do garantismo penal, esboçada por LUIGI

¹⁵ TIVERON, Raquel. *Justiça Restaurativa*. Brasília: Thesaurus, 2014, p. 263.

¹⁶ STRIP, Álvaro. *Garantismo*. <<http://escola.mpu.mp.br> > Acesso em 03 de março de 2015.

FERRAJOLI, em sua obra *Direito e Razão*, na qual o termo está diretamente interligado com um dos fundamentos básicos do Direito Penal brasileiro, sendo este o princípio da legalidade.

A supremacia do interesse público, tão difundida em nosso ordenamento pátrio, passaria a se aproximar cada vez mais dos interesses individuais, deslegitimando eventuais abusos e evitando a banalização da resposta estatal em face daquele que apresente uma conduta desviante.¹⁷

Nas palavras de Beccaria, “[...] quanto mais se estender a esfera dos crimes, tanto mais se fará que sejam cometidos, porque se verão os delitos multiplicar-se a medida que os motivos de delitos especificados pelas leis forem mais numerosos, sobretudo se a maioria dessas leis não passarem de privilégios [...]”.¹⁸

Dessa forma, o direito penal se justifica somente a partir do momento em que, além de prevenir a conduta desviante, consegue também reduzir a violenta reação aos crimes, passando a ser um método de defesa e de garantia inclusive para a minoria desviada, não só para a maioria “certa”.¹⁹

Nesse contexto, cabe destacar a importância do princípio da ofensividade, que por si só, já delinea a exigência de delimitação do Direito Penal nos níveis legislativos e jurisdicional.²⁰

O princípio da ofensividade ou da lesividade, como também é conhecido, expõe o pressuposto do *nullum crime sine injuria*, ou seja, nenhum delito deve existir sem que ocorra a ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma penal, destacando-se precisamente pela importância da necessidade da pena, que deve então ser direcionada para a prevenção de novos crimes.

Nas lições de Francesco Palazzo:

“Em nível legislativo, o princípio da lesividade (ou ofensividade), enquanto dotado de natureza constitucional, deve impedir o

¹⁷ TIVERON, 2014, p.264, *apud* PALADINO, 2010 p. 415.

¹⁸ TIVERON, 2014, p. 253 *apud* BECCARIA, 1764, p. 191-192.

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Garantias e direito penal*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais: RBEC, Belo Horizonte, v. 7, n. 26, maio/ago. 2013, p. 488.

²⁰ MASON, Kleber. *Direito Penal- Parte Geral*, 3ª Ed. São Paulo: Método, 2010, v.1, p. 39.

legislador de configurar tipos penais que já hajam sido construídos, in abstracto, como fatores indiferentes e preexistentes à norma. Do ponto de vista, pois do valor e dos interesses sociais, já foram consagrados como inofensivos. Em nível jurisdicional-aplicativo, a integral atuação do princípio da lesividade deve comportar, para o juiz, o dever de excluir a subsistências do crime quando o fato, no mais, em tudo se apresenta na conformidade do tipo, mas ainda assim, concretamente é inofensivo ao bem jurídico específico tutelado pela norma”.²¹

De acordo com Nilo Batista²², o princípio da ofensividade possuiria quatro funções básicas, sendo elas: a) vedar a incriminação uma atitude interna; b) proibir a incriminação de uma conduta que não extrapole o âmbito do agente; c) não incriminação de estados ou condições meramente existenciais; d) vedara incriminação de condutas desviantes que não afetem bem jurídico algum.²³

Interessa aqui principalmente a quarta função, que concede ao Direito Penal um limite imprescindível ao *jus puniendi* estatal. Assim, para vigorar como um instrumento de proteção daqueles bens jurídicos fundamentais, a intervenção nas relações sociais através do Direito Penal deve incidir apenas quando a conduta desviante aflija esse mesmo bem de forma absolutamente intolerável. Nesse momento cabe expor a definição de crime, conforme entendimento da ampla corrente doutrinária.²⁴

A composição do crime se dá através de um fato típico, antijurídico e culpável, sendo o fato típico integrado por uma conduta (dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva), por um resultado, pelo nexos causal entre a conduta e o resultado e pela tipicidade penal (formal e conglobante). A tipicidade, como afirma Rogério Greco²⁵, é formada pela tipicidade formal ou legal, que se dá pela subsunção do fato à norma, e pela tipicidade conglobante, composta pela

²¹ MASON, 2010, p.39 *apud* PALAZZO, 1989, p. 80.

²² GRECO, 2009, p. 53 *apud* BATISTA, 2011, p. 90.

²³ Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. INAIS - IBCCRIM. *Sobre a relevância do princípio da ofensividade para o Direito Penal moderno*. Tribuna Virtual – Ano 01, Ed. nº 04, Maio de 2013.

²⁴ Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. INAIS - IBCCRIM. *Sobre a relevância do princípio da ofensividade para o Direito Penal moderno*. Tribuna Virtual, Ano 01. Ed. nº 04, Maio de 2013.

²⁵ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. Niterói: Impetus, 2009. v.1, p. 65-66 e 161-162.

antinormatividade e pela tipicidade material. Observa-se então que para que uma conduta se caracterize como fato típico, além da subsunção do fato à norma, é necessário constatar também se a referida conduta fere a norma penal, se enquadrando então no critério da antinormatividade, da efetiva ofensividade e capacidade de causar uma lesão relevante ao bem tutelado pelo Direito Penal, de modo a caracterizar a tipicidade material. Caso não se verifique as referidas adequações, conclui-se então que:

“[...] se não há tipicidade material, não há tipicidade conglobante; por conseguinte, se não há tipicidade penal, não haverá fato típico; e, como consequência lógica, se não há fato típico, não haverá crime”.²⁶

Isto posto, depreende-se que a ofensividade, ou lesividade, desempenha um papel de princípio garantista que merece interpretação conjunta com demais princípios de igual importância já trazidos aqui, tais como o da intervenção mínima, da subsidiariedade e da fragmentariedade, tendo como alicerce o excelso princípio da dignidade humana, e contribuindo através de imposições de limites à potestade estatal.

1.3. Direito Penal Simbólico: fundamentos e consequências decorrentes da expansão do direito penal

O mundo contemporâneo vivencia um momento de expansão no direito penal, que passa a comportar manifestações razoáveis e de ordem legítima, além de algumas outras irrazoáveis. O conceito de expansão do direito penal evoluiu, e desenvolve um dos fenômenos mais fortes e visíveis nas legislações penais do mundo ocidental, e que virá a ser a tendência mais evidente nas sociedades contemporâneas, sendo este o da hipertrofia ou inflação de normas penais que invadem campos de vida social anteriormente não regulados por sanções na esfera penal. As instâncias de poder político passam a utilizar o

²⁶ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. Niterói: Impetus, 2009. v.1, p. 66.

remédio penal como a solução (aparentemente ideal) para quase todos os tipos de problemas ou conflitos de ordem social.²⁷

Essa expansão ocorre tanto em um plano quantitativo como em um plano qualitativo, sendo que o primeiro refere-se ao alargamento das áreas passíveis de punição, desenvolvendo e ampliando o escopo de atuação do Direito Penal, ou seja, surgem novos tipos penais e mais bens jurídicos passam a ser protegidos; já o segundo plano, sendo este o qualitativo, verifica-se com o surgimento de novas técnicas de punibilidade e de novos modelos de políticas criminais, o que leva à redução e à flexibilização dos direitos e garantias fundamentais em matéria de direito penal.

É cediço que a mídia é atualmente, e já há algum tempo, é ativa na contribuição dessa expansão, sendo uma das grandes propagadoras e divulgadoras do recrudescimento das leis em matéria criminal, incentivando inclusive o chamado movimento de “Lei e Ordem”. Os Profissionais desse setor, muitas vezes não habilitados para tanto, passaram a criticar as leis penais de tal forma, fazendo inclusive com que a sociedade acredite que, mediante penas mais duras, a criação de novos tipos penais incriminadores e o afastamento de determinadas garantias processuais, livrariam a sociedade daquela parcela de indivíduos não considerados adaptados, ou seja, os agentes das condutas desviantes.²⁸

O movimento de expansão do Direito Penal é favorecido, ainda, pela necessidade de afirmação e perpetuação do legislador no poder. Isso ocorre, pois, a população, estimulada e assolada pelo sentimento de insegurança, se deixa levar por discursos aparentemente de fácil e rápida solução (porém incriminadores) para o combate ao crime.²⁹

Nas palavras de André Luís Callegari, “*A politização do Direito Penal por meio da utilização política da noção de segurança, resulta de um*

²⁷ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito Penal do Inimigo - a Terceira Velocidade do Direito Penal*, 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 18-20.

²⁸ GRECO, Rogério. *Direito penal do inimigo* <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1029>> Acesso em 21 de março de 2015.

²⁹ ANDRADE, André Lozano. *Os problemas do direito penal simbólico em face dos princípios da intervenção mínima e da lesividade*. Revista liberdades nº 17, Setembro/2014. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM.

*empobrecimento ou simplificação do discurso político-criminal, que passa a ser orientado tão somente por campanhas eleitorais que oscilam ao sabor das demandas conjunturais midiáticas e populistas, em detrimento de programas efetivamente emancipatórios”.*³⁰

Observa-se, então, a frequência cada vez maior de edição de leis penais que não têm em seu objetivo primordial cumprir a verdadeira função do Direito Penal, ou seja, não protegem os bens jurídicos indispensáveis. O que buscam nossos legisladores é a edição de normas imediatistas e que, devido à falta de técnica na forma de elaboração, em nada protegem a sociedade.

Ademais, há hoje a tendência a um movimento no qual o Direito Penal visa à prevenção de futuros delitos, através do “[...] incremento dos comportamentos elevados à categoria delitiva por meio da antecipação da intervenção punitiva ao estágio prévio de efetiva lesão dos bens jurídicos”. São as vertentes do Direito Penal Máximo, que tem como um de seus membros mais agressivos o Direito Penal do Inimigo³¹, surgindo como uma agressão aos princípios do direito penal mínimo e da lesividade, na medida em punem condutas de maneira indiscriminada, antecipando-as e criminalizando-se sem que sequer tenham ocorrido ainda, condutas essas que não geram perigo algum.³²

Passamos então a cultivar um ambiente propício para o desenvolvimento de um Direito Penal simbólico através de uma sociedade amedrontada, acuada pela insegurança, pela criminalidade e pela violência urbana.³³

Em verdade, o direito penal simbólico acaba gerando uma sensação ilusória de segurança. Porém, o que há de fato é maior insegurança, pois o sistema penal, destinado a coibir condutas que poderiam ser evitadas através

³⁰ CALLEGARI; WERMUTH, 2010, p. 22. *apud* ANDRADE. *Os problemas do direito penal simbólico em face dos princípios da intervenção mínima e da lesividade* - Revista liberdades nº 17, Setembro/2014. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM.

³¹ GRECO, Rogério. *Direito penal do inimigo* <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1029>> Acesso em 21 de março de 2015.

³² ANDRADE, André Lozano. *Os problemas do direito penal simbólico em face dos princípios da intervenção mínima e da lesividade*. Revista liberdades nº 17, Setembro/2014. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM.

³³ GRECO, Rogério. *Direito penal do inimigo* <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1029>> Acesso em 21 de março de 2015.

de outros ramos do direito, deixando as instituições destinadas à aplicação do Direito Penal livres para atuar apenas onde fosse estritamente necessário, se vê obrigado a desviar seu foco principal.

Assim, o crescimento desmedido do direito penal simbólico e a insuficiência das instituições penais em lidar com todas as condutas desviantes, trazem à baila o questionamento de até que ponto o Estado possuiria legitimidade para incriminar condutas, já que as intervenções por diversas vezes se mostram inócuas e incapazes de evitar os delitos.

O simbolismo no direito penal não teria efetividade, pois a criação de símbolos ou imagens que atuam na psicologia social e produzem efeitos inúteis, teria uma função meramente legitimadora do poder político, facilitando as legislações repressivas e legitimando também um controle social cada vez mais desigual e seletivo, com foco nas das periferias urbanas e marginalizadas, promovendo a redução ou até mesmo a exclusão de garantias constitucionais como a liberdade e a igualdade que, uma vez suprimidos, ameaçam converter o modelo de Estado Democrático de Direito em um modelo autoritário e arbitrário.

Reforçando a tese de Alessandro Baratta, nas palavras de Juarez Cirino dos Santos:

“A função positiva de estabilização social normativa da prevenção geral surge em conjunto com o direito penal simbólico, representado pela criminalidade econômica, ecológica etc., em que o Estado não parece interessado em soluções sociais reais, mas em soluções penais simbólicas, que protegeriam complexos funcionais (a economia, a ecologia etc.) – e não bens jurídicos individuais –, nos quais o homem deixa de ser o centro de gravidade do direito para ser um simples portador de funções jurídico-penais [...] O conceito de integração-prevenção, introduzido pelo direito penal simbólico na moderna teoria da pena, cumpriria o papel complementar de escamotear a relação da criminalidade com as estruturas sociais desiguais das sociedades modernas, instituídas pelo direito e, em última instância, garantidas pelo poder político do Estado”.³⁴

³⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Política Criminal: Realidades e Ilusões do Discurso Pena*. <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/realidades_ilusoes_discurso_penal.pdf> Acesso em 02 de maio de 2015.

Imperioso salientar que a presença de um Estado Democrático de Direito pressupõe limitações ao *ius puniendi* e não legitima coibir a liberdade das pessoas além do necessário para a garantia da segurança, dos direitos do cidadão e da manutenção do próprio Estado.

1.4. A vocação do Direito Penal

O direito penal apresenta função primordial de garantia das liberdades individuais, caráter esse apresentado através dos princípios constitucionais penais, embaixadores da nossa ordem jurídica penal. Daí decorre também a exigência de proporcionalidade, razoabilidade e limitação da sanção penal, a partir de um direcionamento e condicionamento do poder punitivo estatal.

A priori, deveríamos galgar no direito penal não o único, mas sim um dos instrumentos de correção das “distorções causadas por um individualismo exacerbado, favorecendo a homogeneização social”, sem que seja necessária, portanto, a ampliação do escopo de atuação da resposta penal.³⁵

Imperioso salientar que a intenção do legislador não pode ser senão criar leis estritamente necessárias, ou seja, não devem criar leis inócuas, pois a pluralidade de leis aponta para um governo de fraca composição e organização.³⁶

Ademais, é cediço que a interferência penal, por si só, já sinaliza o fracasso da convivência entre cidadãos. Parece então serem demasiados os castigos e a perseguição por meio da via criminal, pelo fato de que é possível resguardar muitas das transgressões penais por outras vias que não a sanção corporal, tais como a administrativa ou privada.

Luiz Flávio Gomes sustenta que o direito penal não deve lidar com bens jurídicos demasiadamente amplos, sendo que a análise do bem jurídico tutelado deve ocorrer caso a caso, na tentativa de frear o alargamento do

³⁵ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2003, p. 13-14.

³⁶ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2003, p.264.

direito penal e da potestade estatal. Concluí o autor que o direito penal deve ser aplicado somente nas questões mais graves e relevantes, as quais possui vocação para testilhar, caso contrário, corre o risco de representar um direito penal meramente simbólico.³⁷

Observa-se então que o modelo de Direito Penal Clássico não mais oferece soluções eficazes no combate à criminalidade moderna, muito pelo contrário, pois situações complexas demandam respostas de nível conjuntural e complexidade equivalentes. O que se propõe aos operadores e teóricos do direito é a evolução na busca por alternativas que levem o direito penal a cumprir a sua real vocação, sendo esta a garantia das liberdades individuais.

Ademais, o Direito Penal se encontra estruturado e composto por um conjunto de garantias que devem ser constantemente observadas, sendo elencados na Carta Magna os bens jurídicos que merecem especial proteção. Partindo dessa premissa é que se aplica o princípio da subsidiariedade, pois o direito penal deve ser acionado apenas em uma conjectura de maior relevância, ou quando violação ao bem jurídico constitucionalmente tutelado for mais grave.

Cumprir lembrar que inovar constantemente na matéria punitiva a cada nova categoria ou classes comportamentos desviantes, que não encontre respaldo na ordem anterior, pode acarretar em gravame na insegurança jurídica, o que se revelar extremamente temerário.³⁸

Porém a ordem atual ainda é eivada de valores repressivos e anacrônicos, pois assume ideais difundidos por uma estrutura social capitalista globalizada e por acreditar que a sanção corporal é a ferramenta mais eficaz em resposta às contendas presentes nas sociedades desiguais.

A adversidade está na propagação de um ideal conservador no sistema penal, ou na adoção formal de um conceito autoritário em matérias de políticas

³⁷ GOMES, LUIZ Flávio. *As grandes transformações do direito penal tradicional*. São Paulo. RT, 2005, p. 17-19.

³⁸ MACHADO, Ivja Neves Rabelo. *Apontamentos acerca do bem jurídico protegido pelo direito penal econômico*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,apontamentos-acerca-do-bem-juridico-protetido-pelo-direito-penal-economico,51831.html>> Acesso em 26 de abril de 2015.

criminais, ou no investimento em crimes e penas que conduzam a uma sociedade despótica e díspar.³⁹

Não se almeja optar pelo Direito Penal como resposta para todos os impasses da sociedade moderna, mas é certo que explorado de forma correta constitui um importante aparelho para tanto, especialmente se empregado de maneira adequada, eivado de todos os princípios e garantias pertinentes, atendendo a sua real vocação para que não se transforme em um Direito Penal simbólico.

³⁹ SANTOS, Juarez Cirino. *A reforma penal: crítica da disciplina legal do crime*. Publicado em: Tribuna Virtual, Ano 01. Ed nº 01. Janeiro/Fevereiro de 2013.

2. O Princípio da Insignificância

De natureza civilista, e proveniente do direito romano, o princípio da insignificância possui fundamento na máxima “*de minimis non curat praetor*”, ou seja, O magistrado, ou o aplicador da lei, de forma geral, não deve preocupar-se com as questões insignificantes. Tal premissa fora inserida no sistema penal em 1964 por Claus Roxin devido a sua aplicabilidade no que concerne ao alcance dos objetivos sociais estabelecidos por questões de política criminal, trazendo em seu escopo a crença de que não caberia ao Direito Penal ocupar-se de trivialidades, assim como não deveriam ser tolerados tipos incriminadores acerca de condutas sem nenhum grau de ofensividade ou incapazes de afetar significativamente um bem jurídico.

Nesse contexto, já que o propósito último do tipo penal é proteger um determinado bem jurídico, em sendo a lesão insignificante e inofensiva ao interesse tutelado, não há que se falar em adequação típica.⁴⁰

Constata-se, portanto, que “[...] o princípio da insignificância tem força suficiente para descaracterizar, no plano material, a própria tipicidade penal, e que referido preceito deverá ser verificado em cada caso concreto, de acordo com as suas especificidades”.⁴¹

Apesar de o ordenamento jurídico não prever o instituto, a insignificância ou a concepção de crime de bagatela é empregada de forma concreta, a depender do caso, mas nunca de maneira abstrata. Ademais, sua aceitação é cada vez mais ampla, tanto na doutrina, como entre os Tribunais, conforme corroborado a seguir.⁴²

⁴⁰ CAPEZ, Fernando. <<http://jus.com.br/artigos/13762/principio-da-insignificancia-ou-bagatela#ixzz3ZSHKg3VO>> Acesso em 28 de abril de 2015.

⁴¹ MASON, Kleber. *Direito Penal- Parte Geral*, 3ª Ed. São Paulo: Método, 2010, v.1, p.26.

⁴² TEIXEIRA, Mariana. *O princípio da insignificância: seu conceito e aplicação no século XXI*. <<http://www.lfg.com.br>> Acesso em 24 de maio de 2015.

2.1. Pressupostos

2.1.1 O princípio da insignificância e o direito penal mínimo- relação com o princípio da subsidiariedade e da fragmentariedade

O princípio da insignificância é a mecanismo de restrição do tipo penal, pois o fato típico prescinde de punição. Caso contrário estar-se-ia ferindo a proporcionalidade e razoabilidade.

Por ser o aludido princípio ferramenta a dispor do aplicador do direito, sua fundamentação deve pautar-se em valores e princípios constitucional ou legalmente previstos, de forma que não restem dúvidas quanto à legitimidade de sua aplicação, pois do contrário seu reconhecimento fatalmente irá de encontro ao Estado Democrático de Direito.⁴³

Cumprir lembrar que a Constituição Federal é veículo para a interpretação da legislação, sendo a dignidade da pessoa humana um de seus principais sustentáculos que, enquanto alicerce dos demais direitos fundamentais, é respeitado somente quando todos esses encontram-se resguardados.

Quando o legislador, através do direito penal, torna crime uma determinada conduta que atinja um cenário até então abstrato, alcança-se a proteção máxima desses direitos.

A partir de então, emerge o princípio da intervenção mínima que, *ab initio*, se destina ao legislador com o intuito de considerar crime apenas situações de suma importância, ou seja, somente uma ofensa grave ao bem jurídico tem aptidão para tornar-se figura típica, passível de sanção.⁴⁴

O princípio da intervenção mínima tem seu berço na Declaração Francesa dos Direitos dos Homens e do Cidadão de 1789, em seu art. 8º, que preconiza que “A lei apenas deve estabelecer penas estritas e evidentemente necessárias...”⁴⁵. Segundo Luiz Luisi, este princípio “[...] orientador e limitador

⁴³ JUNQUEIRA, Gustavo Otaviano Diniz. *Finalidades da Pena*. Barueri: Manole, 2004, p. 1-11.

⁴⁴ TIVERON, Raquel. *Justiça Restaurativa*. Brasília: Thesaurus, 2014, p. 260-262.

⁴⁵ BRASIL. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf> Acesso em 31 de maio de 2015.

*do poder criativo do crime [...], preconiza que só se legitima a criminalização de um fato se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção se revelam suficientes para a tutela desse bem, a criminalização é incorreta”.*⁴⁶

Este princípio passa a ser, mais adiante, evidência da natureza subsidiária do direito penal que, por sua vez, deve ser reconhecido como a *ultima ratio* em matéria de intervenção estatal.⁴⁷

Já o princípio da insignificância não é voltado ao legislador. É, por sua vez, um princípio de interpretação da lei penal, com o propósito maior de mostrar ao legislador o que é ou não importante no momento de se eleger uma determinada situação como crime. A insignificância é então premissa direcionada ao aplicador da lei, que tem o dever de verificar se a ofensa ao bem ou valor fundamental possui vocação para causar desequilíbrio no meio social ou afrontar a dignidade da pessoa humana.⁴⁸

Dessarte, mesmo sendo o princípio da intervenção mínima, a princípio, direcionado ao legislador, em se tratando do caso concreto sua aplicabilidade só será palpável através do reconhecimento da insignificância da conduta.⁴⁹

O princípio da fragmentariedade, enraizado nos princípios da legalidade, da intervenção mínima e da lesividade, preconiza que somente as condutas mais graves e, conseqüentemente, mais perigosas, que atentem contra bens e valores jurídicos relevantes, impescindem da intervenção rigorosa do Direito Penal. À vista disso, a fragmentariedade sinaliza que nem toda violação a bens jurídicos legitimam a intervenção, através da punição pelo Direito Penal.⁵⁰

Nesse seguimento, imperioso mencionar os ensinamentos de Júlio Fabbrini Mirabete:

⁴⁶ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2003, p. 39.

⁴⁷ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. São Paulo, RT, 1997, p. 75.

⁴⁸ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. São Paulo, RT, 2013, p. 51-53.

⁴⁹ CERVINI, Raul. *O processo de descriminalização*. São Paulo, RT, 2002, p. 214-217.

⁵⁰ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. Niterói: Impetus, 2009. v. 1 p.63-66)

“O ordenamento positivo, pois, deve ter como excepcional a previsão de sanções penais e não se apresentar como um instrumento de satisfação de situações contingentes e particulares, muitas vezes servindo apenas a interesses políticos do momento para aplacar o clamor público exacerbado pela propaganda. Além do mais, a sanção penal estabelecida para cada delito deve ser aquela “necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”, evitando-se o excesso punitivo sobretudo com a utilização abusiva da pena privativa de liberdade. Essas idéias, consubstanciadas no chamado princípio da intervenção mínima, servem para inspirar o legislador, que deve buscar na realidade fática o substancial deve-ser para tornar efetiva a tutela dos bens e interesses considerados relevantes quando dos movimentos de criminalização, neocriminalização, descriminalização e despenalização”.⁵¹

E para respaldar o supra aludido, cumpre trazer à baila os preceitos de Rogério Greco, que afirma:

“O caráter fragmentário do Direito Penal significa, em síntese, que uma vez escolhidos aqueles bens fundamentais, comprovada a lesividade e a inadequação das condutas que os ofendem, esses bens passarão a fazer parte de uma pequena parcela que é protegida pelo Direito Penal, originando-se, assim, a sua fragmentariedade”.⁵²

Assim, confere o princípio da fragmentariedade fundamento essencial para o princípio da insignificância que, por sua vez, tem por escopo remover a tipicidade de condutas que produzam um efeito lesivo mínimo, delimitando, por consequência, o campo de atuação do Direito Penal.⁵³

A natureza fragmentária permite que do direito penal se estenda somente o necessário para conferir proteção ao bem jurídico, não possibilitando que se ocupe de bagatelas. Ou seja, por julgar atípicos comportamentos que não

⁵¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal, Parte geral*. 23ª edição, São Paulo: Atlas, 2006, p. 108.

⁵² GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. Niterói: Impetus, 2009. v. 1 p. 65.

⁵³ BRUTTI, Roger Spode. *O princípio da insignificância frente ao poder discricionário do delegado de polícia* <<http://jus.com.br/artigos/9145/o-principio-da-insignificancia-frente-ao-poder-discricionario-do-delegado-de-policia>>. Acesso em 23 de março de 2015.

acarretem em prejuízo, a conduta desviante bagatelar será tutelada por área diversa do Direito, e não pela esfera penal.⁵⁴

2.1.2. *Concepção material da ilicitude*

As mutações sucedidas na esfera catedrática jurídica contemporânea, especialmente em se tratando da constitucionalização do Direito, assentaram uma poderosa regeneração dos ordenamentos jurídicos nos últimos anos, pois a supremacia das cartas constitucionais passa a ser reconhecido como princípio interpretativo, razão pela qual a ordem jurídica como um todo passa a estar sujeita à discriminação das normas constitucionais, mormente pelos direitos fundamentais nelas assegurados. Por consequência, é imperioso reconhecer esta repercussão também na esfera do direito penal, pois é neste âmbito que os aludidos direitos estarão sujeitos à ofensas ou ameaças de lesão de forma mais vigorosa.

À vista disso, a juridicidade da lei passa a estar condicionada à sua submissão à ordem constitucional, e não mais somente à disciplina de critérios formais. Ademais, o aplicador do direito, até então cerceado em sua atuação pelos fatos que lhes eram narrados, passa a ser também interprete das leis, supervisionando sua adequação constitucional. O critério prático não é mais a mera subsunção típica do sistema normativo; exige-se agora uma ponderação mais cautelosa que observe a aplicação dos princípios.⁵⁵

A doutrina traz a ilicitude, também conhecida por antijuridicidade, como o antagonismo entre o fato e o direito, revelando uma correspondência incompatível entre a ordem jurídica vigente e a conduta praticada. *Welzel afirma que “[...] a antijuridicidade é, pois, a contradição da realização de um*

⁵⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 1994, p.133.

⁵⁵ SANTOS, Cleopas Isaías. *Alguns apontamentos sobre as vinculações filosóficas e constitucionais do conceito material de crime*. Revista Liberdades nº 07, Maio-Agosto de 2011. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM.

tipo com o ordenamento jurídico em seu conjunto, e não apenas de forma isolada".⁵⁶

Na esfera penal, observa-se que a ilicitude dissemina suas consequências para outras áreas do direito, não se restringindo à alçada do direito penal. Por conseguinte, uma causa de exclusão de antijuridicidade na esfera penal, faz do fato um ilícito não só para o direito penal, mas alcança também outras áreas do direito.

Insta salientar que o conceito de ilicitude apresenta um sentido formal e outro material, sendo a primeira a insubordinação à norma, e a segunda, a ofensa ou perigo de ofensa ao bem jurídico tutelado.⁵⁷

A antijuridicidade, ou ilicitude material é, pois, o antagonismo do fato ao entendimento comum de justiça. O *modus operandi* atinge o que a sociedade entende por justo, ou apropriado. De fato, detecta-se uma lesividade social na conduta do agente, que não só afronta o texto legal, mas ocasiona um efetivo evento danoso à coletividade.⁵⁸

Assim, pode-se afirmar que a ilicitude material contempla a lesão ao bem jurídico protegido pelo ordenamento jurídico, em razão de a agressão a esses valores ser considerada uma conduta ofensiva interesse social normatizado. Não basta a contradição entre norma e fato, é necessário que haja de fato uma lesão ou, pelo menos, perigo de lesão. Conforme Bitencourt *"[...] essa lesão que consubstancia a antijuridicidade material, evidentemente, não deve ser entendida em sentido naturalístico, como causadora de um dano, sensorialmente perceptível, a determinado bem tutelado, mas como ofensa ao valor ideal que a norma jurídica deve proteger"*.⁵⁹

Ante o exposto, verifica-se que a percepção do crime, numa concepção material, é inerente à convicção de ofensa a um bem jurídico, sendo que a teoria do bem jurídico associa-se ao ideal do Estado Democrático de Direito,

⁵⁶ WELZEL, Hanz. *O Novo Sistema Jurídico-penal- Uma Introdução à Doutrina da Ação Finalista*. Trad: Luiz Regis Prado. RT, 2011, p. 62.

⁵⁷ REALE, Miguel. *Teoria do delito*. 2ª Ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 93.

⁵⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 272.

⁵⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal; parte geral*. 16ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1, p. 242.

principalmente em se tratando da legitimação e limites da potestade estatal em matéria penal. Com o atual arranjo do Estado Constitucional, desenvolveu-se a teoria dos direitos fundamentais, agora critério indispensável adotado no desdobramento das atividades estatais. Os direitos fundamentais não mais apresentam aquela configuração inicial, de direitos de defesa. Apresentam, agora, uma perspectiva positiva, com categoria de tutela, despertando o requisito constitucional de criminalização das condutas significativamente lesivas a tais direitos e que repercutam vultuosamente na teoria do bem jurídico.⁶⁰

Por fim, vislumbra-se que, não obstante um fato ser formalmente típico, imprescindível que ocorra efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, ou, pelo menos que se comprove evidente e expressivo perigo, preenchendo assim o juízo de tipicidade material, a ponto de merecer a reprimenda penal.⁶¹

Não restam dúvidas de que há um vínculo entre o entendimento de antijuridicidade e o fato penalmente insignificante, posto que o fato, diante de tal circunstância, carecerá do caráter antijurídico, em razão de a substância da antijuridicidade material se revelar na lesão, ou perigo de lesão aos bens jurídicos.

2.1.3. Desvalor da conduta/ resultado

Havendo constatado que é imprescindível uma ofensa ao bem jurídico para que ocorra o delito, conclui-se que não seria passível de sanção penal uma conduta na qual não se verifica o resultado jurídico, ou seja, lesão ou o perigo concreto de lesão ao objeto de tutela.⁶²

⁶⁰ SANTOS, Cleopas Isaías. *Alguns apontamentos sobre as vinculações filosóficas e constitucionais do conceito material de crime*. Revista Liberdades nº 07, Maio-Agosto de 2011. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM.

⁶¹ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Princípio da insignificância precisa de parâmetros* <<http://www.conjur.com.br/2011-abr-09/principio-insignificancia-parametros-aplicacao>> Acesso em 24/ de maio de 2015.

⁶² GOMES, Luiz Flávio. *Desvalor da ação e desvalor do resultado*. <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121923734/desvalor-da-acao-e-desvalor-do-resultado>> Acesso em 23 de abril de 2015.

Uma interpretação teleológica do art. 13 do Código Penal Brasileiro permite concluir que todos os crimes são compostos por um resultado jurídico, sejam consumados ou tentados, materiais ou formais, comissivos ou omissivos. Vejamos:

“Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.⁶³

Nesse sentido, cumpre salientar que, quando praticada conduta formalmente típica, ausente a tipicidade material ou o desvalor do resultado, incidirá o princípio da insignificância. Ademais, cada caso será analisado de acordo com suas peculiaridades, sob a luz do princípio da irrelevância penal do fato, que, para a sua incidência, além de ausentes ou insignificantes o desvalor do resultado, deve também identificar-se o desvalor da ação ou conduta.⁶⁴

A correspondência entre um e outro se encontra no fato de que o desvalor da conduta, ou seja, a desaprovação da ação, está subentendido no desvalor do resultado. Assim, não há que se falar em desaprovação do resultado jurídico sem a constatação da desaprovação da conduta, posto que o desvalor da conduta é primordial ao desvalor do resultado.

Aqui cabe esclarecer que o desvalor do resultado jurídico se refere tanto ao resultado exterior distinto decorrente da conduta, sendo este um resultado naturalista (nos delitos materiais), quanto na transformação do mundo humano, onde ocorrem as relações sociais, que também se concretiza nos delitos usualmente designados como de mera atividade (ou formais).

Por conseguinte, imperioso apurar em cada delito uma ofensa ao bem jurídico tutelado, ou seja, o resultado lesivo ou perigoso, tanto nos delitos com resultado naturalista, delitos materiais, como nos delitos de ação ou de mera

⁶³ BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7209.htm> Acesso em 23 de abril de 2015.

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 35.800/RS. Sexta Turma, Relator Paulo Medina. Brasília, 03 de março de 2005. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 23 de abril de 2015.

conduta, ou meramente formais, pois a razão da incriminação deve ser buscada acima de tudo na perturbação exterior das relações humanas, enquanto seja objetivamente prejudicial para o bem jurídico tutelado.⁶⁵

Considerando que é justamente na dimensão da tipicidade formal e material que se tem arquitetada a concepção do princípio da insignificância na doutrina e no ordenamento jurídico como um todo, depreende-se que a tipicidade formal, por si só, não se coaduna com a tendência reducionista do direito penal, reconhecido por de seu caráter fragmentário e subsidiário. Assim, para que o juízo de tipicidade não atinja fatos que devam ser estranhos ao direito penal, seja por aceitação da sociedade ou pelo reduzidíssimo prejuízo social, deve também englobar o tipo em sua essência material, composto em sua essência de conteúdo valorativo.⁶⁶

Por fim, impõe-se que, ao falar em tipicidade material, imperioso pensar as duas modalidades de desvalor trazidas à baila. Assim, a insignificância ora pode residir na conduta, ora no resultado.

2.2. Vetores de interpretação

O Princípio da Insignificância desponta como um mecanismo judicial a serviço de uma leitura limitativa, visando a descriminalização de condutas que não manifestam ofensa real aos bens jurídicos tutelados, mesmo que eivadas de tipicidade formal.

No entanto, não existe previsão legal para o aludido princípio, tendo seus padrões para reconhecimento e aplicação desenvolvidos puramente na doutrina e jurisprudência, reconhecendo-se que certos comportamentos não merecem o castigo penal, de caráter subsidiário, e posto que a reprimenda se tornaria, *in casu*, desproporcional. Essa interpretação passou a vigorar plenamente, principalmente a partir do reconhecimento do princípio pelo STF,

⁶⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Desvalor da ação e desvalor do resultado*. <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121923734/desvalor-da-acao-e-desvalor-do-resultado>> Acesso em 23 de abril de 2015.

⁶⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. São Paulo, RT, 2013, p. 76-77.

que determinou vetores que, quando presentes concomitantemente, ensejam o reconhecimento do aludido princípio.

A formação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do princípio da insignificância tem como acórdão paradigma o HC 84.412, DJ. 19.11.2004, de relatoria do ministro Celso de Mello, que trouxe à baila controvérsia acerca do furto no valor de R\$25,00, para então estabelecer orientações para o reconhecimento do princípio, a saber: “[...] (i) a mínima ofensividade da conduta do agente, (ii) nenhuma periculosidade social da ação, (iii) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento, e (iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada.”⁶⁷

A partir de então, a jurisprudência da corte acerca do tema consolidou-se.

Portanto, é cediço, no entendimento da Suprema Corte, que seja feito um juízo de valoração da conduta e do resultado e, nesse sentido, entende-se que desses critérios, dois deles, sendo eles a mínima ofensividade da conduta do agente e nenhuma periculosidade da ação social, reportam ao desvalor da conduta. O critério do reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento relaciona-se com a culpabilidade, e a inexpressividade da lesão jurídica provocada, com o desvalor do resultado.

Segundo lição de Ivan da Silva, o reconhecimento da conduta penalmente insignificante segue os moldes clássicos de determinação, a partir de “[...] uma avaliação dos índices de desvalor da ação e desvalor do resultado da conduta praticada, como fito de se determinar o grau quantitativo-qualitativo da lesividade em relação ao bem jurídico atacado”. Para o autor “[...] é a avaliação da concretização dos elementos da conduta praticada que indicará o que é *significante ou insignificante, fazendo incidir ou não o Direito Penal*”.⁶⁸

Seguindo a mesma lógica, cumpre mencionar o ensinamento trazido pela doutrina de Juarez Tavares: “[...] ao determinar as características do

⁶⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *O Princípio da insignificância nos crimes contra o patrimônio e contra a ordem econômica: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: FAPESP, 2012.

⁶⁸ SILVA, Ivan Luiz da Silva. *Princípio da Insignificância no direito penal*. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 2011, p.150.

*comportamento proibido, o legislador procede a uma avaliação negativa sobre a conduta e o resultado por ela produzido. Esta dupla avaliação é denominada de desvalor do ato e do resultado”.*⁶⁹

Desta maneira, para se interpretar os requisitos utilizados pelas Cortes Superiores, é necessário que se compreenda com clareza a função de cada um desses critérios, para que não haja equivoco ou conflitos entre os conceitos.

2.2.1 Mínima ofensividade da conduta do agente

Para se qualificar ofensiva, uma conduta deve apresentar condições absolutamente danosas ou perigosas, que a torne penalmente relevante perante a sociedade. A partir do momento que a conduta sugestiona um menor grau de ofensividade, o fato passa a ser concebido como minimamente lesivo àquele bem jurídico e, sob este aspecto, insignificante.

Ou seja, o Direito Penal como adequado instrumento de tutela dos bens jurídicos mais relevantes para o sistema só deve intervir nas relações sociais quando determinada conduta atinja esse mesmo bem por meio de uma ofensa intolerável.⁷⁰

Ademais, este vetor está amplamente relacionado com o princípio da lesividade ou ofensividade, que tem como objetivo primordial coibir a criminalização de todas as condutas que representem alguma ofensa ao bem jurídico. É um fator limitador do poder punitivo estatal, tanto para o legislador quanto para o aplicador do direito, pois ambos devem aplicar o direito penal tendo em vista o risco ou em perigo de lesão às ações consideradas graves ao bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico.⁷¹

⁶⁹ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 238.

⁷⁰ MACHADO, Vitor Gonçalves: *Tribuna Virtual*. Ano 01. Edição nº 04, Maio de 2013. ISSN nº 2317-1898.<<http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/pdf/04-04-VitorGoncalvesMachado.pdf>> Acesso em 03 de junho de 2015.

⁷¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v.1, p. 22.

2.2.2 Ausência de periculosidade social da ação

Assim como o critério da mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação também remete ao desvalor da conduta, a partir da avaliação das possíveis consequências sociais ocasionadas pela conduta, e sua descriminalização pela sociedade inserida naquele contexto. Aqui, o aspecto mensurado é o alcance ou intensidade do perigo ocasionado pela conduta, de maneira que um eventual juízo de atipicidade não gere conflitos entre o sistema penal e o interesse social.

Vejamos:

“Cumpra reconhecer, presente esse contexto, que o direito penal não deve se ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular o bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social”.⁷²

Sobre tal aspecto, retrata Luiz Flávio Gomes:

“A ausência de dano social em sentido material, ou a função geral do direito, ou sobretudo o princípio da proporcionalidade (ou proibição de excesso, constituiriam, assim, outras razões (fundamentos), da não incidência do Direito Penal diante dos fatos nímios, não transcendentais, que não contam com entidade suficiente para motivar qualquer castigo penal, ou inclusive para fazer incidir a lei penal”.⁷³

Enfim, posto está que o direito penal só deve incidir naquelas condutas que representam perigo ou acarretam lesão que transcendam o elo autor-vítima, afetando a sociedade como um todo.⁷⁴

⁷² BRASIL. Superior tribunal Federal. HC 84.412-0/SP, Rel. Min Celso de Mello. Em <www.stf.jus.br>.

⁷³ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. São Paulo, RT, 2013, p. 82.

⁷⁴ GOMES, p. 92. *apud* HASSAMER, 1976, p. 83-86.

2.2.3 Reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento

Da mesma forma que o requisito anterior, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente está atrelado ao desvalor da conduta, além de levar em conta, para tanto, as condições pessoais da vítima.

Encontra respaldo, porém, no princípio da adequação social, por permitir interrogar a tipicidade de fatos que, por sua ínfima expressividade, configuram condutas de bagatela, faltando, portanto, o juízo de censura penal.

Tratando-se de uma conduta socialmente adequada, não há que se falar em desvalor da ação, o que implicará imediatamente no desvalor do resultado, sendo que, quando uma conduta é socialmente aceita, afastada estará a sua desaprovação.⁷⁵

Nesse sentido, vejamos interpretação do STF, que nos remete à interpretação do que seria o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento:

“EMENTA HABEAS CORPUS. FURTO. MILITAR. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. ELEVADA REPROVABILIDADE DA CONDUTA. ORDEM DENEGADA. 1. A pertinência do princípio da insignificância deve ser avaliada considerando não só o valor do dano decorrente do crime, mas igualmente outros aspectos relevantes da conduta imputada. 2. O elevado valor do bem furtado, avaliado acima do salário mínimo da época dos fatos, e a alta reprovabilidade da conduta do militar que se aproveita do ambiente da caserna para subtrair aparelho celular de um colega de farda inviabilizam, na hipótese, a aplicação do princípio da bagatela. Precedentes. 3. Aos militares cabe a guarda da lei e da ordem, competindo-lhes o papel de guardiões da estabilidade, a serviço do direito e da paz social, razão pela qual deles se espera conduta exemplar para o restante da sociedade, o que não se verificou na espécie. 4. Ordem denegada. (HC 123393, Relator(a): Min. ROSA WEBER, *Primeira Turma, julgado em 07/10/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-211 DIVULG 24-10-2014 PUBLIC 28-10-2014*)”.⁷⁶

⁷⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. São Paulo, RT, 2013, p. 20-21.

⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal Federal. HC 123393/DF, Rel. Min Rosa Weber. Em <www.stf.jus.br> Acesso em 23 de abril de 2015.

Assevera, assim, Maurício Ribeiro Antônio Lopes que “[...] as infrações penais que “[...] estiverem manifestamente enquadradas no conceito de escassa reprovabilidade [...] não encontram justificativa social para ingressar no terreno do direito penal”.⁷⁷

2.2.4. Inexpressividade da lesão jurídica provocada

O último elemento a ser analisado para que se reconheça a incidência do princípio da insignificância é a inexpressividade da lesão jurídica, elemento objetivo relacionado ao ínfimo valor do bem jurídico atingido pela conduta. Trata-se de um elemento quantitativo, importando salientar que, na valoração do bem jurídico objeto de ilícito, o Supremo Tribunal Federal também sopesa as condições socioeconômicas vivenciadas à época do fato.

A inexpressividade da lesão jurídica ocasionada relaciona-se ao ínfimo valor da coisa, sendo necessário, portanto verificar a proporção da lesão deve ser em face da vítima, sendo inconcebível tornar penalmente punível, por exemplo, a subtração de um bem de valor minúsculo, que a vítima possui somente por um valor sentimental. *In casu*, a dor moral causada poderia perfeitamente ser apurada na esfera civil, e não na penal, pois esta não deve se ocupar desse tipo de reparação.⁷⁸

2.3. Juízo quanto à atipicidade

No contexto estudado até o presente momento, é possível concluir que o princípio da insignificância é causa excludente de tipicidade material, e não de exclusão da punibilidade, acarretando a aludida distinção em diferenças relevantes no que concerne à intervenção jurídica atribuída ao agente. Em se

⁷⁷ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da Insignificância no Direito Penal: análise à luz da lei 9.099/95- Juizados Especiais Criminais e a jurisprudência atual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.141.

⁷⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 4.^a Ed. São Paulo: RT, 2003. p.515.

tratando de causa excludente da punibilidade, é imprescindível que o fato seja punível, e que, para tanto, seja típico.

A punibilidade é, portanto, uma concepção intrínseca à legalidade. Havendo uma das causas excludentes da punibilidade, o fato continua a ser típico e ilícito, apenas não incidindo a exprobração esperada. Trata-se, portanto, da irrelevância penal do fato, instituto distinto da insignificância que, por sua vez, autoriza o reconhecimento da atipicidade da conduta.⁷⁹

É sob essa perspectiva que a doutrina e a jurisprudência adotam o princípio da insignificância como instrumento apto a afastar a tipicidade material do fato.

O Supremo Tribunal Federal já vem admitindo e utilizando o princípio da insignificância, e no julgamento do HC 98152 o Ministro Celso de Mello coerentemente reconheceu a sua incidência, e, concomitantemente, conferiu ao princípio harmoniosa exegese e sistematização dogmática, atribuindo-lhe vetores, como já examinado alhures, sendo estes: a) a mínima ofensividade da conduta, (b) a ausência de periculosidade social da ação, (c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica.

À vista disso, desvirtuado o sentido material do tipo, a conduta agora atípica compeli à absolvição do agente, não subsistindo qualquer consequência penal. E é precisamente nesse enfoque que ocorrem as inconsonâncias entre o STF e o STJ.

No caso ora em análise, que fora habilmente esclarecido e solucionado pelo Ministro Celso de Mello, uma vez reconhecida a incidência do princípio da insignificância o STJ deveria ter entendido pela absolvição do réu, arquivando o processo e extinguido todos os efeitos penais. Porém, se limitou o Tribunal

⁷⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. São Paulo, RT, 2013, p. 92-106.

Superior a reconhecer somente a extinção da punibilidade, sendo que sequer configurou-se uma conduta punível, tendo em conta a atipicidade do fato.⁸⁰

Na lição de Maurício Antonio Ribeiro Lopes:

“[...] a postura de um juízo de tipicidade formal não satisfaz a moderna tendência de reduzir ao máximo a área de influência do Direito Penal de seu reconhecido caráter subsidiário, já que manifesta a sua ineficiência como único meio de controle social.

[...]

O juízo de tipicidade, para que tenha efetiva significância e não atinja fatos que devam ser estranhos ao Direito Penal, por sua aceitação pela sociedade ou danos social irrelevante, deve entender o tipo, na sua concepção material, como algo dotado de conteúdo valorativo, e não apenas sob o aspecto formal, de cunho eminentemente diretivo”.⁸¹

Assim, ainda no entendimento de Maurício Ribeiro Lopes, com o fim de validar metodologicamente a incontestada solução político criminal de que o Direito Penal, não se ocupando de bagatelas, só deve interferir no estritamente necessário para salvaguardar o bem jurídico, imprescindível reputar materialmente atípicas as condutas supostamente lesivas, porém evidentemente insignificantes para a vida em sociedade.

Para o autor, “[...] a tipicidade não se esgota na concordância lógico-formal (subsunção) do fato no tipo. A ação descrita tipicamente há de ser geralmente ofensiva ou perigosa a um bem jurídico. O legislador toma em consideração modelos de vida que deseja castigar. Com essa finalidade, tenta compreender, conceitualmente, da maneira mais precisa, a situação vital típica”.⁸²

⁸⁰ GOMES, Luiz Flávio. DONATI, Patricia. CHRISTÓFARO, Danilo. *Princípio da insignificância: atipicidade material não se confunde com exclusão da punibilidade*. <<http://www.lfg.com.br>> Publicado em 04 junho 2009. Acesso em 24 de abril de 2015.

⁸¹ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da Insignificância no Direito Penal: análise à luz da lei 9.099/95- Juizados Especiais Criminais e a jurisprudência atual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 110-113.

⁸² LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da Insignificância no Direito Penal: análise à luz da lei 9.099/95- Juizados Especiais Criminais e a jurisprudência atual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 113-114.

Ou seja, não obstante objective atingir um cenário restrito, a tipificação se torna imperfeita diante da dificuldade em se amoldar ao caso concreto por se deparar com inúmeras possibilidades decorrentes do comportamento humano. Conseqüentemente, a tipificação se dá de forma a não restringir excessivamente o âmbito de censura, alcançando também, por esse motivo, situações excepcionais, ou seja, estende-se a casos que mereciam ser conservados aquém da esfera de proibição penal. Imperioso notar que a formulação legal do tipo propõe-se a englobar somente os prejuízos mais nefastos, não impedindo, portanto, que sejam alcançados os mais leves. Com o intuito de reparar essa inconciliabilidade entre o abstrato e o concreto e esclarecer a divergência entre as concepções formal e material do delito, imprescindível se faz o emprego do princípio da insignificância, recorrendo à atipicidade quando irrelevante a violação ao bem jurídico.

3. Reincidência e Insignificância Penal

Neste Capítulo será analisado o instituto da reincidência, apartando-o do princípio da insignificância, de modo a ensejar uma compreensão do porque a reiteração delitiva, que é fator de ordem subjetiva, passa a ser um possível obstáculo ao reconhecimento do reduzido grau de reprovabilidade e à insignificância penal da conduta, relatando, por fim, o quanto a relação insignificância-reincidência ainda é controversa, e gera debates devido à diferença de entendimentos acerca da questão.

3.1. Reincidência- Conceito

Ao instituto da reincidência é muito difícil fornecer conceito razoável, já que a tendência da estruturação dogmática é a centralização da controvérsia nos meios tradicionais, que relacionam reincidência genérica ou específica, ficta ou real, e na identificação e sistematização diante de institutos como a habitualidade, multirreincidência, continuidade ou tendência delitiva. Pode-se dizer então que o instituto supra teria natureza de reiteração delitiva.⁸³

Como bem lembra Leonardo Isaac Yarochevsky, a reincidência decorre do latim *recider*, que significa cair novamente, recair.⁸⁴

Classificada em real ou própria, que seria o caso de o autor do delito cometer outra infração penal após ter cumprido a pena, em parte ou totalmente; ficta ou imprópria, caracterizada pelo cometimento de outro crime, após o trânsito em julgado de sentença condenatória por crime anterior, independente do cumprimento da pena.

Quanto à categoria de crimes, classifica-se a reincidência em genérica ou específica, sendo a primeira auferida em casos em que se pratica tipos penais

⁸³ CARVALHO, Salo. *Reincidência e antecedentes criminais: abordagem crítica desde o marco garantista*, Disponível em Revista de Estudos Criminais, POA: Nota Dez/ITEC, 2001.

⁸⁴ YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 25.

diversos, e a segunda em decorrência de crimes definidos pelo mesmo tipo penal.

A multirreincidência, por sua vez, refere-se ao indivíduo detentor de três ou mais condenações com trânsito em julgado.⁸⁵

Guilherme de Souza Nucci define reincidência como “[...] o cometimento de uma infração penal após já ter sido o agente condenado definitivamente, no Brasil ou no exterior, por crime anterior”.⁸⁶

O instituto ainda tem previsão própria como agravante, assim descrita no art. 61, inciso I, do Código Penal Brasileiro, sendo nesse ponto refutada por alguns doutrinadores, que enxergam essa previsão como uma violação ao princípio do “*ne bis in idem*”, pois incorreria em exacerbação da pena de uma conduta delitiva em função de um crime já reprimido anteriormente.⁸⁷

Importante salientar que o Código Penal Brasileiro não define propriamente a reincidência, trazendo apenas as circunstâncias de sua verificabilidade, e aparentemente adota a reincidência ficta, como bem se depreende da leitura do art. 63, do CP, o que já leva a um questionamento quanto ao rigor do instituto, já que ao agente não foi sequer dada oportunidade de se regenerar, pois sequer cumpriu a sanção pela conduta anterior.

Entendemos então que esse critério acaba incorrendo em violação os padrões de razoabilidade e proporcionalidade, pois qualquer medida penal deve ser ponderada a partir da dimensão dos fatos praticados, e não pela personalidade do agente.⁸⁸

⁸⁵ MASON, Kleber. *Direito Penal- Parte Geral*, 3ª Ed. São Paulo: Método, 2010, v.1, p. 619-622.

⁸⁶ NUCCI, Guilherme. *Código Penal Comentado*. 10ª Ed. São Paulo: RT, 2010, p. 422.

⁸⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal, Parte geral*. 23º Ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 291.

⁸⁸ YAROCHEWSKY, Leonardo Issac. *Da Reincidência Criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 25.

3.2. *Justificativa da reincidência como agravante*

A agravação da pena pela reincidência foi discutida recentemente pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que declarou, por unanimidade, em ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 453000/RS, a constitucionalidade da aplicação do instituto como agravante da pena em processos criminais, nos termos do artigo 61, inciso I, do Código Penal. O RE fora interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que manteve a condenação de um indivíduo acusado pelo delito de extorsão em quatro anos e seis meses, entendendo correta a aplicação da agravante da reincidência para fins de fixação de pena.

O recurso representado pela Defensoria Pública sustentava que a aplicação da reincidência como agravante implicaria em *bis in idem*, ou seja, uma dupla punição ao réu pelo mesmo fato, além de contrariar o princípio constitucional da individualização da pena e impor estigmas e barreiras para o réu a inúmeros benefícios legais.

O Ministério Público Federal, por sua vez, defendeu a constitucionalidade da matéria, proclamando que a pena, no sistema penal brasileiro, desempenha dupla função, sendo estas a reprovação e prevenção do crime. Nesse sentido, afirmou o *parquet* que não se trata de punir duas vezes o mesmo fato, mas fatos distintos, considerando, portanto, a história de vida do agente criminoso.

O ministro Marco Aurélio, relator, ao negar provimento ao recurso defensivo afirmou que, “[...] o instituto constitucional da individualização da pena respalda a consideração da reincidência, evitando a colocação de situações desiguais na mesma vala”, e que “Descabe dizer que há regência a contrariar a individualização da pena. Ao reverso, leva-se em conta, justamente, o perfil do condenado, o fato de haver claudicado novamente, distinguindo-o daqueles que cometem a primeira infração penal”.⁸⁹

⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Notícias STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=235084>> Acesso em 25 de agosto de 2015.

Ainda, na ocasião, o ministro Joaquim Barbosa fez alusão ao caráter ressocializador e preventivo da pena, razão pela qual o indivíduo que insiste na ação delitiva assevera que a pena que lhe fora imposta não atingiu seu propósito.

Cumprido trazer à baila a doutrina de Júlio Fabbrini Mirabete sobre o assunto:

“[...] a exacerbação da pena justifica-se plenamente para aquele que, punido, anteriormente, voltou a delinquir, demonstrando com sua conduta criminosa que a sanção normalmente aplicada se mostrou insuficiente para intimidá-lo ou recuperá-lo. Há, inclusive, um índice maior de censurabilidade na conduta do agente que reincide”.⁹⁰

É importante tecer algumas considerações sobre esse posicionamento, especialmente no que concerne ao ponto de vista da criminologia sobre o assunto.

Suplantado o paradigma criminológico positivista pelo sistema da reação social, novas críticas surgem em relação aos critérios de investigação da personalidade e do passado do agente infrator. E essas análises se dão fundamentalmente a partir de apreciações acerca do reflexo do sistema penal e as consequências que um processo de criminalização tem sobre o indivíduo selecionado por esse sistema e rotulado (base teórica do *Labeling Approach*) como detentor de um histórico criminal derradeiro.⁹¹

Conforme bem salienta Salo de Carvalho, “*O rótulo da reincidência estabeleceria papéis e estigmas – perverso, inadaptado, perigoso, hediondo – gerando expectativas do público que consome o sistema penal. Tal expectativa atua nitidamente como influência, potencializando o comportamento futuro do reincidente*”.⁹²

⁹⁰ FABRINI, Mirabete. *Manual de Direito Penal- Parte Geral*. 27ª Ed. São Paulo: Atlas-AS, 2011, v. 1, p. 291.

⁹¹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1999, p. 85-86.

⁹² CARVALHO, Salo. *Reincidência e antecedentes criminais: abordagem crítica desde o marco garantista*, Revista de Estudos Criminais, POA: Nota Dez/ITEC, 2001.

Na Escola Positiva se determinava a criminalidade através de uma ótica do sujeito, sendo inclusive possível comprovar que fatores psíquico-orgânicos seriam responsáveis por levar o indivíduo a delinquir, reduzindo-se o contexto da criminalidade quase que inteiramente ao patológico, ou seja, o delito não era considerado uma entidade meramente jurídica, mas sim um fenômeno natural, produto de um complexo de causas de caráter principalmente biológico e fruto de uma anormalidade constitutiva dos seres humanos.

Cesare Lombroso, precursor do positivismo criminológico, dava especial ênfase à pessoa do criminoso, que por sua vez era considerado portador de alguma anomalia, sendo que a responsabilidade estaria lastreada quase que totalmente na sua periculosidade.

Estamos diante de um direito penal do autor, no qual o que deveras caracteriza e define o delito é a maneira de ser do agente, a partir de um traço de sua personalidade.⁹³

Com o desenvolvimento da criminologia, especialmente diante da evolução de um Iluminismo calcado na tolerância, não mais se cogita um direito penal a partir da censura do indivíduo por uma conduta prévia diante da qual já tivesse cumprido a pena. Entretanto, com o advento do paradigma etiológico, da Escola Positiva, passa a ser novamente patrocinado um direito penal do autor, alicerçado na vocação facínora de alguns delinquentes supostamente de elevadíssima periculosidade.

Assim, o fato de o indivíduo ter ignorado a condenação anterior como advertência à conduta delitativa por ele praticada tem como consequência um maior grau de censurabilidade em caso de uma eventual reiteração criminosa, ou seja, a pena será agravada em razão de sua tendência criminosa, fator este alheio ao ato efetivamente praticado.

O reconhecimento da reincidência viola a ponderação que deve existir entre o crime praticado e a sanção aplicada, pois acrescenta uma pena sem culpabilidade, e possibilitando nova penalidade ao fato predecessor.

⁹³ BRUNONI, Nivaldo. *Ilegitimidade do direito penal do autor à luz do princípio da culpabilidade*. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm> Acesso em 09 de setembro de 2015.

Cogitar a reincidência é, portanto, concordar com um direito penal austero e proceder à rotulação de forma que o criminoso passa a ser reconhecido como perverso e inadaptado. Em síntese, a reincidência impõe um estigma que conduz a uma condição social negativa perante a coletividade, o que não só frustra a adaptação do indivíduo, como também incentiva a reiteração de práticas delitivas.⁹⁴

Após essa breve análise, cumpre trazer à baila a brilhante contribuição de Eugênio Raúl Zaffaroni que, como ministro da Corte Suprema Argentina na ocasião do julgamento do processo 6.457/09, Caso Taboada Ortiga, declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que diziam respeito ao agravamento de pena em matéria de reincidência.

“Fica claro que a pena aplicada não guarda relação com a culpabilidade pelo fato, sim, reprova-se o autor pela sua qualidade de reincidente, premissa que denota a aplicação de pautas vinculadas ao direito penal de autor e da periculosidade. Cabe destacar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou que a invocação da periculosidade ‘constitui claramente uma expressão do exercício do ius puniendi estatal sobre a base de características pessoais do agente e não do fato cometido, isto é, substitui o direito penal do fato, típico do sistema penal da sociedade democrática, pelo direito penal de autor, que abre as portas para o autoritarismo, precisamente em uma matéria na qual se acham em jogo bens jurídicos de grande hierarquia. (...) Em consequência, a introdução no texto legal da periculosidade do agente como critério para a qualificação típica dos fatos e para a aplicação de certas sanções, é incompatível com o princípio da legalidade criminal e, por conseguinte, contrário à Convenção Americana de Direitos Humanos”.⁹⁵

Nesse sentido, pertinentes as considerações da professora Carolina Costa Ferreira ao afirmar que “[...] *um aspecto que reforça o argumento de que o sistema penal funciona plenamente para manter os sujeitos selecionados*

⁹⁴ Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm> Acesso em 09 de setembro de 2015.

⁹⁵ CIDH, Série C. Nº 126, *Caso Fermín Ramírez contra Guatemala*. Sentença de 20 de junho de 2005. <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_esp.pdf> Acesso em 09 de setembro de 2015.

sob seu domínio é a imposição de aumento de pena pela reincidência, nos termos do artigo 61, inciso, do Código Penal".⁹⁶

Vale destacar que um sistema democrático de direito não pode permitir que se prescreva o agravamento da sanção a partir de critérios puramente subjetivos, como consequência do o indivíduo "é", mas tão somente pelo que fez. Ou seja, interessa unicamente a conduta lesiva desferida contra o bem jurídico tutelado, pois qualquer providência penal merece guardar proporcionalidade com os fatos, e não com características pessoais do autor. Ademais, avaliar antecedentes criminais para estipular uma sanção penal vai de encontro ao princípio da culpabilidade e do "*ne bis in idem*", implicando em práticas voltadas ao direito penal de autor.

Entendemos, portanto, que adotar a reincidência como forma de agravar a situação do agente é retomar o padrão arcaico de direito penal do autor, fazendo prevalecer métodos que fundamentam a análise dos antecedentes criminais e incentivam a subjetivação excessiva do processo de criminalização e ultrapassando o limite de reprovação da conduta praticada.⁹⁷

3.3. Breve análise da relação entre reincidência e insignificância penal

Até o presente momento, vimos que o princípio da insignificância se aplica a infrações bagatelares, autorizando a exclusão da tipicidade para as ofensas de magnitude ínfima e que revelam exígua idoneidade ou potencialidade ofensiva, ou seja, estamos falando de atipicidade da conduta.

A reincidência, por sua vez, é instituto de ordem subjetiva a ser considerado durante a persecução penal, especialmente no momento da aplicação da pena, em se tratando de fato formal e materialmente típico.

⁹⁶ FERREIRA, Carolina Costa. *Discursos do Sistema Penal: a seletividade no julgamento dos crimes de furto, roubo e peculato pelos Tribunais Regionais Federais do Brasil*. Curitiba: CRV, 2013, p. 110.

⁹⁷ Disponível em <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121931580/reincidencia-como-agravante-da-pena-stf-ignora-jurisprudencia-da-corte-interamericana>>.

Ora, se ao falarmos de insignificância penal não está em jogo a necessidade de persecução processual, por se tratar de atipicidade da conduta, não há sentido em ponderar sobre critérios pessoais do agente, posto que o que realmente interessa em matéria de tipicidade ou atipicidade são os aspectos objetivos do fato praticado, restando irrelevantes quaisquer tendências de ordem subjetiva do autor, tais como reincidência ou antecedentes criminais.⁹⁸

Por ser a insignificância penal elemento suscitante de atipicidade da conduta e que não pondera sobre aspectos de culpabilidade, não há que se falar em embaraços à harmonização entre reincidência e princípio da insignificância.

Entendemos que não poderá recair qualquer sanção penal sob o indivíduo, mesmo em caso de reiteradas ações atípicas, que ensejem em vários comportamentos insignificantes, posto que a lesão ao bem jurídico deve ser avaliada isoladamente, não se permitindo a cumulatividade de inúmeros ataques, a múltiplos bens jurídicos, de forma a constituir um fato típico global.

O ponto crucial aqui é o fato de se tratar de pressuposto associado à intensidade com que o bem jurídico fora afetado, que caso se evidencie ser ínfima, disporá da capacidade de eliminar a conduta da esfera criminal, sem importarem para tanto as condições pessoais do agente ou qualquer outra circunstância estranha ao fato. Considerações estranhas a esse critério contradizem-se com uma ordem penal garantista e seus princípios, em particular, o princípio do Direito Penal do fato.⁹⁹

Nesse sentido, vejamos os argumentos da Ministra Rosa Weber em ocasião do julgamento do RHC 112.694/DF:

“Ressalvo o meu entendimento pessoal porquanto, se a insignificância afeta a tipicidade material, antecedentes criminais não se mostram aptos a inibir a aplicação do princípio, uma vez pertinentes a categoria dogmática estranha

⁹⁸ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. São Paulo, RT, 2013, 105.

⁹⁹ FAYET Jr., Ney. *Criminologia e sistemas jurídicos penais contemporâneos* – 2ª Ed. Rio Grande do Sul: EDIPUCRS, 2011, Cap. XV, p. 323-325.

à tipicidade. Com efeito, a meu juízo, antecedentes criminais, por maior gravidade que ostentem, não ensejam a tipificação criminal de conduta que, pela insignificância da ofensa perpetrada ao bem jurídico protegido, não lhe tenha causado lesão de relevo. Assim, a vida pregressa do indivíduo não se mostra hábil a transformar em crime fato que, pelo dano insignificante causado ao bem jurídico objeto da tutela penal, materialmente não se subsume no tipo previsto em lei..”¹⁰⁰

Ainda nessa perspectiva, meritória a reflexão de Vinícius de Toledo Piza Peluso ao corroborar o entendimento de que haveria erro procedimental crasso na análise de elementos de ordem subjetiva referentes à culpabilidade (réu primário ou reincidente) na oportunidade em que se verifica ou não a valoração do princípio da insignificância devido à sua natureza tão somente objetiva. Por conseguinte, “[...] determinado que o fato é penalmente irrelevante (atípico), pouco importa, para o deslinde da questão, a personalidade do réu, inclusive porque, no momento da tipicidade, o Direito Penal é um direito do fato e não do autor, sendo, assim, indevida qualquer análise da personalidade do acusado”.¹⁰¹

Resta claro, então, que o instituto da reincidência coloca em foco o autor do fato, e não o fato em si e, com isso, fica o questionamento: se a insignificância tem o poder de tornar a conduta atípica, retirando a relevância do fato da esfera penal, como que a reincidência, que avalia requisitos subjetivos, teria o poder de tornar a conduta típica?

3.4. A aplicação do Princípio da Insignificância ao agente reincidente na jurisprudência do STJ e STF

O presente trabalho tem como objetivo provocar uma reflexão sobre a aplicação ou não do princípio da insignificância ao agente reincidente e, conseqüentemente, a importância do contexto estudado para o sistema penal,

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 112.694/DF, Rel Min. Rosa Weber. Em <www.stf.jus.gov.br> Acesso em 23 de abril de 2015.

¹⁰¹ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. *A objetividade do princípio da insignificância*. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/129-109-Dezembro-2001> Acesso em 30 de agosto de 2015.

através da análise de decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, as quais divergem, mesmo quando se referem a casos concretos idênticos.

Ab Initio, cumpre lembrar que o posicionamento dos Tribunais Superiores acerca de questões complexas desenvolvidas em um determinado contexto social é de suma importância, posto que o direito positivo, por si só, não alcança soluções absolutamente satisfatórias.¹⁰²

Na conjuntura ora analisada, imperioso invocar a lição de Maurício Antonio Ribeiro Lopes, que bem aponta o fato de o princípio da insignificância não compor a legislação, seja a codificada ou a extravagante. Por isso é que há de se revelar as circunstâncias de aplicação no caso concreto, buscando firmar uma jurisprudência sólida em torno da matéria.¹⁰³

Mais do que isso, como já apontado alhures, trata-se de uma análise pormenorizada do fato de os Tribunais Superiores demonstrarem diversidade de posicionamento no que tange a aplicação do princípio da insignificância praticado pelo agente reincidente.

O ponto nevrálgico da questão encontra-se no reconhecimento ou não da incidência do princípio da insignificância em casos de reincidência e na dissonância no âmbito dos tribunais superiores e entre seus próprios órgãos fracionários, fator este que dificulta que a orientação dos órgãos do judiciário como um todo, impossibilitando soluções seguras e definitivas da controvérsia.¹⁰⁴

O Supremo Tribunal Federal sustenta que o postulado da insignificância é de suma importância, inclusive como medida de política criminal, na medida em que contribui para um processo de descarcerização e descongestionamento da justiça penal. Assim, deve ser dada ao Direito Penal

¹⁰² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim: *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012 p. 26.

¹⁰³ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95: juizados especiais criminais e jurisprudência atual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.56.

¹⁰⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim: *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p.36.

uma visão mais humanitária, e de forma com que a aplicação do princípio não sugira a ideia da impunidade.¹⁰⁵

Vê-se, com isso, que o sistema jurídico penal deve estar em consonância com as evoluções do Direito Penal, assumindo maior responsabilidade para com a sociedade e os problemas que nela ocorrem, como a intensificação do abarrotamento do sistema carcerário através da massificação dos aprisionamentos, muitos dos quais decorrentes exatamente de crimes de bagatela, que poderiam, sem dúvidas, ser resolvidos em outras esferas do Direito.

Com esse intuito, a Suprema Corte entendeu que o princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: “(a) *mínima ofensividade da conduta do agente*, (b) *nenhuma periculosidade social da ação*, (c) *grau reduzido de reprovabilidade do comportamento*, e (d) *inexpressividade da lesão jurídica provocada*”.¹⁰⁶

Nesse sentido:

“Habeas corpus. 2. Furto qualificado tentado. Produtos de perfumaria. Valor das mercadorias de aproximadamente R\$ 60,00 (sessenta reais). 3. Presença dos quatro vetores apontados no julgamento do HC 84.412/SP, Celso de Mello, para reconhecimento do princípio da insignificância: a) *mínima ofensividade da conduta do agente*; b) *ausência de periculosidade social da ação*; c) *reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento*; e d) *inexpressividade da lesão jurídica provocada*. 4. Ordem concedida de ofício para trancar a ação penal na origem. (HC 118738, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 22/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-229 DIVULG 20-11-2013 PUBLIC 21-11-2013)”.¹⁰⁷

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 104787/RJ, Rel. Min. Ayres Brito. Disponível em <www.stf.jus.gov.br> Acesso em 23 de abril de 2015.

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84.412/SP, Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em <www.stf.jus.gov.br> Acesso em 23 de abril de 2015.

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 11.8738/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em <<http://www.stf.jus.gov.br>> Acesso em 19 de abril de 2014.

Porém, ao acompanhar a evolução e as tendências das políticas criminais e da jurisprudência no nosso ordenamento jurídico, lançando um olhar mais crítico, especialmente no que tange ao entendimento e atuação dos Tribunais Superiores, observa-se uma restrição na interpretação dos institutos da intervenção mínima e da insignificância, sob o fundamento de que uma interpretação irrestrita ensejaria a prática de pequenos delitos, de forma reiterada, o que atentaria contra a ordem social.

Assim, a reincidência ou reiteração delitiva, que é fator de ordem subjetiva, passa a ser um possível obstáculo ao reconhecimento do reduzido grau de reprovabilidade e à insignificância penal da conduta.

No entanto, a relação insignificância-reincidência ainda é controversa, e gera debates devido à diferença de entendimentos acerca da questão.

Como exemplo, afastando a avaliação de aspectos subjetivos do autor do fato para incidência do princípio da insignificância, temos os seguintes julgados do STF:

“Habeas Corpus. 2. Furto. Bens de pequeno valor (R\$ 35,00). Mínimo grau de lesividade da conduta. 3. Aplicação do princípio da insignificância. Possibilidade. Precedentes. 4. Reincidência. Irrelevância de considerações de ordem subjetiva. 5. Ordem concedida. (HC 109870, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 08/11/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-099 DIVULG 21-05-2012 PUBLIC 22-05-2012).”¹⁰⁸

“Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. PACIENTE DENUNCIADO POR TENTATIVA DE FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA DO AGENTE. RECONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA. I – A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a ação atípica, exige a satisfação, de forma concomitante, de certos requisitos, quais sejam, conduta minimamente ofensiva, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica inexpressiva. II – In casu, tenho por preenchidos os requisitos

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 109870/RS, Rel. Min Joaquim Barbosa. Disponível em <www.stf.jus.gov.br> Acesso em 25 de fevereiro de 2014.

necessários ao reconhecimento do crime de bagatela. Isso porque, além da insignificância econômica dos bens subtraídos (R\$ 6,00), deve-se destacar que o crime não chegou a se consumir, de modo que da conduta do agente não adveio nenhum prejuízo efetivo à vítima ou à sociedade. III – Os registros criminais existentes em nome do paciente devem ser examinados cum granus salis, em conjunto com as demais circunstâncias judiciais que envolveram o delito. IV – Ordem concedida para restabelecer a sentença absolutória.

(HC 117903, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 05/11/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-229 DIVULG 20-11-2013 PUBLIC 21-11-2013).”¹⁰⁹

“Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. VALOR DOS BENS SUBTRAÍDOS. INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO. CONTUMÁCIA DE INFRAÇÕES PENAIS CUJO BEM JURÍDICO TUTELADO NÃO É O PATRIMÔNIO. DESCONSIDERAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para se caracterizar hipótese de aplicação do denominado “princípio da insignificância” e, assim, afastar a recriação penal, é indispensável que a conduta do agente seja marcada por ofensividade mínima ao bem jurídico tutelado, reduzido grau de reprovabilidade, inexpressividade da lesão e nenhuma periculosidade social. 2. Nesse sentido, a aferição da insignificância como requisito negativo da tipicidade envolve um juízo de tipicidade conglobante, muito mais abrangente que a simples expressão do resultado da conduta. Importa investigar o desvalor da ação criminosa em seu sentido amplo, de modo a impedir que, a pretexto da insignificância apenas do resultado material, acabe desvirtuado o objetivo a que visou o legislador quando formulou a tipificação legal. Assim, há de se considerar que “a insignificância só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa” (Zaffaroni), levando em conta também que o próprio legislador já considerou hipóteses de irrelevância penal, por ele erigidas, não para excluir a tipicidade, mas para mitigar a pena ou a persecução penal. 3. Trata-se de furto de um engradado que continha vinte e três garrafas vazias de cerveja e seis cascos de refrigerante, também vazios, bens que foram avaliados em R\$ 16,00 e restituídos à vítima. Consideradas tais circunstâncias, é inegável a presença dos vetores que autorizam a incidência do princípio da insignificância. 4. À luz da teoria da reiteração não cumulativa de condutas de gêneros distintos, a contumácia de infrações penais que não têm o patrimônio como bem jurídico tutelado pela norma penal não pode ser valorada, porque ausente a séria lesão à propriedade

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 117903/MG, Rel. Min Ricardo Lewandowski Disponível em <www.stf.jus.gov.br> Acesso em 25 de fevereiro de 2014.

alheia (socialmente considerada), como fator impeditivo do princípio da insignificância. 5. Ordem concedida para restabelecer a sentença de primeiro grau, na parte em que reconheceu a aplicação do princípio da insignificância e absolveu o paciente pelo delito de furto. (HC 114723, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 26/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-222 DIVULG 11-11-2014 PUBLIC 12-11-2014).¹¹⁰

Por outro lado, a Suprema Corte já se pronunciou em direção oposta, tomando os aspectos subjetivos do agente como impedimento à incidência do postulado em questão:

“Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE RECEPÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REPROVABILIDADE E OFENSIVIDADE DA CONDUTA DO AGENTE. REITERAÇÃO CRIMINOSA. ORDEM DENEGADA. I – A aplicação do princípio da insignificância exige a satisfação, de forma concomitante, de certos requisitos, quais sejam, conduta minimamente ofensiva, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica inexpressiva. II – No caso sob exame, a conduta do paciente não pode ser considerada minimamente ofensiva, pois, além de apresentar elevado grau de reprovabilidade, por ser contumaz na prática incriminada, verifica-se que ele é reincidente. III – Ademais, infere-se dos autos que o paciente dá mostras de fazer das práticas criminosas o seu modus vivendi. IV – Na espécie, a aplicação do referido instituto poderia significar um verdadeiro estímulo à prática desses pequenos delitos, já bastante comuns nos dias atuais, o que contribuiria para aumentar, ainda mais, o clima de insegurança hoje vivido pela coletividade. V – Ordem denegada. (HC 120489, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 10/12/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-022 DIVULG 31-01-2014 PUBLIC 03-02-2014).”¹¹¹

Ainda nesse sentido, considerando a relevância ou não dos aspectos subjetivos do agente para aplicar o princípio da insignificância, diz o ministro Og Fernandes, da Sexta Truma do STJ:

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 114723/MG, Rel. Min Teori Zawaski. Disponível em <www.stf.jus.gov.br> Acesso em 02 de setembro de 2015.

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 120489/MG, Rel. Min Ricardo Lewandowski. Disponível em <www.stf.jus.gov.br> Acesso em 25 de fevereiro de 2014.

“Penso que, embora seja possível avaliar a possibilidade de emprego do princípio da insignificância à luz dos referidos critérios, é preciso, hoje, fazer uma nova leitura de tais pressupostos [...]

[...]

É preciso observar que somente a análise do caso concreto revelará a possibilidade de aplicação ou não do referido princípio”.¹¹²

E considerando a relevância ou não dos aspectos subjetivos do agente para aplicar o princípio da insignificância:

“RECURSO EM HABEAS CORPUS. FURTO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE REINCIDENTE. RELEVÂNCIA DA CONDUTA NA ESFERA PENAL. PRECEDENTES DO STJ E STF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- Nos termos de precedente do Supremo Tribunal Federal, firmado no julgamento do HC n. 112.378/SP, proferido pela Segunda Turma, Relator Ministro Joaquim Barbosa, para a aplicação do princípio da insignificância, devem estar presentes, de forma cumulada, os seguintes vetores: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Na espécie, não se verifica a presença dos referidos vetores, quer porque o valor do bem não se apresenta ínfimo, quer por se tratar de paciente reincidente na prática de delitos. Nesse contexto, a reiteração no cometimento de infrações penais se reveste de relevante reprovabilidade e se mostra incompatível com a aplicação do princípio da insignificância, a demandar a atuação do Direito Penal.

- Recurso não conhecido.

¹¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=109585> Acesso em 25 de fevereiro de 2014.

(RHC 57.941/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 29/06/2015".¹¹³

"DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO. COISA DE ÍNFIMO VALOR. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE REPROVABILIDADE SUFICIENTE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL. RECONHECIMENTO.

1. Consoante entendimento jurisprudencial, o "princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentaridade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. (...) Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público." (HC nº 84.412-0/SP, STF, Min. Celso de Mello, DJU 19.11.2004)

2. É insignificante a conduta de tentar furtar bens alheios avaliados em ínfimos R\$ 3,30 (três reais e trinta centavos), não havendo, em tal caso, como reconhecer a tipicidade material do comportamento imputado, que não mostra afetação do bem jurídico.

3. Impetração não conhecida, mas concedida a ordem ex officio para trancar a ação penal.

(HC 317.754/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 18/06/2015)".¹¹⁴

Cumpra lembrar que a reincidência é instituto de ordem puramente subjetiva, pois se baseia em aspectos intrínsecos do indivíduo, e não em características exteriores.¹¹⁵

¹¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 57.941/SC, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em < www.stj.jus.gov.br > Acesso em 02 de setembro de 2015.

¹¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 317.754/SP, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Disponível em < www.stj.jus.gov.br > Acesso em 02 de setembro de 2015.

¹¹⁵ YAROCHEWSKY, Leonardo Issac. *Da Reincidência Criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora. p. 25.

Detectamos aqui um ponto de divergência entre o instituto da reincidência e o princípio da insignificância, visto que o primeiro avalia aspectos subjetivos do indivíduo, e o segundo se baseia em critérios objetivos para o reconhecimento de sua aplicabilidade ou não, conforme demonstrado pelos julgados anteriormente analisados, e pela jurisprudência consolidada pela Suprema Corte.

Ora, se em um primeiro momento o STF criou um padrão para o reconhecimento do princípio bagatelar, não há que se falar em interferência de aspectos subjetivos, que se encontram nitidamente fora do padrão estabelecido para tal. Tão menos pertinente que o STJ entenda de forma diversa, especialmente se lançarmos um olhar crítico em respeito ao princípio da segurança jurídica no nosso direito processual. Não é aceitável essa volatilidade, especialmente no processo penal, tendo em vista que aqui está em jogo a liberdade do indivíduo, um direito fundamental que não deve ser banalizado sob nenhuma justificativa.

O princípio da insignificância, apresentando amplo respaldo doutrinário e jurisprudencial, constituidor de excludente de tipicidade, merece reconhecimento, independentemente de reincidência ou reiteração delitiva, justamente por não traduzir uma lesão relevante, mesmo que formalmente criminalizada a conduta.

Na lição de Paulo Queiroz:

“[...] por traduzir um problema de tipicidade, e não de individualização da pena, o princípio da insignificância deve ser reconhecido, independente da existência de maus antecedentes, reincidência ou continuidade delitiva”.¹¹⁶

Da mesma forma posiciona-se Ivan Luiz da Silva ao concluir que:

“[...] é mister apresentarmos um critério objetivo de reconhecimento da conduta penalmente insignificante visando afastar o empirismo da conceituação “meramente individual ou

¹¹⁶ QUEIROZ, Paulo. Disponível <<http://pauloqueiroz.net/principio-da-insignificancia-e-maus-antecedentes>> Acessado em 07 de maio de 2014.

pessoal de cada autor ou pretor que faça do seu senso de justiça um conceito particular de bagatela”.¹¹⁷

Há de se reconhecer que, para que a conduta seja aceita como insignificante, os fatores de ordem subjetiva, como a reincidência e maus antecedentes, não devem interferir, pois, se fizermos uma interpretação analógica da questão, concluiremos que esses fatores, assim como a culpabilidade, compõem a estrutura interna do tipo (no caso, a tipicidade e a antijuridicidade).

Conclui-se, sem dificuldade, com o surgimento cada vez mais alargado de obstáculos para a aplicação do princípio bagatelar, através de critérios cada vez mais rigorosos estabelecidos livremente pelos nossos Tribunais, que “[...] a criminalidade não é uma qualidade de uma determinada conduta, mas o resultado de um processo de atribuição de tal qualidade, de um processo de estigmatização. A criminalidade é uma etiqueta que se aplica pela polícia, os fiscais e os tribunais penais, quer dizer, pelas instâncias formais de controle social”.¹¹⁸

O princípio da insignificância ou da bagatela propõe que o Direito Penal não atue ao ocorrer uma violação a um o bem jurídico tutelado de forma ínfima. Desse modo, a conduta não se revestiria de tipicidade material, embora aparentemente caracterize o crime em seu aspecto formal. Assim, diante da atipicidade material da conduta, a consequência jurídica é a sua não criminalização. Contudo, esse princípio não possui um fundamento legal; é fruto de uma concepção doutrinária e jurisprudencial, e muitas vezes não é sequer aceito pelo ordenamento jurídico.

O princípio passa prosperar diante de uma especial maneira de se exigir a composição do tipo penal, que necessariamente precisa ser preenchido, por elementos objetivos que levem à percepção da utilidade e da justiça de imposição da pena criminal ao agente. Ausentes esses elementos, não faria sentido a incidência de uma sanção corporal.

¹¹⁷ SILVA, Luiz Ivan. *Princípio da Insignificância no Direito Penal*. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 148.

¹¹⁸ HASSAMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1984. p 82-83.

A reincidência, que pressupõe a reiteração da prática criminosa, processada e com sentença condenatória transitada em julgado, recentemente passou a ser, em alguns casos, óbice à aplicação do aludido princípio, posto que antes, o preenchimento dos critérios objetivos bastava para o reconhecimento da atipicidade material da conduta.

Apesar de os Tribunais passarem a admitir com mais frequência pedidos de reconhecimento do princípio bagatelar, constantemente alteram sua jurisprudência. Observa-se então uma oscilação nos critérios de reconhecimento do princípio. Inicialmente, os critérios objetivos eram a referência para o reconhecimento; posteriormente, passa-se a avaliar a subjetividade do agente (se é reincidente ou não, ou se possui ou não bons antecedentes), para o reconhecimento, no caso concreto, sendo que, a partir de uma análise jurisprudencial tanto do STJ como do STF, conclui-se que não há um consenso se os critérios subjetivos deveriam ou não influenciar a decisão, sobrepondo-se aos critérios objetivos definidos pela Suprema Corte.

O Supremo Tribunal Federal com frequência se posiciona no sentido de ver afastada a apreciação dos aspectos subjetivos do autor do fato, de forma a permitir a incidência do princípio da insignificância, como é o caso do HC 117903/MG, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski.

Por outro lado, a Suprema Corte já se pronunciou em direção oposta, entendendo que os aspectos subjetivos do agente impediriam a incidência do postulado em questão, posicionamento este observado HC 120489/MG, também de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski.

Insta salientar que a partir da análise dos julgados supra, decorreu-se um lapso temporal de pouco mais de um mês, o que por si só já demonstra certa volatilidade e instabilidade do entendimento da Suprema Corte acerca da matéria ora estudada.

Importante observar que, *in casu*, ambas as Cortes não alinham suas jurisprudências para acolher o princípio da insignificância, especialmente em casos em que o agente da conduta desviante é reincidente, e tão pouco

apresentam os Tribunais Superiores entendimento estável e consolidado entre suas turmas e ministros.

Notório então que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal divergem em inúmeros aspectos quando se trata do reconhecimento e da aplicabilidade do princípio da insignificância.

Nessa esteira, conclui-se que ainda estamos longe de obter uma uniformização do entendimento quanto à aplicação do princípio da insignificância pelos Ministros e seus respectivos Tribunais, no que concerne ao tratamento igual para situações fático-jurídicas idênticas.

Cumprir trazer à baila decisão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em sede de *Habeas Corpus*¹¹⁹, de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, que determinou trancamento da ação penal em um caso de furto de uma barra de chocolate, na qual o paciente era reincidente.

Como bem apontou o Ilustríssimo Ministro, “[...] *Nem a reincidência nem a reiteração criminosa, tampouco a habitualidade delitiva, são suficientes, por si sós e isoladamente, para afastar a aplicação do denominado princípio da insignificância.*”¹²⁰

A partir da decisão supra, o STJ colabora com um debate que em seguida fora remetido ao Plenário do Supremo Tribunal Federal pelo Ministro Luis Roberto Barroso, com o intuito de definir parâmetros para a aplicação da insignificância. Em seu voto, o ministro afirma que, não raro as decisões do próprio STF são conflitantes umas com as outras.¹²¹

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, ao concluir o julgamento da matéria remetida ao Pleno, em análise conjunta de três *Habeas Corpus* (HC 123.734, HC 123.108, HC 123.533) impetrados na ocasião de decisões que

¹¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 299185/SP, Rel. Min. Sebastião Reis. Disponível em <www.stj.jus.br>, acesso em 15 de setembro de 2015.

¹²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/Print/pt_BR/noticias/noticias/%C3%9Altimas/Sexta-Turma-reconhece-insignific%C3%A2ncia-em-furto-praticado-por-reincidente> Acesso em 15 de setembro de 2015.

¹²¹ CONSULTOR JURÍDICO. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-set-24/turma-stj-aplica-insignificancia-reu-reincidente>> Acesso em 15 de setembro de 2015.

mantiveram a condenção dos respectivos pacientes por furto, e afastaram a aplicaão do aludido princpio, no concluiu por uma tese que oriente a jurisprudncia acerca do reconhecimento da insignificncia, porcm restou estabelecida a orientao de que a reincidncia, por si s, no estaria apta a obstar, de plano, o reconhecimento do princpio.¹²²

Como demonstrou brilhantemente o Ministro Luis Roberto Barroso em seu voto, a manuteno no crcere de pessoas condenadas por condutas bagatelares no a melhor soluo que o Estado pode apresentar, sendo, portanto, imperiosa a aplicaão do princpio da insignificncia para os casos em anlise.

Ainda assim, as teses no foram expressamente endossadas pela maioria do tribunal, preponderando ento o posicionamento do Ministro Teori Zavascki que, em seu voto, entendeu que, por haver reincidncia e em razo das condutas dos condenados, o princpio da bagatela no poderia ser reconhecido, nem aplicado.

Como j frisado, o instituto da reincidncia h de ser analisado inclusive do ponto de vista da (*in*)constitucionalidade, pois trata-se de violao do princpio do *ne bis in idem*.¹²³

A sociedade sofre diariamente com a deficincia na seleo e interpretao em matria de legislao penal, do ponto de vista constitucional, principalmente as classes mais baixas, o que nos faz retomar constantemente a controvrsia acerca do princpio que resgata a teoria do bem jurdico, mormente em relao aos crimes contra a propriedade. O maior empecilho a falta de critrios universais calcados na igualdade para a sua efetiva consagrao.¹²⁴

¹²² BRASIL. Superior Tribunal Federal. Informativo N 793/ STF. Disponvel em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo793.htm>> Acesso em 14 de setembro de 2015.

¹²³ STRECK, Lnio Luiz. *Direito penal do fato ou do autor? A insignificncia e a reincidncia*. Disponvel em <<http://www.conjur.com.br/2014-out-09/senso-incomum-direito-penal-fato-ou-autor-insignificancia-reincidencia>> Acesso em 09 de setembro de 2015.

¹²⁴ STRECK, Lnio Luiz. *Direito penal do fato ou do autor? A insignificncia e a reincidncia*. Disponvel em <<http://www.conjur.com.br/2014-out-09/senso-incomum-direito-penal-fato-ou-autor-insignificancia-reincidencia>> Acesso em 09 de setembro de 2015

Analisar todas as minúcias doutrinárias, legais e jurisprudenciais da estruturação deste juízo não é tarefa fácil. Porém, espera-se que o caminho percorrido até então conduza a melhores formas de se desenhar o princípio da insignificância e sua aplicação por nossos tribunais superiores, auxiliando na busca de um Direito Penal menos opressor, mais equânime e estável.¹²⁵

Portanto, como já frisado sustenta-se a ideia de que, em se tratando de conduta penalmente desprezível, imperioso se faz o reconhecimento do princípio da insignificância, independente de circunstâncias subjetivas como a reincidência ou os maus antecedentes, pois nada representam no mundo jurídico, já que o primordial a ser considerado é o desvalor da conduta e do resultado para fins de exclusão de tipicidade.

¹²⁵ LUZ, Yuri Corrêa da. REVISTA DIREITO GV, SÃO PAULO 8(1) | 2012, janeiro-junho, p.203-234.

Conclusão

O princípio da insignificância ou da bagatela propõe que o Direito Penal não atue ao ocorrer uma violação a um o bem jurídico tutelado de forma ínfima. Desse modo, a conduta não se revestiria de tipicidade material, embora aparentemente caracterize o crime em seu aspecto formal. Assim, diante da atipicidade material da conduta, a consequência jurídica é a sua não criminalização. Contudo, esse princípio não possui um fundamento legal; é fruto de uma concepção doutrinária e jurisprudencial, e muitas vezes não é aceito pelo ordenamento jurídico.

A reincidência, instituto de caráter puramente subjetivo que remete a um direito penal do autor, pressupõe a reiteração da prática criminosa, processada e com sentença condenatória transitada em julgado, e recentemente passou a ser, em alguns casos, óbice à aplicação do aludido princípio, posto que antes, o preenchimento dos critérios objetivos bastava para o reconhecimento da atipicidade material da conduta.

O Supremo Tribunal Federal com frequência se posiciona no sentido de ver afastada a apreciação dos aspectos subjetivos do autor do fato, de forma a permitir a incidência do princípio da insignificância.

Por outro lado, a Suprema Corte já se pronunciou em direção oposta, entendendo que os aspectos subjetivos do agente impediriam a incidência do postulado em questão.

No mesmo sentido observam-se diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça.

Importante observar que ambas as Cortes não alinham suas jurisprudências para acolher o princípio da insignificância, especialmente em casos em que o agente da conduta desviante é reincidente, e tão pouco apresentam os Tribunais Superiores entendimento estável e consolidado entre suas turmas e ministros.

Notório então que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal divergem em inúmeros aspectos quando se trata do reconhecimento e da aplicabilidade do princípio da insignificância.

Nessa esteira, conclui-se que ainda estamos longe de obter uma uniformização do entendimento quanto à aplicação do princípio da insignificância pelos Ministros e seus respectivos Tribunais, no que concerne ao tratamento igual para situações fático-jurídicas idênticas.

Notório que a premissa da reincidência, utilizada como óbice ao reconhecimento e aplicação do princípio da insignificância, se mostrara contraditória e inconsistente, diante das divergências encontradas, tornando cada vez mais difícil definir com exatidão os requisitos necessários para a incidência do instituto.

Porém, a observância a princípios como o da insignificância e da intervenção mínima pode contribuir para a evolução de um Direito Penal capaz de reduzir a criminalidade e enfrentar questões como a elevada população carcerária, já que, nos tempos de hoje, em matéria de políticas criminais e criminológicas, a intervenção mínima pode ser vista como um dos objetivos primordiais, através da busca por uma maior racionalidade dos aparatos estatais utilizados, além de uma análise profunda do contexto social no controle da conduta desviante.

Nesse sentido, é necessário que ocorra um rígido controle do Sistema Penal no momento em que se decide por processar um determinado crime e aplicar ao agente duras penas, especialmente as restritivas de liberdade, pois estas podem acarretar um efeito devastador para o indivíduo.

Não podemos esquecer que o Direito Penal é a *ultima ratio*, ou seja, deve ser último ramo do direito na busca de uma solução, configurando-se, assim, a sua subsidiariedade, sendo seu objetivo primordial a proteção dos valores éticos de uma sociedade e, conseqüentemente, a função preventiva

Referências

ANDRADE, André Lozano. *Os problemas do direito penal simbólico em face dos princípios da intervenção mínima e da lesividade*. Revista liberdades nº 17, Setembro/2014. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *O Princípio da insignificância nos crimes contra o patrimônio e contra a ordem econômica: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: FAPESP, 2012.

BRASIL. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf> Acesso em 31 de maio de 2015.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7209.htm> Acesso em 23 de abril de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. <www.stj.jus.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. <www.stf.jus.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Notícias STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=235084>> Acesso em 25 de agosto de 2015.

BRUNONI, Nivaldo. *Ilegitimidade do direito penal do autor à luz do princípio da culpabilidade*. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm> Acesso em 09 de setembro de 2015.

BRUTTI, Roger Spode. *O princípio da insignificância frente ao poder discricionário do delegado de polícia* <<http://jus.com.br/artigos/9145/o-principio-da-insignificancia-frente-ao-poder-discricionario-do-delegado-de-policia>>. Acesso em 23 de março de 2015.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal- Parte Geral*. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.1.

CARVALHO, Salo. *Reincidência e antecedentes criminais: abordagem crítica desde o marco garantista*, Disponível em Revista de Estudos Criminais, POA: Nota Dez/ITEC, 2001.

CERVINI, Raul. *O processo de descriminalização*. São Paulo, RT, 2002.

FABRINI, Mirabete. *Manual de Direito Penal- Parte Geral*. 27ª Ed. São Paulo: Atlas-AS, 2011, v. 1.

FERRAJOLI. *Garantismo- Uma discussão sobre direito e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantias e direito penal*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais: RBEC, Belo Horizonte, v. 7, n. 26, maio/ago. 2013.

FERREIRA, Carolina Costa. *Discursos do Sistema Penal: a seletividade no julgamento dos crimes de furto, roubo e peculato nos Tribunais Regionais Federais do Brasil*. Curitiba: CRV, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. *Desvalor da ação e desvalor do resultado*. <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121923734/desvalor-da-acao-e-desvalor-do-resultado>> Acesso em 23 de abril de 2015.

GOMES, LUIZ Flávio. *As grandes transformações do direito penal tradicional*. São Paulo. RT, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. São Paulo, RT, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. DONATI, Patricia. CHRISTÓFARO, Danilo. *Princípio da insignificância: atipicidade material não se confunde com exclusão da punibilidade*. <<http://www.lfg.com.br>> Publicado em 04 junho 2009. Acesso em 24 de abril de 2015.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. Niterói: Impetus, 2009, v.1.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. São Paulo, RT, 1997.

GRECO, Rogério. *Direito penal do inimigo* <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1029>> Acesso em 21 de março de 2015.

HASSAMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1984.

JUNQUEIRA, Gustavo Otaviano Diniz. *Finalidades da Pena*. Barueri: Manole, 2004

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro Lopes. *Princípio da Insignificância no Direito Penal: análise à luz da lei 9.099/95- Juizados Especiais Criminais e a jurisprudência atual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LUZ, Yuri Corrêa. REVISTA DIREITO GV, SÃO PAULO 8(1) | 2012, janeiro-junho.

MACHADO, Ivja Neves Rabelo. *Apontamentos acerca do bem jurídico protegido pelo direito penal econômico*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,apontamentos-acerca-do-bem-juridico-protegido-pelo-direito-penal-economico,51831.html>> Acesso em 26 de abril de 2015.

MACHADO, Vitor Gonçalves. *Sobre a relevância do princípio da ofensividade para o Direito Penal moderno*. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. INAIS - IBCCRIM. Tribuna Virtual – Ano 01, Ed. nº 04, Maio de 2013

MASON, Kleber. *Direito Penal- Parte Geral*, 3ª Ed. São Paulo: Método, 2010, v.1.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito Penal do Inimigo - a Terceira Velocidade do Direito Penal*, 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2008.

QUEIROZ, Paulo. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte: 2ª Ed, Del Rey, 2002.

QUEIROZ, Paulo. *Princípio da insignificância e maus antecedentes*. Disponível em <http://pauloqueiroz.net/principio-da-insignificancia-e-maus-antecedentes>>. Acesso em 07 de maio de 2014.

REALE, Miguel. *Teoria do delito*. 2ª Ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ROBERTI, Maura. *A intervenção mínima como princípio no direito penal brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2001.

SANTOS, Cleopas Isaías. *Alguns apontamentos sobre as vinculações filosóficas e constitucionais do conceito material de crime*. Revista Liberdades nº 07, Maio-Agosto de 2011. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Política Criminal: Realidades e Ilusões do Discurso Pena*. <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/realidades_ilusoes_discurso_penal.pdf> Acesso em 02 de maio de 2015

SANTOS, Juarez Cirino. *A reforma penal: crítica da disciplina legal do crime*. Publicado em: Tribuna Virtual, Ano 01. Ed nº 01. Janeiro/Fevereiro de 2013.

SCARANCE, ANTÔNIO Fernandes. *Processo Penal Constitucional*. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2012.

SILVA, Luiz Ivan. *Princípio da Insignificância no Direito Penal*. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

STRIP, Álvaro. *Garantismo*. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br>> Acesso em 03 de março de 2015.

STRECK, Lênio Luiz. *Direito penal do fato ou do autor? A insignificância e a reincidência*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-out-09/senso-incomum-direito-penal-fato-ou-autor-insignificancia-reincidencia>> Acesso em 09 de setembro de 2015.

TIVERON, Raquel. *Justiça Restaurativa*. Brasília: Thesaurus, 2014.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 1994.

WELZEL, Hanz. *O Novo Sistema Jurídico-penal- Uma Introdução à Doutrina da Ação Finalista*. Trad: Luiz Regis Prado. RT, 2011,

YAROCHEWSKY, Leonard Issac. *Da Reincidência Criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

ZEIDAN, Rogério. *Ius Puniendi, Estado e Direitos Fundamentais: aspectos de legitimidade e limites da potestade punitiva*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.