

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI**

ISABELA MIRANDA GARLOPE BRANDÃO

**ANÁLISE DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA
INSIGNIFICÂNCIA NOS CASOS DE MAUS ANTECEDENTES E
REINCIDÊNCIA**

**GUARAPARI - ES
2018**

**ISABELA MIRANDA GARLOPE BRANDÃO
FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI**

**ANÁLISE DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA
INSIGNIFICÂNCIA NOS CASOS DE MAUS ANTECEDENTES E
REINCIDÊNCIA**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito das
Faculdades Doctum de Guarapari, como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.**

**Orientador: Profª M.a Kélvia Faria
Ferreira.**

**GUARAPARI - ES
2018**

FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI

FOLHA DE APROVAÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: **ANÁLISE DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CASOS DE MAUS ANTECEDENTES E REICIDÊNCIA**, elaborado pela aluna **ISABELA MIRANDA GARLOPE BRANDÃO** foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de **DIREITO** das Faculdades Doctum de Guarapari, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Guarapari, ___ de _____ 2018.

Prof^a. M.a Kélvia Faria Ferreira
FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI
Orientadora

Prof. Patrícia Barcelos Nunes de Mattos Rocha
FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI

FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI

Dedico esse trabalho primeiramente a Deus, que foi minha maior força nos momentos difíceis, e a minha mãe, Luzia Maria Miranda Garlope (*in memoriam*), que sempre me incentivou e jamais perdeu a fé nos meus sonhos; Saudade eterna!

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, pelo dom da vida e por ter me proporcionado chegar até aqui.

Aos professores que sempre tiveram dispostos a ajudar e contribuir para um melhor aprendizado, em especial minha orientadora Kélvia Faria Ferreira que se colocou à disposição para sanar eventuais dúvidas e direcionou a realização deste artigo.

Aos meus familiares, fonte de amor inesgotável, de modo especial minha Tia Elizabete que cuida de mim, com todo seu amor.

Ao meu namorado Cássio Roberto, que foi compreensivo com os momentos em que permaneci distante.

Aos meus amigos da vida e de faculdade, Larissa Nascimento e Igor Quevedes, por todo apoio e incentivo.

A todos aqueles que contribuíram para a minha formação acadêmica.

ANÁLISE DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CASOS DE MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA

Isabela Miranda Garlope Brandão¹

Kélvia Faria Ferreira²

RESUMO

O presente artigo científico tem por objetivo analisar o princípio da insignificância, questionando-se sobre a possibilidade de sua aplicação em benefício de réus reincidentes ou nos casos de maus antecedentes. O objetivo de estudo é verificar a posição atual dos Tribunais Superiores sobre a utilização ou afastamento do princípio da insignificância nos casos de reincidência e maus antecedentes e se esses casos poderão ser um empecilho à aplicação do princípio da insignificância. No primeiro capítulo serão abordadas algumas garantias constitucionais relacionadas ao Direito Penal, para contextualizar a discussão principal do trabalho. No segundo capítulo será feita uma análise doutrinária e jurisprudencial, onde será abordado o conceito e particularidades do princípio da insignificância, bem como os requisitos de admissibilidade do princípio da insignificância segundo o Supremo Tribunal Federal (STF). No terceiro capítulo será estudado, por meio de análises de precedentes jurisprudenciais, as posições do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância nos casos de reincidência e maus antecedentes.

Palavras-chave: Princípio da insignificância. Aplicabilidade. Reincidência. Maus antecedentes.

¹ Graduanda em Direito. E-mail: belagarlope@gmail.com

² Mestre em Direito e Inovação. E-mail: kelviafaria@hotmail.com

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PENAL.....	7
2.1 Princípio da legalidade ou da reserva legal.....	8
2.2 Intervenção mínima e da fragmentariedade.....	9
2.3 Proporcionalidade.....	10
2.4 Intranscendência e individualização da pena.....	10
3 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SUA ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL.....	11
3.1 Conceito e particularidades.....	11
3.2 Requisitos de admissibilidade do princípio da insignificância segundo o Supremo Tribunal Federal.....	13
3.3 Criminalidade da Bagatela Própria ou Princípio da Insignificância X Criminalidade da Bagatela Imprópria ou Insignificância Imprópria.....	15
4 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CASOS DE REINCIDÊNCIA E REITERAÇÃO DELITIVA NA VISÃO DOS TRIBUNAIS.....	16
4.1 Considerações sobre maus antecedentes e reincidência.....	16
4.2 Entendimento jurisprudencial acerca da aplicabilidade do princípio da insignificância nos casos de reincidência e reiteração delitiva.....	19
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	22
ABSTRACT.....	24
REFERÊNCIAS.....	25

1 INTRODUÇÃO

O princípio da insignificância, também chamado de princípio da bagatela é aplicado aos casos em que o agente pratica uma conduta formalmente típica, mas materialmente irrelevante não havendo ofensa considerável ao bem jurídico objeto da conduta, que é, em tese, criminosa, prevista no texto legal.

O referido princípio decorre implicitamente da Constituição Federal e guarda relação com os demais princípios nela previstos que fundamentam sua existência.

Necessário, demonstrar o caráter normativo dos princípios, bem como as garantias constitucionais acrescidas dos princípios limitadores do poder punitivo estatal, tais como: legalidade ou reserva legal; intervenção mínima e da fragmentariedade; intranscendência e individualização da pena.

Ademais, será feita uma análise entre o princípio da insignificância e a doutrina, bem como a jurisprudência, abordando inicialmente, o conceito e particularidades do princípio em estudo, bem como os requisitos essenciais de admissibilidade do princípio da insignificância segundo o Supremo Tribunal Federal. Posteriormente, será feita uma breve distinção entre o princípio da insignificância/bagatela própria e a bagatela/insignificância imprópria.

Por fim, serão feitas considerações segundo entendimento jurisprudencial, sobre reincidência e maus antecedentes e, por conseguinte, abordadas as hipóteses de aplicabilidade do princípio da insignificância e se esses casos de reincidência e maus antecedentes poderão ser empecilho para a aplicação do aludido princípio.

2 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PENAL

As garantias constitucionais são forma de proteção dos bens jurídicos essenciais para a sociedade, garantindo ao ser humano a proteção de seus direitos fundamentais.

Deste modo, a relação do Direito Penal com a Constituição de 1988 é de suma importância, pois um Estado Democrático de Direito valoriza a dignidade da pessoa humana, e o Direito Penal tutela os bens jurídicos essenciais para se alcançar essa dignidade e uma pacífica vida em sociedade.

Considerando que todo ordenamento jurídico deve ser interpretado em

conformidade com a Constituição de 1988, os princípios penais constitucionais são uma exteriorização das garantias que são conferidas pela Constituição à todas as pessoas. Eles representam uma fonte para a legislação em matéria penal buscar uma eficaz proteção dos bens tutelados, representando, de um lado, o direito de punir do Estado e, do outro, o direito à liberdade dos cidadãos, haja vista que a dignidade humana é o alicerce de todos os demais princípios constitucionais penais.

2.1 Princípio da legalidade ou da reserva legal

O princípio da legalidade vem insculpido no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988, bem como no artigo 1º do Código Penal Brasileiro (BRASIL,1940), “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

É considerado um princípio muito importante do Direito Penal uma vez que, conforme se extrai do artigo transcrito acima, não se fala na existência de um crime se não houver uma lei que o defina como tal.

Ou seja, a criação dos tipos penais incriminadores e de suas respectivas consequências jurídicas está submetida à lei formal anterior.

Segundo Greco (2014, p 98-99), o princípio da legalidade possui quatro funções fundamentais, quais sejam:

proibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*); proibir a criação de crimes e penas pelos costumes (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*); proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentais ou agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*); e proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*).

O art. 5º, inciso XL da Constituição Federal (BRASIL,1988) reforçando o princípio da legalidade previsto no inciso XXXIX do mesmo artigo, dispõe que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. A regra constitucional, portanto, é a irretroatividade da lei penal que determina que esta só alcança os fatos cometidos após o início de sua vigência; a exceção é a retroatividade, desde que seja para beneficiar o agente.

Quanto à proibição da criação de crimes e penas pelos costumes, esta assegura que somente a lei, fonte de conhecimento imediata do Direito Penal, pode criar crimes e penas, bem como causas agravantes ou medidas de segurança.

No que diz respeito ao emprego de analogia *in malam partem*, o princípio da legalidade veda tal recurso para criar hipóteses que prejudiquem o agente.

Importante frisar que é possível a aplicação das normas costumeiras e de analogia, quando “*in bonam parte*”, ou seja, em benefício do réu.

Para Queiroz (2008, p. 23-24):

O princípio da reserva legal implica a máxima determinação e taxatividade dos tipos penais, impondo-se ao Poder Legislativo, na elaboração das leis, que redija tipos penais com a máxima prescrição de seus elementos, bem como ao Judiciário que as interprete restritivamente, de modo a preservar a efetividade do princípio.

Nesse sentido, o princípio da reserva legal exige que a lei penal seja clara e precisa, de modo a evitar uma aplicação da lei dotada de arbitrariedade e variabilidade, vedando, portanto, a criação de tipos penais com expressões vagas e ambíguas. A lei deve ser, por isso, taxativa.

2.2 Intervenção mínima e da fragmentariedade

O princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade assegura que o Estado deve intervir o mínimo possível na vida em sociedade, por isso, o Direito Penal deve ser aplicado em último caso, ou seja, somente depois de esgotadas as possibilidades de solução de conflitos por outros ramos do Direito, funcionando, assim, como *ultima ratio*.

Segundo Prado (2013, p.171), o referido princípio:

[...] estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica em sociedade e que não podem ser eficazmente protegido de forma menos gravosa.

Podendo o bem jurídico ser protegido de outra forma, deve esta ser aplicada, isso porque o Direito Penal não deve ser utilizado em excesso, vez que isso fará com que o referido instituto perca sua essência e se torne um meio meramente simbólico, ou seja, pode levar à ineficiência de seus dispositivos para solucionar conflitos.

Portanto, para evitar que isso ocorra, o Direito Penal deve ser afastado quando não se mostrar meio idôneo, adequado ou eficaz para prevenção de delitos.

Como corolário do princípio da intervenção mínima, destaca-se a fragmentariedade, a qual significa que somente alguns bens jurídicos, considerados fundamentais e de maior importância, serão tutelados pelo Direito Penal.

Destarte, somente aquelas lesões consideradas de maior gravidade devem ser objeto de criminalização, uma vez que o Direito Penal não se ocupa de todas as lesões a bens jurídicos, tendo em vista sua fragmentariedade.

2.3 Proporcionalidade

É um princípio implícito que determina que as penas impostas devem ser coerentes e proporcionais à gravidade da infração cometida, proibindo-se qualquer forma de excesso.

Esse princípio pode ser considerado como proporcionalidade abstrata (fase legislativa) e concreta (fase judicial): a primeira dirige-se ao legislador; e a segunda dirige-se ao juiz. Ou seja, deve haver um equilíbrio, tanto do legislador ao elaborar a norma quanto do juiz ao aplicar a pena, entre a gravidade do delito praticado e a penalidade cominada ou imposta.

2. 4 Intranscendência e individualização da pena

O artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal de 1988, assegura que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei estendidos aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.”

Nesse rumo, o princípio da intranscendência ou da pessoalidade, determina que só o autor da infração penal pode ser apenado.

No que diz respeito ao princípio da individualização da pena, este assegura que a pena deve ser adequada à magnitude da lesão causada ao bem jurídico. O artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) dispõe que “a lei regulará a individualização da pena [...]”. Dessa feita, a aplicação da pena deve considerar o fato e sua gravidade, bem como as condições pessoais do condenado.

A individualização da pena obedece a três fases distintas: legislativa, judicial e executória. Primeiramente, o juiz determinará qual pena ou quais penas serão aplicadas no caso concreto na segunda fase, o julgador, tendo em conta o caso concreto e determinados fatores previstos em lei, fixará a pena, observando o limite mínimo e máximo para o tipo penal em questão; e a terceira fase o magistrado determinará o cumprimento da pena.

3 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SUA ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

Após as considerações feitas acerca dos princípios, é possível concluir que a insignificância é vista como um princípio basilar do direito penal, uma vez que esse instituto possui vetores que orientam o aplicador da lei no momento de analisar o caso concreto, podendo ser aplicado em diferentes graus e ponderações.

Não se tem previsão legal acerca do princípio da insignificância, eis que se trata de um instituto jurídico de natureza supralegal que fora introduzido pela doutrina no Brasil e acabou chegando aos Tribunais Superiores, já tendo sido acolhido em inúmeras decisões de nossos tribunais, notadamente do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

3.1 Conceito e particularidades

Originário do Direito Romano, e de cunho civilista, o princípio da insignificância funda-se no conhecido brocardo *de minimis non curat praetor*, isto é, o pretor (no caso o magistrado, responsável pela aplicação da lei ao caso concreto), não cuida de minudências (questões insignificantes). O princípio da insignificância, tem como 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. Conforme preleciona Assis Toledo (2015, p. 111):

Segundo o princípio da insignificância que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária só vai aonde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas.

Nesse sentido, Prado (2013, p. 154) aduz que o referido princípio visa afastar a incidência de norma penal, nas hipóteses que, embora formalmente típica, a conduta seja de ínfima gravidade e, nem chegue a violar, de modo relevante, o bem jurídico tutelado, devendo, outrossim, ser consideradas atípicas as sanções ou omissões que afetem ínfimamente um bem jurídico-penal, de modo a evitar o uso excessivo da sanção criminal.

Segundo Manás (2016, p. 72):

O princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, o que consagra o postulado da fragmentariedade do direito penal.

Para o referido autor, o princípio da insignificância funda-se:

na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sintético, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevante os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal (CARLOS VINCO MANÁS, 2016, p. 72).

Mirabete e Fabbrini (2011, p. 102), a respeito do princípio da insignificância afirmam 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*.

Trata-se, portanto, de causa supralegal de exclusão de tipicidade, pois, embora não se encontre disposto normativo explícito que o determine, isso não obsta sua aplicação, eis que os princípios possuem caráter de norma jurídica, ainda que o princípio da insignificância não esteja positivado.

Segundo Capez (2015, p.24), o princípio da insignificância não é aplicado no plano abstrato, uma vez que deve ser observado em cada caso concreto, de acordo com suas especificidades, a fim de verificar quando será necessário aplica-lo.

Portanto, é certa a necessidade de que cada caso concreto seja examinado individualmente, não bastando apenas uma verificação do valor econômico dos bens violados, mas também a avaliação da conduta de cada agente.

3.2 Requisitos de admissibilidade do princípio da insignificância segundo o Supremo Tribunal Federal

Dentre as concepções analíticas de crime, a teoria majoritária é a tripartite, a qual considera a existência de três elementos essenciais para constituírem um deçoto: ação típica (tipicidade); ilícita (ilicitude) e culpável (culpabilidade).

A aplicação do princípio da insignificância retira a tipicidade material do fato, deixando, desse modo de ser considerado crime pela ausência de um dos seus elementos essenciais.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2014) definiu quatro requisitos essenciais que devem ser observados a fim de se aplicar o princípio da insignificância, quais sejam: i) mínima ofensividade da conduta do agente; ii) ausência de periculosidade social da ação; iii) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Nesse sentido, veja-se o seguinte julgado:

(...) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para se caracterizar hipótese de aplicação do denominado “princípio da insignificância” e, assim, afastar a recriminação penal, é indispensável que a conduta do agente seja marcada por ofensividade mínima ao bem jurídico tutelado, reduzido grau de reprovabilidade, inexpressividade da lesão e nenhuma periculosidade social (...). (BRASIL,2014, on-line)

A mínima ofensividade da conduta do agente analisa qual o potencial lesivo da conduta do agente, devendo este ser mínimo para que haja aplicação do princípio em tela.

A ausência de periculosidade da ação assegura que a conduta do agente não pode apresentar riscos à sociedade. O perigo que a conduta apresenta deve ser ínfimo.

O reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento está relacionado à censura da sociedade sobre determinadas condutas. Não há necessidade de punir o agente por uma conduta socialmente aceitável.

A inexpressividade da lesão jurídica provocada refere-se ao resultado jurídico causado em decorrência da conduta do agente. Para que seja aplicado o princípio da insignificância o resultado deve se mostra inexpressivo, ínfimo, insignificante.

Tais requisitos revelam o caráter subsidiário do Direito Penal, nos moldes do princípio da intervenção mínima, assegurando que o Direito Penal deve punir aquelas condutas que lesionem bens jurídicos de maior relevância, de modo a evitar a banalização do Direito Penal.

É necessário que os quatro requisitos estejam presentes cumulativamente para que seja admissível a aplicação do princípio da insignificância?

No entendimento de Luiz Flávio Gomes (2010, p. 22), a insignificância da conduta deve ser distinguida da insignificância do resultado. A depender de cada caso concreto, o princípio da insignificância poderá ser aplicado nas situações em que há apenas o desvalor da conduta, ou quando há apenas o desvalor do resultado, ou quando há desvalor da conduta e do resultado. Ou seja, não é necessário que todos os elementos estejam presentes cumulativamente para que incida o princípio da insignificância.

O *Habeas Corpus* de nº 120069, esclarece o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

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 (...) (BRASIL, 2013, on-line).

Logo, a jurisprudência aduz que para a aplicação do princípio da insignificância se faz necessária a presença, de forma cumulativa, dos quatro requisitos supramencionados, devendo o magistrado analisar caso a caso individualmente.

3.3 Criminalidade da Bagatela Própria ou Princípio da Insignificância X Criminalidade da Bagatela Imprópria ou Insignificância Imprópria

O princípio da bagatela imprópria ou insignificância imprópria não se deve confundir com o princípio da insignificância, uma vez que entende-se que este exclui o crime, enquanto àquele, apenas isenta o agente da pena.

O Crime de bagatela própria quer dizer que o Direito Penal deve selecionar os bens mais relevantes para serem, tutelados juridicamente, isto é, o Direito Penal não será aplicado quando o bem jurídico ofendido ou perigo de lesão forem insignificantes. Nesse caso, afasta-se a tipicidade material, pois os fatos são penalmente irrelevantes para a tutela jurídica do Direito Penal, operando apenas a tipicidade formal, uma vez que já encontra-se previsto em lei como crime.

Lado outro, no crime da bagatela imprópria os fatos são penalmente relevantes, porém o magistrado, ao fazer a análise das circunstâncias judiciais, previstas no artigo 59 do Código Penal (BRASIL, 1940), deixará de aplicar a pena por analisar ser desnecessária ao caso concreto.

Segundo Estefam e Gonçalves (2016, p. 140), o princípio da insignificância ou bagatela imprópria será aplicado nas seguintes situações:

(...) ínfimo desvalor da culpabilidade, ausência de antecedentes criminais, reparação dos danos, reconhecimento de culpa ou colaboração com a justiça, os quais apreciados globalmente e verificados no caso concreto, podem tornar a imposição da pena desnecessária.

Portanto, enquanto a Bagatela/Insignificância Própria exclui o crime, por gerar atipicidade material da conduta, a Bagatela/Insignificância Imprópria não exclui o crime, podendo este ser reconhecido, mas ficaria obstada a aplicação de penas privativas de liberdade, em que pese ser possível a manifestação de outras consequências no âmbito jurídico-penal.

4 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CASOS DE REINCIDÊNCIA E NA VISÃO DOS TRIBUNAIS

O tema será estudado sob o enfoque da aplicação do princípio da insignificância nos casos de maus antecedentes e reincidência. Serão feitas breves considerações sobre tais circunstâncias, abarcando a distinção entre elas.

Por fim, serão abordados os posicionamentos dos tribunais acerca da aplicabilidade do princípio da insignificância nos casos de reincidência para contextualizar a discussão final sobre o emprego do aludido princípio nas circunstâncias supracitadas.

4.1 Considerações sobre maus antecedentes e reincidência

Partindo do estudo sobre maus antecedentes e reincidência servirá como base para se chegar à conclusão do presente artigo: os maus antecedentes e a reincidência podem ser um empecilho à aplicação do princípio da insignificância?

Importante se faz delimitar as diferenças entre os dois institutos em questão.

O art. 59 do Código Penal Brasileiro, (BRASIL. 1940) fornece ao julgador critérios para a fixação da pena base, na dosimetria da pena, quais sejam: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, assim como os motivos, circunstâncias, consequências do crime e o comportamento da vítima.

Segundo Mirabete e Fabrini, (2011, p. 283) no que tange aos antecedentes do agente, será averiguado se o agente já se envolveu em outros delitos, se sua vida é isenta de ocorrências ilícitas, se é criminoso habitual ou se cometeu apenas um delito isolado, através dos dados colhidos no inquérito policial e durante a instrução criminal.

O agente que tivesse se envolvido em vários inquéritos e ações penais, seria considerado como um indivíduo de maus antecedentes. No entanto, a jurisprudência e a doutrina entendem, majoritariamente, que a ação penal só servirá como maus antecedentes depois de transitada em julgado.

Nessa linha, entende o Superior Tribunal de Justiça, conforme Súmula 444 (BRASIL,2010), que os inquéritos policiais e as ações penais em curso não podem ser utilizados como forma de agravar a pena base.

Tal premissa decorre do princípio constitucional da presunção da inocência (ou da presunção de não culpabilidade), previsto na Constituição Federal, em seu art. 5º, LVII. O referido princípio assegura que ninguém poderá ser considerado culpado até

o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Dessa feita, inquéritos policiais, processos criminais ainda em andamento e ações penais com sentença não condenatória, não podem caracterizar maus antecedentes.

A reincidência, por sua vez, prevista nos artigos 61, inciso I, 63 e 64 do Código Penal, é uma circunstância agravante e será analisada na segunda fase de aplicação da pena, ao contrário dos maus antecedentes que será apreciado na primeira fase.

O artigo 63 do Código Penal prevê que “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”.

Segundo o posicionamento dos doutrinadores, André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves (2016, p. 606), o agente que volta a cometer delitos, tendo sido anteriormente condenado por outro da mesma espécie, considera-se reincidência específica, enquanto se denomina de reincidência genérica a que exige a prática de um delito depois de ter sido o agente condenado e submetido a pena por delito diverso.

De acordo com Mirabete e Fabrini (2011, p. 293) a doutrina, também costuma falar em dois tipos de reincidência, a ficta e a real:

(...) 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.

Tendo em vista que a reincidência ficta é a adotada por nosso ordenamento jurídico, basta apenas que tenha a sentença condenatória transitada em julgado, não sendo necessário que o agente cumpra integralmente a pena do crime anterior para que se caracterize a reincidência.

Desse modo, são pressupostos da reincidência: a sentença condenatória transitada em julgado por infração anterior e o cometimento de nova infração.

O artigo 64, inciso I, do Código Penal (BRASIL, 1940) traz o elemento temporal. Quer dizer que para a reincidência seja considerada meio de agravar a pena, faz-se necessário que entre a condenação anterior e o cometimento de infração posterior haja um lapso temporal de no máximo cinco anos. Após decorrido o prazo superior a cinco anos, a condenação anterior não mais prevalecerá e o agente não mais será considerado reincidente.

Nesse sentido é o entendimento de Mirabete e Fabbrini (2011, p. 292):

Em decorrência da Lei nº 6.416/77, adotou-se no código o sistema da temporariedade com relação à caracterização da reincidência. A condenação anterior somente será considerada para o reconhecimento de agravante em estudo se não houver decorrido cinco anos entre a data do cumprimento da pena referente ao delito anterior e a da prática do crime posterior.

Desse modo, será considerado reincidente o indivíduo que, tendo anterior condenação transitada em julgado, pratica um novo crime, dentro do lapso temporal de cinco anos previstos na lei penal. 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.

Importante se faz ressaltar, ainda no contexto da reincidência, acerca do *bis in idem*, que significa punir o agente mais de uma vez pelo mesmo fato.

O sistema penal assegura, através do princípio do *non bis in idem*, que ninguém poderá ser punido duas vezes pelo mesmo fato.

No que diz respeito à reincidência, é incabível que um indivíduo seja reincidente e, ao mesmo tempo, portador de maus antecedentes pelo mesmo crime, eis que configuraria *bis in idem*. Nesse sentido, a Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL., 1999) entende que a reincidência não pode ser considerada como circunstância agravante e como circunstância judicial, ao mesmo tempo.

No Habeas Corpus nº 139501, (BRASIL, 2009) o Superior Tribunal de Justiça, decidiu que, no momento da dosimetria da pena, havendo circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu e reincidência, incorre *bis in idem*, pois concorriam diversas condenações em desfavor do réu, parte podendo ser utilizada no primeiro momento de aplicação da pena, como circunstâncias judiciais (maus antecedentes), e outra parte na segunda fase (reincidência). Asseverou-se que somente configuraria *bis in idem* se houvesse uma dupla valoração pelo mesmo fato criminoso, o que não foi o caso em questão.

4.2 Entendimento jurisprudencial acerca da aplicabilidade do princípio da insignificância nos casos de reincidência.

Até o primeiro semestre de 2014, o condenado reincidente não poderia ter um segundo delito reconhecido em seu favor pelo princípio da insignificância. Entendia-se que reconhecer a insignificância a um reincidente seria instigar a prática de pequenos crimes.

No entanto, este entendimento foi parcialmente alterado a partir do Informativo 756, do Supremo Tribunal Federal (BRASIL 2014) que passou a entender ser possível o reconhecimento da insignificância ao condenado reincidente, desde que, na espécie, a reincidência não tenha se processado pelo mesmo crime, ou seja, reincidência específica.

Em agosto de 2015, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que a aplicação do princípio da insignificância deveria ser analisada caso a caso pelo juiz de primeira instância, não devendo a Corte fixar tese sobre o tema. Não obstante, o Tribunal definiu, na época, que a aplicação do princípio da insignificância envolve um juízo amplo, devendo ser considerada não apenas a simples aferição do resultado material, como também a reincidência ou contumácia do agente.

Ocorre que, em 2016, o Supremo Tribunal Federal, em dois julgados apresentou um posicionamento diverso, conforme observa:

PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME DE FURTO SIMPLES. REINCIDÊNCIA. 1. A aplicação do princípio da insignificância envolve um juízo amplo (“conglobante”), que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados. 2. Por maioria, foram também acolhidas as seguintes teses: (i) a reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto; e (ii) na hipótese de o juiz da causa considerar penal ou socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância por furto, em situações em que tal enquadramento seja cogitável, eventual sanção privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a incidência do art. 33, § 2º, c, do CP no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade. 3. No caso concreto, a maioria entendeu por não aplicar o princípio da insignificância, reconhecendo, porém, a necessidade de abrandar o regime inicial de cumprimento da pena. 4. Ordem concedida de ofício, para alterar de semiaberto para aberto o regime inicial de cumprimento da pena imposta ao paciente. (BRASIL, 2016, on-line)

PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME DE FURTO TENTADO. RÉU PRIMÁRIO. QUALIFICAÇÃO POR ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E ESCALADA. 1. A aplicação do princípio da insignificância envolve um juízo amplo (“conglobante”), que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados. 2. Por maioria, foram também acolhidas as seguintes teses:

(i) a reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto; e (ii) na hipótese de o juiz da causa considerar penal ou socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância por furto, em situações em que tal enquadramento seja cogitável, eventual sanção privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a incidência do art. 33, §2º, c, do CP no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade. 3. Caso em que a maioria formada no Plenário entendeu por não aplicar o princípio da insignificância, nem abrandar a pena, já fixada em regime inicial aberto e substituída por restritiva de direitos. 4. Ordem denegada. (BRASIL,2016, on-line).

Em decisão proferida, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal reforçou a tese de que a reincidência, por si só, não impede a aplicação do princípio da insignificância em casos de crimes de menor potencial ofensivo, após trancar a ação contra um homem denunciado por furto qualificado por tentar levar 2 barras de chocolate de um supermercado, avaliadas, no total, em R\$ 54,28 (cinquenta e quatro reais e vinte e oito centavos).

Para o relator do Habeas Corpus o Supremo Tribunal Federal, Ministro Ricardo Lewandowski, ainda que a pessoa tivesse antecedentes criminais, a atipicidade da conduta deveria ser reconhecida, para a aplicação da lei,

ministro Ricardo Lewandowski citou como precedente um caso relatado pelo ministro Dias Toffoli (HC 137.290/MG 07-02-2018) em que a turma, por maioria dos votos, concedeu a ordem para reconhecer a atipicidade da conduta da paciente que tentou subtrair de um supermercado 2 (dois) frascos de desodorante e 5 (cinco) frascos de goma de mascar, avaliados em R\$ 42,00 (quarenta e dois reais), mesmo possuindo registros criminais passados, conforme observa:

Ainda que a análise dos autos revele a reiteração delitiva, o que, em regra, impediria a aplicação do princípio da insignificância em favor da paciente, em razão do alto grau de reprovabilidade do seu comportamento, não posso deixar de registrar que o caso dos autos se assemelha muito àquele que foi analisado por esta turma no HC 137.290/MG.

Corroborando o entendimento supramencionado, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 138.697, reformou a decisão da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça e determinou o trancamento do processo em que o réu era acusado de furto de um telefone celular, avaliado em R\$ 90,00 (noventa reais). Mais uma vez, o voto do ministro Ricardo Lewandowski,

acompanhado dos demais integrantes da Turma, prevalecendo a tese de que a reincidência, por si só, não impede a aplicação do princípio da insignificância:

Destarte, ao perceber que não se reconheceu a aplicação do princípio da insignificância, tendo por fundamento uma única condenação anterior, na qual o ora paciente foi identificado como um mero usuário, entendo que ao caso em espécie, ante inexpressiva ofensa ao bem jurídico protegido, a ausência de prejuízo ao ofendido e a desproporcionalidade da aplicação da lei penal, deve ser reconhecida a atipicidade da conduta.

Importante salientar, nesse contexto, que para o Superior Tribunal de Justiça (STJ), admite-se o princípio da insignificância em favor do reincidente, tendo em vista que 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 quanto para o reincidente.

Em uma liminar do ministro Felix Fischer, suspendeu a prisão provisória de uma mulher acusada de tentar furtar cinco frascos de desodorante. O juiz de primeira instância, que atua na comarca de Barretos (SP), determinou sete meses de prisão, em regime semiaberto. O prejuízo ao estabelecimento comercial, caso o crime tivesse sido consumado, seria de cerca de R\$ 50,00. O ministro Felix Fischer, atendeu ao pedido da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, que pediu o trancamento da ação penal por meio de *Habeas Corpus*. Na visão de Fischer, a reincidência não anula a atipicidade, ou seja, a ausência de elementos suficientes para a caracterização de um delito. No texto que fundamenta a decisão, o ministro menciona entendimentos recentes da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal entre elas, o trancamento de uma ação contra um homem que respondia por furto qualificado ao tentar sair de um supermercado sem pagar por 12 barras de chocolate, que custavam menos de R\$ 60,00 ao todo.

Destarte, é possível notar que a tendência jurisprudencial é a aplicação do princípio da insignificância também nos casos de reincidência. Assim, o fato do agente ser reincidente ou a existência de ações penais em andamento, sem o trânsito em julgado, não impede, por si só, a aplicação do princípio da criminalidade de bagatela, devendo o juiz considerar os elementos do caso concreto para aplicar ou não o aludido princípio.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como abordado no presente artigo a aplicação do princípio da insignificância nos casos de maus antecedentes e reincidência.

A importância de tal estudo baseia-se no fato de que, embora não exista um entendimento consolidado acerca da aplicação do princípio da insignificância, os tribunais o têm aplicado, observados os requisitos de admissibilidade determinados pelo Supremo Tribunal Federal, os quais revelam o caráter subsidiário do Direito Penal, nos moldes do princípio da intervenção mínima, assegurando que o Direito Penal deve punir aquelas condutas que lesionem bens jurídicos de maior relevância, de modo a evitar a banalização do Direito Penal.

Nesse sentido foram abordados os princípios penais limitadores do poder punitivo estatal, quais sejam: legalidade ou reserva legal, intervenção mínima e da fragmentariedade, proporcionalidade, intranscendência e individualização da pena, e por conseguinte, o princípio da insignificância.

O princípio da insignificância é causa excludente de tipicidade material de condutas que apresentem ínfimo grau de lesividade a bens jurídicos tutelados, já que o Direito Penal tutela bens jurídicos relevantes.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal definiu quatro requisitos essenciais que devem ser observados a fim de se aplicar o princípio da insignificância, quais sejam: i) mínima ofensividade da conduta do agente; ii) ausência de periculosidade social da ação; iii) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada. Diante disso, o princípio da insignificância torna o fato atípico materialmente se presentes os quatro requisitos supramencionados, cumulativamente.

Conclui-se que os requisitos de admissibilidade apresentados são de caráter objetivo, no sentido de se atentarem apenas para as características do fato delituoso, não se voltando para a pessoa do réu. Isso mostra que os aspectos subjetivos (aspectos da personalidade do agente e sua vida pregressa) não foram levados em conta na discussão sobre o cabimento do princípio da insignificância.

Após, foi feita uma breve distinção entre o princípio da Criminalidade da Bagatela Própria ou Princípio da Insignificância e a Criminalidade da Bagatela

Imprópria ou Insignificância Imprópria, eis que o primeiro exclui o crime, enquanto o segundo apenas isenta o agente da pena.

Em seguida foram feitas considerações e diferenciações entre maus antecedentes e reincidência, através das quais foi possível concluir que maus antecedentes é uma circunstância judicial que representa a vida pregressa do agente. Porém, ações penais em curso, inquéritos policiais e condenações sem trânsito em julgado não podem ser considerados como maus antecedentes. A reincidência, por sua vez, é circunstância agravante, analisada na segunda fase da aplicação da pena, caracterizada pela prática de novo crime depois de transitada em julgado condenação por crime anterior. Também pressupõe o trânsito em julgado de sentença condenatória. A reincidência deixa de existir quando decorrido período superior a cinco anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior.

A partir de tais discussões, foi possível chegar à conclusão de que, embora não haja um entendimento consolidado acerca da aplicação do princípio da insignificância, este tem sido cada vez mais aplicado pelos tribunais, sendo aplicado, inclusive, nos casos de maus antecedentes e reincidência, sob o fundamento de que ainda que a pessoa tivesse antecedentes criminais, conduta reiterada ou fosse reincidente, a atipicidade da conduta deveria ser reconhecida, porque a aplicação da lei penal seria desproporcional, observado o caso concreto e, desde que preenchidos os requisitos de admissibilidade determinados pelo Supremo Tribunal Federal para aplicação do benesse.

ANALYSIS OF THE APPLICABILITY OF THE PRINCIPLE OF INSIGNIFICANCE IN CASES OF CRIMINAL RECORD AND RECIDIVISM

Isabela Miranda Garlope Brandão

Kélvia Faria Ferreira

ABSTRACT

The present scientific article aims to analyze the principle of insignificance, questioning the possibility of its application for the benefit of repeat offenders or cases of criminal

record. The object of study is to verify the current position of the High Courts on the use or removal of the principle of insignificance in cases of recidivism and criminal record and the more complete cases can be applied to the application of the insignificance principle. The first chapter will discuss some constitutional guarantees related to Criminal Law, as well as the differentiation between principles and rules, to contextualize the main discussion of the work. In the second chapter will be made a doctrinal and jurisprudential analysis, which will address the concept and particularities of the principle of insignificance, as well as the requirements of admissibility of the principle of insignificance according to the Federal Supreme Court (STF). In the third chapter, the positions of the Federal Supreme Court (STF) and the Superior Court of Justice (STJ) on the possibility of applying the principle of insignificance in cases of recidivism and repetitive delinquency will be studied through analyzes of precedents.

Keywords: Insignificance principle. Applicability. Recidivism. Criminal record

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Glossário jurídico**. Princípio da Insignificância. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=P&id=491>> Acesso em 02 de nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 139501RJ da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, de 19 nov. 2009. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em:

<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/85822724/habeas-corpus-hc-139501-rj-2009-0116913-0/relatorio-e-voto-13670440>>. Acesso em: 27 de out. de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 119580 da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 24 jun.2014, processo eletrônico, Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000242930&base=baseAcordaos>> Acesso em: 27 de out. de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 120069, Primeira Turma, do Supremo Tribunal Federal, julgado em 10 dez. 2013, Relator: Ministro Luiz Fux, Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24866681/habeas-corpus-hc-120069-rs-stf/inteiro-teor-112849793?ref=juris-tabs>> Acesso em: 28 de out. de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 123108, Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Federal, julgado em 03 de ago. de 2015. Relator Min. Roberto Barroso, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000300301&base=baseAcordaos>> Acesso em: 28 de out. de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 123734, Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Federal, julgado em 03 de ago. de 2015. Relator Min. Roberto Barroso, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 01-02-2016 PUBLIC 02-02-2016).Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000300301&base=baseAcordaos> > Acesso em: 28 de out. de 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Raios. **Direito Penal Esquemático**: Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GALLI, Marcelo. Reincidência não impede a aplicação do princípio da insignificância. **Consultor Jurídico**, 10 maio 2017. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2017-abr-10/reincidencia-nao-impede-aplicacao-principio-insignificancia>>. Acesso em 26 de out. de 2018.

GALLI, Marcelo. Princípio da insignificância pode ser aplicado nos casos de reincidência. **Consultor jurídico**. 03-05-2017

<<http://www.conjur.com.br/2017-mai-03/principio-insignificancia-aplicado-casos-reincidencia>>. Acesso em 26 de out. de 2018.

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

GARCEZ, William. Reincidência e maus antecedentes: diferença conceitual e considerações jurídicas. **Delegados Portal Nacional**, 11 maio 2012. Disponível em: <<https://delegados.com.br/component/k2/reincidencia-e-maus-antecedentes-diferenca-conceitual-e-consideracoes-juridicas>>Acesso em: 25 de out. 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

MANAS, Carlos Vinco. **O Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade no Direito Penal**. 1ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NATUSCH, Igor. Reincidência não anula insignificância, indicam tribunais superiores. **Jornal do comércio**. 06-06-2017

Disponível em:

<http://jcrs.uol.com.br/_conteudo/2017/06/cadernos/jornal_da_lei/566231-reincidencia-nao-anula-insignificancia-indicam-tribunais-superiores.html>. Acesso em: 28 de out. de 2018.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, Parte Geral. v. 1. 12ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal**, Parte Geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma julga casos de aplicação do princípio da insignificância. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=335447>> Acesso em: 26 de out. de 2018