



A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA EM CASOS DE REINCIDÊNCIA: UMA LEITURA SOBRE A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF INSIGNIFICANCE IN CASES OF RECURRENCE: A READING ON THE POSITION OF THE SUPREME FEDERAL COURT

Maria Eduarda Quintino de Souza¹
Paulo Silas Taporosky Filho²

RESUMO

O presente artigo analisa dogmaticamente o princípio da insignificância como causa excludente de tipicidade dentro da sistemática da tipicidade na teoria do delito na perspectiva analítica. A proposta de análise é embasada principalmente pela consulta a julgados do Supremo Tribunal Federal e sua respectiva posição quanto a possibilidade de reconhecimento da atipicidade material a partir da insignificância da conduta em caso de agente reincidente, tendo o seguinte problema orientado a pesquisa: o fator da reincidência penal pode servir como impeditivo para o reconhecimento e consequente aplicação do princípio da insignificância? A conclusão se deu no sentido de que a reincidência é um ponto que deve ser entendido como irrelevante para fins de averiguação da tipicidade de determinada conduta, sendo errôneo, portanto, condicionar a aplicação do princípio da insignificância à eventual primariedade do agente. A metodologia empregada é a exploratória de revisão bibliográfica e pesquisa jurisprudencial, pautando-se pelo formato metodológico por acaso e por conveniência.

Palavras-Chave: Atipicidade; mínima ofensividade; Suprema corte.

ABSTRACT

This article dogmatically analyzes the principle of insignificance as an excluding cause of typicality within the systematics of typicality in the theory of crime in the analytical perspective. The analysis proposal is based mainly on the consultation of judgments of the Federal Supreme Court and its respective position regarding the possibility of recognizing material atypicality from the insignificance of conduct in the case of a

¹Acadêmica do curso de direito na Universidade do Contestado – UNC, Campus Canoinhas. Santa Catarina. Brasil. E-mail: eduarda.qs@hotmail.com.

²Mestre em Direito (UNINTER); Especialista em Ciências Penais; Especialista em Direito Processual Penal; Especialista em Filosofia; Pós-graduando (lato sensu) em Teoria Psicanalítica; Bacharelado em Letras (Português); Professor de Processo Penal e Direito Penal (UNC e UNINTER); Advogado; Santa Catarina. Brasil. E-mail: paulosilasfilho@hotmail.com.

repeat offender, having the following research-oriented problem: the factor of Can criminal recidivism serve as an impediment to the recognition and consequent application of the principle of insignificance? The conclusion was that recidivism is a point that must be understood as irrelevant for the purpose of investigating the typicality of a certain conduct, and it is therefore wrong to condition the application of the principle of insignificance to the possible primacy of the agent. The methodology used is exploratory literature review and jurisprudential research, guided by the methodological format by chance and convenience.

Keywords: Atypicalit, Minimal offensiveness, Supreme Court.

Artigo recebido em: 03/08/2022

Artigo aceito em: 07/10/2022

Artigo publicado em: 28/05/2024

Doi: <https://doi.org/10.24302/acaddir.v6.4363>

1 INTRODUÇÃO

Um dos grandes e notórios problemas situados no âmbito do direito penal é a superlotação carcerária, além das péssimas condições próprias do ambiente prisional e dos excessivos gastos despendidos pelo poder público para com essa seara que conta com baixíssimos índices de “ressocialização”.

Ao considerar esse cenário, bem como o fato de que os crimes de mínima ofensividade ao bem jurídico tutelado possuem menor grau de reprovabilidade, o presente artigo aborda como tema a possibilidade de reconhecimento e aplicação do princípio da insignificância em casos de sujeito reincidente, uma vez que esse princípio opera como excludente de tipicidade material. A abordagem também se justifica pelo fato de que, até há pouco, o entendimento jurisprudencial se orientava pela vedação da sua aplicação em casos de reincidência. Porém, mais recentemente a jurisprudência vem reconhecendo acertadamente a atipicidade material quando ausente a significativa lesão a bem jurídico mesmo em casos de reincidência.

Deste modo, objetivando fazer uma abordagem dogmática sobre o princípio da insignificância, bem como apresentar o estado atual do entendimento jurisprudencial acerca da temática objeto do presente texto, foram analisados alguns julgados do Supremo Tribunal Federal compreendidos entre os anos de 2020 e 2022. Por assim ter sido feito, o presente artigo aborda o princípio da insignificância pela

dogmática penal, bem como tece a explanação sobre cinco julgados selecionados para o debate para que, ao final, seja possibilitada a análise crítica e criminológica sobre o presente tema que conclui o estudo.

Buscou-se trazer ao debate a averiguação da tipicidade material pelo viés do princípio da insignificância, o qual não depreende de mera análise de requisitos tabelados, mas sim uma análise hermenêutica da teoria do delito em congruência com a criminologia para assim possa se ver, no plano prático, as razões dogmáticas de tal irrelevância, pois a reincidência não pode significar uma condenação eterna ao sujeito.

O problema que pautou o presente estudo se deu a partir do seguinte questionamento: o fator da reincidência penal pode servir como impeditivo para o reconhecimento e consequente aplicação do princípio da insignificância? No desenvolvimento do trabalho foi observado o método dedutivo, pautando-se a pesquisa pela revisão bibliográfica sobre o tema e pesquisa jurisprudencial. A conclusão se deu pela resposta negativa ao problema, em que pese na jurisprudência não se pode estabelecer o tema como consolidado nesse mesmo sentido.

2 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NA DOGMÁTICA PENAL

Historicamente, um dos principais idealizadores do princípio da insignificância foi Claus Roxin, o qual abordou sobre o tema em 1964, estando presente na sua obra *Política Criminal y Sistema del derecho penal*, em que tratava sobre a expressão latina *mínima non curat praetor* (BITENCOURT, 2015).

O princípio da insignificância nasceu diante da visualização da sociedade de que nem todo fato típico deveria ser considerado crime, pois deve ficar demonstrado uma gravidade na lesão provocada perante o bem jurídico. A título de exemplo, Zaffaroni e Pierangeli (2013) ilustram que o ato de arrancar um fio de cabelo não poderá se considerar enquanto crime de lesão corporal, uma vez que ausente a lesão ao bem jurídico, caso em que a insignificância irá excluir a tipicidade no âmbito material.

Para que possa ser considerada a tipicidade enquanto elemento da teoria geral do crime, deve ocorrer uma ofensa grave aos bens jurídicos protegidos pela norma penal, dado que não é qualquer ofensa que irá acarretar na configuração de crime. Nesse sentido, pode-se estabelecer que o princípio da insignificância é “uma efetiva

proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal” (BITENCOURT, 2015, p. 60), ou seja, para se analisar a insignificância enquanto fator presente em determinado suposto delito, deve-se observar a intensidade do ato lesivo provocado pelo ato.

Na mesma linha de pensamento, Vico Mañas demonstra que a conduta lesiva precisa ser mínima aos bens jurídicos protegidos, assim:

O princípio da insignificância, portanto, pode ser definido como instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal (MANÃS, 1994 apud SILVA, 2011, p. 100).

Assim, pode-se compreender que o princípio da insignificância busca não criminalizar qualquer conduta que por lei seria considerado como um delito, pois se assim fosse, resultaria em processos e encarceramento em massa. Deste modo, ocorre a exclusão da tipicidade material em observância ao grau da lesão provocada, devendo essa configurar-se de mínima ofensividade, pois, caso contrário, como afirmam Zaffaroni e Pierangeli (2013, p. 505), ter-se-ia “uma guerra civil, de todos contra todos”.

Ivan Luiz da Silva (2011) evidencia que o conceito do princípio da insignificância não é previsto em lei, pois os conceitos disponíveis atualmente são de teses doutrinárias e jurisprudenciais, servido tal situação por vezes como alegação contra a sua aplicação no direito penal. Entretanto, Vico Mañas dispõe que:

A norma escrita, como é sabido, não contém todo o direito. Por esse motivo, no campo penal, a construção teórica de princípio como o da insignificância não fere o mandamento constitucional da legalidade ou reserva legal (MANÃS, 1994 apud SILVA, 2011, p. 107).

Para Silva (2011), a ordem jurídica não é formada apenas por conteúdo expresso em lei, mas também por princípios implícitos, como dispõe inclusive a própria Constituição Federal em seu artigo 5º, §2º quando menciona que não se excluem direitos e garantias decorrentes de princípios por ela adotados. Ademais, Rodrigues (2019) entende que apesar de não haver nada expresso em lei sobre o princípio da

insignificância, sabe-se que este princípio acaba por atenuar a interpretação do magistrado a fim de evitar a criminalização de lesões insignificantes.

Dessa forma, o princípio da insignificância, com base no princípio da intervenção mínima e da ofensividade, passa a garantir a fragmentariedade do direito penal, isto é, aplicar a sanção punitiva estatal no viés criminal somente em condutas que efetivamente se mostram lesivas a um bem jurídico material que é tutelado pela norma. Assim, entende-se que “para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido” (BITENCOURT, 2015, p. 61).

Nessa mesma linha segue Bitencourt (2015), o qual aborda a divisão do princípio da ofensividade em duas funções, sendo a primeira político-criminal, a qual se manifesta anteriormente como preventiva, e a segunda em uma função dogmática que se manifesta posteriormente na aplicação da lei, assim destacando-se:

A primeira função do princípio da ofensividade é limitadora do *ius puniendi* estatal, dirigindo-se especificamente ao legislador, antes mesmo de realizar sua atividade-fim, qual seja, elaborar leis, a segunda configura uma limitação ao próprio Direito Penal, destinando-se ao aplicador da lei, isto é, ao juiz, que é, em última instância, o seu intérprete final (BITENCOURT, 2015, p. 62).

É indubitável a importância do princípio da ofensividade quando relacionado com o princípio da insignificância, dado que no princípio da ofensividade é exigido um efetivo dano ao bem jurídico tutelado – material –, gerando assim a limitação do magistrado em aplicar diretamente o direito penal em um sentido puramente formal, pois em muitas vezes há leis elaboradas pelo legislador com imperfeições, devendo nessas situações o juiz adequar uma norma aos princípios existentes (BITENCOURT, 2015).

A insignificância enquanto princípio acarreta assim no afastamento da tipicidade material do fato, repercutindo no afastamento do caráter delitivo da conduta, uma vez que ausente assim um dos elementos necessários para que se configure o ato em crime. Pela proposta analítica da teoria geral do crime, na perspectiva tripartida, tem-se a definição de crime como a reunião dos elementos tipicidade, antijuricidade ou ilicitude e culpabilidade (TASSE, 2018).

Segundo Zaffaroni e Pierrangeli (2013), uma conduta típica e contrária a ordem jurídica é denominada de antijurídica, que nada mais é do que a não permissão para

realizar determinado ato ilícito, sendo uma das causas necessárias para que haja o delito. Já a culpabilidade pode ser compreendida como “reprovabilidade da conduta que é típica e antijurídica” (CALLEGARI, 2014, p. 37), observado o detalhe de que para atingir a culpabilidade o autor deve possuir plenas capacidades psíquicas de compreender que praticou determinado ato ilícito.

Ciente se estando então dos conceitos de antijuridicidade e culpabilidade, tem-se o terceiro elemento necessário para a configuração do crime, a saber, a tipicidade, o qual é constituído pelo “somatório do elemento objetivo ou tipo objetivo, o elemento subjetivo ou tipo subjetivo e o elemento ou tipo conglobante” (TASSE, 2018, p. 172). Vale dizer que o princípio da insignificância se insere na matéria da teoria do delito no elemento da tipicidade, pelo que sendo o propósito deste trabalho sua análise, não serão abordados os demais elementos da teoria do delito, tal como a ilicitude e culpabilidade.

Para que um determinado ato possa constituir-se ilícito, com base no princípio da legalidade, deve esse ser tipificado, ou seja, previsto em lei a criminalização de determinada conduta (BITENCOURT, 2015). A vista disso nasce o conceito de tipicidade, consistindo numa análise do fato típico – previsto em lei – com um caso real, e se esta análise resultar positiva, será o fato tipificado (BITENCOURT, 2015).

A tipicidade é dividida em duas vertentes, sendo a primeira tipicidade formal, em que se resume na existência de uma norma penal e na incidência da adequação social perfeita da conduta abstrata praticada naquela norma (GRECO, 2016). A segunda vertente é a tipicidade material, também dentro do campo da tipicidade da teoria do delito, oportunidade que é efetivamente analisada se determinada conduta é suficientemente lesiva ao bem jurídico tutelado por determinada norma penal, de modo que se faça necessária a intervenção do direito penal através da pretensão acusatória e punitiva estatal (CALLEGARI, 2014).

Nesse sentido, Vico Mañas dispõe que o princípio da insignificância é excludente da tipicidade material:

Para dar validade sistemática à irrefutável conclusão político-criminal de que o direito penal só deve ir até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico, não se ocupando de bagatelas, é preciso considerar materialmente atípicas as condutas lesivas de inequívoca insignificância para a vida em sociedade (MAÑAS, 1994 apud SILVA, 2011, p. 164).

Cabe ressaltar que para possível aplicação do princípio da insignificância deve se observar a mínima ofensividade a um bem jurídico penal, a fim de valorar o contexto social em que se aplicará (MARTINELLI; DE BEM, 2021). Nesta ótica, entende-se que “a lei penal não autoriza pequenas lesões contra os bens jurídicos tutelados, mas permite interpretar o alcance da tipicidade conforme a ofensividade da conduta praticada” (MARTINELLI; DE BEM, 2021, p. 324).

Assim, retomando a reflexão dogmática quanto ao princípio da insignificância e seu paralelo necessário a teoria do delito, destaca-se que sua incidência ocorre dentro da tipicidade material, como parâmetro na análise da ofensividade ao bem jurídico, uma vez que o referido princípio “afirma que as ofensas muito pouco impactantes aos bens jurídicos não podem ser objeto de condenação de quem as pratica, havendo bloqueio total do poder punitivo pelo Direito Penal” (TASSE, 2018, p. 87-88).

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal também pontua que o princípio da insignificância é causa de excludente de tipicidade material, conforme se observa pelo HC n. 126.866/MG:

[...] a despeito de restar patente a existência da tipicidade formal (perfeita adequação da conduta do agente ao modelo abstrato previsto na lei penal) - não incide, no caso, a tipicidade material, que se traduz na lesividade efetiva e concreta ao bem jurídico tutelado (BRASIL, 2015, p. 9).

Tem-se como certo, portanto, o fato de que o princípio da insignificância exclui a tipicidade material, uma vez que não poderá haver a punição de um ato irrelevante, aplicando-se também como base o princípio da intervenção mínima do Estado no direito penal. Assim, uma conduta somente será típica quando for suficientemente lesiva e se mostre necessária a intervenção estatal sob as consequências inerentes da política criminal.

Cabe ainda ressaltar que para a aplicação do princípio da insignificância o Supremo Tribunal Federal estabeleceu 4 requisitos, os quais foram marcados pelo Habeas Corpus nº 84.412/SP, tendo como ministro relator Celso de Mello. Assim, foram exigidos os seguintes vetores:

O princípio da insignificância - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do

comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público (BRASIL, 2004, p. 7).

O Supremo Tribunal Federal definiu tais requisitos pelo fato de não existir nada tipificado sobre o princípio em questão. Dessa forma, tais vetores visam ser analisados para a aplicação do princípio da insignificância, a fim de verificar se de fato ocorreu a mínima ofensividade na conduta, o perigo social, a culpabilidade pessoal – se é socialmente aceito ou não –, e por último, quanto a lesividade individual provocada a vítima, assim, poderá ser possível a aplicação do princípio (RODRIGUES, 2019).

3 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA EM CASOS DE REINCIDÊNCIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: JULGADOS DE 2020, 2021 E 2022

Em um primeiro momento, considerando que a proposta aqui consiste em analisar o estado atual do entendimento jurisprudencial sobre a aplicação do princípio da insignificância em caso de reincidência delitiva do agente, cabe explicar sobre o método utilizado para realizar a pesquisa jurisprudencial, destacando que inicialmente foi estabelecido um recorte temporal (anos de 2020, 2021 e 2022) e outro sobre o âmbito de pesquisa (julgados do Supremo Tribunal Federal).

Foi então optado pela consulta aos julgados no site do Supremo Tribunal Federal³, ao passo que se trata do último grau jurisdicional possível, pelo que se leva em conta o fato de que para a questão ser analisada por esse órgão jurisdicional, subentende-se instâncias tidas como inferiores adotaram posicionamento em algum determinado sentido outro (contrário ou semelhante).

Os julgados foram consultados por pesquisa realizada pelo site do Supremo Tribunal Federal, com a consulta no campo apropriado pelos seguintes verbetes: 'Princípio da insignificância' e 'Reincidência'. Em seguida, fez-se um filtro dos julgados mais recentes. Assim, os anos escolhidos foram de 2020, 2021 e 2022, dada a pretensão de se ter uma base a partir de julgados e entendimentos mais recentes.

³ <https://portal.stf.jus.br>

Destaca-se que não foram selecionados para a leitura e estudo todos os julgados dos referidos anos, tendo em vista que os resultados extrapolam o número de 20 julgados que se objetivou analisar. De igual forma, os julgados não foram selecionados especificamente em uma ordem ou seguindo algum critério determinado, uma vez que, dada a pretensão da pesquisa (exploratória mediante análise de dados qualitativa), pautou-se pelo formato metodológico por acaso e por conveniência, tratando-se daquele no qual o ato de selecionar os elementos oriundos da pesquisa ocorre conforme a conveniência do pesquisador (OLIVEIRA, 2011).

Considerando assim a impossibilidade de se abordar todos os julgados referentes as decisões favoráveis e desfavoráveis do STF sobre o tema, traz-se de forma sucinta cinco decisões escolhidas para o debate do presente artigo, os quais foram escolhidos a partir dos 20 casos selecionados com o mesmo método adrede mencionado⁴.

O primeiro julgado trata-se de agravo regimental interposto pelo Procurador Geral da República contra Habeas Corpus nº 181.389/SP do ano de 2020, que reconheceu a tese da aplicação da insignificância em caso de acusado reincidente, ensejando na absolvição do paciente, tendo como relator o ministro Gilmar Mendes, que, por votação unânime da Turma, negou provimento ao agravo regimental.

O caso é referente ao furto de R\$ 4,15 (quatro reais e quinze centavos) em moedas, uma garrafa de refrigerante, duas garrafas de cerveja, e uma garrafa de pinga, sendo o total avaliado em R\$ 29,15 (vinte e nove reais e quinze centavos), os quais foram devolvidos a vítima.

O ministro relator entendeu que a reincidência não afasta a aplicação do princípio da insignificância, assim fundamentando:

Por isso, reputo mais coerente a linha de entendimento segundo a qual, para incidência do princípio da bagatela, devem ser analisadas as circunstâncias objetivas em que se deu a prática delituosa e não os atributos inerentes ao agente, sob pena de, ao proceder-se à análise subjetiva, dar-se prioridade ao contestado e ultrapassado direito penal do autor em detrimento do direito penal do fato. Ou seja, reincidência ou maus antecedentes não impedem, por si sós, a aplicação do princípio da insignificância (BRASIL, 2020, p. 6).

⁴ Segue o link para consulta no drive com os 20 julgados quais foram analisados:
<https://drive.google.com/file/d/13kGOE7NOuzJCeydNYvEpVJxcrhocSNEE/view?usp=sharing>

Também foi analisado pelo ministro os 4 requisitos exigidos para aplicação do princípio, sendo a mínima ofensividade da conduta do agente; ausência de periculosidade social da ação; reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada (BRASIL, 2020).

Outrossim, tem-se como fundamento no caso em tela a atipicidade material diante do bem jurídico tutelado, evidenciado o fato do bem ser devolvido à vítima, bem como a citação de julgados com o mesmo entendimento pela Suprema Corte em que a reincidência não é um fato impeditivo para aplicar o princípio da insignificância, uma vez que deve ser analisado o fato e não a ficha criminal do acusado, aludindo ao direito penal do fato e não do autor, além do Direito penal constituir-se da *ultima ratio* do Estado (BRASIL, 2020).

Outro julgado digno de nota é o Habeas Corpus nº 192.744/ES do ano de 2021, de relatoria do ministro Dias Toffoli, onde se tratou do furto de 3 (três) cuecas e 1 (um) boneco de brinquedo, totalizando o valor de R\$ 147,00 (cento e quarenta e sete reais), em que foi impetrado Habeas Corpus ao STF pelo paciente a fim de obter o reconhecimento da atipicidade material em reincidência, o qual havia sido absolvido em primeiro momento pelo magistrado de primeiro grau, entretanto, após recurso da acusação, o Tribunal de Justiça do estado deu provimento ao recurso do Ministério Público por não considerar o valor ínfimo e pelo fato do acusado ser reincidente (BRASIL, 2021).

No caso em comento, o ministro relator fez referência aos autos do HC nº 123.108 nos seguintes termos: “A reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto” (BRASIL, 2021, p. 6).

Ademais, o ministro relator manteve a ideia de que o valor furtado foi ínfimo e sucedeu-se com a restituição dos objetos a vítima, além de estarem preenchidos os 4 requisitos exigidos pela jurisprudência. Desta forma, o HC em questão teve a ordem concedida por maioria de votos, tendo sido julgado em 29-03-2021.

Procede-se então aqui a análise do terceiro julgado, o qual também foi julgado na data de 29-03-2021 e pelo mesmo relator do Habeas Corpus acima comentado, sendo o ministro Dias Toffoli. Apesar disso, neste caso o ministro relator não reconheceu a aplicação do princípio da insignificância em caso de reincidência.

Trata-se do Habeas Corpus nº 191.126/SP do ano de 2021, atinente a tentativa de furto de uma bolsa com perfumes no valor de R\$ 80,00 (oitenta reais). O ministro relator fundamentou que no caso concreto, visto que se tratava de furto em repouso noturno e o acusado era reincidente em delitos contra o patrimônio, mesmo que o valor seja ínfimo, não seria possível aplicar o princípio da insignificância a fim de reconhecer a atipicidade material. Assim, por unanimidade dos votos, foi denegado a ordem nos termos do relator (BRASIL, 2021).

Diante disso, fica demonstrado perante os dois julgados de Habeas Corpus adrede mencionados que, curiosamente, pelo fato do acusado/condenado ser reincidente em um mesmo delito, não pode ser reconhecida a atipicidade material, porém, se for reincidente em delitos diferentes, fica reconhecida a aplicação do princípio da insignificância, evidenciando ainda que o valor do furto no julgado do HC nº 192.744 é maior que desse último.

Em contrapartida, o Agravo regimental em Habeas Corpus nº 171.037/SP do ano de 2022, o qual se tratou da ocorrência do furto de uma bermuda no valor de R\$ 89,90 (oitenta e nove reais), em instância inferior o desembargador relator negou o recurso alegando que não poderia ser reconhecida a insignificância penal com relação a agente reincidente em crimes semelhantes. Na mesma linha seguiu o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, argumentando que não se aplica a insignificância em casos de agente reincidente em crimes patrimoniais.

Entretanto, a decisão dada pelo STF por voto da maioria foi no sentido do entendimento exarado pela ministra relatora Rosa Weber em que foi reconhecida a atipicidade material da conduta, demonstrado que no caso analisado preenchiam-se todos os seguintes requisitos exigidos pela própria Suprema Corte, quais são: “(a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada” (BRASIL, 2022, p. 5).

Sob essa ótica da reincidência, a ministra relatora reforçou sobre a necessidade de análise de cada caso, e em específico no resultado da conduta, qual sustenta como argumento os julgados pelo STF nº HCs 123.108/MG, 123.533/SP e 123.734/MG, em que entendem:

A reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto. No entanto, registrou-se ser indispensável averiguar o significado social da ação, a adequação da conduta, a fim de que a finalidade da lei fosse alcançada (BRASIL, 2022, p. 6).

Nesse cenário, com base no HC 186.374/SP, é defendido o que segue: “Ausência de dano efetivo ou potencial ao patrimônio da vítima, ensejando o reconhecimento da atipicidade material da conduta, pela ausência de ofensividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, independente da reincidência do paciente” (BRASIL, 2022, p. 6-7).

Assim, diante dos fundamentos trazidos de outros julgados do próprio STF, a ministra reforçou que a reincidência – mesmo em crimes semelhantes – não impede o reconhecimento da atipicidade material pela aplicação do princípio da insignificância, desde que demonstrado a mínima lesividade ao bem jurídico tutelado e preenchidos os 4 requisitos exigidos pelas jurisprudências do STF. Deste modo, esse entendimento é o que vem sendo prevaletido pela Corte Suprema.

Para finalizar, menciona-se o agravo regimental no recurso ordinário em Habeas Corpus nº 212.351/MG do ano de 2022, tratando-se da discussão de um furto de 3 (três) unidades de desodorantes no valor de R\$ 36,00 (trinta e seis reais), os quais foram restituídos ao estabelecimento furtado. O relator do presente julgado foi o ministro Gilmar Mendes, adotando a tese da aplicação do princípio da insignificância em caso de reincidência e, por maioria dos votos, foi acolhida a tese.

De início, o ministro relator faz a seguinte crítica: “Não me parece razoável, à luz de qualquer teoria do delito, indagar, em tese, para o reconhecimento de atipicidade, se o agente é primário ou reincidente, porquanto é controvérsia relacionada à dosimetria da pena e não à tipicidade” (BRASIL, 2022, p. 3).

Além disto, o ministro defendeu a ideia de que: “[...] em que pese a extensa ficha criminal do recorrente, se o princípio da insignificância é causa de exclusão da própria tipicidade, resta, prima facie, irrelevante a análise da ficha de antecedentes criminais” (BRASIL, 2022, p. 3).

Destarte, para o ministro Gilmar Mendes, a reincidência é irrelevante para aplicação do princípio da insignificância, dado que a análise dos antecedentes é relevante para o cálculo de pena e não na configuração de fato materialmente atípico, pois se é atípico não há crime, e se não há crime é indiferente a análise da ficha

criminal do agente, devendo ser absolvição a medida imposta. Outrossim, faz-se alusão a seguinte citação do ministro relator: “É, em certa medida, semelhante ao ato do magistrado que, para apurar se o réu agiu em legítima defesa, manda juntar aos autos folha de antecedentes criminais, a fim de saber se ele é primário ou reincidente” (BRASIL, 2022, p. 3).

Por fim, o ministro relator evidenciou os requisitos exigidos pela jurisprudência para a possível aplicação do princípio, e, diante dos argumentos supramencionados, era caso de ser reconhecida a atipicidade material em caso de reincidência.

4 APONTAMENTOS CRÍTICOS SOBRE A REINCIDÊNCIA COMO FATOR IMPEDITIVO PARA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Um ponto que demanda reflexão sobre os julgados trazidos acima é que, conforme foi demonstrado, em muitos dos casos o Supremo Tribunal Federal veio a reconhecer a atipicidade material na perspectiva da insignificância, e na grande maioria esse reconhecimento adveio de julgamento de Habeas Corpus ou Agravo Regimental em Habeas Corpus.

O que nos permite concluir, essencialmente, é que em vários desses casos as instâncias jurisdicionais inferiores entenderam pela manutenção da condenação do agente mesmo em casos que o bem jurídico tutelado tenha sido afetado de maneira irrisória, ou seja, tendo-se aí um amplo entendimento – antes de se chegar ao Supremo Tribunal Federal – no sentido de que a reincidência é fator que impede o reconhecimento e consequente aplicação do princípio da insignificância.

Tal entendimento – nesse sentido impeditivo - advém de uma interpretação equivocada de princípios basilares do Direito Penal e de toda a dogmática numa perspectiva abrangente. Em muitos dos casos trazidos – até pelos verbetes utilizados na pesquisa – veio à tona o termo “reincidência”, eis que teria sido utilizada como meio argumentativo das instâncias inferiores a obstar o reconhecimento da atipicidade material, mesmo quando a conduta tenha sido, efetivamente, insignificante.

A reincidência é aspecto dogmático irrelevante para fins de averiguação da tipicidade de determinada conduta, afinal, a tipicidade é e deve ser avaliada na perspectiva da conduta praticada e não com o holofote voltado contra quem a praticou, sob risco invariável de aspectos inerentes a teoria do delito serem analisados na

perspectiva do direito penal do autor, o que faz com que esse descompasso “seja absolutamente ilegítimo e, com isso, careça de sustentação mínima” (TASSE, 2018, p. 402).

O indivíduo reincidente, além de ter pesado negativamente este aspecto em eventual dosimetria da pena, ao que parece esse aspecto passado – a reincidência – será foco de análise em condutas futuras, como se faz crer o percalço jurisprudencial das instâncias inferiores que demandam que se chegue à instância jurisdicional máxima para que se diga o contrário.

Assim, parece que sob tal prisma é deixado de lado análises dogmáticas que devem estar interligadas com a constatação do crime, e passa-se a exercer uma ostentação positivista em detrimento de quem o autor do fato é, e não do que ele efetivamente fez. Vale pontuar nesse sentido que o direito penal tem como missão “impedir o poder punitivo de se manifestar e se não o conseguir, [...] jamais habilitar qualquer punição conferindo-lhe estrutura de algo necessário ou positivo” (TASSE, 2018, p. 56).

Não é novidade que no Brasil é exercido no campo prático um direito penal exacerbado, com política punitivista como meio – erroneamente entendido – de diminuir a criminalidade. Ainda que se levante inovações legislativas como contraponto ao exposto, a alteração legislativa não é suficiente enquanto a mentalidade daqueles que aplicam a lei continuarem com um viés que inexistente a intervenção efetivamente mínima. Como bem coloca Beccaria (2003), a interpretação da lei parte da boa ou má lógica do julgador e demais aspectos inerentes a sua subjetividade.

O que se quer dizer é que por vezes uma aspiração punitivista supera aspectos normativos e principiológicos para se chegar à punição. Trazendo a reflexão ao foco do presente trabalho, a análise da tipicidade sair do campo da conduta e passar ao campo de quem cometeu a conduta, além de dogmaticamente inviável, demonstra-se como um meio equivocadamente para se estabelecer algo sobre a tipicidade, meio o qual se justifica e se embasa em cima de uma aspiração a se chegar à punição.

Indispensável assim remeter-se a alguns dos principais pontos críticos oriundos da abordagem até aqui realizada, pelo que primeiramente faz-se uma breve análise sobre o direito penal do autor e do fato.

Na teoria geral do crime, na perspectiva analítica, a conduta a ser analisada está relacionada com a teoria do delito, em que deve necessariamente ter ocorrido uma ação reprovável, ou seja, um fato típico. Assim, conclui-se que no direito penal brasileiro, é analisado o fato da conduta praticada. Assim é que “o agente deve ser incriminado pelas condutas praticadas e não por sua pessoa, de sorte que se valora um direito penal de fato e não um direito penal de autor” (MARTINELLI; DE BEM, 2021, p. 311).

A referida conclusão é extraída a partir dos termos positivados no código penal, ao passo que se encontram passíveis de punição condutas tidas como proibidas, e não pessoas específicas que serão punidas, de modo que “a defesa de um Direito penal do fato em oposição a um Direito penal de autor faz vincular o tipo à existência de uma conduta” (BUSATO, 2015, p. 268).

De outro lado, existe o direito penal do autor, o qual está relacionado de forma pessoal – reincidência/antecedentes – na aplicação da pena, conforme evidencia-se no artigo 59 do Código Penal.

Desta forma, questiona-se de forma crítica: se o ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria do direito penal do fato, por que ainda se é utilizado o argumento de que a reincidência, qual é relacionada ao direito penal do autor, é relevante para aplicação do princípio da insignificância, sendo que este princípio é excludente de tipicidade?

Nesse sentido:

A aplicação do princípio da insignificância está muito próxima do tratamento da insignificância acerca da contribuição causal. Nesta última, a imputação será excluída pela ausência de dominabilidade do processo causal por parte do sujeito, a qual será apreciada *ex ante* por seu aspecto físico de intervenção nos fatos (TAVAREZ, 2018, p. 228).

Ademais, além da contradição acima demonstrada, cumpre destacar que a análise dos antecedentes criminais de forma limitadora para aplicar um direito previsto, viola o princípio do *bis in idem*, qual consiste em duas punições pelo mesmo fato (RODRIGUES, 2019).

Verifica-se que nos julgados acima apresentados, O Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo a aplicação do princípio da insignificância em casos de

reincidência, porém, há uma grande divergência de concordância entre os ministros, visto que também há muitos casos em que não é reconhecida.

Constata-se tal divergência a partir do exemplo dos dois julgados – na mesma data – mencionados acima, tendo como relator o mesmo ministro (Dias Toffoli) que, num primeiro caso reconheceu a insignificância em agente reincidente em delito diverso, e no segundo não reconheceu a atipicidade em reincidência com o argumento de que o agente era reincidente em delitos semelhantes (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2021).

A incongruência entre a conclusão dos dois julgados, sob mesma temática e julgados no mesmo dia, sobressai a vigente insegurança jurídica vivenciada no país, ao passo que o resultado de um processo pode depender de quem será o relator daquele processo nos tribunais superiores. Ademais, a insegurança jurídica não reside somente na discrepância entre decisões judiciais do mesmo órgão, pois conforme ventilado anteriormente, na maioria das vezes quando é identificada a atipicidade material pelo Supremo Tribunal Federal, fez-se necessário ultrapassar os órgãos jurisdicionais inferiores em relação àquela matéria.

A crítica aqui trazida não se resume somente ao STF, mas ao sistema de justiça brasileiro como um todo, que não faz questão de economizar gastos, pessoas e aprisionar indivíduos para que se reconheça, somente no último grau jurisdicional possível, a atipicidade material que aos olhares dogmáticos estampa obviedade. Dessa forma, critica-se a falta de uniformidade nas decisões do STF, pois a insegurança jurídica também reside quando os tribunais pátrios não se preocupam em aplicar os precedentes dos tribunais superiores e tampouco trazer congruência entre si nas decisões (BARBOZA, 2014), como no caso do HC 191.126/SP, o que acaba por vezes a produzir uma espécie de “jurisprudência esquizofrênica” (DISSENHA; KAMEL, 2017, p. 151).

Claudio Alberto Gabriel Guimarães e Whesley Nunes do Nascimento remetem uma crítica referente a política criminal que se destituiu de *ultima ratio*, para configurar-se como *prima ratio*, dado que o direito penal é exercido como primeira opção. Para os autores, a desigualdade social é tratada com repressão do Estado, ao inverso do que se esperava ao solucionar o problema e elaborar políticas para inclusão social, tal como o acesso a direitos básicos, reproduzindo um Estado de terror. Em face desse caos no direito penal e dos meios de comunicações, a própria população leva a crer

que o direito penal deve ser cada vez mais severo e rigoroso, ignorando certos benefícios processuais, pois como de costume, para cada delito a solução será punir mais, ocasionando um esquecimento das políticas criminais e com isso, o poder punitivo cresce mais (GUIMARÃES; NASCIMENTO, 2020).

Na visão de Alessandro Baratta, a criminologia crítica pode ser uma possível solução para este caos do direito penal, propondo diminuir o poder punitivo com base na intervenção mínima, bem como atenuar a desigualdade social presente; entretanto, o maior obstáculo para esta possível solução é o fato de quanto mais restritivo e punitivista é o sistema penal, menos a sociedade consegue perceber e criticar a seletividade existente nele (GUIMARÃES; NASCIMENTO, 2020).

Portanto, o aspecto crítico é amplo. Reside, inicialmente, quanto a (ainda) discussão da reincidência como meio impeditivo de reconhecimento da atipicidade material sob a ótica da reincidência, enquanto, na realidade, a reincidência é irrelevante para fins dogmáticos de análise de tipicidade.

Outrossim, a discussão ainda é vigente por inobservância dos tribunais estaduais e pelo próprio STJ quanto aos julgados alinhados nesse sentido pelo Supremo Tribunal Federal, de maneira majoritária, reinando a insegurança jurídica, fazendo-se necessário percorrer todos os graus jurisdicionais possíveis para ao final se dizer o eminente: reincidência não é elemento de tipicidade que deva ser discutida quando na análise de eventual (a)tipicidade de uma conduta.

5 CONCLUSÃO

A discussão aqui proposta aborda a inexistência de conjuntura entre a reincidência e a tipicidade de determinada conduta, em especial no âmbito do reconhecimento de atipicidade na perspectiva da aplicação do princípio da insignificância, afinal, a análise resume-se a tipicidade de conduta e não à pessoa de quem a praticou, ou ao menos deveria ser assim.

Conforme trazido pelos julgamentos pelo Supremo Tribunal Federal, embora exista discrepância entre julgados da mesma Corte, e por vezes do mesmo ministro sobre o tema, via de regra o entendimento majoritário trouxe quanto a irrelevância da reincidência para fins de aplicação da insignificância. Mas ao mesmo tempo que se discute corriqueiros entendimentos do STF sobre a temática, mostra-se passível de

rememoração quanto a necessidade do caminho de cada processo para se chegar à Suprema Corte.

Isto é, faz-se necessário percorrer outras instâncias e com múltiplas análises por diferentes julgadores, os quais ainda insistem em negar o reconhecimento do princípio da insignificância pautado em aspectos diversos em relação à dogmática penal, remetendo seu entendimento, ainda que por vezes sem perceber tal ótica, à um direito penal que se analisa o sujeito que praticou a conduta e não a conduta por si só.

De tal forma, a breve discussão aqui trazida vem com o intuito de colaborar com a discussão acadêmica, reforçar o entendimento (majoritário) do STF quanto a independência entre reincidência e princípio da insignificância, e ao mesmo tempo trazer à tona críticas necessárias quanto a resistência de outras instâncias jurisdicionais a analisar corretamente a tipicidade em seu viés dogmático, e não em uma perspectiva populista desalinhada com preceitos principiológicos. E isso cita-se, em específico, o (insistente) reconhecimento da tipicidade em casos passíveis de insignificância com base na ficha criminal do agente.

Conforme trazido e aqui reforçado oportunamente, reincidência e tipicidade andam em estradas diferentes e não deveriam se cruzar. A expectativa é que o sistema de justiça brasileiro como um todo venha a entender este ponto e apaziguar a imensa insegurança jurídica que reina no processo – não só penal – brasileiro.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Rideel, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Código Penal**. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 16 jun. 2022.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.866/MG**. Segunda Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 22-06-2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8726039>. Acesso em: 14 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 171.037 AgR/SP**. Primeira Turma. Rel. Min. Rosa Weber, DJ 23-02-2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759322962>. Acesso em: 14 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 181.389 AgR/SP**. Segunda Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 25-05-2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752736209>. Acesso em: 14 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 191.126/SP**. Primeira Turma. Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 04-05-2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755747506>. Acesso em: 14 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 192.744/ES**. Primeira Turma. Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 30-04-2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755720513>. Acesso em: 14 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84.412-0/SP**. Segunda Turma. Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19-11-2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79595>. Acesso em: 16 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 212.351 AgR/MG**. Segunda Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 05-05-2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760565667>. Acesso em: 14 jun. 2022.

BUSATO, Paulo Cesar. **Direito penal**: parte geral. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CALLEGARI, André Luis. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DISSENHA, Rui Carlo; KAMEL, Antoine Youssef. Entre Beccaria e Torquemada: Teses sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na Crise Prisional. In: QUADROS, Doacir Gonçalves de et al. **Estado, Poder e Jurisdição**. Mauritius: Novas Edições Acadêmicas, 2017. v. 2.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

GUIMARÃES, Cláudio; NASCIMENTO, Whesley. Política criminal e legislação penal no Brasil contemporâneo: uma análise a luz da criminologia crítica. In: ELESBÃO, Ana Clara Santos et al. **10º Congresso internacional de ciências criminais**. São Paulo: Tirant lo blanch, 2020. p 685-716.

HIGHEST TO LOWEST. PRISON POPULATION TOTAL. **World Prison Brief**. 2022. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population%20total?field_region_taxonomy_tid=All. Acesso em: 16 jun. 2022.

MARTINELLI, João Paulo. DE BEM, Leonardo Schimitt. **Direito Penal: Lições fundamentais, Parte Geral**, 6 ed. Belo Horizonte. São Paulo: D' Plácido, 2021.

OLIVEIRA, Maxwell Ferreira de. **Metodologia Científica**: um manual para a realização de pesquisas em administração. Catalão: UFG, 2011.

RODRIGUES, Ronald Pinheiro. **A formulação histórica do princípio da insignificância e a reincidência como obstáculo ao seu reconhecimento pelos tribunais brasileiros**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

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

TASSE, Adel El. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 1.ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

TAVAREZ, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Empório do direito, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: Parte Geral**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.