

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E A DOGMÁTICA PENAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE SUA APLICAÇÃO A PARTIR DO INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA

Igor Alves Noberto Soares¹

Ricardo Belli Weberling²

RESUMO

O presente artigo é produto de pesquisa científica, cujo objetivo fora verificar a aplicabilidade do Princípio da Insignificância aos casos de reincidência criminal. Considerado um instituto de construção eminentemente doutrinária, o aludido princípio fora idealizado por Claus Roxin, em 1964, como reação ao uso excessivo dos meios punitivos, com base no brocardo latino “*minima non curat praetor*”. A partir do método hipotético-dedutivo, levado em análise bibliográfica e de decisões judiciais, fora discutido se natureza jurídica do Princípio da Insignificância impede seu aproveitamento, ou, ainda, se há óbice de sua incidência baseado em critérios de cunho subjetivo, como ocorre na aplicação da reincidência nos casos de agravamento da pena. O instituto da reincidência é considerado uma exceção ao Direito Penal do Fato, adotado pela legislação penal brasileira (sua atuação limita-se a fase de dosimetria da penal), e, por esse motivo, não produz qualquer efeito na análise da tipicidade e não impede a aplicação do Princípio da Insignificância.

Palavras-Chave: Princípio da Insignificância. Tipicidade. Reincidência.

EL PRINCIPIO DE LA INSIGNIFICANCIA Y LA DOGMATICA PENAL: CONSIDERACIONES SOBRE SU APLICACIÓN A PARTIR DEL INSTITUTO DE LA REINCIDENCIA

RESUMEN

Este artículo es producto de la investigación científica, cuyo objetivo fue verificar la aplicabilidad del Principio de la Insignificancia en casos de reincidencia delictiva.

¹ Mestre em Direito Processual (Bolsista CAPES) e Bacharel em Direito (Bolsista ProUni) pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário Doctum de Teófilo Otoni - UniDoctum. Membro da Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção Minas Gerais, do Instituto de Ciências Penais e da Pastoral Carcerária da Igreja Católica Apostólica Romana. Professor Universitário. Advogado.

² Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Doctum de Teófilo Otoni – UniDoctum. Servidor Público do Estado de Minas Gerais. Aluno laureado com o Mérito Acadêmico 2018.2 em Colação de Grau.

Considerado un instituto de construcción eminentemente doctrinaria, el aludido principio fue ideado por Claus Roxin, en 1964, como reacción al uso excesivo de los medios punitivos, con base en la expresión latina “*minima non curat praetor*”. A partir del método hipotético-deductivo, llevado en análisis bibliográfico y de decisiones judiciales, se discutió si la naturaleza jurídica del Principio de la Insignificancia impide su aprovechamiento, o, aún, si hay obstáculo de su incidencia basado en criterios de cuño subjetivo, como ocurre en la aplicación de la reincidencia en los casos de agravamiento de la pena. El instituto de la reincidencia es considerado una excepción al Derecho Penal de Hecho, adoptado por la legislación penal brasileña (su actuación se limita a la fase de dosimetría de la pena), y, por ese motivo, no produce ningún efecto en análisis de la tipicidad y no impide la aplicación do Principio de la Insignificancia.

Palabras-Clave: Principio de la Insignificancia. Tipicidad. Reincidencia.

INTRODUÇÃO

A reincidência criminal, utilizada como elemento de valoração do fato típico no contexto do Princípio da Insignificância, é tema ainda não pacificado pela jurisprudência brasileira. Em recente julgamento do *Habeas Corpus* n.º 155.920, em 27 de abril de 2018, o Supremo Tribunal Federal decidiu por aplicar o princípio ao caso de uma mulher reincidente em crime contra o patrimônio.

O Princípio da Insignificância foi idealizado em 1964, em sua conceituação basilar, pelo jurista alemão Claus Roxin, a fim de afastar o uso excessivo dos institutos penais para a punição de condutas insignificantes e incapazes de lesionar o bem jurídico hodiernamente tutelado pela norma penal.

Nessa perspectiva, diante das oscilações dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, percebe-se a necessidade de avaliar os efeitos da reincidência na aplicação desse instrumento garantista. Portanto, indaga-se: a reincidência deve afastar a aplicação do Princípio da Insignificância?

A partir da premissa de que a reincidência não deve obstar aplicação do Princípio da Insignificância, pois considerada agravante genérica, utilizada na fase de dosimetria da pena e que, por esse motivo, não tem o condão de afastar a tipicidade.

Assim, para viabilizar o enfrentamento da hipótese, fora realizada pesquisa estratégica, de caráter descritivo e cunho bibliográfico, com coleta de informações de fontes primárias e secundárias. Para analisar as informações atingidas, usou-se o método hipotético-dedutivo.

Para o entendimento do tema proposto, esse artigo é dividido em três capítulos. No primeiro, trabalhou-se com a gênese da punição, com incursão nos princípios da intervenção mínima, fragmentariedade e o próprio conceito de crime. Essa conceituação é primaz para entender a relação crime e sanção.

No segundo capítulo, foram discutidos os contornos da insignificância como princípio jurídico do Direito Penal. Nesse tópico, foram discutidos o aspecto material da tipicidade penal, a origem histórica, o conceito, a finalidade, a concretização legislativa e os requisitos de aplicação do princípio da insignificância.

No último capítulo, faz-se uma análise sobre a reincidência. Nesse ponto, trabalhou-se a reincidência enquanto critério para aplicação do princípio da insignificância, sendo demonstrados os argumentos jurídicos e jurisprudenciais favoráveis e contrários à aplicação do princípio ao reincidente.

1 DO DIREITO PENAL: DEFESA DOS BENS JURÍDICOS MAIS CAROS

O Direito Penal é um instrumento estatal cuja finalidade é garantir a aplicação do *jus puniendi*, por meio do estabelecimento prévio de condutas ilícitas e das respectivas sanções, em possível equilíbrio entre a conduta praticada e a punição imposta pelo Estado. Sua atuação deve ser moderada e sem excesso de tipificações, limitando-se aos princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade.

Por óbvio, a partir dos contributos da Criminologia Crítica, os institutos da punição recebem, em si, um quê de seletividade e ausência de observação às garantias fundamentais da pessoa acusada, sobretudo em tempos de maximização expositiva, na mídia, dos casos investigados.

Aliás, Cesare de Beccaria (2014) adverte, desde o século XVIII, como o sistema penal baseou-se na falácia da impunidade para reprimir, cada vez mais, as condutas indesejadas ou potencialmente lesivas no seio da sociedade. Ou seja, pena é castigo.

Nesse contexto, aquele que infringir quaisquer das normas estabelecidas pelo Direito Penal será repreendido com a aplicação de uma sanção penal, nada mais que a forma punição retributiva em razão do ataque aos bens jurídicos considerados indispensáveis e de grande relevância.

1.1 A gênese da punição

Antes da constituição das primeiras sociedades organizadas, imperava-se, entre as pessoas, um estado de anomia. Conflitos e guerras eram constantes, pois cada indivíduo era guiado por suas próprias razões e tinha total liberdade para intervir na vida e na liberdade dos outros.

A ausência de limites concretos para a ação (ou omissão) das pessoas tornava dificultosa a vivência coletiva. Por esse motivo, em virtude do excesso nas relações inseguras, seja entre os mesmos grupos ou dos inimigos, tornou-se insustentável manter o exercício das liberdades individuais da forma com que fora projetado (BECCARIA, 2014).

A escolha pela vida em sociedade é o meio encontrado para abandonar o estado de natureza, no qual “cada indivíduo podia usar seu próprio poder e da forma como quisesse para a preservação de sua vida e, conseqüentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indicasse como meios adequados a esse fim.” (HOBBS, 2006, p. 101).

Ao dispor da sua liberdade individual para formar as primeiras sociedades organizadas, a pessoa humana, que outrora era guiada apenas por suas próprias razões, teve de aprender a conviver limitado por série de normas estabelecidas pelo grupo social, por meio da necessidade de controle.

A punição surgiu nesse contexto, como forma de controle social, atuando sobre o comportamento dos indivíduos, que passam a temer as sanções socialmente previstas para o descumprimento das normas estabelecidas pelo grupo social.

1.2 O princípio da intervenção mínima

O Direito Penal é constituído por um conjunto de normas jurídicas com o fim de proteger os bens jurídicos mais relevantes à manutenção da vida em sociedade. Para garantir a eficácia dessa tutela, o Estado tem o poder de criar sanções penais muito mais lesivas à dignidade da pessoa humana do que as estabelecidas pelos outros ramos do ordenamento jurídico.

A gravidade das penas estabelecidas pela sanção penal, principalmente no que concerne à limitação ao direito de liberdade, é uma forma de garantir respeito às

normas de proteção aos bens jurídicos mais relevantes à convivência social. Por esse motivo, o Direito Penal tem estruturas bem definidas, ou seja, normas e princípios próprios que garantem que a punição seja aplicada diante de casos concretos de violação de normas penais previamente estabelecidas em lei.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão estabeleceu a primeira limitação a ser observada pelo legislador na seleção dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal. Por imposição do Princípio da Intervenção Mínima, os bens jurídicos só devem receber proteção da seara penal quando os outros ramos do ordenamento não garantirem a preservação dos bens essenciais (MASSON, 2017).

É justamente na limitação do poder incriminador do Estado que atua o Princípio da Intervenção Mínima. Sua finalidade é impedir que condutas dotadas de baixo grau de reprovabilidade social sejam tuteladas pelo Direito Penal. Esse princípio impõe ao legislador a utilização de outros ramos jurídicos no primeiro estágio do controle social, orientando a utilização do Direito Penal apenas com *ultima ratio*.

No mesmo sentido, Bitencourt (2009, p.02) assim também preleciona:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável.

A construção do sistema criminal deu-se de forma gradual, pois o Direito Penal não fora concebido de imediato com uma relação de bens jurídicos já devidamente estabelecidos. Pouco a pouco, no decorrer da evolução da sociedade, alguns valores indispensáveis à sua existência foram erigidos a categoria de bens jurídicos e uma pequena parcela destes receberam a tutela do Direito Penal, decorrendo daí o seu caráter fragmentário.

Assim como no Princípio da Intervenção Mínima, a finalidade da fragmentariedade da tutela criminal é estabelecer limites a atuação do legislador na seleção dos bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal. Uma vez selecionada as condutas mais perigosas, passarão elas a compor uma pequena fração de bens jurídicos a serem protegidos pela lei penal (PRADO, 2013).

Dissertando sobre o assunto, Muñoz Conde (1975, p. 72) ensina que o princípio da fragmentariedade apresenta-se sob três aspectos:

Em primeiro lugar, defendendo o bem jurídico somente contra ataques de especial gravidade, exigindo determinadas intenções e tendências, excluindo a punibilidade da prática imprudente de alguns casos; em segundo lugar, tipificando somente parte das condutas que outros ramos do Direito consideram antijurídicas e, finalmente, deixando, em princípio, sem punir ações que possam ser consideradas como imorais (...)

Exsurge, portanto, que o Princípio da Fragmentariedade impõe que o Direito Penal só deve chegar até onde for estritamente indispensável, a fim de atingir a proteção dos valores considerados essenciais a sociedade. Os bens jurídicos a serem tutelados devem ser selecionados mediante criteriosa avaliação de necessidade e conveniência, com o objetivo de se evitar a aplicação indiscriminada e abusiva da lei criminal.

1.3 Princípio da Materialidade: o Direito Penal do Fato *versus* o Direito Penal do Autor

Segundo o Princípio da Materialidade, também conhecido como princípio da exterioridade da ação, o Direito Penal não pode levar em consideração a personalidade do agente ou qualquer outra circunstância de cunho pessoal para a caracterização de uma infração penal. Esse princípio baseia-se no axioma *nulla injuria sine actione*, ou seja, ninguém pode ser punido pelo que pensa ou simplesmente por ter adotado determinado modo de viver (PRADO, 2013).

A respeito do conceito de Direito Penal do Autor, é importante apresentar a lição de Marcus Alan de Melo Gomes (2003, p. 41) :

Com o Direito Penal de autor surge o denominado tipo de autor, pelo qual o criminalizado é a personalidade, e não a conduta. A tipologia etiológica tem por fim último detectar os autores sem que seja preciso esperar o acontecimento da conduta (...). Não se despreza o fato, o qual, no entanto, tem apenas significação sintomática: presta-se apenas como ponto de partida ou como pressuposto da aplicação penal. Nela também se possibilita a criminalização da má vida ou estado perigoso, independentemente da ocorrência do delito, por meio da seleção de indivíduos portadores de determinados caracteres estereotipados.

No Direito Penal do Autor, o ato que origina a infração penal decorre da personalidade do agente, apascentando, por esse motivo, a imputação criminal apenas com base em aspectos subjetivos. Essa modalidade acaba por criar estereótipos sustentados na personalidade e na vida pregressa do agente, pois, uma

vez marcado pela prática de uma infração penal ou se apresentar uma forma incomum de viver ou até mesmo um pensamento perigoso, pode ser alcançado pelas iras do Direito Penal.

Isso posto, denota-se que, pelo Princípio da Materialidade, o agente só pode ser punido por fatos que praticar contra determinado bem jurídico tutelado pela norma penal. A reprovação estabelecida pelo Direito Penal deve recair apenas sobre atos ou omissões previstas em lei, jamais não sobre especulações ou condição de vida do agente, muito menos sobre sua história.

2 DA INSIGNIFICÂNCIA COMO PRINCÍPIO JURÍDICO DO DIREITO PENAL

Na criação dos tipos penais, a técnica da abstração é utilizada pelo legislador para alcançar o maior número possível de atos humanos contrários à norma incriminadora. O problema é que o grau de abstração utilizado na elaboração da norma penal leva à criminalização de algumas condutas consideradas irrelevantes ou incapazes de causar lesão significativa ao bem jurídico, simplesmente por se adequarem formalmente ao tipo penal previsto em lei.

Nesse sentido, Ivan Luiz da Silva (2011, p. 85) afirma:

A imprecisão legislativa e o caráter abstrato do tipo penal atribuem à descrição da conduta incriminada uma amplitude maior que a necessária para a proteção do bem jurídico penalmente tutelado, já que algumas condutas sem significação jurídica para o Direito Penal poderão ser alcançadas pela descrição típica.

Para corrigir essa distorção e retirar do alcance da tutela penal as condutas consideradas irrelevantes, por imposição dos Princípios da Intervenção Mínima e Fragmentariedade, criou-se, na doutrina, a teoria do Princípio da Insignificância, também chamado de Princípio da Bagatela.

O principal objetivo dessa garantia é afastar da apreciação do Direito Penal as condutas insignificantes, ou seja, aquelas dotadas reduzido grau de reprovabilidade social e que não tenham a capacidade de provocar lesão significativa a bem jurídico protegido pela lei penal.

A proteção dos bens jurídicos pelo Direito Penal se efetiva pela criação dos chamados tipos penais. É o tipo penal que sustenta, de forma abstrata, a identificação das condutas consideradas socialmente reprováveis e merecedoras da

tutela, cuja infringência de seu preceito legal possibilita a submissão do infrator às sanções penais.

Para Francisco de Assis Toledo (1994, p.127), o “tipo penal é um modelo abstrato de comportamento proibido. É em outras palavras, descrição esquemática de uma classe de condutas que possuam características danosas ou ético-socialmente reprovadas, a ponto de serem reputadas intoleráveis pela ordem jurídica”.

Sendo assim, o tipo penal nada mais é que a descrição formal dos comportamentos humanos socialmente intoleráveis, selecionados pelo legislador, em razão do alto grau de lesividade e da capacidade de prejudicar os valores considerados essenciais à manutenção da própria coexistência social.

Todavia, a tarefa de construção do tipo penal não é das mais fáceis. A impossibilidade de previsão de todas as condutas lesivas e a utilização da abstração como técnica da descrição das condutas a serem incriminadas eleva o grau de amplitude da norma incriminadora, que, por conseguinte, passa a ter um alcance além do necessário.

Nesse sentido, apresenta Francisco de Assis Toledo (1994, p.129):

Como os tipos são conceitos abstratos, é impossível evitar que sua previsão legal tenha um alcance maior do que aquele que deveria ter. Condutas socialmente adequadas e até socialmente necessárias podem, pelo seu aspecto externo, ser atraídas para o campo de força do tipo legal de crime.

O aspecto material da tipicidade penal exige para a configuração do crime que a conduta seja realmente capaz de causar lesão concreta ao bem jurídico tutelado pela norma penal. Não basta para a configuração de um delito a simples análise da tipicidade formal, que é a mera subsunção da conduta praticada a descrição abstrata prevista na norma incriminadora.

Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt (2012, p.103) salienta em seu entendimento que:

A *tipicidade* de um comportamento proibido é enriquecida pelo *desvalor da ação* e pelo *desvalor do resultado* lesando efetivamente o bem juridicamente protegido, constituindo o que se chama de *tipicidade material*. Donde se conclui que o comportamento que se amolda a determinada descrição típica formal, porém materialmente irrelevante, adequando-se ao *socialmente permitido* ou tolerado, não realiza materialmente a descrição típica.

Portanto, não se deve considerar como infração penal qualquer conduta somente diante do seu amolde ao tipo penal, tendo em vista a exigência da concepção material da tipicidade de que a conduta tenha real e concreta capacidade de causar lesão ao bem jurídico.

Sendo assim, toda conduta insignificante e materialmente desprovida da capacidade de ofender a determinado bem jurídico não dever ser alvo da atuação tutela criminal, pois suas sanções visam apenas reprimir condutas mais graves, praticadas contra os bens jurídicos mais relevantes.

2.1 Da origem histórica

O Princípio da Insignificância tem sua concepção teórica atribuída ao jurista alemão Claus Roxin, que utilizou essa terminologia no ano de 1964. Esse princípio surgiu como reação à imprecisão da teoria da adequação social adotada por Hans Welzel, que mesclava a insignificância à ideia de adequabilidade das condutas.

Claus Roxin (2002) fora além, pois pugnou contra o uso excessivo da tutela penal em casos realmente desnecessários, sobretudo diante da possibilidade de guarida jurídica por outras áreas do ordenamento jurídico.

Ivan Luiz da Silva (2011) salienta a origem do Princípio da Insignificância no brocardo *mínima non curat praetor*, ainda que seja possível discordar da existência de um instituto similar no Direito Romano. De fato, o próprio Claus Roxin (2002) assume tal composição doutrinária, mas pensado como elemento afastador da antijuridicidade como instituto, obtendo posterior reforma para entender o princípio como excludente da tipicidade material.

Nesse mesmo passo, Claus Roxin (2002), entende ser viável limitar a própria demarcação do que é tipicidade, a fim de afastar a punibilidade como regra de prevenção geral, como comumente divulgado por grande parte da literatura jurídica, como se possível medir a reação a partir de riscos à coletividade (imputação objetiva).

Não há uma conceituação formal do Princípio da Insignificância na legislação pátria, seja ela constitucional ou infraconstitucional. Trata-se de um princípio de construção eminentemente doutrinária, abarcado pela jurisprudência, atualmente implícito em nosso ordenamento jurídico, mas de reputado valor para repensar a dogmática penal.

Não por menos, segundo Yuri Corrêa da Luz (2012), o Princípio da Insignificância rompe com a lógica do Direito Penal do Autor, retirando, de seu caráter intrínseco, os atributos do sujeito. Diante disso, há correção histórica para levar o próprio sistema penal a discutir do Direito Penal do Fato, conforme realmente deve ser.

Nesse sentido, Márcia Dometila Lima de Carvalho (1992, p. 35-36)

O princípio da insignificância, ou falta de relevância social, é o campo onde se situam todos aqueles atos que afetam insignificamente o bem jurídico. Todavia, ele não está explícito na nossa lei penal, sendo deduzido do seu caráter fragmentário em uma verdadeira criação jurisprudencial.

Por isso, a ausência na dogmática jurídica de uma definição conceitual do princípio da insignificância é motivo de resistência em reconhecer seus efeitos, chegando a negar-lhe aplicação sob a alegação de ferir a segurança jurídica, uma vez que fica a cargo do julgador a função de estabelecer os limites de sua aplicação.

Em que pese ausência de conceituação no texto legal, a doutrina e a jurisprudência têm estabelecido critérios razoáveis que permitem definir o conceito e a aplicabilidade do Princípio da Insignificância.

A partir dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, convencionou-se que, para o afastamento da imputação por meio da aplicação por meio do Princípio da Insignificância, torna-se necessário o preenchimento dos seguintes requisitos, cumulativos: “a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada”.

2.2 Da concretização legislativa

A falta de definição legal do princípio da insignificância não afastou a possibilidade do legislador inseri-lo indiretamente na lei penal. Essa inserção ocorre por meio de atos legislativos, que “densificam o princípio jurídico, criando, assim, uma norma de decisão aplicável aos problemas concretos.” (SILVA, 2011, p.138). O autor, inclusive, assume a possibilidade de se discutir o princípio da insignificância na fase de dosimetria da pena, mormente nas disposições do Código Penal.

Ao realizar a interpretação do art. 59, *caput*, do Código Penal, a fim de buscar o real sentido desse dispositivo legal, entende-se que a aplicação da pena só deve

ocorrer quando for estritamente necessária à reprovação e prevenção do crime. Ainda assim, aprofundando na interpretação, infere-se que as condutas insignificante e formalmente típicas, não ensejam aplicação de sanção penal, pois não alcançam a tipicidade material necessária para serem consideradas com crime.

Esse princípio também está concretizado em alguns dispositivos do Código Penal Militar, como exemplo, é possível citar os seguintes artigos (SILVA, 2011, p.142): “art. 209, § 6º (lesão corporal levíssima); art. 240, § 1º (furto atenuado); no art. 250 (várias formas de apropriação indébita); no art. 254, parágrafo único (receptação) e no art. 260 (dano atenuado).”

A fim de afastar possíveis lacunas normativas, deixadas à discricionariedade dos órgãos judicantes, o Projeto de Lei do Senado n.º 236, de 2012, de autoria do então Senador José Sarney, traz o instituto da insignificância ao Anteprojeto do Novo Código Penal. Por óbvio, o devido processo legislativo discutirá a temática, mas a previsão normativa da matéria apaziguará a animosidade entre doutrina e jurisprudência.

Por fim, sua previsão no Anteprojeto do Código Penal está no art. 28, §1º, repetindo, em sua disposição, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, com exceção de um requisito ali definido: nenhuma periculosidade social da ação.

3 REINCIDÊNCIA E PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: UM DIÁLOGO POSSÍVEL E NECESSÁRIO

Para se falar em reincidência, é necessário lembrar que a punição surgiu em reação às condutas incompatíveis e prejudiciais aos valores essenciais à manutenção da ordem social. Ao longo do tempo, diversas teorias foram criadas para explicar a finalidade da sanção penal, mas grande parte dos autores dois fins, quais sejam, a retribuição e a prevenção (MASSON, 2017). Em simples palavras, a sanção penal nada mais é que instrumento retributivo ao mal causado pelo agente (quase um castigo), em sua ação ou omissão, bem como a prevenção de novas condutas criminosas.

A reincidência, nesse aspecto, é ato de repetição ou recaída que, no âmbito do Direito Penal, assevera o tratamento àquele que não absorve o propósito de uma condenação anterior. Para Damásio de Jesus (2002, p.564) a reincidência deriva de

recidere, que significa recair, repetir o ato. Reincidência é, em termos comuns, repetir a prática do crime.

Segundo Débora de Souza de Almeida (2012, p.62), “o instituto está previsto em nosso ordenamento desde o Código do Império de 1830”, e, atualmente a reincidência encontra-se definida no art. 63 do Código Penal, cuja redação a define como a prática de um novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Sendo assim, infere-se, que para a configuração da reincidência, deve haver uma sentença condenatória, decorrente de uma infração penal, transitada em julgado, ou seja, que não caiba mais recurso. Dessa forma, o agente só será considerado reincidente caso pratique um nova infração penal após o trânsito em julgado da sentença que o tenha condenado por crime anterior.

Contudo, de acordo o art. 64, II, do Código Penal, nem toda condenação por uma infração penal é capaz de gerar a reincidência. No caso dos crimes políticos (Lei n.º 7.170, de 1983) e dos crimes militares, por exemplo, a reincidência não ocorre se o agente praticar crime comum após o trânsito em julgada da sentença que o tenha condenado por uma dessas modalidades de crime.

Por derradeiro, convém mencionar que a reincidência é uma circunstância agravante genérica, de cunho subjetivo e pessoal que, de acordo com o art. 61, inciso I, do Código Penal, tem aplicabilidade na segunda fase de dosimetria da pena privativa de liberdade. Além do mais, sua aplicação fica condicionada à validade da condenação anterior estabelecida pelo art. 64 do Código Penal.

Esse dispositivo estabeleceu limite de cinco anos para a validade da reincidência. É o que, segundo Cleber Masson (2017, p.759), “convencionou chamar de período depurador, ou caducidade da condenação anterior para fins de reincidência”. Com a adoção desse prazo o Código Penal passou a adotar o sistema da temporariedade.

Nessa direção, considera-se reincidente aquele que comete crime ou contravenção penal no decurso do prazo de cinco anos contados do trânsito em julgado da sentença penal condenatória por crime anterior, seja esta sentença brasileira ou estrangeira, em conformidade com o art. 63 do Código Penal.

3.1 Critérios de Aplicação

A aplicação da reincidência como circunstância agravante da pena está relacionada ao reconhecimento de seus pressupostos legais, ou seja, a existência de um crime praticado no Brasil ou no estrangeiro; uma sentença criminal com trânsito em julgado decorrente desse mesmo crime e, por fim, o cometimento de um novo crime.

Além do mais, é indispensável observar as determinações de algumas normas específicas, que demonstrarão quando o agente é ou não reincidente. Por exemplo, o art. 7º da Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei n.º 3688, de 1941) estabelece que a reincidência será verificada quando o agente praticar uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção.

Segundo essa norma, desconsidera-se reincidente aquele que deixa de ser um contraventor e pratica um crime comum, ou seja, um indivíduo condenado no Brasil por uma contravenção penal cuja sentença condenatória tenha transitado em julgado, caso venha a cometer, no Brasil ou no exterior, um novo crime comum, não será considerado reincidente.

Nesse sentido, Débora de Souza de Almeida (2012, p.75) ensina que:

(...) do artigo 7º da lei das Contravenções Penais, verifica-se que não pode ser definido como reincidente aquele que pratica nova contravenção no Brasil após condenação transitada em julgado por contravenção no exterior, assim como não deve ser considerado reincidente aquele que no país comete novo crime depois de passado em julgado a sentença condenatória por contravenção, consoante o silêncio do art. 63 do Código Penal.

Outro exemplo de norma que afasta os efeitos da reincidência é a prevista no art. 64, inciso II, do Código Penal. Esse dispositivo não considera para efeito de reincidência os crimes militares próprios e os crimes políticos.

Nessa situação, à luz do Código Penal, o agente não será considerado reincidente se, após a condenação por crime militar próprio, vier a cometer novo crime comum, ou seja, crime no qual a lei não exige uma condição especial do agente para ser sujeito ativo da ação delituosa. Todavia, por ausência de norma equivalente no Código Penal Militar, será considerado reincidente aquele que praticar crime militar próprio após ter sido condenado definitivamente por um crime comum.

Nota-se, então, que a reincidência só será reconhecida em casos de preenchimento dos pressupostos do referido instituto e desde que não se enquadre em situações previstas em lei para afastamento da reincidência, exemplo dos casos acima expostos. Ademais, ao ser caracterizada a reincidência, atuará única e exclusivamente como circunstância agravante da pena, como previsto no art. 61, I, do Código Penal, pois, como conforme elucida Fragoso (1993, p. 329):

Enquanto as demais circunstâncias agravantes dizem respeito à condição ou estado de ânimo do agente na prática do crime pelo qual está sendo processado, a reincidência se refere a um crime anterior cuja condenação já tenha transitado em julgado. Por isso, não poderia integrar o referido rol porque não está relacionada ao delito em discussão, mas sim à pessoa do agente.

Segundo o entendimento de Heleno Fragoso, a reincidência não pode ser considerada como circunstância para determinar se um fato é ou não criminoso, uma vez que não tem qualquer relação com o delito praticado pelo agente.

A reincidência é uma circunstância agravante que tem sua origem condicionada a prática de um novo crime após o trânsito em julgado de uma sentença condenatória por crime anterior. Por esse motivo, não faz sentido sua aplicação como critério para definição se determinado fato é ou não criminoso.

Considerando a definição dos conceitos de Direito Penal do Fato e o Direito Penal do Autor, podemos afirmar que o instituto da reincidência é uma exceção ao Direito Penal do Fato. Sua atuação limita-se à segunda fase da dosimetria da pena, atuando como circunstância agravante genérica de cunho eminentemente subjetivo. O reconhecimento desse instituto acarreta o recrudescimento da pena para o réu que, em virtude do cometimento de novo crime, demonstra não ter absorvido a finalidade da penal imposta pelo estado.

Nesse sentido, o instituto da reincidência não deve exercer qualquer tipo de influência na aplicação do princípio da insignificância, uma vez que inexistente previsão legal que permita a utilização desse instituto na valoração da conduta a ser definida como crime. Com efeito, o reconhecimento da natureza jurídica de excludente de tipicidade do princípio da insignificância exclui por si só a utilização de qualquer fator de ordem subjetiva para apreciação desse princípio.

3.2 Posicionamentos jurisprudenciais desfavoráveis

Os que se posicionam pela inaplicabilidade do princípio da insignificância aos casos de reincidência sustentam esse posicionamento sob o argumento de que essa aplicação traria impunidade. A ausência de punição levaria muitos indivíduos com inclinação para os crimes a reconhecer na prática delituosa uma profissão, fato este que acarretaria em grande desordem social.

Nesse sentido, é possível encontrar no Supremo Tribunal Federal diversos posicionamentos que denegam a aplicação do Princípio da Insignificância ao réu reincidente. Como exemplo, citamos os trechos mais relevantes da jurisprudência expostos pelo Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 123.108/MG.

Vejamos:

No HC 115.850 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, o paciente foi condenado a um ano de reclusão, em regime inicial semiaberto, e dez dias-multa, pelo furto de quatro galinhas caipiras, avaliadas conjuntamente em R\$ 40,00 (quarenta reais). Considerando a reincidência do paciente, a partir de seus antecedentes e de sua “alunha sugestiva” (“Fernando Gatuno”), o relator afirmou que **“o reconhecimento da atipicidade da conduta do paciente, pela adoção do princípio da insignificância, poderia, por via transversa, imprimir nas consciências a ideia de estar sendo avalizada a prática de delitos e de desvios de conduta”**. Acrescentou que a adoção do princípio da insignificância no caso constituiria “verdadeiro incentivo à prática de pequenos delitos patrimoniais”, e, ainda, que “a prudência recomenda que se leve em conta a obstinação do agente na prática delituosa, a fim de evitar que a impunidade o estimule a continuar trilhando a senda criminosa”. (Grifo nosso)

No HC 101.998, Rel. Min. Dias Toffoli, o relator manteve a condenação a um ano de reclusão, em regime inicial semiaberto, sem substituição por pena restritiva, pelo furto de nove barras de chocolate, avaliadas em R\$ 45,00 (quarenta e cinco reais), ao considerar que o réu, **por ser reincidente, teria “personalidade voltada à prática delituosa”**. (Grifo nosso)

No RHC 117.751, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, o paciente era processado por ter subtraído de um supermercado um desodorante, avaliado em R\$ 15,12 (quinze reais e doze centavos). A insignificância foi afastada, vencido o Min. Celso de Mello, porque **“o paciente dá mostras de fazer das práticas criminosas o seu *modus vivendi*, uma vez que, além de reincidente, é acusado de envolvimento em outros crimes”, e que “a aplicação do referido instituto, na espécie, poderia significar um verdadeiro estímulo à prática desses pequenos furtos, já bastante comuns nos dias atuais, o que contribuiria para aumentar, ainda mais, o clima de insegurança hoje vivido pela coletividade”**. (Grifo nosso)

De forma semelhante, no HC 118.089, Rel. Min. Cármen Lúcia, o paciente foi condenado a dois anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, sem substituição por pena restritiva de direitos, e vinte dias multa, por ter subtraído do caixa de uma padaria uma cédula de R\$ 50,00 (cinquenta reais) e um maço de cigarros. Afirmou a relatora: **“O criminoso contumaz, mesmo que pratique crimes de pequena monta, não pode ser tratado pelo sistema penal como se tivesse praticado condutas irrelevantes, pois crimes considerados ínfimos, quando analisados isoladamente, mas relevantes quando em conjunto, seriam transformados pelo**

infrator em verdadeiro meio de vida". E ainda: "Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido à sua reprovabilidade, perdem a característica da bagatela e devem se submeter ao direito penal." (Grifo nosso)

Da análise das decisões citadas pelo Ministro Luís Roberto Barroso, nota-se que as circunstâncias de cunho pessoal, como a personalidade do agente, são preponderantes para afastar a aplicação do Princípio da Insignificância. Em todos os casos, a natureza jurídica do princípio que exclui a tipicidade da conduta materialmente irrelevante não é considerada com único fator para guiar sua aplicação.

Para os defensores dessa corrente, o simples fato do indivíduo possuir uma condenação por crime anterior seria suficiente para torná-lo altamente perigoso e reprovável, a ponto de justificar seu encarceramento, assumindo linhagem de política público-criminal.

A aplicação integral desse entendimento representaria o reconhecimento do Direito Penal do Autor, pois, na análise do crime, o agente ativo do fato criminoso teria mais importância para justificar a imposição de uma sanção penal do que o fato praticado por ele. Além do mais, o encarceramento em massa que a adoção dessa posição poderia ocasionar, de uma forma ou de outra, agravaria ainda mais a situação do já dramático quadro de crise do sistema carcerário brasileiro.

3.3 Posicionamentos jurisprudenciais favoráveis

O reconhecimento do Princípio da Insignificância como excludente de tipicidade constitui o principal argumento para justificar a aplicação desse princípio em casos de reincidência. A respeito desse posicionamento, Cleber Masson (2017, p.30) cita que os defensores desta corrente entendem o seguinte:

Admite-se o princípio da insignificância em favor do reincidente. Este postulado exclui a tipicidade do fato, e a reincidência (agravante genérica) é utilizada somente na dosimetria da pena. Em outras palavras não há relevância penal tanto para o primário como para o reincidente.

A atuação do Princípio da Insignificância como excludente de tipicidade não permite a aplicação de fatores de ordem subjetiva, ligados ao autor do fato, sejam analisados para a definição do crime. Isso porque, a subsunção ao tipo penal se faz

pela análise do fato criminoso, ou seja, um fato só pode ser considerado típico pela análise da conduta do agente e não pela valoração de aspectos de ordem subjetiva.

Nesse sentido, é oportuno apresentar a lição de Vinícius de Toledo Piza Peluso (2001), que, em importante consideração, explica:

O princípio da insignificância tem a natureza meramente objetiva, sendo erro procedimental grave a análise de elementos subjetivos, pertencentes à culpabilidade do agente - especificamente a primariedade -, no momento da valoração do referido princípio. Portanto, determinado que o fato é penalmente irrelevante (atípico), pouco importa, para o deslinde da questão, a personalidade do réu, inclusive porque, no momento da tipicidade, o Direito Penal é um direito do fato e não do autor, sendo, assim, indevida qualquer análise da personalidade do acusado.

Portanto, qualquer valoração subjetiva que sirva de base para a aplicação do Princípio da Insignificância é indevida. Aceitar que a reincidência seja fator determinante para desconsideração desse princípio é o mesmo que negar a tese já confirmada da atipicidade material desse instituto.

A reincidência não tem o poder de transmutar um fato considerado atípico, por sua incapacidade de causar lesão ao bem jurídico, em fato típico. A tipicidade não está condicionada a avaliação da reincidência ou qualquer outro fator de ordem subjetiva.

Nessa mesma linha de argumentação, o Ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento do HC 123.108/MG, cita em sua fundamentação que:

[...] embora o Tribunal tenha reconhecido, em tese, a constitucionalidade da reincidência como agravante genérica da pena (RE 453.000, Rel. Min. Marco Aurélio), isto não significa que se possa considerar a reiteração delitiva como circunstância elementar de tipos penais. Isto é: **a tipicidade de uma conduta não pode depender de saber se o agente é vadio, mendigo, processado, condenado ou reincidente.** (Grifo nosso)

Com efeito, não é função do Direito Penal punir meras condutas indesejáveis, tais como modo de vida, personalidade e história pregressa do agente, mas sim condutas significativas, consideradas graves e lesivas a bens jurídicos. Sendo assim, ações penais em curso e a reincidência não podem se revelar como circunstâncias impeditivas para a aplicação do Princípio da Insignificância.

Esse entendimento aos poucos está sendo consolidado no Supremo Tribunal Federal, conforme cristaliza o acórdão abaixo, referente ao *Habeas Corpus* n.º 112.400/RS:

Habeas corpus. 2. Ato infracional análogo ao crime de furto tentado. Bem de pequeno valor (R\$ 80,00). Mínimo grau de lesividade da conduta. 3. Aplicação do princípio da insignificância. Possibilidade. Precedentes. 4. **Reincidência. Irrelevância de considerações de ordem subjetiva.** 5. Ordem concedida. Decisão A Turma, por maioria, deferiu a ordem para cassar a decisão emanada do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, para trancar a ação penal movida contra o paciente, ante a aplicação do princípio da insignificância, nos termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 22.05.2012. (Grifo nosso)

No julgamento deste *Habeas Corpus*, o Ministro relator Gilmar Mendes mostra-se completamente favorável a aplicação do princípio da insignificância no caso de reincidência. Vejamos o entendimento do eminente Ministro:

Destaco meu posicionamento, juntamente com Sua Excelência, o Ministro Celso de Mello, no sentido da possibilidade de aplicação do princípio da bagatela em casos a envolver reincidentes e que esta Corte tem repelido a aplicação do referido princípio em situações análogas. (HC 112.400/RS, p.04)

Diante de todo o alegado, acolhe-se a aplicação do Princípio da Insignificância mesmo em caso de reincidência, sobretudo para afastar qualquer natureza subjetiva que conduza as decisões sobre a tipicidade material. Sendo assim, mostra-se inconcebível que sua aplicação dependa de circunstâncias que se relacionem com fatores de ordem pessoal do agente ou posteriores a fase de análise do delito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve como tema norteador a aplicação do Princípio da Insignificância diante de casos de reincidência criminal. O tema é de destacada relevância, sobretudo em virtude do grande volume de casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação desse princípio, bem como pela divergência ainda observada entre doutrina e jurisprudência sobre a matéria.

O objetivo geral da pesquisa foi verificar se a reincidência criminal é ou elemento para afastar a aplicação do Princípio da Insignificância. Por meio da análise doutrinária, principiológica e jurisprudencial dos argumentos expostos nos

capítulos precedentes, foi possível inferir que a reincidência criminal não pode servir de base para análise da aplicação do Princípio da Insignificância. Isso em razão de sua natureza jurídica, reconhecida como excludente de tipicidade, e, por esse motivo, não deve sofrer quaisquer influências de fatores de ordem subjetiva.

Verificou-se que a legislação penal brasileira adotou o Direito Penal do Fato na análise do crime, sendo o instituto da reincidência uma exceção ao destacado aporte teorizado, pois sua aplicação na fase de dosimetria da pena depende da análise de fatores de ordem subjetiva, o que se constitui em verdadeiro emprego do Direito Penal de Autor (cuja aplicação é incompatível em um Estado Democrático de Direito).

Com não há previsão legal para a aplicação do Princípio da Insignificância na legislação brasileira, em que pese o anteprojeto do Novo Código Penal trazê-lo em seu teor, a doutrina e a jurisprudência se encarregam de estabelecer os parâmetros da incidência desse princípio. Recusa-se, nesse ponto, qualquer impedimento à aplicação de fatores subjetivos na decisão sobre o Princípio da Insignificância, sob pena de frustrar o arquétipo estruturante das Ciências Penais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Débora de Souza de. **Reincidência Criminal: reflexões dogmáticas e criminológicas**. Curitiba: Juruá, 2012.

BECCARIA, Cesar Bonesana. **Dos Delitos e das Penas**. 1764. Ed. Ribendo Castigat Mores. Ebook.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 17.^a ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 98.152/MG, sob relatoria do Ministro Celso de Mello. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 112.400/RS, sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 123.108/MG, sob relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 123.734/MG, sob relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 2015.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1992.

CUNHA, Rogerio Sanches. **Manual de Direito Penal: arte geral** (arts. 1º ao 120). 4.ª ed. ver. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: a nova parte geral**. 14ª. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1993.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2006.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal: parte geral**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

LUZ, Yuri Corrêa da. **Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática**. Direito GV, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 203-234, 2012.

MASSON, Cleber. **Direito Penal – Parte Geral, V.1**. 11ª ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal**. Barcelona, Bosch, 1975

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. A objetividade do princípio da insignificância. **Boletim 109**, dez/2001.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Parte geral, arts. 1.º a 120. 12 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde. 2.ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002,.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

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