



FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – FAJS

AMANDA DE ABREU PISSOLATTI

**PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E REINCIDÊNCIA: ANÁLISE DA
(IN)APLICABILIDADE CUMULATIVA NA PERSPECTIVA DO DIREITO PENAL
MÍNIMO**

**BRASÍLIA
2019**

AMANDA DE ABREU PISSOLATTI

**PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E REINCIDÊNCIA: ANÁLISE DA
(IN)APLICABILIDADE CUMULATIVA NA PERSPECTIVA DO DIREITO PENAL
MÍNIMO**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor Esp. Marcus Vinicius Reis Bastos.

BRASÍLIA
2019

AMANDA DE ABREU PISSOLATTI

**PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E REINCIDÊNCIA: ANÁLISE DA
(IN)APLICABILIDADE CUMULATIVA NA PERSPECTIVA DO DIREITO PENAL
MÍNIMO**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor Esp. Marcus Vinicius Reis Bastos.

Brasília, 21 de novembro de 2019.

BANCA AVALIADORA

Esp. MARCUS VINICIUS REIS BASTOS
Professor Orientador

PhD. HUMBERTO FERNANDES DE MOURA
Professor Avaliador

Agradeço, primeiramente, a Deus, à Nossa Senhora, e ao meu mentor espiritual por todas as bênçãos e oportunidades.

Agradeço ao meu orientador, pela paciência e pelo grande aprendizado que adquiri.

Agradeço a minha família, aos meus irmãos de quatro patas, aos meus amigos e ao meu companheiro, que permaneceram ao meu lado em todos os momentos da graduação, me apoiando, me inspirando e me compreendendo.

RESUMO

Trata-se de um trabalho que busca analisar a aplicabilidade do Princípio da Insignificância frente à presença do instituto da reincidência penal. O princípio da bagatela, por não estar previsto expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, acaba sendo delimitado pela jurisprudência, principalmente por meio de requisitos estipulados no âmbito dos tribunais superiores do país. Por esta razão, não resta evidente sua aplicabilidade em situações em que o réu ostenta condenação transitada em julgado pretérita ao delito analisado. O objetivo geral é explanar os acórdãos provenientes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, identificando-se as linhas argumentativas expostas pelos Ministros nas decisões proferidas sobre o princípio da insignificância e a sua aplicabilidade frente à presença do instituto da reincidência. Especificamente, incitar um estudo crítico sobre as consequências provenientes de ambos os posicionamentos adotados, sejam favoráveis ou contrários à aplicabilidade da bagatela e abordar a perspectiva defendida pelos adeptos da Teoria Minimalista, que buscam evitar a caracterização do Direito Penal do autor e da seletividade do sistema penal, fatores que não mais se justificam no Estado Democrático de Direito vigente. Em relação aos meios, a pesquisa foi bibliográfica. Utilizaram-se as diversas fontes provenientes da doutrina, da jurisprudência, dos profissionais de direito ou de pesquisadores jurídicos. Os dados foram coletados por meio de pesquisa em livros, artigos e internet, e a técnica de pesquisa adotada foi no modelo comparativo. Embora a aceitação do princípio tenha sido ampliada, ao longo do tempo, há questões referentes à operacionalização que ainda não foram sanadas, como é o caso da presença da reincidência como fator limitante por afastar a incidência do respectivo princípio. Neste cenário, destaca-se tal posicionamento, quando aplicado de forma taxativa e irracional, não merecer prosperar, tendo em vista que a análise deste critério subjetivo não deve preponderar individualmente em face dos demais critérios estipulados.

Palavras-chave: Princípio da Insignificância. Reincidência. Direito Penal Mínimo. Superior Tribunal de Justiça. Supremo Tribunal Federal. Teoria Minimalista. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

This is a work that seeks to analyze the applicability of the Principle of Insignificance in the presence of the institute of criminal recidivism. The principle of trifling, because it is not foreseen in the Brazilian legal system, ends up being delimited by jurisprudence, mainly through requirements stipulated in the higher courts of the country. The general objective is to explain the judgments coming from the Superior Justice Tribunal and the Federal Court of Justice, identifying the argumentative lines expounded by the Ministers in the decisions made on the principle of insignificance and its applicability in the presence of the institute of recidivism. Specifically, incite a critical study on the consequences of both adopted positions, whether favorable or not to the bagatelle's applicability and approach the perspective defended by supporters of the Minimalist Theory, whom seek to avoid the characterization of the author's criminal law and the system's selectivity, factors that are no longer justified in the existing Democratic state. Regarding the means, the research was bibliographic. Miscellaneous sources from doctrine, jurisprudence, legal professionals or legal researchers were used. Data were collected through research in books, articles and internet, and the research technique adopted was in the comparative model. Although the acceptance of the principle has been expanded, over time, there are issues regarding the operationalization that have not yet been resolved, such as the presence of recidivism as a limiting factor by ruling out the incidence of the respective principle. In this scenario, it is noteworthy that, when applied in a taxative and irrational manner, it does not deserve to thrive, considering that the analysis of this subjective criterion should not prevail individually in view of the other stipulated criteria.

Keywords: Principle of Insignificance. Recidivism. Minimum Criminal Law. Superior Justice Tribunal. Federal Court of Justice. Minimalist Theory. Democratic state.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Progressão de casos alegando insignificância por ano.	19
Figura 2 - Reconhecimento do princípio da insignificância.....	20
Figura 3 - Reconhecimento da insignificância de acordo com a espécie processual.	20
Figura 4 - Reconhecimento em números absolutos.....	21
Figura 5 - Não reconhecimento em números absolutos.	21

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NA PERSPECTIVA TEÓRICA E DOUTRINÁRIA	3
1.1 Origem e Natureza Jurídica	3
1.2 Ausência de Previsão Formal e Parâmetros de Aplicação.....	4
2 REINCIDÊNCIA NA PERSPECTIVA TEÓRICA E DOUTRINÁRIA	7
2.1 Conceito e Natureza Jurídica	7
2.2 Espécies de Reincidência.....	8
2.3 Cessação dos Efeitos da Reincidência	9
2.4 O <i>Bis in idem</i> derivado da Reincidência.....	10
3 DIREITO PENAL MÍNIMO	12
3.1 A Teoria Minimalista.....	12
3.2 A Culpabilidade às Avessas na Aplicação do Princípio da Insignificância aos Crimes Tributários	15
4. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E REINCIDÊNCIA NA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL DO STJ E DO STF: ANÁLISE DE DADOS E EXPOSIÇÃO DE CASOS	19
4.1 Evolução da Aplicabilidade do Princípio da Insignificância nos Julgados do STF Apontados pelo Departamento de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP	19
4.2 Estudo de Casos: Análise de Julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.....	22
5. A PROBLEMATIZAÇÃO POR TRÁS DA INSTRUMENTALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	30
CONSIDERAÇÕES FINAIS	35
REFERÊNCIAS	37

INTRODUÇÃO

A temática desenvolvida no presente trabalho diz respeito ao princípio da insignificância e a sua aplicabilidade frente à presença do instituto da reincidência. O respectivo tema insere-se dentro do âmbito do Direito Penal e do Direito Constitucional, apresentando-se vários entendimentos divergentes tanto na jurisprudência como na doutrina brasileira.

Dessa forma, busca-se apontar os principais fundamentos e construções teóricas acerca da possibilidade, ou não, de aplicação do supracitado princípio aos réus reincidentes, trazendo o Direito Penal Mínimo como referencial teórico para a abordagem da questão, de modo a informar e a incitar a reflexão nos leitores.

Para isso, utilizaram-se as diversas fontes que se propuseram a debater o tema, sejam elas provenientes da doutrina, da jurisprudência, dos profissionais de direito ou de pesquisadores jurídicos. Os dados foram coletados por meio de pesquisa em livros, artigos e internet pertinentes ao assunto. A técnica de pesquisa adotada foi no modelo comparativo, uma vez que se pretendeu avaliar, por meio de material disponível para consulta, sobre o princípio da insignificância e a sua aplicabilidade frente à presença do instituto da reincidência. Em relação aos meios, a pesquisa foi bibliográfica.

Nesse interregno, de maneira metodológica, a pesquisa foi dividida em sete partes, contendo a introdução na primeira parte. Quanto ao referencial teórico, a abordagem do tema iniciar-se-á, no primeiro capítulo, com a apresentação dos aspectos históricos que circundam a criação do princípio da insignificância, dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos para a sua incidência e dos fundamentos utilizados pelos defensores da intervenção mínima do Estado.

No segundo capítulo, expor-se-ão os aspectos, tanto conceituais quanto críticos, que circundam a reincidência penal. Esse ponto versará sobre a definição, a natureza jurídica, as espécies, as hipóteses de cessação e a questão do *bis in idem* por trás da referida circunstância agravante. Já o terceiro capítulo versará sobre o tratamento discrepante, constante da norma penal, conferido ao agente que pratica um crime tributário em face do tratamento dado ao agente que pratica um crime contra a propriedade privada, associando-se tal realidade à Teoria da Culpabilidade às avessas e ao problema da seletividade na seara penal.

Posteriormente, como o princípio bagatelar não está expressamente caracterizado no ordenamento jurídico brasileiro, sendo sua incidência delineada pela doutrina e pela jurisprudência, o presente trabalho buscará, no quarto capítulo, expor os principais aspectos

que circundam a aplicação do princípio e que são utilizados, como fundamentação, pelos teóricos e magistrados que tendem a defender ou a atacar a aplicabilidade do referido princípio. Desse modo, demonstrar-se-ão as divergências internas e externas presentes no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal.

Nesse ponto, abordar-se-á, na análise dos fundamentos utilizados nas decisões proferidas pelos tribunais superiores, a presença de fatores que caracterizam um direito penal do autor, e não um direito penal do fato. Sendo o primeiro aquele que justifica, de maneira precipitada e incorreta, a imposição da pena por meio de pura e simples análise da vida pregressa do acusado, punindo-o pelas suas supostas características pessoais e não pela análise das circunstâncias fáticas que circundam o caso concreto.

Nessa parte do trabalho, expor-se-á a pesquisa jurisprudencial realizada por pesquisadores do Departamento de Direito Penal da Faculdade de Direito, da Universidade de São Paulo, na qual constam gráficos que relatam a evolução da aplicabilidade do princípio da insignificância de maneira dinâmica e didática, de modo a complementar os estudos de casos trazidos nessa pesquisa.

Por fim, suscitar-se-ão os obstáculos derivados da instrumentalização da bagatela operada pelos magistrados do Brasil, buscando-se soluções, apresentadas por juristas e operadores do direito, que são mais propensas a contribuir para a formação de uma linha argumentativa mais racional, justa e baseada na segurança jurídica, de forma a coincidir com os postulados e garantias do Estado Democrático de Direito.

1. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NA PERSPECTIVA TEÓRICA E DOUTRINÁRIA

1.1 Origem e Natureza Jurídica

O princípio da insignificância descende do Direito Romano, mais especificamente do brocardo *minimus non curat praetor*, o qual preceitua que o direito não deve se ocupar com assuntos considerados irrelevantes, ou seja, com questões em que não há concreta lesão ao bem jurídico tutelado pela norma jurídica (MASSON, 2017).

O referido princípio, apesar de ter se originado no Direito Civil, foi incorporado ao Direito Penal por meio dos estudos de Claus Roxin, nos meados da década de 70 do século XX. Tal incorporação foi realizada com base em fundamentos de política criminal que visavam afastar, da apreciação no âmbito penal, questões cuja incidência de reprimendas da norma penal demonstrava-se desproporcional (MASSON, 2017).

O princípio da bagatela foi instrumentalizado com o objetivo de auxiliar o intérprete da norma penal, no momento de análise do delito, a identificar as condutas consideradas insignificantes e impedir que nelas pudessem incidir as consequências da lei, de modo a evitar uma punição irrazoável, a qual contrarie a natureza fragmentária e subsidiária do direito penal por ser evidenciada pela regra constitucional do *nullum crimen sine lege* (GRECO, 2011).

Nesse contexto, cabe ao intérprete da lei a delimitação do âmbito de abrangência dos tipos penais incriminadores, verificando, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, o grau de relevância do bem jurídico tutelado (GRECO, 2011). Tal análise, realizada pelo aplicador da norma, evita que a lesão ao bem irrisoriamente afetado possa ensejar um exercício iníquo e injustificado do poder punitivo estatal, garantindo uma correspondência racional entre a lesão ensejada e a determinação da pena (ZAFFARONI et al 2010).

Desse modo, a desatualização das leis e o descompasso entre a teoria e a prática evidenciam a importância do princípio da insignificância como instrumento capaz de retirar, da tutela estatal criminal, a solução de casos cuja inexpressiva ofensa ao bem jurídico tutelado nem sequer legitima a atuação do braço punitivo estatal. Com isso, a visão paternalista do Direito Penal brasileiro acaba sendo contornada, atingindo a efetividade da democrática intervenção mínima do direito (NUCCI, 2019).

Quanto à natureza jurídica, cabe expor que o princípio bagatelar é uma causa supralegal de exclusão da tipicidade material, sendo o fato típico material aquele que gera efetivo dano, ou perigo de dano, ao bem jurídico protegido pela norma penal, em face da prática de uma conduta legalmente descrita (GRECO, 2014).

Esse se distingue do fato típico formal, que caracteriza a adequação entre a conduta praticada e o conteúdo abstrato por constar no tipo penal. Ambas as naturezas formam, em conjunto, a tipicidade *lato sensu*, entretanto, a ausência de tipicidade material gera a atipicidade do próprio fato, ainda que presente a tipicidade formal, autorizando, desse modo, a qualificação do delito de bagatela como fato atípico (GRECO, 2014).

1.2 Ausência de Previsão Formal e Parâmetros de Aplicação

Apesar de inexistir qualquer mecanismo legislativo, ordinário ou constitucional, que defina e positive o conceito do delito de bagatela, ocorrendo ausência de previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da insignificância é amplamente aceito pela doutrina e pelos magistrados. Tal situação ocorre, pois os princípios são fontes secundárias do direito, podendo prevalecer até mesmo sobre a fonte primária do direito, que é a lei, caso não haja outro modo de se fazer justiça (GOMES, 2009).

Para suprir a ausência da previsão formal do conceito e das circunstâncias autorizadas da incidência do princípio supramencionado, a jurisprudência determinou, em decisões paradigmáticas sobre o tema, a observância de requisitos prévios para que esse seja aplicado. Cumpridos os requisitos e observadas determinadas circunstâncias autorizadas, o Supremo Tribunal Federal legitima a incidência do princípio da bagatela sob o argumento de que o Direito Penal não deve se ocupar de condutas cujo resultado não represente um prejuízo importante ao titular do bem jurídico tutelado e nem à integridade da própria ordem social.

Tal vetor interpretativo do tipo penal é qualificado como uma válida política criminal que possibilita não só a redução da carcerização em massa, como o descongestionamento da Justiça Penal (BRASIL, 2009).

Neste cenário, a Suprema Corte preceitua que o referido princípio deve ser aplicado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima em matéria penal, tendo como apoio o reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal impõe, em função de seus próprios objetivos, a mínima intervenção do Poder Público (BRASIL, 2009).

Para orientar a aplicabilidade do princípio da insignificância, o Supremo Tribunal Federal (STF) estabeleceu, por meio de voto emanado pelo Ministro Celso de Mello, que, para caracterizar a atipicidade material da conduta, a situação fática deve ser pautada por quatro requisitos principais: a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Alguns julgados ainda preceituam que, dentro de tais requisitos, deve-se observar o valor do objeto lesionado, que não deverá ultrapassar o equivalente a 10% do valor do salário mínimo vigente à época do fato, ou, ainda que adequado ao parâmetro quantitativo, que o bem violado não tenha valor emocional para a vítima (BRASIL, 2013).

Quanto ao bem juridicamente tutelado, Guilherme Nucci preceitua que a análise de seu valor deve partir do ponto de vista tanto da vítima, quanto do agressor e da sociedade. Ao considerar as três perspectivas, o aplicador da norma ao caso concreto estaria evitando a consolidação de um Direito Penal elitista que se preocupa apenas com bens de valores econômicos superiores, fomenta a divisão de classes sociais e incentiva o exercício arbitrário das próprias razões, gerando o descrédito no monopólio punitivo estatal (NUCCI, 2019).

Além disso, a jurisprudência defende que há óbice à caracterização do princípio de bagatela caso o delito seja praticado por meio de concurso de pessoas, não sendo considerada mínima a ofensividade da conduta em tais situações (BRASIL, 2012).

De acordo com os entendimentos dos tribunais superiores, também devem ser consideradas, para a aplicação do respectivo princípio, circunstâncias como: a ausência de grave ameaça ou violência na conduta do agente; a restituição do bem visado pelo agente na prática do crime; a posição social ocupada pelo acusado em determinado contexto; a condição socioeconômica da vítima, ou seja, a inexpressividade do bem lesionado diante do patrimônio dessa e a ausência de prejuízo, derivado da conduta, que ultrapasse o próprio valor do bem violado (BRASIL, 2014).

Além das circunstâncias supracitadas, a jurisprudência elenca, dentre os óbices para a aplicação do princípio da insignificância, o potencial de dano em concreto, em que ocorre a análise da vida pregressa do acusado, havendo a tendência de afastar a incidência do delito de bagatela quando presente a reincidência ou os maus antecedentes (BRASIL, 2016a). Todavia, tal entendimento jurisprudencial, que é o objeto principal desta monografia, deve ser considerado com a devida cautela, sob pena de restar caracterizada a evidente desproporcionalidade da reprimenda.

Desse modo, deve ser feita uma ponderação, baseada na proporcionalidade e na razoabilidade, sobre a aplicabilidade do princípio nas circunstâncias supracitadas, de modo a verificar a real inobservância do parâmetro da ausência de periculosidade social da ação. Assim, a mera presença de decisões transitadas em julgado, que nem ofendem bens jurídicos semelhantes, ao bem protegido pela tipificação do crime o qual se pauta a aplicação da insignificância, não deve servir como um impedimento à aplicabilidade da excludente.

Como exposto em julgamento conjunto de habeas corpus no STF, a presença da reincidência, da reiteração delitiva ou de qualificadoras do tipo penal não deve determinar, por si só, o afastamento do princípio da insignificância, cabendo ao aplicador da norma analisar se a aplicação da causa excludente de tipicidade é medida socialmente adequada, de acordo com as peculiaridades do caso concreto (BRASIL, 2016b).

Já a reiteração delitiva habitual, em que há a demonstração de que o agente cometeu vários crimes da mesma natureza, como a prática de inúmeros furtos, no caso dos crimes patrimoniais, restando explícito o desrespeito à lei, à sociedade como um todo, e à própria efetividade do poder judiciário, justificada estará a decisão que fundamentar, nestes termos, a inaplicabilidade do princípio supramencionado, pois, do contrário, a aplicação do princípio poderia estimular o agente pela continuidade da prática delituosa.

Quanto a tal ponto, Helena Regina Lobo explica que os parâmetros assentados pelo Min. Celso de Mello, e utilizados pelos demais ministros, não abarcam, dentre eles, a análise da vida pregressa do autor do delito. Para a professora, utilizar a reincidência como óbice à aplicação do princípio bagatelar evidencia a concepção do direito penal do autor, pois acaba por reprimir o homem pelo o que ele tecnicamente seria, e não pelo o que concretamente teria feito naquele contexto em específico (COSTA, 2016).

Além do mais, a posição doutrinária, na qual se defende a aplicabilidade da insignificância ainda que presente o instituto da reincidência, expõe que como tal princípio exclui a tipicidade material do fato, ocorrendo mediante análise prévia que isenta o juiz de analisar todas as demais circunstâncias que envolvem a aplicação da pena, além de ser a reincidência um instituto que só é verificado durante as fases de dosimetria, não se demonstra adequada a abordagem de fatores que envolvem a vida pregressa do acusado no momento da avaliação da tipicidade do crime em questão, sob pena de ocasionar um ciclo de responsabilização infinita.

Com isso, defende-se que a aplicação do princípio da insignificância deve ser realizada por meio de análise pormenorizada das circunstâncias do caso concreto, com a devida observância das garantias constitucionais e dos princípios que regem o Direito Penal como: da individualização da pena, da razoabilidade, da proporcionalidade, da lesividade, da fragmentariedade, da adequação social e da intervenção mínima, de modo a observar os preceitos que caracterizam o Estado Democrático de Direito.

2 REINCIDÊNCIA NA PERSPECTIVA TEÓRICA E DOUTRINÁRIA

2.1 Conceito e Natureza Jurídica

Há uma série de circunstâncias judiciais, elencadas pelo artigo 59, do Código Penal, que orientam o magistrado a delimitar a pena-base durante a aplicação do critério trifásico de dosimetria de pena. Dentre os fatores considerados na primeira fase da dosimetria da pena, como a culpabilidade, a conduta social, o comportamento da vítima, a personalidade do agente e os motivos, circunstâncias e consequências do crime também se encontram os antecedentes criminais, fator que considera a vida pregressa do agente para determinar a pena-base do delito analisado (BRASIL, 1940).

Já na segunda fase de dosimetria de pena, a reincidência consta como uma das agravantes descritas no artigo 61, do Código Penal, sendo conceituada pelo artigo 63, do referido Código, como a prática, pelo agente, de um novo crime após ter transitado em julgado a sentença, proferida no Brasil ou em país estrangeiro, que o condenou pelo crime praticado anteriormente. Apresentando natureza jurídica de circunstância agravante genérica, a reincidência, conforme exposto no artigo 61, inciso I, do Código Penal, é circunstância que prevalece quando há concurso entre agravantes e atenuantes (BRASIL, 1940).

O Decreto-Lei nº. 3.688, de 1941, (Lei de Contravenções Penais), aborda, em seu artigo 7º, a reincidência como fator que se verifica quando o agente pratica a contravenção penal após transitar em julgado à sentença anterior, seja brasileira ou estrangeira, que o tenha condenado pela prática de um crime ou, sendo brasileira, pela prática de outra contravenção penal (BRASIL, 1941).

Em regra, a circunstância supramencionada se aplica em qualquer crime, todavia, há duas exceções trazidas pelo artigo 64, inciso II, do Código Penal, que desconsideram a reincidência quanto aos crimes militares próprios e aos crimes políticos (BRASIL, 1940). Quanto aos primeiros, a reincidência só não produzirá efeitos quando o réu for condenado definitivamente, antes, por um crime militar próprio e cometer, posteriormente, um crime militar impróprio ou um crime comum (MASSON, 2017).

Tal inaplicabilidade ocorre, pois o Código Penal Militar, no artigo 71, estipula que haverá reincidência quando o militar for condenado, por sentença transitada em julgado, pela prática de um crime militar próprio e, após tal condenação, cometer um novo crime de natureza militar, sendo estes os tipos penais que são previstos no artigo 9º, do Código supramencionado (MASSON, 2017).

Já quanto aos crimes políticos, em razão da ausência de definição legal expressa para tais delitos, o STF determinou que nesses só restam caracterizados quando estão presentes os pressupostos contidos no artigo 2º, da Lei 7.170, de 1982 (Lei de Segurança Nacional - LSN), aos quais se integram os pressupostos do artigo 1º, da referida lei, exigindo-se que a materialidade da conduta lese ou exponha potencialmente a perigo de lesão à soberania nacional, sendo necessária não só a subsunção do fato à norma do artigo 12, da LSN, como também a existência de motivação política (BRASIL, 2002).

Dessa forma, Masson (2017) explica que os crimes políticos se subdividem em duas espécies: o próprio ou puro, cujo bem jurídico tutelado é apenas a segurança nacional ou a própria organização estatal; e o impróprio ou impuro, que ocorre quando a conduta delitiva ofende não só à segurança nacional ou a organização do Estado, como também outro bem jurídico protegido pela legislação comum. Cumpre ressaltar que, em ambas as situações, os efeitos da reincidência ficam afastados, pois o Código Penal não distinguiu dentre os tipos de crimes políticos os que estariam sujeitos aos efeitos da respectiva agravante.

Além das duas hipóteses citadas, há outras situações que não configuram reincidência por serem decisões desprovidas de função condenatória, entre as quais se encontram: a decisão, prevista no artigo 89, da Lei nº. 9.099, de 1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), a qual autoriza a suspensão condicional do processo; a decisão homologatória da composição civil dos danos, prevista no artigo 74, da lei supracitada; a decisão que, em caso de transação penal, aplica a pena restritiva de direito, conforme artigo 76, §4º, da lei retromencionada; o reconhecimento, em juízo, da extinção da punibilidade em razão da prescrição; a sentença que concede o perdão judicial, nos termos do artigo 120, do Código Penal, para a doutrina dominante, a sentença de absolvição imprópria que faz incidir a medida de segurança ao agente inimputável (GRECO, 2014).

2.2 Espécies de Reincidência

Quanto à exigência do cumprimento de pena da condenação pretérita, a reincidência poderá ser classificada como real ou ficta. A primeira, também denominada de própria ou verdadeira, é considerada quando o réu pratica um novo crime depois de ter cumprido, de forma integral, a pena imposta em função de um crime pretérito. Já a segunda, intitulada presumida, falsa ou imprópria, é considerada quando o agente pratica um novo delito, após ter sido condenado por um delito anterior, independentemente do cumprimento da pena imposta pela condenação (MASSON, 2017).

A partir de tal conceituação, Masson (2017) elucida que o Código Penal brasileiro optou por adotar a reincidência presumida, pois os dispositivos que tratam sobre a reincidência apenas exigem que ocorra o trânsito em julgado, da sentença penal condenatória pelo crime anterior, antes da prática do crime cuja dosimetria estará sujeita aos efeitos da reincidência, não estipulando nenhuma exigência acerca do cumprimento da pena pretérita.

Já em relação à análise dos crimes praticados, caracteriza-se como genérica a reincidência que ocorre quando os crimes praticados pelo indivíduo estão tipificados em dispositivos penais distintos e, como específica, a reincidência que deriva da prática de delitos de mesma espécie. Cabe destacar que, ambas, produzem, no Brasil, e em inúmeros outros países, efeitos similares, todavia, em algumas situações particulares, pode a reincidência específica impedir que alguns benefícios sejam concedidos (CUNHA, 2016).

A título de exemplo, encontra-se, no artigo 83, inciso V, do Código Penal, situação pela qual desautoriza a concessão do livramento condicional para o apenado que for reincidente específico na prática de crimes hediondos ou equiparados. O artigo 44, §3º, do referido código, traz previsão no mesmo sentido, proibindo a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito para o reincidente específico (BRASIL, 1940).

2.3 Cessação dos Efeitos da Reincidência

Tendo em vista que a Constituição Federal brasileira (1988), em seu artigo 5º, inciso XLVII, alínea “b”, veda a aplicação de penas de caráter perpétuo, pode-se considerar que o mesmo ocorre com a aplicabilidade da reincidência, eis que o artigo 64, inciso I, do Código Penal, ao prever o denominado “período depurador”, determinou não prevalecer a condenação posterior se, entre a data do cumprimento da pena ou de sua extinção e a data da infração posterior, tiver transcorrido período superior a cinco anos, devendo ser computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, salvo no caso de revogação (BRASIL, 1940).

Assim, o prazo quinquenal deve ser observado no lapso temporal quando se inicia com a extinção da pena e finda com a prática do novo crime, levando-se em consideração a data na qual a pena fora extinta de forma efetiva e não a data da decisão judicial que extingue a punibilidade do agente. Desse modo, depois de transcorridos os cinco anos estipulados pela norma penal, o indivíduo se tornará réu primário, podendo, contudo, ser considerado como portador de maus antecedentes (MASSON, 2017).

Para mais, cabe esclarecer que, caso ocorra a extinção da punibilidade do crime antecedente, deve-se analisar qual a causa extintiva e em qual momento essa se concretizou

para sanar a dúvida acerca da incidência da reincidência. Tal etapa se faz necessária, pois, se a causa de extinção da punibilidade advir antes do trânsito em julgado do delito imputado não há de se falar em reincidência, já, se a causa extintiva sobrevier ao trânsito em julgado da condenação à respectiva sentença poderá ser utilizada para fins de reincidência (MASSON, 2017).

Contudo, no caso de *abolitio criminis*, cuja previsão se encontra no artigo 2º, do Código Penal (1940), tendo em vista seu efeito retroativo *ex tunc*, o crime anterior deixa de existir, cessando todos os efeitos penais que dele decorram, inclusive, a reincidência. Outrossim, a concessão da anistia, que também opera efeito *ex tunc*, ao extinguir o crime pretérito, retira deste a capacidade de servir como base para a aplicação da reincidência (MASSON, 2017).

2.4 O *Bis in idem* derivado da Reincidência

Em virtude da presença do princípio do *ne bis in idem*, no ordenamento jurídico brasileiro, o qual veda a possibilidade de um indivíduo ser julgado mais de uma vez, pelo mesmo delito, ou que lhe seja imputada mais de uma condenação em razão da mesma conduta, uma parcela da doutrina defende o emprego da reincidência como circunstância agravante configurando-se a dupla punição do agente, afrontando, não só o princípio da legalidade, como o próprio Estado Democrático de Direito, eis que a agravação obrigatória da pena em virtude da reincidência evidenciaria um “Direito Penal atado ao tipo de autor” (FRANCO, 1997).

Entretanto, tal entendimento não prevalece, pois, ao apresentar finalidade tanto retributiva quanto preventiva, a pena mostra-se insuficiente do ponto de vista repressivo quando o agente, ao praticar um novo crime, faz-se reincidente, não se atemorizando suficientemente com as sanções impostas e descumprindo, mais uma vez, a norma penal. Essa circunstância faz com que grande parte da doutrina defenda que, para este indivíduo, haveria a necessidade de se aplicar uma punição mais rigorosa em face da ineficiência da primeira penalidade e com o objetivo de coibir a prática de novas infrações (MASSON, 2017).

De outro modo, não se pode utilizar um mesmo fato para, ao mesmo tempo, fazer incidir os efeitos da reincidência e determinar os maus antecedentes, sob pena de configurar concretamente o *bis in idem*. Neste sentido, o STJ, por meio do Enunciado da Súmula nº 241, de 2000, pacificou o entendimento de que “a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”, devendo o

aplicador da norma optar por majorar a pena-base ou por agravar, na segunda fase do sistema trifásico de dosimetria, a pena pré-estabelecida (BRASIL, 2000; GRECO, 2014).

Quanto aos maus antecedentes, também há divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do alcance do respectivo conceito. Após a edição do Enunciado de Súmula nº 444, de 2010, do STJ, que preceitua ser defeso o uso de inquéritos policiais ou de ações penais ainda não concluídos para agravar a pena-base, surgiram manifestações as quais definiram os maus antecedentes como todas aquelas condenações definitivas que não servem para caracterizar a reincidência, seja em razão da condenação pretérita ter envolvido a prática de crime político ou militar, seja pelo fato de que o trânsito em julgado da primeira condenação se concretizou após a prática do delito posterior ou em função do alcance do próprio período depurador (BRASIL, 2010; CUNHA, 2016).

Contudo, surgiram manifestações outras defendendo a utilização de condenações cujo lapso temporal, após a extinção da pena, já teria ultrapassado o prazo de cinco anos configurando-se evidente violação ao princípio do *ne bis in idem*, eis que o agente já cumpriu toda a sua punição e, diante da impossibilidade de se considerar a reincidência em tais circunstâncias, os maus antecedentes, como fator acessório, deveria seguir as determinações estipuladas à reincidência, ou seja, ao principal, sob pena de incidir em um caráter perpétuo que é vedado pela Carta Magna brasileira (QUEIROZ, 2012).

3 DIREITO PENAL MÍNIMO

3.1 A Teoria Minimalista

A Teoria do Direito Penal Mínimo surge a partir da crítica direcionada à forma como a penalização ocorre nos sistemas penais da atualidade. Para os adeptos desta teoria, a pena vem sendo utilizada como um instrumento de violência institucional, pois está inclusa em um sistema seletivo, que se demonstra ineficaz para a solução de conflitos e inadequado aos fins almejados, principalmente no que diz respeito ao objetivo de ressocialização do sentenciado.

Por esta razão, os adeptos da supracitada teoria sugerem que o princípio da *ultima ratio* penal seja elevado ao ponto de permanecer concretamente assentado nas garantias constitucionais, de modo a assegurar que a intervenção penal só ocorra em conflitos de evidente e alta gravidade, quando comprometam os interesses da coletividade ou em conflitos cuja ausência de intervenção gere o risco de uma vingança privada ilimitada (ZAFARONNI et al, 2011).

Nesta perspectiva, o direito penal mínimo corresponde não só ao nível máximo de garantia das liberdades dos cidadãos frente ao poder punitivo, como, também, a um ideal de racionalidade e de certeza, pois o direito penal se torna racional e correto quando suas intervenções são previsíveis, motivadas por argumentos cognitivos seguros e aplicáveis apenas quando há certeza acerca da verdade fática (FERRAJOLI, 2014).

Desse modo, tal modelo pode ser caracterizado como o modelo do Estado de Direito, entendendo-se por este o Estado cujo ordenamento jurídico contenha um poder penal rigidamente limitado e vinculado à norma positivada no plano substancial e submetido a um plano processual em obediência à forma pré-estabelecida. Neste ideal evidencia-se o princípio *in dubio pro reo*, a presunção de inocência do acusado, a analogia *in bonam partem* e a interpretação restritiva dos tipos penais, evitando a consolidação de um Estado autoritário e portador de um sistema penal incerto, imprevisível, irracional e pautado pela discricionariedade (FERRAJOLI, 2014).

Para orientar a perspectiva minimalista, Baratta (2003) defende a adoção da aplicação de princípios, de ordem externa e interna, pelo sistema penal, que possam garantir a observância dos direitos humanos e a humanização do próprio Direito Penal. A título de exemplo, cabe citar o princípio da legalidade em sentido estrito, o qual visa submeter todo o aparato punitivo ao controle da legislação, de modo a evitar atuações discricionárias pautadas pelo excesso e pela irrazoabilidade, contrariando os limites impostos pela lei, como ocorre no caso da aplicação de penas extralegais.

Outro princípio relevante elencado pelo autor é o princípio do primado da lei penal substancial, por assegurar que as garantias penais sejam aplicadas ao agente não apenas no processo penal, como também na atuação policial e na fase de execução da pena, de maneira a trabalhar a humanização de todos os agentes englobados pelo sistema penal (BARATTA, 2003).

O princípio da subsidiariedade do Direito Penal também é considerado essencial para a mudança de perspectiva proposta por Baratta (2003). Tal princípio estabelece que a tutela penal só seja aplicada quando não houver outro ramo do direito que consiga solucionar o problema sem a imposição da privação de liberdade, esta reprimenda só se justificaria quando houvesse concreta ameaça aos direitos humanos em razão da conduta do agente.

Já o princípio da proporcionalidade concreta, de suma importância para o direito minimalista, preceitua que devem ser avaliados não só os custos sociais econômicos da pena, como, principalmente, os impactos cuja pena pode gerar. Tal princípio estabelece, ainda que seja necessária a criminalização de uma conduta, se haverá a necessidade de avaliar, de forma adequada, a aplicabilidade de “[...] critérios dirigidos a compensar a limitar as desigualdades dos efeitos da pena nos condenados e em seu ambiente social [...]” (BARATTA, 2003, p. 10).

Baratta (2003) ainda expõe que o princípio da responsabilidade pelo fato afasta a incidência do indevido direito penal do autor ao preceituar sobre a responsabilização penal não poder ser embasada na avaliação das características pessoais do acusado. Tal estipulação visa combater a manutenção de uma criminalização, seletiva e elitizada, que visa excluir aqueles determinados agentes os quais não se enquadram no padrão socioeconômico estigmatizado pela própria sociedade e exigido para a inclusão no meio social.

Sendo assim, a exclusão acontece, pois, a proteção da propriedade privada é essencial para o sistema político e econômico atual. Dessa forma, o agente que pratica delitos patrimoniais é amplamente reprimido justamente por ser visto como uma ameaça aos preceitos capitalistas que determinam a noção clássica de aquisição patrimonial conforme o mérito da atuação.

Dessa forma, os entendimentos que repugnam, sem justificativas bem fundamentadas, a aplicação do princípio da insignificância, acabam por evidenciar o direito penal do autor, e, conseqüentemente, por acarretar a criminalização da conduta de um agente em razão da sua condição de não proprietário e do seu não enquadramento nos pressupostos valorados pelo sistema capitalista.

Para evitar que a realidade desumana e a visão patrimonialista do atual sistema penal se perpetuem, Baratta (2003) especifica inúmeros outros princípios que, caso aplicados,

possibilitam a solução dos conflitos sem a necessidade de imposição da privação da liberdade do acusado. Além dos princípios supracitados, cabe citar: o princípio da preservação das garantias formais, o qual desloca a competência da apreciação para juízos que não os penais; o princípio da privatização dos conflitos, por possibilitar a realização de acordo entre as partes que assegure a reparação dos danos causados; dentre outros.

O também defensor da inaplicabilidade da pena carcerária, Luigi Ferrajoli (2014), expõe que a pena privativa de liberdade, nas circunstâncias atuais, já não mais se justifica como pertinente e necessária para atender os dois objetivos da sanção penal, que são: a prevenção dos delitos e a prevenção das vinganças privadas. Tal fato se dá, por, tanto as aflições físicas, manifestadas nas formas de vida e de tratamento dos encarcerados, quanto as aflições psíquicas, como a solidão, o isolamento, as perdas da afetividade, da sociabilidade e até mesmo da identidade, subtraem à pena carcerária os caracteres de igualdade, de legalidade e de jurisdicionalidade.

Para esse jurista, diante da crise da legalidade penal, uma reforma do direito penal que objetive suprimir a pena privativa de liberdade, cuja natureza é anti educativa e criminógena, se demonstra necessária para garantir a humanização e a racionalização das penas, em observância aos princípios do direito penal mínimo. Assim, Ferrajoli (2014) defende, como um objetivo crível e imediato da reforma penal, a substituição da pena de prisão pela aplicação de penas mais leves como as chamadas “medidas alternativas”, as quais que preveem prisão domiciliar, limitação de fim de semana, liberdade vigiada, dentre outras.

Desse modo, a solução proposta por Ferrajoli (2014) ocorre com a previsão das penas restritivas de direito como penas principais para alguns delitos próprios, no intuito de privar ou restringir as liberalidades das quais o réu abusou no caso concreto. Para essa proposta se concretizar, de forma justa e efetiva, tais penas alternativas deverão estar previstas legalmente, de forma proporcionalmente gradual, mediante uma ponderação equitativa de acordo com a gravidade dos delitos. O teórico garantista aduz que a reforma se demonstra necessária em razão do valor da liberdade, por defender um direito personalíssimo, inalienável e indisponível, assim como a vida.

Nesse contexto, verifica-se que o princípio da insignificância serve como mecanismo importante para a reforma da tutela penal patrimonial vigente. Por meio do princípio bagatelar, o direito penal minimalista resta evidenciado quando, no momento da avaliação probatória realizada pelo magistrado, há a possibilidade desse verificar, proporcionalmente, a irrelevância da lesão ao bem jurídico atingido, de forma a decidir pela aplicação ou não da causa excludente da ilicitude material.

3.2 A Culpabilidade às Aversas na Aplicação do Princípio da Insignificância aos Crimes Tributários

A teoria da culpabilidade, invocada e conduzida para o âmbito do Direito Penal pelo jurista argentino Zaffaroni, visa elaborar uma correlação entre a responsabilidade do agente e a responsabilidade do detentor do poder punitivo, ou seja, do Estado. Desse modo, tal corrente teórica busca reconhecer o vínculo que determinadas condutas criminosas têm com a situação de mazela social vivenciada por determinados indivíduos, desfavorecidos pela ausência de oportunidades e pela falta da garantia dos direitos sociais, os quais ficaram sujeitos à marginalização, à exclusão e à seletividade do direito penal (MOURA, 2006).

Diante da circunstância de exclusão social, o princípio da culpabilidade visa reconhecer a ineficácia do Estado em cumprir os deveres constitucionais, que preveem os direitos fundamentais e os direitos sociais, no intuito de proporcionar a minoração da reprovação social imposta à conduta do agente. Com isso, a responsabilização indireta do ente estatal faz com que a parcela de culpa proveniente deste possa proporcionar, ao infrator, a aplicação, a cominação e a execução da sua pena de forma mais justa, observando-se os aspectos sociais e econômicos circundantes a sua vida (ZAFFARONI, 1986).

Apesar de não estar expressamente positivada no ordenamento jurídico brasileiro, a referida teoria, que considera como uma circunstância atenuante às carências econômicas e de instrução do indivíduo, encontra guarida da Constituição Federal brasileira, principalmente nos dispositivos cujos preceitos emanam dos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da individualização da pena e, no artigo 3º, inciso III, da norma supracitada, quando se apresenta como objetivo fundamental do país: a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. Além destas, o artigo 66, do Código Penal, dispõe sobre as atenuantes inominadas por também justificar a adoção da culpabilidade (ZAFFARONI, PIRANGELI; 2011).

Quanto à culpabilidade às avessas, caracterizada pela inversão de lógica da construção teórica supramencionada, é circunstância que acarreta um tratamento punitivo distinto e discrepante entre os infratores menos favorecidos economicamente e os infratores considerados mais abastados. Nesta perspectiva, pode-se notar um sistema penal seletivo que marginaliza e exclui as pessoas mais pobres, pelo fato dessas não se enquadrarem no “modelo idealizado” pela classe privilegiada, fixando-se, por consequência, um padrão para identificação dos criminosos com base na situação econômica e nos locais de moradia nos subúrbios apresentados por eles (MOURA, 2006).

Nesse sistema seletivo, quando ocorre a criminalização das condutas praticadas pelas pessoas economicamente privilegiadas, nota-se a construção de um tratamento punitivo totalmente discrepante, em que a imposição da reprimenda geralmente se dá por meio das penas pecuniárias, e não por meio da restrição de liberdade como ocorre com as penas dos crimes praticados pelos economicamente desfavorecidos. Desse modo, a coculpabilidade às avessas acaba se manifestando na legislação de três maneiras: com a tipificação de condutas direcionadas às pessoas marginalizadas, com a aplicação de penas mais brandas às pessoas que detêm maior poder econômico e com a diminuição ou com o aumento da reprovação social e penal de acordo com os fatores sociais expostos (MOURA, 2006).

Um exemplo nítido da caracterização da coculpabilidade às avessas, na legislação penal brasileira, é o tratamento dado aos crimes contra a ordem tributária, econômica e financeira, cuja previsão da imposição das penas se opera de maneira abrandada, havendo a estipulação de vários benefícios materiais e processuais aos agentes que, na maioria dos casos, encontram-se em situação econômica favorecida, demonstrando-se a discrepante e reduzida reprovação social e penal conferida a tais indivíduos favorecidos (TANURE; FERREIRA, 2014).

Entretanto, tal reprovação refreada se demonstra injustificável e inadequada, pois tais delitos não são menos reprováveis, já que os crimes contra a ordem tributária atingem a sociedade, quando, na ausência da correta arrecadação, o Estado não consegue atender ao interesse público. Os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional geram a instabilidade de tal sistema e repercutem na economia do país e os crimes contra a ordem econômica afetam todos os agentes econômicos, desde as grandes corporações e empresas até o consumidor, sendo evidente a alta gravidade das supracitadas infrações (TANURE; FERREIRA, 2014).

Dentre os exemplos, os quais evidenciam o tratamento discrepante conferido aos autores dos crimes supramencionados, encontra-se, no artigo 9º, §2º, da Lei 10.684, de 2003, a previsão sobre a extinção da punibilidade do autor de crime tributário se efetuar a reparação do dano com o simples pagamento do crédito que deu razão à persecução penal. Em contrapartida, no caso dos autores de crimes comuns, ocorrendo voluntariamente a reparação do dano ou a devolução da res furtiva, o máximo de benefício previsto legalmente para tais agentes é a incidência da causa de diminuição de pena do arrependimento posterior, prevista no artigo 16, do Código Penal, e da atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea “b”, da referida norma (TANURE; FERREIRA, 2014).

Outro exemplo de abrandamento da penalização quando ocorre nos crimes contra a ordem econômica, é a previsão da extinção da punibilidade dos agentes que cumprem o

acordo de leniência firmado com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Por outro lado, aquele que pratica um crime comum e confessa espontaneamente ou procura minorar as consequências da sua conduta só poderá desfrutar, de acordo com a previsão legal, do benefício proposto nas circunstâncias atenuantes (TANURE; FERREIRA, 2014).

Superada a questão legislativa, pode-se observar o mesmo tratamento desigual e desproporcional no âmbito jurisprudencial quando da análise da forma de aplicação do princípio da insignificância em caso de crimes tributários federais e descaminho. Neste cenário, o STF alterou o patamar, antes, fixado em R\$10.000,00 (dez mil reais) e, agora, de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) como valor máximo permitido para fins de incidência do princípio da insignificância aos crimes, supramencionados, para o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos em favor da Fazenda Nacional com base nas Portarias n^{os} 75 e 130, do Ministério da Fazenda (TANURE; FERREIRA, 2014).

Atualmente, após a revisão do Tema 157, dos recursos repetitivos, a Terceira Seção do STJ, por maioria dos votos, superando o entendimento anterior, também fixou em R\$20.000,00 (vinte mil reais) o valor limite para a aplicação do princípio da insignificância nestes crimes, entrando em sintonia com o que fora estabelecido pela Suprema Corte. Por sua vez, a aplicação do princípio da bagatela aos crimes patrimoniais comuns só se opera após ampla análise das circunstâncias que envolvem o crime, com a presença de inúmeros obstáculos os quais limitem a incidência do respectivo benefício, como ocorre com a fixação do valor do objeto do crime, o qual costuma ser, no máximo, 10% do valor do salário mínimo vigente na época dos fatos.

Desse modo, a incidência do princípio da insignificância aos crimes patrimoniais só ocorre após a verificação do cumprimento de uma série de requisitos, por apresentar, muitas das vezes, caráter meramente subjetivo, passando por análise casuística que ocasiona um sentimento de insegurança jurídica. Assim, nos crimes patrimoniais comuns, para a aplicação da insignificância, o aplicador da norma leva em conta todo o cenário fático, o reflexo causado pela conduta do agente, bem como seus antecedentes, diferentemente do que ocorre com os crimes tributários, quando basta o simples pagamento do montante do tributo elidido para justificar a aplicação do respectivo benefício (RIBEIRO, 2015).

É evidente a discrepância entre o tratamento penal dado ao agente praticante de um crime tributário e o agente que pratica um crime contra a propriedade privada, contrariando, dessa forma, os postulados do próprio Estado Democrático de direito e o princípio da isonomia. Este cenário de seletividade acaba promovendo o encarceramento em massa das pessoas hipossuficientes, majorando a situação da superlotação carcerária, gerando grave

problema no país, já que o Estado se demonstra ineficaz no cumprimento do objetivo de ressocialização e reeducação dos encarcerados, falhando em assegurar-lhes os direitos sociais básicos previstos no artigo 6º, da Constituição Federal, ao mesmo tempo em que protege, de forma injustificada, os infratores abastados da classe dominante (TANURE; FERREIRA, 2014).

4. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E REINCIDÊNCIA NA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL DO STJ E DO STF: ANÁLISE DE DADOS E EXPOSIÇÃO DE CASOS

4.1 Evolução da Aplicabilidade do Princípio da Insignificância nos Julgados do STF Apontados pelo Departamento de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP

Pesquisadores do Departamento de Direito Penal, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para demonstrarem a evolução da aplicação do princípio da insignificância, construíram um levantamento global dos julgados do STF que envolviam o referido princípio, mapeando os requisitos e os principais fundamentos utilizados pelos ministros para obstar ou reconhecer a insignificância (BOTTINI, 2011).

Para realizar o levantamento, os pesquisadores analisaram o universo total de julgados, quando se referia à expressão “princípio da insignificância”, dentro do lapso temporal de 1º de janeiro de 2005 a 31 de dezembro de 2009. A pesquisa foi realizada na página eletrônica do STF, sendo selecionados os julgados que continham a supracitada expressão tanto no acórdão quanto na ementa (BOTTINI, 2011).

Inicialmente, os pesquisadores demonstraram a evolução do número de demandas encaminhadas ao STF, pleiteando-se o reconhecimento do princípio da insignificância. Nos resultados demonstrados, até 2006, houve apenas 3 casos, já no período de 2006 até 2009, o quantitativo foi de 72 casos invocando o princípio, como segue demonstrado na Figura 1: (BOTTINI, 2011).



Figura 1 - Progressão de casos alegando insignificância por ano
Fonte: (BOTTINI, 2011, p. 8).

Posteriormente, segundo Bottini (2011), os pesquisadores demonstraram a evolução do reconhecimento do princípio da insignificância em relação ao número de demandas cujos pedidos foram concedidos em detrimento das demandas em que não ocorreu a concessão. A Figura 2 ilustra o total de pedidos concedidos e não concedidos, demonstrando a tendência da Corte em seguir acolhendo os argumentos que defendiam a aplicação da insignificância.

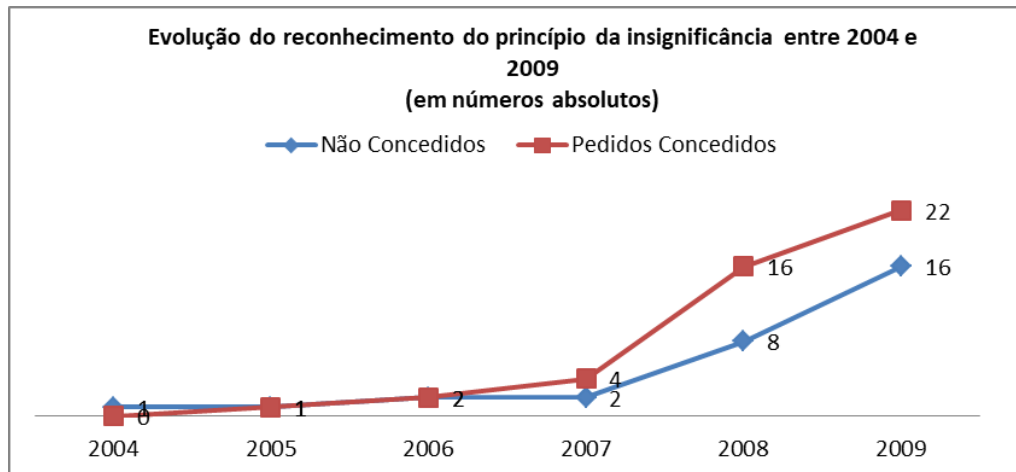


Figura 2 - Reconhecimento do princípio da insignificância

Fonte: (BOTTINI, 2011, p. 11).

Nota-se que a concessão da bagatela ocorreu primordialmente por meio da espécie processual do *Habeas Corpus* dentre as demais espécies pesquisadas, além de ter ocorrido durante a análise de mérito, como demonstrado pela Figura 3.

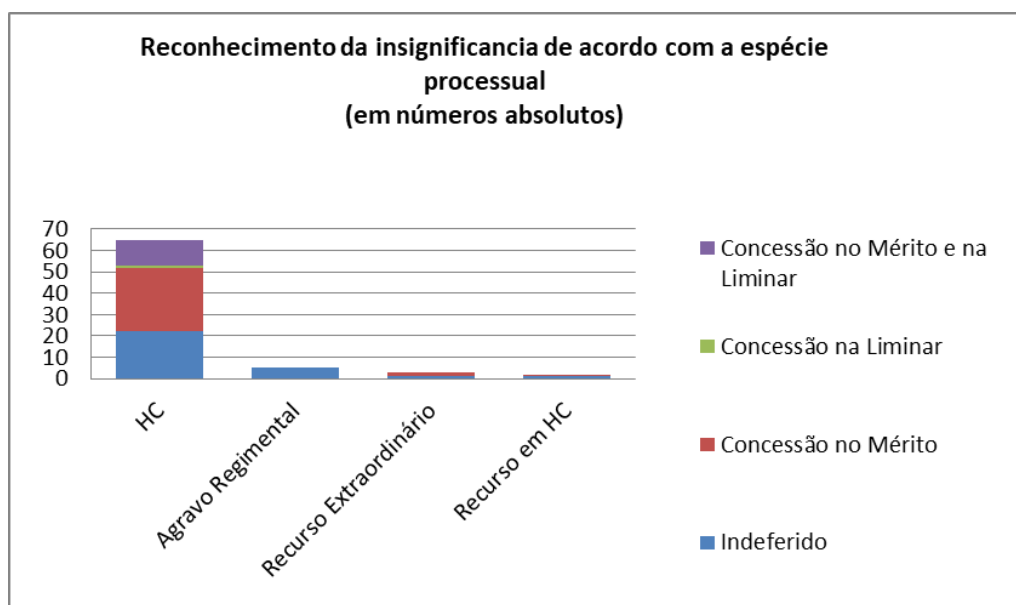


Figura 3 - Reconhecimento da insignificância de acordo com a espécie processual

Fonte: (BOTTINI, 2011, p. 12).

Em seguida, os pesquisadores demonstram a síntese dos argumentos que foram utilizados para fundamentar as decisões finais dos julgados, seja a favor ou contra o reconhecimento, desconsiderando-se os argumentos que foram vencidos. Verifica-se, neste tópico, que a presença de antecedentes criminais está dentre os três argumentos mais utilizados para justificar a não aplicação do princípio, como resta exposto, nas Figuras 4 e 5:

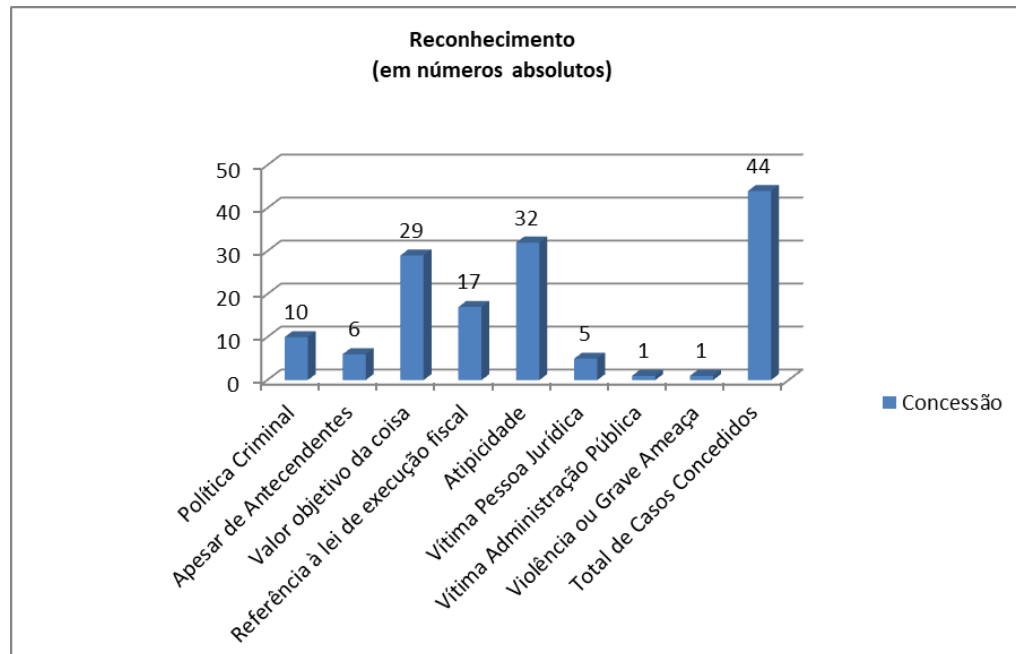


Figura 4 - Reconhecimento em números absolutos

Fonte: (BOTTINI, 2011, p. 22).



Figura 5 - Não reconhecimento em números absolutos

Fonte: (BOTTINI, 2011, p. 22).

Para finalizar, a equipe de pesquisadores apontou, dentre os dados de maior relevância obtidos por meio da pesquisa, o crescimento significativo do reconhecimento do princípio da insignificância pelo STF, que restou evidenciado pelo o fato de o número de decisões ter triplicado entre 2007 e 2008 reconhecendo a bagatela. Além disso, quanto aos crimes patrimoniais, na pesquisa, o reconhecimento do respectivo princípio atingiu o percentual de 52,2% dos casos (BOTTINI, 2011).

Os pesquisadores afirmam, ainda quanto aos crimes patrimoniais, que em 60% dos casos, em que os bens apresentavam valor entre 0 a 200 reais, a insignificância foi reconhecida, sendo que tal proporção quase se inverte quando a faixa de valor é entre 200 a 700 reais e não é nem reconhecido quando ultrapassa esse último patamar valorativo, utilizando o valor do bem como um dos fatores primordiais para o reconhecimento ou não do respectivo princípio (BOTTINI, 2011).

4.2 Estudo de Casos: Análise de Julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal

Há diversas fundamentações teóricas, construídas ao longo do tempo, que demonstram as diversas mudanças no entendimento dos tribunais superiores, acerca da possibilidade de aplicação cumulativa entre a insignificância e a reincidência. Tais alterações, nos posicionamentos do STJ e do STF, ocorreram para acompanhar a evolução jurídica imperativa, que demandava a observância da norma constitucional e da garantia dos direitos humanos de forma ampla e concreta.

Inicialmente, eram raras as decisões que aplicavam o princípio da bagatela aos réus reincidentes ou portadores de maus antecedentes. Para o advogado e professor Ronald Pinheiro, as respectivas decisões que defendiam a imprescindibilidade da análise de elementos extrapenais e de elementos referentes à culpabilidade, trazendo-os como óbice à concessão do supracitado princípio, acabavam por concretizar um direito penal do autor e não um direito penal do fato, desobedecendo, desse modo, os próprios preceitos da Constituição Federal (RODRIGUES, 2017).

Atualmente, tanto no STF, quanto no STJ, ainda não foi realizada a criação de regra geral que estipule, com exatidão, a aplicabilidade, ou não, do princípio da insignificância aos réus reincidentes. Assim, cada demanda apresentada aos tribunais retromencionados acaba sendo analisada de forma particular e específica, coexistindo apenas alguns pequenos parâmetros orientadores que indicam o posicionamento a ser adotado em cada acórdão.

Pela análise dos julgamentos mais recentes do STF, pode-se concluir que a reincidência não configura, para os ministros, circunstância que, por si só, possa gerar óbice à caracterização da insignificância penal. O entendimento mais comum da Corte Suprema argumenta haver várias outras características que devem ser analisadas, em conjunto com a reincidência, para acarretarem, concomitantemente, a aplicabilidade ou não do respectivo princípio.

Dentre tais características, cabe elencar como principais: a motivação do agente em relação à continuidade da prática delitiva, a motivação do próprio crime, a situação fática perpetrada nos crimes anteriormente praticados e a tendência do réu em delinquir novamente caso a atipicidade da conduta seja declarada.

Já no STJ, há critérios mais robustos os quais objetivam a limitação da incidência do princípio bagatelar. Dentre tais critérios, um dos mais evidentes é o parâmetro objetivo que exige que o bem, objeto da conduta do agente, tenha como patamar máximo o equivalente a 10% do valor do salário mínimo vigente à época do delito. Desse modo, se o bem ultrapassar tal valor, caracterizará a ausência da inexpressividade da lesão jurídica, afastando, consequentemente, o referido princípio.

No supramencionado tribunal, o posicionamento mais adotado pelos ministros preceitua que, apesar da determinação na qual se estipula que a norma penal não deve incidir nos casos desprovidos de significação social, tal mandamento não deverá ser adotado de forma ampla e irrestrita, pois a ausência de repressão a tais condutas geraria um incentivo à prática de delitos diminutos, tendo o agente o objetivo de se eximir da responsabilização, não podendo haver, por esta razão, o enquadramento do fato como um indiferente penal.

Nesse contexto, Rodrigues (2017) traz o entendimento visto em Ronald Pinheiro o qual defende o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, ao acarretar a punição do agente com base na mera análise de suas características, acaba fomentando o direito penal do autor, direito este que não tipifica fatos, mas, sim, a condição pessoal do agente, resultando na própria corrupção do direito penal e na violação dos preceitos previstos na Carta Magna, os quais prezam por tratamentos humanos e igualitários.

Segundo Costa, ao abordar as divergências que circundam o tema por meio de uma análise crítica, alega que tais julgados quando afastam a aplicação do referido princípio, em razão da presença da reincidência ou dos maus antecedentes, não guardam relação nem com o desenvolvimento doutrinário do princípio, já que este estabelece como critérios fundamentais de análise de incidência apenas “[...] a irrelevância da conduta em relação ao bem jurídico

atingido e em relação ao tipo de lesão ou colocação em perigo de tal bem jurídico” (COSTA, 2016, p. 253).

Esses juristas afirmam que tais julgados estão mais próximos de uma concepção do denominado Direito Penal do autor, distanciando-se do Direito Penal do fato. Para exemplificar tal situação, Helena Regina traz o caso de um acusado que não foi enquadrado no princípio da insignificância, ao furtar bens no valor de R\$ 180,00 (cento e oitenta reais) sendo devolvidos à vítima, pelo mero fato de estar sendo processado por outros dois crimes, tendo o acórdão considerado que, por este motivo, o agente possuía uma personalidade voltada à prática delitativa, punindo, desse modo, o respectivo agente em razão da sua suposta personalidade, ao invés de analisar as circunstâncias presentes do fato em específico (COSTA, 2016).

A título de exemplo, cabe citar, como demonstrativo da forma com que se operam os recentes julgamentos no âmbito do STJ, a decisão do REsp 1.509.985/RJ, quando o Ministério Público do estado do Rio de Janeiro interpôs Recurso Especial em face de um acórdão que deu provimento ao recurso de Apelação, interposto pela defesa, no qual se pleiteava a absolvição do acusado com base no Princípio da Insignificância (BRASIL, 2017).

Na situação, o réu tentou furtar um suplemento alimentar, avaliado em R\$ 77,00 (setenta e sete reais), de um estabelecimento comercial situado em Nova Iguaçu, tendo sido perseguido por uma funcionária que, ao presenciar toda a ação, acionou um policial militar que efetuou a prisão em flagrante do denunciado (BRASIL, 2017).

Após a condenação em primeira instância, a defesa, inconformada, interpôs recurso de apelação e provido pelo tribunal competente sob o fundamento de que, no caso, configurou-se o princípio da insignificância em razão da mínima ofensividade do réu, já que o produto subtraído possuía valor inferior ao salário mínimo vigente à época dos fatos e foi integralmente restituído ao lesado, caracterizando, desse modo, a irrelevância do próprio resultado jurídico e demonstrando a desproporcionalidade da imposição de qualquer reprimenda (BRASIL, 2017).

Entretanto, o STJ, ao julgar o Recurso Especial interposto contra tal decisão, restabeleceu a sentença de primeiro grau ao argumentar que, apesar do valor do objeto do furto encontrar-se dentro do patamar admitido para a incidência do princípio bagatelar, a conduta do agente não poderia ser considerada de lesividade mínima em razão da presente reincidência (BRASIL, 2017).

Desse modo, o respectivo tribunal tende a defender que a aplicação do princípio da insignificância deve ser afastada nos casos cujo denunciado é “reincidente ou contumaz na

prática delitiva”, não sendo a restituição do bem suficiente para justificar tal aplicação. Todavia, tal linha de raciocínio evidencia um modelo de direito que não mais se justifica na atualidade, pois os preceitos intrínsecos aos direitos humanos e aos direitos fundamentais determinam a aplicação principiológica, no processo judicial, dever ser pautada pelas circunstâncias presentes no fato que está sendo analisado e não em situações da vida pregressa do acusado, evitando a consolidação de um ciclo interminável de responsabilização.

Excepcionalmente a este cenário, são escassas as decisões judiciais, no âmbito do STJ, que aplicam a insignificância ainda que o acusado ostente a reincidência em sua ficha criminal, sendo um destes casos o exposto no recente Habeas Corpus de n.º. 507642/SC, de relatoria do Ministro Nefi Cordeiro, sendo o ínfimo valor da res furtiva o fator determinante para a incidência da bagatela (BRASIL2019a).

Na decisão proferida, o Ministro Relator argumentou que o ínfimo valor dos objetos subtraídos quando, juntos, totalizavam a quantia de R\$ 56,00 (cinquenta e seis reais), correspondendo a 8% do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos, somado ao fato de se tratar de três garrafas de bebidas alcoólicas, subtraídas de um supermercado que não sofreu prejuízo relevante em razão de ter se operado a restituição dos respectivos bens, autoriza a aplicação do princípio da insignificância, por considerar ausente interesse social capaz de justificar a onerosa intervenção estatal (BRASIL, 2019a).

Na mesma linha de raciocínio, no Agravo Regimental no Habeas Corpus de n.º. 494.014/SP, o voto do Ministro Jorge Mussé traz como argumento o fato de que, apesar da reincidência do agente, há, no caso, ora analisado, circunstâncias excepcionais as quais justificam a aplicação do princípio da insignificância, pois o acusado possuía apenas uma condenação anterior e o único bem subtraído além de possuir valor ínfimo (um par de chinelos avaliados em R\$ 28,39) foi prontamente devolvido ao ofendido, logo após a prática delitiva. Assim, tendo em vista a presença de circunstâncias de cunho singular, fora reconhecida a atipicidade da conduta com a consequente absolvição do agente (BRASIL, 2019b).

Todavia, soluções diversas das tomadas nos dois julgados supracitados são impostas quando a reincidência é específica ou quando resta caracterizada em razão da prática de mais de um crime, sendo a tendência do STJ a de afastar o princípio da insignificância em tais circunstâncias. O mesmo ocorre quando, no caso do delito de furto, este deixa de ser simples em função da presença de qualificadoras como a prática do crime durante o repouso noturno, mediante escalada, destruição de obstáculo, concurso de pessoas, entre outras, o que torna o comportamento reprovável e a conduta não minimamente ofensiva.

Já quanto à tendência exposta nas decisões do STF, cabe expor, a título de exemplo, o HC 155.920/MG, quando a Defensoria Pública da União impetrou o respectivo *habeas corpus* contra decisão emanada do STJ que negou provimento ao agravo regimental no agravo em recurso especial, interposto pela defesa, sob o fundamento da maior reprovabilidade do comportamento da ré, em razão da presença do instituto da reincidência. No caso, a acusada tentou furtar duas peças de queijo minas, avaliadas em aproximadamente R\$ 40,00 (quarenta reais), que foram devolvidas à vítima, uma sociedade empresária (BRASIL, 2018b).

Ao analisar a situação da paciente, o STF deu provimento ao *habeas corpus* e defendeu que, na análise subjetiva do caso, verificou-se a presença de todos os vetores autorizadores do postulado da insignificância, sendo estes: a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada. Tal conclusão se operou, pois a tentativa realizada pela ré ocorreu sem nenhuma violência física ou moral, com a posterior restituição dos objetos à sociedade empresária, não tendo esta experimentado nenhum prejuízo relevante (BRASIL, 2018b).

Desse modo, a Suprema Corte argumentou que “a mera circunstância de ser a ora paciente reincidente não basta, por si só, para afastar o reconhecimento, na espécie, do denominado ‘delito de bagatela’”. Esse entendimento é o que tem sido acolhido em sucessivas decisões proferidas pelo STF, de modo a impedir que a atipia material seja obstada, única e exclusivamente, pela presença do instituto da reincidência (BRASIL, 2018b).

Tal posicionamento é encontrado com mais frequência nas decisões emanadas pelo STF, optando-se por uma vertente mais garantista e favorável aos acusados na medida em que a análise subjetiva do caso concreto oportunize a aplicação da insignificância dentro dos parâmetros estabelecidos na própria Corte. A título de exemplo, pode-se observar o Agravo Regimental no Habeas Corpus 161074/MG, em que o Ministério Público Federal recorreu da decisão, proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, o qual concedeu a ordem para determinar a absolvição do agente (BRASIL, 2018c).

Na circunstância, o parquet alegou que, apesar do irrisório valor dos bens subtraídos, não seria o caso de aplicação do princípio da bagatela, por o réu ser reincidente específico, ostentado outras condenações pretéritas ao fato em comento pela prática de pequenos furtos na região, sendo o afastamento do respectivo princípio medida justificável para inibir a continuidade da reiteração criminosa (BRASIL, 2018c).

Diante dos argumentos expostos pela acusação, o Ministro Relator Gilmar Mendes negou provimento ao Agravo Regimental, afirmando que, tratando-se o crime de uma

tentativa de furto de um frasco de desodorante, uma caixa de medicamento *Neosaldina* e um sabonete líquido, todos avaliados em R\$ 30,00 (trinta reais), além de terem restituídos ao estabelecimento comercial e sendo princípio da insignificância considerado pelo STF “como importante instrumento de aprimoramento do Direito Penal”, não seria razoável exigir a movimentação do aparelho estatal, tanto policial quanto do judiciário, para atribuir relevância a uma situação de furto cujos bens foram avaliados em tamanho ínfimo valor (BRASIL, 2018c).

Dessa forma, o Ministro Relator defendeu que, tendo em vista a posição eminentemente subsidiária que o Direito Penal assume, deve sua intervenção ocorrer de forma mínima, atuando apenas para proteger os bens jurídicos mais relevantes para a vida social e quando os demais ramos do direito forem considerados insuficientes para prevenir a prática de crimes, em respeito aos princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade (BRASIL, 2018c).

Para complementar o que fora exposto, o Ministro Gilmar Mendes asseverou que se deve operar um juízo de ponderação entre o dano gerado pela conduta do acusado e a pena a lhe será imputada como resultado da intervenção penal estatal, pois o princípio da proporcionalidade, na análise da situação, poderá demonstrar a ilegitimidade da intervenção do Estado por meio do Direito Penal (BRASIL, 2018c).

Já em relação à reincidência, o Ministro adotou o posicionamento de se afastar a incidência da bagatela com base apenas na existência de condenações pretéritas do paciente por configurar um equívoco, pois os aspectos de ordem objetiva os quais devem ser analisados para a formação do parecer acerca da aplicabilidade ou não do princípio, sob pena de se dar prioridade ao direito penal do autor já ultrapassado em no ordenamento jurídico (BRASIL, 2018c).

Nessa linha, visto no HC 123734/MG, defende-se que a presença do instituto da reincidência não deve, por si só, justificar a inaplicabilidade do supracitado princípio se, na análise do caso concreto, for observado que todos os demais requisitos objetivos, exigidos pela própria jurisprudência, estão presentes, garantindo a absolvição, pela atipicidade material da conduta, do fato caracterizado como penalmente insignificante (BRASIL, 2016b).

Outra importante decisão acerca do tema, também vista no HC 123.734/MG, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, foi argumentado que, mesmo quando o princípio da insignificância for afastado, sob o fundamento da presença da reincidência ou da qualificação do furto, a privação da liberdade do agente, em regra, permanecerá sendo medida

desproporcional, pois gera malefícios excessivos superiores aos próprios benefícios provenientes da punição (BRASIL, 2016b).

Mediante tal análise, determinou-se, na decisão, que o regime inicial de cumprimento de pena domiciliar deve ser fixado em tais circunstâncias, devendo-se substituir, na maior parte das situações, a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, ainda que se trate de réu reincidente, estando autorizada a regressão no caso de inobservância das condições (BRASIL, 2016b).

Para se chegar à conclusão supramencionada, o Ministro Relator argumentou, em relação à reincidência, ainda que a punição criminal seja um desestímulo inegável à prática do crime, não se poder afirmar que a incidência da norma penal se constitui em um estímulo positivo, já que o índice de reincidência no Brasil gira em torno de 70%, sendo considerado um dos maiores do mundo, demonstrando como o modo preventivo do direito penal talvez não seja tão decisivo quanto se imagina (BRASIL, 2016b).

Além do exposto, o Ministro Roberto Barroso aduziu que o direito penal não deve se ocupar de punir condutas consideradas meramente indesejáveis, nem a “personalidade”, os “meios” ou “modos de vida”, e, sim, crimes cujas condutas são perigosas ou lesivas a bens jurídicos de forma significativa, de modo a evitar um direito penal do autor. Dessa forma, para o Ministro, a tipicidade de uma conduta não pode estar vinculada ao conhecimento sobre ser o agente “vadio, mendigo, processado, condenado ou reincidente” (BRASIL, 2016b).

Outrossim, o Ministro explica que, ao afastar a bagatela em função da reincidência, os magistrados acabam por contribuir para agravar mais ainda o dramático cenário de crise do sistema carcerário brasileiro. E isso ocorre, pois, a pena imposta, por mais que seja reduzida, não poderá ser substituída pela pena restritiva de direito, além do fato de que seu cumprimento terá início, no mínimo, por meio do regime semiaberto, como delimitado pelo Código Penal vigente (BRASIL, 2016b).

Já em relação às circunstâncias qualificadoras do furto, o Ministro Relator explica que a reprovabilidade da conduta é aferida na análise da culpabilidade do agente, quando se realiza a dosimetria, limitando-se a pena. Todavia, para se chegar a tal etapa, deve-se passar, anteriormente, pelo juízo de tipicidade e antijuridicidade da conduta, estando a insignificância, desse modo, posicionada como fator de avaliação pretérito, não sendo correto exigir que a aplicação do respectivo princípio dependa de circunstâncias atinentes a estágio posterior da análise do crime (BRASIL, 2016b).

Desse modo, o Ministro Roberto Barroso defende que, caso se opte por punir o furto de coisa de valor insignificante em razão da presença da reincidência, deve-se, então, admitir

sobre a questão da bagatela ultrapassar o domínio da tipicidade para incidir na culpabilidade. Isto ocorre diante da impossibilidade de se afirmar, com respaldo na Constituição Federal, que uma conduta pode ser considerada típica para alguns agentes e atípica para outros, considerando-se as circunstâncias pessoais de cada réu para tanto, de modo a configurar o inaceitável direito penal do autor (BRASIL, 2016b).

Diante de todo o exposto, o Ministro afirma que, caso se pretenda aplicar uma resposta penal ao infrator que pratica furto de objeto de valor insignificante, deve-se aplicar sanção proporcional à lesão causada. Para isso, a opção de encarceramento deve ser escolhida como última hipótese, tendo em vista o atual sistema já considerado altamente degradante e superlotado (BRASIL, 2016b).

Como solução, o Ministro Roberto Barroso propôs a paralisação da incidência do artigo 33, §2º, alínea “c”, do Código Penal, eis que se demonstra incompatível com o texto constitucional, na atual conjuntura, devendo ser fixado o regime inicial de cumprimento de pena aberto domiciliar para os agentes os quais se encontram em tal circunstância, a fim de não submeter o condenado a regime mais gravoso o qual faz jus (BRASIL, 2016b).

5. A PROBLEMATIZAÇÃO POR TRÁS DA INSTRUMENTALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Verifica-se, ao longo do tempo, a postura tomada pelos ministros, principalmente os do STF, em apresentar, como tendência, a ampliação quantitativa da aceitação e aplicação do princípio da bagatela. Tal posicionamento proporciona não só a garantia de uma solução justa, de acordo com as peculiaridades e as circunstâncias do caso concreto, como concretiza os preceitos e garantias constitucionais com base na perspectiva contemporânea vigente, a da neoconstitucionalização do direito.

Com a ascensão do Neoconstitucionalismo, e das consequências decorrentes desse fenômeno, tais como: a evidenciação da supremacia da norma constitucional, a promoção e preservação dos direitos humanos, o aumento da força normativa dos princípios constitucionais e a aplicação da técnica da ponderação para a aplicação dos dispositivos do ordenamento jurídico, pôde-se garantir, ainda mais, aos réus dos processos penais, a oportunidade de imposição de reprimenda diversa da privação de liberdade a qual sempre está prevista no dispositivo legal (GUTIERREZ SOBRINHO, 2012).

Assim, mitigou-se a imperatividade da norma para, de acordo com as características da situação apresentada, possibilitar a aplicação de solução mais humanizada e proporcionalmente razoável na determinação da penalização do acusado. Tal mitigação, criada no âmbito judicial, se concretizou por meio da consolidação da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância nas decisões dos magistrados brasileiros, sendo, posteriormente, assentados critérios objetivos no intuito de orientar a incidência desse (BOTTINI, 2012).

Todavia, cabe destacar que a criação dos critérios supracitados acabou delimitando e condicionando o instituto no âmbito de todos os tribunais brasileiros. Tal delimitação é alvo de críticas, pois os quatro vetores estipulados, pelo Ministro Celso de Mello, não são suficientes para solucionar a falta de precisão do princípio bagatelar e de definição legal acerca do tema por serem muito abrangentes, já que são utilizados como parâmetro para inúmeras situações, tornando-se imprecisos para uma correta solução do caso analisado (BOTTINI, 2012).

Dessa forma, apesar do notável aumento do uso do referido princípio como efetivo instrumento de política criminal, a ausência de indicadores mais transparentes para sua fixação acaba contribuindo para que o seu reconhecimento se dê de forma contraditória e desigual, mitigando tanto a isonomia quanto a segurança jurídica. Tal ausência resultou em

uma aplicação discrepante do instituto, por se altera ao longo de uma sequência aleatória de julgados e pelo qual se traduz a complexidade de trabalhar com algo que ainda está em fase de construção (BOTTINI, 2012).

Para solucionar os problemas derivados da ausência de precisão do princípio bagatelar, Da Luz (2012) preceitua sobre a melhor forma de operacionalizar tal instituto é impedir que a decisão da insignificância da conduta praticada dependa apenas da vontade e dos critérios pessoais do julgador, pois, assim, evitam-se decisões contraditórias e opostas sobre os princípios basilares presentes no próprio ordenamento jurídico. Para o doutrinador, a saída correta seria relativizar a abertura do sistema, ao invés de negá-lo com a aplicação apenas de critérios “extrajurídicos”, prosseguindo com a discussão sobre o referido princípio dentro da própria esfera dogmática.

Para efetivar tal perspectiva, Da Luz (2012) explica se estar diante da missão de estabelecer um sistema capaz de apreciar o caso concreto de forma adequada, sem deixar de fazê-lo com base em conceitos aptos a fornecer uma aplicação estável e esperável do Direito Penal brasileiro. O jurista defende, como modo mais adequado para tanto, a busca de formulações dogmáticas que problematizem o princípio da bagatela como uma questão do Direito Penal material, ou seja, como parte dos preceitos gerais de imputação do sistema penal, por meio da reformulação do alcance e do significado dos ramos da teoria do delito.

Em continuação à assertiva, neste cenário, a investigação da presença da insignificância de uma conduta deverá constar da própria aplicação do conceito de crime, garantindo-se, desse modo, uma segurança jurídica maior e uma coerência interna intrínsecas ao pensamento sistemático, sem que seja gerada a inobservância das pretensões de realização da justiça material no caso concreto (DA LUZ, 2012).

Isso posto, Da Luz (2012) expõe que a insignificância é processada de forma mais coerente quando analisada, de forma objetiva, como característica da conduta e não de forma subjetiva como quando relacionada à culpabilidade e à reprovabilidade do agente. A formulação dogmática do referido princípio como uma circunstância excludente de culpabilidade tende a limitar, de maneira excessiva, a incidência da ideia de insignificância, pois insere, em sua esfera valorativa, considerações acerca da personalidade do agente, que acabam por funcionar como uma inadequada limitação da aplicação do instituto.

Tal limitação indevida pode ser observada em inúmeros julgados nos quais abordam o princípio da insignificância dentro da esfera da culpabilidade, pois, ao serem inseridos componentes como a consciência da ilicitude do agente ou a sua periculosidade, na análise da lesividade da conduta, muitos dos magistrados tendem a confundir a própria insignificância

do fato em si com a reprovabilidade pessoal do autor. Essa confusão traduz um grande erro teórico, pois resulta em decisões que afastam a insignificância em razão da presença da reincidência ainda que a conduta seja absolutamente irrelevante, afastando a justiça e a proporcionalidade da solução do caso concreto (DA LUZ, 2012).

Outro problema abordado pelo autor deriva do reconhecimento do princípio da insignificância como uma causa de justificação hábil a gerar a exclusão da antijuricidade da conduta, ou seja, como uma regra permissiva do direito. O primeiro obstáculo, observado por Da Luz (2012), está vinculado ao fato de que toda causa de justificação, em conjunto com seus respectivos requisitos, deve constar de expressa previsão legal, o que condicionaria a aplicação do princípio à observância de alguns critérios básicos e, conseqüentemente, do princípio da legalidade.

Dessa forma, a consideração do referido princípio como uma causa de justificação poderia ocasionar o tratamento da insignificância como mera exceção ao juízo de tipicidade, o que o sujeitaria a uma densa barreira legal, caracterizada por requisitos necessários à justificação do caso analisado, inviabilizando, desse modo, sua aplicação em inúmeras situações. Além disso, se aceita a formulação da insignificância nos moldes do plano supramencionado, ainda haveria o risco da concretização de conseqüências jurídicas descomunalmente poderosas, pois uma ação justificada é considerada correta diante de todos os ramos do direito, o que impediria a imputação não só de reprimenda penal como também das demais respostas estatais que eventualmente pudessem ser impostas (DA LUZ, 2012).

Diante de todo o exposto, o autor chega à conclusão de que a formulação dogmática mais coerente para operacionalizar o princípio da insignificância ocorre com o enquadramento no campo da tipicidade penal, pois evita, não só o condicionamento excessivo a critérios pessoais do agente, como a submissão excessiva aos requisitos constitutivos das causas justificantes, além de manter íntegra a distinção entre irrelevância penal e irrelevância jurídica da conduta (DA LUZ, 2012).

Atualmente, a formulação doutrinária majoritária da insignificância, no ordenamento jurídico brasileiro, posiciona-se entre o espaço criado entre a “tipicidade formal” e a “tipicidade material” (DA LUZ, 2012). Dentre tais doutrinadores, muitos defendem que a tipicidade formal sozinha não satisfaz a moderna tendência proveniente do Direito Penal Mínimo, pois o juízo de tipicidade, para não incidir em fatos alheios ao Direito Penal, em razão da aceitação da sociedade ou do reduzido dano social ocasionado, deve abarcar também o tipo em seu sentido material, como algo dotado de conteúdo valorativo, não se restringindo a simples análise de subsunção (VICO MAÑAS, 2003).

Tal tese deve, inicialmente, ser reconhecida como uma formulação digna de mérito, pois, ao se tratar o juízo de tipicidade como uma avaliação que vai além do mero raciocínio de subsunção, o princípio da bagatela traz a vantagem de se poder exigir, do intérprete da norma, uma avaliação da conduta com base no caso concreto, sobre a sistemática da relevância jurídica e social. Assim, essa perspectiva tende a fornecer um tratamento mais adequado às situações em que a conduta, embora descrita no ordenamento jurídico, não é suficiente para embasar uma sanção penal, dada a presente insignificância jurídico-social, garantindo-se um exercício mais racional do poder punitivo (DA LUZ, 2012).

Entretanto, apesar da formulação do princípio da insignificância, aceita por magistrados e doutrinadores, ser de evidente relevância para retirar, da incidência do Direito Penal, inúmeros casos de pequena ou nenhuma relevância, há dificuldades em casos nos quais se exige uma avaliação mais complexa acerca da lesividade social da conduta do agente. Tais dificuldades, derivadas da própria cisão entre o plano material e o formal da tipicidade, promovem, em situações mais difíceis, uma limitação no âmbito de incidência do princípio ora debatido (DA LUZ, 2012).

A concepção dominante acaba sendo equivocada, pois aborda a questão da valoração da relevância social da conduta após o momento da verificação do fato como tipicamente formal, caindo no desacerto, ao tratar a relevância penal do comportamento como mero “critério de correção normativo-valorativa”, e não como “instrumento hermenêutico geral” capaz de orientar a própria determinação da tipicidade. Ou seja, acaba-se limitando a funcionalização da definição de tipicidade, ao restringir a atuação do momento normativo para depois do momento descritivo, sendo o primeiro mero complemento deste último (DA LUZ, 2012).

Neste cenário, Da Luz (2012) explica que, ao ser formulado desta forma, o princípio da insignificância aparenta ser capaz apenas de “anular” algo já formalmente fixado. Dessa forma, a título exemplificativo, considerando-se o delito de roubo, ainda que o bem jurídico “propriedade” não seja afetado ou o seja de forma insignificante, mas o bem “integridade física” sim, a descrição formal será mantida e o máximo que tal teoria poderá alcançar será servir como fundamento para a fixação de uma pena próxima do mínimo previsto. Já a desclassificação do respectivo delito só poderia ser suscitada se todo o juízo de tipicidade formal pudesse ser normativamente ultrapassado no plano material, o que só ocorreria caso nenhum dos bens jurídicos do crime complexo fossem violados.

E foi justamente a situação supracitada que se concretizou no HC 97.190-GO, relatado pelo Min. Dias Toffoli, quando os ministros, durante o debate, verificaram a impossibilidade

de conceber a desclassificação do delito de roubo para o de ameaça, ainda que presente a irrelevância da violação ao patrimônio (R\$ 3,45). O Min. Marco Aurélio, ao afirmar que “a grave ameaça, no caso, não é o tipo em discussão”, não identificou a possível reformulação normativa global do juízo descritivo, evidenciando a problemática limitação de cognição na qual envolve a compreensão majoritária do princípio da insignificância (DA LUZ, 2012).

O autor expõe que, para superar a compreensão majoritária do princípio e as limitações dela derivadas, deve-se reconhecer o delito como um fenômeno edificado no próprio processo de imputação, e não como algo anterior a esse. Para isso, cabe ao intérprete perceber se o juízo de tipicidade deve ser formulado depois da apreciação sobre a lesividade social da conduta, pois, ao anular a separação entre o juízo descritivo e o juízo normativo, consegue-se garantir a importância do princípio da insignificância de não ser reduzida à cisão entre tipicidade formal e tipicidade material, fruto dos problemas dogmáticos (DA LUZ, 2012).

Assim, se o aplicador da norma perceber, durante o julgamento, que o bem subtraído é irrisório, tal fato deverá gerar efeito direto sobre a própria norma violada, já que, sendo a lesão do patrimônio irrelevante, será caracterizada circunstância na qual deverá ser avaliada antes mesmo de se estabelecer de qual tipo de roubo “formalmente” se trata. Neste cenário, a insignificância deixará de figurar como um papel meramente corretivo para se transformar em um instrumento extremamente importante no processo de imputação, sendo capaz de determinar globalmente o que caracteriza um fato típico e contribuindo para um Direito mais racional, menos arbitrário, mais justo e mais seguro no âmbito penal (DA LUZ, 2012).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da insignificância, o qual constitui o ponto central da análise e pesquisa deste trabalho, apresenta valor inestimável para o Direito Penal moderno, eis que transcende o âmbito formal das leis para propiciar, ao agente que pratica um fato sopesado insignificante, solução jurídica proporcional à conduta e diversa da privação da liberdade.

Apesar de constituir uma fonte de interpretação da norma penal ainda não positivada no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da bagatela é amplamente aceito pela doutrina e pela jurisprudência do país. Por esta razão, busca-se demonstrar as principais linhas argumentativas sobre o tema, provenientes da jurisprudência emanada pelos tribunais superiores e pela doutrina, conferindo-se destaque aos teóricos da Teoria Minimalista do Direito Penal.

Embora a aceitação do princípio tenha sido ampliada ao longo do tempo, há questões referentes à operacionalização que ainda não foram sanadas, como é o caso da presença da reincidência como fator limitante que afasta a incidência da bagatela no caso concreto. Neste cenário, destaca-se que tal posicionamento, quando aplicado de forma taxativa e irracional, não merece prosperar, tendo em vista que a análise deste critério subjetivo não deve preponderar individualmente em face dos demais critérios estipulados.

Por esta razão, o presente trabalho expõe as perspectivas provenientes do Direito Penal do fato e da Teoria do Direito Penal Mínimo para propiciar a análise crítica dos acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, de modo a defender que a aplicação da reincidência, como óbice preponderante ou exclusivo à incidência da insignificância, contraria não só o princípio da individualização da pena como constitui um Direito Penal do autor, o qual não mais se justifica no atual cenário jurídico.

Também, a título de racionalização crítica, demonstra-se, aqui, o tratamento discrepante propiciado ao agente que pratica um crime patrimonial em face do tratamento proporcionado ao agente que pratica um crime tributário, discrepância esta que evidencia um cenário de seletividade que não se coaduna com o Estado Democrático de direito e o postulado da isonomia. Tal situação pode ser observada ao se visualizar a proteção injustificada dada aos infratores que pertencem à classe abastada, enquanto os demais infratores possuidores de condições socioeconômicas menos favorecidas padecem com um sistema penal rígido e intolerante.

Ademais, tal realidade acaba por promover o encarceramento em massa de pessoas de baixa renda, piorando a situação da superlotação carcerária, e por demonstrar a ineficácia do

Estado em promover a ressocialização dos encarcerados e lhes garantir os direitos sociais fundamentais básicos previstos na Constituição Federal brasileira.

Por fim, após a exposição dos problemas que envolvem a aplicação do princípio da insignificância, esta monografia buscou apresentar as soluções trazidas por doutrinadores e grandes juristas para o supracitado princípio ser capaz de determinar globalmente o que constitui um fato típico, de modo a contribuir para decisões mais racionais, justas e permeadas de segurança jurídica no que concerne a aplicação do respectivo princípio.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y limite de la ley penal). **Doutrina Penal**, Buenos Aires, Argentina, V. 1, n.º. 10-40, p 623-650, 1987. Tradução de Francisco Bissoli Filho. Florianópolis, 2003.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz et al. **O Princípio da Insignificância nos crimes contra o patrimônio e contra a ordem econômica**: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal. 2011. Pesquisa (Departamento de Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz, et al. A confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: análise estatística de julgados. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 98, p. 117-148, 2012.

BRASIL(a). Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **Habeas Corpus nº 507642 Santa Catarina**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. Paciente: Gabriel da Fonseca. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Dje 12/08/2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1847244&num_registro=201901235034&data=20190812&formato=PDF. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL(a). Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº 135.383 Minas Gerais**. Impetrante: Defensoria Pública da União. Paciente: Ramana Luiza Lopes Souza. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministra Carmém Lúcia, DJe 22/09/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11690789>>. Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL(b), Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 494014 São Paulo**. Agravante: Bruno Henrique Dias. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Jorge Mussi. Dje 02/08/2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1837692&num_registro=201900463579&data=20190802&formato=PDF>. Acesso em: 15 set, 2019.

BRASIL(b). Supremo Tribunal Federal. (2. Turma) **Habeas Corpus nº 155.920 Minas Gerais**. Impetrante: Defensoria Pública da União. Paciente: Araci da Silva Barbosa. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Mello. DJe 03/05/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5443963>>. Acesso em: 14 set. 2018.

BRASIL(b). Supremo Tribunal Federal. (Plenário). **Habeas Corpus nº 123.734 Minas Gerais**. Impetrante: Defensoria Pública da União. Paciente: Leandro Fellipe Ferreira Souza. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Roberto Barroso, Dje 02/02/2016. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10179638>>. Acesso em: 12 out. 2018.

BRASIL(c). Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 161074 Minas Gerais**. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Marcelo Izidoro Pimentel. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Dje 30/11/2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748762193>> Acesso em: 12 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº 98.152 Minas Gerais**. Impetrante: Defensoria Pública da União. Paciente: Diogo da Silva. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Mello. Dj 05/06/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595394>>. Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 254.651 Pernambuco**. Agravante: Alberto César Gomes da Silva. Agravado: Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Relator: Ministro Jorge Mussi. Dje 21/03/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1216007&num_registro=201201974010&data=20130321&formato=PDF>. Acesso em: 15 set. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 6 jul. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 6 jul. 2019

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 3.688, de 03 de outubro de 1941**. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 6 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma) **REsp 1.509.985 Rio de Janeiro**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorrido Ramiro da Silva Pereira. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. DJe 04/05/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=71956329&num_registro=201500175947&data=20170504&formato=PDF>. Acesso em: 14 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1. Turma). **Habeas Corpus nº 123.393 Distrito Federal**, Impetrante: Defensoria Pública da União. Paciente: Sebastião Pereira de Aguiar Junior. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Ministra Rosa Weber. DJe de 28/10/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7045760>>. Acesso em 20 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº 109.363 Minas Gerais**. Impetrante: Defensoria Pública da União. Paciente: Agnaldo Moreira da Silva. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ayres Britto. Dje 25/06/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2218104>>. Acesso em: 15 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário) **Recurso Ordinário Criminal nº 1.468-5 segundo Rio de Janeiro**. Recorrente: Latino da Silva Fontes. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Maurício Corrêa, DJ 16/08/2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=372773>>. Acesso em 02 set. 2019.

COSTA, Helena Regina Lobo da. DO FURTO: a aplicação do princípio da insignificância ao crime de furto, p. 145-156. In: REALE JUNIOR, Miguel (Coord.). **Direito Penal: jurisprudência em debate**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DA LUZ, Yuri Corrêa. Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. **Revista Direito GV**, V. 8, n. 1, p. 203-233. São Paulo, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FRANCO, Alberto Silva *et al.* **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

GUTIERREZ SOBRINHO, Emílio. Aspectos teóricos do movimento neoconstitucional. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ISSN 1518-4862, n. 3319, ano 17, ago. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22345>>. Acesso em: 16 maio 2019.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

MOURA, Grégoire Moura. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte especial: arts. 121 a 212 do Código Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense 2019.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Curso de direito penal: parte geral**. Salvador: Juspodivm, 2012.

RIBEIRO, Vanessa Siqueira. **A aplicação do princípio da insignificância aos crimes tributários e patrimoniais como evidência da seletividade do Sistema Penal Brasileiro**.

2015. Artigo Científico (Pós-Graduação *Lato Sensu*) - Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015.

RODRIGUES, Ronald Pinheiro. A construção do princípio da insignificância e a sua aplicação em face da reincidência. **XXVI Encontro Nacional do CONPEDI**, Brasília, DF, direito penal, processual penal e constituição, v. 1, p. 114-134, 2017.

TANURE, Lucas Lacerda; FERREIRA, Paulo Henrique. Culpabilidade às avessas: os dois lados de uma moeda. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas, **Revista do CAAP**, n. 1, v. XX, p. 121-138. Belo Horizonte, 2014.

VICO MAÑAS, Carlos. Princípio da insignificância: excludente da tipicidade ou da ilicitude? in: Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, p. 143-159, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Sistemas Penales y Derechos Humanos em America Latina**. Informe Final. Argentina: Depalma, 1986.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.