



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciência Jurídicas e Sociais – FAJS
Curso de Direito

NATARI JÉSSICA DA COSTA LIMA

**RECONHECIMENTO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL NA PRESENÇA
DA REINCIDÊNCIA**

Brasília
2016

NATARI JÉSSIKA DA COSTA LIMA

**RECONHECIMENTO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL NA PRESENÇA
DA REINCIDÊNCIA**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília

Orientador: Professor Marcus Vinicius

Brasília

2016

COSTA LIMA, Natari Jéssika.

Reconhecimento da Insignificância Penal na presença da
reincidência.

... fls.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso
de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília-
UniCEUB.

Orientador: Professor Marcus Vinicius

NATARI JÉSSIKA DA COSTA LIMA

**RECONHECIMENTO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL NA PRESENÇA
DA REINCIDÊNCIA**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília

Orientador: Professor Marcus Vinicius

Brasília, de de 2016.

Banca Examinadora

**Marcus Vinicius
Orientador**

Examinador

Examinador

Aos meus pais (Gilson Fleury Moreira e Suelene Patrícia de Lima) e à minha avó materna, por terem me apoiado ao longo de toda minha caminhada e acreditarem incondicionalmente no meu sucesso.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à Deus, que me iluminou durante toda esta jornada, me amparando e sustentando durante os momentos difíceis.

Ao professor Marcus Vinicius, por todo o apoio, compreensão e ensinamentos ao longo do semestre de produção deste trabalho.

Aos meus pais e minha avó materna pelo carinho e apoio que me deram ao longo do trajeto até a conclusão do meu curso.

Aos meus colegas e amigos, em especial ao João Pedro, Carolina e Antônia, pelo auxílio e força que sempre me deram.

“A norma está inscrita entre as ‘artes de julgar’, ela é um princípio de comparação. Sabemos que tem relação com o poder, mas sua relação não se dá pelo uso da força, e sim por meio de uma espécie de lógica que se poderia quase dizer que é invisível, insidiosa.” (Michel Foucault)

RESUMO

O Reconhecimento da Insignificância Penal na Presença da Reincidência propõe a análise do Princípio da Insignificância, bem como, as características subjetivas do autor da conduta. A Insignificância Penal tem sua concepção prevista em doutrinas e jurisprudências, sendo um dos princípios do Direito Penal e estando implícita no ordenamento jurídico penal. O Supremo Tribunal Federal estipulou quatro vetores para delimitar a caracterização da Insignificância sendo necessário para a aplicação desse princípio a mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a relativa inexpressividade da lesão jurídica. As características subjetivas do autor da conduta está relacionada a reincidência e os maus antecedentes, sendo que a reincidência poderá ser caracterizada como agravante na hora da fixação da pena se não tiver decorrido o lapso temporal de 5 anos. O presente trabalho analisa a possibilidade da aplicação do Princípio da Insignificância para réus reincidentes, relatando o porquê da negação desse reconhecimento quando utilizada a justificativa da análise do comportamento do agente e se esta justificativa é plausível para o reconhecimento da Insignificância, uma vez que, este tem como característica a análise da conduta e não das características do agente da conduta.

Palavras chave: Reconhecimento da Insignificância Penal. Reincidência. Princípio da Insignificância. Características subjetivas do autor da conduta.

ABSTRACT

The recognition of the Principle of Criminal Insignificance in relation with recidivism requires an analyses of the the first principle, as well as subjective characteristics pertaining to the the one responsible for the conduct. This Principle of Insignificance has it's characteristics and peculiarities addressed in the doctrine and jurisprudence, being a principle in Criminal Law while also being implicit in the criminal legal order. The Brazilian Supreme Federal Court established four vectors to assist on the framing of the Insignificance: being necessary to apply such concept to the minimum offensiveness of the conduct of the actor, no imminent danger to society, the reduced level of disapproval of the behaviour, and the relative meaninglessness of legal damage. The subjective characteristics of the autor of the conduct are related to recidivism and a the criminal background, and the first one can be considered as an aggravating circumstance when it comes to setting the penalty, if not past five years. This thesis analyses the possibility of application of the Principle of Insignificance for recidivist defendants, it also explains why the refusal of such a principle, when used with with justification that the behaviour of the actor is being taken into consideration, and if the justification is reasonable to the recognition of the Principle of Insignificance, once such a principle has the element of analysing of the conduct instead of the characteristics of the actor of the conduct itself.

Keywords: Principle of Insignificance for criminal law, recidivism, subjective characteristics of the actor of the conduct.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.....	13
1.1. Origem Histórica e Conceito.....	13
1.2. Pressupostos da Insignificância.....	16
1.2.1 Subsidiariedade do Direito Penal.....	16
1.2.2. Fragmentariedade do Direito Penal.....	18
1.2.3. Concepção material de ilicitude.....	21
1.2.4. Desvalor da conduta e do resultado.....	25
1.3. Insignificância como diretriz de interpretação da norma penal	27
1.4. Princípio da ofensividade.....	31
1.5. Insignificância: juízo de atipicidade.....	32
1.6. Requisitos para o reconhecimento da insignificância segundo o STF.....	33
2. REINCIDÊNCIA.....	37
2.1. Conceito, características subjetiva do autor e aplicação da reincidência.....	37
2.2. Diferença entre reincidência e maus antecedentes.....	41
2.3. Condenação definitiva que não mais servem para caracterizar a reincidência.....	42
3. INSIGNIFICÂNCIA PENAL E REINCIDÊNCIA.....	45
3.1. Distinção do âmbito de atuação da Insignificância e da Reincidência.....	45
3.2. STF X STJ em relação a aplicação ou não da Insignificância em caso de agente reincidente.....	47
CONCLUSÃO.....	52
REFERÊNCIAS.....	54

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como objetivo analisar o reconhecimento da Insignificância Penal na presença da reincidência, verificando os principais aspectos do Princípio da Insignificância e da Reincidência e a aplicação deste princípio quando se há condutas ínfimas, mas o agente é reincidente.

Primeiramente irá se perceber que a concepção do princípio da insignificância vem a partir de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, no qual foi colacionado pelo Supremo Tribunal Federal quatro principais requisitos para se aplicar esse princípio, adotando o Superior Tribunal de Justiça a mesma conceituação.

A doutrina afirma que para a caracterização da insignificância é necessário que a conduta do agente não cause lesão ou nenhuma lesão ao bem jurídico, entendendo que as condutas consideradas ínfimas e de menor grau de reprovabilidade, não ensejam a aplicação do tipo penal por se analisar a conduta materialmente, tornando-se assim uma conduta atípica, que seria a extinção da punibilidade do agente em razão da atipicidade da conduta pela aplicação do princípio da insignificância.

Já o Supremo Tribunal Federal ao acreditar que apenas a conceituação de condutas ínfimas ao bem não seria totalmente eficaz, pois dentro desta conceituação poderia se incluir crimes que na verdade não poderia ter a exclusão de sua tipicidade, firmou o entendimento de que para a aplicação desse princípio é necessário analisar todos os quatro vetores elencados, compreendendo que um crime que tenha uma ofensividade mínima da conduta do agente, não representando, assim, uma periculosidade social, obtendo-se do ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e não implicando na lesão expressiva ao bem jurídico tutelado, seria cabível a concessão da extinção de punibilidade pelo princípio da insignificância. Pois, tal conduta não ensejaria nenhum resultado que gerasse qualquer ameaça à saúde do agente ou a incolumidade pública

Após toda análise do Princípio da Insignificância, os seus aspectos e precedentes, bem como, a aplicação unicamente deste em condutas de menor valor e grau de ofensividade ao bem jurídico penal, passa-se a analisar a reincidência por si só.

A reincidência é uma agravante elencada no Código Penal, sendo uma característica subjetiva do autor da conduta e se conceitua a partir do entendimento de que: transitado em julgado sentença condenatória e praticado novo delito se caracteriza a reincidência do réu.

Por fim, analisa-se se é possível a aplicação do princípio da insignificância em condutas ínfimas, mas praticadas por réu reincidente ou que possui maus antecedentes. Passa-se a observar que há uma grande divergência entre os Tribunais Superiores e até entre suas próprias Cortes de cada Turma quanto a aplicação desse princípio quando se há agente reincidente, não havendo um entendimento pacífico ainda quanto a este assunto nos referidos Tribunais.

Assim, irá verificar que o Supremo Tribunal Federal entende que se aplica a insignificância conforme cada caso concreto e o Superior Tribunal de Justiça a depender da Turma, irá reconhecer ou não o princípio da insignificância de acordo com a relevância social ou a materialidade do crime.

1. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Preliminarmente, com o intuito de proporcionar uma melhor compreensão da presente pesquisa acadêmica, é necessário conceituar e contextualizar as origens históricas do Princípio da Insignificância, também chamado de Criminalidade de Bagatela.

Nesse sentido, os próximos tópicos farão um apanhado conceitual e histórico, analisando as principais questões abordadas pela doutrina acerca dessa temática.

1.1. Origem Histórica, Conceito e Significado

Segundo Rebêlo, o conceito da Insignificância não está previsto em leis, este surgiu de uma concepção doutrinária e jurisprudencial que procurou firmar quesitos para que o princípio tivesse uma boa conceituação.¹

O Princípio da Insignificância, também conhecido como Criminalidade de Bagatela, possui algumas controvérsias doutrinárias em relação a sua origem histórica, possuindo algumas teses.²

A primeira corrente sustenta que este princípio originou-se do Direito Romano, pois, a máxima *minima non curat pretor* utilizado na época era o que iria definir hoje como Princípio da Bagatela, uma vez que, este axioma significava que um julgador não poderia levar em consideração causas ou fatos insignificantes ao direito, apenas tutelar aqueles casos mais relevantes para o nosso ordenamento.³

Já a segunda corrente alega que, não seria possível a Criminalidade de Bagatela ter surgido a partir do brocardo *mínima non curat praetor*, já que, este surgiu a partir do Direito Privado Romano. Ou seja, não compreende que não é razoável se aplicar tal expressão latina, pois em regra, o direito penal é público e

¹ RÊBELO, José Henrique Guaracy. *Princípio da Insignificância: interpretação jurisprudencial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 33, afirma que: “o conceito de delito de bagatela não está na dogmática jurídica, (...). Nenhum instrumento legislativo ordinário ou constitucional define-o ou ataca-o formalmente, podendo ser inferido na exata proporção em que se aceitam limites para interpretação constitucional e das leis em geral. Seria de criação exclusivamente doutrinária e pretoriana”.

² SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. 1ª ed (ano 2004). 5ª tiragem (ano 2008). Curitiba: Juruá, 2008, p. 87-89.

³ Ibidem, p. 87-89.

para se aplicar uma tese de direito privado seria necessário uma peculiaridade específica para esclarecer a falta de algumas medidas na área penal.⁴

Dessa maneira, Lopes entende que o Princípio da Insignificância é inerente ao Direito Penal, surgindo com a reflexão jurídica dos jusfilósofos iluministas, não podendo, portanto, ser associado com aformismo *mínima non curat pretor*.⁵

Com o passar dos anos, ao se analisar que o conjunto de leis estava sendo abusivo na aplicação da pena, a expressão latina *mínima non curat pretor* veio se aperfeiçoando. Assim, em 1964, o Princípio da Insignificância, em matéria penal, foi elaborado pelo dogmático alemão Roxin, argumentando a necessidade de uma aplicação da legislação mais justa.⁶

No entanto, apesar de haver vários entendimentos sobre a origem histórica do Princípio da Insignificância, somente estes dois entendimentos citados, um no qual acredita que a Insignificância surgiu da máxima *mínima non curat pretor* e outra contrária a este pensamento⁷, é o suficiente para que se possa dar início ao significado deste princípio.

Contudo, mesmo existindo várias conceituações doutrinárias sobre a Criminalidade de Bagatela podemos primeiramente observar que este princípio sobrevém do Princípio da Intervenção Mínima e da Fragmentariedade.⁸

O princípio da intervenção mínima procura tutelar os bens jurídicos que são fundamentais a um Estado Democrático de Direito, ou seja, o direito penal deve ser tutelado pela intervenção mínima devendo-o se aplicar quando for estritamente necessário, para ser mais eficiente.⁹

Já o princípio da fragmentariedade vem para dizer que o direito penal não se destina a reger ou tutelar todos os bens jurídicos, mas apenas aquele conjunto de bens tido como mais relevante ao convívio social e ao Estado Democrático de

⁴ SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. 1ª ed (ano 2004). 5ª tiragem (ano 2008). Curitiba: Juruá, 2008, p. 89.

⁵ Ibidem, p. 89.

⁶ Ibidem, p. 87.

⁷ Ibidem, p. 87-89.

⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 68.

⁹ Ibidem, p. 52.

Direito.¹⁰

Sendo assim, estes dois princípios são os basilares para a Insignificância, pois, o direito penal no princípio da bagatela procura não tutelar atos que sejam considerados ínfimos tanto para não ferir o princípio da intervenção mínima, quanto para ser justo nas aplicações das penas, tornando-se fragmentário ao designar os bens a serem protegidos.¹¹

No entanto, o Princípio da Insignificância poderá ser classificado em duas hipóteses que será a Insignificância absoluta ou propriamente dita ou a Insignificância relativa ou imprópria. A absoluta será quando não houver grau de reprovabilidade pela sociedade, ou seja, o fato foi tão vil para a sociedade que o direito penal não merece ser aplicado à norma. Já a relativa significa que apesar do fato não caracterizar a insignificância se for analisá-lo com os outros ocorridos ele se tornará irrelevante.¹²

Portanto, o que se compreende é que não se deve usar o direito penal para tutelar coisas ínfimas, ou seja, situações que possuam pouca ou nenhuma relevância para a coletividade. Assim como, deve se observar também que muitas vezes é possível a tutela penal, mas não é razoável a aplicação de tal tutela ao caso concreto.¹³

Silva argumenta que o Princípio da Insignificância tem como função principal a interpretação das leis em cada caso, analisando e averiguando o melhor entendimento:¹⁴

“Em face da função interpretativa do Princípio da Insignificância podemos afirmar que seu conteúdo jurídico consiste em interpretar a lei penal com base na equidade e em critérios de razoabilidade para restringir amplitude abstrata do tipo penal.”¹⁵

Isso posto, o Princípio da Bagatela busca aplicar um julgamento mais justo de modo a se ponderar o fato ocorrido, e não, de forma que a aplicação da lei deixe de ser utilizada. Logo, o que se percebe é que este princípio deve ter uma

¹⁰ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 64

¹¹ *Ibidem*, p. 68.

¹² RÊBELO, José Henrique Guaracy. *Princípio da Insignificância: interpretação jurisprudencial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 41.

¹³ *Ibidem*, p. 41.

¹⁴ SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. 1ª ed (ano 2004). 5ª tiragem (ano 2008). Curitiba: Juruá, 2008, p. 109.

¹⁵ *Ibidem*, p. 109.

interpretação axiomática, adequada para cada caso concreto procurando sempre se manter a equidade do julgamento.¹⁶

Desse modo, o operador do direito penal vai se deparar com situações onde em tese seria possível aplicar o direito penal, mas terá que analisar se aquela situação é suficientemente importante ao ponto que o direito penal, que deve ter a intervenção mínima, venha a ser usado no caso concreto.¹⁷

1.2 Pressupostos da Insignificância

O Princípio da Insignificância é aplicado aos crimes considerados atípicos por serem condutas ínfimas ao bem jurídico tutelado, assim o emprego deste princípio em condutas consideradas atípicas exclui a tipicidade penal gerando a absolvição do indivíduo que praticou a conduta.¹⁸

Mas para a aplicação da Criminalidade de Bagatela faz-se necessário analisar seus pressupostos como a subsidiariedade e a fragmentariedade do direito penal, bem como a concepção material de ilicitude e o desvalor da conduta e do resultado.

1.2.1. Subsidiariedade do Direito Penal

A subsidiariedade do direito penal vem para tutelar que o direito penal por ser subsidiário não poderá ser a primeira fonte a ser aplicada, justamente por tutelar bens jurídicos fundamentais para manter a sociedade em equilíbrio e boa convivência.¹⁹

Isto é, o intuito da subsidiariedade do direito penal é aplicar o tipo penal somente a bens jurídicos estritamente necessários e fundamentais, que não possam ser amparados por outra área do ordenamento jurídico.²⁰ Pois, o direito penal sendo subsidiário torna mais efetiva e justa a aplicação de penalidades.

¹⁶ SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. 1ª ed (ano 2004). 5ª tiragem (ano 2008). Curitiba: Juruá, 2008, p. 109.

¹⁷ Ibidem, p. 109-110.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Princípio da Insignificância (crime de bagatela)*. Glossário Jurídico. <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=P&id=491>>. Acesso em: 15 de fev. de 2016.

¹⁹ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 82.

²⁰ Ibidem, p. 82-83.

Nader argumentava que “ao definir as infrações, a Dogmática Penal lida com o mínimo ético, ou seja, com os princípios morais mais relevantes e essenciais ao bem-estar da coletividade”. Assim, o direito penal é um ramo que visa proteger os bens jurídicos fundamentais de cada indivíduo, bem como o da sociedade, procurando sempre manter o controle social.²¹

Greco assegura que a consolidação das bases e limites da tutela penal, previstas na Carta Magna, traz consigo os bens fundamentais a um indivíduo, como o “direito à vida, a propriedade, a liberdade, entre outros”.²² Nessa esteira, Queiroz corrobora o mesmo pensamento.²³

De acordo com Greco é importante ressaltar que a Constituição tem duplo papel:²⁴

“Se de um lado orienta o legislador, elegendo valores considerados indispensáveis à manutenção da sociedade, por outro, segundo uma concepção garantista do Direito Penal, impede que esse mesmo legislador, com uma suposta finalidade protetiva de bens, proíba ou imponha determinados comportamentos, violando direitos fundamentais atribuídos a toda pessoa humana, também, consagrados pela Constituição.”²⁵

Por essa razão, ressalta-se que o Direito Penal vem se modificando a cada dia de acordo com a realidade, ou seja, a tutela penal vem se adaptando aos padrões impostos pela sociedade. Portanto, o que era considerado como crime passa a não ter mais aquela valoração como antes, como por exemplo, o crime de adultério²⁶ – sobre esse conceito Holanda define como “infidelidade conjugal; amantismo, prevaricação”.²⁷

Assim, como afirma Queiroz: “descriminalizar condutas não significa

²¹ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 357

²² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 05.

²³ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal – introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 17-18. Afirma que: “É a Constituição que delinea o perfil do Estado, assinalando os fundamentos, objetivos e princípios basilares (particularmente, arts. 1º ao 5º da CF) que vão governar a sua atuação. Logo, como manifestação da soberania do Estado, o direito e, em especial, o direito penal partem da anatomia política (Focault), devem expressar essa conformação político-jurídico (estatal) ditada pela Constituição, mas, mais do que isso, devem traduzir os valores superiores da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da justiça e da igualdade, uma vez que o catálogo de direitos fundamentais constitui, como ressalta Gómez de la Torre, o núcleo específico de legitimação e limite da intervenção penal e que, por sua vez, delimita o âmbito do punível nas condutas delitivas”.

²⁴ GRECO, op. cit., p. 05.

²⁵ Ibidem, p. 05.

²⁶ Ibidem, p. 05.

²⁷ HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 3ª. Ed. Curitiba: Positivo, 2004.

liberá-las”, apenas reconhecer que tais condutas não carecem mais de toda proteção da tutela penal.²⁸

Dessa maneira, o direito penal não pode ser a primeira opção de tutela e controle social, este deve ser a última, só se usa o direito penal quando impossível for a tutela da coletividade por outros ramos do meio jurídico.²⁹

Logo, a subsidiariedade do direito penal, também chamada de necessidade do direito penal, significa que só se deve usar o direito penal quando for impossível a tutela da situação por qualquer outro ramo do ordenamento jurídico brasileiro, devendo o direito penal ser considerado sempre a última linha de defesa.³⁰

Com isso, conforme afirma Roxin:

“[...] não se pode castigar – por falta de necessidade – quando outras medidas de política social, ou mesmo as próprias prestações voluntárias do delinquente, garantam uma proteção suficiente dos bens jurídicos e, inclusivamente, ainda que se não disponham de meios mais suaves, há que renunciar – por falta de idoneidade – à pena quando política e criminalmente inoperante, ou mesmo nociva.”³¹

Sendo assim, a aplicação do direito penal sempre deve ser subsidiária para que se possa prevalecer o controle social e para que não haja um aumento ou agravamento da marginalização do homem, procurando manter esta aplicabilidade do direito penal como a *ultima ratio*, ou seja, último recurso.³²

1.2.2. Fragmentariedade do Direito Penal

O princípio da fragmentariedade do Direito Penal serve para restringir

²⁸ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 74

²⁹ Ibidem, p. 71. Nesse diapasão Queiroz afirma que: “a proibição penal é, em fim, conforme a síntese de Soler, a culminação, e não o começo da ilicitude. É um *posterius*, porque só deve ser aplicada como reforço e complemento às sanções extrapenais. Representa só uma parte secundária do direito, que não teria sentido algum sem a ordem jurídica restante; pois, sanção dos outros direitos, não os pode garantir diante do seu estabelecimento: a sanção deve necessariamente vir depois do reconhecimento do direito a proteger. Conclusivamente, o direito penal é o braço armado da Constituição Nacional e, portanto, o último guardião da juridicidade”.

³⁰ Ibidem, p. 71.

³¹ Ibidem, p. 80.

³² Ibidem, p. 81-82.

ainda mais a aplicação da tutela penal em qualquer caso concreto.³³ Nesse sentido, Rebêlo (apud, Batista) diz que: “Quem primeiro registrou o caráter fragmentário do direito penal foi *Binding*, em seu Tratado de Direito Penal Alemão Comum – Parte Especial, 1896”.³⁴ Nessa vertente, Rebêlo diz sobre o Tratado que: “(...) restringia-se à superação do caráter fragmentário das leis penais, das lacunas daí decorrentes e dos seus efeitos na proteção dos bens jurídicos. Modernamente, como visto, reconhecem-se as virtudes políticas da fragmentariedade”.³⁵

Assim, como o princípio da subsidiariedade consiste em proteger apenas “os bens mais relevantes e fundamentais” para manter o controle social, o princípio da fragmentariedade tem como intuito assegurar a aplicação do direito penal apenas nos casos de grande magnitude e gravidade.³⁶

Greco afirma que o princípio da fragmentariedade decorre primeiramente dos “princípios da intervenção mínima, da lesividade e da adequação social”. Ou seja, pode-se afirmar que o princípio da fragmentariedade é o resultado da junção destes três.³⁷

Destarte, antes de adentrar especificamente no princípio da fragmentariedade é importante especificar os três principais princípios do qual a fragmentariedade decorre, para que se possa compreender a formação e o intuito da fragmentariedade do direito penal.

Como já dito em tópicos anteriores, o princípio da intervenção mínima tem como intuito proteger os bens jurídicos fundamentais mais relevantes para a coletividade, isto é, o direito penal não é o ramo do ordenamento jurídico brasileiro destinado a reger todas as relações sociais.³⁸

Assim, compreende-se que para que o direito penal seja mais eficiente, este deve ser pautado por uma intervenção mínima, pois quanto menos se aplicar este no dia a dia mais eficaz será. Portanto, o direito penal somente irá ser aplicado

³³ RÊBELO, José Henrique Guaracy. *Princípio da Insignificância: interpretação jurisprudencial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 22.

³⁴ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 86.

³⁵ RÊBELO, José Henrique Guaracy. Op. cit., p. 23.

³⁶ Ibidem, p. 22.

³⁷ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 65.

³⁸ Ibidem, p. 52.

quando for impossível tutelar a ação por outros ramos do ordenamento jurídico.³⁹

Já o princípio da lesividade, conhecido antigamente por alguns doutrinadores por princípio da alteridade, afirma que somente poderá se aplicar o direito penal quando houver situações que lesem ou possam vir a produzir lesão à coletividade em uma forma mais ampla ou a terceiros de uma forma específica.⁴⁰

O que este princípio tenta demonstrar é que o direito penal não tutela o homem interagindo consigo mesmo, apenas o homem interagindo perante terceiros ou a coletividade. Assim, nunca se verá um indivíduo sendo punido por suicídio, pois o suicídio afeta apenas ao próprio indivíduo, diferentemente da instigação ao suicídio que afeta a terceiro.⁴¹

E por fim, o princípio da adequação social serve para que as leis estejam adequadas ao momento histórico da coletividade, ou seja, uma norma penal tem que ser reflexo do momento histórico em que uma coletividade vive.⁴²

O direito penal tem que estar em constante adaptação a estas novas realidades, não podendo as leis serem perpetuas, devendo o legislador sempre estar vigilante quanto às alterações sociais e adequando-as ao ordenamento penal.⁴³

Deste modo, o intuito da fragmentariedade é utilizar o direito penal em cima dos valores e padrões impostos pela sociedade, utilizando estes três principais princípios para fragmentarizar o direito penal e utilizar apenas os bens e condutas mais relevantes ao convívio social.⁴⁴

Ressalte-se que, apesar de o princípio da adequação social ser de grande valia para a aplicação da tutela penal, este, assim como o princípio da fragmentariedade, não tem como força modificar ou revogar lei penal em vigor,⁴⁵ como relata o julgado do Supremo Tribunal Federal (STF) no HC nº 104.467/RS, 1ª Turma.⁴⁶

³⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 53-54.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 57.

⁴¹ *Ibidem*, p. 57-58.

⁴² *Ibidem*, p. 60.

⁴³ *Ibidem*, p. 60-61.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 65.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 60.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 104.467/RS*. 1ª Turma. Habeas Corpus. Constitucional.

A fragmentariedade do direito penal é imposta pelo legislador, ou seja, será o legislador que irá conceituar o crime. Sendo assim, mesmo o legislador levando em consideração o momento histórico em que a sociedade vive existem condutas que apesar de estarem tipificadas no ordenamento penal não deveriam ganhar tanta repercussão.⁴⁷ Isto é, o legislador ao definir um crime pensa apenas em sua forma abstrata, prevendo somente que a conduta tida como ilegal poderá afetar o convívio social e o Estado Democrático de Direito, deixando de considerar as condutas, que apesar de praticadas, têm um grau ínfimo.⁴⁸

Portanto, é deste ponto que se passa compreender o surgimento e a aplicação do princípio da insignificância.⁴⁹

1.2.3. Concepção material de ilicitude

A ilicitude é o descumprimento da norma jurídica imposta pelo legislador, ou seja, é um ato ilícito decorrente de uma conduta humana, antijurídica, imputável e culpável, de acordo com o doutrinador Nader.⁵⁰

Isso posto, a ilicitude no ordenamento penal viola os bens fundamentais tutelados por ele, sobrevivendo de uma conduta humana e tendo como consequência a imposição de penalidades.⁵¹

Greco expõe que a ilicitude é dualista, dividida por parte da doutrina em ilicitude formal e material, no qual, a conceituação de ilicitude formal seria o

Processual Penal. Casa de Prostituição. Aplicação dos Princípios da Fragmentariedade e da Adequação Social: impossibilidade. Conduta Típica. Constrangimento não configurado. 1. No crime de manter casa de prostituição, imputado aos Pacientes, os bens jurídicos protegidos são a moralidade sexual e os bons costumes, valores de elevada importância social a serem resguardados pelo Direito Penal, não havendo que se falar em aplicação do princípio da fragmentariedade. 2. Quanto à aplicação do princípio da adequação social, esse, por si só, não tem o condão de revogar tipos penais. Nos termos do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (com alteração da Lei n. 12.376/2010), “não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”. 3. Mesmo que a conduta imputada aos Pacientes fizesse parte dos costumes ou fosse socialmente aceita, isso não seria suficiente para revogar a lei penal em vigor. 4. Habeas corpus denegado. Relatora: Carmen Lúcia. Rio Grande do Sul, 08 de fev. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=104467&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

⁴⁷ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal análise à luz da Lei 9.009/95 – Juizados Especiais Criminais e da jurisprudência atual*. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 1997, p. 62.

⁴⁸ Ibidem, p. 62.

⁴⁹ Ibidem, 1997, p. 62.

⁵⁰ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 341.

⁵¹ Ibidem, p. 341.

descumprimento de uma norma do ordenamento jurídico e a de ilicitude material seria a lesão ou o risco que o bem tutelado sofreria.⁵² Mas há duas teorias, que são utilizadas para tratar o conceito de ilicitude formal e material separadamente, a sociológica e a causalista. A teoria sociológica tende a afirmar que a concepção de ilicitude material é independente, podendo existir tanto ilicitude material quanto formal separadamente, pois a ilicitude material é avaliada a partir da conduta ofensiva que irá causar a um Estado Democrático de Direito, analisando esta conduta fora do Direito Positivo.⁵³

Adentrando na concepção material de ilicitude, também conhecida como substancial, Crespo (apud Liszt, 1927) observa que o ilícito material vem de uma ação distinta da coletividade social, sendo que essa conduta não esta dentro dos padrões impostos pela sociedade. Ou seja, a materialidade da ilicitude se baseia na conduta humana que lesiona bem tutelado pelo ordenamento, não se estabelecendo a ilicitude da materialidade apenas no grau de lesividade que irá causar ao bem tutelado.⁵⁴

Já a teoria causalista não se volta para independência da ilicitude formal, e sim, para o ponto de vista que a conduta é naturalística, ou seja, o entendimento é de que não se estabelece como essência da ilicitude a regra cultural, pois por sobrevir da teoria sociológica não haveria como conceituá-la juridicamente no ordenamento.⁵⁵

Assim, compreende-se que apesar de ser muito importante a definição formal esta não consegue abranger as carências da sociedade, pois a norma penal não se pode valer apenas de uma atribuição descritiva. Isto é, na concepção formal para se definir uma conduta como crime era apenas necessário estar previsto no ordenamento, independentemente da gravidade lesiva.⁵⁶

⁵² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 345.

⁵³ CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. *Do Conhecimento da Ilicidade em face da expansão do Direito Penal*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2012, p. 43. Disponível em: <http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/USP_9a62fd7616603d2cc260ab6cc8b8f42f>. Acesso em: 15 de fev. de 2016.

⁵⁴ LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal*. 3 ed. Trad. Luís Jimenes de Asúa. Madrid: Reus, 1927, p. 45.

⁵⁵ CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. *Do Conhecimento da Ilicidade em face da expansão do Direito Penal*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2012, 43-44. Disponível em: <http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/USP_9a62fd7616603d2cc260ab6cc8b8f42f>. Acesso em: 15 de fev. de 2016.

⁵⁶ CHRISTÓFARO, Danilo Fernandes. *Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade*

De tal forma, o tipo penal passou a adotar também, a definição material que tem seu caráter valorativo, no sentido de aplicar os princípios da fragmentariedade e subsidiariedade.⁵⁷

Com isso, avaliando de primeiro modo, entende-se que a concepção formal e material de ilicitude se completam, pois para que haja lesão ou perigo aos bens fundamentais tutelados pelo ordenamento jurídico é estritamente necessário que se tenha violado uma norma jurídica. Sem violação à norma e nenhum resquício de lesão ou intuito de lesionar o bem jurídico não se tem como aplicar penalidades⁵⁸, pois como já diria o artigo 1º do Código Penal: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”⁵⁹

Sendo assim, o Princípio da Insignificância poderia ser entendido como um mecanismo descritivo, procedente da materialidade penal. Pois, embora a conduta fosse formal esta tem pouca magnitude jurídica por não atingir nenhuma relevância à coletividade.⁶⁰

Mañas afirma que:

“O princípio da insignificância, portanto, pode ser definido como instrumento de interpretação restritiva, fundada na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal.”⁶¹

Nessa linha de raciocínio, do autor mencionado anteriormente, a

Material no Crime de Divulgação de Propaganda de Candidato ou Partido no Dia das Eleições. Revista OAB ESA, São Paulo, Artigo 7, p. 57. Disponível em: <http://www.tre-rs.gov.br/arquivos/CHRISTOFARO_Danilo_Principio.pdf>. Acesso em: 15 de fev. de 2016.

⁵⁷ CHRISTÓFARO, Danilo Fernandes. *Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade Material no Crime de Divulgação de Propaganda de Candidato ou Partido no Dia das Eleições.* Revista OAB ESA, São Paulo, Artigo 7, p. 57. Disponível em: <http://www.tre-rs.gov.br/arquivos/CHRISTOFARO_Danilo_Principio.pdf>. Acesso em: 15 de fev. de 2016.

⁵⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Geral.* 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 345.

⁵⁹ BRASIL. Presidência da República. *Código Penal Brasileiro.* O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o art. 180 da Constituição, decreta a seguinte Lei. Brasília, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 17 de fev. de 2016.

⁶⁰ MAÑAS, Carlo Vico. *O Princípio da Insignificância como excludente da tipicidade no direito penal.* São Paulo: Saraiva, 1994, p. 81.

⁶¹ Ibidem, p. 81.

jurisprudência pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no HC nº 97.051/RS⁶², da 1ª Turma, assim como no HC nº 157.199/DF da 5ª Turma, do Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁶³ verificou-se que, para se aplicar o princípio da insignificância seria necessária a análise tanto da conduta formal quanto da material.

Dessa forma, contata-se que quando o Princípio da Insignificância for aplicado a qualquer conduta que não venha causar lesão ao bem juridicamente tutelado e à coletividade terá a ausência da tipicidade material, sendo considerada a conduta como atípica.⁶⁴

Diante do exposto, a concepção formal não deve ser analisada separadamente da concepção material, pois a materialidade além de observar o grau ofensivo da conduta, avalia o resultado jurídico que irá causar no bem tutelado.⁶⁵

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 97.051/RS*. 1ª Turma. Habeas Corpus. Penal. Furto. Alegação de incidência do princípio da insignificância: inviabilidade. Compatibilidade entre o privilégio e a qualificadora do crime de furto: possibilidade. Precedentes. 1. A tipicidade penal não pode ser percebida como o trivial exercício de adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade, é necessária uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, no sentido de se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado. 2. O princípio da insignificância reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato na seara penal, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal. (...)”. Relatora: Carmen Lúcia. Rio Grande do Sul, 13 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+e+%2884412%2ENU ME%2E%29%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mrhstql>>. Acesso em: 29 de fev. de 2016.

⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 157.199/DF*. 5ª Turma. PENAL. Habeas Corpus. Furto qualificado. Princípio da insignificância. Não incidência. Tipicidade material. Teoria constitucionalista do delito. Expressiva lesão ao bem jurídico tutelado. 1. O princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, consagrando os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima. 2. Indiscutível a sua relevância, na medida em que exclui da incidência da norma penal aquelas condutas cujo desvalor da ação e/ou do resultado (dependendo do tipo de injusto a ser considerado) impliquem uma ínfima afetação ao bem jurídico. (...)”. Relator: Arnaldo Esteves Lima. Distrito Federal, 15 de junho de 2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14754063/habeas-corpus-hc-157199-df-2009-0244455-7/relatorio-e-voto-14754065>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

⁶⁴ PRESTES, Cássio Vinícius D. C. V. Lazzari. *O Princípio da Insignificância como causa excludente da tipicidade no Direito Penal*. São Paulo: Memória Jurídica, 2003, p. 62.

⁶⁵ CHRISTÓFARO, Danilo Fernandes. *Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade Material no Crime de Divulgação de Propaganda de Candidato ou Partido no Dia das Eleições*. Revista OAB ESA, São Paulo, Artigo 7, p. 57. Disponível em: <http://www.tre-rs.gov.br/arquivos/CHRISTOFARO_Danilo_Principio.pdf>. Acesso em: 15 de fev. de 2016.

1.2.4. Desvalor da conduta e do resultado

Segundo Crespo “no sistema clássico e neoclássico do delito a questão limitava-se a determinar quais erros excluiriam o dolo e quais os requisitos para que isso ocorresse”. Nesse sentido, houve uma grande discussão para pressupor as condutas culposas e como isto iria ocorrer, isto é, o intuito era denominar quais condutas teriam o seu dolo excluído. Mas, a partir desta denominação, passou-se a indagar se a conduta denominada como culpável estaria elencada na culpabilidade ou no injusto.⁶⁶

No entanto, os entendimentos da concepção de culpabilidade e fundamentos subjetivos do injusto não tiveram êxito sistematicamente e axiologicamente, levando em consideração que a mera conduta realizada sem um determinado fim não geraria um descumprimento da norma.⁶⁷

Assim, como exposto no tópico anterior, faz-se necessário a análise não tão somente da tipicidade formal, mas também da material, para que a aplicação do tipo penal não se apegue somente ao que está escrito na lei, mas que adquira uma função valorativa na hora de executá-la.⁶⁸

Dessa maneira, é notório explicitar que o desvalor da conduta é de suma importância para o Direito penal, mas para que haja a caracterização do injusto penal faz-se necessária a figura do desvalor do resultado. Assim, é totalmente indispensável delinear a diferenciação do desvalor da ação e do desvalor do resultado, que surgiu a partir da concepção do injusto.⁶⁹

⁶⁶ CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. *Do Conhecimento da Ilícitude em face da expansão do Direito Penal*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2012, p. 206. Disponível em: <http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/USP_9a62fd7616603d2cc260ab6cc8b8f42f>. Acesso em: 29 de fev. de 2016.

⁶⁷ MOURA, Bruno. *Desvalor da Conduta e Desvalor do Resultado no ilícito penal: ao mesmo tempo, sobre o sentido de um injusto genuinamente “pessoal”*. Artigo. Edições Universitárias Lusófonas, 2013, p. 158-159. Disponível em: <http://oasis.ibict.br/vufind/Record/RCAP_f677bf7ca21f49177017f6fb8b2cdbc1>. Acesso em: 29 de fev. de 2016.

⁶⁸ CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. *Do Conhecimento da Ilícitude em face da expansão do Direito Penal*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2012, p. 43-44. Disponível em: http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/USP_9a62fd7616603d2cc260ab6cc8b8f42f. Acesso em: 29 de fev. de 2016.

⁶⁹ MOURA, Bruno. *Desvalor da Conduta e Desvalor do Resultado no ilícito penal: ao mesmo tempo, sobre o sentido de um injusto genuinamente “pessoal”*. Artigo. Edições Universitárias Lusófonas, 2013, p. 158-159. Disponível em: <http://oasis.ibict.br/vufind/Record/RCAP_f677bf7ca21f49177017f6fb8b2cdbc1>. Acesso em: 01 de mar. de 2016.

O desvalor da ação está ligado ao descumprimento de norma jurídica, podendo causar violação *ex ante*. Já o desvalor do resultado estará atrelado a lesão ou perigo de lesão causado ao bem juridicamente tutelado pelo ordenamento, provocando lesão *ex post*. Sendo assim, pressupostos um do outro, pois não existe crime sem violação ao ordenamento jurídico e nem ofensa ao bem tutelado.⁷⁰

Com isso, apesar de haver várias críticas e entendimentos em relação a este modelo pragmático teve duas teses principais que serviram para configurar este paradigma, a tese monista-subjetiva e a tese dualista.⁷¹ A tese monista-subjetiva entende-se que somente o desvalor da ação caracteriza o injusto penal, sendo que o desvalor do resultado serviria apenas para configurar a obrigação da penalidade – condição objetiva de punibilidade. Desse modo, o desvalor da ação é determinado como subjetivo, pois será a vontade do autor que irá estabelecer o componente essencial do injusto.⁷²

Essa teoria é bastante criticada por ser compatível ao direito penal do autor e não se associar ao direito penal de fato, visto que acaba fugindo do liame jurídico, que tem como intuito a valorização em relação a lesão ao bem tutelado juridicamente.⁷³

Já a tese dualista entende que o injusto penal tem como componente principal o desvalor do resultado, mas afirma que sem o desvalor da ação e do resultado, conjuntamente, não poderia se identificar o injusto penal.⁷⁴

Isso posto, o que a teoria dualista expõe é que deverá haver a análise em conjunto do desvalor da ação e do resultado, juntamente com o princípio da lesividade, não se eliminando o desvalor da ação, uma vez que eliminado, o injusto quedar-se-ia imperfeito. Não existindo o desvalor de resultado com o afastamento do

⁷⁰ MOURA, Bruno. *Desvalor da Conduta e Desvalor do Resultado no ilícito penal: ao mesmo tempo, sobre o sentido de um injusto genuinamente "pessoal"*. Artigo. Edições Universitárias Lusófonas, 2013, p. 158-159. Disponível em: <http://oasis.ibict.br/vufind/Record/RCAP_f677bf7ca21f49177017f6fb8b2cdbc1>. Acesso em: 01 de mar. de 2016.

⁷¹ Ibidem, p. 158-159.

⁷² Ibidem, p. 164.

⁷³ Ibidem, p. 166-167. O autor afirma que: "O desvalor da ação não pode ser algo meramente subjetivo (Direito Penal da vontade), pois a conduta é sempre uma unidade objetivo-subjetiva de sentido. Por outros termos ainda: o desvalor da ação ou da conduta não se resume ao mero desvalor da intenção ou da vontade, senão assume também uma dimensão de desvalor concebida como perigosidade objetiva *ex ante*". (p.167).

⁷⁴ Ibidem, p. 159-160.

desvalor da ação.⁷⁵

A teoria dualista é a acolhida pelo nosso ordenamento jurídico brasileiro, principalmente quando se trata da aplicação do princípio da insignificância, pois de certa forma essa ocasionou o desenvolvimento deste princípio, assim, para a caracterização da insignificância faz-se necessário a utilização do desvalor do resultado como também do desvalor da ação.⁷⁶ Conforme entendimento constante no HC nº 63.419/RS do Superior Tribunal de Justiça.⁷⁷

Portanto, a análise da lesão ao bem jurídico deve ser analisada juntamente com o desvalor da ação e do resultado observando a ofensividade da conduta que afete qualquer bem jurídico tutelado pelo ordenamento penal e averiguando a possibilidade da aplicação do princípio da insignificância nos casos ínfimos.⁷⁸

1.3. Insignificância como diretriz de interpretação da norma penal

A forma abstrata do ordenamento penal e sua falta de clareza perante as condutas insignificantes ao bem jurídico tutelado permite que estas condutas sejam executadas pela norma penal, que abrange todo o tipo de fato proibitivo sem analisar a relevância que aquele ato causou.⁷⁹

Sendo assim, após observar que somente a aplicação da norma penal em sua descrição abstrata não teria um julgamento justo, compreendeu-se que o direito

⁷⁵ MOURA, Bruno. *Desvalor da Conduta e Desvalor do Resultado no ilícito penal: ao mesmo tempo, sobre o sentido de um injusto genuinamente "pessoal"*. Artigo. Edições Universitárias Lusófonas, 2013, p. 161. Disponível em: <http://oasis.ibict.br/vufind/Record/RCAP_f677bf7ca21f49177017f6fb8b2cdbc1>. Acesso em: 01 de mar. de 2016.

⁷⁶ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal análise à luz da Lei 9.009/95 – Juizados Especiais Criminais e da jurisprudência atual*. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 1997, p. 107-108.

⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 63.419/RS*. 6ª Turma. Habeas Corpus. Processo Penal. Descaminho. Tributo. Lei nº 10.522 /02. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Reiteração da conduta típica. Presença do desvalor da ação. O Princípio da Insignificância incide quando, praticada conduta formalmente típica, ausente a tipicidade material ou o desvalor do resultado. O caso, devido às suas peculiaridades, deve ser analisado sob a luz do Princípio da Irrelevância Penal do Fato, que, para a sua incidência, exige a ausência ou insignificância não só do desvalor do resultado, como também do desvalor da ação e da culpabilidade. Relator: Paulo Medina. Rio Grande do Sul, 18 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/933990/habeas-corpus-hc-63419-rs-2006-0161908-3>>. Acesso em: 01 de mar. de 2016.

⁷⁸ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Op. cit., p. 109.

⁷⁹ SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. 1ª ed (ano 2004). 5ª tiragem (ano 2008). Curitiba: Juruá, 2008, p. 170-171.

penal deveria ter uma substância material, ou seja, somente quando o ato praticado afetar materialmente o bem tutelado pela norma penal que haverá a tipicidade.⁸⁰

Desse modo, visando uma melhor aplicação do direito penal surgiu o Princípio da Insignificância – conceituado por doutrinadores e jurisprudências –, no qual tem como intuito tutelar condutas atípicas e retirá-las da aplicação da norma penal por serem irrelevantes, não sendo necessária a intervenção do direito penal.⁸¹ Esse princípio é uma diretriz de interpretação da norma penal por examinar o ordenamento penal excluindo a aplicação deste em relação ao ato ilícito praticado que é irrelevante perante a sociedade e tem menor grau de ofensividade contra o bem jurídico tutelado.⁸²

Nesse sentido, Mañas esclarece que a Insignificância tem sua interpretação restritiva fundada na materialidade diante da norma penal, alcançando assim a descriminalização da conduta por não ter um grau de lesividade totalmente considerável perante um Estado Democrático de Direito.⁸³

Entendendo o Princípio da Insignificância como um procedimento de interpretação restritiva do ordenamento penal, contempla-se este princípio considerando uma norma base do direito penal que visa proteger o direito à liberdade e à igualdade. Sendo denominado o princípio jurídico implícito que avalia as condutas proibitivas, averiguando a possibilidade do afastamento da aplicação da norma penal.⁸⁴

Mas, com isso, por ser um princípio jurídico, poderá haver conflito entre os demais princípios implícitos denominados jurídicos. Assim, Silva afirma que para que não ocorra este confronto entre os demais princípios é necessário se utilizar a relação de precedência.⁸⁵

Um grande exemplo dado pelo doutrinador Silva é que, no caso de condutas ínfimas, sem nenhum grau de ofensividade, o princípio que irá prevalecer

⁸⁰ SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. 1ª ed (ano 2004). 5ª tiragem (ano 2008). Curitiba: Juruá, 2008, p. 170-171.

⁸¹ *Ibidem*, p. 171.

⁸² *Ibidem*, p. 172.

⁸³ RIBEIRO, Karla Daniele Moraes. *Aplicação do Princípio da Insignificância*. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10823&revista_cader_no=3#_ftn28. Acesso em: 29 de fevereiro de 2016

⁸⁴ SILVA, Ivan Luiz da. *Op. cit.*, p. 173.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 172.

será o da Insignificância, por proteger o direito à liberdade e igualdade. Já quando se tratar de conduta que teve lesão ou resquício de lesão muito grande, tornando relevante para a tutela do direito penal, o que se prevalecerá será o princípio da lesividade.⁸⁶ A título de esclarecimento, Silva assegura que:

“Quando, pois, as condições demonstram que a ação típica realizada é penalmente insignificante em relação ao bem jurídico, então a precedência é do Princípio da Insignificância, já que protege a liberdade individual contra a severidade rigorismo da lei penal. Por outro, se a lesão praticada for grave, o princípio da legalidade precederá em face do Princípio da Insignificância.”⁸⁷

Assim, como exposto no exemplo acima, a relação de precedência significa que o princípio a ser aplicado será aquele no qual haverá maior ponderação em relação aos outros – não excluindo os demais princípios pela aplicação de um.⁸⁸

É válido ressaltar que, com a criação da Lei n° 9.099/95, em seu artigo 60, no qual está previsto as infrações de menor potencial ofensivo⁸⁹, a Insignificância não foi posta de lado no ordenamento jurídico, pois este princípio é válido para interpretação do ordenamento penal como um todo.⁹⁰

Dessa forma, não há que se falar da exclusão da Insignificância, pois o Princípio da Insignificância não se confunde com crimes de menor potencial ofensivo tutelado pela Lei n° 9.099/95.⁹¹

A Lei n° 9.099/95 que dispõe sobre as infrações de menor potencial ofensivo, em seu artigo 61, afirma que serão tutelados “(...) as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”.⁹² Já os crimes bagatelares, como já expostos, são aqueles em que não há tipicidade penal, considerando sua conduta atípica e desclassificando-o

⁸⁶ SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. 1ª ed (ano 2004). 5ª tiragem (ano 2008). Curitiba: Juruá, 2008, p. 172.

⁸⁷ Ibidem, p. 172.

⁸⁸ SILVA, Ivan Luiz da. Op. cit., p. 172.

⁸⁹ BRASIL. Presidência da República. *Lei n° 9.099/95*, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, 1995. Estabelece no: “Art. 60 - O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência (...)”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 17 de fev. de 2016.

⁹⁰ SILVA, Ivan Luiz da. Op. cit., p. 173.

⁹¹ Ibidem, p. 173.

⁹² BRASIL. Presidência da República. *Lei n° 9.099/95*, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2016.

como crime.⁹³

Destarte, constata-se que apesar do caráter dos dois serem denominados de menor potencial ofensivo, não há que se falar em paridade entre eles, uma vez que um serve para tutelar infrações menores que causem lesão ao bem jurídico. Enquanto o outro ampara apenas condutas que não tenha uma grande relevância social e que não lesione o bem tutelado.⁹⁴

Nesse entendimento, percebe-se que o Princípio da Insignificância tem o intuito de descaracterizar a tipicidade penal da conduta realizada, observando a sua tipicidade formal e material juntamente com a sua função valorativa para averiguar a necessidade da aplicação ou não da norma, sendo que em caso da não incidência da norma se excluiria o tipo penal.⁹⁵

Diferentemente da Insignificância, a Lei dos Juizados Especiais Criminais veio para tornar mais célere o julgamento de infrações que não tenham um grau de ofensividade tão grande quanto os demais, mas que lesionaram um bem jurídico repercutindo perante a sociedade. Isto é, a Lei n° 9.099/95 irá simplificar a aplicação da lei penal por meio de resultados mais equitativos em virtude do quantitativo da pena.⁹⁶

Com isso, vale ressaltar que as infrações de menor potencial ofensivo previstas na Lei n° 9.099/95 também poderá fazer jus ao Princípio da Insignificância, mas deverá se observar se a infração praticada tem ínfimo grau de ofensividade, como prevê este princípio. Caso não comprovado esta menor relevância ao bem jurídico lesionado e seja uma conduta que não exceda pena máxima de dois anos será tutelada pelo Juizado Especial Criminal.⁹⁷

Consequentemente, a Insignificância é um princípio que garante o Direito Penal e seus demais princípios, levando em consideração que a norma penal tem seu caráter subsidiário, fragmentário e sua intervenção mínima perante os bens jurídicos protegidos pelo ordenamento penal não devendo ser aplicada a qualquer

⁹³ SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. 1ª ed (ano 2004). 5ª tiragem (ano 2008). Curitiba: Juruá, 2008, p. 174

⁹⁴ MAIA, Fernanda Capra Brandão. *O Furto e o Princípio da Insignificância*. Biblioteca Jurídica Virtual da Universidade Federal de Santa Catarina, p. 07-08. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31857-37017-1-PB.pdf>>. Acesso em: 29 de fevereiro de 2016

⁹⁵ Ibidem, p. 07-08.

⁹⁶ SILVA, Ivan Luiz da. Op. cit., p. 174.

⁹⁷ Ibidem, p. 174.

caso concreto que tenha relevância ínfima.⁹⁸

1.4. Princípio da Ofensividade

O princípio da ofensividade, também chamado de princípio da lesividade, anda lado a lado com o princípio da intervenção mínima, pois a intervenção mínima defende que o direito penal só poderá ser aplicado quando for estritamente necessário, ou seja, quando não houver outra forma no meio jurídico para tutelar a ação, utilizar-se-á o direito penal.⁹⁹

Conforme Lopes, o princípio da ofensividade na verdade seria a fundamentação jurídica expondo quais as condutas que se encaixaria no tipo penal, entendendo que a norma penal só pode ser aplicada quando agredir bens jurídicos de forma ampla ou a terceiros especificamente.¹⁰⁰

Sendo assim, o princípio da ofensividade contém quatro principais funções no qual atribui o caráter das condutas que deverão ou não serem tuteladas pelo ordenamento penal.¹⁰¹

Primeiramente, como expõe Greco, a ofensividade proíbe a aplicação da norma penal referente a atitudes internas, ou seja, sentimentos e pensamentos individuais não podem caracterizar crime, salvo se estes sentimentos externarem de forma que venha a lesionar amplamente bens jurídicos ou a terceiros.¹⁰²

Em segunda hipótese, relata que condutas que não ultrapasse o âmbito do autor não será criminalizada, visto que o ordenamento penal tutela o indivíduo que venha a lesionar terceiros e não o indivíduo que lesione a si mesmo. Ou seja, crimes impossíveis e suicídio são uma das hipóteses no qual não se verá a aplicação da norma perante o indivíduo que cometeu esta ação.¹⁰³

Condições existenciais e simples estados é a terceira função que o princípio da ofensividade demonstra, tentando afastar o direito penal do autor, pois

⁹⁸ SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. 1ª ed (ano 2004). 5ª tiragem (ano 2008). Curitiba: Juruá, 2008, p. 174.

⁹⁹ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal análise à luz da Lei 9.009/95 – Juizados Especiais Criminais e da jurisprudência atual*. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 1997, p. 74/79.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 79.

¹⁰¹ Ibidem, p. 79.

¹⁰² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 57.

¹⁰³ Ibidem, p. 57.

afirma que um indivíduo não pode ser penalizado por sua essência, por ser quem realmente é, mas sim pela ação de sua conduta realizada que cause lesão a bem de terceiros.¹⁰⁴

E, por fim, a quarta e última colocação é a proibição da criminalização de condutas desviadas, aquelas no qual ofendem moralmente a sociedade mas não agride de forma jurídica. Seria o modo de pensar de alguns indivíduos ou da sociedade como um todo, de modo que não venha a gostar da ação praticada pelo outro, como utilizar o seu próprio corpo para fins lucrativos ou fazer uma simples tatuagem.¹⁰⁵

Desse modo, conclui-se que deverá haver uma “materialização da ofensa”, bem como a caracterização de bem de terceiro lesionado para que a conduta seja punida penalmente.¹⁰⁶ Assim, pode-se entender que o princípio da insignificância deve ser interpretado conjuntamente com este ao analisar as condutas de menor grau lesivo.¹⁰⁷

1.5. Insignificância: juízo de atipicidade

A doutrina e a jurisprudência entendem majoritariamente que a conceituação analítica de crime deve se pautar pela vertente tripartida, afirmando Greco que “o crime, para aqueles que adotam o seu conceito analítico, é composto pelo fato típico, pela ilicitude e pela culpabilidade”¹⁰⁸. Mas, observando-se esta análise percebe-se que somente esta delimitação não é o bastante para a definição de crime devendo envolver os pressupostos de desvalor do resultado e da ação conjuntamente.¹⁰⁹

No caso do princípio da insignificância deve-se observar que a tipicidade a ser excluída será a material e não a formal, pois a concepção formal se contenta com a subsunção do fato a norma, como por exemplo, o enunciado de um artigo da

¹⁰⁴ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 57.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 58.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 58.

¹⁰⁷ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal análise à luz da Lei 9.009/95 – Juizados Especiais Criminais e da jurisprudência atual*. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 1997, p. 66 e 79.

¹⁰⁸ GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 69 e 156.

¹⁰⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 76.

norma penal. Já a material é o efetivo dano ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora.¹¹⁰

Desse modo, Gomes destaca:

“O fundamento para o reconhecimento da atipicidade (material) no caso da conduta insignificante é o juízo de desvalorização da conduta (leia-se: conduta insignificante não cria risco proibido relevante). O fundamento para a atipicidade material no caso do resultado insignificante é justamente a exigência de um resultado jurídico relevante (*nullum crimen sine injuria*).”¹¹¹

Com isso, ao expor que o desvalor da ação e do resultado são aqueles que, conjuntamente, irão apreciar a valoração da lesão ao bem tutelado para analisar a possibilidade da aplicação da norma, percebe-se que a Insignificância acabará incidindo sobre a antijuridicidade e tipicidade.¹¹²

Constatando-se que a conduta penalmente insignificante, ínfima ao bem juridicamente tutelado não caracteriza crime, sendo ela atípica e absolvendo o agente da conduta praticada,¹¹³ conforme o *caput* do artigo 386, inciso III do Código de Processo Penal.¹¹⁴

Dessa maneira, pode-se considerar que o Princípio da Insignificância sobrevêm de fatos atípicos que não podem ser tutelados pelo ordenamento jurídico penal, por serem ínfimos e não causar grande reprovabilidade perante a sociedade.¹¹⁵

1.6. Requisitos para o reconhecimento da insignificância segundo o STF

O Princípio da Insignificância, como já exposto nos tópicos acima, é aquela conduta praticada ínfimamente ao bem jurídico fundamental tutelado, não se

¹¹⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 76-78.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 79.

¹¹² SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. 1ª ed (ano 2004). 5ª tiragem (ano 2008). Curitiba: Juruá, 2008, p. 151.

¹¹³ GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.*, p. 79.

¹¹⁴ Brasil. Presidência da República. *Código de Processo Penal* O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o art. 180 da Constituição, decreta a seguinte Lei. Em seu *caput* do art. 386: “O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva desde que reconheça: (...), inciso III - Não constituir o fato infração penal (...)”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 25 de mar. de 2016

¹¹⁵ RÊBELO, José Henrique Guaracy. *Princípio da Insignificância: interpretação jurisprudencial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 42.

aplicando o direito penal em condutas que possuam pouca relevância para a coletividade e para o Estado Democrático de Direito.¹¹⁶

Assim, a Insignificância somente será aplicada nos casos em que realmente não haja a necessidade da aplicação da norma penal, por não ferir significativamente bem jurídico e a coletividade como um todo, buscando sempre manter a equidade do julgamento.¹¹⁷

Dessa forma, a Criminalidade de Bagatela tem como natureza jurídica a exclusão da tipicidade material, devendo ser analisada de acordo com cada caso específico como expõe o Supremo Tribunal Federal.¹¹⁸

O Supremo Tribunal Federal suscita a atipicidade material da conduta no Princípio da Insignificância no caso concreto, assim, o Supremo afirma que a Insignificância é outra forma de proteger o direito penal e de resguardar a sua premissa mais básica, que é a intervenção mínima.¹¹⁹

Destarte, para evitar a insegurança jurídica, o Supremo Tribunal Federal determina que para se caracterizar a insignificância no caso concreto qualquer operador do direito penal deverá obrigatoriamente aferir e constatar no caso concreto quatro vetores indispensáveis que devem estar presentes cumulativamente, a seguir delineados no HC nº 110.475/SC, da 1ª Turma:¹²⁰

HABEAS CORPUS. ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. WRIT CONCEDIDO. 1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: **(i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica.** 2. O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da

¹¹⁶ RÊBELO, José Henrique Guaracy. *Princípio da Insignificância: interpretação jurisprudencial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 41.

¹¹⁷ SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. 1ª ed (ano 2004). 5ª tiragem (ano 2008). Curitiba: Juruá, 2008, p. 109.

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Princípio da Insignificância (crime de bagatela)*. Glossário Jurídico. <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=P&id=491>> Acesso em: 01 de mar. de 2016.

¹¹⁹ Ibidem.

¹²⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 20-23.

sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. 3. Ordem concedida.¹²¹

Diante do exposto, é válido explicitar em primeiro lugar que para a caracterização da Insignificância é necessário a mínima ofensividade da conduta do agente, ou seja, a ação praticada deverá ser irrelevante ao bem jurídico tutelado e à sociedade, excluindo-se assim a punibilidade da conduta.¹²²

O segundo item supracitado, trata da ausência de periculosidade social da ação, como explicita Lopes, está associado a concepção material socialista de crime, tendo como intuito analisar os impactos que esta conduta irá causar ao bem, observando quais ações são perigosas ou não perante a sociedade. Após uma ponderação e análise dos efeitos desta ação perante o bem jurídico, entendendo-se como uma conduta ínfima, se descaracterizará a criminalização perante a sociedade.¹²³

Em terceira vertente, está o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, no qual se associa com o princípio da adequação social, pois irá se avaliar o desvalor da ação, ou seja, exclui-se a incidência da norma penal por serem ações materialmente atípicas.¹²⁴

Por último, a inexpressividade da lesão jurídica causada vem para abordar o menor grau de importância perante a lesão tendo uma conduta ínfima, devendo ser analisada de acordo com cada caso concreto.¹²⁵

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 110.475/SC*. 1ª turma. Habeas Corpus. Artigo 28 da Lei 11.343/2006. Porte ilegal de substância entorpecente. Ínfima quantidade. Princípio da Insignificância. Aplicabilidade. Writ concedido. Relator: Dias Toffoli, Santa Catarina, 14 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28hc+110475%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 29 de fev. de 2016.

¹²² LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal análise à luz da Lei 9.009/95 – Juizados Especiais Criminais e da jurisprudência atual*. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 1997, p. 120.

¹²³ Ibidem, p. 121.

¹²⁴ Ibidem, p. 118-119.

¹²⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 21.

Com isso, estando previsto na conduta praticada estes quatro requisitos conjuntamente, irá se caracterizar a Insignificância excluindo sua tipicidade material, segundo o Supremo Tribunal Federal.¹²⁶

Destaque-se que a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação e o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento são hipóteses de desvalor da conduta, enquanto a relativa inexpressividade da lesão jurídica é caso de desvalor do resultado.¹²⁷

O Supremo Tribunal Federal ao expor os requisitos para a caracterização do Princípio da Insignificância afirma que cada caso deverá ser analisado separadamente, pois haverá situações em que será necessário a aplicação somente do desvalor do resultado ou apenas do desvalor da ação ou simplesmente a utilização dos dois.¹²⁸

Com tal característica, é conveniente frisar que o Princípio da Insignificância não reconhece nenhuma conduta no qual seja utilizado a violência ou a grave ameaça, como fica claro no HC nº 95.174/RJ julgado pela 2ª Turma no Supremo Tribunal Federal.¹²⁹

O objetivo da Insignificância é tutelar bens jurídicos relevantes para um Estado Democrático de Direito. Assim, aplicar este princípio em ações que se utilizam da prática de violência ou grave ameaça fere tanto o bem patrimonial quanto a integridade da humana da pessoa.¹³⁰

¹²⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 20.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 20.

¹²⁸ GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.*, p. 21.

¹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 95.174/RJ*. 2ª Turma. Habeas Corpus. Penal. Desclassificação de roubo para furto: impossibilidade do Princípio da Insignificância no crime de roubo. Regime inicial de cumprimento de pena: observância do art. 33 do Código Penal. "(...) 3. A Segunda Turma desta Corte afirmou entendimento no sentido de ser 'inaplicável o princípio da insignificância ao delito de roubo (art. 157, CP), por se tratar de crime complexo, no qual o tipo penal tem como elemento constitutivo o fato de que a subtração de coisa móvel alheia ocorra 'mediante grave ameaça ou violência à pessoa', a demonstrar que visa proteger não só o patrimônio, mas também a integridade pessoal (...)". Relator: Eros Grau. Rio de Janeiro, 09 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=582706>>. Acesso em: 01 de mar. de 2016.

¹³⁰ *Ibidem*.

2. REINCIDÊNCIA

A análise da característica e efeitos da reincidência é de suma importância para melhor entendimento posteriormente, verificando a característica subjetiva do autor da conduta, assim como, a diferenciação de reincidência e maus antecedentes.

Nessa perspectiva, os tópicos a seguir irão fazer um breve apontamento quanto ao conceito de reincidência e seus principais impactos ao réu reincidente.

2.1. Conceito, características subjetiva do autor e aplicação da reincidência

A característica subjetiva do autor da conduta se configura pelo resultado que o autor assume ou prevê de acordo com ação que culminou o resultado, sendo assim a reincidência uma característica subjetiva do autor.¹³¹

A reincidência é um instituto jurídico que foi inserido no Código Penal Brasileiro pela Lei nº 7.209/1984,¹³² sendo definida quando um agente comete um delito em que seu processo já veio a transitar em julgado e vem a cometer nova conduta proibitiva, ficando assim caracterizado a conduta do agente como reincidente.¹³³

Mas é necessário, desde logo, analisar que a reincidência incide a partir da classificação da dosimetria da pena que é utilizada para equilibrar, fazer uma dosagem da aplicação da pena de acordo com o que está estipulado em lei e aplicar a pena-base. Isto é, a dosimetria serve para aplicar a “individualização da pena”.¹³⁴

¹³¹ JESUS, Damásio de. *Direito Penal Parte Geral*. 23ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999, vol. I, p.234.

¹³² BRASIL. Presidência da República. *Código Penal Brasileiro*. O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o art. 180 da Constituição, decreta a seguinte Lei. Rio de Janeiro, 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 de mar. de 2016.

¹³³ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário Técnico Jurídico prefaciado pelo Ministro Antônio Cezar Peluso*. 14ª ed. São Paulo: Rideel, 2011, p. 512. Expõe que a reincidência é: “Prática, pelo mesmo agente, de novo crime, depois de transitada em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por delito anterior. O mesmo que recidiva. (...)”

¹³⁴ BOSCHI, José Antonio Paganella. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. IBCCRIM. *A dosimetria das penas privativas de liberdade*. Boletim 242. Janeiro/2013. Relata que: “A dosimetria, outrossim, é o procedimento regrado que efetiva a garantia da individualização da pena. Ela resulta da técnica e não da arte de julgar e tem por fim estabelecer a relação compensatória entre duas grandezas conhecidas: o crime praticado, de um lado, e o castigo oficial, de outro, tendo por nortes os princípios da culpabilidade e da proporcionalidade, entre outros.” Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4806-A-dosimetria-das-penas-privativas-de-liberdade>. Acesso em: 20 de mar. de 2016.

O artigo 68 do Código Penal, expõe as três fases para que esta “dosagem” da pena seja aplicada, sendo conhecido esse procedimento também como “sistema trifásico”.¹³⁵ A primeira fase irá fixar logo de imediato a pena-base quando verificados os parâmetros delineados do artigo 59 do Código Penal. Já a segunda fase irá averiguar se é caso de atenuantes ou agravantes no caso em tela. E por último, mas não tão menos importante, a terceira fase, que analisa as causas de diminuição e aumento de pena.¹³⁶

Desta forma, verifica-se no artigo 61 do Código Penal que a reincidência é caso de agravante de pena,¹³⁷ ou seja, a reincidência deverá ser analisada na segunda fase da dosimetria da pena após ter fixado a pena-base.

Segundo Greco, o artigo 62 do Código Penal tenta evitar a aplicação do *bis in idem* não sendo possível a sua utilização,¹³⁸ levando em consideração que uma mesma condenação definitiva não pode ser utilizada para caracterização da reincidência e dos maus antecedentes.¹³⁹

No entanto, há questionamentos referentes a aplicação da reincidência como uma agravante de pena, pois se entenderia que este emprego poderia gerar o *bis in idem* por se utilizar da penalidade duas vezes em um mesmo caso concreto cometido pelo agente.

De acordo com entendimento de Hungria a reincidência é “sinal de perigosidade, como a febre é sinal de infecção, como a putrefação é sinal de morte”.¹⁴⁰ Assim, o aumento da pena por causa da reincidência é como uma

¹³⁵ SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença penal condenatória*. Teoria e prática. 7ª ed. JusPodivm, 2012.

¹³⁶ BRASIL. Presidência da República. *Código Penal Brasileiro*. O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o art. 180 da Constituição, decreta a seguinte Lei. Rio de Janeiro, 07 de dezembro de 1940. Estipula em seu: “Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento de pena. (...)” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 de mar. de 2016

¹³⁷ Ibidem. Estipula em seu: “Art. 61-São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I - a reincidência; (...)” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 de mar. de 2016.

¹³⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 623.

¹³⁹ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário Técnico Jurídico prefaciado pelo Ministro Antônio Cezar Peluso*. 14ª ed. São Paulo: Rideel, 2011, p. 145. Estipula que o Bis In Idem é: “Incidência de dois atos sobre uma mesma coisa, como aplicar duas penalidades iguais (...)”.

¹⁴⁰ IBCCRIM. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. *A questão da agravante da reincidência e a*

proteção contra a pessoa que comete crime reiteradamente, sendo que serve como ponto de partida para verificar se o réu não ressocializou com a primeira condenação, devendo a segunda ser mais severa para que tenha o efeito de inibir um novo crime.

Deste modo, o Supremo Tribunal Federal pacificou que a reincidência como agravante não é inconstitucional, vez que, esta busca demonstrar que a sanção dada a este não foi suficiente para que pudesse inibir o agente de cometer uma nova infração.¹⁴¹

Marco Aurélio, em seu voto no Recurso Extraordinário nº 453.000, afirmou que a reincidência sendo utilizada como uma agravante da pena não caracterizaria inconstitucionalidade e ofensa a individualização da pena, pois esta individualização é aplicada de fato na reincidência ao se analisar a característica subjetiva do agente da conduta que torna a praticar novamente novo crime, diferentemente dos réus primários. Afirmando assim que “a reincidência repercute em diversos institutos penais, compondo consagrado sistema de política criminal de combate à delinquência.”¹⁴²

Com isso, compreendeu que esse julgamento deve servir de base para a aplicação deste “entendimento monocraticamente em habeas corpus”¹⁴³ que se referirem ao mesmo assunto, uma vez que a reincidência não pode se delimitar apenas como uma agravante por abranger várias outras circunstâncias, como por

vedação do bis in idem: subsídios do IBCCRIM para o debate constitucional no âmbito do RE 591.563/STF. São Paulo, 11 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/docs/amicus_curiae/RE_n.591563-8_Reincidencia.pdf>. Acesso em: 22 de mar. de 2016.

¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF declara constitucionalidade da reincidência como agravante da pena.* Notícias STF, 04 de abril de 2013. <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=235084>>. Acesso em: 22 de mar. de 2016

¹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 453.000/RS.* Tribunal Pleno. Agravante. Reincidência. Constitucionalidade. Surge harmônico com a Constituição Federal o inciso I do artigo 61 do Código Penal, no que prevê, como agravante, a reincidência. Relator: Marco Aurélio, Rio Grande do Sul, 04 de abril de 2013, p. 03-04. Colaciona 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, como se faz, já agora sob o ângulo da atenuante, a circunstância de ter menos de vinte e um anos de idade ou mais de setenta ou de desconhecer a lei – artigo 65 do Código Penal (...)”. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/voto-ministro-marco-aurelio-re-453000.pdf>>. Acesso em: 22 de mar. de 2016

¹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF declara constitucionalidade da reincidência como agravante da pena.* Notícias STF, 04 de abril de 2013. <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=235084>>. Acesso em: 22 de mar. de 2016

exemplo, a aplicação da reincidência em “regime semiaberto, possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou por multa, do livramento condicional, da suspensão condicional do processo, dentre outros”.¹⁴⁴

Dessa forma, é lícito utilizar a agravante da reincidência, tendo como base o Informativo Criminal nº 248 do STF.¹⁴⁵ Isto posto, vê-se também, a necessidade da análise do *caput* do artigo 64 e seu inciso I, do Código Penal:

“Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; (...)”¹⁴⁶

No caso em questão, o que o inciso I, do artigo 64, do Código Penal estabelece é que é essencial a verificação de quanto tempo já se passou após o trânsito em julgado da condenação do réu ou a extinção de pena, visto que, se tiver decorrido tempo maior do que 5 anos o crime cometido não se aplica mais como reincidente.¹⁴⁷

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 453.000/RS*. Tribunal Pleno. Agravante. Reincidência. Constitucionalidade. Surto harmônico com a Constituição Federal o inciso I do artigo 61 do Código Penal, no que prevê, como agravante, a reincidência. Relator: Marco Aurélio, Rio Grande do Sul, 04 de abril de 2013, p. 02-03. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/voto-ministro-marco-aurelio-re-453000.pdf>>. Acesso em: 22 de mar. de 2016

¹⁴⁵ BRASIL. Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais, do Júri e de Execuções Penais. *Informativo 248 – STF declara constitucionalidade da reincidência como agravante da pena*. Disponível em: <<http://www.criminal.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1227>>. Acesso em: 20 de mar. de 2016.

¹⁴⁶ BRASIL. Presidência da República. *Código Penal Brasileiro*. O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o art. 180 da Constituição, decreta a seguinte Lei. Rio de Janeiro, 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 de mar. de 2016.

¹⁴⁷ SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença penal condenatória. Teoria e prática*. 7a ed. JusPodivm, 2012, p. 204. Diz que: Para melhor fixação, interessante mencionar o exemplo presente no livro de Ricardo Augusto Schmitt: “(...) o acusado foi condenado a 06 (anos) de reclusão e, no decorrer do cumprimento da pena privativa de liberdade, foi beneficiado com o livramento condicional, podendo cumprir o restante em liberdade - nesse caso o acusado ficará por 04 (quatro) anos em livramento condicional. Com isso, a contagem do período depurador da reincidência deve ter início a partir do momento que o agente foi beneficiado com o livramento condicional. Assim, verificada a extinção da pena privativa de liberdade em razão do decurso do prazo do livramento condicional, sem qualquer revogação, caso o agente cometa novo crime após 02 (dois) anos, não poderá ser considerado reincidente - deve-se somar o período do livramento condicional (quatro anos) com o tempo entre a efetiva extinção da pena e o novo crime (dois anos), logo, o agente não é reincidente porque somente cometeu o novo crime após o decurso de 06 (seis) anos e não somente 02 (dois).”

2.2. Diferença entre reincidência e maus antecedentes

Os maus antecedentes são circunstâncias judiciais que são analisadas na primeira fase da dosimetria da pena, estando elencados no artigo 59 do Código Penal, esclarecendo Greco que “os antecedentes dizem respeito a todo histórico criminal do agente que não preste para efeitos de reincidência.”¹⁴⁸ Desta forma, não poderia definir os maus antecedentes como reincidência, uma vez que o artigo 63 do Código Penal conceitua o que é reincidência estipulando “quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.¹⁴⁹

Assim na lógica de pensamento, Schmitt elenca algumas hipóteses do que não se pode usar como maus antecedentes:

- a) processos extintos sem julgamento do mérito;
- b) inquéritos policiais arquivados (não importando qual o fundamento do arquivamento);
- c) ações penais que resultem em absolvição;
- d) punições impostas em procedimentos administrativos - estas, porém, podem ser consideradas na conduta social, desde que o fato apurado não corresponda a um ilícito penal.¹⁵⁰

A reincidência, como já exposto no tópico anterior, é aquela agravante que se impõe ao agente que torna a praticar novamente novas infrações após o trânsito em julgado de outro crime “antecedente” ao novo que praticou.¹⁵¹ Não podendo a reincidência ser considerada quando o réu não teve ainda condenação transitada em julgado. Isto é, se houver um processo aberto contra o agente que praticou a conduta, mas ainda não houve nenhum trânsito em julgado este não poderá incidir a reincidência em novas condutas.

Desse modo a Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça pactua que a ação penal em andamento ou inquérito policial em aberto não pode ser analisado

¹⁴⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 614.

¹⁴⁹ BRASIL. Presidência da República. *Código Penal Brasileiro*. O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o art. 180 da Constituição, decreta a seguinte Lei. Rio de Janeiro, 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 25 de mar. de 2016.

¹⁵⁰ SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença penal condenatória. Teoria e prática*. 7a ed. JusPodivm, 2012, p. 127-128.

¹⁵¹ MIRABETE, Júlio Fabbrine. N. Fabbrine. *Manual de Direito Penal, parte geral*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 309.

como agravante de reincidência, e nem como antecedentes criminais,¹⁵² pois feriria o princípio da presunção de inocência, que é uma garantia constitucional.¹⁵³

Sendo assim, é vedado o uso de processos e inquéritos policiais inconclusos para serem usados como reincidência, devendo ser desconsiderado como reincidência caso haja um processo em andamento e o indivíduo venha a ser processado por outro crime.¹⁵⁴

Isto posto, de acordo com o entendimento de Greco, o prazo após os 5 anos do trânsito em julgado da condenação do réu incidiria como maus antecedentes e não como reincidência, pois decorrido este prazo não se utiliza a aplicação da reincidência.¹⁵⁵

2.3. Condenação definitiva que não mais serve para caracterizar a reincidência

O artigo 64, inciso I, do Código Penal expõe que decorrido o prazo de 5 anos “entre a data do cumprimento ou extinção da pena” não se caracteriza mais como reincidência,¹⁵⁶ mas esses processos já transitados em julgados que ultrapassaram o prazo de 5 anos poderão ser caracterizados como maus antecedentes conforme entendimento de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, observando os termos do artigo 59 do Código Penal.¹⁵⁷

O que se percebe com a análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é que apesar de se respeitar o princípio da culpabilidade, ou seja, o crime

¹⁵² BRASIL. *Súmulas do STJ*. In: Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1987.

¹⁵³ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal Parte Geral. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 614.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 614-615.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 615.

¹⁵⁶ BRASIL. Presidência da República. *Código Penal Brasileiro*. O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o art. 180 da Constituição, decreta a seguinte Lei. Rio de Janeiro, 07 de dezembro de 1940. Dispõe no: “Art. 64 - Para efeito de reincidência: I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; (...)” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 24 de mar. de 2016.

¹⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 194.108/SP*. 6ª Turma. Habeas Corpus. Art. 157, do Código Penal. Impetração substitutiva de recurso especial. Improriedade da via eleita. Pena-base. Exasperação. Condenação anterior. Decurso do prazo previsto no art. 64, I, do Código Penal Configuração de maus antecedentes. Possibilidade. Writ prejudicado quanto ao regime e, no mais, não conhecido. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo, 03 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24811635/habeas-corpus-hc-194108-sp-2011-0004555-2-stj>>. Acesso em: 24 de mar. de 2016.

não exceder a pena que lhe foi cominada, não pode-se deixar também de analisar a individualização da pena, uma vez que não se pode tratar da mesma forma um indivíduo que já cometeu infrações com outro que nunca cometeu nenhum tipo de conduta proibitiva.¹⁵⁸

Já o Supremo Tribunal Federal colacionou no HC nº 126.315/SP, da 2ª Turma, que não poderá se utilizar do entendimento previsto no artigo 64, inciso I, do Código Penal para caracterizar os maus antecedentes após decorrido o lapso temporal de 5 anos. Isto é, foi afastado os maus antecedentes para efeitos de fixação da pena, com base no princípio da razoabilidade, pois uma pena não pode ter caráter perpétuo no ordenamento jurídico.¹⁵⁹

Com isso, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o prazo de 5 anos após a condenação transitada em julgado do indivíduo serviria para “nulificar a reincidência”, não se utilizando mais das condutas praticadas após este lapso temporal para os efeitos da fixação da pena. Como já houve o cumprimento de pena do indivíduo condenado não há o por que se caracterizar como eterno uma conduta praticada pelo agente, posto que, o caráter da aplicação da pena é a ressocialização do indivíduo.¹⁶⁰

Sendo assim, condenações definitivas que não servem mais para a caracterização da reincidência não podem caracterizar maus antecedentes para dosimetria da pena, entendendo que seria inconstitucional ao se analisar o artigo 5º,

¹⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 194.108/SP*. 6ª Turma. Habeas Corpus. Art. 157, do Código Penal. Impetração substitutiva de recurso especial. Improriedade da via eleita. Pena-base. Exasperação. Condenação anterior. Decurso do prazo previsto no art. 64, I, do Código Penal Configuração de maus antecedentes. Possibilidade. Writ prejudicado quanto ao regime e, no mais, não conhecido. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo, 03 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24811635/habeas-corpus-hc-194108-sp-2011-0004555-2-stj/inteiro-teor-24811636>>. Acesso em: 24 de mar. de 2016.

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126.315/SP*. 2ª Turma. Habeas Corpus. 2. Tráfico de entorpecentes. Condenação. 3. Aumento da pena-base. Não aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33, da Lei 11.343/06. 4. Período depurador de 5 anos estabelecido pelo art. 64, I, do CP. Maus antecedentes não caracterizados. Decorridos mais de 5 anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes. Aplicação do princípio da razoabilidade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana. 5. Direito ao esquecimento. 6. Fixação do regime prisional inicial fechado com base na vedação da Lei 8.072/90. Inconstitucionalidade. 7. Ordem concedida. Relator: Gilmar Mendes. São Paulo: 04 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28hc+126315%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 28 de mar. de 2016.

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo nº 799*. 14 a 18 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28hc+126315%29&base=baseInformativo>>. Acesso em: 28 de mar. de 2016.

inciso XLVII, alínea “b”, da Constituição Federal que afirma “não haverá penas: (...) de caráter perpétuo”. As falhas cometidas no passado não devem ser objeto de reprimenda do ordenamento jurídico penal na questão de aplicação.¹⁶¹

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo nº 799*. 14 a 18 de setembro de 2015. Firma o entendimento que: “Nessa perspectiva, por meio de cotejo das regras basilares de hermenêutica, constatar-se-ia que, se o objetivo primordial fosse o de se afastar a pena perpétua, reintegrando o apenado no seio da sociedade, com maior razão dever-se-ia aplicar esse raciocínio aos maus antecedentes. Ademais, o agravamento da pena-base com fundamento em condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos não encontraria previsão na legislação pátria, tampouco na Constituição, mas se trataria de uma analogia “in malam partem”, método de integração vedado em nosso ordenamento. (...)”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28hc+126315%29&base=baseInformativo>>. Acesso em: 28 de mar. de 2016.

3. INSIGNIFICÂNCIA PENAL E REINCIDÊNCIA

A priori, após analisar os conceitos e características do Princípio da Insignificância e da Reincidência vê-se a necessidade de explicitar esta grande controvérsia que há nos julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, analisando o cabimento ou não de condutas insignificantes quando há agentes reincidentes.

Assim sendo, este capítulo irá analisar os principais entendimentos dos Tribunais Superiores e suas controvérsias quanto a aplicação do Princípio da Insignificância na reincidência.

3.1. *Distinção do âmbito de atuação da Insignificância e da Reincidência*

Conforme Lopes conceitua, para se caracterizar o princípio da insignificância deve-se analisar tanto os elementos formais quanto os “(...) elementos objetivos, que levem à percepção da utilidade e da justiça de imposição de pena criminal ao agente”.¹⁶² Isto é, esse princípio analisa determinada conduta do agente observando se esta ação irá causar pouca ou nenhuma relevância para o Estado Democrático de Direito, tutelando aquelas ações que causam lesões ínfimas.¹⁶³

Já na reincidência o que vem a se analisar será as características pessoais do autor da conduta, observando dois principais requisitos “existência de condenação penal anterior transitada em julgado” e o “cometimento de nova infração penal após a condenação definitiva anterior”.¹⁶⁴

Com isso, entendendo-se que a Insignificância exclui a tipicidade, Gomes compreende que para se “impedir a reiteração da conduta pelo mesmo agente” em situações de reincidência ou mutirreincidência em condutas insignificantes seria

¹⁶² LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal análise à luz da Lei 9.009/95 – Juizados Especiais Criminais e da jurisprudência atual*. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 1997, p. 34.

¹⁶³ RÊBELO, José Henrique Guaracy. *Princípio da Insignificância: interpretação jurisprudencial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 41. Diz que: “(...) a lesão caracterizada medicamente como um mero eritema (que causa um simples rubor na vítima), conquanto possa ser registrada pela perícia imediata ou confirmada por testemunhas, é de significação ridícula para justificar a imposição de que a noção de tipicidade, modernamente, engloba um valor lesivo concreto e relevante pra a ordem social.”

¹⁶⁴ SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença penal condenatória. Teoria e prática*. 7a ed. JusPodivm, 2012, p. 202.

necessário utilizar a diferenciação de três disposições da reincidência.¹⁶⁵

O primeiro denominado “mutirreincidência ou reiteração cumulativa” é aquele no qual o indivíduo se utiliza de várias condutas, que chegando ao fim e “somadas” todas estas condutas praticadas no decorrer de seu ato não se caracterizará um fato insignificante.¹⁶⁶

Já o segundo que é a “multirreincidência ou reiteração não cumulativa” é caracterizado por várias condutas insignificantes praticadas pelo agente, mas estas condutas praticadas não tem uma ligação, não sendo praticadas contra o mesmo indivíduo e estando “desconectados do tempo”. Entendendo assim, que aqui pode-se analisar a insignificância em cada caso concreto.¹⁶⁷

Logo em seguida, em terceira hipótese afirma que o “fato único cometido por um agente reincidente” não há que se questionar quanto a aplicação do princípio da insignificância, pois não se analisa as características pessoais do autor da conduta na insignificância, e sim, as “peculiaridades do caso concreto”.¹⁶⁸

Assim como fica explícito no HC nº 96.929/MS, da 6ª Tuma, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, não se pode levar em consideração as características pessoais do agente, pois “maus antecedentes e reincidência não impedem a aplicação do princípio da bagatela (...)”.¹⁶⁹

Diante disso, pode-se observar que para a aplicação do princípio da insignificância deve se analisar cada caso em concreto, independentemente do agente ser reincidente ou não, pois a reincidência não pode ser caráter valorativo para aplicação desse princípio, vez que, este busca tutelar condutas que não

¹⁶⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 112.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 112. Um grande exemplo expõe: “(...) Gerente de banco (ou um racker) que desvia R\$ 1,00 de cada conta corrente, no final auferem uma soma significativa. Empregado que trabalha como caixa de um estabelecimento comercial e que furta, diariamente, pequena quantidade em dinheiro. Para efeito da pena e da aplicação da insignificância temos que considerar todo como um fato único.”

¹⁶⁷ Ibidem. Diz que: “Furtar uma caneta esferográfica hoje, um DVD no mês seguinte etc. Para nós, considerando-se que os fatos são insignificantes e isolados (ou seja: não cumulativos), não há impedimento para a incidência do princípio da insignificância, que conta com critérios objetivos.”

¹⁶⁸ Ibidem, p. 115 Afirma que: “(...) só o fato de o réu ser reincidente não pode ser critério impeditivo para a incidência do princípio da insignificância, que é objetivo.”

¹⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 96.929/MS*. 6ª Turma. Habeas Corpus, Furto de um boné no valor de R\$ 50,00. Objeto restituído à vítima. Reincidência. Aplicação do Princípio da Insignificância ou bagatela. Possibilidade. Irrelevância da reincidência e dos maus antecedentes. Princípio da necessidade da pena. Ordem concedida para reconhecer a atipicidade da conduta. Relatora: Jane Silva, Mato Grosso do Sul, 08 de abril de 2008. <Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/789756/habeas-corpus-hc-96929>>. Acesso em: 01 de mar. de 2016.

venham a causar lesão ou intuito de lesão ao bem jurídico tutelado pelo ordenamento penal.

3.2. STF x STJ em relação a aplicação ou não da Insignificância em caso de agente reincidente

Apesar do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça admitirem o mesmo entendimento quanto a conceituação do Princípio da Insignificância, estes têm pensamentos distintos quanto a aplicação da Insignificância em casos de agente reincidente. Levando em consideração que não há apenas está controvérsia de entendimentos entre os Tribunais Superiores, mas também entre as próprias Turmas de cada Corte.

Sendo assim, o que os Tribunais Superiores analisam em seus julgados é: se deve ou não analisar o aspecto subjetivo do autor da conduta reincidente no princípio da insignificância, ou seja, a necessidade de se analisar o juízo que se faz a partir de características pessoais do autor de uma conduta.

Analisando os julgados no Supremo Tribunal Federal, primeiramente se observa no HC nº 102.080/MS, da 2ª Turma, ficou colacionado que quando a conduta do agente for ínfima e não venha a causar lesão ou resquício de lesão ao bem jurídico tutelado o princípio da Insignificância deve ser aplicado entendendo que “(...) o comportamento passa a ser considerado irrelevante sob a perspectiva do Direito Penal diante da ausência de ofensa ao bem jurídico protegido (...)”.¹⁷⁰

No entanto, no HC nº 102.088/RS, da 1ª Turma, julgado também no Supremo Tribunal Federal leva em consideração os antecedentes do agente para classificar o Princípio da Insignificância, entendendo ser necessário “(...) uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, no sentido de se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado (...)”.¹⁷¹

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 102.080/MS. 2ª Turma. Habeas Corpus. Direito Penal. Habeas Corpus. Crime de Furto. Princípio da Insignificância. Antecedentes Criminais. Relatora: Ellen Gracie. Mato Grosso do Sul, 05 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=615874>>. Acesso em: 01 de mar. de 2016.

¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 102.088/RS. 1ª Turma. Habeas Corpus. Constitucional. Penal. Furto e Tentativa de Furto. Alegação de Incidência do Princípio da Insignificância:

Ayres Britto afirma em seu voto no HC nº 96.202/RS, da 1ª Turma, julgado no Supremo Tribunal Federal:

"(...) segue a consideração de que o reconhecimento da insignificância material da conduta imputada ao paciente, na concreta situação dos autos, serviria muito mais como um nocivo incentivo ao cometimento de novos delitos do que propriamente uma injustificativa mobilização do Poder Judiciário."¹⁷²

Nota-se que não há um entendimento pacífico entre as Turmas da Corte do Supremo Tribunal Federal, pois enquanto uma Corte compreende que há a possibilidade de aplicar a Insignificância na reincidência por dever levar em consideração seu grau de ofensividade ao bem jurídico¹⁷³, a outra Corte já entende que não seria cabível por acreditar que aplicando-se este princípio a agentes reincidentes poderia haver reingresso novamente destes ao crime, ou seja, iria estimular o agente reincidente a cometer novas condutas proibitivas.¹⁷⁴

Quanto ao Superior Tribunal de Justiça também existe as mesmas

Inviabilidade. Notícia da Prática de vários outros delitos pelo paciente. "(...) 4. O criminoso contumaz, mesmo que pratique crimes de pequena monta, não pode ser tratado pelo sistema penal como se tivesse praticado condutas irrelevantes, pois crimes considerados ínfimos, quando analisados isoladamente, mas relevantes quando em conjunto, seriam transformados pelo infrator em verdadeiro meio de vida. 5. O princípio da insignificância não pode ser acolhido para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de conduta ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido a sua reprovabilidade, perdem a característica da bagatela e devem se submeter ao direito penal. (...)". Relatora: Carmen Lúcia. Rio Grande do Sul, 06 de abril de 2010. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9226281/habeas-corpus-hc-102088-rs>>. Acesso em: 01 de mar. de 2016

¹⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 96.202/RS. 1ª Turma. Habeas Corpus. Crime de Tentativa de Furto (Caput do art. 155, combinado com o inciso II do art. 14, ambos do Código Penal). Objetos que não superam o valor de R\$ 185,00 (cento e oitenta e cinco reais). Alegada Incidência do Princípio da Insignificância Penal. Acusado que responde a vários outros processos por crimes contra o patrimônio. Reincidente Específico. Ato de Violência. Vítima Lesionada. Improcedência da Alegação. Relator: Ayres Britto. Rio Grande do Sul, 04 de maio de 2010. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_96202_RS_1277235674134.pdf?Signature=xDxlkHd%2FUWEtVEwiKydZZ0Lyl4c%3D&Expires=1461045894&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=e206bf12c97477d7cca729ecc6394f6b>. Acesso em: 01 de mar. de 2016

¹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 102.080/MS. 2ª Turma. Habeas Corpus. Direito Penal. Habeas Corpus. Crime de Furto. Princípio da Insignificância. Antecedentes Criminais. Relatora: Ellen Gracie. Mato Grosso do Sul, 05 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=615874>>. Acesso em: 01 de mar. de 2016

¹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 102.088/RS. 1ª Turma. Habeas Corpus. Constitucional. Penal. Furto e Tentativa de Furto. Alegação de Incidência do Princípio da Insignificância: Inviabilidade. Notícia da Prática de vários outros delitos pelo paciente. Relatora: Carmen Lúcia. Rio Grande do Sul, 06 de abril de 2010. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9226281/habeas-corpus-hc-102088-rs>>. Acesso em: 28 de mar. de 2016.

divergências entre as Cortes, assim como no Supremo Tribunal Federal. Entendendo algumas Cortes que para a aplicação do princípio supracitado faz-se necessário a análise do desvalor do resultado e da ação, analisando o “comportamento” do agente que praticou a conduta.¹⁷⁵ Enquanto outras tem o entendimento de que poderia ser aplicado levando em consideração a “irrelevância dos aspectos subjetivos” do agente da conduta.¹⁷⁶

Destarte, o que se percebe é que não há ainda uma tese firmada para a aplicação do Princípio da Insignificância para réus reincidentes ou com maus antecedentes criminais.

Dessa forma, apesar de haver conflitos entre as próprias Cortes dos Tribunais Superiores, observa-se que de uns tempos para cá o Superior Tribunal de Justiça, vêm dando pareceres mais favoráveis para aplicação do princípio da insignificância na reincidência quando comprovado o ínfimo grau de reprovabilidade perante ao bem jurídico tutelado. Enquanto o Supremo Tribunal Federal, apesar de não ter firmado um entendimento, estipulou no Informativo 793 que a insignificância será aplicada na reincidência analisando cada caso concreto.¹⁷⁷

¹⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 95.226/MS*. 5ª Turma. Habeas Corpus. Furto Simples. Princípio da Insignificância. Não reconhecimento. Aplicação do privilégio (art. 155, 4º, do CP). Manutenção da negativa pela corte de origem. Bens relevantes. Reiteração criminosa. Importância para o direito penal. Conduta típica. Constrangimento ilegal não demonstrado. Afirmando em seu voto que: “(...) considerando-se que a negativa está fundada não só na lesão ao bem jurídico tutelado, mas também no comportamento do paciente, que em pequeno espaço de tempo cometeu dois furtos, demonstrando personalidade voltada à prática delitiva, e não se mostrando a res furtiva irrelevante para as vítimas e o Direito Penal (...)” Relator: Jorge Mussi. Mato Grosso do Sul, 24 de junho de 2008. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/HC_95226_MS_24.06.2008.pdf?Signature=WN5bH_RMlpZMe7nESqVjNMFwP750%3D&Expires=1461048098&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAX_CMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=514ea3f0df0b73900d88cc8946895b40>. Acesso em: 28 de mar. de 2016.

¹⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 137.740/SP*. 6ª Turma. Habeas Corpus. Penal. Tentativa de furto de produtos alimentícios de supermercado avaliados em R\$ 24,78 (vinte e quatro reais e setenta e oito centavos). Pedido de trancamento da ação penal superveniente à suspensão condicional do processo. Invocação do Princípio da Insignificância. Aplicabilidade. Irrelevância dos aspectos subjetivos da paciente. Atipicidade da conduta. Expõe assim no referido voto: “(...) ainda que a paciente ostentasse algum mau antecedente – o que não se tem notícia nos autos – é importante frisar que o princípio da bagatela exclui a tipicidade, de tal sorte que aspectos subjetivos são irrelevantes para a aplicação ou não do standar. Uma vez excluído o fato típico, não há crime, de maneira que carece de utilidade a análise dos atributos pessoais do agente, sob pena de se criar um direito penal do autor e não dos fatos.” Relator: Celso Limongi. São Paulo, 25 de agosto de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=907375&num_registro=200901041829&data=20090914&formato=PDF>. Acesso em: 28 de mar. de 2016.

¹⁷⁷ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Dizer o Direito*. 13 de agosto de 2015, p. 09. Disponível em: <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2015/08/info-793-stf.pdf>>. Acesso em: 28 de mar. de 2016.

O Supremo Tribunal Federal ao julgar três Habeas Corpus conjuntamente em relação ao crime de furto, passou a firmar que o Princípio da Insignificância deve passar a ser aplicado em cada caso concreto após analisá-lo. Esta concepção quanto a aplicação do princípio da insignificância na reincidência foi firmada nos HCs nº 123.108/MG, 123.533/SP e 123.734/MG.¹⁷⁸

O primeiro HC nº 123.108/MG, que trata de crime de furto simples é referente ao furto de um par de sandálias avaliado em R\$16,00, não se aplicando a Insignificância, pois o agente que praticou tal conduta já havia duas condenações transitada em julgado.¹⁷⁹

O segundo HC nº 123.533/SP, já relata sobre a prática de concurso de agentes ao furtar dois sabonetes líquidos íntimos no valor de R\$ 48,00, não sendo aplicado também o Princípio da Insignificância por serem reincidentes.¹⁸⁰

E o terceiro HC nº 123.734/MG, trata de réu primário, mas que praticou por meio de rompimento de obstáculo e escalada, furto qualificado de quinze bombons caseiros avaliados no valor de R\$ 30,00.¹⁸¹

Teori Zavascki firmou em seu voto que, apesar de serem condutas ínfimas estas possuem agravantes como a reincidência ou a qualificadora, não podendo descaracterizar a conduta por ser insignificante, pois se houvesse a exclusão da tipicidade de condutas nestes casos estas ações poderiam acabar virando "lícitas", não sendo esta a intenção.¹⁸²

¹⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. *Aplicação do Princípio da Insignificância deve ser analisado caso a caso.* Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=296835>> . Acesso em: 30 de mar. de 2016.

¹⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 123.108/MG.* Penal. Princípio da Insignificância. Crime de furto simples. Reincidência. Relator: Roberto Barroso, Minas Gerais. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc_123108_mlrbr.pdf>. Disponível em: Acesso em: 30 de mar. de 2016.

¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 123.533/SP.* Penal. Princípio da Insignificância. Crime de furto. Reincidência. Qualificação pelo concurso de agentes. Relator: Roberto Barroso, São Paulo. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc_123533_mlrbr.pdf>. Disponível em: Acesso em: 30 de mar. de 2016.

¹⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 123.734/MG.* Penal. Princípio da Insignificância. Crime de furto. Réu primário. Qualificação por rompimento de obstáculo e escalada. Relator: Roberto Barroso, Minas Gerais. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc_123734_mlrbr.pdf>. Acesso em: 30 de mar. de 2016.

¹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. *Aplicação do Princípio da Insignificância deve ser analisado caso a caso.* 3 de agosto de 2015. Teori Zavascki afirma que: "É preciso que o Tribunal tenha presente as consequências jurídicas e sociais que decorrem de um juízo de atipicidade em casos como estes. Negar a tipicidade destas condutas seria afirmar que, do ponto de vista penal,

Desse modo, se aplicou aos HCs nº 123.108/MG e 123.533/SP o regime prisional aberto e quanto ao HC nº 123.734/MG a pena foi substituída por prestação de serviços à comunidade, justificando que a exclusão da tipicidade poderia dar a entender que a infração praticada seria lícita.¹⁸³

Portanto, compreende-se que caso fosse aplicado a insignificância nestes casos poderia acabar gerando revolta na sociedade, fazendo com que o agente da conduta ao obter a exclusão da tipicidade, pudesse vir a sofrer retaliações pela sociedade.¹⁸⁴

Diante disso, Silva expõe que:

“(...) entende-se que a incidência do Princípio da Insignificância na solução de um caso concreto não consiste em interpretar a lei penal, mas em aplica-la corretamente, mediante interpretação baseada na equidade e razoabilidade, de forma a alcançar-se o sentido material de Justiça.”¹⁸⁵

Assim é válido afirmar que, o operador do direito penal deve analisar se é razoável a aplicação do tipo penal naquela conduta praticada, pois apesar de ser possível a aplicação de penalidades em condutas proibitivas nem todas devem ser aplicadas ao ordenamento penal, levando em consideração o caráter ínfimo da conduta e o princípio da intervenção mínima.¹⁸⁶

seriam lícitas”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=296835>. Acesso em: 30 de mar. de 2016.

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. *Aplicação do Princípio da Insignificância deve ser analisado caso a caso*. 3 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=296835>. Acesso em: 30 de mar. de 2016.

¹⁸⁴ Ibidem. Teori Zavascki firma que: “O Judiciário não pode, com sua inação, abrir espaço para quem o socorra. É justamente em situações como esta que se deve privilegiar o papel do juiz da causa, a quem cabe avaliar em cada caso concreto a aplicação, em dosagem adequada, seja do princípio da insignificância, seja o princípio constitucional da individualização da pena”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=296835>. Acesso em: 30 de mar. de 2016.

¹⁸⁵ SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. 1ª ed (ano 2004). 5ª tiragem (ano 2008). Curitiba: Juruá, 2008, p. 109

¹⁸⁶ Ibidem, p. 109-110.

CONCLUSÃO

O presente trabalho objetivou abordar os aspectos concernentes para o reconhecimento da Insignificância Penal na Presença da Reincidência, procurando demonstrar de primeiro modo a conceituação e características do Princípio da Insignificância e da Reincidência.

Em relação ao Princípio da Insignificância pode-se compreender que este serve de garantia para alguns princípios do ordenamento penal, em especial, o princípio da intervenção mínima, uma vez que o tipo penal só deve ser aplicado quando for estritamente necessário. Daí, após concepções jurisprudenciais e doutrinárias passou-se a aplicar o princípio da insignificância em condutas que apesar de estarem elencadas no ordenamento penal não causam nenhum prejuízo à quem sofre a lesão, ou a lesão é tão ínfima que não se faz jus aplicar a pena.

Deste modo, compreendeu-se que a Insignificância veio para evitar o grande acúmulo de demandas que não afetem materialmente o bem jurídico tutelado pelo ordenamento penal, sendo uma conduta atípica, ou seja, excluindo a tipicidade da conduta por não ter relevância para o Estado Democrático de Direito e utilizando-se de um julgamento mais equitativo.

Na reincidência verificou-se que é totalmente lícito a aplicação da agravante, dado que está é uma característica subjetiva do autor que praticou a infração, pois esta serve para averiguar que a pena aplicada anteriormente não ajudou na ressocialização do indivíduo que veio a cometer novamente novo crime.

No entanto, o entendimento exposto acima não se firmou quanto a aplicação da agravante nos maus antecedentes. Conforme o Recurso Extraordinário nº 453.000, julgado no Supremo Tribunal Federal, constatou-se que, a aplicação de agravante para maus antecedentes é inconstitucional, pois a pena aplicada ao agente não pode ter caráter perpétuo. Quando se aplica agravante por causa dos maus antecedentes do agente acaba punindo-o de forma eterna, não sendo constitucional, dado que o lapso temporal de 5 anos para que seja descaracterizada a reincidência é justamente para que o indivíduo possa vir ter uma vida normal não se lembrando dos erros cometidos no passado.

Dessa forma, firmou-se o entendimento por ser de repercussão geral, de que não se utiliza para fixação da pena os maus antecedentes quando decorrido o prazo de 5 anos.

No tocante a aplicação da Insignificância Penal em conduta praticada por réu reincidente constatou-se que apesar do Supremo Tribunal Federal ter firmado a concepção das vertentes que caracterizam o Princípio da Insignificância, nada foi acertado quanto a aplicação desta na presença da reincidência, havendo divergências tanto entre as próprias Turmas quanto entre os Tribunais Superiores.

A justificativa dos Tribunais Superiores que negaram o reconhecimento do Princípio da Insignificância para agentes reincidentes foi que para se analisar um crime se faz necessário verificar também a característica subjetiva do autor da conduta, ou seja, de certa forma acaba valendo-se do Direito Penal do Autor. Quanto aos que apreciaram a aplicação desse princípio em infrações realizadas por indivíduo reincidente afirmaram que não é razoável se utilizar da subjetividade de aspectos do autor para condená-lo, vez que o intuito da Insignificância não é analisar o agente da conduta pelo que ele é, e sim, se a característica da conduta é ínfima ou não.

Nada obstante, a doutrina entende que não deve se reconhecer a Insignificância nos casos de “criminoso contumaz”, ou seja, aquelas condutas praticadas que são consideradas ínfimas ao bem tutelado, mas que viram constantes. Sendo assim, os que negam o reconhecimento da insignificância penal por conta do agente da conduta ser reincidente justificam que a não aplicação da pena a réus reincidentes poderia caracterizar o estímulo para a prática de novas infrações.

Desse modo, verificado que o Direito Penal utiliza-se do direito penal do fato, logo conclui-se que verificar características do agente da conduta por si só não é meio suficiente para aplicar a pena. Isto é, no caso da Insignificância o que deve ser analisado é a tipicidade da conduta cometida e não do comportamento do agente, pois o que se caracteriza a atipicidade da conduta é o ínfimo grau de lesividade ao bem jurídico.

Portanto, conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal ao julgar três Habeas Corpus, para o reconhecimento da insignificância deverá se analisar cada caso concreto, evitando assim a insegurança jurídica.

REFERÊNCIAL

Bibliografia

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BRASIL. *Súmulas do STJ*. In: *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2015.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário Técnico Jurídico prefaciado pelo Ministro Antônio Cezar Peluso*. 14ª ed. São Paulo: Rideel, 2011.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 3ª. Ed. Curitiba: Positivo, 2004.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal Parte Geral*. 23ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999, vol. I.

LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal*. 3 ed. Trad. Luís Jimenes de Asúa. Madrid: Reus, 1927.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal análise à luz da Lei 9.009/95 – Juizados Especiais Criminais e da jurisprudência atual*. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 1997.

MAÑAS, Carlo Vico. *O Princípio da Insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

MIRABETE, Júlio Fabbrine. N. Fabbrine. *Manual de Direito Penal, parte geral*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PRESTES, Cássio Vinícius D. C. V. Lazarri. *O Princípio da Insignificância como causa excludente da tipicidade no Direito Penal*. São Paulo: Memória Jurídica, 2003.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal – introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RÊBELO, José Henrique Guaracy. *Princípio da Insignificância: interpretação jurisprudencial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença penal condenatória. Teoria e prática*. 7a ed. JusPodivm, 2012.

SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. 1ª ed (ano 2004). 5ª tiragem (ano 2008). Curitiba: Juruá, 2008.

Sítios Eletrônicos

BOSCHI, José Antonio Paganella. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. IBCCRIM. *A dosimetria das penas privativas de liberdade*. Boletim 242. Janeiro/2013. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4806-A-dosimetria-das-penas-privativas-de-liberdade>. Acesso em: 20 de mar. de 2016.

BRASIL. Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais, do Júri e de Execuções Penais. *Informativo 248 – STF declara constitucionalidade da reincidência como agravante da pena*. Disponível em: <<http://www.criminal.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1227>>. Acesso em: 20 de mar. de 2016.

BRASIL. Presidência da República. *Código de Processo Penal*. O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o art. 180 da Constituição, decreta a seguinte Lei. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 25 de mar. de 2016

BRASIL. Presidência da República. *Código Penal Brasileiro*. O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o art. 180 da Constituição, decreta a seguinte Lei. Brasília, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 17 de fev. de 2016.

BRASIL. Presidência da República. *Lei nº 9.099/95*, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 17 de fev. de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 194.108/SP*. 6ª Turma. Habeas Corpus. Art. 157, do Código Penal. Impetração substitutiva de recurso especial. Improriedade da via eleita. Pena-base. Exasperação. Condenação anterior. Decurso do prazo previsto no art. 64, I, do Código Penal Configuração de maus antecedentes. Possibilidade. Writ prejudicado quanto ao regime e, no mais, não conhecido. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo, 03 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24811635/habeas-corpus-hc-194108-sp-2011-0004555-2-stj/inteiro-teor-24811636>>. Acesso em: 24 de mar. de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 137.740/SP*. 6ª Turma. Habeas Corpus. Penal. Tentativa de furto de produtos alimentícios de supermercado avaliados em R\$ 24,78 (vinte e quatro reais e setenta e oito centavos). Pedido de trancamento da

ação penal superveniente à suspensão condicional do processo. Invocação do Princípio da Insignificância. Aplicabilidade. Irrelevância dos aspectos subjetivos da paciente. Relator: Celso Limongi. São Paulo, 25 de agosto de 2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=907375&num_registro=200901041829&data=20090914&formato=PDF>. Acesso em: 28 de mar. de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 157.199/DF*. 5ª Turma. PENAL. Habeas Corpus. Furto qualificado. Princípio da insignificância. Não incidência. Tipicidade material. Teoria constitucionalista do delito. Expressiva lesão ao bem jurídico tutelado. Relator: Arnaldo Esteves Lima. Distrito Federal, 15 de junho de 2010. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14754063/habeas-corpus-hc-157199-df-2009-0244455-7/relatorio-e-voto-14754065>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 63.419/RS*. 6ª Turma. Habeas Corpus. Processo Penal. Descaminho. Tributo. Lei nº 10.522 /02. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Reiteração da conduta típica. Presença do desvalor da ação. O Princípio da Insignificância incide quando, praticada conduta formalmente típica, ausente a tipicidade material ou o desvalor do resultado. O caso, devido às suas peculiaridades, deve ser analisado sob a luz do Princípio da Irrelevância Penal do Fato, que, para a sua incidência, exige a ausência ou insignificância não só do desvalor do resultado, como também do desvalor da ação e da culpabilidade. Relator: Paulo Medina. Rio Grande do Sul, 18 de setembro de 2008. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/933990/habeas-corpus-hc-63419-rs-2006-0161908-3>>. Acesso em: 01 de mar. de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 95.226/MS*. 5ª Turma. Habeas Corpus. Furto Simples. Princípio da Insignificância. Não reconhecimento. Aplicação do privilégio (art. 155, 4º, do CP). Manutenção da negativa pela corte de origem. Bens relevantes. Reiteração criminosa. Importância para o direito penal. Conduta típica. Constrangimento ilegal não demonstrado. Relator: Jorge Mussi. Mato Grosso do Sul, 24 de junho de 2008. Disponível em: http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/HC_95226_MS_24.06.2008.pdf?Signature=WN5bHRMlpZMe7nESqVjNMFwP750%3D&Expires=1461048098&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=514ea3f0df0b73900d88cc8946895b40>. Acesso em: 28 de mar. de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 96.929/MS*. 6ª Turma. Habeas Corpus, Furto de um boné no valor de R\$ 50,00. Objeto restituído à vítima. Reincidência. Aplicação do Princípio da Insignificância ou bagatela. Possibilidade. Irrelevância da reincidência e dos maus antecedentes. Princípio da necessidade da pena. Ordem concedida para reconhecer a atipicidade da conduta. Relatora: Jane Silva, Mato Grosso do Sul, 08 de abril de 2008. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/789756/habeas-corpus-hc-96929>>. Acesso em: 01 de mar. de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF declara constitucionalidade da reincidência como agravante da pena*. Notícias STF, 04 de abril de 2013. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=235084>>. Acesso em: 22 de mar. de 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 102.080/MS*. 2ª Turma. Habeas Corpus. Direito Penal. Habeas Corpus. Crime de Furto. Princípio da Insignificância. Antecedentes Criminais. Relatora: Ellen Gracie. Mato Grosso do Sul, 05 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=615874>>. Acesso em: 01 de mar. de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 102.088/RS*. 1ª Turma. Habeas Corpus. Constitucional. Penal. Furto e Tentativa de Furto. Alegação de Incidência do Princípio da Insignificância: Inviabilidade. Notícia da Prática de vários outros delitos pelo paciente. Relatora: Carmen Lúcia. Rio Grande do Sul, 06 de abril de 2010. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9226281/habeas-corpus-hc-102088-rs>>. Acesso em: 01 de mar. de 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 104.467/RS*. 1ª Turma. Habeas Corpus. Constitucional. Processual Penal. Casa de Prostituição. Aplicação dos Princípios da Fragmentariedade e da Adequação Social: impossibilidade. Conduta Típica. Constrangimento não configurado. Relatora: Carmen Lúcia. Rio Grande do Sul, 08 de fev. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=104467&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 110.475/SC*. 1ª turma. Habeas Corpus. Artigo 28 da Lei 11.343/2006. Porte ilegal de substância entorpecente. Ínfima quantidade. Princípio da Insignificância. Aplicabilidade. Writ concedido. Relator: Dias Toffoli, Santa Catarina, 14 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28hc+110475%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 29 de fev. de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 123.108/MG*. Penal. Princípio da Insignificância. Crime de furto simples. Reincidência. Relator: Roberto Barroso, Minas Gerais. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc_123108_mlrpb.pdf>. Disponível em: Acesso em: 30 de mar. de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 123.533/SP*. Penal. Princípio da Insignificância. Crime de furto. Reincidência. Qualificação pelo concurso de agentes. Relator: Roberto Barroso, São Paulo. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc_123533_mlrpb.pdf>. Disponível em: Acesso em: 30 de mar. de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 123.734/MG*. Penal. Princípio da Insignificância. Crime de furto. Réu primário. Qualificação por rompimento de obstáculo e escalada. Relator: Roberto Barroso, Minas Gerais. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc_123734_mlrpb.pdf>. Acesso em: 30 de mar. de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126.315/SP. 2ª Turma. Habeas Corpus. 2. Tráfico de entorpecentes. Condenação. 3. Aumento da pena-base. Não aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33, da Lei 11.343/06. 4. Período depurador de 5 anos estabelecido pelo art. 64, I, do CP. Maus antecedentes não caracterizados. Decorridos mais de 5 anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes. Aplicação do princípio da razoabilidade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana. 5. Direito ao esquecimento. 6. Fixação do regime prisional inicial fechado com base na vedação da Lei 8.072/90. Inconstitucionalidade. 7. Ordem concedida. Relator: Gilmar Mendes. São Paulo: 04 de março de 2015. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28hc+126315%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 95.174/RJ. 2ª Turma. Habeas Corpus. Penal. Desclassificação de roubo para furto: impossibilidade do Princípio da Insignificância no crime de roubo. Regime inicial de cumprimento de pena: observância do art. 33 do Código Penal. Relator: Eros Grau. Rio de Janeiro, 09 de dezembro de 2008. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=582706>>. Acesso em: 01 de mar. de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 96.202/RS. 1ª Turma. Habeas Corpus. Crime de Tentativa de Furto (Caput do art. 155, combinado com o inciso II do art. 14, ambos do Código Penal). Objetos que não superam o valor de R\$ 185,00 (cento e oitenta e cinco reais). Alegada Incidência do Princípio da Insignificância Penal. Acusado que responde a vários outros processos por crimes contra o patrimônio. Reincidente Específico. Ato de Violência. Vítima Lesionada. Improcedência da Alegação. Relator: Ayres Britto. Rio Grande do Sul, 04 de maio de 2010. Disponível em:

<http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_96202_RS_1277235674134.pdf?Signature=xDxlkHd%2FUWEtVEwiKydZZ0Ly14c%3D&Expires=1461045894&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=e206bf12c97477d7cca729ecc6394f6b>. Acesso em: 01 de mar. de 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 97.051/RS. 1ª Turma. Habeas Corpus. Penal. Furto. Alegação de incidência do princípio da insignificância: inviabilidade. Compatibilidade entre o privilégio e a qualificadora do crime de furto: possibilidade. Precedentes. Relatora: Carmen Lúcia. Rio Grande do Sul, 13 de outubro de 2009. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+e+%2884412%28NUME%2E%29%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mrhstql>>. Acesso em: 29 de fev. de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 799. 14 a 18 de setembro de 2015. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28hc+126315%29&base=baseInformativo>>. Acesso em: 28 de mar. de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. *Aplicação do Princípio da*

Insignificância deve ser analisado caso a caso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=296835>>.

Acesso em: 30 de mar. de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Princípio da Insignificância (crime de bagatela)*. Glossário Jurídico.

<<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=P&id=491>>. Acesso em: 15 de fev. de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 453.000/RS*. Tribunal Pleno. Agravante. Reincidência. Constitucionalidade. Surge harmônico com a Constituição Federal o inciso I do artigo 61 do Código Penal, no que prevê, como agravante, a reincidência. Relator: Marco Aurélio, Rio Grande do Sul, 04 de abril de 2013, p. 03-04. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/voto-ministro-marco-aurelio-re-453000.pdf>>. Acesso em: 22 de mar. de 2016

CHRISTÓFARO, Danilo Fernandes. *Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade Material no Crime de Divulgação de Propaganda de Candidato ou Partido no Dia das Eleições*. Revista OAB ESA, São Paulo, Artigo 7, p. 57. Disponível em: <http://www.tre-rs.gov.br/arquivos/CHRISTOFARO_Danilo_Principio.pdf>. Acesso em: 15 de fev. de 2016.

CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. *Do Conhecimento da Ilícitude em face da expansão do Direito Penal*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2012, p. 43. Disponível em: <http://btdt.ibict.br/vufind/Record/USP_9a62fd7616603d2cc260ab6cc8b8f42f>.

Acesso em: 15 de fev. de 2016.

IBCCRIM. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. *A questão da agravante da reincidência e a vedação do bis in idem: subsídios do IBCCRIM para o debate constitucional no âmbito do RE 591.563/STF*. São Paulo, 11 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/docs/amicus_curiae/RE_n.591563-8_Reincidencia.pdf>. Acesso em: 22 de mar. de 2016.

MAIA, Fernanda Capra Brandão. *O Furto e o Princípio da Insignificância*. Biblioteca Jurídica Virtual da Universidade Federal de Santa Catarina, p. 07-08. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31857-37017-1-PB.pdf>>.

Acesso em: 29 de fevereiro de 2016

MOURA, Bruno. *Desvalor da Conduta e Desvalor do Resultado no ilícito penal: ao mesmo tempo, sobre o sentido de um injusto genuinamente "pessoal"*. Artigo. Edições Universitárias Lusófonas, 2013. Disponível em: <http://oasis.ibict.br/vufind/Record/RCAP_f677bf7ca21f49177017f6fb8b2cdbc1>.

Acesso em: 29 de fev. de 2016.

RIBEIRO, Karla Daniele Moraes. *Aplicação do Princípio da Insignificância*. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10823&revista_caderno=3#_ftn28>. Acesso em: 29 de fev. de 2016