

A REINCIDÊNCIA COMO CRITÉRIO SUBJETIVO DA INSIGNIFICÂNCIA

Nyedson Henrique Vieira da Silva¹
João Claudio Carneiro de Carvalho²

Direito



RESUMO

O presente trabalho busca entender a utilização do princípio da insignificância nos casos de reincidência do autor baseando-se em julgados do Supremo Tribunal Federal. Para desenvolver este artigo utilizou-se de pesquisa bibliográfica física e virtual, através de livros, legislação e jurisprudências do STF. Inicialmente procura-se fazer um estudo sobre a excludente de tipicidade material da insignificância diante da doutrina e da jurisprudência do STF; também busca-se aprender sobre a agravante da reincidência, através da doutrina e legislação penal brasileira, observando seus critérios e efeitos. Depois, faz-se um comparativo entre o *habeas corpus* 115707/2013 de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, e o *Habeas Corpus* 155.920/2018, sobre a utilização da reincidência como critério subjetivo limitador da aplicação do princípio da insignificância, além de ponderar sobre os problemas do sistema prisional no tocante a ressocialização dos apenados, sendo um fator responsável dos reeducandos voltarem a delinquir. Por fim, conclui-se pela possibilidade da aplicação da referida excludente de tipicidade, mesmo no caso de o agente criminoso ser reincidente.

PALAVRAS-CHAVE

Princípio da insignificância. Reincidência. Jurisprudência. Aplicação. Tipicidade Material.

ABSTRACT

The present work seeks to understand the use of the principle of insignificance in cases of recidivism of the author based on judgments of the Federal Supreme Court. In order to develop this article we used physical and virtual bibliographical research, through STF books, legislation and jurisprudence. Initially we try to make a study about the exclusion of material typicity from insignificance in view of the doctrine and jurisprudence of the STF; it is also sought to learn about the aggravation of recidivism, through Brazilian doctrine and criminal law, observing its criteria and effects. Then, a comparison is made between habeas corpus 115707/2013 by the rapporteur of the Minister Carmen Lúcia, and Habeas Corpus 155.920 / 2018, on the use of recidivism as a subjective criterion limiting the application of the principle of insignificance, as well as considering the problems of the prison system in relation to the resocialization of the victims, being a responsible factor of the reeducandos to return to delinquent. Finally, it is concluded that the possibility of applying this exclusion of typicality, even if the criminal agent is a repeat offender

KEYWORDS

Principle of insignificance. Recidivism. Jurisprudence. Application. Typicity Material.

1 INTRODUÇÃO

Com a crescente demanda sobre o tema no Supremo Tribunal Federal, o presente artigo, tem por escopo, analisar a aplicabilidade do Princípio da Insignificância em caso de reincidência. O problema de pesquisa abordado neste trabalho é o seguinte: se a vida pregressa do réu, por si só, seria motivo para afastar a excludente tipicidade da insignificância? Por meio de decisões proferidas por ministros da Suprema corte, demonstrar-se-á a possibilidade do referido princípio nestas circunstâncias. Vale salientar, também, que o tema merece destaque pela atual realidade do sistema prisional Brasileiro de não conseguir cumprir o seu papel ressocializador, servindo como propulsor de reincidência.

Procura-se conhecer mais sobre o instituto da insignificância, desde o conceito de que o direito não deve se preocupar com bagatelas, bem como sua atuação como excludente da tipicidade material e seus requisitos objetivos trazidos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) por não haver previsão legislativa. Além de se fazer um estudo sobre a agravante da reincidência no sistema penal brasileiro, seus requisitos e efeitos, observadas as teses doutrinárias, as disposições do Código Penal e da lei de Contravenções Penais.

O STF tem se manifestado a respeito do tema, com base em algumas decisões de seus ministros, mais especificamente o *Habeas Corpus* (HC) 115707/2013, de re-

latoria da Ministra Cármen Lúcia, e *Habeas Corpus* 155.920/2018, sob relatoria do Ministro Celso de Melo, nos quais observa-se as hipóteses de se aplicar, tomando o fato atípico, o que descaracteriza o novo crime, bem como a de não se utilizar da excludente de ilicitude da insignificância, nos casos em que a reincidência do réu, sendo esta, tratada como um critério subjetivo, sopesando a personalidade do agente para decidir a utilização da excludente.

O desenvolvimento do presente artigo científico se deu por meio da coleta de dados bibliográficos físicos e virtuais, utilizando-se de análise de livros da doutrina, legislação vigente e decisões do STF (HC 155.920/2018-MG, HC 115707/2013-MS, HC: 103657/2011-MS, HC 123108/2015-MG).

2 PRINCÍPIO DA BAGATELA E A REINCIDÊNCIA E SUAS APLICAÇÕES PARA A NORMATIVIDADE PENAL BRASILEIRA

2.1 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E APLICAÇÃO NO DIREITO PENAL PÁTRIO

A demanda de processos enviados à suprema corte, sobre o assunto, que de acordo com o ministro Roberto Barroso (HC 123108 / MG), baseando-se em um levantamento da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, vem crescendo e, recentemente, fez o Supremo Tribunal Federal manifestar-se sobre o tema. Mesmo assim, não se chegou à um consenso definitivo, pois em alguns casos se discute a reincidência como critério subjetivo para aplicação da excludente de ilicitude da bagatela, além dos critérios objetivos também estabelecidos pelo STF, os quais serão abordados adiante. Para melhor compreender o tema, é importante conhecer mais sobre os referidos institutos penais.

Conceitualmente, o princípio da insignificância ou bagatela, aduz que só pode ser tutelada pelo Direito Penal a conduta danosa ou com ameaça de dano relevante, significativa, ou seja, se a ação ou omissão não provoca lesão ou ameaça de lesão significativa ao bem jurídico tutelado, então ela não poderá ser objeto de tutela do direito penal. Guilherme de Sousa Nucci (2011, p. 71) afirma que o direito penal funciona como última *Ratio*, por possuir caráter subsidiário, não devendo, assim, se preocupar com bagatelas.

Conforme os ensinamentos de Damásio de Jesus, (2014, p. 52):

Ligado aos chamados “crimes de bagatela” (ou “delitos de lesão mínima”), recomenda que o Direito Penal, pela adequação típica, somente intervenha nos casos de lesão jurídica de certa gravidade, reconhecendo a atipicidade do fato nas hipóteses de perturbações jurídicas mais leves (pequeníssima relevância material).

Também sobre o tema, traz Assis Toledo (1994, p. 133):

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

Há, ainda, divergência doutrinária sobre quando teria surgido o instituto em comento e quem seria seu possível criador. De acordo com Fernando Capez (2004, p. 121-122,) sua criação se deu no Direito Romano, sendo de cunho civilista, fundando-se no conhecido brocardo de "minimis non curat praetor", só sendo inserido no sistema penal na segunda metade do século XX por Claus Roxin, penalista alemão. Por outro lado, Luiz Regis Prado (2011, p. 182) assevera que a formulação do princípio adveio do próprio Claus Roxin:

De acordo com o princípio da insignificância, formulado por Claus Roxin e relacionado com o axioma mínima *non cura praeter*, enquanto a manifestação contrária ao uso excessivo da sanção criminal, devem ser tidas como atípicas as ações ou omissões que afetem infimamente a um bem jurídico-penal. (PRADO, 2011, p. 182).

No direito penal Brasileiro não há previsão expressa da insignificância, do ponto de vista legislativo, recebendo, o referido princípio, "status" de norma supralegal como aduz Fernando Capez (2004, p. 121-122):

Na verdade, o princípio da bagatela ou da insignificância (*Geringfügigkeits-prinzip*) não tem previsão legal no direito brasileiro, consoante lembra Paganella Boschi, sendo considerado, contudo, princípio auxiliar de determinação da tipicidade, sob a ótica da objetividade jurídica.

No entanto, de acordo com Júlio Mirabete (2010, p. 104), a doutrina e a jurisprudência brasileiras têm adotado o uso de tal instituto por analogia, ou interpretação interativa, desde que não contra legem.

Conforme Fernando Capez e Edilson Mougenot Bonfin (2004, p. 253), levando em consideração o conceito analítico, que seguindo a perspectiva moderna dogmática alemã o crime divide-se em: fato típico, antijurídico e culpável. Chamado pela doutrina de conceito tripartido. Sendo que o objeto deste tema se encontra especificamente dentro do Fato típico. Conforme Damásio de Jesus (2014, p. 300), o fato típico se divide em quatro elementos: conduta (culposa ou dolosa), resultado, nexo de causalidade e tipicidade.

O último elemento, o qual realmente interessa para este estudo, trata-se de uma forma do estado impedir, formalmente, determinadas condutas consideradas nocivas ao

convívio social, de forma que legislador positiva determinados comportamentos como proibidos em texto expresso de lei, respeitando o princípio constitucional da anterioridade, dando segurança jurídica para que somente sejam punidas aquelas ações ou omissões, tipificadas, cometidas após a entrada em vigor da norma penal incriminadora.

Tipicidade, conforme Alexandre Salim e Marcelo André de Azevedo (2017, p. 57), pode se classificar em Formal, tratando-se da adequação da conduta do agente ao dispositivo legal, ao verbo do tipo, e Material, que corresponde à lesão causada ao bem jurídico. Sendo justamente esta, excluída pelo princípio da insignificância, pois dentro do conceito material de crime, entende-se que para uma conduta ser considerada criminosa, não basta a legalidade formal, não basta a positividade da ato, mas se faz necessária uma conduta lesiva ou com ameaça de lesão não tolerável, do ponto de reprovabilidade social, inexistindo esta, depois de haver uma análise do caso concreto e suas particularidades, o fato se tornará atípico, o que por conseguinte exclui o crime, não sendo justificável a intervenção penal.

Alexandre Salim e Marcelo André de Azevedo (2017, p. 57) sobre o disposto acima:

Na tipicidade material incide o princípio da insignificância, afastando-a. Isto quer dizer que exclui ou afasta a tipicidade em seu aspecto material, de sorte que inexistente o primeiro elemento do crime, e, por consequência, o próprio crime. Trata-se de uma "infração bagatelar" (ou "infração bagatelar própria") ...Sob um enfoque hermenêutico, o princípio da insignificância pode ser visto Como instrumento de interpretado restritiva do tipo penal, tendo em vista que restringe o âmbito de incidência da lei penal incriminadora e afasta a tipicidade material.

A 5ª turma do STJ, no julgamento do RHC 46435, j. 13/10/2015, dispõe, ainda, que a verificação da insignificância atua como requisito negativo da tipicidade conglobante, por adentrar da observação do desvalor entre conduta e resultado em sentido amplo, ultrapassando o juízo subsuntivo típico formal. Conforme Zaffaroni (2013, p. 413), no âmbito da Tipicidade Conglobante, a norma proibitiva deve estar conglobada com o resto da ordem normativa, não devendo ser considerada isoladamente. Também se trata de um corretivo da tipicidade legal, pois pode excluir condutas que apenas aparentemente são proibidas, do âmbito típico.

O STF, diante dos reiterados casos que chegavam a suprema corte, estabeleceu critérios objetivos para aplicação do instituto da bagatela como excludente da tipicidade material, não se limitando este, simplesmente a análise da lesão cauda ao bem. Sendo esses critérios: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada (HC 84.412/ 2004). Precedente, este, muito citado nas decisões do Supremo, inclusive nas decisões que serão analisados neste trabalho.

A Suprema Corte ainda expõe a necessidade de ser analisado em conexão com o princípio da Fragmentariedade, no qual, segundo Damásio de Jesus (2014, p. 52),

o direito penal só protege os bens jurídicos mais importantes, em respeito ao fragmento dos interesses jurídicos e o princípio da Intervenção Mínima do Estado, que conforme Mirabete (2010, p. 41), “o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes, deixando os demais à aplicação das sanções extrapenais”.

Além dos critérios subjetivos, estabelecidos pelo STF, há uma discussão sobre a aplicação da reincidência como um critério objetivo em tribunais superiores. Ocorrendo, então, duas hipóteses.

Uma é de que não se aplica como no HC 115707/2013, julgado pela segunda turma, sob relatoria da min. Cármen Lúcia, no qual os ministros decidiram, por unanimidade, seguir o voto da relatora em denegar o referido *habeas corpus*, reconhecendo a insignificância devido à reincidência do réu que furtou uma bicicleta marca Monark, cor vermelha, modelo barra circular, avaliada em R\$ 359,89.

A outra hipótese é que a reincidência, por si só, não afasta a aplicação do princípio da insignificância como no *Habeas Corpus* 155.920 MG/ 2018, sob relatoria do ministro Celso de Melo. No caso o réu estava sendo acusado pela tentativa de furtar peças de queijo.

Faz-se necessário, considerando esta divergência jurisprudencial da corte maior, o entendimento sobre o instituto da reincidência para poder, mais a frente, baseado nos dois casos acima, sopesar sua influência como critério objetivo da exclusão da tipicidade da bagatela.

2.2 O INSTITUTO DA REINCIDENCIA E SUA APLICAÇÃO NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

O termo “reincidência”, conforme Damásio de Jesus (2014, p. 613), decorre de *reicidere* que tem por significado recair ou repetir o ato, sendo tratado no direito como a repetição da prática criminosa. Ainda segundo o autor, a doutrina apresenta o assunto de duas formas: Reincidência Real: acontece quando o agente comete um novo delito depois de cumprir, total ou parcial, a pena do crime anterior; Reincidência Ficta: adotada pelo código penal brasileiro (art. 63), ocorre quando o sujeito pratica nova delito penal, após o trânsito em julgado de sentença condenatória por crime anterior. Seguindo no mesmo raciocínio, aduz Mirabete (2010, p. 290):

De acordo com a doutrina, duas são as espécies de reincidência: a *real*, que ocorre apenas quando o agente cumpriu a pena correspondente ao crime anterior, a *ficta*, que existe com a simples condenação anterior. Foi esta adotada por nossa legislação. Segundo o art. 63, “verifica-se 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”.

Para Eugenio Raúl Zaffaroni (2013, p. 746), além das formas citadas acima, há outras duas formas de classificação: específica e genérica. A primeira exige o cometimento de um novo delito igual ou da mesma categoria da condenação anterior. Já a segunda, adotada pelo código penal brasileiro, não se faz necessários estes requisitos, basta a condenação por outro crime.

A reincidência na legislação penal brasileira está inserida dentro do rol de situações que sempre agravam a pena do art. 61 do código penal de 1940: "São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I - a reincidência". No artigo seguinte, o 63 do CP, pode se extrair a necessidade de a condenação anterior ser por sentença irrecorrível e que o tempo do cometimento do novo delito seja após tal sentença. Sobre isto, afirma Júlio Mirabete (2010, p. 290, 291):

Exige-se, portanto, que tenha transitado em julgado a anterior sentença condenatória antes do cometimento do segundo crime. Não se caracteriza a reincidência, assim, se, na ocasião da prática de novo crime, estiver pendente de julgamento qualquer recurso sobre o delito anterior, inclusive o extraordinário.

Indo mais a fundo, no texto legislativo do código penal, percebe-se necessidade de a condenação anterior ser por crime e não contravenção penal, pois no texto do artigo 63 do CP o legislador foi taxativo em falar "crime" e não "infração anterior", que é extensivo tanto para crime, como contravenção. Já no artigo 7º da lei de contravenções penal tem-se que há reincidência quando o agente comete contravenção, após ter sido condenado por crime ou contravenção. O primeiro no Brasil ou no estrangeiro, já a segunda, apenas no Brasil. Sobre o assunto, Mirabete (2010, p. 291) assegura:

Referindo-se a lei apenas a *crime anterior*, inexistirá a reincidência do delito praticado após a sentença irrecorrível em que o agente tenha sido condenado por contravenção. Será ele, todavia, reincidente se praticar nova contravenção desde que a primeira tenha sido praticada no Brasil (art.7º da LCP).

No mesmo sentido Raúl Zaffaroni (2013, p. 749) explicita:

O pressupôs legal da reincidência é uma sentença condenatória definitiva por delito anterior, afastada uma condenação por contravenção. De conformidade com a lei contravencional, uma condenação anterior por delito dá lugar à reincidência contravencional (art. 7º da lei de contravenções penais), mas não o inverso.

Pode se extrair, dor referido dispositivos penais, as seguintes hipóteses: condenação criminal anterior mais o cometimento de novo crime, reincidência há; sentença criminal anterior, transitada em julgado, por crime mais a prática de uma contravenção: há reincidência; sentença irrecorrível, anterior, por contravenção mais o cometimento de nova contravenção: existe a reincidência; sentença anterior, transitada em julgado, por contravenção e o agente comete novo crime: não há reincidência neste tipo de caso. Sobre isso, detalha bem Damásio de Jesus (2014, p. 614) traz:

A condenação irrecorrível anterior deve ter fundamento na prática de um crime e não de contravenção. Note-se que no art.63 fala em "crime anterior" e não "infração anterior", que abrange crime e contravenção. Na LCP, o art. 7º reza: "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". Podem ocorrer várias hipóteses: a) o agente, condenado irrecorrivelmente pela prática de crime, vem a cometer outro delito: é reincidente (CP, art.63); b) o agente pratica um crime; condenado irrecorrivelmente, vem a cometer outra contravenção: é reincidente (LCP, art.7); c) o sujeito pratica uma contravenção, vindo a ser condenado por sentença transitada em julgado; comete outra contravenção: é considerado reincidente (LCP, art. 7º); d) o sujeito comete uma contravenção; vindo a ser condenado por sentença irrecorrível; comete outra contravenção: não é reincidente (LCP, art. 7º).

Outro fator a se considerar, é de a sentença irrecorrível estrangeira ser por um delito também tipificado no Brasil, pois, nas palavras de Zaffaroni (2013, p. 750) "seria absurdo que alguém fosse considerado reincidente, em razão de uma condenação anterior fundada num fato atípico no território nacional". O autor fala ainda da necessidade de ter sido respeitados os direitos humanos fundamentais do condenado, em questão das garantias processuais do *due process of law*, além do reconhecimento da reincidência ou admissão ao caso da sentença, no país que houve tal condenação.

É importante ressaltar que quando houver a extinção da punibilidade do crime anterior, não se falar em reincidência com a ocorrência de um novo delito, porém pode ocorrer se a extinção da punibilidade se deu depois da sentença condenatória ter transitado em julgado. Sobre isto, Damásio de Jesus (2014, p. 615) afirma que a extinção da punibilidade apenas impossibilita, juridicamente, a imposição da sanção, contudo não rescinde a condenação penal. O doutrinador fala, ainda, que mesmo não acontece nos casos de *abolitio criminis* e *anistia*, por nestes casos apagam o crime e a condenação passada em julgado.

Quando o juiz tiver concedido perdão judicial ao delito anterior, se o agente vier a cometer um novo crime, não há que se falar na recidiva, pois o art. 20 do CP

dispõe: “Art. 120 - A sentença que conceder perdão judicial não será considerada para efeitos de reincidência”.

A reincidência criminosa pode causar diversos efeitos: o primeiro trazido no Código Penal de 1940 é da agravação da pena no art. 61, I e, havendo concurso de agravantes, classifica-se nas circunstâncias que preponderam do art. 67: “No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência”; trata-se de um impeditivo para concessão da suspensão condicional da execução da pena, pois no artigo 77, inciso I, exige-se agente não reincidente para tal; no livramento condicional por pena igual ou superior a 2 anos do art.83, o prazo é aumentado um terço par a metade; funciona como impeditivo da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, se o réu é reincidente em crime doloso (art. 44, inciso II) ou gerar a conversão em pena privativa de liberdade, a substitutiva (art. 44, § 4º); o prazo da prescrição da pretensão executória (art.110, caput) é aumentado; está entre as causas interruptivas da prescrição do art. 117; também impede algumas causas de diminuição de pena. Sobre estes efeitos, Eugenio Raúl zaffaroni (2013, p. 751) trata:

Quanto aos efeitos da reincidência, esta não somente se limita a agravar a pena, dentro dos limites da cominação pertinente, mas também impede a concessão do *sursis*, ou suspensão condicional da pena (art. 77, I, do CP), aumente, de um terço a metade, o prazo de efetiva privação de liberdade para o livramento condicional (art. 83, II, do CP), interrompe a prescrição (art.117, IV, do CP), impede a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos (art. 44, II, do CP), pode provocar a conversão da pena substitutiva por uma privativa de liberdade (art. 44, § 4º, do CP).

Damásio de Jesus (2014 p. 616) afirma:

A reincidência tem os seguintes efeitos: a) agrava a pena (art. 61, I); b) no concurso de agravantes, constitui “circunstância preponderante” (art. 67); c) impede a concessão da suspensão condicional da execução da pena (art. 77, I); d) aumenta o prazo de cumprimento da pena para obtenção do livramento condicional (art.83, II); e) aumenta o prazo da prescrição da pretensão executória (CP, art. 110, caput); f) interrompe a prescrição (art.117, IV); g) impede algumas causas de diminuição de pena (art. 155, § 2º, 170 e 171, § 1º).

Deve se lembrar, também, que o código penal, no inciso II do artigo 64, excluiu o efeito da reincidência para os crimes militares próprios e para os crimes políticos.

Além da necessidade da sentença condenatória irrecorrível por crime anterior, a doutrina discute sobre a chamada “Prescrição da Reincidência”, desta discussão decorrem três sistemas: O primeira da Perpetuidade, no qual lapso temporal entre o novo crime e anterior não interessa; foi o adotado inicialmente pelo CP/1940, sendo substituído posteriormente pelo segundo, da Temporariedade, o qual determina certa quantidade de tempo entre um delito e outro, para ser reconhecida a recidiva criminosa, foi inserido no sistema penal brasileiro por meio da Lei 6.416/1977, dispondo do prazo, necessário, de 5 anos entre um delito e outro; por último, o sistema misto, neste a gravação é atenuada com o decorrer do tempo. O doutrinador Zaffaroni (2013, p. 751), explica:

Quanto aos efeitos da reincidência, de conformidade com o disposto pelo inciso I do art. 64 do CP, “não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido o período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação”. Este dispositivo elimina o “estado de reincidência” perpétuo, como instruída o código de 1940, que mantinha um efeito estigmatizador por toda a vida da pessoa condenada. A limitação, em cinco anos, foi introduzida entre nós, pela Lei 6. 416, de 24 de maio de 1977, e o Código vigente estabelece que, para que produza esses efeitos, computa-se o tempo do livramento condicional e da suspensão condicional da pena.

A aplicação desta agravante, levando em consideração o sistema trifásico é feita pelo julgador na segunda fase da dosimetria da pena, onde se trata das circunstâncias atenuantes e agravantes, em obediência ao disposto no art. 67 do CP: “A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”. O que indica sua tratativa já após o reconhecimento do crime (fato típico, antijurídico e culpável) com a provação de autoria e materialidade, sendo usada como fator valorativo da pena.

3 DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O USO DA REINCIDÊNCIA COMO CRITÉRIO SUBJETIVO DA EXCLUDENTE DE TIPICIDADE DA INSIGNIFICÂNCIA

É notória a divergência jurisprudencial do STF sobre o assunto, devendo serem observadas algumas decisões para entender melhor o porquê de tais divergências.

No habeas corpus 115707/2013, impetrado pela defensoria pública, chegou ao STF, após o réu ter sido condenado em terceira instância, pelo furto (crime tipificado

no art.155, caput/ CP) de uma bicicleta no valor de R\$ 359,89 à época do delito. A impetrante pediu o reconhecimento do princípio da insignificância com o argumento de que a conduta não atingiu o bem jurídico, hora tutelado, de “maneira ofensiva” ou “concretamente perigosa”.

O caso foi julgado pela suprema corte sob a presidência da ministra Cármen Lúcia que em seu voto decidiu pela denegação do referido recurso, fundando-se, além da afirmativa das instâncias inferiores de que o bem, para a vítima, a qual exerce profissão de campeiro e auferir pouca renda, a ministra também considerou, como critério subjetivo, a reincidência do indivíduo em harmonia com as decisões dos órgãos jurisdicionais sobre o caso e outras decisões do próprio supremo: HC 108.403/2013, Relator o Ministro Luiz Fux, no qual ele sustenta não cabimento do princípio, havendo reincidência, além da necessidade de analisar o reflexo da conduta no âmbito social, e os HC’s 111.608/2012 e 107.138/2011, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski. Neste último HC, Min. Lewandowski denegou o pedido, ressaltando que o acatamento poderia gerar um estímulo ao cometimento de novos delitos, podendo aumentar o clima de insegurança vivido pela coletividade.

A excelentíssima sustenta, ainda que o sistema penal não pode tratar como irrelevantes, condutas de infratores contumazes, ainda que estes pratiquem crimes de pequena monta, os quais, se analisados isoladamente parecem irrelevantes, porém, se considerados no conjunto, seria uma maneira do infrator ganhar a vida. E que o princípio da insignificância foi estruturado para abraçar desvios de conduta ínfimos, e não para resguardar condutas desvirtuadas constantes, práticas estas, as quais deverão ser submetidas ao direito penal por perderem a característica de bagatela, devido à reprovabilidade que representam.

Já no recente julgamento do Habeas Corpus 155.920/2018, MG, impetrado contra decisão do STJ, condenando o réu pela tentativa de furto (art.155, caput c/ c art.14, II do CP) de duas peças de queijo Minas, avaliadas em aproximadamente R\$ 40,00, sob relatoria do min. Celso de Melo, o pedido do reconhecimento da insignificância foi reconhecido mesmo com o autor sendo reincidente.

O ministro decidiu por seguir outras decisões jurisprudenciais do STF, dentre eles: HC 87.478/PA, Rel. Min. EROS GRAU; HC’s 92.463/RS, 94.505/RS, 94.772/RS, 95.957/RS, de relatoria dele próprio, pelo acatamento da procedência do pedido em favor do réu. Salientou a importância da análise da bagatela em conjunto com os postulados da Fragmentariedade e o da Intervenção Mínima do Estado, além de se verificar os critérios objetivos da insignificância (já mencionados anteriormente). E também, seguindo outras jurisprudências da Suprema corte (julgamento conjunto do HC 123.108/MG, do HC 123.533/SP e do HC 123.734/MG), entendeu que a reincidência, por si só, não exclui a insignificância, dando deferimento ao habeas corpus.

Neste caso, diferentemente do outro, sob Relatoria da Min. Cármen Lúcia, o excelentíssimo Ministro, decidiu pela aplicação do princípio da insignificância, manteve seu entendimento em outros julgamentos de que a reincidência, por si só, não exclui a insignificância, min. Celso de Melo, ainda citou o voto do ministro Roberto Barroso no HC 123108 / MG, no qual, este, teceu crítica de outras decisões no sentido conde-

nar por condutas irrelevantes, do ponto de vista lesivo ao bem tutelado, pelo fato do agente ser reincidente.

Barroso ressaltou, ainda, o encarceramento em massa, dificultando a ressocialização do apenado, tornando órgãos prisionais verdadeiras escolas do crime, onde preso entra, muitas vezes, por pequenos delitos, e acaba saindo pior do entrou, além de frisar que a pena deve seguir de caráter preventivo, remetendo, assim, à Teoria da Prevenção, a qual nas palavras de Fernando Capez (2004, p. 633), “a pena objetiva a readaptação e a segregação sociais do criminoso como meios de impedi-lo de voltar a delinquir”.

Observa-se que enquanto no primeiro caso entende-se como melhor continuar com a condenação do réu, pelo fato dele voltar a cometer crime, fundando-se na subjetividade do autor. Demonstrando o entendimento de se punir com mais rigor aqueles os quais se utilizam do meio criminoso para satisfação financeira como se fosse trabalho, tendo recolhimento do indivíduo contumaz cunho retributivo com o intuito de evitar novas ações delituosas pelo agente, além de passar sentimento de justiça e sossego da ordem pública; no segundo, considera-se melhor não aplicar uma punição, desconsiderando o fato do agente recair em situação delituosa e apenas, sopesando a lesividade da conduta que inegavelmente, considerando os critérios objetivos, é insignificante; desconsiderando, assim, a reincidência como critério subjetivo da insignificância.

Outro fator importante a se considerar é o que Cezar Roberto Bitencourt (2013, p. 597) chama de “efetivo fracasso da pena privativa de liberdade”, comprovado por meio dos altos índices de reincidência. Pois ao ingressar no sistema penitenciário, o recluso está sujeito a condições materiais e humanas as quais podem causar efeitos degradantes à sua personalidade, podendo sair pior do que entrou.

Segundo o juiz Douglas Martins, titular da Vara dos Direitos Difusos e Coletivos da Comarca de São Luís-MA, em entrevista ao jornalista da BBC Brasil, Luis Kawaguti, em janeiro de 2014, mencionou sobre o problema de expor detentos que praticaram crimes de menor potencial ofensivo com aqueles presos por delitos mais graves. Segundo ele, ao adentrarem no sistema os condenados são obrigados a entrarem para alguma facção criminosa, com as quais, muitas vezes, contraem dívidas que são pagas até após o cumprimento da pena, por meio de outros delitos, levando-os a reincidir.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, procurou-se conhecer mais sobre o princípio da bagatela, desde o início da sua utilização do direito penal, até sua função como instituto capaz de descaracterizar a tipicidade material e seus critérios objetivos estabelecidos pelo STF, bem como foi feito um estudo pormenorizado da reincidência e observada sua utilização como critério subjetivo da insignificância.

Ao se analisar alguns julgados da suprema corte, vê-se que não há um consenso fechado sobre o tema, pois parte decide por não empregar, visando punir com

mais rigor, aqueles os quais recaem em situação de delinquência, retribuindo o mal de forma mais gravosa com o intuito de prevenir que delinquam novamente. No entanto, outra parte defende sua aplicação, independentemente, do réu, ser ou não, reincidente. Viu-se também o problema do encarceramento como fator construtor de uma personalidade criminosa devido à exposição do apenado às más condições carcerárias e a criminosos, servindo só para reafirmar seus valores negativos, o levando a reincidir, por não cumprir papel de ressocialização.

Diante do exposto, conclui-se, que há sim a possibilidade de se empregar a insignificância diante da reincidência do autor, pois observa-se, que parte dos entendimentos do Supremo tem sido neste sentido. Outro fato, é o de não haver legislação, limitando sua utilização nessas situações, por se tratar de uma norma suprallegal.

Vale ressaltar que o Direito não se trata de uma ciência exata com fórmulas específicas a serem seguidas em todas as situações, pois cada caso concreto possui suas particularidades, devendo haver o sopesar das suas características, para, aí sim, chegar à uma conclusão, se há necessidade de punir o agente pelo ato praticado.

REFERÊNCIAS

BOMDIM, Edilson Mougnot; CAPEZ, Fernando. **Direito penal:** parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Em habeas corpus nº 46.435 – RR. Relator: Min. Ribeiro Dantas (2014/0062734-0). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1452196&num_registro=201400627340&data=20151021&formato=PDF. Acesso em 07 de junho de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no habeas corpus 115707, Relator (a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 25/06/2013, processo eletrônico DJe-156 DIVULG 09-08-2013 PUBLIC 12-08-2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000211530&base=baseAcordaos>. Acesso em 07 de junho de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no habeas corpus 123.108 Minas Gerais relator: Min. Roberto Barroso. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC_123108_MLRB.pdf. Acesso em 07 de junho de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no habeas corpus 103657 MS,/ STF- Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 15/02/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: acórdão eletrônico DJe- 104 DIVULG 03-06-2013 PUBLIC 04-06-2013. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24808330/habeas-corporus-hc-103657-ms-stf>. Acesso em 07 de junho de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Med. caut. em habeas corpus 84.412-0/ 2004 São Paulo, relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=63002>. Acesso em 07 de junho de 2019.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**: parte geral. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

KAWAGUTI, Luis. As seis piores prisões do Brasil. São Paulo: BBC], 2014. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/01/140115>. Acesso em: 29 nov. 2018.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. V. I, 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SALIM, Alexandre. **Direito penal**. V. 1, 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do direito penal**: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-07-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Data do recebimento: 29 de julho de 2018

Data da avaliação: 30 de novembro de 2018

Data de aceite: 7 de dezembro de 2018

1 Acadêmico do Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário Tiradentes – UNIT/PE.

E-mail: nyedonh@htmail.com

2 Doutor e Mestre pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE; Professor titular do curso de Direito do Centro Universitário Tiradentes – UNIT/PE. E-mail: jclaudio2802@gmail.com