

ASSOCIAÇÃO VITORIENSE DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA – AVEC
CENTRO UNIVERSITÁRIO FACOL – UNIFACOL COORDENAÇÃO DO
CURSO DE DIREITO - BACHARELADO

JÉSSICA MILENA GOMES DE ALCÂNTARA

**APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA À CONDUTA
DELITIVA EM FAVOR DO RÉU REINCIDENTE**

VITÓRIA DE SANTO ANTÃO-PE

2021

JÉSSICA MILENA GOMES DE ALCÂNTARA

**APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA À CONDUCTA
DELITIVA EM FAVOR DO RÉU REINCIDENTE**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito do
Centro Universitário FACOL –
UNIFACOL, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.
Área de concentração: Processo Penal.
Orientador: Jorge Luiz Ferreira

VITÓRIA DE SANTO ANTÃO-PE

2021

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais Mônica e João, que me deram apoio e incentivo em todos os momentos, e compreenderam minha ausência pelo tempo dedicado aos estudos. Agradeço a Deus, por ter me concedido saúde, força e disposição para chegar até aqui, sem Ele nada disso seria possível. Também sou grata ao Senhor por ter tranquilizado o meu espírito nos momentos mais difíceis da minha trajetória acadêmica. Gratidão também a todos os professores que contribuíram de alguma forma na minha trajetória acadêmica, especialmente ao Jorge, grande professor e orientador.

*“A injustiça num lugar qualquer é uma
ameaça à justiça em todo o lugar.”
(Martin Luther King)*

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo apresentar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal acerca do Princípio da Insignificância e sua aplicação no caso de agente reincidente, de forma a definir os pilares que sustentam ora o acolhimento, ora o afastamento de sua aplicação. No decorrer da monografia foram apresentados os vetores interpretativos objetivos apreciados pelos tribunais, bem como os julgados acerca do tema que se dividem em dois aspectos centrais para a aceitação do princípio, que são eles: a aplicação do Princípio da Insignificância observados os vetores interpretativos objetivos apenas e o afastamento do mesmo pela utilização de circunstâncias subjetivas do agente. Para o desenvolvimento do trabalho, foi realizada uma pesquisa bibliográfica para dar um apoio doutrinário ao conceito de Princípio da Insignificância, a partir de sua origem com o jurista Claus Roxin. Foi analisado também o Direito Penal e suas características básicas, já que se trata de matéria doutrinária, porém não há legislação. Para acompanhar o pensamento sobre o tema, foi necessário o levantamento de julgados e interpretação doutrinária, no qual serviram como base para uma discussão dogmática. Por entender que o Direito Penal, em sua perspectiva criminal, não tem o intuito de punir de maneira excessiva ou sem medida, concluiu-se com base no estudo e análise utilizada no escopo do trabalho, que a reincidência do agente não deve ter o objetivo de desconsiderar a atipicidade de uma conduta insignificante.

Palavras chave: Princípio da Insignificância. Reincidência. Tipicidade.

ABSTRACT

This monograph aims to present the understanding of the Superior Court of Justice and Supreme Federal Court on the Principle of Insignificance and its application in the case of a repeat agent, in order to define the pillars that sustain the reception, now the removal from its application. In the course of the monograph, the objective interpretative vectors assessed by the courts were presented, as well as the judgments on the theme that are divided into two central aspects for the acceptance of the principle, which are them: the application of the Principle of Insignificance observed the objective interpretative vectors only and the removal of the same by the use of subjective circumstances of the agent. For the development of the work, a bibliographical research was carried out to give a doctrinal support to the concept of Principle of Insignificance, from its origin with the jurist Claus Roxin. Criminal law and its basic characteristics were also analyzed, since it is a doctrinal matter, but there is no legislation. To follow the thought on the subject, it was necessary to survey judgments and doctrinal interpretation, in which they served as the basis for a dogmatic discussion. Understanding that criminal law, in its criminal perspective, does not intend to punish excessively or without measure, it was concluded based on the study and analysis used in the scope of the work, that the recidivism of the agent should not have the objective of disregarding the atypicalness of an insignificant conduct.

Keywords: Principle of insignificance. Recidivism. Typicality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 ESTRUTURA FORMAL DO CRIME E O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	10
2.1 Estrutura formal tripartida do crime	10
2.2 Princípio da insignificância: Aspectos históricos e conceituais	11
2.3 Aplicação do princípio da insignificância pela doutrina e jurisprudência e os vetores interpretativos objetivos utilizados na fundamentação da aplicação do Princípio da Insignificância pelo STF....	16
3 REINCIDÊNCIA NA PERSPECTIVA CONCEITUAL.....	23
3.1 Conceito e natureza jurídica.....	23
3.2 Espécies da reincidência.....	25
3.3 Cessação dos efeitos da reincidência.....	28
3.3.1 Reincidência e o princípio do <i>non bis in idem</i>	30
4 REINCIDÊNCIA COMO FATOR DETERMINANTE NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	32
4.1 Análise de casos e fundamentos utilizando a reincidência no afastamento da aplicação do princípio da insignificância.	33
4.2 Posição da doutrina e jurisprudência em relação à aplicação do princípio da insignificância quando presente a reincidência.....	37
4.3. Os elementos dogmáticos do crime e os fundamentos da aplicação da insignificância quando presente a reincidência.....	39
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERÊNCIAS.....	46

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho é desenvolvido com o fim de analisar a aplicabilidade do Princípio da Insignificância na conduta delitiva em favor do réu quando presente a reincidência. Possibilitando, diante disto, uma discussão frente aos entendimentos divergentes tratados pela doutrina e jurisprudência dentro do ordenamento jurídico brasileiro, refletindo a ideia de justiça e liberdade, como consequência da aplicação deste princípio.

O Princípio da Insignificância permite a limitação da tipicidade ao direito penal, reconhecendo o fato atípico, afastando a tipicidade material devido ao grau mínimo de lesão ou perigo de lesão ocasionado pela conduta do agente ao bem jurídico penal protegido. No entanto, como é escassa a regulamentação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, há inúmeras divergências jurisprudenciais acerca de sua aplicação. Há decisões do Supremo Tribunal Federal e do Supremo Tribunal de Justiça, por exemplo, reconhecendo a não aplicação do Princípio da Insignificância quando presente a reincidência, sob o pretexto de que incentiva a personalidade voltada à prática delituosa, enquanto outros julgados daqueles mesmos tribunais apontam no sentido contrário.

É importante, no entanto, se atentar que para a incidência do Princípio da Insignificância é necessário que se observe os requisitos objetivos da ação, ou seja, a conduta em si, e não a vida regressa do agente. Alguns tribunais brasileiros analisam os elementos subjetivos, primando o direito penal do autor e não o direito penal do fato, gerando entendimentos divergentes e consequentemente injustos socialmente, e foi exatamente esse ponto que motivou à realização desta pesquisa.

Partindo do pressuposto que o Princípio da Insignificância tem o objetivo de excluir a tipicidade da conduta e não a culpabilidade do agente, importa perquirir: é possível, ou não, o afastamento da aplicação do princípio da insignificância em razão da reincidência do agente?

O presente trabalho justifica-se pela relevância jurídica e social do tema, uma vez que o Princípio da Insignificância no ordenamento jurídico pátrio traz as mais variadas divergências jurisprudenciais. Por tratar de um tema bastante

pertinente, foi acordado pelos Ministros a criação de requisitos que unificassem a ideologia da aplicação do princípio pelos tribunais pátrios, de maneira que não fosse necessário o processo subir às instâncias superiores. No entanto, ainda resta desarmonia nas apreciações dos tribunais, no que tange o réu reincidente, no qual se utilizam de argumentos subjetivos para afastar a atipicidade material existente na conduta delitiva, priorizando o direito penal do autor ao direito penal do fato.

A metodologia utilizada foi a revisão de literatura e análise de jurisprudência e decisões judiciais. O tipo da pesquisa é, portanto, descritivo, e partindo do pressuposto de que a realidade é construída a partir de ideias socialmente construídas, os resultados foram tratados de maneira qualitativa.

Inicialmente, foi abordado a estrutura formal tripartida do crime e sua distinção das demais infrações, analisando sua relação de causalidade e os conceitos utilizados pela doutrina. Também foi pontuado a historicidade do Princípio da Insignificância e os conceitos definidos pela doutrina, bem como sua aplicação pela jurisprudência e os vetores interpretativos criados e utilizados pelo STF no caso concreto.

No segundo momento, se buscou conceituar a reincidência para o Direito Penal, sua natureza jurídica e os elementos necessários para sua composição. Foi mencionado também as espécies da reincidência, a cessação de seus efeitos e a relação que há entre reincidência e o princípio do *non bis in idem*.

No capítulo seguinte foi feita a análise da reincidência como fator determinante na aplicação do Princípio da Insignificância. Também foram analisados casos e fundamentos utilizando a reincidência no afastamento da aplicação do Princípio da Insignificância, bem como a posição doutrinária e jurisprudencial mesmo quando presente a reincidência. Posteriormente, foi tratado sobre os elementos dogmáticos do crime os fundamentos da aplicação da insignificância.

Por fim, a conclusão fecha o trabalho apresentando o que foi constatado com a análise dos julgamentos acerca da aplicação do Princípio da Insignificância na conduta de réu reincidente.

2 ESTRUTURA FORMAL DO CRIME E O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O conceito tripartite do delito, que se encontra na teoria do crime, é fundado com base em três características, que são a tipicidade, a antijuricidade ou ilicitude e culpabilidade. De maneira que para analisar se uma ação é ou não criminosa, é preciso que esteja presente todos esses elementos, de modo que caso esteja ausente qualquer um desses elementos ou a ação seja praticada dentro de alguma excludente, não haverá crime.

Além da teoria tripartite utilizada pela doutrina majoritária, existe a tripartite constitucional, a bipartite que é adotada por alguns e a tetrapartite que não é muito utilizada. Porém a tripartite é a mais utilizada tanto no Brasil como fora dele, pois se entende ser a mais adequada e eficiente.

2.1 Estrutura formal tripartida do crime

De acordo com o Código Penal, em seu art. 13, o crime é inicialmente tratado como Relação de Causalidade, o diploma legal procura não o conceituar (BRASIL, 1940). Dessa forma, fica a cargo da doutrina pontuar elementos gerais que em conjunto integre um conceito formal de crime. Fixar esse conceito é ato de suma importância para que seja diferenciado o crime das demais infrações, como as tributárias e administrativas.

O primeiro elemento geral do crime é derivado do princípio *nullum crimen nulla poena sine lege*, isto é, do Princípio da Legalidade. Se é necessário que uma conduta criminosa esteja prevista em lei, é também necessário que a ação humana esteja perfeitamente adequada ao modelo de comportamento descrito na lei, sob a ameaça de uma pena. Essa adequação é chamada de tipicidade (BRANDÃO, 2015, p.16).

Portanto, tipicidade define-se como uma relação jurídica entre a ação humana e a norma, ou seja, só é considerado crime se a conduta praticada for típica, isto é, existir lei prévia que a defina. Quando uma conduta humana é tipificada pelo Direito, é porque este não quer que a mesma se realize. No entanto, nem toda conduta típica, é crime. Apenas a tipicidade não é suficiente para definir uma conduta como criminosa.

Para BRANDÃO (2015), toda ação típica é, em regra, contrária ao Direito, ou seja, antijurídica, exceto as ações justificadas pelas causas de exclusão da antijuridicidade, que estão previstas no art. 23 do Código Penal que são: Estado de Necessidade, Legítima Defesa, Estrito Cumprimento do Dever Legal e Exercício Regular do Direito.

O segundo elemento é exatamente a antijuridicidade, que consiste em um juízo de valor negativo ou desvalor que torna a conduta típica contrária ao direito. A tipicidade e a antijuridicidade são juízos que têm relação com a ação humana, acontece que mesmo que uma conduta seja típica e antijurídica, ainda assim podemos estar diante de uma ação que não constitui crime. Podemos imaginar a morte de um ser humano, causada por um menor de quinze anos, sua conduta está prevista em lei, ou seja, é típica, bem como não está dentro de nenhuma das excludentes de antijuridicidade, também é antijurídica. Porém, como previsto no art. 27 do Código Penal, esta conduta não será crime, visto que os menores de 18 estão fora do Direito Penal.

BRANDÃO (2015) entende que para que o crime se perfeça, é necessário que além dos juízos sobre a ação (tipicidade e antijuridicidade), se faça um juízo sobre o autor da ação. Esse juízo sobre o autor é chamado de culpabilidade, que trata de um juízo de reprovabilidade pessoal, feito a quem praticou a ação típica e antijurídica, já que este mesmo tendo a opção de se comportar conforme o direito, decidiu o contrário.

2.2 Princípio da insignificância: Aspectos históricos e conceituais

Sua origem é referenciada pelo jurista FILHO (1988), onde este aponta que desde o Direito Romano, já estava vigorando o instituto da bagatela, dentro do preceito do brocardo “*mínima non curat praetor*”, no qual o pretor não se ocupava de causas insignificantes. Outros autores, porém, divergem desse entendimento, já que o Direito Romano se desenvolveu de forma mais intensa no Direito Privado e não no Direito Público, onde não existia uma noção clara do Princípio da Insignificância indissociável do princípio da legalidade, fazendo com que a máxima pretoriana sirva de referência, mas não como uma via de reconhecimento.

Logo após, durante o Iluminismo, foi possível observar que alguns autores pensando na limitação do poder do Estado, na sua humanização e consequentemente nas questões sociais, buscaram introduzir no sistema princípio como o da proporcionalidade. A partir de então, Claus Roxin propôs os pensamentos em relação ao Princípio da Insignificância como excludente de tipicidade e sua aplicação no ordenamento jurídico.

O Princípio da Insignificância, se origina na obra do penalista alemão, Claus Roxin, em 1964, foi idealizado como um instituto que tornaria injusto a aplicação de pena oriunda de conduta que resulta em lesão ínfima ao bem jurídico que está sendo protegido pela norma. No entanto, precede no direito romano, na máxima processual *minimis non curat praetor* que significa dizer que o magistrado é responsável pela aplicação da norma ao caso concreto, e este não cuidará de questões insignificantes.

O alemão Krupelman, estuda este princípio chamando-os de delitos de bagatelas, dividindo-os em dois grupos, são eles os “impróprios ou dependentes” e os “próprios e independentes”. Como esclarece LOPES (2000) os primeiros possuem todas as características que se enquadram em delito, porém a lesão que se produz não tem relevância; já os segundos são aqueles dos quais não estão definidos.

São muitos os casos de condutas delituosas que não resultam significativas lesões e que não é necessário a aplicação de pena. Desse modo, afim de focar em condutas relativamente penais, observou-se que era preciso

criar um instituto que pudesse eliminar a tipicidade material, chegou-se então ao Princípio da Insignificância.

Nesse sentido, MASSON (2017) pontuou que o Princípio da Insignificância surgiu no Direito Romano, porém limitado ao direito privado. Invocava-se o brocardo *minimus non curat praetor*, ou seja, os juízes e tribunais não devem se ocupar de assuntos irrelevantes.

É possível observar que os traços atuais encontrados no Princípio da Insignificância são aspectos concretos e objetivos, de fácil identificação, por mais que Roxin não tenha instituído diretamente o princípio, é perceptível a segurança utilizada em seus fundamentos, o que reflete em credibilidade no desenvolvimento de seus ensinamentos.

Para GRECO (2014) o Princípio da Insignificância, introduzido por Claus Roxin, tem por finalidade auxiliar o intérprete quando da análise do tipo penal, para fazer excluir do âmbito de incidência da lei aquelas situações consideradas como de bagatela. Nesse contexto, fica a cargo do interprete da lei, analisar o caso concreto e delimitar até onde se pode abranger de acordo com as peculiaridades de cada conduta.

Nessa mesma linha, TOLEDO (1994) entende que o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico, acrescenta que o direito não deve ocupar-se de bagatelas.

São infrações bagatelares aquelas que resultam lesão ou ameaça de lesão, das quais não são reprovadas socialmente por seu reduzido grau de ofensividade, razão pela qual não se justifica aplicação de punições graves.

LOPES (1997) entende que o conceito de direito de bagatela não está na dogmática jurídica. Nenhum instrumento legislativo ordinário ou constitucional o define ou o ataca formalmente, apenas podendo ser inferido na exata proporção em que se aceitam limites para a interpretação constitucional e das leis em geral.

Em relação à natureza jurídica, a corrente majoritária no direito pátrio é a que defende que as condutas que resultam em dano insignificante são consideradas atípicas, ou seja, a aplicação do princípio acarreta em excludente de tipicidade. Como leciona GRECO (2014) tipicidade quer dizer, a subsunção

perfeita da conduta praticada pelo agente ao modelo abstrato previsto na lei penal, isto é, a um tipo penal incriminador. Portanto, para que seja enquadrada como crime, a conduta tem que se amoldar à ação que a lei penal proíbe, dessa forma é preciso que a lei determine que a ação ou omissão, é crime, ou se tornará um fato atípico.

A nossa Constituição Federal é bastante concisa no que diz respeito à tipicidade, quando traz em seu art. 5º, inciso XXXIV “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. “

Para GRECO (2014) a tipicidade, por sua vez, se divide em duas espécies, a formal e a conglobante. A formal é a adequação perfeita da conduta ao tipo penal previsto, que trata dos requisitos fundamentais que determinam a forma no qual foi ofendido o bem jurídico. TOLEDO (1994) afirma que a tipicidade, antes de tudo, é um juízo formal de subsunção, em decorrência da “função de garantia” do tipo, observando-se então o princípio da anterioridade da lei penal. Para que um fato seja considerado como típico, é necessário que a conduta voluntária, a tipicidade, o nexo causal e o resultado estejam presentes. Dessa forma, sempre que ausente um desses, causa a atipicidade parcial ou total, que acontece quando o fato não corresponde ao que diz a norma em abstrato, excluindo-se a tipicidade formal, e conseqüentemente, inexistindo o fato típico.

A concepção conglobante, criada pelo autor Eugênio Raúl Zaffaroni, é composta da antinormatividade e da tipicidade material, em razão da conduta ser realmente proibida e prevista na norma, o que não trata apenas de uma imagem formal. Se sabe que apenas a subsunção formal não é suficiente para a conduta ser considerada típica. Assim, por meio da tipicidade conglobante, os casos de condutas típicas e lícitas, que se enquadram nas excludentes de ilicitude, devem ser interpretadas como condutas atípicas, pela ausência de tipicidade conglobante, já que um fato que se sabe ser proibido por violar a norma penal, não deve ser incentivado ou permitido por uma outra norma.

Nessa mesma linha, GRECO (2014) afirma que para poder se falar em tipicidade penal, é necessário que haja a função da tipicidade formal com a tipicidade conglobante. A tipicidade conglobante é representada como um

requisito para que seja definido o quão importante é o bem que está sendo tutelado, para que se conclua se o bem deve ser protegido ou não. Portanto, é excluído dos tipos penais os fatos que forem representados como de bagatela, garantindo-se assim a aplicação do Princípio da Insignificância. GOMES e MOLINA (2007) afirmam que a diferença entre as criações doutrinárias está no agregar detalhamentos na tipicidade material.

O Princípio da Insignificância é estudado exatamente dentro da tipicidade conglobante, melhor dizendo, tipicidade material. Para que a conduta se adeque perfeitamente aos moldes no tipo penal, é necessário não só o modelo abstrato, mas também levar em consideração a relevância do bem jurídico tutelado, a intenção do legislador não é punir sem se importar com o valor do patrimônio ou lesão, por exemplo.

Para alguns, são muito subjetivos os critérios utilizados para definir se o bem tutelado é insignificante ou não. Dessa forma, o princípio da razoabilidade, que também será objeto deste estudo, terá de ser observado para que se possa chegar a uma apreciação justa pelos tribunais.

Com efeito, a tipicidade penal é constituída pela união da tipicidade formal com a tipicidade material. Na sua incidência, opera-se tão somente a tipicidade formal (juízo de adequação entre fato praticado na vida real e o modelo de crime descrito na norma penal). Falta a tipicidade material (lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico). Em síntese, exclui-se a tipicidade pela ausência do seu vertente material (MASSON, 2017, p.28).

No mesmo sentido, MIRABETE e FABBRINI (2011) entendem que a excludente de tipicidade (do injusto) pelo Princípio da Insignificância (ou da bagatela), que a doutrina e a jurisprudência vêm admitindo, não está inserta na lei brasileira, mas é aceita por analogia, ou interpretação interativa, desde que não *contra legem*.

Por mais que não exista instrumento normativo que defenda a aplicação do Princípio da Insignificância, isso não impede que se faça uso da referida excludente pelo aplicador do direito. Como abordado anteriormente, os princípios têm caráter normativo, o que não impede o uso deste na ausência de norma.

2.3 Aplicação do princípio da insignificância pela doutrina e jurisprudência e os vetores interpretativos objetivos utilizados na fundamentação da aplicação do Princípio da Insignificância pelo STF.

Embora não exista um instrumento normativo, ordinário ou constitucional, que determine e normatize a aplicação do princípio supracitado, caso não exista previsão expressa para o caso específico no ordenamento jurídico brasileiro, o Princípio da Insignificância será adotado pelos magistrados e pela doutrina. A jurisprudência, apesar de algumas hesitações, vem aceitando amplamente o referido princípio. Segundo GOMES (2009), isso acontece porque no direito os princípios são fontes secundárias, sendo possível utilizá-los inclusive sobre a lei, fonte primária, se não houver outra maneira de colocar em prática a justiça.

Para que fosse suprido a falta de norma autorizadora na aplicação do princípio, a jurisprudência, por meio de decisões, realizou a observação de requisitos prévios para que esse princípio fosse aplicado. Observado os requisitos, o Supremo Tribunal Federal permite a aplicação do princípio da bagatela, justificando-se no argumento de que o direito não se ocupar com condutas irrelevantes, no qual o resultado não prejuízo ao titular do bem e nem coloque em risco a ordem social.

Ressalta-se, no entanto, que ao aplicar o Princípio da Insignificância, não se tem a pretensão de reduzir a importância que tem o direito penal dentro da sociedade, nem de substituir este direito por uma espécie nova de direito sancionador. Pelo contrário, se pretende que o direito penal não perca sua

legitimidade no momento em que se ocupa com condutas relevantes juridicamente, deixando que outros direitos se ocupem em solucionar os conflitos gerados a partir de condutas irrelevantes.

Muito se vê, na jurisprudência brasileira, discussões a respeito da aplicabilidade do princípio supramencionado. A título de exemplo, o Supremo Tribunal Federal, tomou decisão por reconhecer a insignificância frente a ausência de violência ou grave ameaça, levando em consideração o valor ínfimo de bens furtados, por meio do *habeas corpus* nº116754:

“1. A pertinência do Princípio da Insignificância deve ser avaliada considerando os aspectos relevantes da conduta imputada. 2. O valor irrisório dos bens furtados – cinco livros da Biblioteca de Universidade Federal -, a restituição do objeto do crime à vítima, a ausência de violência, de grave ameaça ou de circunstâncias desfavoráveis, autoriza, a aplicação do Princípio da Insignificância com o trancamento da ação penal. 3. Ordem concedida.” (BRASIL, 1940)

Tendo em vista o valor insignificante do bem tutelado, o *habeas corpus* acima aplicou o Princípio da Insignificância, desconsiderando a relevância da conduta praticada pelo agente. Dessa forma, o crime previsto no art. 155 do Código Penal, que é o furto, perdeu sua tipicidade, ou seja, deixou de ser considerado como delito. No entanto, é necessário que seja analisado cada caso em concreto observando suas peculiaridades, não é todo e qualquer caso que poderá ser aplicado o princípio.

Durante muito tempo na doutrina e também na jurisprudência, não existia requisitos fixados para possível aplicação do Princípio da Insignificância. Isso se dava pela inexistência de norma positivada no direito penal ao fato do Princípio da Insignificância. A doutrina e a jurisprudência, criaram então alguns critérios, no entanto estes não são vinculantes, no qual a insignificância é aplicada em cada caso dependendo da circunstância do caso concreto.

Para que seja reconhecido que uma conduta é típica penalmente insignificante é necessário que seja observado a avaliação dos índices de desvalor da ação e desvalor do resultado da conduta que o agente praticou, afim

de que seja determinado o nível de lesividade produzido ao bem juridicamente tutelado. TAVARES (2000) afirma que após determinar as características da conduta proibida, o legislador procede a uma avaliação negativa sobre a conduta e o resultado por ele produzido, o chamado desvalor do ato e do resultado. Dessa forma, tem-se que para que o fato seja considerado insignificante para o Direito Penal, é preciso que haja a insignificância da conduta e do resultado.

Por outro lado, GOMES (2005) entende que a insignificância incide na junção da conduta e resultado, bem como quando houver apenas um deles. Há situações que o desvalor não está presente na conduta, como também há situações em que o desvalor não é encontrado no resultado, bem como o desvalor pode estar ausente na conduta e no resultado. Por isso, independente da hipótese, o Princípio da Insignificância não pode ser afastado.

Para defender seu pensamento, Luiz Flávio Gomes exemplos que confirmam as situações tratadas acima. Como a conduta de furtar uma caixa de fósforo, que mesmo sendo reconhecido o desvalor da conduta, que foi o de subtrair coisa alheia móvel, por seu resultado ter sido juridicamente irrelevante, ou seja, não existir desvalor no resultado, não é possível que não seja reconhecida a aplicabilidade do Princípio da Insignificância. De outro modo, no caso de uma inundação de uma represa, a pessoa que contribui derramando um copo d'água não deve ser reconhecida como co-autor do crime, já que sobre sua ação é inegável o desvalor.

Relembrando, MAÑAS (1994) afirma que o desvalor do evento, ou desvalor do resultado, deve ser considerado de acordo com a intensidade da ofensa ocorrida e a importância dos bens jurídicos penalmente protegidos, enquanto que no caso do desvalor da ação, analisa-se o grau de probabilidade da conduta de lesionar ou pôr em perigo bens jurídicos.

Será analisado, portanto, o posicionamento da doutrina e jurisprudência, já que os requisitos em questão foram instituídos por elas, com o objetivo de observar a forma que os juristas usam para aplicação do princípio supramencionado, e a possibilidade de considerar uma conduta materialmente atípica. É percebido que trata de uma tarefa muito complicada, haja vista ter-se um postulado de política criminal que não possui legislação expressa no Direito

Penal, por isso se encontra bastante dificuldade para chegar a um denominador comum em se tratando dos critérios para aplicação do princípio.

Segundo GOMES (2010) apesar da doutrina criar diversos obstáculos, na jurisprudência já é possível observar que há uma certa linearidade na utilização dos critérios usados para que seja definido as condutas insignificantes ou não, sob a ótica de um Direito Penal fragmentário, subsidiário, proporcional e razoável.

O Supremo Tribunal Federal determinou quatro requisitos que devem ser analisados para que seja analisado o Princípio da Insignificância, são eles: a ausência de periculosidade social da conduta, a mínima ofensividade da conduta do agente, o reduzíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. É revelado, ao Direito Penal, um caráter subsidiário que se amolda ao princípio da intervenção mínima. É dever do Direito Penal, o ato de punir as condutas que violem bens jurídico e socialmente relevantes. Havendo a relevância na lesão do bem jurídico tutelado, a privação da liberdade e a restrição de alguns direitos, serão justificáveis os atos penais.

Quando se analisa a mínima ofensividade da conduta do agente, observa-se o potencial que tal conduta atingiu ao bem tutelado. Se esse potencial for caracterizado como médio ou alto, não há que se falar em aplicação do Princípio da Insignificância. No entanto, se for mínimo o potencial que lesionou o bem, ou seja, mínimo grau de ofensividade da conduta, será possível falar em aplicabilidade ao princípio supracitado.

Já a ausência de periculosidade social da conduta, é necessário que a ação não ofereça risco à sociedade, esse perigo, portanto, deve ser mínimo. Ou o agente que praticou a conduta não será beneficiado com o Princípio da Insignificância e sua aplicação.

O reduzíssimo grau de reprovabilidade do comportamento trata da relação entre a reprovabilidade e à censura no qual a sociedade enxerga determinadas condutas. Caso a conduta não seja reprovável e seja aceitável socialmente, não há que se falar em punição, mas sim em aplicação do Princípio da Insignificância.

Em se tratando da inexpressividade da lesão jurídica provocada, é analisado o resultado jurídico que foi causado em consequência da conduta do agente. Se tal resultado for inexpressivo, ou seja, mínimo, não será necessário a aplicação de norma punitiva pelo Direito Penal, possibilitando, portanto, a aplicação do Princípio da Insignificância.

Os requisitos supramencionados devem ser analisados cumulativamente ou eles podem ser desmembrados, para que seja reconhecido a insignificância apenas pelo desvalor da conduta ou pelo desvalor do resultado. Para GOMES (2010) deve ser distinguido a insignificância da conduta da insignificância do resultado, dessa forma, não é necessário que estejam presentes todos os requisitos para que seja possível a aplicação do Princípio da Insignificância, a depender do caso concreto.

No entanto, a jurisprudência entende que será aplicado o Princípio da Insignificância quando estiverem presentes todos os requisitos cumulativamente, sendo todos indispensáveis. O Habeas Corpus de nº 120069/RS confirma o entendimento do Superior Tribunal Federal:

“1. O Princípio da Insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada [...]”

Parte da doutrina considera os elementos poucos elucidados pelo Supremo Tribunal Federal, em relação à necessidade de simultaneidade entre eles. SILVA, MELO E FERREIRA (2014), abordam tal assunto de maneira sucinta. Demonstram a ausência de clareza no que delimita os elementos. No que diz respeito à “mínima ofensividade da conduta do agente”, os autores afirmam que esta afirmação é totalmente vaga, já que não se deixou claro o que é entendido como “mínima ofensividade”.

Em relação a “nenhuma periculosidade social da ação” também foi alvo de críticas, apontam que é carente de melhores indicativos, comparando-o, por

sua vez, com o código soviético, no qual não possuía conteúdo algum. Sobre o requisito “o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento”, foi considerado como algo muito deslocado de um critério válido, já que se volta mais para o juízo de valoração e a culpabilidade, do que ao objeto de valoração em si, tornando o critério injusto. Por último, afirmam que a “inexpressividade da lesão jurídica provocada” é somente uma forma repetida para se falar da “mínima ofensividade da conduta”.

A posição que se encontra o Supremo Tribunal Federal em relação aos critérios indicados por estes, é respaldado pela doutrina cada vez mais, onde ressalta que para a aplicação dos critérios são necessárias inúmeras interpretações para casos semelhantes, mitigando os princípios da segurança jurídica e isonomia. Portanto, é necessário que a doutrina e jurisprudência desenvolva critérios que sejam uniformes e unânimes em sua aplicação. Apesar das críticas, a jurisprudência mostra um papel importante e significativamente ativo na delimitação dos critérios, já que estes devem ser analisados ao caso em concreto.

Por objetivar uma aplicação unânime, é observado que em casos específicos, o Estado procurou delimitar os critérios de forma mais objetiva e precisa, como no exemplo da sonegação fiscal. Como parâmetro, foi utilizado o valor arbitrado pela própria União, por meio da portaria nº75/2012 do Ministério da Fazenda, alterando o valor das ações que seriam arquivadas para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), o que não seria justificável movimentar a gestão pública com um valor inferior a este. Dessa forma, sendo entendido o Direito Penal como *última ratio*, inoportuno seria se dirigir ao Estado-juiz, no âmbito penal. A jurisprudência uniformizou no sentido de considerar as condutas insignificantes, na decorrência de deslegitimidade da punição penal.

Ainda sobre os critérios objetivos pelo Supremo Tribunal Federal, é importante mostrar a posição de ministros da Suprema Corte que definem nos casos de infrações patrimoniais, como exemplo o crime de furto. A Corte tem considerado como jurisprudência o “pequeno valor”, que na data dos fatos, não ultrapassem um salário mínimo.

Após apresentar os requisitos, observa-se que apenas elementos de caráter objetivos são analisados. Os elementos subjetivos, ou seja, aspectos pessoais do agente, tais como antecedentes, personalidade e motivação que o fez praticar a conduta, não são levados em consideração para aplicação do Princípio da Insignificância em sua teoria.

“A insignificância correlaciona-se indubitavelmente com o âmbito do injusto penal (ou mais precisamente com o da tipicidade). Afeta, portanto, ou o desvalor da ação ou o desvalor do resultado. [...] Logo, não há espaço, nesse âmbito, para a inserção de critérios subjetivos típicos da reprovação da conduta (da culpabilidade) ou mesmo da necessidade da pena.”

Merece ser destacado a divergência jurisprudencial e doutrinária no que tange a consequência que se deu à vítima e à lesão ao bem jurídico tutelado. A valorização da situação da vítima, considerada essencial no posicionamento supramencionado, não somente o valor econômico, como também o prejuízo e dano causado a ela, quando analisado o contexto social.

NUCCI (2010), tratando dos critérios mínimos utilizados na aplicação do princípio, ressalva a existência da valoração casuística, no qual aponta que, principalmente nos casos de delitos patrimoniais, a análise engessada do valor do bem tutelado gera desigualdade na relação de ofensa e o patrimônio da vítima, e este quando menor, maior o dano. Afirma também, que não devemos relativizar o valor do bem, já que valor diminuto serão ínfimos, independentemente da situação em que se encontra a vítima, assim como os de valor sentimental que devem possuir apenas tutela de danos morais, e esta não será da competência do Direito Penal

Há, porém, discussões na doutrina e jurisprudência no que diz respeito à observação também de critério subjetivos, como antecedentes criminais, réu reincidente, habitualidade da conduta, prática reiterada de delitos, para a aplicação do Princípio da Insignificância. Tal assunto será abordado em um momento posterior dessa pesquisa com maior profundidade e especificidade, para melhor entendimento.

3 REINCIDÊNCIA NA PERSPECTIVA CONCEITUAL

Trata de uma agravante que pune de uma forma mais firme ao que, já possui condenação transitada em julgado, volta a praticar delito. O que para alguns, é o reflexo de que a medida que foi aplicada não foi suficiente para intimidar o agente. Para BITENCOURT (2010) reincidente é quem pratica um crime após ter transitado em julgado sentença que, no país ou estrangeiro, condenou-o por crime anterior, enquanto não houver transcorrido cinco anos do cumprimento ou da extinção da pena.

O artigo 63 do nosso Código Penal brasileiro, traz os requisitos necessários para que um agente seja considerado reincidente, ordenados cronologicamente: a) um crime, cometido no Brasil ou em outro país; b) condenação definitiva, isto é, com trânsito em julgado, por esse crime; e c) prática de novo crime.

3.1 Conceito e natureza jurídica

Em relação à origem da palavra, a reincidência manifesta o ato de incidir novamente em algo, recair, ou seja, insistência na prática ou até mesmo na abstenção de uma conduta. Apesar da palavra reincidência ser um termo genérico, onde engloba vários sentidos em variados contextos, o que nos interessa é a reincidência para o Direito Penal, é a reincidência da conduta criminosa, que está prevista no nosso Código Penal Brasileiro em seu art. 63, que alude: “Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.

Dessa forma, sabe-se que para caracterizar reincidência, é necessário, no mínimo, a prática de dois crimes, que será estabelecida quando concluída a prática da segunda conduta, quando criminalmente o agente tiver sido condenado pela primeira conduta praticada. Pode-se dizer então que para que se constitua reincidência, são necessários dois elementos: condenação penal transitada em julgado e a prática de nova conduta delitiva.

JESUS (2002), citando a teoria da atividade, propõe a seguinte análise:

Há reincidência se o novo crime foi executado antes de a sentença condenatória transitar em julgado, e consumado depois? O sujeito pratica um crime e está sendo processado. Dias antes de a sentença transitar em julgado, desfere tiros de revólver na vítima, que vem a falecer depois de a decisão tornar-se irrecorrível. Não é considerado reincidente. Aplicando-se a teoria da atividade ao problema do *tempus delicti*, temos que o crime de homicídio foi cometido antes do trânsito em julgado (CP, art. 4º).

O primeiro elemento para que se constitua a reincidência, é a condenação penal transitada em julgado, proferida no território nacional ou estrangeiro. Não se pode confundir com medida de segurança, isto é, a sentença absolutória imprópria, não irá constituir reincidência, somente a sentença condenatória que dela seja irrecorrível.

No estrangeiro, basta o fato não caber mais recurso contra sentença proferida, que estará caracterizado a reincidência, o fato dela ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal não importa, já que a homologação é critério somente para a execução no Brasil, como previsto no art. 787 do Código de Processo Penal c.c art. 9º do Código Penal.

O segundo elemento do qual irá constituir a reincidência, é a prática de nova conduta delitiva, entendida em sentido estrito, ou seja, a prática de um novo crime, a contravenção penal não irá caracterizar reincidência, como previsto no art. 63 do Código Penal.

Todavia, o art. 7º da Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688/1941) estabelece que “Verifica-se a reincidência quando o agente pratica

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 PRADO (2007) a reincidência perfaz-se pela prática de novo crime pelo agente, depois de transitada em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior (art.63, CP).

Dessa forma, tem-se que se após condenado por sentença irrecorrível pela prática de um crime, em território nacional ou no exterior, e comete outro crime, será reincidente, como previsto no art. 63 do Código Penal; se após ser condenado por sentença irrecorrível pela prática de um crime, em território nacional ou no exterior, e comete uma contravenção penal, será reincidente, como previsto no art. 7º, 1º parte da Lei de Contravenções Penais; se após condenado por sentença irrecorrível pela prática de uma contravenção penal, em território nacional, e comete outra contravenção penal, será reincidente, como previsto no art. 7º, 2º parte da Lei de Contravenções Penais; se após condenado por sentença irrecorrível pela prática de uma contravenção penal, em território brasileiro, comete um crime, não será reincidente, como previsto no art. 63 do Código Penal e art.7º da Lei de Contravenções Penais.

3.2 Espécies da reincidência

A doutrina menciona dois tipos de espécies, a *reincidência ficta* e a *reincidência real*, no entanto, inicialmente, há uma grande discussão por parte da doutrina na classificação quanto à identidade dos fatos, que se dividem em *reincidência específica* e *reincidência genérica*.

De acordo com CUNHA (2016) em relação à análise dos crimes de foram praticados, se caracteriza com reincidência genérica quando os delitos praticados pelo indivíduo estão tipificados em dispositivos penais distintos e,

como específica, a reincidência que deriva da prática de delitos de mesma espécie.

A *reincidência específica* constitui na prática de delito que se configura sob uma mesma base que o delito anterior, no qual já havia sido condenado e transitado em julgado, ou pela prática do mesmo crime no qual o agente cometeu no primeiro momento. No entanto, a discussão feita pela doutrina é sobre qual requisito é utilizado para que seja caracterizado a reincidência específica, haja vista que ainda não se firmou entendimento unificado, se seriam crimes de uma mesma natureza ou mesma espécie. Utilizando-se da norma prevista em nosso Código Penal, no inc. V do art. 83, é entendido que a reincidência específica acontecerá na prática de crimes de uma mesma natureza.

A *reincidência genérica*, por sua vez, não exige tanta apreciação, trata de uma reincidência mais simples, está caracterizada em nosso Código Penal, no art. 63 de forma clara e objetiva, o legislador não levou em conta espécie, natureza ou qualquer outro tipo de critério. Dessa forma, pode-se dizer que nos arts. 63 e 64 do Código Penal, a reincidência foi tratada de forma genérica.

Sobre a reincidência genérica e específica podemos afirmar que:

Assim, fala-se em reincidência *genérica*, que se conceitua como o cometimento de um delito, depois de ter sido o agente condenado e submetido a pena por outro delito, enquanto se denomina de reincidência *específica* a que exige a prática de um novo delito igual, ou da mesma categoria, daquele pelo qual sofreu anterior condenação. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002)

Por fim, a outra classificação foi a *reincidência ficta* e a *reincidência real*, a adotada pelo nosso sistema foi a reincidência ficta no qual é exigido para a caracterização de reincidência apenas a prática de um segundo delito, quando o autor pratica um novo delito depois de ter sido condenado, no entanto, sem sequer tenha cumprido a pena. Já a reincidência real acontece quando o autor comete novo delito de já ter cumprido, definitivamente, a pena anterior.

Sobre as espécies de reincidência, é possível afirmar que:

[...] duas são as espécies de reincidência: a real, que ocorre apenas quando o agente cumpriu a pena correspondente ao crime anterior, e a ficta, que existe com a simples condenação anterior. Foi esta a adotada por nossa legislação. (MIRABETE; FABBRINI, 2011)

Segundo MASSON (2017) a reincidência real é considerada quando o réu pratica um novo crime depois de ter cumprido, de forma integral, a pena importa em função de um crime pretérito. Já a ficta é considerada quando o agente pratica um novo delito, após ter sido condenado por um delito anterior, independentemente do cumprimento da pena importa pela condenação.

O Código Penal optou em trazer para o nosso sistema normativo a reincidência ficta, já que é exigido apenas que ocorra o trânsito em julgado de sentença irrecorrível, não sendo estipulado exigência a respeito do cumprimento da pena anterior.

É possível que não se saiba ao certo ou reste dúvidas no que diz respeito ao momento do segundo crime e o momento do trânsito em julgado do primeiro crime. Ou seja, o novo crime aconteceu no mesmo momento em que a sentença do crime anterior transitou em julgado, portanto, não será possível identificar qual ato aconteceu primeiro. Dessa forma, não será configurado reincidência em respeito ao princípio do *in dubio pro reo*.

Nos casos de crime cometido no estrangeiro, se configurará reincidência se a sentença tiver sido homologada no Brasil pelo Superior Tribunal de Justiça. Mesmo a lei brasileira tendo adotado a solução internacionalista, é preciso saber se os feitos que a lei brasileira produzirá serão os mesmo que a lei estrangeira produziria. E mesmo assim, para que seja produzido efeitos, a sentença estrangeira precisa ser homologada pelo tribunal brasileiro.

Dessa forma, independentemente da quantidade de crime que o agente tiver praticado, se em pelo menos um deles não houver sentença condenatória, o agente será considerado primário. Já que a sentença penal condenatória é requisito para a constituição da reincidência no caso do agente praticar novo delito após sua condenação.

3.3 Cessação dos efeitos da reincidência

Partindo do pressuposto que a Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inc XLVII, alínea “b”, veda a aplicabilidade de pena com caráter perpétuo, acontece o mesmo com a reincidência em seu prazo de contabilização.

No Código Penal brasileiro, em seu art. 64 inc. I, está previsto que chamamos de “prazo de depuração”, no qual determina que não prevalecerá a condenação anterior se, entre o cumprimento da pena ou da extinção da mesma e a data do posterior delito, tiver passado um período superior a cinco anos, o período de prova da suspensão deve ser computado, bem como o do livramento condicional, exceto em caso de revogação.

[...] se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 05 anos, não há que se falar em reincidência. Após o decurso do prazo quinquenal o réu será considerado novamente primário. Contudo, será primário com maus antecedentes, pois para este efeito, a condenação subsiste. (GARCEZ, 2012)

MASSON (2017) afirma que o prazo quinquenal deve ser observado no lapso temporal em que se dá início com a extinção da pena e finda com a prática de um novo delito, levando 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.

Dessa forma, após passados os cinco anos no qual o Código Penal estipula, o agente se tornará réu primário, podendo, no entanto, se considerar portador de maus antecedentes.

MASSON (2017) acrescenta que caso ocorra a extinção da punibilidade do crime antecedente, deve ser analisado qual a causa que levou à extinção e em qual momento se deu, para que seja analisado a configuração da

reincidência. Na hipótese de causa de extinção da punibilidade ter advindo antes do trânsito em julgado do crime, não há que se falar em reincidência, agora se a causa que extinguiu o crime sobrevier depois do trânsito julgado da condenação, tal sentença poderá ser utilizada para a configuração da reincidência.

Na parte geral do Código Penal brasileiro de 1940, era adotada a perpetuidade da reincidência, onde a sentença que teria sido transitada em julgado anteriormente, teria efeito permanente para a aplicação da reincidência. Portanto, caso o agente praticasse novos delitos após o trânsito em julgado de sentenças anteriores, independente do prazo, seria sempre reincidente.

Tal perpetuidade, tinha como consequência sentenças injustas, tornado o sistema punitivo inseguro e falho. Então, após a implantação do atual sistema, do qual trata de uma temporariedade, estabeleceu que um lapso temporal superior a cinco anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e o crime posterior, seria suficiente para que fosse retirado a eficácia da condenação anterior.

É necessário ressaltar que a forma com que se afasta os maus antecedentes previsto art. 59 do Código Penal, não acontece da mesma maneira com que se procede a “depuração da reincidência”. Em relação aos maus antecedentes, após decorridos 2 anos do dia em que foi extinta a pena ou deu fim a sua execução, é que serão depurados.

Serão computados o período da prova da suspensão e o do livramento condicional, de acordo com o art. 94, incs. I, II e III do Código Penal brasileiro, se posteriormente não sobrevenha revogação, para o condenado deve ter sido domiciliado no país no prazo de 2 anos; tenha dado demonstração de bons comportamentos públicos e privados; tenha ressarcido o dano causa ou demonstre que não o pode fazer até o dia do pedido.

É importante que seja delimitado os maus antecedentes para que não seja confundido com a reincidência. Em se tratando dos antecedentes, é observado a vida regressa do agente. Será analisado se o agente já cometeu delito anteriormente, se ele pratica crimes com habitualidade ou se este praticou um crime isolado.

Acontece que a doutrina e jurisprudência entendem que só estará caracterizado o mau antecedente se a ação penal tiver transitado em julgado, caso contrário, enquanto isso não acontece, o agente não terá maus antecedentes. Por meio da súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça, é entendido que o curso de inquéritos policiais e ações penais não serão utilizados como meio para aumentar a pena base.

O princípio da presunção de inocência foi o que embasou tal argumento, já que até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o indivíduo será considerado inocente. Inquérito policiais, ações penais e processos criminais não servirão como base para aplicação dos maus antecedentes.

3.3.1 Reincidência e o princípio do *non bis in idem*

Afim de conceituar o princípio do *non bis in idem*, temos que trata da impossibilidade de punir o indivíduo mais de uma vez pelo mesmo fato criminoso por ele cometido. Ou seja, após o trânsito em julgado de sentença condenatória, independente do resultado, o indivíduo não poderá ser punido pelo mesmo fato novamente. Há quem seja contra à agravação da pena em situação de reincidência criminal, com o argumento de que uma segunda punição mais severa, irá ofender o princípio do *non bis in idem*.

Apesar da atual Constituição Federal brasileira não prevê expressamente o princípio do *non bis in idem*, FRANCO (1997) afirma que este princípio tem hoje se apoiado ao princípio constitucional da legalidade.

É entendido também por FRANCO (1997), que sendo o princípio do *non bis in idem* responsável por vedar a possibilidade de o fato cometido pelo indivíduo ser julgado mais de uma vez, parte da doutrina tem defendido que a reincidência como fator circunstancial agravante configura dupla punição ao agente, o que estará sendo confrontado tanto com o princípio da legalidade, quanto com o próprio Estado Democrático de Direito, estaria evidenciado que a agravação da pena em virtude da reincidência é um “Direito Penal atado ao tipo do autor”.

Para tal corrente doutrinária, a gravidade aplicada ao segundo crime, violará o princípio do *non bis in idem*, visto que essa gravidade será consequência do crime cometido anteriormente, que foi tido como pressuposto

para aplicação da reincidência. Dessa forma, é entendido que o autor foi castigado pelo primeiro delito e posteriormente, tal delito será pretexto para uma segunda pena mais agravada que a primeira.

No entanto, para MASSON (2017) este entendimento não prevalece, já que a pena por ter um caráter repressivo e preventivo, ela se mostrará insuficiente no ponto de vista repressivo, no caso do indivíduo que ao praticar uma conduta criminosa, se faz reincidente, não se atemorizando com as sanções que lhe foram aplicadas e descumprindo-as. Portanto, este tipo de situação faz com que a doutrina defenda que há necessidade de se aplicar uma pena mais rigorosa para este indivíduo, já que a primeira se mostrou insuficiente, coibindo, então, a prática de novas infrações.

Por outro lado, não é possível que seja utilizado um só fato para seja incidido os efeitos da reincidência e determinado os maus antecedentes, como forma de proteger o princípio do *non bis in idem*. O STJ unificou este entendimento, por meio da Súmula 241 de 2000, na qual dispõe que “a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e simultaneamente, como circunstância judicial”, onde o legislador, na segunda fase do sistema trifásico de dosimetria, terá que optar entre majorar ou agravar a pena-base (BRASIL, 2000; GRECO, 2014).

O princípio do *no bis in idem*, se encontra ligado diretamente ao poder que o Estado possui de punir o indivíduo que pratica conduta criminosa dentro da sociedade. Busca também, ao utilizar o princípio que uma proteção e valorização aos direitos e garantias fundamentais à pessoa humana. Desse modo, na medida em que afasta a possibilidade de que alguém seja processado duas ou mais vezes por um mesmo fato, estará sendo primado o direito inerente a todos, que é o da dignidade da pessoa humana.

4 REINCIDÊNCIA COMO FATOR DETERMINANTE NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Nos dias atuais, os tribunais (STF e STJ) ainda não criaram uma regra específica que trate diretamente da aplicabilidade do Princípio da Insignificância na conduta de réus reincidentes. Dessa forma, cada tribunal aprecia sua demanda de uma maneira individual, existindo apenas alguns requisitos que norteiam a forma com que os tribunais devem se posicionar em cada acórdão, mas nada muito específico, são os chamados “vetores interpretativos”.

Para BOTTINI (2012), 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.

Porém, os quatro critérios que foram criados pelo Ministro Celso de Mello, acabou por delimitar o instituto, e essa delimitação é muito criticada, já que para muitos estes critérios não são suficientes para definir legalmente o tema. Argumentam, portanto, que tais critérios são muito abrangentes, já que podem ser aplicados à inúmeros casos, o que gera uma insegurança e imprecisão ao caso concreto.

Portanto, apesar de ter aumentado o uso do instituto nos dias atuais, a falta de fixação de indicadores mais específicos contribui para que sua aplicação seja, por vezes, contraditória e desigual, resultando numa enorme insegurança jurídica. Tal ausência resultou em uma aplicação discrepante do instituto, por se alterar 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).

4.1 Análise de casos e fundamentos utilizando a reincidência no afastamento da aplicação do princípio da insignificância.

O direito deve ser aplicado de maneira igual para todos os cidadãos e somente ao Estado resta o dever de fazer justiça em favor de todos os seus indivíduos. O Princípio da Insignificância, porém, ainda é um instrumento que tem causado diversas discussões pela jurisprudência brasileira no momento de sua aplicação, gerando certo desconforto dentro da sociedade, haja vista que, à depender da forma na qual é aplicada, fere um dos princípios basilares dentro do ordenamento jurídico que é o princípio da igualdade, ao definir um juízo de valor ao caso concreto.

Para MAÑAS (1994) o dever do magistrado é definir os limites da bagatela, analisando minuciosamente a nocividade social da conduta e o desvalor social da ação, do resultado e do grau de lesividade do bem jurídico tutelado. Ou seja, determinar através de um juízo de valor, o grau de insignificância que há no caso concreto partindo exclusivamente de um critério subjetivo. Portanto, é muito claro que a discricionariedade de arbitramento que possui o magistrado resulta em insegurança jurídica dentro da sociedade.

Quanto aos vetores interpretativos objetivos, podemos observar nas decisões prolatadas que a jurisprudência tem utilizado de maneira harmoniosa, como podemos observar na seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL. RECEPÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O princípio da insignificância é aplicável em determinadas hipóteses, levando em conta, como assentado pelo Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 84.412- 0/SP, a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. 2. Tratando-se de receptação de uma bicicleta, avaliada em R\$ 80,00 (oitenta reais), sendo o objeto devidamente restituído à vítima, é de rigor o reconhecimento da atipicidade da conduta. 3. Ademais, segundo os precedentes desta Corte, a existência de

circunstâncias de caráter pessoal, como maus antecedentes ou reincidência, não impedem a aplicação do princípio da insignificância, ficando caracterizado, portanto, o evidente constrangimento ilegal a que está submetido o paciente. 4. Habeas corpus concedido para absolver o paciente na ação penal deque se cuida.

No entanto, critérios subjetivos como a reincidência estão sendo ponderados, afastando, portanto, a aplicação do princípio da insignificância, e é exatamente sobre essa divergência que versa o escopo deste trabalho.

A decisão mais antiga que trata da reincidência na aplicação do princípio da insignificância foi proferida em 2003 no REsp 512.802/MG, onde foi discutido o cabimento do princípio à prática de um botijão de gás vazio. No acórdão, é evidenciado que foram analisadas diversas circunstâncias para o afastamento do princípio, no entanto, a reincidência foi o único fator que realmente impediu sua aplicação.

Na mesma linha, delibera neste sentido o Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO CIRCUNSTANCIADO PELO REPOUSO NOTURNO E QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO (ART. 155, §§ 1º E 4º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA, ANTE A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE INCONTROVERSAS. VALOR EXPRESSIVO DA RES FURTIVA, CONDIÇÃO DE REINCIDENTE ESPECÍFICO DO APELANTE E FORMA QUALIFICADA DO DELITO QUE IMPEDEM O RECONHECIMENTO DO CRIME BAGATELAR. OFENSIVIDADE DA CONDUTA E REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO EVIDENCIADOS. PRECEDENTES DAS CORTES SUPERIORES E DESTA CÂMARA CRIMINAL. CONDENAÇÃO MANTIDA. A Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento dos EAREsp nº 221.999/RS, firmou "a orientação no sentido de que a reiteração criminosa inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável".

Podemos observar o seguinte posicionamento na decisão do Superior Tribunal de Justiça citada abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RÉU REINCENTE E PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES. INCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. ALTO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA. REEXAME DE PROVAS PARA PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DESNECESSIDADE. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO

No caso citado o impetrante tinha o objetivo de trancar a ação penal baseando-se na atipicidade material ante o Princípio da Insignificância. O Tribunal fundamentou a decisão dando ênfase que é imprescindível observar o contexto fático que envolve as partes, portanto a valoração pecuniária do bem subtraído não seria suficiente para a aplicação do princípio da insignificância.

Como é visto na decisão supracitada, há quem defenda que ao passo em que o Estado não analisa certo contexto, estará abrindo margem à insegurança, de modo que mais cidadãos irão se valer do referido princípio para que seja justificado a prática de pequenos furtos, o que incentivaria a desordem social.

No acórdão foram destacados alguns pontos, no qual é de extrema importância sua observância:

A lei penal não deve ser invocada para atuar em hipóteses desprovidas de significação social, razão pela qual o princípio da insignificância e da intervenção mínima surgem para evitar situações dessa natureza, atuando como instrumentos de interpretação restrita do tipo penal. No caso, independentemente do valor atribuído ao bem – R\$ 37,00 (trinta e sete reais) -, o agravante, consoante asseverado pelas instâncias ordinárias, possui outras condenações criminais transitadas em julgado caracterizadoras de maus antecedentes e da reincidência, o que indica que nem mesmo as censuras penais anteriores foram suficientes para impedir o seu retorno às atividades criminosas. Assim, a reiteração delitiva impede o reconhecimento da insignificância penal, uma vez ser

imprescindível não só a análise do dano causado pela ação, mas também o desvalor da culpabilidade do agente, sob pena de se aceitar, ou mesmo incentivar, a prática de pequenos delitos.

Recentemente o Tribunal Superior de Justiça julgou o Habeas Corpus de 557.194/MS que decidiu afastar a aplicação do princípio da insignificância que buscava favorecer um indivíduo que foi condenado por furtar um rádio de valor insignificante. Embora o objeto tenha seu valor reduzido, foram observadas pelo tribunal condições pessoais do indivíduo, impedindo a aplicação do princípio supracitado:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. MAUS ANTECEDENTES. HABITUALIDADE DELITIVA. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL. INAPLICABILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

SILVA (2011) afirma que o princípio da insignificância é concretizado no Código Penal Militar em seus artigos 209, parágrafo 6º (lesão corporal levíssima), 240, parágrafo 1º (furto atenuado), 250 (várias formas de apropriação indébita), 254, parágrafo único (receptação) e 260 (dano atenuado). Apesar dessa previsão, não há legislação que prevê a aplicação do princípio em outras esferas do ramo do Direito Penal.

Portanto, em que pese as interpretações que existem em torno deste princípio, criou-se uma certa resistência pela jurisprudência em sua aplicação, que tinha muita força no passado, mas que se perfaz nos tempos atuais. A reincidência ainda tem sido utilizada como parâmetro impeditivo na aplicação do Princípio da Insignificância pelos Tribunais Superiores como observado nas decisões citadas acima, o que tem priorizado o direito do autor ao direito penal do fato.

4.2 Posição da doutrina e jurisprudência em relação à aplicação do princípio da insignificância quando presente a reincidência.

Em consequência das diversas discussões e da demanda que chega aos tribunais de forma recorrente, inúmeros são seus apontamentos em relação ao tema, que não chegam, portanto, a um perfilamento na jurisprudência. Aos que se apresentam pela não aplicação do Princípio da Insignificância nos casos em que o agente for reincidente, defendem essa tese utilizando o argumento de que a aplicabilidade resultaria em impunidade. Entendem também que o fato de não punir o agente, impulsionaria este a cometer vários outros crimes, reconhecendo o crime como uma profissão, fato que mudaria o cenário social.

Por outro lado, há quem defenda a aplicação do referido princípio, sob o argumento de que não se deve analisar características subjetivas, que versam sobre o autor, e sim as características objetivas que analisam o fato em si. É nítido que a jurisprudência diverge muito sobre o tema, e para entender melhor é preciso observar o caso concreto e suas decisões.

Após a condenação do réu na terceira instância, por furtar uma bicicleta que na época do delito custava R\$359,89, a defensoria pública impetra o habeas corpus 115707/2013 no Supremo Tribunal Federal, pedindo que seja reconhecido o princípio da insignificância. O reduzido grau de ofensividade e periculosidade da conduta, foram os argumentos utilizados. A ministra Cármen Lúcia presidiu o caso que foi julgado pelo tribunal, no qual através do seu voto decidiu denegar o recurso, sob o fundamento de que além do bem ser instrumento de profissão da vítima, utilizou o critério subjetivo citando a situação do agente ser reincidente.

A ministra citou outras decisões que foram proferidas pelo próprio supremo, como os habeas corpus 108.403/2013, 111.608/2012 e 107.138/2011 onde sustentam que não cabe o princípio da insignificância no caso em que o agente é reincidente, além de ser necessário observar as consequências da conduta no meio social. No habeas corpus 107.138/2011, por exemplo, o

ministro Lewandowski utilizou a argumentação de que acatar a aplicação do princípio geraria o estímulo de novos delitos.

Outra análise que a excelentíssima faz é que o princípio em questão, em sua estrutura, tem o condão de abraçar desvios de condutas ínfimos, e não para resguardar práticas constantes, que perdem a característica de bagatela, por isso devem ser submetidas ao direito penal.

Por outro lado, no habeas corpus 155.920/2018, que foi impetrado contra a decisão do STJ de condenar o réu pela prática do crime de furto, previsto no art. 155 c/c art. 14, II do Código Penal, pela subtração de duas peças de queijo Minas, avaliadas no valor de R\$40,00, houve o reconhecimento da insignificância, mesmo o réu sendo reincidente. O relator ministro Celso de Melo usou decisões anteriores do STF para embasar sua decisão, como os habeas corpus 87.478/PA, 92.463/RS, 94.505/RS, 94.772/RS e 95.957/RS. O ministro salientou que é importante que seja analisado a bagatela junto ao postulado da Fragmentariedade e o da Intervenção Mínima do Estado, bem como verificação dos critérios objetivos do princípio, acrescentou que apenas a reincidência não define a exclusão da insignificância.

Ao deferir o habeas corpus, o ministro Celso de Melo cita o voto do ministro Roberto Barroso no habeas corpus 123.108/MG, onde Barroso critica decisões anteriores que condenam por condutas irrelevantes, pelo o infrator ser reincidente. Barroso acrescenta que o encarceramento em massa tende a dificultar a ressocialização do agente, diz também que as unidades prisionais brasileiras são “escolas do crime”, frisou também que o objetivo da pena é ter um caráter preventivo. Nas palavras de CAPEZ (2004) a pena remete à Teoria da Prevenção “a pena objetiva a readaptação e a segregação sociais do criminoso como meios de impedi-lo de voltar a delinquir”.

No primeiro caso demonstrou-se melhor manter a condenação do réu, utilizando do fundamento subjetivo, sob o argumento do fato do agente voltar a praticar crime. Entende-se que a punição mais rigorosa tem o intuito de diminuir os delitos praticados pelo agente contumaz, além de passar segurança à ordem pública.

No segundo caso, é preferível não punir, afastando a reincidência, considerando a grau de lesividade do delito que é insignificante dentro dos requisitos interpretativos objetivos. BITENCOURT (2010) fala do efetivo fracasso da pena privativa de liberdade, que é comprovado pelos níveis altos de reincidência. A precariedade no sistema penitenciário faz com que o encarceramento influencie diretamente nas condições pessoais do agente e em seu comportamento no momento em que será posto na sociedade novamente, o que traz uma série de risco ao meio social.

4.3. Os elementos dogmáticos do crime e os fundamentos da aplicação da insignificância quando presente a reincidência.

Como exposto no trabalho, pela jurisprudência e por maioria da doutrina, a tipicidade é a natureza jurídica do princípio da insignificância. O Princípio da Insignificância tem o objetivo de fazer com que só chegue ao direito casos relevantes, delimitando sua aplicação ao caso concreto e o nível de valor e relevância que possui para o Direito Penal.

É possível perceber, após análise sobre o Princípio da Insignificância e sua natureza, que o Direito Penal é um instrumento no qual objetiva punir o que é necessário ser punido, ou seja, que o bem que está sendo tutelado tenha sido atingido de forma significativa. O que não quer dizer que ações reprováveis não serão punidas, já que existe outras maneiras de aplicar sanções, como administrativas e civis, para que não resulte numa desnecessária ocupação jurídica.

Além da não ocupação jurídica, o Princípio da Insignificância proporciona a economia de custos, evitando a movimentação da máquina judiciária. Partindo do pressuposto que o Princípio da Insignificância foi derivado do princípio da intervenção mínima do Estado, é possível dizer que o princípio da insignificância é extremamente necessário quando se observa a situação em que se encontra

o sistema carcerário brasileiro. É desumana a maneira que se encontra os presídios do Brasil, a superlotação é a situação enfrentada por boa parte dos presidiários.

O Ministro Roberto Barroso 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, 2016).

Os direitos que são violados dentro das penitenciárias não devem ser resultado das sanções que a eles são impostas, no momento em que se exerce o *jus puniendi*. A pena privativa de liberdade tem o objetivo, portanto, de privar os indivíduos de maneira temporária, cumprindo os requisitos legais e lhe proporcionando, quando devido, o direito à liberdade. Nestas condições, ZAFFARONI (2002) afirma “a prisão ou cadeia é uma instituição que se comporta como uma verdadeira máquina deteriorante: gera uma patologia cuja principal característica é a regressão”.

Dessa forma, ao Princípio da insignificância é atribuído uma função social inevitável, evita então que aos que praticam crime de menor potencial ofensivo, sofram as mesmas penas que incorrem ao agente que pratica crimes que têm um maior potencial lesivo ao bem tutelado. Porém não é um entendimento unânime, há também quem defenda a não aplicação do Princípio da Insignificância, sob a justificativa de que a não intervenção do Direito Penal banalizaria a criminalidade gerando insegurança na sociedade, e isso se intensifica quando se fala do agente reincidente, que já tem demonstrado personalidade criminosa.

Acredita-se que o Direito Penal deve se adaptar às mudanças sociais, para que em determinadas situações sua aplicação seja feita de uma melhor maneira. É certo que há casos em que não possuem relevância, haja vista que não afeta o bem que está sendo tutelado. Por outro lado, há a análise de que não seria justo alguém que pratica um delito, por menor potencial ofensivo que

exista, não seja punido de maneira nenhuma, não é esse o objetivo do Princípio da Insignificância, já que existe outras áreas do direito que podem cuidar disso, como a civil, administrativa, trabalhista, etc.

Com a aplicação do Princípio da Insignificância o objetivo é que as situações irrelevantes não sejam tratadas e processadas da mesma maneira e mesma via com que se trata as violações que realmente afetam o bem jurídico. Ou seja, que essas condutas sejam sim controladas socialmente, mas que seja por outros meios de controle.

Nos julgados do STF e STJ, não há dúvidas que apenas a reincidência pura não diz se é possível ou não a incidência da insignificância. Exige-se considerações mais específicas, haja vista que até a reincidência em sua forma teórica é difícil de ser aplicada em se tratando da insignificância, pois motiva e leva o agente a cometer novamente determinado crime é algo profundamente confuso para nós humanos. É nítido que não há uma interpretação única por parte dos relatores sobre a reincidência e a insignificância, portanto, eles votam e justificam seus votos cada um da sua maneira, por interpretarem o mesmo fato de maneira diferente.

É preciso que seja feito uma análise mais específica sobre a natureza da reincidência, a quantidade, sua reprovabilidade; o grau da lesão que deu causa; o motivo da incidência; condições do réu social e financeiramente; se há qualificadora ou agravante; o meio com que se praticou e outros. É preciso que seja analisado todos os elementos presentes, pois são eles que promoverão a reflexão para que considere ou não a tipicidade material.

Segundo COSTA (2016), ao analisar as divergências que envolvem o tema por meio de uma observação crítica, alega que tais julgados quando afastam a aplicação do princípio, como resposta à 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 24 atingido e em relação ao tipo de lesão ou colocação em perigo de tal bem jurídico”.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fazer uma análise sobre a aplicação do Princípio da Insignificância na conduta do réu reincidente, que é a ideia central desta monografia, representa algo muito valioso para o estudo do Direito Penal. Se trata de algo que ultrapassa o campo formal das legislações para oferecer ao indivíduo reincidente, que comete um delito insignificante, uma nova maneira jurídica que não seja a privação da liberdade.

Foi feita uma reflexão sobre o confronto que o STF e STJ fazem contra si mesmo, no qual se observa que o STF criou critérios objetivos que serviram como base para a definição da aplicação do princípio supramencionado, no entanto, não se limitando a tais critérios, tem surgido confrontos e oposição no momento de sua aplicação. Se os efeitos dessas divergências fossem restritos apenas à interpretação, não existiria enormes problemas, mas ao apreciar um caso concreto e julgar se é possível ou não sua aplicação, o magistrado está lidando com a liberdade de alguém.

O fato de alguns ministros argumentarem que a vida, socialmente falando, muda de uma circunstância para a outra conforme as teses são firmadas, não resta suficiente, para que não haja uma direção jurisprudencial específica, que se destine às situações semelhantes, o que efetivaria o princípio da isonomia.

Apesar do Direito Penal não lidar, nas decisões, com fórmulas prontas, construir um canal alternativo para que se possa ser seguido não impedirá que o magistrado utilize do seu direito e liberdade de expor suas convicções. Consequentemente, seria criado uma tese com o que precede o fato semelhante, sem que haja prejuízo na diferenciação à situação minuciosa. Estaria assim o Direito Penal fazendo cumprir seu objetivo de punir os fatos, lidando com a reincidência, mas não de uma forma subjetiva excessiva.

Os critérios que foram determinados pelo o STF para a aplicação do princípio da insignificância, é de maneira muito particular, uma análise positiva, no entanto a divergência que persiste em existir não está sendo o

posicionamento mais assertivo, havendo em suas interpretações contradições.

Embora seja um instituto onde sua interpretação ainda não foi positivada especificamente no ordenamento jurídico brasileiro, apenas mencionado no Código Penal Militar, este princípio tem sido muito bem aceito nos tribunais brasileiro e também pela doutrina. Portanto, se buscou apresentar as principais interpretações e argumentos sobre o assunto, derivados da jurisprudência, proferidos pelo STF e STJ.

Apesar do Princípio da Insignificância está sendo bem aceito com o passar do tempo, ainda existe situações em que diz respeito à operacionalização que não foram resolvidas, que é o caso da reincidência como uma característica que afasta o princípio. Neste contexto, pode-se destacar que esta interpretação aplicada de maneira taxativa, não deve ser seguida à diante, já que não faz sentido um critério subjetivo se sobressair em relação aos outros critérios determinados.

Quando é analisado o Direito Penal do Fato e o Direito Penal do Autor, é possível dizer que a reincidência busca trazer uma exceção à incidência do Direito Penal do Fato, já que traz para a discussão características subjetivas relacionadas ao autor em si. Ela atua na segunda fase da dosimetria da pena, de forma genérica, agravando a pena utilizando-se de argumentos subjetivos.

Em relação à reincidência, há entendimento de que ela não obsta a aplicação do princípio da insignificância, desde que no caso concreto se encontre todos os parâmetros fixados pelos tribunais. No entanto, há, por outro lado, um entendimento que considera o afastamento da aplicação do princípio mencionado, baseado no argumento de que a conduta praticada é mais reprovável. Quando se reconhece a reincidência, a pena é aumentada, pois é entendido que o fato do réu ter cometido um novo delito, mostra que não foi absorvido por ele qual o objetivo da pena que foi aplicada anteriormente.

Portanto, o presente trabalho expõe o Direito Penal do fato, objetivando analisar a exclusão da tipicidade da conduta e não a culpabilidade do agente, observando, portanto, decisões proferidas pelo STF e STJ, de maneira a defender que a reincidência penal quando considerada taxativamente na

aplicação da insignificância, diverge com a ideia do princípio da individualização da pena, no qual é direito do autor.

Essa realidade resulta no encarceramento em massa de pessoas, superlotando as penitenciárias, que só mostra o quanto o Estado está agindo de maneira precipitada, mostrando também que é ineficaz na promoção da ressocialização desses indivíduos, não garantindo, portanto, direitos básicos a estes.

Sobre a reincidência, depois de analisar toda sua estrutura, esta monografia entrou em conformidade com a tese de que o Princípio da Insignificância é compatível com a conduta reincidente, seja ela simples ou multirreincidência. Entendeu-se, portanto, que não há contradição em sua aplicação quando estiverem presentes os requisitos estabelecidos na jurisprudência do Supremo. A única forma em que a reincidência seria incompatível com o Princípio da Insignificância seria se ela estivesse posta de maneira específica, já que o reduzido grau de reprovabilidade da conduta é um dos requisitos previstos na insignificância.

Entende-se que o Direito Penal, em sua perspectiva criminal, não tem o intuito de punir de maneira excessiva ou sem medida, e sim para assegurar o direito e a garantia que o indivíduo possui à liberdade, o que é garantido, portanto, quando atenuados os atos discricionários pelos magistrados. Dentro desse entendimento, não devem as decisões serem soltas, ao simples bel prazer de seus julgadores, mas sim embasadas em fundamentos sólidos, o que não é visto em alguns julgados.

Neste sentido, a partir do que foi analisado e compreendido no escopo deste trabalho, conclui-se que a reincidência do agente não deve possuir o condão de desconsiderar a atipicidade de uma conduta insignificante. Porém, ao chegar neste entendimento, deve ser observado se trata de uma reincidência simples ou se a ela existe múltiplas condenações, já que seria compatível com a mínima reprovabilidade da conduta praticada.

É necessário destacar o combate à insegurança jurídica, que tem ocorrido com constância como resultado da divergência de entendimentos, o que

contraria o objetivo dos tribunais de serem justos no estabelecimento de seus entendimentos.

REFERÊNCIAS

- ACKEL FILHO, Diomar. O Princípio da Insignificância no Direito Penal. **Revista de jurisprudência do tribunal de alçada criminal de São Paulo**, São Paulo, TJSP, v.94, p. 72-77, 1988.
- BITENCOURT, Cesar Roberto. **Código Penal Comentado**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. 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. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 116754 Ceará**. Relator (a): Min Rosa Weber. Primeira Turma. Julgado em: 05/11/2013. Processo eletrônico dje-240. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24734663/habeas-corpus-hc-116754-ce-stf>. Acesso em: 14 de out 2020.
- BRASIL. **Súmula 241**. Terceira Seção, julgado em 23/08/2000, DJe 15/09/2000). Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>. Acesso em: 8 de dez 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 120069 RS**. Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 10/12/2013. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24866681/habeas-corpus-hc-120069-rs-stf>. Acesso em: 20 de out 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus**. Quinta Turma. Relator Min. Jorge Mussi. Julgado em: 02/06/2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860886946/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-557194-ms-2020-0006519-0/inteiro-teor-860887042>. Acesso em: 05/04/2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 201.603 MS**. Sexta Turma. Relator: Min. Haroldo Rodrigues. Julgado em: 07/07/2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21607739/habeas-corpus-hc-201603-ms-2011-0066411-6-stj/relatorio-e-voto-21607741>. Acesso em: 18 de mar de 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AResp**. Quinta turma. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgado em: 01/10/2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24256792/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-77633-es-2011-0270256-6-stj/certidao-de-julgamento-24256795>. Acesso em: 23 de mar de 2021.
- BRASIL. **Código Penal brasileiro**. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 22 de out 2020.

BRASIL. Ministério da Fazenda. **Portaria nº 75, de 22 de março de 2012**. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=37631>. Acesso em: 22 de out 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 29 de nov 2020.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 20 de nov 2020.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **DO FURTO: a aplicação do princípio da insignificância ao crime de furto. Direito Penal: jurisprudência em debate**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GARCEZ, William. **Reincidência e maus antecedentes: diferença conceitual e considerações jurídicas**. Disponível em: <http://www.delegados.com.br/juridicos3165-reincidencia-e-maus-antecedentes-diferenca-conceitual-e-consideracoes-juridicas.html>. Acesso em: 9 de dez 2020.

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

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Delito de bagatela e princípio da irrelevância pela do fato**. Sítio da rede de ensino LFG, 2005. Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?store=20041008145549539. Acesso em: 19 de out 2020.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. Brasil: Marcial Pons, 2018.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

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

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal: parte geral**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha; MELO, Ana Carolina; FERREIRA, Luiza. O princípio da insignificância e os critérios jurisprudenciais de sua aplicação. **Boletim IBCCRIM**, ano 22, n. 261, p. 7-8, 2014.

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

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

MAÑAS, Carlos Vico. **O Princípio da Insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.