



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

THAIS FREITAS ROCHA

**ASPECTOS JURÍDICOS SOBRE O PRINCÍPIO DA
INSIGNIFICÂNCIA E A REINCIDÊNCIA E A (IM)POSSÍVEL
APLICABILIDADE CUMULATIVA**

BRASÍLIA - DF

2015

THAIS FREITAS ROCHA

**ASPECTOS JURÍDICOS SOBRE O PRINCÍPIO DA
INSIGNIFICÂNCIA E A REINCIDÊNCIA E A (IM)POSSÍVEL
APLICABILIDADE CUMULATIVA**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito pela Faculdade de Ciências
Jurídicas e Sociais do Centro Universitário
de Brasília – UniCEUB

Orientador: Msc. José Carlos Veloso Filho

BRASÍLIA - DF

2015

ROCHA, Thais Freitas

Aspectos jurídicos sobre o princípio da insignificância e a reincidência e a (im)possível aplicabilidade cumulativa.

... fls.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília-UniCEUB.

Orientador: Msc. José Carlos Veloso Filho

THAIS FREITAS ROCHA

**ASPECTOS JURÍDICOS SOBRE O PRINCÍPIO DA
INSIGNIFICÂNCIA E A REINCIDÊNCIA E A (IM)POSSÍVEL
APLICABILIDADE CUMULATIVA**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito pela Faculdade de Ciências
Jurídicas e Sociais do Centro Universitário
de Brasília – UniCEUB

Brasília, de _____ de 2015.

Banca Examinadora

Msc. José Carlos Veloso Filho
Orientador

Examinador

Examinador

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, a Ele toda honra e toda glória! O dedico também a minha mãe do céu, minha Rainha, em quem eu confio cegamente e a minha mãe da terra, meu grande amor, exemplo e orgulho!

RESUMO

A presente monografia aborda sobre o Princípio da Insignificância e suas principais questões, trata, também, da Reincidência, trazendo de igual forma os pontos relevantes no que toca ao referido tema. Após, o texto monográfico apresentou as razões pelas quais a maioria dos julgados insiste em não aplicar o referido princípio na hipótese do Réu ser reincidente, demonstrando nesse ponto resquícios do direito penal do autor, que pune o indivíduo por quem ele é e não pelo que cometeu. O trabalho acadêmico, por fim, demonstrou que os precedentes que aplicam o princípio, muito embora haja a reincidência, estão com a razão, em virtude de que se deve utilizar o direito penal do fato, entendendo que sendo o agente reincidente ou não, isso não agravará o resultado da conduta que ele ocasionará, assim sendo, se sua ação gerar um fim insignificante, ainda que o indivíduo não seja primário, sua ação não merece ser processada.

Palavras-chave: Princípio da Insignificância. Reincidência. Direito Penal. Igualdade. Objetividade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 PONTOS RELEVANTES SOBRE O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	10
1.1 Origem do princípio da insignificância	10
1.2 Do caráter objetivo do princípio da insignificância	12
1.3 Do princípio da insignificância como direito cidadão	14
1.4 Da inexistência formal do princípio da insignificância	17
1.5 O princípio da insignificância como garantidor da Constituição Federal.....	18
1.6 Exame de caso concreto que utilizou corretamente o princípio. 21	
1.7 Princípio da adequação social: diferenças acerca do princípio aqui tratado.....	22
1.8 Princípio da bagatela:diferenças acerca do princípio aqui tratado..	24
2 PONTOS RELEVANTES SOBRE A REINCIDÊNCIA	26
2.1 Da reincidência propriamente dita	26
2.2 Evolução legislativa da reincidência criminal	30
2.3 Análise político criminal da reincidência.....	34
2.4 Da dupla punição por um mesmo fato: reincidência.....	35
2.5 Distinção entre o Réu reincidente para o não reincidente.....	38
3 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO STF E NO STJ NA HIPÓTESE DE REINCIDÊNCIA	39
3.1 Primeira visão: da não aplicação do princípio da insignificância na hipótese de reincidência	39
3.1.1 Direito penal do autor: aplicação da pena em razão do “ser” do agente.....	41
3.1.2 Direito penal do fato: aplicação da pena em razão da conduta praticada pelo agente	42
3.2 Segunda visão: da aplicação do princípio da insignificância ainda que haja a reiteração delitiva do caso concreto.....	44
3.2.1 Casos concretos pertinentes que utilizaram o princípio da insignificância independentemente de reincidência – STF	45
3.2.2 Casos concretos pertinentes que utilizaram o princípio da insignificância independentemente de reincidência – STJ	47
CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS.....	52

INTRODUÇÃO

A atual Constituição visa à igualdade de condição entre todos os cidadãos, não importando sua classe social, cor ou modo de viver. Todos somos possuidores do direito constitucional ao devido processo legal, ao julgar os processos, os aplicadores do direito devem se atentar se a conduta do indivíduo é típica além de formalmente, ou seja, há uma norma que a ampare, também materialmente, se há, de fato, uma ofensa ao bem jurídico que aquela norma pretendia proteger. Não havendo, não é justo que o autor responda da mesma forma que outro que realmente lesou o bem jurídico, logo, cabe falar na aplicação do princípio da insignificância, que, destaca-se, possui caráter objetivo, não sendo relevante quem é o cidadão ou sua vida anterior ao suposto crime, sendo sua conduta ou o resultado dela insignificantes, o princípio será aplicado.

Pretende-se expor que é direito de todo cidadão ser beneficiado com o princípio da insignificância, não importando quem o agente escolheu ser, já que o que devem ser criminalizadas são as condutas praticadas pelos cidadãos e não eles mesmos. A pena é sancionada pelo fato típico e não pelas qualidades do autor, logo, é evidente que não tão somente um Réu primário, como também um Réu reincidente faz jus ao benefício de ter sua conduta sendo considerada atípica em virtude do princípio da insignificância, ora, se duas pessoas praticam a mesma coisa, não é o fato de uma delas já ter praticado essa anteriormente que fará que sua conduta venha a gerar dano mais elevado ao bem jurídico que a norma pretendia proteger.

O autor não deve ser punido pelo que é, mas sim pelo que concreta e objetivamente cometeu, o fato de o acusado possuir maus antecedentes, por exemplo, não é motivo para deixar de aplicar o referido benefício já que esse tem caráter, exclusivamente, objetivo.

Razão pela qual (embora existam poucos precedentes) restará demonstrado, que os Tribunais Superiores já vem aplicando o referido princípio não tão somente para Réus primários, ora, ainda que a reincidência fosse dada unicamente por culpa do Réu, se sua conduta é insignificante, não merece ser processada, já que não lesou o bem jurídico protegido tanto quanto a do Réu primário, importante se faz,

destacar que, por ter voltado a delinquir também não é justo que esse responda de forma semelhante ao Réu primário, todavia, na esfera penalista, ambos os crimes serão atípicos, pela falta do resultado material.

Tendo como objeto o princípio da insignificância e a reincidência, pretendo verificar se há ou não impedimento para ambos coexistirem em um mesmo caso concreto. Visando chegar a tal conclusão os capítulos serão abordados da forma que se segue abaixo.

O primeiro capítulo tratará dos pontos relevantes sobre o princípio da insignificância, trazendo breve histórico sobre esse e demonstrando que o referido princípio possui caráter objetivo, logo, não cabe a utilização do argumento por parte do Magistrado que não o aplicará em virtude de alguma característica em especial que o Réu possua, sendo sua conduta insignificante, essa não merece ser processada, haja vista ser um direito cidadão tal benefício, ora, todos somos iguais perante a lei, quem escolhemos ser não altera o resultado de qualquer conduta que viemos a praticar, sendo relevante para o direito penal essa será punida, não o sendo, não será.

O mesmo capítulo elucidará que tal princípio não se encontra descrito em nenhum instrumento normativo, todavia, isso não impede sua ampla aceitação por grande parte da doutrina e da jurisprudência, pois esse devolve a justiça a casos concretos que, de fato, não ofenderam o objeto jurídico que o tipo penal pretendia proteger, não fazendo jus o agente a punição semelhante de outro que possui conduta e/ou resultado relevante para o direito penal.

Após, o presente trabalho monográfico tratará acerca das diferenciações do princípio aqui discutido com o princípio da adequação penal do fato, demonstrando que esse não leva em consideração se a conduta ou o resultado ocasionado por ela é significativa ou não para o direito penal, mas sim se essa conduta é acatada aos olhos da sociedade, entendendo que, aquela ação que é bem vista ou ao menos tolerada pela sociedade não merece intervenção por parte do direito penal. Diferenciou também o princípio da insignificância com o da bagatela, demonstrando que, em verdade, não há diferenciação entre os conceitos de ambos os princípios, mas tão somente na denominação que lhes é dada.

Já o segundo capítulo abordará os pontos relevantes no que toca a reincidência, trazendo, de igual forma, a sua evolução histórica e demonstrando que para a grande maioria dos doutrinadores ela deveria ser extinta ou ser considerada como circunstância atenuante ou, ao menos, ser irrelevante na dosimetria da pena, não concordando, os autores, com o fato de a reincidência ser considerada como circunstância agravante, haja vista que, ao analisar os casos concretos, observa-se que o Réu é o menos culpado em reincidir, em virtude de que voltar para o mundo do crime, muitas vezes, é a única oportunidade que possui, por a sociedade colocar o ex presidiário em condição de inimigo e as margens da sociedade.

Ainda no segundo capítulo, será abordado que a reincidência é, em verdade, dupla punição por mesmo fato, caracterizando-se um *bis in idem* manifesto, ora, ao se punir de forma elevada um indivíduo por esse já ter praticado um conduta criminosa, que possui sentença penal transitada em julgado e que fixou pena por essa conduta, o está punindo novamente pelo mesmo fato que ele já recebeu punição, sendo essa prática proibida pelo referido princípio do *ne bis in idem*.

Ao final do mencionado capítulo será demonstrado que o que diferencia o Réu reincidente para o não reincidente é, tão somente, o fato do primeiro já ter passado pelo sistema criminal, haja vista ser comum encontrar indivíduos primários que já cometeram diversos crimes hediondos, mas nunca foram condenados por nenhum deles e, por outro lado, encontrar, por exemplo, um agente reincidente em delito de furto simples, sendo certo que o primeiro é mais perigoso, mas não terá sua pena majorada em razão da reincidência como o segundo, restando comprovando ai que tal agravante não é meio justo de punição.

O terceiro e último capítulo buscará unir ambos os conceitos trazidos nos capítulos anteriores, demonstrando o que pensam os juristas ao aplicar ou deixar de aplicar o princípio da insignificância na hipótese do Réu ser reincidente. Quando deixam de aplicar o princípio o fazem por acreditar que ao considerar a conduta atípica materialmente, deixando de aplicar punição no caso concreto, estão incentivando a prática de novos delitos por parte do agente, todavia, a pequena parte dos juristas que aceita a aplicação do princípio o faz por entender que se deve utilizar o direito penal do fato e não o direito penal do autor, assim sendo, o que devem ser criminalizada é a conduta praticada pelo agente e não ele mesmo.

1 PONTOS RELEVANTES SOBRE O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

1.1 Origem do princípio da insignificância

Buscando entender o conceito do princípio em tela, é tarefa crucial compreender sua origem, sendo essa tarefa que auxilia consideravelmente no perfeito entendimento do seu conteúdo, razão pela qual passo a expor breve histórico no toca o princípio que será discutido.

O princípio da insignificância (criminalidade da bagatela) deriva-se do brocardo de mínimas *non curat praetor*, isto é, o direito penal não deve se ocupar de assuntos irrelevantes, aqueles que se mostrem incapazes de lesar o bem jurídico legalmente tutelado. O princípio tem sua origem no Direito Civil e, na década de 70 do século XX, foi incorporado pelos estudos de Claus Roxin ao direito penal(MASSON, 2012). Ao tocar no aspecto histórico de tal princípio não há como não mencionar Claus Roxin, que no ano de 1964, formulou o princípio da bagatela com base no brocardo acima referido(SILVA, 2008).

Muito embora a formulação do atual princípio em discussão tenha sido realizada por Roxin, podemos encontrar vestígios do princípio na obra de Franz von Liszt, que afirmava que a legislação de seu tempo usava excessivamente da pena, afirmando com isso que seria oportuno restaurar a máxima *non curat praetor*(SILVA, 2008).

A doutrina ensina que o princípio em debate já vigorava no Direito Romano, onde não se buscava ocupar dos delitos de bagatela aplicando, de igual forma, o brocardo referido(SILVA, 2008).

Tomando como base que o princípio em tela deriva-se do brocardo afirmado, se faz necessário, estudar a origem da referida máxima já que essa é, conseqüentemente e de igual forma, a origem do princípio penal sob exame. Existem duas correntes de entendimento sobre a sua origem, a primeira afirma que essa se deu no Direito Romano antigo, como pode se observar dos comentários acima expostos, já a segunda, nega sua existência naquele direito por razões que serão relatadas a seguir(SILVA, 2008).

A corrente doutrinária que nega a origem do princípio da insignificância no Direito Romano se divide em suas vertentes, que são representadas por Maurício Ribeiro Lopes, de um lado, e José Guzmán Dalbora, de outro lado(SILVA, 2008).

O primeiro se insurge contra a origem romana do princípio por não entender que esse seja a restauração daquela máxima jurídica, Ribeiro Lopes afirma que, em razão de o Direito Romano ter sido desenvolvido sob os pilares do Direito Privado, tal máxima careceria de características para se justificar sua aplicação na esfera do direito penal, haja vista que seu campo de atuação é o Direito Civil(SILVA, 2008).

Ribeiro Lopes acredita que o princípio em análise teve sua origem no pensamento liberal dos jusfilósofos do Iluminismo, sustentando que as ideias iluministas que se baseiam no Princípio da Legalidade acabaram por influenciar a legislação da época, sendo sua maior expressão a proclamação da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, que no que toca o princípio da insignificância reza que: “a lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade”, criando o caráter seletivo para o direito penal e o desprezo às ações insignificantes(SILVA, 2008).

Logo, se conclui que Ribeiro Lopes acredita que o Princípio da Bagatela, ou da insignificância, não teve sua origem no Direito Romano, não sendo restauração da máxima *minima non curat praetor*, mas um princípio que decorre da própria natureza fragmentária do direito penal(SILVA, 2008).

Em contrapartida, Guzmán Dalbora, o qual representa a segunda vertente da corrente doutrinária que nega a origem romana do princípio da insignificância argumenta que o brocardo aqui discutido não existia no Direito Romano antigo, afirmando que sua origem se deu no pensamento liberal dos juristas renascentistas (SILVA, 2008).

Aduz Dalbora, que esse princípio não se ajusta a mentalidade autoritária do Direito Romano, por outro lado, pactua melhor com o pensamento liberal dos humanistas do Renascimento, concluindo que, na verdade a *minima non curat praetor* é obra dos juristas desse período(SILVA, 2008).

Desse modo, muito embora se reconheça e entenda o posicionamento de

Guzmán Dalbora, que considera que o princípio da insignificância como restauração da máxima *minima non curat praetor* elaborada pelo pensamento liberal e humanista dos juristas renascentistas, ou a posição de Ribeiro Lopes, no sentido que o referido princípio se origina da evolução do Princípio da Legalidade formulada pelos jusfilósofos do Iluminismo, importante se faz, destacar que, a doutrina majoritária se posiciona no sentido que, de fato, o princípio aqui discutido originou-se do Direito Romano.

1.2 Do caráter objetivo do princípio da insignificância

Com exame de jurisprudência, permite-se concluir pela ampla aceitação do princípio em tela (REBÊLO, 2000), todavia o problema permanece na fundamentação que o juízo usa ao aplicá-lo, pois grande parte dos Magistrados confunde conceitos de diferentes princípios, ora, o princípio aqui tratado é essencialmente objetivo, não cabendo à consideração de características do agente, aquelas contidas no artigo nº 59 do Código Penal (GOMES, 2009).

O princípio o qual os Magistrados tendem a confundir com o da Insignificância é o da Irrelevância penal do fato, que é coligado com a teoria da pena e não com a teoria do delito como do princípio aqui tratado. Importante se faz destacar sua diferenciação, já que essa é uma confusão que precisa ser desfeita o mais rápido possível, para que o direito penal não seja aplicado arbitrariamente ou incorretamente (GOMES, 2009).

Afirma-se que o princípio da insignificância está atrelado a teoria do delito, pois esse é materialmente atípico, ou em virtude do resultado da ação ser irrelevante, como é exemplo de alguém que furta um pacote de margarina de uma grande rede de supermercados, ou a própria ação não tem relevância para o direito aqui tratado, como é o caso de alguém que jogue um copo d'água em uma enchente, ora, apesar do resultado ter relevância, a sua conduta não contribui de modo relevante para tal, e ainda, cabe destacar que, pode existir uma conduta em que tanto o resultado como a ação sejam toleráveis, como é exemplo de um acidente de trânsito que seria, supostamente, tipificado por culpa levíssima e que resultasse em lesão corporal absolutamente ínfima, nesse caso observamos a soma dos conceitos de insignificância da ação e do resultado (GOMES, 2009).

No que toca a teoria da pena, que se mostra relevante ao princípio da irrelevância penal do fato, há ação e resultado relevante para o direito penal, todavia a sua pena se faz desnecessária pelo ínfimo desvalor da culpabilidade ou reconhecimento de culpa. O autor apresenta ausência de antecedentes criminais, é colaborador da justiça, ou, ainda, deve-se ao fato de o agente ter sido processado, e já ter ficado preso por um período(GOMES, 2009), são muitos os motivos que levam a desnecessidade da pena, levando em conta o caráter subjetivo do agente, suas características são levadas em conta aqui. Nesse caso, a sentença que será dada equivale ao perdão judicial(GOMES, 2009).

O problema surge em tentar subjetivar o princípio objetivo da insignificância, não se deve utilizar o critério típico de um princípio em outro. Para o efeito de se admitir ou não a insignificância de um fato não importam critérios de culpabilidade, acontecimentos posteriores ao delito ou a vida passada do agente, isso faz parte do princípio da irrelevância penal do fato. Os critérios que orientam o princípio da insignificância são somente os do desvalor do resultado e do desvalor da conduta e nada além disso(GOMES, 2009).

Não havendo a confusão entre os dois princípios ocasiona-se segurança jurídica e, conhecendo o caráter objetivo do princípio da Insignificância, não será um ou outro Magistrado que o utilizará como causa excludente de tipicidade material, senão todos, pois passarão a não levar em consideração quem é o sujeito, o que é essencialmente subjetivo, mas somente o que sua conduta resultou.

Logo, o princípio além de assegurar que a Justiça esteja desafogada, garante também que fatos irrelevantes não se transformem em uma sorte de estigma para seus autores, sendo o princípio objetivo esse sempre será aplicado quando a ação do acusado ou o resultado dela se mostrarem insignificantes(GOMES, 2009).

A penalização das mínimas bagatelas gera males muito mais graves do que evita, porque é incontestável que nada favorece tanto a criminalidade como a penalização do injusto. Além disso, ocasiona-se o esforço dos funcionários do Poder Judiciário empenhados na análise destes fatos, o tempo disponibilizado por aqueles que se colocam a disposição da Justiça, como é o caso das testemunhas e dos peritos, e o custo econômico que a atividade judicial demanda, são alguns exemplos

dos inconvenientes que demonstram a não necessidade do controle penal das insignificâncias. A sanção penal para os fatos insignificantes, não se mostram como uma resposta necessária, sendo, na verdade, um meio desproporcional em relação aos fatos em que se aplica(GOMES, 2009).

Deve se refutar que o princípio aqui tratado resulta em insegurança jurídica para o direito, considerando-se exatamente o contrario, ora, uma aplicação mecânica da lei penal é irracional, é fundamental se perguntar o sentido da norma e não aplica-la somente porque ela consta como existente no universo jurídico das leis. O objetivo do direito penal é proteger os bens jurídicos, se esses não forem lesados e, ainda assim, o agente for punido, esse objetivo desaparece, permanecendo tão somente a vontade do Estado, que passaria a ser o único bem jurídico que o direito penal tutelaria(GOMES, 2009).

Vencida aquela dúvida comum entre a Infração bagatelar própria (aquela que já nasce atípica), que só leva em consideração critérios objetivos e que se aplica o princípio da Insignificância e a infração bagatelar impropria (que passa a ter a sua pena como desnecessária) e se leva em consideração a irrelevância penal do fato, passo a aprofundar no princípio da Insignificância.

1.3 Do princípio da insignificância como direito cidadão

Fundamental se faz demonstrar que o princípio em tela é um direito cidadão. Já que todos somos cidadãos, todos fazemos jus aos mesmos direitos e deveres. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, preceitua que: XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. Logo, constitui-se como ato discriminatório a não aplicação do princípio pelas características do autor do fato, se sua conduta é insignificante, seja pela sua ação ou resultado, deve ser considerada atípica, é irrelevante para tal concessão seu passado, ou qualquer outra característica constante no artigo nº 59 do Código Penal.

Ora, o princípio aqui discutido é exemplo de direito reconhecido, muito em virtude do desse sentimento de cidadania, que leva aos indivíduos conhecerem de seus direitos e de deveres e, com isso, ser um cidadão de fato (MARSHALL, 1967), no mundo do “ser” e não tão somente do “dever ser”, ora não é porque o indivíduo possui antecedentes criminais que se cometer um delito insignificante não poderá

esse ser desconsiderado, já que o resultado de sua conduta é o mesmo de outro que nunca cometeu nenhum delito, como já foi dito, as condutas devem ser criminalizadas e não os indivíduos.

O crime insignificante, ou também chamado de infração bagatelar, se ajusta à correta interpretação do direito e a equidade(REBÊLO, 2000), levando a atipicidade material do crime, pois consiste em um ataque ao bem jurídico tão irrelevante que não requer a intervenção penal, cabendo destacar que, muito embora seja tolerável no âmbito penalista, nada impede que o autor responda em outras áreas do direito, como civil, administrativo ou trabalhista, ora, o fato insignificante não constitui um ilícito penal, mas é um ilícito. Não se pretende incentivar a prática de pequenas infrações, algum tipo de admoestação ou obrigação deve ocorrer(GOMES, 2009).

Salienta-se que a adoção do princípio auxilia na tarefa de reduzir ao máximo o campo de atuação do direito penal, reafirmando seu caráter subsidiário e fragmentário, reservando-o apenas para a tutela jurídica de valores sociais indiscutíveis(REBÊLO, 2000), que de fato afetam a bens jurídicos protegidos por esse ramo do direito. Vislumbra-se, com a aplicação de tal princípio, a modernidade nas estruturas do direito penal(REBÊLO, 2000), que passa a utilizar, além de pura e simplesmente a letra fria da lei, as fontes secundárias do direito, que são de fundamental importância principalmente na aplicação dos casos concretos.

Caracteriza-se também como contribuição eficaz para a descriminalização de condutas que não há reais razões de serem punidas(REBÊLO, 2000), para a interpretação do direito penal, conduzindo-o para supressão de privilégios e da luta contra a discriminação, já que todos nós somos cidadãos, todos possuímos o direito de ser beneficiados com o princípio em tela, não podendo ficar a mercê da discricionariedade do Juiz, que quando deixa de aplicar tal benefício é em virtude de esse não está contemplado na lei, porém, é fato que o direito não se esgota na legislação e a lacuna legislativa é suprida pela doutrina e jurisprudência(GOMES, 2009).

Todavia, infelizmente, na realidade a Justiça não é distribuída de modo justo para todos(GOMES, 2009), isso se dá em virtude da falta de instrução de muitos, ora, para reivindicar seus direitos é necessário conhecê-los, conhecimento esse que

só se dá através da educação, só com o ensino efetivo o indivíduo passa a ser um cidadão de fato. Importante se faz destacar que medidas como o acesso gratuito ao Judiciário, isenção de custas e advogados pagos pelo poder público, apesar de serem grandes avanços, não suprem a falta da educação do indivíduo(CAPPELLETTI, et al., 1998), sem essa ele não obtém o sentimento de cidadania, e conseqüentemente, o de Justiça (MARSHALL, 1967).

Por cidadania não se entende iguais condições sociais, mas sim condições dignas para todos(CAPPELLETTI, et al., 1998). O fato do indivíduo ser um cidadão nada tem haver com sua conta bancária, a igualdade de status é importante e não a igualdade de renda (MARSHALL, 1967), essa falsa condição surge em razão de que, em regra, os melhores favorecidos terem tido mais oportunidade de estudo, a educação é o fator condicionante, sem essa não há aprendizado e um indivíduo ignorante é um indivíduo que não conhece seus direitos, não podendo assim reivindicá-los.

Ora, pessoas com menos instrução recorrem menos a Justiça, a educação é o fator que mais interfere no comportamento das pessoas no que se refere ao exercício dos direitos(CARVALHO, 2008)¹, para reivindicar o direito ao benefício do princípio da insignificância é necessário, antes de qualquer coisa, conhecê-lo e saber que basta que exista irrelevância na ação ou no resultado da conduta do indivíduo para sua aplicação, quem ele é não importa para a concessão do princípio(GOMES, 2009).

O fato do autor de um fato formalmente típico conhecer de seu direito quanto à aplicação do princípio em tela pode fazer a diferença para seu futuro não está atrás das grades, já que, infelizmente, os advogados públicos, muitas vezes, não os atentam quanto ao tema em destaque, talvez por serem aplicadores do direito formalista, e o princípio em tela não está contemplado na fonte primária do direito e, em virtude disso, não se cogita a possibilidade do caso concreto ser materialmente

¹ José Murilo de Carvalho; Bacharel em Sociologia e Política pela Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, 1965; Mestre em Ciência Política. Universidade de Stanford, Califórnia, 1969; PhD em Ciência Política, Universidade de Stanford, 1975; Especialização em Metodologia de Pesquisa, Universidade de Michigan, 1967; Pós-Doutorado, Departamento de História, Universidade de Stanford, 1976-77; Pós-Doutorado, Universidade de Londres, 1982. Disponível em: <Fonte: <http://www.academia.org.br/abl/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?inoid=755&sid=116>>.

atípico.

A disponibilização de advogados pagos pelo poder público auxilia esses indivíduos, todavia não é suficiente (CAPPELLETTI, et al., 1998), é necessário um novo enfoque de acesso à Justiça, uma concepção mais ampla, é preciso que se reconheça que as reformas processuais e judiciais não substituem as reformas sociais e políticas(CAPPELLETTI, et al., 1998).

Enquanto continuarmos a atuar nas consequências o real problema não será sanado, é crucial atuar nas causas. Existem exemplos de diversos países que já comprovaram que a solução está na educação, o indivíduo educado adquire um bom espaço no mercado de trabalho, podendo assim arcar com as custas do processo por meio de sua remuneração e mais importante do que isso, sabendo como fazê-lo por conhecer seus direitos e deveres como cidadão.

1.4 Da inexistência formal do princípio da insignificância

O conceito do delito de bagatela não está na dogmática jurídica, nenhum instrumento legislativo ordinário ou constitucional o define formalmente(REBÊLO, 2000), porém, é certo que o direito não somente possui uma fonte primária, que destaca-se é a lei, também possui fontes secundárias, como o princípio aqui tratado, ressalta-se que podem ocorrer casos em que as fontes secundárias até prevaleçam se outro modo não houver de se fazer justiça(GOMES, 2009).

Abro aqui um parêntese para ressaltar que, como exceção a regra, o Código Penal Militar, traz em seu corpo um artigo (240,§ 1º)(REBÊLO, 2000) em que admite a utilização do princípio da insignificância:

“Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:§ 1º Se o agente é primário e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou considerar a infração como disciplinar. Entende-se pequeno o valor que não exceda a um décimo da quantia mensal do mais alto salário mínimo do país”.

É certo que legalizar as condutas que em haveria possibilidade da aplicação do princípio traria, por um lado, maior segurança jurídica para os indivíduos(GOMES, 2009), já que não ficariam a mercê da discricionariedade do Juiz, por outro lado, se surgisse um fato novo, o que acontece diariamente já que cada caso é um caso,

traria malefício para o acusado, que mesmo fazendo jus ao benefício não o teria, por seu caso não está exemplificado na lei.

É impossível contemplar todos os casos em que poderia se aplicar o princípio em lei, o que se faz necessário é a atualização da função maior da lei penal, valorizando adequadamente a sua natureza fragmentária, de forma que esteja dentro do âmbito da punibilidade somente o que seja indispensável para a efetivação do bem jurídico. A conduta somente deve ser punida quando é incompatível com os pressupostos de uma vida livre, pacífica e materialmente assegurada em sociedade. O moderno direito penal não se vincula a imoralidade de conduta, senão ao seu potencial de dano social, a sua incompatibilidade com as regras de uma próspera vida em comum (REBÊLO, 2000), nesse caso, afasta-se a injustiça de não beneficiar um indivíduo que faça jus ao princípio, protegendo todo aquele que tem sua conduta atípica.

1.5 O princípio da insignificância como garantidor da Constituição Federal

Importante se faz destacar que se todos nós possuímos o direito constitucional ao devido processo legal (BRASIL, 1988) e se o princípio em tela vem sendo aplicado para alguns, todos devem ter direito ao benefício, até porque, como está sendo destacado, merece prosperar o entendimento jurisprudencial que o vêm acatando, isso porque o princípio devolve a justiça para alguns casos que são tocados pelo direito penal formalmente, mas não o são materialmente não merecendo assim aquele indivíduo responder da mesma forma que outro que, de fato, ofendeu o bem jurídico protegido pela norma (REBÊLO, 2000).

Abordando o texto constitucional, dentro dos direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federal de 1988 preceitua em seu Artigo 5º, XXXV que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Porém, a letra fria da lei nada tem de relevância na vida do sujeito se não foi devidamente aplicada ao caso concreto, todos nós somos iguais perante a lei (BRASIL, 1988), todavia a conduta de um acusado que está tipificada na lei, pode não trazer, no caso concreto, relevância para o direito penal, e a conduta de outro que formalmente é a mesma, pode não ser tolerável e não merecer a incidência do princípio (GOMES, 2009).

Para exemplificar coloco em destaque o caso concreto da 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (acórdão relatado pelo Desembargador Dr. João Antônio da Silva) que condenou o sujeito pelo furto de um repelente no valor de R\$ 11,00 (onze reais). No caso em tela apesar de furto ser crime tipificado pelo Código Penal em seu artigo nº 155, não há que se movimentar a Justiça Criminal com o fato em discussão, como bem preceitua a máxima “*Minima non curat praetor*”, o Magistrado deve desprezar os casos insignificantes e cuidar das questões realmente inadiáveis (REBÊLO, 2000), que pode inclusive surgir com o mesmo crime de furto, porém com o valor que não seja irrisório como o aqui tratado.

É importante destacar que o que é insignificante para um pode não o ser para outro, os indivíduos são classificados em três classes:

A primeira são os chamados “elementos”, que não contam com o apoio do Judiciário e nem tampouco com o Governo, são vistos como cidadãos só formalmente, já que na realidade não esquecidos e ignorados pelos cidadãos de fato, em sua grande maioria são parte da população marginal e recorrem aos crimes para sobreviver, para eles só é válido o Código Penal, não conhecem seus direitos individuais não podendo assim exercê-los (CARVALHO, 2008).

Há também a classe média modesta, que está sujeita ao rigor da lei, dependem dos agentes para a devida aplicação de seu direito, nem sempre tem noção exata de seus direitos e quando têm carecem do modo de fazê-lo, para eles aplica-se o Código Penal e o Código Civil, porém de forma parcial (CARVALHO, 2008).

A parcela da sociedade que conta com o efetivo acesso a justiça, não necessariamente justo, é pequena. São os chamados “Doutores”, classe privilegiada que está acima da lei, defendem seus direitos pelo prestígio social e pelo seu dinheiro, para eles a lei não existe ou é facilmente dobrada (CARVALHO, 2008).

Os chamados “elementos” podem não considerar um repelente de R\$ 11,00 (onze reais) como um valor irrisório, por outro lado, os “Doutores” e até na chamada “classe média modesta” podem estimar o valor dessa forma, todavia não foi essa a justificativa dada no caso acima destacado, já que o Desembargador deixou de beneficiar o acusado com o princípio por julgar que a bagatela é uma aberração do

direito pátrio, afirmando que agiu conforme se preceitua a lei(GOMES, 2009), aqui observamos um exemplo de um aplicador do direito que permanece antigo e apegado ao chamado direito formalista ou legalista e que não merece prosperar.

O Legislador quando cria uma lei o faz por julgar que aquela conduta atinge um bem que deve ser protegido juridicamente, todavia cabe ao aplicador do direito julgar se, no caso concreto, a conduta do indivíduo realmente atingiu esse bem, já que a tipicidade não se esgota no juízo formal de aplicação do fato ao tipo legal do crime, é crucial além do fato se apresentar expresso em lei, que esse tenha ofendido o bem jurídico que o fato típico pretendia proteger(REBÊLO, 2000).

Ora, ao legislar só se ter em mente os relevantes prejuízos que o comportamento criminalizado pode causar à ordem social e jurídica, não dispondo de meios para evitar que a norma englobe os casos insignificantes, para se evitar isso deve-se adequar a norma aos princípios do direito penal, elementos fundamentais de interpretação restritiva do tipo para que, com base em critérios de razoabilidade, não se considere um fato como crime(REBÊLO, 2000).

Não somente a jurisprudência, como também a doutrina, em sua grande maioria, explica e defende a incidência do princípio da bagatela, entendendo que para a conduta ser típica se faz necessária não tão somente a tipicidade formal do delito, como também, somada a essa, a tipicidade material, ou seja, além de ocorrer o fato delituoso, esse deve gerar resultado relevante para merecer a tutela do direito penal.

Afastando-se a tipicidade material e, em consequência, o próprio crime, se conduz, inevitavelmente, ao arquivamento das investigações preliminares, já que se trata de fato atípico (falta tipicidade material), se não houver arquivamento, cabe ao Juiz absolver o Réu sumariamente com fulcro no artigo nº 397, III, do Código de Processo Penal, se o Juiz não o fizer, cabe Habeas Corpus para trancar a ação penal por falta de justa causa e, ainda, se o processo já está em andamento, deve-se abrir mão das provas e partir para uma sentença absolutória(GOMES, 2009).

1.6 Exame de caso concreto que utilizou corretamente o princípio

Ressalta-se que, além de apontar o que deve ser mudado é necessário monitorar a aplicação disso (CAPPELLETTI, et al., 1998). Como já foi mencionado, o “dever ser” nada tem de relevância na vida do indivíduo se não for devidamente aplicado ao mundo do “ser”, da realidade, por isso parto agora para a análise de um caso concreto que exemplifica a eficaz aplicabilidade do princípio em discussão, o caminho percorrido para chegar a sua aplicação e a razão de o autor ter tido direito ao benefício.

O Supremo Tribunal Federal - STF julgou em Habeas Corpus (nº 115.046) que apesar da Lei nº 6.242/75 determinar que o exercício da profissão de guardador e lavador autônomo de veículos dependerem de registro na Delegacia Regional do Trabalho, a não observância dessa disposição legal pelos pacientes não gerou lesão relevante ao bem jurídico tutelado pela lei, razão pela qual é aplicável, à hipótese dos autos, o princípio da insignificância.

A Suprema Corte Federal determinou que os autores fazem jus ao benefício pois pode-se observar no caso concreto os requisitos necessários para o princípio ser aplicado, qual sejam: (a) conduta minimamente ofensiva do agente; (b) ausência de risco social da ação; (c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (d) inexpressividade da lesão jurídica, como pode-se observar somente foram levados em consideração critérios objetivos para a concessão do benefício, no que toca os requisitos (a), (b) e (c), observa-se a insignificância da ação e o requisito (d) a insignificância do resultado.

Ora, se a Corte Suprema já entende dessa forma, da mesma forma todos os outros Tribunais devem entender, pois o STF é órgão de cúpula do Poder Judiciário, e, sendo hierarquicamente superior, os demais órgãos devem julgar de acordo com o disposto pelo Supremo Tribunal.

Tratando de matéria constitucional, o STF cuida de todos os nossos direitos que pertencem à Magna Carta e, em virtude disso, acatou o princípio em tela. O princípio da insignificância é um direito de todo cidadão e já que todos nós somos cidadãos e iguais perante a lei (BRASIL, 1988), todos somos merecedores da incidência do princípio, não sendo relevante quem somos ou o que fizemos no

passado, existindo os critérios objetivos, cabe aplicar o princípio em discussão.

A Constituição Federal de 1988, que é um marco contra a discriminação, afirma que todos nós somos iguais perante a lei, sendo essa a lei maior, a qual todas as outras se derivam, não há como não concluir que o princípio da insignificância é uma expressão dessa luta contra a discriminação, pois trata da mesma forma o indivíduo, não importando sua classe social ou seus antecedentes criminais, se sua conduta for insignificante, então não merece ser processada.

1.7 Princípio da adequação social: diferenças acerca do princípio aqui tratado

Da mesma forma que há a indiferença estatal, ao menos no âmbito penalista, quanto às infrações que são tocadas pelo princípio da insignificância, deve-se ressaltar semelhante medida de renúncia às condutas adequadas à realidade atual(NUCCI, 2012), logo, é fundamental tratar do Princípio da Adequação Social, demonstrando sua diferenciação com o princípio aqui estudado.

Concebida por Hans Welzel, a teoria da adequação social significa que, apesar de uma ação consistir em delito criminal, não será considerada típica se for reconhecida, adequadamente, pela sociedade(PRADO, 2010), ora, inexistente razão para a ação do direito penal quando a sociedade encontra-se em perfeita harmonia(NUCCI, 2012) para com determinada infração, reafirmando-se aqui o caráter fragmentário do citado direito material.

O princípio da adequação social possui dupla função. A primeira, já ressaltada acima, é a da limitação da abrangência do tipo penal, só serão tocadas por ele aquelas condutas consideradas inadequadas aos olhos da sociedade, a segunda função é dirigida ao legislador, e essa se divide em duas vertentes: a primeira delas o orienta a selecionar condutas que deseja impor ou proibir, não podendo ele reprimir ações bem vistas pela sociedade, já a segunda vertente se destina a orientação do legislador para que esse retire do ordenamento jurídico a proteção sobre bens cuja conduta já se adaptou à sociedade, revogando tais tipos penais que se encontram em perfeita harmonia social(GRECO, 2013).

A fim de clarear o entendimento, exemplifico: nota-se atual postura de aceitação pacífica da sociedade, ou ao menos apática, no tocante à utilização de

tatuagem, é fato que essa pode representar lesão corporal (art. nº 129, CP), porém conta com a aprovação ou com a indiferença social, diverso entendimento retira-se ao mencionar o uso de drogas, que emergem opiniões favoráveis e contrárias, de forma a restar claro a distante adequação social da mencionada conduta(NUCCI, 2012).

Todavia, é crucial que fique claro que embora sirva de norte para o legislador, o referido princípio, por si só, não tem aptidão para revogar tipos penais incriminadores, ainda que tais condutas sejam constantes e contem com a aprovação da sociedade, já que uma lei somente pode ser revogada por outra, conforme preceitua o art. 2º, da lei de introdução às normas do direito brasileiro (decreto lei nº 4.657/42). No que toca a venda de produtos piratas, por exemplo, o fato de a sociedade tolerar tais práticas, não implica dizer que o comportamento do agente pode ser considerado lícito(GRECO, 2013).

Em vista de todo o afirmado, passo agora a relacionar o princípio da insignificância com o princípio acima referido. É importante que fique claro que, semelhante ao princípio da insignificância, a teoria da adequação social também retira tipicidade material do delito(RODRIGUES, 2012)², logo, ainda que haja a tipificação formal da conduta do agente, por estarem preservados os bens jurídicos visados aos olhos da sociedade(NUCCI, 2012), essa não merece ser processada.

Embora ambos os princípios retirem a tipicidade material do delito, os dois se diferenciam pois, o primeiro tem como irrelevante a própria ação do agente, essa se mostra desnecessária de ser processada por contar com a aprovação ou, ao menos, com a aceitação da sociedade, já o segundo, como já demonstrado, embora, em alguns casos, se mostre relevante a ação, o resultado gerado por ela não lesa o bem jurídico da forma que a norma previa. Em outras palavras, o primeiro analisa a conduta dentro da sociedade, já o segundo o resultado da conduta e sua lesividade para com o bem jurídico protegido(RODRIGUES, 2012).

Apesar dessa diferenciação os princípios citados acima são comumente confundidos. Para Welzel, quem desenvolveu o princípio da adequação social, este seria suficiente para excluir a tipicidade material das infrações insignificantes, já

² Eliane de Andrade Rodrigues. Graduada em Direito pela Fundação Universidade de Itaúna. Mestre em Direito Público pela PUC Minas. Professora na faculdade de Sabará. Advogada Militante.

Roxin, que desenvolveu o princípio da insignificância, entende que esse seria suficiente para excluir a tipicidade material das infrações aceitas pela sociedade, todavia, como os referidos princípios retiram a tipicidade material em situações diversas, ambos devem ser acatados(RODRIGUES, 2012).

Visando facilitar a compreensão, exemplifico: o furto de um pacote de balões de plástico de uma grande rede de supermercados, não é visto como uma conduta socialmente adequada pela sociedade, no entanto, em vista de sua não afetação ao bem jurídico protegido e de sua pouca lesividade, será considerada insignificante(RODRIGUES, 2012), como restou demonstrado, tendo em vista que cada um dos princípios tem sua função em excluir a tipicidade material em situações diferenciadas, não há empecilho em acolher cada um deles.

1.8 Princípio da bagatela: diferenças acerca do princípio aqui tratado

Do exame de todo o estudado não apenas da doutrina, como de outra fonte do Direito, qual seja, a jurisprudência, não vislumbra-se diferenciação ao mencionar o Princípio da Bagatela com a princípio da insignificância, senão apenas a denominação que lhes é dada.

Em contrapartida, para que fique claro e em razão de haver diferenciação entre o princípio aqui discutido (Insignificância própria) e o princípio da criminalidade de Bagatela Imprópria³, passo a esclarecer tais dissemelhanças.

De acordo com esse último princípio, também sem previsão legal no país, muito embora haja infração penal indiscutivelmente caracterizada, a aplicação da pena torna-se inoportuna e desnecessária, em outras palavras, existe desvalor na conduta e no resultado da ação do indivíduo, o fato é típico e ilícito e culpável e o Estado tem o direito de punir, mas, a pena revela-se incabível no caso concreto(MASSON, 2012).

Diversas são as razões que se pode afirmar que a pena tornou-se desnecessária, tais como, a reduzida reprovabilidade do comportamento do sujeito, se a personalidade dele estiver ajustava ao convívio social (primário e sem

³ Importante que fique claro que o princípio da Bagatela Imprópria é o mesmo que o princípio da Irrelevância penal do fato, já devidamente explicado anteriormente, somente fazendo jus nova explicação em razão das denominações dos princípios muito causarem dúvidas, para que com isso reste claro o conceito de cada um deles.

antecedentes criminais), se ele efetivamente reparou o dano causado à vítima, se é colaborador da justiça, se reconheceu sua culpa, etc(MASSON, 2012).

Visando a aplicação do princípio da bagatela imprópria é importante que fique claro que esse só há de ser utilizado após se observar o caso concreto, jamais sendo suficiente observar somente o plano abstrato, o fato real deve ser confrontado com a necessidade da pena. O Juiz, tendo como base as circunstâncias simultâneas e posteriores ao fato típico e ilícito cometido pelo agente culpável, vai deixar de aplicar a pena por não haver interesse para tanto(MASSON, 2012). Nesse ponto merece destaque outra diferença que se observa com o princípio da insignificância própria, haja vista que, esse não leva em consideração características subjetivas, aquelas do artigo nº 59 do Código Penal.

Para facilitar o entendimento de um caso em que houve a correta utilização do princípio da Bagatela Imprópria, exemplifico, se “A” tentou cometido o crime de furto privilegiado (artigo nº 155, § 2º, CP) e, dois anos depois do fato, sem haver ainda a prescrição do referido crime, se nota que ele não voltou a delinquir, nem sequer apresentou nenhum outro deslize em seu comportamento, resta claro que a pena se revela prescindível para atender às finalidades do direito penal(MASSON, 2012).

Como pode se observar, ao contrário do que ocorre com o princípio da insignificância própria, o sujeito é processado, a ação precisa ser, de fato, iniciada, mas com análise das circunstâncias do caso concreto, se conclui que não há que submetê-lo ao crivo do Poder Judiciário, e recomenda-se a exclusão da pena(MASSON, 2012).

Tendo em vista todo o afirmando sobre o princípio da insignificância, passo a expor o que vem a ser a reincidência criminal, visando elucidar que não há impedimento para ambos coexistirem em um mesmo caso concreto.

2 PONTOS RELEVANTES SOBRE A REINCIDÊNCIA

2.1 Da reincidência propriamente dita

O direito penal é o instrumento estatal que visa, por meio de normas jurídicas, a proibição de ações ou omissões contrárias ao interesse da coletividade. O indivíduo que infringe qualquer dessas normas é reprimido pela pena, que é meio de punição a todo aquele que ofende ao um bem jurídico protegido(ALMEIDA, 2012).⁴

A pena tem caráter, além de punitivo, também ressocializador (isso, destaca-se, no dever ser), sendo assim, o legislador achou por bem dar tratamento mais severo a todo aquele que demonstrasse que não absorveu o propósito da condenação anterior, denominando-o reincidente(ALMEIDA, 2012).

Verifica-se a reincidência toda vez que o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no Brasil ou no exterior, o tenham condenado por crime anterior, conforme preceitua o artigo nº 63 do Código Penal Brasileiro. A esse indivíduo se deduz que, já que voltou a cometer delitos, a pena aplicada a ele não foi suficiente para ressocializá-lo de tal forma que esse compreenda que não deve voltar a cometer atos contrários a lei, devendo-se agravar sua pena, visando, com isso, que essa alcance sua real finalidade e que esse indivíduo não volte a cometer infrações penais.

Além de se apresentar como instituto que sempre agrava a pena, conforme artigo nº 61, I, do CP, a reincidência é, também, circunstância preponderante no concurso de agravantes e atenuantes, isso com fulcro no artigo nº 67, do mesmo código(PRADO, 2008).

O dispositivo do Código Penal que trata da reincidência, nº 63, já destacado, refere-se especificamente quanto ao cometimento de crime anterior, conclui-se então que se houver uma contravenção penal posterior, essa não geraria a reincidência, todavia, por força do artigo nº 7º da Lei de Contravenções Penal (Dec.

⁴ Débora de Souza de Almeida é Doutoranda em Direito Penal pela Universidad Complutense de Madrid - UCM, Espanha. Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Especialista em Ciências Penais pela mesma instituição. Advogada. Autora de livros e de artigos em periódicos especializados em âmbito nacional e internacional. Disponível em: <<http://www.editorasaraiva.com.br/autor/debora-de-souza-de-almeida/>>.

Lei nº 3.688/41), há reincidência quando o agente praticar uma contravenção depois de passar em julgado sentença condenatória por outra contravenção (no Brasil) ou por qualquer crime (no Brasil ou no exterior)(QUEIROZ, 2012).

Como destacado para a caracterização da reincidência se faz necessário o concurso simultâneo de dois requisitos: 1) o trânsito em julgado de sentença penal condenatória por crime anterior e 2) o cometimento de novo crime. Logo, pode ocorrer de um indivíduo não ser considerado reincidente muito embora tenha praticado diversos crimes, como por exemplo, se o agente, depois de preso em flagrante delito, venha a confessar outras infrações anteriores, cuja autoria era até então ignorada, ele será primário em todos os processos, ora, embora tenha cometido delito anterior por esse não foi condenado em sentença penal transitada em julgado, da mesma forma que, havendo sentença condenatória, se essa estiver pendente de recurso, também não haverá a reincidência, isso se dando pelo mesmo motivo, em virtude da falta de sentença transitada em julgado (QUEIROZ, 2012).

Por não ter caráter condenatório, também não induzem reincidência: 1) a sentença absolutória imprópria que se aplica medida de segurança ao inimputável(GRECO, 2014), isso de acordo com a doutrina majoritária; 2) a decisão concessiva de suspensão condicional do processo (Lei nº 9.099/95, artigo nº 89); 3) a sentença concessiva de perdão judicial (CP, artigo nº 120); 4) a decisão que homologa a composição civil (Lei nº 9.099/95, artigo nº 74); 5) a decisão que aplica pena restritiva de direito em transação penal (Lei nº 9.099/95, artigo nº 76, § 4º) e 6) reconhecimento judicial da prescrição da pretensão punitiva, já que implica desconstituição da sentença condenatória(QUEIROZ, 2012).

Cumprindo ainda, destacar que, muito embora o Código Criminal do Império de 1830, em seu artigo nº 16, § 3º, e o Código Penal de 1890, em seu artigo nº 40, consagrarem que só há o agravamento da pena se houver reincidência específica, ou seja, se o autor do novo crime praticar crime idêntico no anterior, o atual Código Penal de 1940, determina que, para que essa seja reconhecida é necessário tão somente que seja praticado novo crime, não sendo relevante para caracterizá-la que esse seja equivalente ao anterior, denomina-se como tal reincidência genérica(PRADO, 2008).

Importante se faz ainda, afirmar que além de extinguir com a reincidência específica, a Lei nº 6.416/1977, também limitou no tempo os efeitos da condenação anterior, visando não estigmatizar para sempre o condenado. A partir daí, deixou de prevalecer à condenação anterior para efeito de reincidência se entre a data do cumprimento ou da extinção da pena e da infração posterior houver período superior a 05 (cinco) anos. Como foi destacado não se exige o efetivo cumprimento da sanção penal imposta no delito anterior, basta a extinção da pena e que a condenação anterior seja irrevogável (PRADO, 2008), gerando a chamada reincidência ficta (QUEIROZ, 2012).

O fato de o indivíduo ser reincidente lhe retira diversos direitos ou, pelo menos, os restringe, destaco aqui: 1) O aumento do prazo de cumprimento da pena para obtenção de livramento condicional, se reincidente em crime doloso (artigo nº 83, II, CP); 2) interrupção da prescrição (artigo nº 117, VI, CP); 3) a aumento de um terço no prazo prescricional da pretensão executória (artigo nº 110, CP); 4) a revogação da reabilitação, quando sobrevier condenação a pena que não seja de multa (artigo nº 95, CP); 5) o impedimento de que o regime inicial de cumprimento de pena seja o aberto ou semi-aberto, salvo em se tratando de pena detentiva (artigo nº 33, § 2º, b e c); 6) a revogação obrigatória da suspensão condicional da pena em condenação por crime doloso (artigo nº 81, CP) e a revogação facultativa, na hipótese de condenação por contravenção ou por crime culposo (artigo nº 81, § 1º, CP); 7) o impedimento à prestação de fiança, em caso de condenação por delito doloso; 8) o não reconhecimento de algumas causas de diminuição de pena (artigos 155, § 2º - furto privilegiado; 170 – apropriação indébita privilegiada e 171, § 1º - estelionato privilegiado, todos do CP); 9) a revogação obrigatória do livramento condicional, se houver nova condenação em pena privativa de liberdade (artigo nº 86, CP) ou a revogação facultativa, em caso de contravenção ou crime que não importa pela privativa de liberdade (artigo nº 87, CP) (PRADO, 2008).

Cumprindo ainda, afirmar que, nem todos os crimes geram reincidência, o Código Penal em seu artigo nº 64, II, excepciona os crimes puramente políticos e os crimes militares próprios. Os crimes militares próprios estão definidos no Código Penal Militar, são aqueles que só podem ser cometidos por militar e, se cometido por civil, não seriam típicos, não se confundindo esses com crimes militares impróprios, que podem ser praticados tanto por militares como por civis, ressalto que só os

primeiros não ensejam a reincidência. No que toca os crimes políticos, esses são praticados contra a segurança interna e externa do Estado, sendo relativamente políticos os crimes que se relacionam a fatos puníveis segundo a Lei comum, praticados com o fim político-subversivo e sendo puramente políticos os crimes que atentam, exclusivamente, contra interesses políticos da nação, destaca-se que, somente os últimos não geram a reincidência(QUEIROZ, 2012).

Como já foi mencionado, a reincidência não é perpétua, haja vista que, se entre a data do cumprimento ou extinção da sanção anterior e a prática da infração posterior, tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos, extinguir-se-ão todos os efeitos da primeira condenação, logo, o sentenciado voltará a condição de primário (CP, artigo nº 64, I). Nesse prazo, também será computado, o período que o Réu estiver em gozo de livramento condicional, desde que não tenha havido revogação do benefício, assim, se o indivíduo foi condenado a seis anos de prisão e após quatro anos cumpriu o restante na pena em livramento condicional, os efeitos da reincidência irão se extinguir em três anos, pois o Réu já estava há dois anos em liberdade. O mesmo ocorre se estiver em gozo de suspensão condicional da pena (*sursis*)(QUEIROZ, 2012), o início da contagem do prazo de cinco anos se dá a partir da data da audiência admonitória⁵, no caso de ter sido concedida a suspensão condicional da pena e, no caso do livramento condicional, dá-se o início do prazo da cerimônia do livramento condicional⁶, desde que não revogada a medida e declarada a extinção da pena (artigos 82 e 90, CP) (GRECO, 2014).

A prova da reincidência deve ser produzida mediante certidão do cartório competente, não basta a simples exibição de folha de antecedentes(QUEIROZ, 2012). Não havendo o trânsito em julgado da ação penal condenatória não há que se falar em tal reincidência, ainda assim, existem autores que afirmam que cabe caracterizar a conduta anterior como maus antecedentes(GRECO, 2014), tal conclusão não merece prosperar haja vista que não há como se ignorar que a

⁵ Art. nº 60, da Lei de Execução Penal - LEP. Tal audiência se destina a leitura da sentença condenatória, na qual Juiz especifica as condições impostas para cumprimento do SURSIS. Se aceitas as condições pelo condenado, a partir da data da citada audiência terá início o período de prova, sendo iniciado daí o prazo de cinco anos previsto pelo art. 64, I, CP.

⁶ Art. nº 137 da LEP. No que toca ao livramento condicional, entendeu o legislador determinar a realização de uma cerimônia para serem lidas as condições a que liberando irá se submeter, tendo ele aceitado a tais condições, a partir daí se tem o início do livramento condicional, dando-se, ainda, o início do prazo para contagem dos cinco anos, que ocasionará ao agente a volta ao estágio de primariedade.

reincidência é espécie do gênero “maus antecedentes”, apresentando-se como sua máxima expressão, ora, ensejar aumento em virtude de maus antecedentes e, em seguida, por conta da reincidência seria, em outras palavras, possibilitar múltiplos aumentos pelo mesmo fato (QUEIROZ, 2012), cabendo destacar aqui o princípio do bis in idem, ou seja, na dupla sanção sobre o mesmo fato, inadmissível no atual Direito Brasileiro.

2.2 Evolução legislativa da reincidência criminal

O primeiro que tocou no tema da reincidência foi o Código Criminal do Império, de 16 de dezembro de 1830, no seu artigo nº 16, § 3º. Esse já constituía a reincidência como agravante “[...] ter o delinquente reincidido em delito da mesma natureza [...]” (YAROCHEWSKY, 2005).⁷

O Código não fazia referência à sentença condenatória anterior transitada em julgado, todavia, apesar de conciso, só admitia o agravamento da pena pela reincidência nessas condições. Embora se referisse a delito da “mesma natureza⁸”, o Código do Império não explicava em que se consistia tal delito, o que levou na época a diversas controvérsias que muitas vezes ficavam sem solução (YAROCHEWSKY, 2005).

Em seguida, o Código Penal Republicano de 1890 (Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890), em seu artigo nº 40, definiu a reincidência e ainda fixou requisitos para que ser verificada: “[...] A reincidência verifica-se quando o criminoso, depois de passada em julgado sentença condenatória, comete outro crime da mesma natureza e como tal entende-se, para efeitos da lei penal, o que consiste na violação do mesmo artigo [...]” (YAROCHEWSKY, 2005).

Conclui-se que tal legislação buscou suprir as lacunas do Código Criminal do Império, todavia, não foi feliz em sua definição de “crimes da mesma natureza”, haja vista que levou em consideração a violação apenas do mesmo artigo. O Código

⁷ Leonardo Isaac Yarochevsky. Mestre e Doutor em ciências penais pela faculdade de Direito UFMG, membro do Instituto Brasileiro de Ciências Sociais (IBCCrim), da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais (ABPCP) e do Instituto de Ciências Penais (ICP).

⁸ Se os crimes praticados ofenderem o mesmo bem jurídico serão eles da mesma espécie ou da mesma natureza. Aquele que é condenado por um furto e posteriormente pratica um roubo, embora previstos em artigos diferentes, terá praticado o crime da mesma natureza ou espécie, haja vista que terá ofendido o mesmo bem jurídico, no caso o patrimônio.

Penal de 1890 contemplou em sua redação a reincidência específica, logo se um agente praticasse crime de rapto seguido de estupro e em outra oportunidade tão somente o crime de estupro não seria visto como reincidente, haja vista que tais práticas constavam em artigos diferentes(YAROCHEWSKY, 2005).

A Consolidação das Leis Penais de 1932 (Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932), praticamente repete o artigo nº 40 do Código de 1890, a Consolidação, todavia, abriu uma exceção a regra da violação do mesmo artigo no que toca os crimes eleitorais, de acordo com seu artigo nº 178: “Haverá reincidência sempre que o criminoso, depois de condenado por sentença irrecorrível, cometer crime eleitoral, embora não infrinja a mesma disposição de lei”. Logo, no que toca os crimes eleitorais houve maior abrangência a questão do agravamento da pena(YAROCHEWSKY, 2005).

O atual Código Penal (Decreto Lei nº 2.848), ao ser criado em 07 de dezembro de 1940, adotava regime diverso dos anteriores e representou grande avanço quanto à definição da reincidência. O referido Código distinguiu a reincidência genérica da específica, conforme disposto em seu artigo nº 46, § 1º, I e II, declarava a lei que quando fossem crimes diversos tratava-se de reincidência genérica e quando se tratava de crimes de mesma natureza, se falava em reincidência específica, acrescentando ainda que:

“[...] consideram-se crimes da mesma natureza os previstos no mesmo dispositivo legal, nem como os que, embora previstos em dispositivos diversos, apresentam, pelos fatos que os constituem ou por seus motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns [...]”.

Conclui-se então que o Código de 1940 apresentou o conceito de crime de mesma natureza com conceito bem mais abrangente que aquele do Código de 1890, passando a considerar como crimes de mesma natureza não só aqueles que violam o mesmo dispositivo legal(YAROCHEWSKY, 2005).

Importante ressaltar que o diploma legal de 1940, achou por bem atribuir à reincidência específica tratamento mais elevado, como pode ser verificado com o exame do ser artigo nº 47, tendo em vista que esse afirma que a reincidência específica importa aplicação da pena mais grave em qualidade, dentre as cominadas alternativamente e aplicação da pena privativa de liberdade acima da

metade da soma do mínimo com o máximo(YAROCHEWSKY, 2005).

Críticas também merecem o Código de 1940, pecando por não tratar da prescrição da reincidência, adotando o sistema de perpetuidade e ainda por adotar o sistema duplo binário, que previa ao condenado imputável, além da pena privativa de liberdade, a aplicação de medida de segurança, isso em virtude da periculosidade que era presumida em relação aos agentes reincidentes em crime doloso. Tais críticas se dão, no caso da reincidência perpetua, por estigmatizar para sempre o condenado e, no caso da periculosidade, por não ser evidentemente razoável presumir a periculosidade do agente, dado que só pode se afirmar que essa existe se devidamente comprovada(YAROCHEWSKY, 2005).

A citada diferenciação que existia entre a reincidência específica e a genérica acabou em 1977, com a Lei nº 6.416, na medida em que essa lei revogou os parágrafos 1º e 2º do artigo nº 46 do Código Penal de 1940, também nesse momento foi extinta a tão criticada perpetuidade da reincidência, que deu lugar ao sistema de prescrição da reincidência. Outra inovação relevante se refere a não consideração, para efeito de reincidência, dos crimes propriamente militares⁹ (só pode ser praticado por militares, exemplo: abandono de posto, insubordinação) ou puramente políticos¹⁰ (atentam exclusivamente contra interesses políticos da nação, exemplo: incitação ou propaganda subversiva) (YAROCHEWSKY, 2005).

Grandes passos foram dados com a referida lei, contudo, no que diz respeito a Suspensão Condicional do Pena o, “SURSIS penal”, a lei determinava que para obtenção do benefício, era necessário que o condenado não tivesse sofrido condenação anterior por outro crime à pena privativa de liberdade, todavia com o advento da Lei nº 7.209/84, essa questão e muitas outras passaram a ter melhor tratamento(YAROCHEWSKY, 2005).

O atual Código Penal disciplina que o condenado deixara de obter o benefício do SURSIS tão somente se for reincidente em crime doloso, restrição menor que a imposta anteriormente, outra alteração vantajosa e aquela que consta no artigo nº

⁹ Os crimes impropriamente militares, todavia, geram reincidência, que são aqueles crimes previstos no Código Penal comum.

¹⁰ Por outro lado, são considerados para efeito de reincidência os crimes relativamente políticos, que são puníveis com a lei penal comum, praticados com finalidade político-subversiva (ex: matar quem exerce autoridade, roubo ou sequestro com fins políticos, etc.)

64, I, do Código Penal, que reza que deve-se incluir na contagem do prazo de cinco anos (tempo de prescrição da reincidência) o período de prova do SURSIS ou do livramento condicional, se não existir revogação deles(YAROCHEWSKY, 2005).

Com a reforma de 1984 da parte geral do atual Código Penal foi extinta a medida de segurança para o imputável, ficando assim a medida de segurança reservada ao inimputáveis e, em alguns casos, as sem imputáveis, não podendo mais ser essa aplicada juntamente com a pena privativa de liberdade(YAROCHEWSKY, 2005).

Com advento da Lei nº 8.072/90 (Lei dos crimes hediondos), acrescentou ao artigo nº 83, do Código Penal, o inciso V dispondo que se o condenado houver cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, tortura, tráfico de drogas e terrorismo e se não foi reincidente específico, se somados aos demais benéficos obterá o livramento condicional, a alteração de tal dispositivo gerou muitas críticas, haja vista que trouxe de volta ao Código Penal a superada distinção entre a reincidência genérica e a reincidência específica(YAROCHEWSKY, 2005).

Por fim, destaca-se uma última alteração relevante ocorrida no Código Penal, através da Lei nº 9.714 de 1998, a qual alterando o artigo nº 44, II, determinou que o Juiz não poderá substituir a pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direito, caso o Réu seja reincidente em crime doloso, todavia, no paragrafo 3º do mesmo artigo ressaltou que se o apenado for reincidente, o Juiz aplicará a substituição desde que, em face da condenação anterior, a medida seja recomendável socialmente e a reincidência não se tenha operada em virtude da pratica do mesmo crime(YAROCHEWSKY, 2005).

Muito embora hajam todas essas restrições ao Réu reincidente, como restará exposto a seguir, melhor seria que não houvesse nenhuma, seja a reincidência genérica ou específica, doloso ou culposa, pela prática do mesmo crime ou não, haja vista que o fato do agente ser reincidente não torna o crime mais grave e nem torna o agente mais perigoso(YAROCHEWSKY, 2005).

2.3 Análise político criminal da reincidência

Verifica-se, com o exame das limitações que o condenado em sentença condenatória irrecorrível passa a suportar ao voltar a praticar condutas contrárias a Lei Penal, que se atribui a culpa exclusiva disso a ele (BITENCOURT, 2008). É claro que todos somos possuidores do livre arbítrio, detentores da nossa própria vontade, mas é crucial o exame das reais razões pelas quais o condenado, que já passou e conhece o sistema punitivo, ainda atribui vantagem em voltar a cometer infrações penais.

Primeiramente cabe questionar o caráter que é atribuído ao sistema de punição brasileiro como “ressocializador”, ora, tendo em vista os elevados índices de reincidência, se tem a comprovação do fracasso do Estado na mencionada tarefa (GRECO, 2014). Ora, o atual sistema punitivo não consegue reabilitar ninguém, ao contrário, se apresenta como uma realidade opressiva e violenta, servindo de meio apenas para reforçar os valores negativos do indivíduo (BITENCOURT, 2008). É numerosa a quantidade de ex presos que voltam ao mundo do crime, mesmo tendo consciência da péssima realidade que voltarão a vivenciar, vejamos a que se deve isso.

Um dos grandes fatores a que levam os agentes voltarem a cometer delitos é a própria prisão, a “universidade do crime”, não há como se negar que ela exerce forte influência no fracasso do tratamento do recluso, já que é impossível pretender recuperar alguém para a vida em liberdade em condições de não-liberdade (BITENCOURT, 2008), principalmente nas atuais condições do sistema penitenciário brasileiro, que trata o detento como inimigo.

O grande problema está no fato que não são realizados estudos que possibilitem elucidar as reais causas que geram influência sobre a reincidência, não existem pesquisas científicas que nos permitam concluir que a reincidência se dá, unicamente, em virtude da falência das prisões, ora, a reincidência pode estar ocorrendo, também, por outros motivos posteriores à libertação do interno, como por exemplo, por não encontrar trabalho ou por não ser aceitos pelos demais membros da sociedade, os não delinquentes (BITENCOURT, 2008).

O fato do agente do crime ter sido pego pelo sistema, infelizmente, lhe

ocasiona uma vida a margem da sociedade, de uma sociedade que o etiqueta com o rótulo de ex presidiário e não lhe proporciona chance alguma de voltar a viver em comunidade. Não há para esse agente oportunidade de emprego, pois quase ninguém quer trabalhar com um ex detento, não encontrando outra forma de sobreviver senão voltar a cometer delitos.

Cumprida ainda, destacar que, devem-se levar em conta as modificações que ocorrem no material humano sobre o qual a pena produz sua ameaça (BITENCOURT, 2008), ora a um indivíduo que já passou e conhece o sistema e agora vive em uma sociedade que o marginaliza, ao fazer o juízo de valor, conclui que, ainda que volte para o sistema penitenciário, isso não lhe parece tão pior do que viver daquele modo em sociedade, digo, as margens dela.

Sendo assim, a reincidência não pode ser atribuída, exclusivamente, ao fracasso dos métodos penitenciários, visto que o recaída do agente se produz também, por outros fatores pessoais e sociais. O que se conclui é que, na verdade, o condenado é o menos culpado pela recaída na prática delituosa¹¹ (BITENCOURT, 2008).

2.4 Da dupla punição por um mesmo fato: reincidência

É forçoso, em verdade, com a análise da reincidência concluir que ao se punir

¹¹ “Com razão, Paganella Boschi assinala que a reincidência não pode ser sempre e necessariamente justificada como imperiosa punição ao condenado que, por má-formação, desvio de conduta, tendência ao crime, insiste em continuar violando a lei, como tradicionalmente se afirma, mas, isto sim, deve ser compreendida, também como expressão final do processo de perversão e de estigmatização do homem pela prisão ou pela absoluta falta de políticas oficiais de amparo ao egresso, criadoras de novas oportunidades para a harmônica reintegração ao mundo livre pelo trabalho (Penas, cit., p. 269). Por isso, entende Juarez Cirino que em verdade a reincidência ou deveria ser atenuante, quando houvesse o cumprimento da pena, em virtude da dessocialização decorrente da experiência carcerária, ou deveria ser penalmente indiferente, quando não tivesse havido o cumprimento da pena (**Direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 245).”

“Finalmente, autores há que propõem que a reincidência, em vez de ensejar o agravamento da pena, deve, ao contrário, justificar sua atenuação. Nesse sentido, Juarez Cirino dos Santos, para quem é necessário reconhecer: a) se o novo crime é cometido após a passagem do agente pelo sistema formal de controle social, com efeito cumprimento da pena criminal, o processo de deformação e embrutecimento pessoal do sistema penitenciário deveria induzir o legislador a incluir a reincidência real entre as circunstâncias atenuantes, como produto específico da atuação deficiente e predatória do Estado sobre sujeitos criminalizados; b) se o novo crime é cometido após a simples formalidade do trânsito em julgado de condenação anterior, a reincidência ficta não indica qualquer presunção de periculosidade capaz de fundamentar circunstância agravante. Conclui, então, que, no caso da reincidência real (o condenado cumpriu de fato a pena, passando por reincidência carcerária), deve ela ensejar a atenuação da pena; na hipótese de reincidência ficta (o condenado não chegou a cumprir pena alguma, por qualquer motivo, como fuga por exemplo), tal circunstância é irrelevante, devendo ser ignorada.”

mais gravemente um crime em virtude de um delito precedente, estar-se valorando e punindo, uma segunda vez, a infração anterior (na qual o agente já foi condenado e punido), a reincidência se constitui assim, um *bis in idem* manifesto¹²(QUEIROZ, 2001), ou seja, na repetição (*bis*) de uma sanção sobre mesmo fato (*in idem*).

Chega-se muitas vezes a absurdos, exemplifica-se aqui o caso de estabelecer o juiz, fixando a pena base em seis anos de reclusão (tráfico de droga), um aumento de 2/3 em virtude da reincidência, aplicando, em definitivo a pena de dez anos de reclusão. Todavia, destaca-se que, o crime anterior (furto) foi apenado em dois anos de reclusão, pena inferior ao aumento decorrente da reincidência, qual seja, quatro anos(QUEIROZ, 2001). Nesse caso observa-se além de uma dupla punição por um mesmo ato faltoso, uma desproporcionalidade, pois o aumento que se gera pela reincidência é maior que aquela punição que originalmente o delito resulta, a qual, inclusive, o condenado já cumpriu.

O Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97), em seu artigo nº 296, extrapola e atinge o cúmulo do arbítrio ao cominar sanção pelo simples fato de o Réu ser reincidente, qual seja a suspensão da permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor, ressalta-se aqui que se aplica essa sem prejuízo das demais sanções cabíveis(BITENCOURT, 2008).

Há autores que entendem que, se a reincidência decorrer de duas ou mais condenações, o juiz poderá considerar uma delas como *maus antecedentes* (para a

¹² “Conforme esclarece Zaffaroni: “desde a penalização liberal ao século XIX se observou que a agravação de pena por um delito anterior é uma nova pena pelo mesmo delito, que viola a proibição da dupla punição”. [...] Quando se invoca a reincidência para impor uma pena superior ao mínimo, o plus punitivo superior ao mínimo não tem nada a ver com o segundo delito, mas senão que é uma pena pelo primeiro”. - ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Estructura Básica delderecho penal**, p. 266)

“Como assinala Muñoz Conde, de uma pena tarifada, na medida em que ela atua como causa de agravamento da pena fundada em fato diverso, gerador de culpabilidade e de responsabilidade próprias, de modo que o plus de gravidade decorrente da reincidência equivale à pena sem culpabilidade, estranho ao fato e que importa em dupla valoração da mesma causa, constituindo *bis in idem*.”

“No mesmo sentido, Alberto Silva Franco: “Por outro lado, mostra-se bastante duvidosa, em sua constitucionalidade, a agravação obrigatória da pena, em razão de ser reincidente”. Como já enfatizado anteriormente, o princípio do *ne bis in idem*, que se traduz na proibição da dupla valoração fática, tem hoje seu apoio no princípio constitucional da legalidade. Não se compreende como uma pessoa possa, por mais vezes, ser punida pela mesma infração. O fato criminoso que deu origem à primeira condenação não pode, depois, servir de fundamento a uma agravação obrigatória de pena, em relação a um outro fato delitivo, a não ser que se admita, num Estado Democrático de Direito, um Direito Penal atado ao tipo de autor (ser reincidente), o que constitui uma verdadeira e manifesta contradição lógica” Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, v.1, p. 1018-9.”

aplicação da pena base) e a outra como agravante (para fixação da pena provisória), tal situação implica também o *bis in idem*, já que, embora utilizando nome diverso, ainda se está a elevar a pena com base na mesma circunstância, qual seja: a reincidência(QUEIROZ, 2012).

O Superior Tribunal de Justiça – STJ já se posicionou nesse sentido por intermédio da Súmula nº 241: “a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”, sendo assim, prevista a reincidência como agravante, com fulcro no artigo nº 61, I, CP, somente no segundo momento de aplicação da pena é que poderá ser considerada a reincidência(GRECO, 2014).

Conforme vimos, o agente volta à condição de primário em virtude do decurso do prazo de cinco anos sem praticar novo delito. Entretanto, há autores que entendem que, ainda assim, se poderia utilizar de tal condenação como maus antecedentes, também aqui a clara violação ao princípio do *bis in idem*, já que o agente já respondeu pela primeira infração e, além disso, com o decurso do prazo, cessou a reincidência e não podendo essa ser aproveitada para nenhum fim, ora, o acessório (maus antecedentes) deve seguir a sorte do principal (a reincidência). Importante se faz ainda, destacar que, ao utilizar a reincidência já extinta com essa finalidade, os maus antecedentes estariam assumindo um caráter perpétuo(QUEIROZ, 2012), o que é proibido pela nossa atual Constituição Federal (artigo nº 5º, XLVII, b).

Em virtude do afirmado, existem autores que defendem a eliminação do instituto da reincidência¹³, todavia, sendo essa tolerada, ainda que haja a violação

¹³ “Por isso que Cobodel Rosa e Vives Antón propõem a abolição pura e simples do instituto, porque, além de incompatível com um direito penal da culpabilidade pelo fato, está evidenciada sua total ineficácia.” **Derecho penal**, cit., p. 815. Escrevem os citados autores textualmente: “a reincidência, pois, não nos deve situar em outro Direito Penal. De um Direito Penal distinto ao da mera e única repressão por meio da pena; de um Direito Penal preventivo e de medidas de segurança, que conhece e concede maior relevância não tanto ao delito, mas ao estado perigoso, entendido como pressuposto da aplicação daquelas. E dentro deste marco, seguimos, apesar de tudo, propugnando o desaparecimento do instituto da reincidência, em suas distintas manifestações, assim como em sua consideração como agravante da pena, pois está evidenciada a sua total inoperatividade”

“ZaffaroniPierangeli, Manual de Direito penal brasileiro, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 841: “rejeitada, portanto, esta única tentativa teórica de fundamentar a agravação da pena pela reincidência, sem violar o *non bis in idem* e a conseqüente intangibilidade da coisa julgada, estabelece-se o corolário lógico de que a agravação pela reincidência não compatível com os princípios de um direito penal de garantias e sua constitucionalidade é sumamente discutível. Estas

ao princípio do bis in idem, a dupla penalização deve ser proporcional, explico: o agravamento que decorrer da reincidência jamais poderá ser igual ou superior à pena que foi imposta pela sentença condenatória precedente que a ensejou, uma vez que o acessório (agravante da reincidência) não pode exceder o principal (a pena imposta). Logo, tendo sido o Réu condenado anteriormente a uma pena de dois anos por furto, a agravante decorrente disso em crime de latrocínio (artigo nº 157, § 3º, CP) não poderá ser da metade da pena prevista para esse crime, isto é, dez anos, já que isso seria dez vezes a pena precedente, não gerando assim, a proporcionalidade desejada (QUEIROZ, 2012).

2.5 Distinção entre o Réu reincidente para o não reincidente

Arrisco afirmar que a diferença entre um Réu não reincidente para um reincidente é tão somente o fato do segundo ainda não ter passado pelo sistema, já que o que rótula o indivíduo é unicamente o fato dele já ter sido processado e condenado por sentença transitada em julgado, sem essa, ainda que ele tenha cometido diversos delitos, será primário aos olhos do Direito, concludo com isso que, um estelionatário, por exemplo, bem preparado, que já cometeu centenas de delitos não terá a agravante aqui discutida, em contrapartida uma mãe de família que furtou um litro de leite há um ano, voltando a cometer tal infração e sendo pega pelo sistema em ambos os casos, essa sim, será reincidente e terá sua pena agravada.

Conclui-se com isso que nem sempre o Réu primário é menos perigoso que o reincidente, exemplificando: o autor de seguidos estupros, embora primário, certamente é bem mais nocivo do que o condenado, reincidente, por furtos ou lesões corporais leves (QUEIROZ, 2001). Enfim, o Réu pode ser primário e já ter praticado diversos delitos, como também pode ser reincidente em crime de menor potencial ofensivo, como pode ser observar, no presente caso também o primeiro é mais perigoso, ainda que não tenha sido pego pelo sistema. A reincidência não se apresenta como uma prova segura de maior periculosidade, não se justificando, por essa razão, sua existência (QUEIROZ, 2012).

considerações são as que levaram o legislador colombiano, por exemplo, a eliminar a reincidência [...]. Na realidade, a reincidência decorre de um poder estatal de classificar as pessoas em 'disciplinadas' e 'indisciplinadas', e, é óbvio, não ser esta a função do direito penal garantidor".

3 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO STF E NO STJ NA HIPÓTESE DE REINCIDÊNCIA

3.1 Primeira visão: da não aplicação do princípio da insignificância na hipótese de reincidência

Por todo o exposto, restou claro que, ainda não haja previsão legal, o princípio aqui estudado é amplamente aceito pela Doutrina e pela Jurisprudência majoritária, o que demonstra a modernidade no direito penal, que de forma correta não se encontra atrelado a um Direito formalista, que não leva em consideração outras fontes do Direito e não tão somente a primária, qual seja a lei. Deve se buscar realizar o real objetivo do Direito aqui estudado, que analisando seu caráter de subsidiariedade ou fragmentariedade, não faz sentido processar uma conduta que, muito embora atinja formalmente o bem jurídico que o tipo penal buscava proteger, não o faz materialmente.

Como foi reafirmado, está certo que aquele que pratica uma conduta que não lesiona o bem jurídico que o tipo penal pretendia proteger não merece ter sua conduta processada, todavia, é importante se indagar se ainda podemos afirmar que esse mesmo agente que cometeu aquela conduta com resultado insignificante não terá essa sua ação passando a ter relevância no campo criminal se voltar, uma, duas, sucessivas vezes a praticar o mesmo ou outros delitos. Vejamos.

A majoritária jurisprudência da Corte Suprema (Supremo Tribunal Federal – STF) e do Superior Tribunal de Justiça – STJ entendem que não. Tomando como base uma mesma conduta, que gerará o mesmo resultado, o agente só fará jus ao princípio se for primário, em outras palavras, aquele que é reincidente, ainda que tenha praticado o mesmo delito, gerando o mesmo resultado, não verá sua conduta ser atípica materialmente pela aplicação do princípio.

Ficará então afastado o princípio da insignificância para evitar o incentivo à reiteração criminosa. Nesse sentido, precedente do STF:

“EMENTA Habeas corpus. Penal. Estelionato. Artigo 171, caput, do Código Penal. Alegada incidência do postulado da insignificância penal. Inaplicabilidade. Paciente reincidente em práticas delituosas. Precedentes. Ordem denegada. 1. Embora seja reduzida a expressividade financeira da vantagem auferida pelo paciente (compra de suplementos alimentares em uma farmácia no valor de

R\$ 45,00), entendo não ser possível acatar a tese de irrelevância material da conduta praticada pelo paciente, tendo em vista sua personalidade voltada à prática delitiva, conforme se verifica nos documentos que instruem a impetração. 2. Segundo a jurisprudência desta Corte, “o reconhecimento da insignificância material da conduta increpada ao paciente serviria muito mais como um deletério incentivo ao cometimento de novos delitos do que propriamente uma injustificada mobilização do Poder Judiciário” (HC nº 96.202/RS, Primeira Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 28/5/10). 3. Essas circunstâncias inibem a aplicabilidade do postulado da insignificância ao caso concreto. 4. Ordem denegada”. (HC 113467, DIAS TOFFOLI, STF.)

Exemplifica-se também, com precedente do STJ:

“EMENTA CRIMINAL. HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. EMISSÃO DE CHEQUE COM ASSINATURA FALSA. PEQUENO VALOR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO APLICABILIDADE. PACIENTE COM VASTO HISTÓRICO DE CONDUTAS CRIMINOSAS. ORDEM DENEGADA. I. Hipótese em que o paciente foi denunciado pela emissão de cheque, no valor de R\$ 50,00 (cinquenta reais) com falsificação da assinatura. II. A verificação da lesividade mínima da conduta, apta a torná-la atípica, deve levar em consideração a importância do objeto material subtraído, a condição econômica do sujeito passivo, assim como as circunstâncias e o resultado do crime, a fim de se determinar, subjetivamente, se houve ou não relevante lesão ao bem jurídico tutelado. III. Paciente que responde a processos por delitos de furto, posse de substância entorpecente, falsa identidade, denúncia caluniosa, falsificação de documento público e receptação, e que ostenta dezesseis condenações definitivas, três posteriores e treze precedentes ao delito em questão, sendo que sete delas caracterizam reincidência. VI. Histórico que deixa evidente a habitualidade delitiva, o que impossibilita a aplicação do princípio da insignificância ao caso. IV. Ordem denegada”. (HC - HABEAS CORPUS – 174629, Quinta Turma, Relator GILSON DIPP, DJE DATA: 24/04/2012, STJ).

A razão pela qual os Magistrados resolveram passar a não admitir o princípio da insignificância no caso do Réu reincidente é, de fato, razoável a uma primeira vista, ocorre que ao analisarmos os requisitos para a aplicação do princípio aqui tratado e tendo em mente que utilizamos o direito penal do fato, não do autor do delito, quem ele é, todas as suas características e o que ele fez antes de praticar o delito torna-se irrelevante para se fazer jus à aplicação do princípio, razão pela qual passo a explicar, brevemente, a diferenciação do direito penal do autor para o direito penal do fato, demonstrando por que razão o segundo deve prosperar.

3.1.1 Direito penal do autor: aplicação da pena em razão do “ser” do agente

O fato do direito penal do Autor ter sido proposto pelos Nazistas(MUZZI) já traduz, para quem conhece um pouco do Direito Nazista, do que se pode esperar desse modelo a ser adotado, haja vista que, no período do Nazismo o sujeito era preso sem nem ter conhecimento do que tinha feito, muitas vezes em razão de não ter feito absolutamente nada, ou seja, era preso por quem ele era, não por alguma conduta que tinha realizado, não é esperado que nosso direito penal seja visto assim, razão pela qual as condutas devem ser punidas em razão de elas gerarem males aos bens jurídicos protegidos, gerando um mau estar social e não por alguma característica específica do autor do delito que seja mau vista pela sociedade como um todo.

O Direito do Autor do delito fundamenta a aplicação da pena em razão do "ser" do agente, e não em razão da conduta praticada, criminalizada nesse caso é a personalidade do indivíduo, e não o ato e o resultado do ato ocasionado por ele(MUZZI). Nesse modelo de direito penal em que tão somente o agente é criminalizado, existem dois tipos de autor de delitos, o tipo normativo e o tipo criminológico.

Em conformidade com a concepção do tipo normativo de autor, o fato somente se integra ao tipo caso se ajuste ao modelo ou a imagem do autor, o que se faz aqui é comparar o fato concreto com o modelo de ação que se espera de um típico agente de delito, se diz que é normativo haja vista que se estabelece uma escala de valores que se utiliza como base para valorar os fatos realizados pelo autor.

Por outro lado, a concepção do tipo criminológico do autor não se leva em consideração um Juízo de valor, mas sim uma constatação empírica, ou seja, uma observada através da experiência, de que a personalidade do agente concorda com as características específicas do que vem a ser o criminoso habitual.

Muito embora não haja um critério único do que seja o direito penal do autor, afirma-se que esse, em sua manifestação extremada, se revela como uma corrupção a o ramo do Direito aqui discutido, que passa a proibir não o ato em si,

mas o ato se praticado por determinado autor, em virtude de alguma característica que esse possua em especial, assim o reprovável passa ser não o crime praticado, mas sim o autor de tal delito, passa se a condenar o ladrão e não mas o roubo em si(ZAFFARONI, et al., 2004).

Em verdade, um Direito que respeite e reconheça a autonomia moral da pessoa não pode penaliza-la por ela ser quem ela é, haja vista que condutas praticadas por pessoas são criminalizadas e não elas mesmas, não há que se falar em penalizar um homem por ele ser quem ele escolheu ser, fazendo-se isso se estaria violentando sua esfera de autodeterminação(ZAFFARONI, et al., 2004).

Adotando tais praticas, não haveria razão para se aguardar que o Autor viesse a praticar o delito para esse viesse a ser punido, já que o fato da conduta criminosa ter ocorrido apenas funciona como marco inicial para punição que se dá não em razão de delito ter sido praticado, mas pelo agente que o praticou ser quem ele é(MUZZI).

Ao contrario do direito penal do autor, tem-se o direito penal do fato, esse último pune atos, não permite sancionar o modo de ser do agente que veio a praticar esse ato(MUZZI), mas tão somente o que ele gerou para o universo jurídico, nesse caso, só há que se falar em punição se houver resultado relevante para o universo do direito penal, quem o indivíduo escolheu ser não tem importância para esse modelo jurídico, assim, ninguém é culpado por ser quem é, mas somente será se houver culpa em relação a determinado fato ilícito(MUZZI).

3.1.2 Direito penal do fato: aplicação da pena em razão da conduta praticada pelo agente

O direito penal do fato se consagra com o princípio da culpabilidade, esse desdobra-se em três aspectos fundamentais: 1) Nos elementos que integram o conceito analítico de crime, ou seja, a conduta deve ser típica, ilícita e culpável; 2) Nos critérios que regulam a pena, após está assegurado que a conduta do indivíduo é típica, ilícita e culpável, é fato que lhe será aplicado uma sanção; 3) No princípio impedidor da responsabilidade penal objetiva, ora, para que exista a prática de um fato criminoso, seja ele omissivo ou comissivo, a conduta para ser punida deve ter sido praticada dolosa ou culposamente, caso contrário não se admite que houve

conduta criminosa(MUZZI).

No que toca o Princípio da Culpabilidade, é importante que fique claro que esse se refere a um fato determinado, o que é levado em consideração aqui é a autonomia de vontade do autor do Delito. No direito penal do fato, a culpabilidade consiste em um Juízo sobre a relação do fato realizado com o autor desse fato, não leva-se aqui em consideração a forma que o agente escolheu levar a sua vida, sua personalidade ou características, logo, o que se extrai ao mencionar tal princípio é que se optou por não ser possível tipificar ou sancionar o caráter ou o modo de ser do agente, haja vista que no âmbito do direito penal não se deve julgar a pessoa, mas tão somente seus atos(COSTA, 2009).

É preciso que se altere a visão de se associar certas condutas delituosas a um certo tipo específico de agente, haja vista que se esse fosse de fato o fim do direito penal, não haveria necessidade de se aguardar que houvesse a prática do fato definido como crime, por parte do indivíduo que se enquadra no tipo definido como criminoso, seria nesse caso suficiente a atitude interna do agente para castigá-lo(COSTA, 2009).

O direito penal do autor, ao contrário do direito penal do fato, possibilita que seja levado em conta ao julgar um agente atos estranhos ao delito, o que não é evidente razoável, já que a penalidade se dá pela conduta delituosa que o agente praticou e não por uma característica em especial que esse agente possua(COSTA, 2009).

Em verdade, ao se censurar atos estranhos ao delito se está a ofender a dignidade da pessoa humana, ou seja, se está a violar garantia constitucional. O discurso do direito penal do autor permite aos operadores do direito negar a própria pessoa, já que está a criminalizar essa e não o delito praticado por ela(COSTA, 2009).

Logo, se resulta inadmissível acatar que em um ordenamento jurídico inspirado nos princípios garantistas de um Estado que privilegia a dignidade da pessoa humana reconhecer a aplicação do direito penal do autor. A moderna doutrina coloca em evidência o direito penal do fato, o qual acerta em afirmar que ninguém é culpado por possuir certa característica específica, ninguém é culpado

por quem escolher ser, mas somente o será em relação a determinado fato que se encontra tipificado em nosso Código Penal(COSTA, 2009).

O direito penal do fato ou do ato considera o delito com o um conflito que gera uma conseqüente lesão jurídica. O delito é provocado por ato humano que através de uma decisão livre e autônoma de um ente responsável optou por realiza-lo, assim, através desse ato que ele passa a fazer jus a punição, não por possuir nenhuma peculiaridade específica, só através da pratica do ato definido como crime que se pode retribuir-lhe o mal que gerou, sempre na medida de sua culpabilidade. Deve-se abster com isso de punir atitudes internas do sujeito ou fatos que carecem de lesividade. (COSTA, 2009).

3.2 Segunda visão: da aplicação do princípio da insignificância ainda que haja a reiteração delitiva do caso concreto

No que toca a análise dos requisitos é importante afirmar que, como restou demonstrado ao discorrer sobre o princípio da insignificância, esse é essencialmente objetivo, assim sendo, para que haja sua aplicação não são consideradas as características do agente, aquelas contidas no artigo nº 59 do Código Penal. O problema surge em tentar subjetivar o princípio objetivo da insignificância, ora, para efeitos de se admitir ou não o princípio, os critérios que são utilizados são tão somente os do desvalor da conduta e do resultado, o fato do agente ser ou não reincidente não tem relevância na conduta que ele gerou, se ela for significativa para o direito penal será processada, caso contrário, não será.

Em verdade, tal princípio merece ser utilizado não tão somente em razão de possuir caráter objetivo, mas também, por ser conclusão lógica sua utilização, ora, o resultado da conduta de individuo é o mesmo se ele praticou outro delito anteriormente ou não, a lesão que naquele fato ele gerou ao bem jurídico foi a mesma que seria se ele nunca tivesse praticado outro delito, assim, sua conduta não deixou de ser insignificante por já ter praticado delitos antes.

Por ser crucial de igual forma, cabe destacar que, considerando que duas pessoas com dolo de furtar uma caixa de cervejas decidem praticar tal fato conjuntamente, sendo que um é primário e outro é reincidente, de acordo com o entendimento dominante do STJ e do STF, o primeiro fará jus à aplicação do

princípio da insignificância e o segundo não o fará. Ora, ambos praticaram o mesmo fato, inclusive conjuntamente, lesaram de igual forma e na mesma intensidade o bem jurídico protegido, não há razão para entender por que razão um faria jus ao benefício e o outro não. O que resta claro é que se está buscando punir novamente o agente reincidente por fato que ele já respondeu, demonstrando no caso concreto um bis in idem manifesto, prática proibida no nosso país.

A reincidência não pode interferir na insignificância haja vista que o sujeito não pode ser condenado pelo que é, mas apenas pelo que, de fato, cometeu, deve ser afastado o direito penal do autor, já que o nosso direito penal é o do fato, como restou demonstrado anteriormente o direito penal do autor é prática terrível, que pune o “ser” do agente e não aquela conduta que ele cometeu e que atingiu o bem jurídico protegido pelo Direito.

É importante que fique claro que com isso não se busca a impunidade, o argumento que se baseia em estímulo a criminalização o fato de se aplicar o princípio da insignificância ainda que haja a reincidência, e com isso gerar no indivíduo o sentimento de que sempre poderá cometer pequenos delitos insignificantes não merece prosperar, haja vista que haverá responsabilização, mas não na esfera criminal, que possui caráter subsidiário, o fato de incidir o princípio em uma conduta, sendo o agente primário ou não, ele não ficará impune, responderá pelo praticado em outras áreas do direito.

3.2.1 Casos concretos pertinentes que utilizaram o princípio da insignificância independentemente de reincidência – STF

Destaca-se, primeiramente, o recurso ordinário em habeas corpus nº 113.773/MG, interposto pela Defensoria Pública, contra acordo proferido pelo Superior Tribunal de Justiça que denegou a ordem em Habeas Corpus (nº 214.674/MG). O caso é de furto (artigo nº 155, do Código Penal), o qual o agente subtraiu para si três frascos de desodorantes, avaliados no valor de R\$ 30,00 (trinta reais).

O Ministro Gilmar Mendes fundamentou em seu voto destacando que, não é razoável que o direito penal se movimente no sentido de atribuir relevância a hipótese de furto de bem avaliado em tal valor, isso em virtude do caráter subsidiário

que o citado direito assumiu, impõe-se sua intervenção mínima, somente devendo atuar para a proteção de bens jurídicos de maior relevância para a vida social, destacou em outras palavras que, não cabe ao direito penal, como instrumento de controle mais rígido e duro que é, se ocupar com condutas insignificantes, que ofendam com mínimo grau de lesividade o bem jurídico protegido.

Após mencionar a possível aplicabilidade do princípio da insignificância no caso em tela, o Ministro ressaltou que, muito embora hajam duas condenações transitadas em julgado por crime de roubo, tornando o Réu reincidente, isso não impede a aplicação do princípio ora discutido, haja vista que, levando em consideração a mínima ofensa gerada no caso em tela, não há que se falar em tipicidade material no presente caso, ainda que o delito de furto tenha existido formalmente não atingiu o bem jurídico que o tipo penal pretendia proteger, não gerando resultado relevante para esse ramo subsidiário que é o direito penal.

Destacou o Ministro que para que haja reprimenda do direito penal deve existir proporcionalidade no mau gerado pelo agente ao praticar a conduta e a penalidade que esse venha arcar em razão disso, ocorre que o fato do agente possuir em seus antecedentes duas condenações pelo delito de roubo em nada alterou no resultado causado pelo sua conduta de furtar 03 (três) desodorantes no valor de R\$ 30,00 (trinta reais), esse gerou o mesmo resultado que geraria se outrem, primário, houvesse realizado a conduta.

Outro precedente no mesmo sentido é o do Ministro relator Luiz Fux (HC 119672). O caso foi de tentativa de furto (artigo nº 155, do CP) de um pacote de fraldas, avaliados no valor de R\$ 45,00 (quarenta e cinco reais) de um estabelecimento comercial, o Ministro entendeu que era caso de atipicidade material da conduta, haja vista a incidência no caso do princípio da insignificância, ressaltando que o fato da agente ser reincidente não retira tal atipicidade material da conduta praticada.

No mesmo sentido os precedentes do Ministro Roberto Barroso (HC 123.734, HC 123.108 e HC 123.533). Ao analisar tais casos concretos de delito de furto (artigo nº 155 do CP), ele afirmou que o fato de se julgar um Réu reincidente em furto qualificado não deve, por si só, impedir a aplicação do princípio da

insignificância, esse só deve ser afastado por motivação específica à luz das circunstâncias do caso em tela, afirmou ainda que na eventualidade de não ser afastada a tipicidade material desses delitos, a punição desses agentes será desproporcional e excessiva, gerando males muito maiores que evitaria.

3.2.2 Casos concretos pertinentes que utilizaram o princípio da insignificância independentemente de reincidência – STJ

Trata-se, primeiramente, de agravo regimental (AgRg em Recurso Especial nº 648162) interposto pelo Ministério Público Federal. Sustenta o agravante, o desacerto da decisão que deixou de aplicar no caso concreto o princípio da insignificância sob o argumento de ser o Réu reincidente.

O caso é de delito de furto (artigo nº 155, do CP) de bem avaliados no valor de R\$ 17,00 (dezessete reais), praticamente 3% do valor do salário mínimo a época dos fatos. O Ministro Sebastião Reis Júnior afirmou que muito embora o Réu seja reincidente, em virtude das circunstâncias visualizadas no caso em tela não há que se falar na não aplicação do princípio aqui tratado, ora o valor furtado foi baixíssimo, ou seja, houve plena inexpressividade de lesão jurídica provocada pela prática do delito, observa-se aqui caso de tipicidade formal, haja vista que de fato houve o delito, todavia não merecendo relevância do universo do ramo do direito penal, pois não há tipicidade material no caso concreto, não houve, resultado relevante que mereça a tutela desse ramo do direito, por esse ter caráter subsidiário.

Outro exemplo de precedente que utilizou o princípio em tela muito embora o Réu fosse reincidente foi o Habeas Corpus nº 201603, julgado pelo Desembargador Convocado (TJ/CE), Haroldo Rodrigues, o caso era de receptação (artigo nº 180, do CP) de uma bicicleta avaliada no valor de R\$ 80,00 (oitenta reais), sendo que tal objeto foi devidamente restituído à vítima. O Desembargador convocado entendeu ser de rigor o reconhecimento da atipicidade da conduta em virtude da aplicabilidade do princípio da insignificância haja vista que as circunstâncias de caráter pessoal como a reincidência e os maus antecedentes não impedem a sua aplicação.

Entendeu de igual forma a Ministra Maria Thereza de Assis Moura (HC 219166) pela atipicidade material da conduta de furto (artigo nº 155, do CP) de bem no valor de R\$ 68,80 (sessenta e oito reais e oitenta centavos) em virtude da

aplicação do princípio da insignificância, afirmando que a aplicabilidade de tal princípio deve ser avaliada conforme o postulado da intervenção mínima do Estado em matéria criminal, destacou também que a reprovabilidade do comportamento do indivíduo deve ser verificada com o exame da importância do objeto material subtraído, pela condição econômica do sujeito passivo e as circunstâncias do resultado de sua conduta, todavia, não impede a aplicação do princípio a existência de condições pessoais não favoráveis, tais como a reincidência e os maus antecedentes.

Finalizo trazendo o precedente do Ministro Relator Néfi Cordeiro (Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1377789), no qual ele afirma que o baixo valor do bem furtado (artigo nº 155, do CP) pelo agente e o fato desse ter sido devolvido a vítima é circunstância que prepondera sobre a reiteração delitiva. No caso em tela, foi furtado dois cosméticos no valor de R\$ 8,38 (oito reais e trinta e oito centavos), tendo sido esse devolvido ao estabelecimento, entendeu o Ministro que o fato do agente já ter cometido delitos anteriormente não mudou o fato da conduta dele ser irrelevante para direito material aqui estudado.

CONCLUSÃO

No que toca o princípio da insignificância, o primeiro a ser analisado nesse trabalho, conclui-se que esse é manifestação do moderno direito penal, que não se encontra atrelado única e exclusivamente ao formalismo das leis secas, muito embora essa seja a fonte primária do direito, não é a única existente, hoje restando, inclusive, de lado, se for preciso para que se alcance a justiça no caso concreto.

Tal princípio é exemplo de fonte jurídica que ainda que não exista formalmente na legislação brasileira, é trazido a tona pela majoritária jurisprudência e doutrina no país, isso porque devolve a proporcionalidade para casos concretos que não são atingidos tão somente pela fonte primária do direito, ora, por menor que seja o valor de um objeto furtado, não há que se negar que houve a subtração de coisa alheia móvel se ela de fato existir, já que o caso em tela possui todas as elementares do tipo penal, todavia, é importante se questionar se o bem que foi ofendido com a essa mesma conduta era, de fato, o que o Legislador visava proteger ao tipifica-la.

O princípio surge para devolver a justiça a esses casos que muito embora se adequem perfeitamente ao tipo penal, não ocasionem ofensa ao bem jurídico que a norma jurídica pretendia evitar, ora, não é razoável punir da mesma forma quem furta dois sabonetes de uma rede de supermercados e quem furta uma grande quantidade de dinheiro de um banco, logicamente o segundo caso é o que o Legislador buscava evitar com o tipo penal, destacando-se aqui que, também se deve buscar reprimir o primeiro caso, todavia isso não se dará não por meio do direito penal, em virtude desse só agir quando outro não for suficiente, ou seja, em razão de seu caráter de subsidiariedade.

Muito embora haja grande avanço nesse ponto, qual seja, a aceitação de princípios como orientadores de decisões de casos concretos, ao se estudar a reincidência se observa que apesar da doutrina (em sua grande maioria) muito criticar a utilização dessa agravante, seja por essa se demonstrar como um *bis in idem* manifesto, seja por condenar o homem por quem ele é e não pela conduta que praticou, a maioria dos julgadores ainda impedem a aplicação do princípio da insignificância na hipótese de reincidência. Destaca-se aqui que, tal entendimento

também não merece prosperar em razão da agravante da reincidência não se mostrar como uma punição justa, ora, existem diversos casos de agentes que já cometeram graves delitos anteriores mas que nunca foram condenados por esses, da mesma forma que há casos de indivíduos reincidentes em furto simples, os primeiros, apesar de mais perigosos, não terão sua pena aumentada pela agravante por não terem sido condenados por tais delitos anteriores, já os segundos terão.

Em que pese a maioria dos nossos Magistrados não aplicarem o princípio da insignificância na hipótese do Réu ser reincidente, após o estudo deste trabalho monográfico, percebeu-se que os Julgadores que aplicam o princípio nessa hipótese estão com a razão, ora, não merece prosperar o argumento de que a conduta deixa de ser insignificante ao passar a ocorrer reiteradas vezes, isso em virtude de que a lesão ocasionada pela conduta do agente reincidente não se agrava por ele o ser.

É importante que fique claro que com a aplicação do referido princípio ainda que haja a reincidência não se ocasiona nenhum sentimento de impunidade, haja vista que, muito embora não haja punição na esfera penal, haverá resposta ao resultado gerado pela conduta do indivíduo em outros ramos do direito. Como afirmado, o direito penal é subsidiário, esse só age quando nenhuma outra esfera do direito for suficiente, todavia nos casos em que cabe a aplicação do princípio da insignificância é fato que a punição da esfera civil já gerará no agente que tende a reincidir em condutas insignificantes o sentimento de que os furtos de valores insignificantes não mas ocasionará em lucro em vista da elevada multa que receberá na esfera civil, por exemplo.

Conclui-se, por meio desse trabalho monográfico, que o argumento utilizado pelos Magistrados adeptos aplicação do princípio da insignificância na hipótese reincidência é o que merece prosperar, haja vista que acatar a aplicação de tal princípio é seguir os ensinamentos de nossa lei maior, da Constituição Federal, ora, segundo a atual Constituição todos nós somos iguais perante a lei, assim sendo, quem escolhemos ser não é algo que interfira no nosso direito a algo ou alguma coisa, logo, o fato do agente ser reincidente não é algo que retire dele, de forma absoluta, o direito de ser beneficiado com o princípio da insignificância.

Observa-se, de igual forma, que a aplicação do princípio aqui estudado é um

direito cidadão e acatar a não aplicação dele para um agente em especial em razão de característica específica que tenha (o fato dele ser reincidente, por exemplo) é um ato discriminatório, prática expressamente proibida pela atual Constituição Federal, somado a isso se tem que o princípio da insignificância possui caráter objetivo, portanto características do agente não impedem que ele seja beneficiado com a aplicação do princípio.

Ao analisar os casos concretos, conclui-se que os Magistrados que estão entendendo pela aplicabilidade do princípio ainda que o Réu seja reincidente, o estão em virtude de que a punição dessas mínimas bagatelas gera males muito maiores que evita, além de ser desproporcional punir um agente que não ofendeu o bem jurídico que o tipo penal pretendia proteger, se tem o fato de que ao fazê-lo está causando no agente não sua recuperação (não alcançada da última vez em que foi punido) haja vista que o sistema carcerário não cumpre a meta de ser ressocializador, muito pelo contrário, após passar por ele o indivíduo passa a viver as margens da sociedade que trata o ex presidiário como inimigo.

A aplicação da pena deve-se dar em virtude não do “ser” do agente, mas sim em razão do eventual dano que sua conduta tenha ocasionado, aplicando-se dessa forma o direito penal do fato e não o direito penal do autor, esse último se mostra, claramente, contrário da Constituição Federal que, como afirmado, assegura que todos nós somos iguais perante a lei, quem escolhemos ser não tem relevância para aplicar ou não o princípio da insignificância, ou seja, o fato do réu ser reincidente não interfere na aplicação do princípio.

O que se busca com a sua aplicação ainda que haja a reincidência não é nada extraordinário ou fora do comum, é tão somente que se faça justiça, uma pessoa não pode ser punida pelo que ela é, mas tão somente pelo que ela cometeu, a atual Constituição Federal nos ensina que todos possuímos os mesmos direitos por sermos cidadãos, logo, todos fazemos jus a aplicação do princípio da insignificância se praticamos condutas que venham a gerar resultados irrelevantes para a esfera do direito aqui discutido, quem somos, o que fizemos antes de praticar tal conduta não deve interferir na aplicação do princípio, já que, como ressaltado, sua conduta não tem resultado majorado em razão de ter sido realizada anteriormente, assim sendo, o princípio deve ser utilizado por razões de justiça.

REFERÊNCIAS

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

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2008, volume 1.

BRASIL. *Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

CARVALHO, José Murilo de. *A cidadania após a redemocratização*. [A. do livro] José Murilo de Carvalho. *Cidadania no Brasil: O longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

_____. *Conclusão: A cidadania na encruzilhada. A cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

COSTA, Flávio Ribeiro da. *Direito penal do fato como corolário do princípio da culpabilidade*. Porto Alegre: Notadez, 2009, Revista Jurídica.

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

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal - parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, Vol. I.

_____. *Curso de direito penal - parte geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, Vol. 1.

LEWANDOWSKI, Ricardo. *Habeas Corpus 115.046 Minas Gerais . HC 115046, HC 115046*. s.l. : Supremo Tribunal Federal, 2013.

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

MARSHAL, T.H. *Cidadania e classe social. Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado - parte geral*. 2. ed. São Paulo: Método, 2012.

MUZZI, Veridiane Santos. Lex Magister. *Lex Magister*. [Online] Lex. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_24043823_TEORIAS_ANTIGARANTISTAS__ASPECTOS_DO_DIREITO_PENAL_DO_AUTOR_E_DO_DIREITO_PENAL_DO_INIMIGO.aspx>. Acesso em: 15 mar. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, parte geral: arts. 1º a 120*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, Vol. 1.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal - introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Curso de direito penal parte geral*/Salvador: juspodivm, 2012, Vol.1.

REBÊLO, José Henrique Guaracy. Princípio da insignificância. *Princípio da insignificância: interpretação jurisprudencial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____. Considerações finais. [A. do livro] *Princípio da insignificância: interpretação jurisprudencial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

RODRIGUES, Elaine de Andrade. *O princípio da adequação social no direito penal*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2008.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro - parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.