



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

Hadassa Elizabeth Cândida de Santana

**A REINCIDÊNCIA COMO DETERMINANTE NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA
INSIGNIFICÂNCIA NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES:**

A valoração atribuída à conduta ante o bem jurídico nos casos de crimes contra o
patrimônio

Recife
2019

Hadassa Elizabeth Cândida de Santana

**A REINCIDÊNCIA COMO DETERMINANTE NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA
INSIGNIFICÂNCIA NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES:**

A valoração atribuída à conduta ante o bem jurídico nos casos de crimes contra o patrimônio.

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

Direito Penal; Direito Processual Penal; Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas

Recife
2019

Hadassa Elizabeth Cândida de Santana

A reincidência como determinante na aplicação do princípio da insignificância na jurisprudência dos Tribunais Superiores: a valoração atribuída à conduta ante o bem jurídico nos casos de crimes contra o patrimônio.

Monografia Final de Curso

Para Obtenção do Título de Bacharel em Direito

Universidade Federal de Pernambuco/CCJ/FDR

Data de Aprovação:

Prof.

Prof.

Prof.

A Deus, que me direcionou a buscar os ideais de justiça e à
minha mãe, meu porto seguro.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por me indicar o caminho a seguir quando eu não compreendia seus propósitos. Ademais, por me conduzir à Faculdade de Direito do Recife, sonho de muitos, enquanto eu ainda era muito jovem. Sou eternamente grata, pois sua sabedoria me fez trilhar caminhos de amadurecimento nas mais variadas áreas ao longo destes 5 anos e meio de curso. Sou convicta de que sem Ele nada do que vivencio hoje seria possível porque sua Palavra diz: “bem sei eu que tudo podes, e que nenhum dos teus propósitos pode ser impedido” (Jó 42.2). Do Senhor é a minha vida e lhe consagro minha vocação, a Deus seja a glória por tudo o que fez por mim.

Aos meus pais, por terem me ensinado que o caminho pela busca do conhecimento deve ser perseguido e pela educação cercada de cuidados. Especialmente, à minha mãe, meu exemplo de mulher forte e fiel a Deus. Aquela que me direcionou na busca pelo futuro que almejo, ensinando-me que tudo é possível para quem se esforça para alcançar seus sonhos. Além disso, agradeço pelo carinho, cuidado e preocupação ao longo da minha trajetória acadêmica.

À minha irmã, minha pequena Ana, por todo companheirismo e amor fraternal. Sem nossas risadas e agitações cotidianas a vida não teria sentido.

Às minhas tias, pelo amor e dedicação que têm a mim, também pelo cuidado e orações. Obrigada por todo carinho que me concedem, nossos laços se assemelham ao materno.

Aos meus amigos, companheiros na jornada acadêmica, pelo companheirismo e laços de amizade que certamente se prolongarão por toda a vida. Deus é tão sábio que me deu vocês para nos apoiarmos, compartilharmos conhecimento, momentos de tensão que antecediam as provas e sorrisos. Os cinco anos foram mais leves porque vocês estiveram comigo, eu amo um grupo!

Ao meu orientador, professor Ricardo de Brito, pelo apoio e pelas inesquecíveis aulas de Direito Penal 1.

Às minhas amigas, por me apoiarem e me alegrarem nos momentos de estudo para a OAB e na elaboração do TCC. Vocês são prova da fidelidade de Deus na minha vida.

RESUMO

O presente trabalho apresenta uma explanação acerca da reincidência criminal, no tocante aos seus aspectos conceituais e às classificações doutrinárias que lhe são inerentes. Ademais, compreende sua relevância como critério de aplicação do princípio da insignificância, a partir de julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Nestes termos, há análise das decisões judiciais provenientes de casos em que os bens atingidos têm ofensa mínima, bem como preenchem os demais requisitos básicos para configurar a insignificância, quais sejam a mínima reprovabilidade da conduta, a inexpressiva lesão ao bem jurídico e a ausência de periculosidade social da ação. Além destes critérios objetivos, por vezes, os julgadores delineiam requisitos subjetivos que não encontram convergência de entendimento nos Tribunais Superiores, confrontando a isonomia, que é consagrada no ordenamento jurídico brasileiro. Nesta perspectiva, há confronto na valoração do bem jurídico, que ora tende a ser flexibilizado para a insignificância, ora é balanceado diante da conduta reincidente. Tais entendimentos constam na jurisprudência, o que remonta à insegurança jurídica frente às grandes disparidades nos julgamentos, com repercussão nos juízos de primeira instância. A partir desta compreensão, despontou-se a possibilidade de incorporação da teoria dos precedentes ao Direito Penal, porém em conformidade com a situação casuística.

Palavras-chave: Reincidência. Princípio da insignificância. Subjetividade. Insegurança jurídica.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1. ANÁLISE CONCEITUAL ACERCA DO BEM JURÍDICO E SUA VINCULAÇÃO AOS ASPECTOS PRINCIPOLÓGICOS NORTEADORES DO DIREITO PENAL SOB A ÓTICA DOUTRINÁRIA	5
2. A REINCIDÊNCIA COMO INSTITUTO CRIMINAL: UMA ABORDAGEM CONCEITUAL DO DUALISMO SOBRE A PUNIÇÃO NO DIREITO PENAL NA PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	16
2.1 Aspectos conceituais da reincidência criminal: conceito e classificação doutrinária	19
2.2 A constitucionalidade da reincidência e sua relação com o princípio da insignificância	22
3. A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES: UMA ANÁLISE DO CONFRONTO NA APLICAÇÃO DA REINCIDÊNCIA NO TOCANTE AO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.....	28
3.1 A reincidência como discriminante na aplicação da insignificância nos Tribunais Superiores: o argumento da maior reprovabilidade da conduta <i>versus</i> a inexpressiva ofensa ao bem jurídico e a desproporcionalidade da aplicação da pena.....	29
3.2 A multirreincidência e a atenuante da confissão espontânea: aspectos jurisprudenciais	37
4. A CRISE DA SEGURANÇA JURÍDICA COMO REFLEXO DOS CRITÉRIOS SELECIONADOS PARA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS REINCIDENTES: DECISÕES DISTINTAS PARA CASOS SEMELHANTES.39	
4.1 A imprevisibilidade das decisões exige uniformização da jurisprudência?.....	39
CONCLUSÃO.....	47
REFERÊNCIAS	50

INTRODUÇÃO

O princípio da insignificância é uma compreensão consagrada pela jurisprudência, o qual não está disciplinado na legislação penal brasileira. Esta noção principiológica encontra relação com a tutela de bens jurídicos, que são afrontados de forma grave, encontrando limite o *jus puniendi*, principalmente, com base nos princípios da fragmentariedade e da ofensividade. Desta feita, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu requisitos para que haja a aplicação da insignificância, quais sejam: a mínima ofensividade da conduta, inexistência de periculosidade social, reduzido grau de reprovabilidade da conduta e ínfima lesão ao bem jurídico.

No tocante aos crimes contra o patrimônio, é cediço que a incidência da insignificância é ponto uníssono. A exclusão da tipicidade de determinadas condutas consideradas insignificantes se refere proporcionalmente à lesão dos bens jurídicos, referindo-se a medida de Política Criminal, inclusive reduzindo a demanda no Judiciário sobre casos em que provocar sua intervenção é desnecessário. A partir desta concepção, entende-se a relevância do princípio em tela, visando coibir o excesso de punição, que, por vezes, atinge setores menos favorecidos da sociedade.

Nesta ótica, há que se falar na consideração exclusiva da conduta para configurar a relevância ao ordenamento, afastando-se de características do autor do fato. Contudo, atualmente, inúmeros casos jurisprudenciais remetem ao oposto do pretendido, havendo definição de critérios que possuem nítida face subjetiva. Nesta perspectiva, a reincidência desponta como requisito controvertido nas decisões judiciais, ora valorando-se a conduta, ora a lesão ao bem jurídico.

Pretende-se delimitar, portanto, que o réu reincidente não deixa de fazer jus ao benefício do princípio da insignificância pelo simples fato de possuir condenações anteriores transitadas em julgado. O valor da conduta não será sempre superior em si mesmo ao contexto fático de mínima ofensa ao bem, contanto que não se trate de multirreincidência sobre crime de mesma natureza. Diferente é o entendimento para a questão da reincidência específica, pois abrange diversas violações ao patrimônio, sendo sopesadas nos casos concretos.

A atipicidade da conduta insignificante não deve ser afastada diante da reincidência para uma parte da jurisprudência dos Tribunais Superiores, porém diversos precedentes incitam sua inaplicabilidade por este fator. A divergência de entendimentos ressoa na

jurisprudência com limitação às compreensões dos ministros, o que por vezes finda em desproporcionalidade por ausência de fundamentação suficiente. Limitam-se apenas os julgadores a concordar ou discordar, colacionando julgados da Corte que compõem, deixando de tecer explicações acerca da tese suscitada.

Conforme o supramencionado, depreende-se que o Supremo Tribunal Federal elencou alguns requisitos para que seja aplicado o princípio da insignificância, o que buscou atribuir certa uniformização à sua incidência. Embora isto tenha ocorrido, a criação de parâmetros distintos por cada julgador impede que a abordagem nos casos semelhantes seja a mesma, confrontando-se o ideário constitucional da isonomia. A questão é ainda mais preocupante ao se ter como referência a compreensão do Superior Tribunal de Justiça, que se distingue entre suas Turmas (e, frequentemente, diverge na mesma Turma).

Sob a égide do exposto, o presente trabalho tem por finalidade central realizar o estudo dos precedentes que se confrontam na estrutura do Tribunal Superior que o proferiu, tanto do STF, quanto do STJ. Assim, analisar-se-á os entendimentos opostos para que se indique a imprescindibilidade de abandonar o excesso de subjetivismo ao aplicar a insignificância às condutas, tendo como ponto de partida o critério da reincidência.

A doutrina é vasta sobre o princípio da insignificância, mas se destaca a concepção de Bitencourt que disciplina que a conduta típica está atrelada à ofensa grave ao bem jurídico tutelado, não bastando a mera afronta para demonstrar a “relevância material”. O doutrinador explicita que há incoerente determinação de critérios para que incida a insignificância no âmbito penal. Dessarte, leciona que os requisitos devem ser delimitados pelo Poder Legislativo, não constituindo função exclusiva dos julgadores. Isto posto suscitado, reforça o confronto ao princípio constitucional da independência dos Poderes. Embora isto ocorra, veremos que ainda é inevitável abranger todos os conceitos na legislação, mas a priori basta que sejam estabelecidos critérios de julgamento até que haja positivação.

Há que se evidenciar as críticas à ausência de parâmetros norteadores aos julgadores para avaliar a insignificância quanto aos reincidentes. Isto posto suscitado remonta a vagueza de conceitos aplicados nas decisões – por exemplo, o “socialmente recomendável” –, inclusive ao julgamento particularizado sem observância de decisões no mesmo sentido ou limitando-se a indicar a mera convicção do legislador em dispor a aplicabilidade ou não com citações de julgados no mesmo sentido, sem explicitar as circunstâncias jurídicas adequadas ao contexto.

É imprescindível considerar as alterações realizadas na interpretação jurisprudencial, sobrelevando-se também algumas teses do STJ sobre a reincidência como variável na aplicação do princípio da insignificância, além da comparação entre a jurisprudência deste tribunal superior com os entendimentos proferidos pelo STF. Elucida-se, ainda, que há questão de grande relevância nas decisões dos referidos Tribunais Superiores, no que diz respeito à reincidência específica como entrave à aplicação do princípio da insignificância.

No tocante à segurança jurídica, entende-se que, como os critérios de incidência do princípio da insignificância aos reincidentes não estão delimitados no ordenamento jurídico, havendo discricionariedade excessiva por parte dos magistrados. Assim, aos julgadores deve ser fixado parâmetro, coibindo eventuais violações à igualdade na interpretação casuística de situações semelhantes na seara criminal. Tal compreensão enseja discussão sobre o desenvolvimento de uma teoria dos precedentes no Direito Penal, resguardando sempre a situação *in casu*.

Para alcançar tais fins, este trabalho emprega a análise conceitual de manuais, revistas jurídicas e livros sobre o tema, dentre estes, o volume 1 da obra de Luiz Regis Prado, “Curso de Direito Penal Brasileiro”, no concernente aos aspectos do princípio da insignificância e a perspectiva principiológica do Direito Penal. Compreende, também, o livro “O que é isto – decido conforme minha consciência?” de Lenio Streck, que corrobora a criticidade ao julgamento discricionário por parte dos magistrados. Ademais, há maior ênfase nos precedentes acerca da reincidência, tomando por base o Habeas Corpus nº 137.422/SC e AgRg no RHC nº 160.621/MS do STF, bem como no Recurso Especial 1.509.985/RJ, AgRg no AREsp 1.355.667/MG do STJ e REsp 1.728.157/RS do STJ.

O primeiro capítulo abordará o bem jurídico como criação da doutrina, expressando a proteção de interesses socialmente relevantes no tipo penal, os quais não encontram amparo quando a ofensa é mínima. Assim, incide o princípio da insignificância como meio de demonstrar que a atribuição de sanções não é sempre cabível, ocasionando desproporcionalidade entre a conduta e a pena. Além disso, serão expostos aspectos principiológicos relacionados ao tema. Quanto ao segundo capítulo, abrangerá a reincidência e as classificações mais relevantes sobre esta, destacando-se, ainda, a discussão existente acerca da constitucionalidade do referido instituto. Cabe salientar que também será entretecida a relação da reincidência com o princípio da insignificância, conforme os entendimentos proferidos pelos Tribunais Superiores.

O terceiro capítulo destinar-se-á à análise da jurisprudência, destacando precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no que concerne à reincidência como critério para definir se o princípio da insignificância incide. Assim, a valoração da conduta é observada em contraposição ao grau de ofensa ao bem jurídico tutelado. Nestes termos, os julgares estabelecem requisitos distintos, considerando fatores como a reincidência específica e a multirreincidência, além de constituir exceção como medida recomendável ao caso.

O último capítulo unirá as concepções expostas no trabalho, apresentando uma visão crítica da flexibilização do critério da reincidência ao decidirem os julgadores pela aplicação da insignificância nos crimes contra o patrimônio. Isto remonta à vagueza ao ser compreendido o que se amolda ou não a uma conduta insignificante, havendo subjetividade excessiva por parte do julgador. Destarte, depreende-se que as decisões semelhantes são decididas de forma diametralmente oposta, ocasionando insegurança jurídica. Diante da imprevisibilidade das decisões judiciais, questionamento suscitado é a delimitação de uma teoria dos precedentes.

1. ANÁLISE CONCEITUAL ACERCA DO BEM JURÍDICO E SUA VINCULAÇÃO AOS ASPECTOS PRINCIPIOLÓGICOS NORTEADORES DO DIREITO PENAL SOB A ÓTICA DOUTRINÁRIA

Os delitos são caracterizados por condutas típicas voltadas a uma finalidade específica, sendo destinadas a atingir um objeto determinado. Neste sentido, há um objeto material e um objeto jurídico do crime, o primeiro abrange as pessoas ou coisas afetadas pela conduta do sujeito ativo, enquanto o último se refere ao interesse ou ao bem tutelado pelo tipo penal enquadrado na norma. Damásio de Jesus preceitua que “o Estado tem a incumbência fundamental de assegurar o equilíbrio, a paz e a segurança da ordem social”¹, surgindo então os princípios para possibilitar que seja efetivada tal tarefa.

O *jus puniendi* exsurge, portanto, como a titularidade do poder-dever (ou direito) de punir exercida pelo Estado, pois deve elaborar e garantir o cumprimento dessas normas, além de executar decisões condenatórias emanadas pelo Poder Judiciário. Menciona-se que ao conceito ora entretecido se conecta o princípio da intervenção mínima, estabelecendo restrições ao arbítrio do legislador, cabendo ao Estado intervir apenas quando os demais ramos do Direito não forem aptos a coibir condutas ofensivas ao bem jurídico.

O Direito Penal tem, ainda, por princípio a fragmentariedade, a qual corresponde à tutela dos bens jurídicos mais relevantes e das lesões mais graves. Dessarte, não serão punidas todas as condutas, mas somente aquelas importantes no tocante à ótica penal. Aliado a esta perspectiva, o princípio da ofensividade disciplina que a conduta do sujeito interfere na esfera penal se ocorrer violação ao bem jurídico, lesionando-o ou pondo em perigo. Ademais, evidencia-se que o princípio da insignificância incide ao permitir que a intervenção do Direito Penal seja cabível diante de conduta que gere lesão grave, porém tornando atípicas condutas de ínfima relevância.

Entrelaçado aos denominados “crimes de bagatela”, o princípio da insignificância não encontra previsão na legislação, constituindo uma criação da doutrina, que encontrou ampla aplicação na jurisprudência como causa supralegal de exclusão da tipicidade material. Acerca deste princípio, requisitos objetivos foram discriminados pelo Supremo Tribunal Federal, os quais são: reduzido grau de reprovabilidade da conduta, mínima ofensividade, ínfima lesão ao bem jurídico tutelado e ausência de periculosidade social. Há, ainda, conforme entendimento

¹ JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Geral, volume 1**. 32ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 300.

do Superior Tribunal de Justiça, um requisito subjetivo que considera a relevância do bem ofendido para a vítima², analisando-a conforme o valor sentimental atribuído ao bem, a condição econômica da vítima, os resultados e as circunstâncias do delito.

O princípio da insignificância é, em geral, aplicado aos crimes contra o patrimônio, existindo controvérsias atinentes a sua incidência em crimes de outra natureza, por exemplo, no caso de crimes ambientais. Ademais, embora pacífico seu enquadramento nos delitos que ofendem o patrimônio, profundas discussões são entretecidas acerca do princípio da insignificância no âmbito destes crimes, havendo necessidade de se analisar os tipos penais sobre os quais incide, em confronto com interpretações dos tribunais superiores. Fixa-se, então, a amplitude das tipificações atuais, determinando seus efeitos e hipóteses de incidência, a partir dos critérios estabelecidos pelo STF e de questões subjetivas.

No tocante aos crimes contra o patrimônio, o objeto jurídico tutelado pela norma penal é o próprio patrimônio, porém não encontra limite nele, abrangendo o valor afetivo ou moral atribuído ao bem. É cediço, em síntese, que aspectos imateriais são resguardados, para além do objeto sobre o qual incide a conduta delituosa. Ora, há, por força do princípio da insignificância, casos em que tal proteção é sobremaneira flexibilizada, atingindo-se critérios que indiquem a ínfima gravidade dos atos descritos no tipo penal.

Do princípio da dignidade da pessoa humana decorre a tutela da dignidade do autor do delito, a qual é disseminada sobre o sistema jurídico como um todo e possui plurissignificação, com vários âmbitos de incidência. Sob a égide desta concepção, pode-se elucidar que o princípio constitucional em evidência é um norte unificador das garantias fundamentais inerentes à espécie humana, ou seja, os direitos que visam garantir a proteção existencial das pessoas. Portanto, considerando o contexto atual do bem jurídico ofendido, desponta a necessidade de se realizar um juízo de proporcionalidade não apenas com a gravidade da conduta, mas com a intensidade da lesão ante a liberdade do réu.

Afastar a tipicidade da conduta em virtude da insignificância é possível, desde que se observe a totalidade do ordenamento jurídico, atribuindo o julgador valoração em consonância com os requisitos pré-estabelecidos. Isto posto suscitado traz novas esferas de incidência do princípio em questão, afastando a limitação ao patrimônio, tais como sua aplicação pelo Superior Tribunal de Justiça de forma distinta do Supremo Tribunal de

² **STJ**, 5ª Turma. HC 60949-PE. Relatora Min. Laurita Vaz, data de julgamento 20/11/2007, data de publicação no DJe 17/12/2007.

Federal, sendo afastado em casos de delitos de contrabando diante da valoração atribuída ao bem jurídico³. Dessarte, em sendo o Direito Penal dinâmico – ou seja, que evolui com a sociedade –, o Código Penal apenas reflete a nova realidade, porém sem se desvencilhar dos preceitos normativos e entendimentos proferidos pelos magistrados do juízo *ad quem*.

Em se tratando da função de proteger os bens jurídicos, o Direito Penal veda condutas que violem normas penais, reforçando ideais do Estado Democrático de Direito, criminalizando-as (*nullum crimen sine injuria*). Esta prerrogativa tem conotação político-criminal, sendo atinente ao grau limitado de produção normativa do legislador na seara penal. Neste ínterim, não é possível conceber a interpretação da lei penal sem que se considere o bem jurídico, sequer identificar-se-ia a natureza do tipo sem tal entendimento acerca de seu núcleo. Destarte, ao operador do direito é incumbida a atribuição de interpretar a norma penal, bem como a infração que descreve, afastando a tipicidade em virtude do princípio da insignificância.

A interpretação casuística, segundo as compreensões abarcadas, deve ser dotada de coerência, não relegando a segundo plano a universalidade que se tornou necessidade premente para manter a estabilidade no sistema jurídico brasileiro. Fixar parâmetros para a decisão dos tribunais não constitui limitação da liberdade de convicção judicial, ao contrário, cabe ao ordenamento disciplinar esta questão, visando reduzir a margem de discricionariedade do magistrado e conferindo à fundamentação das decisões mais segurança. Isto se torna mais evidente no Direito Processual Penal que lida com questões envolvendo a restrição da liberdade dos indivíduos, não produzindo as decisões efeitos meramente patrimoniais. Com fulcro nesta compreensão, a uniformização jurisprudencial é imprescindível, sendo também favorável para a interpretação mais justa do Direito com relação a sua aplicação *in casu*.

O princípio da insignificância é reflexo do anseio dos operadores do direito em analisar condutas ínfimas ao analisar a afronta ou lesão ao bem jurídico, representando a concretização de princípios norteadores do Direito Penal. Ora, aplicá-lo de forma distinta para casos semelhantes seria atribuir encargo excessivo aos sujeitos, ocasionando desproporcionalidade no julgamento e na interpretação *in casu*. Estabelecer na legislação os

³ “PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPORTAÇÃO DE ARMA DE PRESSÃO. PROIBIÇÃO RELATIVA. CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE CONTRABANDO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. (...) 2. No crime de contrabando, é imperioso afastar o princípio da insignificância, na medida em que o bem jurídico tutelado não tem caráter exclusivamente patrimonial, pois envolve a vontade estatal de controlar a entrada de determinado produto em prol da segurança e da saúde pública.” (STJ, 5ª Turma. AgRg no REsp 1479836/RS. Relator Ministro Ribeiro Dantas, data de julgamento 18/08/2016, data de publicação no DJe 24/08/2016.)

critérios e conceito para incidência do princípio da bagatela se mostra medida de segurança jurídica, solidificando as garantias dos indivíduos, sem distingui-los por convicções pessoais dos julgadores. Assim, a função de proteção ao bem jurídico é ressaltada por Juarez Tavares como tutela da pessoa humana, que é seu alvo.⁴ Nestes termos, resta evidente que o princípio da insignificância, embora consagrado na doutrina e jurisprudência, permanece no cerne de profundas discussões em decorrência da inexistência de legislação específica sobre o tema, fato este que confronta diretamente a igualdade consagrada na Constituição Federal brasileira.

Cabe salientar, ainda, que o bem jurídico é ponto central da perspectiva principiológica, que se destina a balancear sua proteção com fatores externos, tais como a reprovabilidade social da conduta ou até o grau de perigo concreto que causa a afronta ao objeto jurídico tutelado. Cláudio Brandão disciplina que a intervenção penal está atrelada ao bem jurídico em si mesmo, desde que em conformidade com os valores estabelecidos no meio social, sendo, por sua vez, legitimada.⁵ Dessarte, é cediço que tratar o bem jurídico como inserido em um contexto valorativo para a sociedade torna viável a compreensão de sua tutela, a ponto de se compreender o limite da ofensividade que é passível de sofrer. Neste ínterim, depreende-se que o Direito Penal tem por um de seus pressupostos a proteção do bem jurídico, que culmina com a atribuição de sanção penal correspondente à violação deste.

Zaffaroni elucida a centralidade do bem jurídico para o Direito Penal, abarcando este como imprescindível na caracterização do tipo da e dispõe que:

Embora seja certo que o delito seja mais – ou muito mais – que a lesão a um bem jurídico, esta lesão é indispensável para configurar a tipicidade. É por isto que o bem jurídico desempenha um papel central na teoria do tipo, dando verdadeiro sentido teleológico (de telos, fim) à lei penal. Sem o bem jurídico, não há um “para quê?” do tipo e, portanto, não há possibilidade alguma de interpretação teleológica da lei penal. Sem o bem jurídico, caímos num formalismo legal, numa pura “jurisprudência de conceitos”.⁶

Acerca do exposto, o bem jurídico atribui significância e sentido à tutela penal, o que culmina na descrição das condutas revestidas de tipicidade. Ao se considerar esta perspectiva, percebe-se a notável função de proteger o bem jurídico, o qual está em consonância com os valores que o legislador selecionou. Fator entretecido a esta concepção é a pena como

⁴ TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. P. 199.

⁵ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. P. 9-10.

⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 398-399.

justificada na necessidade de ser imposta a um sujeito, não como fim em si mesma, sendo sua legitimidade apartada do “dever absoluto de punir”⁷, que não é sequer concebido como existente. Exprime-se, então, a *ultima ratio* como característica inerente ao Direito Penal, há dessa forma importante delimitação da sua incidência.

No tocante ao entretecido, é de suma importância a compreensão de que o bem jurídico torna-se um norte para estabelecer os direcionamentos a serem tomados pelo Direito Penal, mais ainda quando inserido no contexto de construção de normas com caráter repressivo frente aos direitos e garantias estabelecidos. Contudo, hodiernamente dissemina-se na doutrina que a função de proteção dos bens jurídicos é característica do Direito Penal, protegendo os bens fundamentais da coletividade e do indivíduo.

Para além do estrito punitivismo, o bem jurídico passa a ser tutelado na conduta definida como crime, sendo este oriundo da afronta ao direito subjetivo de um sujeito ou uma pluralidade de sujeitos, não enxergando o moralmente reprovável e, sim, o dano em concreto. Tal reconhecimento ocorreu de forma gradativa a partir do final do século XVIII, com expressividade na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e, também, em alguns códigos penais criados em diversos países neste período.

Da identificação dos direitos subjetivos tutelados pelas normas surgiu clara limitação ao legislador penal, restando vedada a criminalização frente às garantias salvaguardadas. Sob a égide destas concepções, outras discussões acerca do bem jurídico se originaram, destacando-se na construção doutrinária os conceitos elaborados por Franz Von Liszt e Binding. Este concebia o bem jurídico como alicerçado na norma penal no que concerne ao direito positivo, havendo nela a proteção do bem ou do interesse determinado. Trata-se da afronta ao direito subjetivo do Estado, o qual se encontra fixado entre o dualismo norma e bem jurídico. Em outros termos, não se pode tutelar o interesse da sociedade – e não apenas os anseios individuais – sem que o legislador estabeleça o bem jurídico no plano normativo.

Considerando as ideias de Binding, elucida-se o bem jurídico como violação ao direito estatal de vedar certas condutas, além de exprimir o que determina o legislador. De forma diversa, Franz Von Liszt percebe a conduta contrária à lei penal na perspectiva material do bem jurídico. Isto posto suscitado remonta à noção de resguardar os interesses da comunidade e, também, do particular, sem ter sua existência fundada na própria ordem jurídica, porém

⁷ TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. P. 202.

reconhecidos por ela. Contudo, cabe salientar que, na verdade, há a compreensão de que o bem jurídico não é originado pela norma. Diante disso, o direito passa a ser entendido como persecutor da proteção dos interesses sociais, os quais possuem maior relevância que os preceitos normativos. Em síntese, resta evidente que a criação de normas jurídicas gera a tutela dos interesses emanados da sociedade.

Os conceitos de bem jurídico foram modificados e desenvolveram-se de tal forma que despontaram em diversas vertentes, dentre as quais se destaca a visão constitucional acerca do tema. É cediço que a teoria originada por esta acepção desponha no estabelecimento de requisitos para nortear o legislador, restringindo-o quanto à definição de novos tipos penais. Destarte, a teoria constitucional sobre o bem jurídico dispõe que este encontra fundamento na própria Constituição, qual seja a tutela no âmbito penal. Em outras palavras, o bem jurídico selecionado pelo texto constitucional recebe proteção, propiciando o entendimento de que o crime compreende a afronta ao que foi estabelecido.

O desencadeamento dos conceitos atinentes à teoria constitucional, originou o denominado pela doutrina “processo de constitucionalização dos bens jurídicos penais”⁸. Trata-se da proteção do bem jurídico por meio de sanções, porém desde que se encontrem inseridos na Constituição, sendo esta seu fundamento de existência. Dessarte, o valor atribuído ao bem jurídico é proveniente do texto constitucional, que limita o âmbito de atuação do operador do direito penal ao que circunscreve. Isto posto suscitado desponha da criação de tipos penais baseados em valores relevantes na perspectiva social, havendo tutela conforme os ditames da Constituição.

Há que se falar no apontamento de uma definição do bem jurídico de forma a estabelecer anteriormente à lei penal o que se pretende proteger, sendo isto reflexo dos interesses consagrados no texto constitucional. Sob a égide deste entendimento, o legislador resta atrelado aos critérios dispostos, os quais constituem entrave a sua margem de discricionariedade ao atuar. Assim, estando adstrito à Constituição, a teoria remonta a garantias salvaguardadas por ela, inclusive no tocante aos princípios. Dispõe-se, então, nesta ótica que:

O Direito Constitucional funcionará como um norte de hierarquia superior que imporá os limites ao direito de punir, limites estes que deverão se compatibilizar

⁸ LUISI, Luiz. Bens Constitucionais e Criminalização. **Revista Jurídica Uniaraxá**, vol. 22, n. 21, p. 105, Agosto de 2018.

com as garantias do Estado Democrático de Direito e estar previamente delineados na Constituição. O Legislador terá que definir os bens jurídicos partindo dos ditames e limites impostos na Constituição e dos valores nela consagrados. Terá na norma constitucional o substrato primeiro para possibilitar ou não uma incriminação de conduta. A existência do delito e sua previsão jurídico-normativa repousaria na compatibilidade da escolha do bem jurídico tutelado com seu tratamento constitucional, escolha esta que seria, nesse diapasão reflexivo, um dos valores supremos de determinada coletividade, entendida esta como realizadora e abarcadora de singularidades e particularidades humanas.⁹

Nos termos do elucidado, depreende-se que deve ser levada em conta a limitação ao bem jurídico desde que seu fundamento de validade esteja no plano constitucional, o que remonta aos valores resguardados pelo ordenamento jurídico também no âmbito penal. Em conformidade com esta compreensão, a doutrina¹⁰ elenca que aquele que lida com o Direito Penal deve criar o conceito de bem jurídico no que tange ao aspecto material.

Zaffaroni destaca o bem jurídico como de suma importância não apenas para proteger os bens atingidos, mas também aqueles bens que são passíveis de violação no futuro.¹¹ Isto posto suscitado traduz a defesa no que compreende a prevenção de condutas que afetam o bem jurídico, não a mera possibilidade de incidir sobre ações que ocorreram sem planejamento. O referido doutrinador disciplina que o Direito Penal tem por função a segurança jurídica, observando-se, ainda, sua dupla função: tutela de bens jurídicos e de valores éticos.¹²

Na linha de pensamento de Zaffaroni, a tutela penal e a definição específica do bem jurídico afetado mostram-se fundamentais para que seja configurada a coerção penal. Esta tem nexos com a segurança jurídica, posto que, no Direito Penal, há o objetivo de coibir condutas provocadoras de lesões ao tutelado pelas normas incriminadoras. Trata-se, portanto, de prevenção voltada à conotação ético-social, a qual se desvincilha do caráter puramente moral, sendo atrelada às ações da sociedade no que diz respeito aos comportamentos.

⁹ PRADO, Regis *Apud* FRANÇA, Gisela. Bem jurídico-penal e Estado Democrático de Direito. **RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, [S.l.], n. 18, abr. 2011. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1364>>. Acesso em: 02 jun. 2019.

¹⁰ CONDE, Muñoz. *Apud* LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no Direito Penal: Análise à luz das leis 9.099/95 (Juizado Especiais Criminais), 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) e da jurisprudência atual**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P. 131.

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal: parte general, tomo I**. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima editora, 1998. P. 48.

¹² Idem, *Ibidem*. P. 49.

Em atinência à repressão de condutas que violam o bem jurídico, o Estado recebe a prerrogativa de punir, todavia isso não deve ocorrer de forma indiscriminada. Alvo de intensos debates na doutrina e nos tribunais é o limiar dessa legitimidade estatal, ou seja, saber até que ponto é possível punir uma conduta sem que haja excessos. Face o elencado, desponta a função de garantia que constitui entrave à atuação estatal na imposição de sanções, posto que o interesse protegido pelo bem jurídico deve sê-lo no plano geral, não para setores específicos da sociedade.

O legislador realiza a função de criar os tipos penais, contudo, somente para abarcar condutas de alta gravidade. O risco e a efetiva afronta ao bem jurídico se dão em respeito aos bens constitucionais de caráter fundamental, estando fixados os requisitos para identificar o conceito do bem jurídico. Dessarte, conforme já mencionado, a Constituição atribui-lhe limite, o que remonta ao seu plano de validade.

Quanto à aplicação da pena, sobreleva-se que o bem jurídico é lesionado em graus distintos, sendo a afronta de intensidade maior ou menor ao se realizar o julgamento casuisticamente. As condutas tipificadas são diferenciadas pela incidência da conduta sobre o bem jurídico tutelado, o qual reflete os interesses sociais a serem considerados. Isso tem profunda relevância no tocante à aplicação da pena, posto que a dosimetria possui o critério de determinação da pena graduado conforme a gravidade da afronta ao bem jurídico.

A legislação penal brasileira possui como um de seus princípios a individualização da pena, segundo a qual a pena deve ser aplicada em observância às condições atinentes ao caso. A Constituição Federal dispõe que no artigo 5º, inciso XLVI, que “a lei regulará a individualização da pena”¹³, o que é consagrado na seara criminal. Por conseguinte, o magistrado analisa as circunstâncias do crime e aquelas referentes ao sujeito ativo estabelecendo a punição na medida da conduta realizada.

Tal fixação da sanção ocorre com fulcro nos elementos do artigo 59 do Código Penal, atentando-se “à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao

¹³ **BRASIL.** Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 08 de outubro de 2019.

comportamento da vítima”¹⁴. Em decorrência da reprovabilidade maior ou menor há também as circunstâncias que agravam ou atenuam a pena, corroborando para que seja consagrado o princípio da individualização da pena.

O legislador, diante das concepções expostas, resta circunscrito a tipificar condutas graduadas de acordo com a periculosidade das ações do sujeito ativo, ligando-se os crimes sob bens jurídicos afetados. Desse modo, a pena cominada está atrelada ao objeto jurídico afetado, originando dúvidas acerca da seleção do bem e a adequação desta à finalidade de proteger valores por meio das normas criadas.

A tutela dos bens no Direito Penal pode ser conferida às ações, se estiverem reunidas as bases para elaborar o tipo. Conforme Luiz Flávio Gomes, a escolha do objeto jurídico não se dá indiscriminadamente, assim:

É pressuposto lógico de todo discurso garantista supor que o legislador, apesar da margem de liberdade (com que conta) no exercício da sua atribuição de selecionar os bens jurídicos, margem essa que deriva da sua posição constitucional e, em última instância, de sua específica legitimidade democrática [...], está vinculado à Constituição e aos princípios político-criminais que emanam dela.¹⁵

Nos termos da compreensão em tela, o bem jurídico não se restringe apenas à perspectiva constitucional acerca dos interesses socialmente relevantes, pode haver a proteção daquele que não se encontra explícito no texto da Constituição. O Direito Penal, portanto, garante a tutela desses bens jurídicos, distancia-se da concepção de que merecem a tutela somente os direitos fundamentais. A mutabilidade constante da sociedade exige que novos valores sejam resguardados – e alguns abandonados – para abarcar as demandas criadas no contexto no qual estão inseridas as pessoas, não obrigatoriamente na seara constitucional.

É cediço que não é cabível abranger todos os bens jurídicos de forma suficiente e exaustiva em tipos penais¹⁶, porém isto não significa que a atuação legislativa deva ocorrer com discricionariedade excessiva. Tendo em vista a seleção dos bens jurídicos, depreende-se que a concepção de bem penalmente tutelado constitui base imprescindível para o

¹⁴ **BRASIL**. Código Penal. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 08 de outubro de 2019.

¹⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Norma e Bem Jurídico no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 . P. 69.

¹⁶ Idem, Ibidem. P. 143.

sistema penal brasileiro, o qual necessita enquadrar as condutas típicas de maneira equilibrada, visando coibir a penalização descomedida.

Trata-se de ponto de suma importância a compreensão de que a seleção do bem jurídico-penal ocorre com “liberdade política”, em consonância com o doutrinador Rogério Greco.¹⁷ A tutela é, portanto, para os bens selecionados, mas há limitação nos princípios fundamentais do Direito Penal. Não se pode conceber conceito tão importante ao arbítrio exclusivo do legislador, reitera-se que os interesses sociais e a necessidade de delimitação das condutas criminosas são determinantes para que seja o bem jurídico definido.

No que tange à incidência da pena, a sanção incorre em casos de violação ao bem jurídico descrito no tipo penal, porém em diversas situações deixa-se de aplicá-la por questão de Política Criminal. Retomando-se a questão principiológica, há que se falar no princípio da insignificância como expressão da não configuração da tipicidade material, o que afasta o crime. Francisco de Assis Toledo iniciou a discussão acerca do referido princípio na doutrina brasileira¹⁸, elucidando o caráter fragmentário do Direito Penal, ou seja, a tutela do bem jurídico se destina aos casos de maior relevância.

O princípio da insignificância sobrevém a condutas com ínfimo grau de afronta ao bem jurídico, logo, a ação do sujeito ativo é tão diminuta que não deve sequer ser aplicada sanção. Não é proporcional que haja a punição se a gravidade da conduta e sua própria realização não geraram dano suficiente a ensejar a repressão, posto que a pena seria tão pequena e desproporcional em relação à ação.

Acerca desta compreensão no cerne do princípio da insignificância, a jurisprudência é clara:

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

¹⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial, Volume II**. 11ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. P. 43.

¹⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001. P. 133-134. *Apud* DORIGON, Alessandro; SILVA, Denise de Caires. **Aplicação do princípio da insignificância no crime de roubo**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/63063/aplicacao-do-principio-da-insignificancia-no-crime-de-roubo/1>>. Acesso em: 08 de outubro de 2019.

postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima. **Indiscutível a sua relevância, na medida em que exclui da incidência da norma penal aquelas condutas cujo desvalor da ação e/ou do resultado (dependendo do tipo de injusto a ser considerado) impliquem uma ínfima afetação ao bem jurídico.** (HC n. 67.905/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, j. em 7-8-2008).¹⁹

Sob a égide do entendimento entretecido, a repressão penal nem sempre se mostra apta a disciplinar o indivíduo, porém ainda há uma cultura atual de relevância no que compreende este aspecto. Diante do suscitado, a aplicação da pena pode ocasionar desigualdade de tratamento entre as pessoas, o que é díspar do conceito e dos princípios penais. Dessarte, a aplicação casuística não se presta a ocasionar a insegurança jurídica, mas a tutelar os interesses da sociedade e daquele afetado pela conduta.

Em suma, a ausência de uniformidade para aplicar o princípio da insignificância origina graves problemas no fortalecimento da jurisprudência pátria. Para além de determinados conceitos, reprimir condutas sem que as semelhantes a elas sofram quaisquer restrições causa insegurança jurídica, mais grave ainda é não punir alguns e deixar de enquadrar nesta condição os que se encontram em casos similares.

¹⁹ **STJ**, 5ª Turma. HC n. 67.905/SP. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, data de julgamento em 07/08/2008, data de publicação no DJe 29/09/2008.. Grifos meus.

2. A REINCIDÊNCIA COMO INSTITUTO CRIMINAL: UMA ABORDAGEM CONCEITUAL DO DUALISMO SOBRE A PUNIÇÃO NO DIREITO PENAL NA PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O Direito Penal tutela valores que são expressos no bem jurídico, isto está atrelado, *ab initio*, à razão de ser deste ramo do direito, que é permitir que o convívio em sociedade ocorra com o mínimo existencial para a garantia da paz. À vista disso, a estabilidade pretendida apenas pode ser alcançada pela criação de normas jurídicas que positivam condutas a serem coibidas com a finalidade de assegurar as necessidades fundamentais de todos os membros da sociedade. As sanções, portanto, constituem mera representação deste objetivo.

O poder atribuído ao Estado de reprimir violações aos bens protegidos resta consagrado ao lado da função de prevenir eventual lesão a eles, visa-se, então, evitar a prática de crimes. O *jus puniendi* configura a defesa social, no tocante aos valores mais relevantes, o que remonta à desnecessidade de punir em estrito senso todas as condutas que possam afrontar os de menor importância diante da situação.

A criminalização de certas condutas encontra entrave em excludentes de tipicidade, dentre estas possui grande destaque na doutrina e jurisprudência o princípio da insignificância. Este foi uma criação doutrinária proveniente do clamor social para que ações contrárias à norma penal, mas com ínfimo grau de reprovabilidade ou de gravidade perante o contexto no qual está inserido o sujeito e o bem jurídico.

No tocante a esta compreensão, critérios foram desenvolvidos pelo Supremo Tribunal Federal que consistem em requisitos objetivos para identificar se há possibilidade de ser aplicado o princípio da insignificância. Os primeiros a serem elucidados são a mínima ofensividade da conduta e a inexpressiva lesão ao bem jurídico tutelado, os quais dizem respeito ao grau de lesão ao objeto jurídico tutelado. Outro requisito é o reduzido grau de reprovabilidade da conduta do agente, que encontra vínculo com a inexistência de periculosidade social da ação.

Cabe salientar que o Supremo afasta a aplicação do princípio da insignificância às condutas criminosas praticadas com violência ou grave ameaça à pessoa. Adotou-se, também, pela jurisprudência um requisito subjetivo atinente à importância que o bem possui para a vítima, assim se posiciona a ministra relatora Laurita Vaz no julgamento do HC nº 60.949-PE:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. FURTO DE PULSOS TELEFÔNICOS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O pequeno valor da res furtiva não se traduz, automaticamente, na aplicação do princípio da insignificância. **Há que se conjugar a importância do objeto material para a vítima, levando-se em consideração a sua condição econômica, o valor sentimental do bem, como também as circunstâncias e o resultado do crime, tudo de modo a determinar, subjetivamente, se houve relevante lesão.** Precedente desta Corte. 2. Consoante se constata dos termos da peça acusatória, a paciente foi flagrada fazendo uma única ligação clandestina em telefone público. Assim, **o valor da res furtiva pode ser considerado ínfimo**, a ponto de justificar a aplicação do Princípio da Insignificância ou da Bagatela, ante a falta de justa causa para a ação penal. 3. Não há notícia de reiteração ou habitualidade no cometimento da mesma conduta criminosa, sendo que a existência de outro processo em andamento não serve como fundamento para a inaplicabilidade do princípio da insignificância, em respeito aos princípios do estado democrático de direito, notadamente ao da presunção da inocência. 4. Ordem concedida, para trancar a ação penal instaurada contra a paciente.²⁰

Para além do disciplinado anteriormente, a ementa colacionada abarca outro fator relevante para a aplicação do princípio de bagatela, qual seja a reiteração ou habitualidade da prática de condutas. Dessarte, no caso em destaque a ministra utilizou também como requisito a existência de processos em andamento, o que, segundo dispõe, não é obstáculo para a excludente de tipicidade.

Na perspectiva entretecida, a reincidência tem sido parâmetro nas decisões judiciais, assim, inicialmente, é imprescindível explicitar a compreensão acerca do referido instituto. O artigo 63 do Código Penal preceitua que a reincidência decorre da prática de um novo crime pelo agente após o trânsito em julgado da sentença, tanto no país como no estrangeiro.²¹ Ademais, reitera-se que a condenação por crime deve se configurar anteriormente à sentença que condena novamente o réu.

A reincidência consiste em circunstância agravante nos termos do artigo 61, inciso I, do Código Penal²², a qual é analisada na segunda fase do sistema de dosimetria da pena – que, ao todo, contém três fases (fixação da pena-base, pena provisória e pena definitiva,

²⁰ STJ, 5ª Turma. HC 60949 PE. Relatora Ministra LAURITA VAZ, data de julgamento 20/11/2007, data de publicação no DJe 17/12/2007.

²¹ BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 11 de outubro de 2019.

²² Idem, Ibidem.

respectivamente). A reincidência não se configura em duas hipóteses expressas no texto de lei, a primeira se perfaz quando ultrapassado o período de cinco anos entre a extinção da pena ou o dia de seu cumprimento e o período de realização do crime posterior. Além desse caso, não há reincidência para que crimes militares próprios e políticos.

De acordo com o artigo 7º da Lei das Contravenções Penais, é reincidente o condenado por crime que pratica posteriormente uma contravenção penal, porém o contrário não caracteriza a reincidência.²³ Além disso, há um instituto intermediário entre o réu primário e o reincidente, trata-se dos maus antecedentes. Estes somente se caracterizam quando sentenças condenatórias transitadas em julgado não geram reincidência, sob pena de se tornar “bis in idem” quanto à pena.

A súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça dispõe que “a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”. Conforme a concepção em tela, as circunstâncias de caráter subjetivo do artigo 59 do Código Penal são analisadas na primeira fase da dosimetria e, portanto, se a reincidência estiver enquadrada nesta, não poderá incidir como agravante da pena.

O STJ se posiciona também quanto aos maus antecedentes entendendo, na súmula 444, que “é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”. Sob esta ótica, salienta-se que há nexo deste entendimento com o princípio da presunção de inocência, pois é vedada a punição ou seus efeitos sem que haja sentença condenatória transitada em julgado.

A comprovação da reincidência pode ocorrer por meio da folha de antecedentes, que, em consonância com a súmula 636 do Superior Tribunal de Justiça, é documento suficiente também para certificar a existência de maus antecedentes por ser dotada de fé pública. Em perspectiva diversa, cabe mencionar que é de suma importância a identificação de ambos os institutos, visando a adequação da dosimetria da pena do réu.

O enquadramento de um réu como reincidente não se limita à aplicação da circunstância agravante, porém perpassa este âmbito e constitui entrave para outros benefícios. Neste íterim, o artigo 33, §2º, do Código Penal se refere ao regime inicial de cumprimento da pena identificado pelo mérito do condenado, determinando regime mais

²³ **BRASIL.** Lei das Contravenções Penais. Decreto-Lei 3.688, de 03 de outubro de 1941. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688>. Acesso em: 11de outubro de 2019.

brando. Ainda, a reincidência em crime doloso impede que a pena privativa de liberdade seja substituída pela pena restritiva de direitos; o referido instituto aumenta também o prazo prescricional da pretensão executória.

O tratamento conferido à reincidência é deveras dotado de maior severidade com o intuito de evitar a prática de crimes repetidas vezes, impondo-se como medida as diversas consequências penais e processuais penais dispostas no Código Penal. Desta feita, na jurisprudência produz convicções nos julgadores que acertadamente seguem este norte.

2.1 ASPECTOS CONCEITUAIS DA REINCIDÊNCIA CRIMINAL: CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Ao conceber a reincidência como a prática de nova conduta criminosa após o trânsito em julgado, torna-se imprescindível delimitar este conceito. A referida concepção está atrelada à coisa julgada, que traduz a imutabilidade da decisão prolatada, não estando vinculada à exaustiva interposição de recursos.²⁴ A doutrina majoritária corrobora com o conceito designado, dispondo não se tratar de efeitos alterados pela sentença, todavia uma situação jurídica que dota a decisão do caráter de não ser modificada.

O doutrinador Eugênio Pacelli se posiciona acerca desta temática, disciplinando que:

A coisa julgada, sabe-se, não é um efeito, mas uma qualidade da decisão judicial da qual não caiba mais recurso. É a imutabilidade da sentença, de modo a impedir a reabertura de novas indagações acerca da matéria nela contida. (...) Normalmente, a autoridade da coisa julgada, ou a sua imutabilidade, é justificada em razão da necessidade de segurança jurídica decorrente da solução dos conflitos sociais resolvidos pela jurisdição estatal.²⁵

A reincidência sofre muitas críticas por alguns doutrinadores, o que ocasionou discussões no que se refere à consideração como qualidade de circunstância do crime, posto que atrelada ao sujeito ativo e não diretamente ao delito.²⁶ Destarte, depreende-se que esta parcela doutrinária corrobora com o entendimento de que as circunstâncias compreendem a atividade humana, sendo a reincidência de conotação pessoal e não inerente ao crime.

²⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil, Volume Único**. 8ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. P. 1442.

²⁵ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21ª edição. São Paulo: Atlas, 2017. P. 304.

²⁶ YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Da Reincidência Criminal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. P. 25.

Diferenciam-se, então, as circunstâncias em objetivas e subjetivas, as primeiras são “aspectos objetivos do fato típico” e as últimas “relacionam-se ao agente, e não ao fato concreto”.²⁷

Há classificações da reincidência tendo como critérios determinados aspectos, contudo, ressaltar-se-á apenas três destes. O primeiro a ser elucidado se agrupa em torno da identidade ou não dos fatos criminosos reiterados, que divide a reincidência em específica, genérica ou especialíssima.²⁸ A reincidência genérica (ou geral) consiste na identificação do reincidente em virtude do momento prática do novo crime, havendo condenação anterior, o que desconsidera a identidade de tipo penal ou similaridade factual entre os delitos cometidos.

Quanto à reincidência específica, cabe elucidar que a situação fática dos crimes contém os mesmos pormenores da conduta tipificada. Trata-se do cometimento de um crime tipificado em certo tipo com condenação prévia, ou seja, os delitos praticados estão previstos na mesma norma incriminadora. A título de exemplo, em hipótese de um sujeito ativo realizar o delito do artigo 157 do Código Penal - qual seja roubo - e ser condenado; formando-se coisa julgada, vem a praticar novamente a conduta. Situação tal que caracteriza a reincidência específica, em conformidade com a classificação em tela.

A concepção da reincidência específica sofreu transmutações quanto ao julgamento por juristas e doutrinadores, leciona-se que:

A nova orientação é um testemunho de que a atual conceituação dos efeitos da reincidência específica merece o repúdio da consciência jurídica e, enquanto estiver em vigor o atual Código Penal, deve o juiz acautelar-se contra os excessos a que o seu reconhecimento conduz. Diz-se a reincidência específica quando os crimes são da mesma natureza. E, explica o legislador, “consideram-se crimes da mesma natureza os previstos no mesmo dispositivo legal, bem como os que, embora previstos em dispositivos diversos, apresentam pelos fatos que os constituem ou por seus motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns”.²⁹

Seguindo, ainda, a referida classificação, há que se falar na reincidência especialíssima, que se perfaz quando os delitos praticados possuem a mesma natureza e

²⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral, Volume 1**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 472.

²⁸ BISSOLI FILHO, Francisco. **O estigma da criminalização no sistema penal brasileiro: dos antecedentes a reincidência criminal**. Dissertação (mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997, p. 86-87. Disponível em: <<http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/77220>>. Acesso em: 14 de outubro de 2019.

²⁹ PIMENTEL, Manoel Pedro. Reincidência específica e crime culposos. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, volume 66, p. 159, janeiro de 1971. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66624/69234/>>. Acesso em: 14 de outubro de 2019.

afrontam a mesma norma penal. Em caso de um crime cometido em certa modalidade com condenação transitada em julgado, para que se configure a reincidência na modalidade especialíssima, é necessário que a conduta criminosa realizada posteriormente se enquadre no mesmo tipo incriminador.

Cabe consignar que os doutrinadores clássicos coadunavam no sentido de que a reincidência só incide quando os crimes realizados são dolosos, posto que reflete a gravidade da conduta do sujeito ativo.³⁰ No concernente a isto, a atual concepção doutrinária contraria a referida ideia, compatibilizando a reincidência com os crimes culposos e dolosos³¹.

Segunda classificação relevante nesta temática é no tocante à reincidência real e ficta³², que se distinguem em decorrência do momento do novo delito. Também denominada verdadeira ou própria, a reincidência real se concretiza quando o sujeito realiza um novo crime após cumprimento efetivo da condenação anterior. Por sua vez, a reincidência ficta decorre quando a nova conduta criminosa se delineia antes do cumprimento da pena, porém após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A respeito do ordenamento jurídico brasileiro resta claro que a reincidência não tem por pressuposto o delito como de mesma espécie do delito anterior, sendo assim a reincidência adotada em nosso sistema compreende a reincidência genérica. Em outras palavras, basta que haja uma decisão condenatória definitiva em momento prévio à nova conduta criminosa. Ademais, o Código Penal, ao expor os requisitos para a reincidência, estabelece ser suficiente que a existência de condenação prévia configure o instituto, o que demonstra a despreocupação com o cumprimento. Consequentemente, tal concepção abrange a reincidência ficta.³³

Em última instância, cita-se a classificação da reincidência simples e da múltipla, a primeira remonta ao sujeito ativo que pratica um delito prévio e um posterior. Contudo, o reincidente múltiplo realiza reiterados delitos, mais de duas vezes, sendo reincidente antes da

³⁰ Idem, Ibidem.

³¹ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral (arts. 1º ao 120)**. 4ª edição. Salvador: JusPodivm, 2016. P. 421.

³² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral, Parte Especial**. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 487-488.

³³ OLIVEIRA, Aline de. A (in) constitucionalidade da reincidência. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**, Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI, v. 3, n. 4, p. 44-59, 4º Trimestre de 2012. Disponível em: <www.univali.br/ricc>. Acesso em: 14 de outubro de 2019.

conduta típica.³⁴ Nos termos do entretecido, é diverso o entendimento da reiteração para a reincidência, pois um réu primário pode ter realizado vários delitos sem que qualquer decisão definitiva transitada em julgado.³⁵

2.2 A CONSTITUCIONALIDADE DA REINCIDÊNCIA E SUA RELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Intensos debates sobre a reincidência foram traçados, especialmente no que concerne à análise de sua constitucionalidade. Lecionam Patrícia Vanzolini e Gustavo Junqueira os fundamentos das discussões mencionadas, dentre eles, a dupla imputação do fato criminoso.³⁶ Esta alegação consiste na hipótese de considerar-se que o sujeito foi condenado e já cumpriu a respectiva pena, mas está sendo aumentada a punição em condenação por novo crime. Tratar-se-ia de um “bis in idem”, que fere o princípio apregoado acerca da incoerência de ser alguém punido duplamente (ou mais vezes) pela mesma conduta.

O Supremo Tribunal Federal mediante o julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 110.727/DF firmou entendimento quanto à reincidência, dispondo o ministro Dias Toffoli:

Inicialmente, observo que não há bis in idem no fato da reincidência motivar o agravamento da sanção aplicada, independentemente da pena cominada em lei para o delito praticado pelo agente, porquanto não considerada em duplicidade para o agravamento da pena-base imposta à ora recorrente, que, inclusive, foi devidamente readequada pelo Tribunal a quo, em sede de apelo interposto pela defesa.³⁷

Outrossim, há parcela minoritária da jurisprudência que entende, de forma diversa, pela inconstitucionalidade da reincidência frente a suposta afronta ao princípio da proporcionalidade, bem como ao princípio da legalidade, no tocante ao aumento da pena. Contudo, não se deve olvidar que o sujeito reincidente em casos pontuais pode ter menor grau de periculosidade que um primário, cujos crimes ainda não tenham sido julgados, mas

³⁴ BISSOLI FILHO, Francisco. **O estigma da criminalização no sistema penal brasileiro: dos antecedentes a reincidência criminal**. Dissertação (mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997, p. 90. Disponível em: <<http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/77220>>. Acesso em: 14 de outubro de 2019.

³⁵ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal: Parte Geral, Volume 2**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. P. 739.

³⁶ VANZOLINI, Patrícia; JUNQUEIRA, Gustavo. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. P. 177.

³⁷ STF, 1ª Turma. RHC 110.727. Relator Ministro Dias Toffoli, data de julgamento 17/04/2012, data de publicação no DJe 10/05/2012.

possuam maior reprovabilidade e dano ao bem jurídico.³⁸ Exemplifica-se tal compreensão no caso de um réu ser primário e estar sendo julgado por crimes de homicídio qualificado, enquanto o outro é reincidente no crime de furto simples.

O Superior Tribunal de Justiça proferiu compreensão de que a reincidência não caracteriza violação ao princípio da individualização da pena, no que tange ao artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal. Dessarte, preceitua a colenda Turma que:

Todavia, no que se refere à impossibilidade da incidência reincidência, por constituir dupla sanção pelo mesmo fato, a alegação não prospera. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela constitucionalidade da agravante da reincidência, uma vez que a conduta do reincidente merece maior reprovabilidade, tendo em vista a sua contumácia em violar a lei penal. Portanto, não há se falar em duplo apenamento pelo mesmo fato, nem violação do princípio do *ne bis in idem*.³⁹

A tese advogada pelo STJ findou adotada pela jurisprudência, que converge para a ideia de que condutas reincidentes indicam que o sujeito não compreendeu a sanção que lhe foi imposta. Reforçando esta perspectiva, ao decidir acerca do Habeas Corpus nº 96.871, o ministro Ayres Britto decidiu que a agravante da reincidência está em conformidade com o princípio da individualização da pena. Dispõe, ainda, que no caso ora analisado era evidente que “tal agravante genérica repreende por modo mais gravoso aquele que optou por continuar delinquindo; sendo certo que não houve uma dupla valoração de um mesmo fato como maus antecedentes e como reincidência”.⁴⁰

Em sede do julgamento do Recurso Extraordinário nº 453.000/RS, disciplinou-se a reincidência se reveste de constitucionalidade.⁴¹ A ministra Rosa Weber proferiu acertadamente voto no sentido de que não se perfaz um Direito Penal do autor, desvincula-se de quaisquer estigmatizações ao indivíduo em si mesmo. Na verdade, resta considerada a conduta criminosa realizada anteriormente ao novo delito, que é dotada de valoração de conotação negativa ao fato. É cediço, ainda, que a reincidência não constitui critério de aferição na primeira fase da dosimetria da pena, vindo as condenações pretéritas a serem reputadas como determinantes apenas na fixação da pena.

³⁸ QUEIROZ, Paulo. *Apud*. CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral (arts. 1º ao 120)**. 4ª edição. Salvador: JusPodivm, 2016. P. 426.

³⁹ **STJ**, 6ª Turma. HC 213.196 RJ. Relator Min. Vasco Della Giustina (des. convocado do TJ/RS), data de julgamento 12/04/2012, data de publicação no DJe 25/04/2012.

⁴⁰ **STF**, 2ª Turma. HC 96871 RS. Relator Min. Ayres Britto, data de julgamento 24/08/2010, data de publicação no DJe 08/10/2010.

⁴¹ **STF**, Tribunal Pleno. RE 453000 RS. Relator Min. MARCO AURÉLIO, data de julgamento 04/04/2013, data de publicação no DJe 03/10/2013.

Na ótica dos argumentos jurisprudenciais expostos, eventual inconstitucionalidade atingiria a reincidência se o juízo da condenação – referente à primeira fase da dosimetria – utilizasse o instituto como parâmetro. O que se pretende, aliás, é a valoração do novo crime, não se limitando a analisar tão somente o bem jurídico tutelado pelas normas, mas também fatores subjetivos de suma importância para a aplicação da pena.

Para além do elucidado, há íntimo liame da reincidência com o princípio de bagatela. Indaga-se, portanto, o sujeito reincidente pode ser beneficiado pela insignificância? Questão controversa que deve ser explicitada a partir da jurisprudência atual sobre o tema.

Retomando-se a concepção da reincidência como dotada de maior reprovabilidade, há determinados benefícios que os efeitos deste instituto afastam. Segundo os julgadores, percebe-se que a atipicidade, por vezes, não deve ser imposta quando o agente não demonstra abandonar a prática de delitos. O entendimento suscitado é predominante no Superior Tribunal de Justiça, que em diversas decisões incorre no seguinte entendimento:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO. REINCIDÊNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A jurisprudência desta Quinta Turma reconhece que o princípio da insignificância não tem aplicabilidade em casos de reiteração da conduta delitiva, **salvo, excepcionalmente, quando as instâncias ordinárias entenderem ser tal medida recomendável** diante das circunstâncias concretas do caso, o que não se infere na hipótese em apreço, máxime por se tratar de réu reincidente. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido.⁴²

Embora de todo coadune-se que o entendimento da inaplicabilidade da insignificância da conduta frente a reincidência esteja correto, é necessário atentarmos para a exceção a esta regra. Cabe salientar que relegar às instâncias ordinárias o excessivo encargo de decidir se ocorrerá a aplicabilidade em determinados casos pode gerar discricionariedade para além dos limites, posto que não é função do julgador legislar acerca de pontos omissos em legislação. É certo que o conceito de “recomendável” estabelecido como critério para aplicação do princípio se torna de veras amplo, sem que se preceitue um paradigma norteador dos casos.

Fato que reafirma o entretecido é a divergência na incidência do referido princípio diante de sujeito reincidente no próprio STJ, que na 6ª Turma encontra entendimentos distintos, os quais serão abarcados no capítulo seguinte. Compreensão tal que confronta,

⁴² **STJ**, 5ª Turma. AgRg no REsp 1753558 MG. Relator Ministro Ribeiro Dantas, data de julgamento 13/11/2018, data de publicação no DJe 22/11/2018. Grifos meus.

inclusive, a jurisprudência uníssona do STF, acentuando a ausência de consenso entre os tribunais superiores. Esta constatação remonta à dificuldade das instâncias do juízo *a quo* em identificar pontos similares entre os casos, o que leva o julgador a aplicar em casos semelhantes teses distintas, ora com fulcro no STJ, ora no STF.

A julgar pelo que está em ameaça, não é cabível que condutas semelhantes possam configurar condutas típicas e atípicas ao mesmo tempo, o que se tornaria Direito Penal do autor.⁴³ Neste ínterim, não devemos esquecer que situações excepcionais podem se delinear e ensejar a aplicação da insignificância penal mesmo em confronto com os requisitos comumente aplicados.

Concebendo o Direito como uma balança, há sempre argumentos que se fortificam, flexibilizando outros. Dessarte, a valoração atribuída a bens jurídicos pode ser primordial na incriminação de sujeitos, mas esta aliada a requisitos externos ocasiona também a exclusão da tipicidade das condutas. Reflexão que no caso da reincidência se constitui acertada, visto que, embora seja reprovável a reiteração de delitos, camadas sociais humildes são o alvo maior da punição por afronta ínfima ao patrimônio de outrem.

Há alguns julgadores que percebem a infeliz realidade do sistema carcerário e o perfil dos reincidentes em condutas “insignificantes”, equilibrando suas decisões com perfilhamento a estes fatores. O ministro Barroso proferiu voto ao julgar o Habeas Corpus 123.108/MG pela incidência da insignificância para um sujeito reincidente, posto que ele furtou um par de chinelos no valor estimado de R\$ 16,00.⁴⁴ O voto foi vencido e o réu condenado apenas privativa de liberdade. Diante de casos como este, desponta a necessidade de parâmetros melhor delimitados e menos discricionários no tocante ao princípio da insignificância.

O ministro entende ser a punição de reincidentes como frágil ao argumento de prevenção de crimes, compreende que:

49. Ainda que a resposta criminal seja, em tese, um inegável desestímulo à prática da conduta reprimida, não se pode dizer que a não incidência do direito penal configure exatamente um estímulo positivo. E, embora a prevenção ainda seja uma meta a ser atingida pelo direito penal, o peso dessa ideia é substancialmente mitigado quando se constata que o índice de reincidência dos egressos do sistema

⁴³ VANZOLINI, Patrícia; JUNQUEIRA, Gustavo. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. P. 20.

⁴⁴ **STF**, 1ª Turma. HC 123108 MG. Relator Min. Roberto Barroso, data de julgamento 01/07/2014, data de publicação no DJe 01/08/2014.

prisional no Brasil é de aproximadamente 70%, um dos maiores do mundo, como visto acima. **Isso demonstra se tratar de um quadro complexo, em que o papel preventivo do direito penal talvez não seja decisivo como se imagina.**

50. Além disso, o direito penal não se destina a punir meras condutas indesejáveis, “personalidades”, “meios” ou “modos de vida”, e sim crimes, isto é, condutas significativamente perigosas ou lesivas a bens jurídicos, sob pena de se configurar um direito penal do autor, e não do fato.⁴⁵

Sob a ótica do julgado colacionado, o excesso de punição não é suficiente para cumprir os fins da pena, especialmente a finalidade pedagógica. Questão de suma importância inclusive na delimitação do princípio da insignificância, que não representa impunidade, porém um juízo de proporcionalidade da conduta realizada. Logo, representa o Direito Penal do fato. A reincidência é uma das variantes recorrentes acerca da temática, que não encontra quaisquer previsões no texto normativo.

Diante do exposto, restam diversas indagações, entre as quais: teria o operador do direito abordado de forma eficaz a gravidade das condutas vinculadas aos crimes contra o patrimônio? Há efetivamente a aplicação isonômica do princípio da insignificância? Além disso, a atribuição aos julgadores da incumbência de analisar os casos não afetaria o sujeito ativo, atribuindo maior reprovabilidade da conduta de maneira discrepante? Estes questionamentos nos levam à compreensão de que não são todas as decisões voltadas aos mesmos critérios, a exacerbada discricionariedade finda por não conferir uniformidade aos julgamentos.

Os estudos sobre a valoração atribuída ao bem jurídico dos crimes contra o patrimônio na perspectiva dos Tribunais Superiores remontam ao princípio da insignificância, mas é evidente que, diante da centralidade das decisões judiciais, os requisitos básicos para a aplicação do referido princípio não restam suficientes. Remonta-se, então, a convicções individuais dos magistrados, que surgem da interpretação *in casu* sem respaldo na lei por ausência de regulação pelo legislador.

Conforme o doutrinador Cezar Roberto Bitencourt, há que se considerar relevante que o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal deve sofrer grave ofensa. Assim, elucida:

“A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo esse princípio, que Klaus Tiedemann

⁴⁵ Idem, Ibidem. Grifos meus.

chamou de *princípio de bagatela*, é imperativa uma *efetiva proporcionalidade* entre a *gravidade* da conduta que se pretende punir e a *drasticidade da intervenção estatal*. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma *relevância material*. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado. **Deve-se ter presente que a seleção dos bens jurídicos tuteláveis pelo Direito Penal e os critérios a serem utilizados nessa seleção constituem função do Poder Legislativo, sendo vedada aos intérpretes e aplicadores do direito essa função, privativa daquele Poder Institucional.** Agir diferentemente constituirá violação dos sagrados *princípios constitucionais* da reserva legal e da *independência dos Poderes*. O fato de determinada conduta tipificar uma infração penal de *menor potencial ofensivo* (art. 98, I, da CF) não quer dizer que tal conduta configure, por si só, o *princípio da insignificância*..⁴⁶

Quanto ao destacado, torna-se imprescindível afirmar que a seleção de bens jurídicos protegidos no âmbito penal deve ser realizada pelo Poder Legislativo, o que confronta a realidade jurídica hodierna, principalmente porque os julgadores assumem esse papel. Em sede constitucional, é inevitável conceber que, quanto aos princípios consagrados, a reserva legal e a independência dos Poderes obtêm relevância, resta claro que confronta tais garantias a ausência de disposição legal sobrelevada.

⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral, volume 1**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 68-69. Grifos meus.

3. A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES: UMA ANÁLISE DO CONFRONTO NA APLICAÇÃO DA REINCIDÊNCIA NO TOCANTE AO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

A demanda recorrente sobre o princípio da insignificância trouxe inúmeras discussões nos tribunais, que culminaram em apontamentos sobre a compreensão principiológica e os critérios de sua aplicação. Dessarte, os tribunais superiores discutem o tema, chegando a diversos apontamentos distintos, que não conduzem a um perfilhamento na jurisprudência. É imprescindível, portanto, explicitarmos determinados entendimentos sobre a reincidência e o reflexo de sua valoração para o princípio da insignificância.

Ab initio há que se falar na perspectiva da aplicação da insignificância no Supremo, que apontou se tratar de legitimidade de elementos indicadores de tal pressuposto da Política Criminal. Entende-se como caso paradigmático para a jurisprudência o julgamento do Habeas Corpus nº 84.412/SP, no qual dispõe o ministro relator Celso de Mello:

EMENTA: **PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES** CUJA PRESENÇA **LEGITIMA** O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL – **CONSEQUENTE DESCARACTERIZAÇÃO** DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO **MATERIAL** – DELITO DE FURTO – **CONDENAÇÃO** IMPOSTA A **JOVEM DESEMPREGADO**, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE – ‘*RES FURTIVA*’ NO VALOR DE R\$ 25,00 (**EQUIVALENTE A 9,61%** DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) – **DOCTRINA** – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF – PEDIDO **DEFERIDO**. (...)

O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: ‘DE MINIMIS, NON CURAT_PRAETOR’. - O sistema jurídico **há de considerar** a relevantíssima circunstância de que a **privação** da liberdade e a **restrição** de direitos do indivíduo **somente** se justificam **quando estritamente necessárias** à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, **notadamente** naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, **impregnado de significativa lesividade**.

O direito penal **não se deve ocupar** de condutas que produzam resultado, **cujo desvalor** – por não importar **em lesão significativa** a bens jurídicos relevantes –

não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, **seja** ao titular do bem jurídico tutelado, **seja** à integridade da própria ordem social.⁴⁷

Em conformidade com o exposto, a sanção é atribuída à conduta que importe em afronta ao bem jurídico, além do efetivo prejuízo ao interesse tutelado. Diante disso, resta evidente que outras determinantes influenciam no julgamento da referida excludente de tipicidade. Ora, ocorre que muito destes critérios não têm compatibilidade com os selecionados pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive abrangendo conceitos vagos que provocam interpretações de todo heterogêneas.⁴⁸

Com fulcro na disparidade das decisões dos Tribunais Superiores, passar-se-á a analisar algumas das mais relevantes e que exteriorizam de forma clara a aleatoriedade dos julgadores ao decidirem. É cediço que o enfoque será referente ao instituto da reincidência, bem como a suas peculiaridades.

3.1 A reincidência como discriminante na aplicação da insignificância nos Tribunais Superiores: o argumento da maior reprovabilidade da conduta *versus* a inexpressiva ofensa ao bem jurídico e a desproporcionalidade da aplicação da pena

Conforme mencionamos no capítulo anterior, a reincidência é dividida em classificações doutrinárias, dentre estas, ressalta-se a reincidência simples e a múltipla. Reitera-se, portanto, que a reincidência simples condiz com a realização de um crime após condenação por delito anterior ter transitado em julgado. O multirreincidente é o indivíduo que possui mais de duas condenações, ou seja, há trânsito em julgado para mais de dois delitos anteriores ao então cometido.

Os juízos *a quo* recorrentemente proferem decisões no sentido de que há o agravamento da pena diante da reincidência, porém conferindo destaque à multirreincidência com maior reprovabilidade. Exemplo disso, o Tribunal de Justiça de Pernambuco no julgamento da Apelação nº 4995688 pela 2ª Câmara de Caruaru acerca do princípio da

⁴⁷ **STF**, 2ª Turma. HC 84.412/SP. Relator Ministro Celso de Mello, data de julgamento 19/10/2004, data de publicação no DJe 19/11/2004.

⁴⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **A confusa exegese do princípio da insignificância**. In: Temas relevantes de Direito Penal e Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 245.

insignificância dispõe que diante de um furto simples de uma peça de tecido a inexistência de reincidência do réu permite que seja aplicado o princípio.⁴⁹

O entendimento destacado é o que se impõe a diversos tribunais de primeira instância, por compreender que vir o sujeito a cometer novamente o ilícito torna maior o desvalor da conduta e, inclusive, eleva o grau de reprovabilidade do comportamento. Embora haja esta ótica jurisprudencial, os próprios Tribunais Superiores divergem quanto à valoração da conduta reincidente.

Começaremos a destacar algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, no tocante à insignificância para um réu reincidente.

O Supremo Tribunal Federal julgou, em 2017, o Habeas Corpus nº 137.422/SC no qual o relator ministro Ricardo Lewandowski solidificou a tese de que devia ser absolvido o paciente que realizou a tentativa de furtar de 12 barras de chocolate em um supermercado, avaliando-se em cinquenta e quatro reais e vinte e oito centavos. O ministro incitou, ainda, o questionamento de se realmente é relevante o suficiente a incidência da sanção penal *in casu*, explicitando de início ser evidente a aplicação do princípio da insignificância e a consequente atipicidade da conduta.

Em sentido oposto dos julgados que afastam a bagatela, acertadamente reforça que a presença dos requisitos consagrados para sua aplicação não constitui único critério para que seja aplicada. Dispôs, ainda, o ministro que a existência no rol de antecedentes criminais do sujeito ativo de delitos anteriores - contra a pessoa e o patrimônio - não impede que a insignificância da conduta seja reconhecida. Ao balancear a ofensa mínima ao bem jurídico e a inexistência de prejuízo, consigna-se entendimento de desproporcionalidade de incidir pena, determinando-se a atipicidade da conduta realizada. O Ministério Público Federal opinou pela insignificância, além dos argumentos acolhidos pelo ministro, em decorrência do valor das mercadorias somar-se em aproximadamente mais de 7% do salário mínimo vigente.

Quanto ao julgado em análise, a ação penal foi trancada com fulcro na insignificância, vejamos:

Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. PACIENTE DENUNCIADO PELO CRIME PREVISTO NO ART. 155, CAPUT, COMBINADO COM O ART. 14, II, AMBOS

⁴⁹ **TJ-PE**, 1ª Câmara Regional de Caruaru - 2ª Turma. Apelação 4995688 PE. Relator Évio Marques da Silva, data de julgamento 21/03/2019, data de publicação no DJe 26/03/2019.

DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REITERAÇÃO DELITIVA. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. I - O paciente foi denunciado pela prática do crime descrito no art. 155, § 4º, II, combinado com o art. 14, II, ambos do Código Penal, pela tentativa de subtrair 12 barras de chocolate de um supermercado, avaliadas num total de R\$ 54,28 (cinquenta e quatro reais e vinte e oito centavos). II - Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, a aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a ação atípica, exige a satisfação de certos requisitos de forma concomitante: a conduta minimamente ofensiva, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a lesão jurídica inexpressiva. III - **Assim, ainda que constem nos autos registros anteriores da prática de delitos, ante inexpressiva ofensa ao bem jurídico protegido e a desproporcionalidade da aplicação da lei penal ao caso concreto, deve ser reconhecida a atipicidade da conduta. Possibilidade da aplicação do princípio da insignificância. Precedente.** IV - Ordem concedida, para trancar a ação penal.⁵⁰

Caso relevante suscitado como semelhante nos autos do julgado mencionado compreende o Habeas Corpus nº 137.290/MG, do qual foi redator o ministro Dias Toffoli.⁵¹ Consiste a hipótese da subtração de dois desodorantes e cinco frascos de goma de mascar estimados em quarenta e dois reais, sendo encontrados na bolsa da ré pelo funcionário do supermercado. Em seu voto, o ministro Ricardo Lewandowski se opôs à aplicação da insignificância por considerar o elevado grau de reprovabilidade da conduta, em observância à reincidência. Contudo, o ministro Dias Toffoli reconheceu a atipicidade pela ineficácia absoluta do meio, mas também pelo princípio da insignificância, no que foi acompanhado pela Turma por maioria dos votos.

Em discordância com os entendimentos expostos, há, ainda, decisão do Supremo no Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 160.621/MS pela impossibilidade de aplicar a insignificância quando a reincidência ocorre também quanto aos crimes contra o patrimônio.⁵² Isto porque, em menção à decisão do ministro Barroso, acredita o ministro Alexandre de Moraes ser ampla a apreciação da tipicidade, “que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou

⁵⁰ STF, 2ª Turma. HC 137.422/SC. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, data de julgamento 28/03/2017, data de publicação no DJe 06/04/2017. Grifos meus.

⁵¹ STF, 2ª Turma. HC 137.290/MG. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, data de julgamento 07/02/2017, data de publicação no DJe 02/08/2017. Grifos meus.

⁵² STF, 1ª Turma. AgRg no RHC 160.621/MS. Relator Ministro Alexandre de Moraes, data de julgamento 15/03/2019, data de publicação no DJe 27/03/2019.

contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados”⁵³. O fundamento sobrelevado é no impedimento de condutas serem devidamente punidas, tendo em vista seu caráter ilícito, restando ao juiz casuisticamente fazer a dosimetria da pena.

Ainda em atenção à decisão elucidada, menciona-se que o princípio da insignificância não está atrelado exclusivamente à amplitude do resultado – o que é deveras controverso ao se julgar a mínima afronta ao bem jurídico tutelado. Diante da reiteração de condutas delituosas, defendeu-se que as repressões de conotação penal não bastaram para coibir a prática de novos crimes. Assim, a conduta estaria revestida de maior reprovação e periculosidade, impedindo a aplicação da insignificância. Cabe, então, referência ao julgado em tela:

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES TENTADO. ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. ANTECEDENTES CRIMINAIS, MULTIRREINCIDÊNCIA E REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA QUE AQUI IMPEDEM O RECONHECIMENTO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.⁵⁴

Tamanha a controvérsia acerca da conduta reincidente e a ínfima lesão do bem jurídico, remontando à divergência também no Superior Tribunal de Justiça, que paradoxalmente tem por função a garantia da uniformidade interpretativa.⁵⁵

A Corte no Recurso Especial nº 1.509.985/RJ de relatoria do ministro Nefi Cordeiro trouxe a compreensão da subtração de suplementos alimentares como ensejadora de grave ofensa ao bem jurídico tutelado, que se referia ao valor de setenta e sete reais.⁵⁶ Nestes termos, a atipicidade da conduta não foi reconhecida, sopesando-se o desvalor da ação com a lesão ao bem. Quanto à reincidência, salienta-se que é, nos termos do entendimento, entrave à mínima ofensividade.

O seguinte trecho do julgado em comento é bastante claro:

⁵³ **STF**, Tribunal Pleno. HC 123.533/SP. Relator Ministro Roberto Barroso, data de julgamento 03/08/2015, data de publicação no DJe 18/02/2016.

⁵⁴ **STF**, 1ª Turma. AgRg no RHC 160.621/MS. Relator Ministro Alexandre de Moraes, data de julgamento 15/03/2019, data de publicação no DJe 27/03/2019.

⁵⁵ **STJ**. Missão, visão e valores. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/porta/p/Institucional/Gestao-estrategica/Missao-visao-e-valores>>. Acesso em: 14 de outubro de 2019.

⁵⁶ **STJ**. Recurso Especial Nº 1.509.985/RJ. Relator Ministro Nefi Cordeiro, data de julgamento 02/05/2017, data de publicação no DJe 04/05/2017.

A jurisprudência desta Corte Superior tem afastado a aplicação do princípio da insignificância aos casos em que o agente é reincidente ou contumaz na prática delitiva, circunstância presentes no caso dos autos. Com efeito, conforme esclarece a sentença primeva, o ora recorrido é reincidente específico em crimes contra o patrimônio (fl. 102).⁵⁷

Conforme o entretecido na decisão, a restituição dos objetos furtados não tem o condão de fundamentar a aplicação da insignificância. Dessarte, o valor destes é comparado ao percentual do salário mínimo vigente, a fim de identificar a inexpressividade da conduta, porém a mera devolução para o Superior Tribunal de Justiça não é capaz de causar a atipicidade da conduta. O mesmo entendimento segue, por exemplo, o Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 319.529/SC, 6ª Turma, com relator o ministro Antônio Saldanha Palheiro, julgado em 02 de fevereiro de 2017.

É postulado nos julgados recentes da Corte que a insignificância não beneficia o sujeito que pratica reiteradamente condutas delituosas, impondo-se a tipicidade. Embora haja esta concepção, a jurisprudência em sentido contrário disciplina, por vezes, que em caráter excepcional pode o princípio ser aplicado, mas não se define ao menos o que seria o “recomendável” para o intérprete. Resta, portanto, um conceito extremamente aberto e passível de grandes discrepâncias ao ser utilizado pelo julgador. Reflete-se a referida compreensão na seguinte ementa:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO. REINCIDÊNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A jurisprudência desta Quinta Turma reconhece que **o princípio da insignificância não tem aplicabilidade em casos de reiteração da conduta delitiva, salvo, excepcionalmente, quando as instâncias ordinárias entenderem ser tal medida recomendável diante de circunstâncias concretas**, o que não ocorre no caso dos autos. 2. Não obstante o baixo valor dos bens furtados, o entendimento desta Corte se firmou no sentido de que o princípio da insignificância não tem aplicabilidade nos casos em que se verifica a reiterada prática da conduta delitiva, **salvo excepcionalmente, quando as instâncias ordinárias entenderem ser tal medida recomendável** diante das circunstâncias concretas, situação que não se apresenta na hipótese. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.⁵⁸

⁵⁷ Idem, Ibidem.

⁵⁸ **STJ**, 5ª Turma. AgRg no AREsp 1.355.667/MG. Relator Ministro Ribeiro Dantas, data de julgamento 18/10/2018, data de publicação no DJe 24/10/2018. Grifos meus.

O ministro Ribeiro Dantas na decisão se posicionou no sentido de considerar, além dos requisitos objetivos elencados pelo STF, um requisito subjetivo, qual seja a não habitualidade na prática de crimes. É contraditória, porém, a delimitação que o Superior Tribunal de Justiça faz acerca da reincidência e das condutas insignificantes, posto que casuisticamente ao julgador é incumbida a função de preceituar se o valor compreende o mínimo e, também, se a reincidência impossibilita a insignificância. Tal pressuposto é deveras frágil, pois há que se considerar a finalidade do instituto na Política Criminal, que é punir as condutas relevantes para o Direito Penal.

Há, ainda, dado externo à doutrina que deve ser considerado, que compreende a população carcerária, com sistema penal que está muito distante de ressocializar o sujeito. É frequente em noticiários e levantamentos estatísticos a informação acerca dos números de detentos que continuam cometendo crimes no interior do estabelecimento prisional ou até saem do sistema praticando condutas mais reprováveis que aquela que realizou quando ingresso. Dessarte, mais eficaz é que não reste em aberto a incidência do princípio da insignificância, visto que sua importância é para além de uma simples exclusão de atipicidade, trata-se da eliminação dos efeitos de uma “reação em cadeia” do crime.

Mesmo diante de recorrentes julgados pela não aplicação da insignificância, o próprio STJ contrastou sua jurisprudência, entendendo que o referido princípio é aplicável se o bem ofendido for de pequeno valor. Vejamos, portanto, trecho de importante compreensão expressa na ementa do Recurso Especial nº 1.728.157/RS:

RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE FURTO SIMPLES. REINCIDÊNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. EXCEPCIONALIDADE ADMITIDA. VALOR IRRISÓRIO DO BEM. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. (...) 5. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EAREsp n. 221.999/RS (Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 11/11/2015, DJe 10/12/2015), **estabeleceu a tese de que "a reiteração criminosa inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável"**. 6. **Há situações excepcionais já reconhecidas no âmbito desta Corte em que se recomenda a aplicação do Princípio da Insignificância, a despeito da reincidência do réu:** (AgRg no REsp 1415978/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 02/02/2016, DJe 15/02/2016 e AgRg no AREsp 633.190/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 14/4/2015, DJe 23/4/2015). 7. **Caso em que se verifica se tratar de situação que atrai a**

incidência excepcional do Princípio da Insignificância, ainda em se tratando de réu reincidente, tendo em vista as circunstâncias em que o delito ocorreu (tentativa de furto simples), o valor reduzido da res furtiva e a natureza do bem subtraído - 01 (uma) chave de motocicleta. 8. Recurso desprovido.⁵⁹

Ademais, mencionou-se na referida decisão que a aplicação do princípio da insignificância requer a análise dos requisitos objetivos e subjetivos, quais sejam estes o pequeno valor do bem e as circunstâncias favoráveis quanto à conduta delituosa, bem como seus efeitos sociais e jurídicos.

O ministro relator Jorge Mussi, em seu voto, dispôs que o crime de bagatela consiste na interferência penal apenas diante de gravidade da lesão ao bem jurídico no plano econômico e social, caso esta não se configure, há atipicidade material. Restou elencado que a hipótese permite excepcionalmente a aplicação do princípio da insignificância, porém observemos que em momento algum o ministro demonstra o que, para sua compreensão, seria o recomendado nas circunstâncias. Limitou-se apenas a colacionar julgados perfilhados com o norte de suas argumentações, havendo a mesma situação em diversos julgados (não apenas nos Tribunais Superiores, mas também nos juízos de primeira instância).

Seguindo o previamente destacado, outras decisões recentes incorrem na mesma argumentação, rompendo com a perspectiva que antes aparentava ser uníssona no STJ. Destarte, o Agravo de Instrumento no Recurso Especial 1.799.049/SP, julgado pelo ministro Reynaldo Soares da Fonseca, remonta à insignificância como aplicável ao réu reincidente, observando critérios distintos. A análise traduz a observância do valor pequeno do bem, das circunstâncias do delito e da natureza da *res furtiva*. A ausência de parâmetros para identificar a incidência da compreensão se reflete quando o relator argumentou:

Ora, no caso em análise, denota-se a inexpressividade da lesão jurídica provocada, uma vez que, além da reduzida expressividade do valor do bem subtraído (1 pasta de plástico contendo documentos pessoais), não houve prejuízo à vítima, uma vez que o furto foi tentado, conjuntura que admite a aplicação do princípio da insignificância.⁶⁰

Acerca da reincidência específica, o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Habeas Corpus nº 467.030/SP proferido pelo ministro Rogério Schietti firmou que esta

⁵⁹ STJ, 5ª Turma. REsp 1.728.157/RS. Relator Ministro Jorge Mussi, data de julgamento 23/08/2018, data de publicação no DJe 31/08/2018. Grifos meus.

⁶⁰ STJ, 5ª Turma. AgInt no REsp 1.799.049/SP. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, data de julgamento 23/04/2019, data de publicação no DJe 10/05/2019.

constitui entrave à caracterização da mínima ofensividade.⁶¹ Reconhecida a atipicidade da conduta em diversos julgados do referido ministro, há peculiaridade na referida interpretação casuística, posto que existem inquéritos e ações penais em curso. Assim, para o relator, obstaculizam a aplicação do princípio da insignificância para o furto, apenas não sendo aceita esta tese se o delito registrado nos antecedentes do sujeito não violar o patrimônio, ou seja, não for específico em crime de mesma natureza.

Cabe mencionar que o ministro Celso de Mello julgou o Habeas Corpus nº 155.920/MG, no qual elucidou que a reincidência por si só não compreende argumento suficiente para impedir que seja aplicado o princípio da insignificância.⁶² O relator disciplinou que o Supremo possui entendimento frequentemente relacionado à descaracterização da tipicidade, em virtude da subsidiariedade do Direito Penal. Relevante perspectiva entretecida é a ausência de violência na realização do furto de duas peças de queijo, que custavam em torno de quarenta reais.

A argumentação do ministro é evidente ao aplicar a insignificância:

Com efeito, a colenda **Segunda Turma** desta Suprema Corte, **ao julgar casos assemelhados** ao que ora se examina, **veio a acolher** o pedido de “*habeas corpus*” **em decisões** consubstanciadas em acórdãos assim ementados (**HC 110.004/RS**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **HC 115.576/SP**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **HC 136.896/MS**, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, v.g.) (...) **No caso**, o reduzidíssimo valor das “*res furtivae*” (R\$ 40,00 !!!) **e** as circunstâncias concretas em que **se deu a subtração patrimonial**, **meramente tentada**, **com a restituição** dos objetos (*duas peças de queijo !!!*) **subtraídos à vítima** (*uma sociedade empresária*), **justificam**, **não obstante a condição de reincidência, o reconhecimento do fato insignificante.**⁶³

O entendimento jurisprudencial ressaltado, conforme o ministro Celso de Mello, é recorrente nas decisões do Supremo, o que nos leva a insegurança jurídica diante de aplicações díspares do princípio da insignificância perante o Superior Tribunal de Justiça. Isto não se retrata apenas pelo valor que é atribuído ao bem pelo julgador, mas por se estar em discussão a liberdade de um indivíduo por discricionariedade na interpretação. A Quinta

⁶¹ **STJ**, 6ª Turma. HC 467030/SP. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, data de julgamento 11/12/2018, data de publicação no DJe 04/02/2019.

⁶² **STF**, 2ª Turma. HC 155920/MG. Relator Ministro Celso de Mello, data de julgamento 27/04/2018, data de publicação no DJe 03/05/2018.

⁶³ Idem, Ibidem.

Turma do STJ diverge da jurisprudência do STF anteriormente exposta, obstando a insignificância penal para reincidentes.⁶⁴

Em última instância, resta evidente que a jurisprudência está distante de encontrar convergência, pois, se não há entre os próprios Tribunais Superiores critérios que identifiquem a conduta insignificante para reincidentes, sempre entendimentos serão diametralmente opostos. Restam divergentes, também, as interpretações dos tribunais em casos similares, prejudicando os réus em contrariedade à verdadeira finalidade do Direito Penal. Para Lenio Streck, o contexto das decisões judiciais em tela deve ser criticado em virtude de tornar a discricionariedade os julgadores em legisladores, bem como diante das consequências por serem utilizados conceitos demasiadamente subjetivos.⁶⁵

3.2 A MULTIRREINCIDÊNCIA E A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA: ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS

Aspecto controvertido na jurisprudência dos Tribunais Superiores é a compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, o que remonta a percepções distintas acerca do tema. Parte dos julgadores compreende que não é possível realizar tal compensação, posto que a reincidência deve se sobrepor à confissão espontânea, em interpretação literal do artigo 67 do Código Penal.

Compreensão distinta, porém, é a de outra vertente, que preceitua a preponderância da reincidência e da confissão. Isto em virtude do texto normativo dispor sobre a reincidência; mas ganha evidência a confissão espontânea também por estar relacionada à personalidade do sujeito que realizou a conduta. Cabe salientar que esta é a tese adotada pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.154.752/RS.⁶⁶

A compensação é mantida na atual jurisprudência ressoada, neste íterim, vejamos julgado neste sentido proferido pelo STJ:

⁶⁴ **STJ**, 5ª Turma. AgRg no AREsp 1.376.338/MG. Relator Ministro Felix Fischer, data de julgamento 06/11/2018, data de publicação no DJe 12/11/2018.

⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. P. 95-96.

⁶⁶ **STJ**, 3ª Seção. EREsp 1.154.752/RS. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, data de julgamento 23/05/2012, data de publicação no DJe 04/09/2012.

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO IMPRÓPRIO E FURTO NA FORMA TENTADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REITERAÇÃO DELITIVA. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO, APENAS EM PARTE. (...) 3. **A jurisprudência desta Corte admite a compensação da circunstância atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, mesmo que esta última seja específica.** 4. Habeas corpus não conhecido. Contudo, concedida a ordem, de ofício, apenas para determinar a compensação da reincidência com a confissão.⁶⁷

O Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus nº 105.543/MS elaborou concepção de que a reincidência supera a confissão espontânea, o que torna inconcebível a compensação.⁶⁸ Contudo, o entendimento jurisprudencial para a multirreincidência é distinto.

Nos termos do entretecido, o ministro Felix Fischer ao decidir o Habeas Corpus nº 471.436/PE preceitua ser cabível a compensação parcial ao multirreincidente, estabelecendo:

Inicialmente, verifica-se nas transcrições acima que o paciente ostenta **duas** condenações configuradoras de reincidência que, inclusive, uma é específica. Com efeito, a jurisprudência desta Corte atua no sentido de compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão, não havendo que se falar em preponderância da primeira.⁶⁹

Observa-se, a partir da análise dos julgados mencionados, que o Superior Tribunal de Justiça em diversos aspectos atribui maior reprovabilidade à conduta do reincidente, elevando o grau de desaprovação ao se tratar de multirreincidência. Neste íterim, é prevalente a concepção de que condenações pretéritas têm o condão de prejudicar o réu, entendimento tal que parece acertado, pois o multirreincidente deve ter sua condição analisada, não sendo beneficiado em equiparação ao reincidente simples.

⁶⁷ **STJ**, 5ª Turma. HC 492258/SP. Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, data de julgamento 09/04/2019, data de publicação no DJe 22/04/2019.

⁶⁸ **STF**, 1ª Turma. HC 105.543/MS. Relator Ministro Roberto Barroso, data de julgamento em 29/04/2014, data de publicação no DJe 27/05/2014.

⁶⁹ **STJ**, 5ª Turma. HC 471.436/PE. Relator Ministro Felix Fischer, data de julgamento 26/09/2018, data de publicação no DJe 28/09/2018.

4. A CRISE DA SEGURANÇA JURÍDICA COMO REFLEXO DOS CRITÉRIOS SELECIONADOS PARA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS REINIDENTES: DECISÕES DISTINTAS PARA CASOS SEMELHANTES

4.1 A IMPREVISIBILIDADE DAS DECISÕES EXIGE UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA?

O Supremo Tribunal Federal proferiu entendimentos acerca da aplicação do princípio da insignificância, mas entendeu, ainda, que não deve ser estabelecida tese fixa. Os critérios utilizados pela Corte Suprema e pelo Superior Tribunal de Justiça são selecionados pelos ministros, conforme vimos, em decisões isoladas. Ora o anseio é pela atipicidade, ora pela punição do agente. Isto encontra reflexo nos tribunais, nos quais os requisitos sequer são aplicados uniformemente em casos semelhantes, sendo alguns critérios como não determinantes.

Luiz Regis Prado critica a instabilidade jurídica ocasionada pela própria concepção da insignificância, dispondo que:

“O que é, afinal, *insignificante*? Trata-se de um **conceito extremamente fluido e de incontestável amplitude**. Daí porque **sua aplicação costuma vulnerar a segurança jurídica**, peça angular do Estado de Direito. É ele, como bem se destaca, ‘incompatível com as exigências da segurança jurídica. **A delimitação dos casos de bagatela ficaria confiada à doutrina e à jurisprudência, sendo o limite sempre discutível**’⁷⁰. (...) a restrição típica decorrente da aplicação do princípio da insignificância **não deve operar com total falta de critérios, ou derivar de interpretação meramente subjetiva do julgador, mas ao contrário há de ser resultado de uma análise acurada do caso em exame, com o emprego de um ou mais vetores** – v. g., valoração sócio-econômica média existente em determinada sociedade – tidos como necessários à determinação do conteúdo da insignificância. Isso do modo mais coerente e equitativo possível, com intuito de afastar eventual lesão ao princípio da segurança jurídica.”⁷¹

A partir da compreensão doutrinária destacada, depreende-se que a aplicação do princípio da insignificância pode não ser favorável à segurança jurídica, visto que confere elevado grau de controle do julgador sobre o disciplinamento do bem jurídico tutelado. Esta

⁷⁰ CEREZO MIR, José. Curso de Derecho Penal español. Parte General. Madrid: Tecnos, 1998, II. P. 99. *Apud*. PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral – Arts. 1º a 120, Volume 1**. 11ª edição. São Paulo: RT, 2007. P. 183.

⁷¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral – Arts. 1º a 120, Volume 1**. 11ª edição. São Paulo: RT, 2007. P. 183-184. Grifos meus.

advertência mostra-se bastante pertinente, pois a ausência de referência aos critérios na legislação proporciona margem de liberdade para que as convicções subjetivas preponderem nas decisões, o que pode não representar a sociedade e seus anseios pela justiça de forma igualitária.⁷² É preocupante que apenas a doutrina e a jurisprudência tratem de tão importante princípio, levando-se em consideração o seu caráter de mutabilidade constante e a inexistência de padrão decisório para os julgadores nacionais, atualmente cada magistrado pode julgar ao seu bel prazer para além dos requisitos básicos estabelecidos.

Ao falarmos da crise da segurança jurídica provocada pela disparidade nos posicionamentos jurisprudenciais, torna-se inevitável mencionar a real importância deste princípio. Gilmar Mendes explicita que “a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material”⁷³. Os ideais de segurança remetem à acepção de que a lei garante direitos aos indivíduos, os quais são atribuídos àqueles que se enquadrarem nos termos contidos na norma.

Embora o sistema jurídico consagre o princípio da segurança no plano constitucional, hodiernamente, sua violação decorre da interpretação dos julgadores em determinadas decisões que proferem. A dimensão da garantia dos direitos de forma igualitária resta enfraquecida frente à atuação jurisprudencial, sobrepondo-se os critérios subjetivos.

Nos ditames apregoados pelo Código de Processo Penal⁷⁴, o juiz possui liberdade de convencimento motivado ao analisar as provas apresentadas em contraditório, o que não significa sua utilização de forma indiscriminada. Há, também, na referida legislação, a indicação dos elementos que compõem a sentença, entre os quais “a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”⁷⁵. Isto posto suscitado nos remete à noção de que o magistrado deve adequar a previsão do texto normativo aos elementos fáticos, inclusive utilizando, quando julgar cabível, princípios.

⁷² BECCARIA, Cesare. *Apud*. PERISSOLLI, Diogo de Oliveira. **Análise detalhada do princípio da insignificância**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16481&revista_caderno=3> Acesso em: 01 de junho de 2019.

⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 533.

⁷⁴ **BRASIL**. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.”

⁷⁵ *Idem*. “Art. 381. A sentença conterá: (...)

III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão.” Grifos meus.

A imprevisibilidade nas decisões judiciais no Brasil é fator visível nos tribunais, restando evidente diante de simples consulta processual, o que remonta à instabilidade ocasionada por decisões contraditórias entre si. Desta feita, a ausência de critérios suficientes a delimitar as decisões dos magistrados propicia a insegurança jurídica, carência esta que constitui grande entrave para a concretização da boa administração da justiça.⁷⁶ Dessarte, o contexto enfatizado indica que questões jurídicas de mesmo caráter e decisões diferentes findam por apresentar um Poder Judiciário fragilizado; isto é ainda mais preocupante quando os próprios Tribunais Superiores divergem entre si a esse respeito.

A segurança jurídica está atrelada a meios que permitam sua efetividade, nos quais se insere a jurisprudência, remontando à aplicação do direito de forma coerente e concretizadora de soluções para os casos. Conforme esta concepção, o magistrado Mauro Nicolau Júnior disciplina que: “a segurança jurídica é o mínimo de previsibilidade necessária que o Estado de Direito deve oferecer a todo cidadão, a respeito de quais são as normas de convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes”⁷⁷.

Face à situação exposta, a discussão acerca da tutela do bem jurídico no Direito Penal encontra dificuldades no que tange ao princípio da insignificância, pois se reflete na fragilidade da segurança jurídica. Lenio Streck faz menção a problemas hermenêuticos na aplicação do referido princípio tomando como referencial os entendimentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, despontando em arbitrariedades e contraditoriedades.⁷⁸ De forma concisa, o autor se posiciona pela ausência de interpretação constitucional no texto normativo penal, culminando em prejudicialidades aos sujeitos afetados pelas decisões. Ademais, na perspectiva dos crimes patrimoniais, o bem jurídico torna-se centro de controvérsias, posto que não há critério de igualdade para incidência da insignificância, sequer se pode considerar sua ocorrência de forma universal.

A inexistência de um conceito inerente ao princípio da insignificância no plano do ordenamento jurídico corrobora com a insegurança jurídica, ocasionando disparidade na jurisprudência. Ora, sequer foram estabelecidos parâmetros específicos para indicar qual bem

⁷⁶ DELGADO, José Augusto. **A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/74120>>. Acesso em: 02 de junho de 2019.

⁷⁷ NICOLAU JÚNIOR, Mauro. **Segurança Jurídica e certeza do direito: realidade ou utopia num Estado Democrático de Direito?** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=677>. Acesso em: 02 de junho de 2019.

⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. Direito penal do fato ou do autor? A insignificância e a reincidência. **Revista Consultor Jurídico**, 9 de outubro de 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-out-09/senso-incomum-direito-penal-fato-ou-autor-insignificancia-reincidencia>>. Acesso em: 02 de junho de 2019.

jurídico é ou não significativo ao âmbito penal, atribuindo aos intérpretes a difícil função de determinar a tutela dos bens. A uniformização jurisprudencial é deveras imprescindível, pois não seria justo punir de forma distinta pessoas que se enquadram em situações semelhantes, tanto na esfera jurídica, como na fática. Além disso, julgar com equidade é interesse social, sendo a sociedade alvo das decisões, mas também é interesse do Poder Judiciário julgar adequadamente cumprindo sua função.

A finalidade de disciplinar especificamente o princípio da insignificância, no aspecto de quais bens atingirá ou não, reproduz o ideário de estabilidade nas decisões judiciais que é perseguido nos mais variados ramos do Direito. O caso concreto, portanto, deve ser julgado com coerência e sem convicções pessoais do magistrado, limitando-se ao que prevê a lei com relação aos princípios fundamentais.⁷⁹ Ademais, proferindo os Tribunais Superiores entendimentos divergentes, resta ao julgadores do juízo *a quo* escolher a interpretação jurisprudencial que lhe é mais conveniente, o que é arbitrariedade.

Há outra particularidade a ser mencionada, trata-se do princípio da separação de poderes, nesta perspectiva, o Poder Judiciário não tem atribuição de legislar, salvo em se tratando de regimentos internos. Logo, é cediço que deve julgar para dirimir conflitos e não adentrar no âmbito do Poder Legislativo, como no caso da ausência de determinação do princípio da insignificância com seus respectivos pormenores na legislação. As competências devem ser respeitadas, não invocando função diversa a título de livre convencimento e discricionariedade.

Neste sentir, embora não seja correto, é comum na jurisprudência brasileira a concentração de poder no Judiciário, que se reflete especialmente na ausência de disciplinamento no texto legal. Em consonância com a concepção entretecida, o doutrinador Inocêncio Mártires Coelho elucida que:

“Afim de contas, uma coisa é atribuírem-se, criativamente, significados ou sentidos às regras de direito, e outra, bem distinta, é desconstruí-las, mas, ainda assim, dizer que isso ainda é *interpretação*. Em perspectiva jurídico-política, ademais, essa mesma criatividade constituiria ofensa ao princípio da separação dos poderes, segundo o qual, no Estado de Direito, a *criação* da lei, ou de normas com força de lei — como expressão da vontade geral —, é atividade própria dos órgãos de representação política, a tanto legitimados em eleições livres e periódicas. Aos

⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. P. 135.

demais poderes, Executivo e Judiciário, respectivamente, mas sempre *sub lege*, caberia gerir a coisa pública e resolver as contendas entre os cidadãos ou entre estes e o Estado.”⁸⁰

Salienta-se que definir o direito não é papel do intérprete, nem do Tribunal, porém aplicá-lo é sua atribuição. Ainda que a eficácia de uma decisão não aproveite a outra, não significa que as soluções atribuídas a lides semelhantes sejam incoerentes entre si. Nos termos da concepção exposta, no Direito Processual Civil busca-se a uniformidade jurisprudencial, o que concerne à teoria dos precedentes judiciais. De modo diverso, o Direito Processual Penal abrange uma série de casos divergentes de interpretação legal pelos tribunais, não limitando parâmetros precisos para nortear a atuação estatal.

A igualdade de tratamento é consagrada na Constituição Federal⁸¹, portanto, os julgadores devem resolver casos semelhantes a partir dos mesmos critérios; não faria sentido estabelecer soluções distintas para situações análogas ou até iguais em decorrência do princípio da igualdade. Aliando este princípio à segurança jurídica, depreende-se que os indivíduos precisam conhecer os limites nos quais podem atuar, assim como saber eventuais consequências quando os ultrapassarem.

O princípio da legalidade remonta ao brocardo “*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*”⁸², estabelecendo que as leis devem tipificar as condutas delitivas e sanções para que posteriormente as ações do sujeito sejam a elas enquadradas. No entanto, definir critérios não constantes na legislação não suscita o livre convencimento nas decisões judiciais, como na hipótese dos critérios de incidência dos delitos de bagatela, gerando insegurança jurídica. Não apenas nesta ótica, mas considerando também que os tribunais julgam isoladamente sem estar atrelados a decisões proferidas em momento anterior, remonta-se à falta de segurança. Há que se falar, ainda, na necessidade de interpretação uniforme, visando atribuir coerência às decisões como um todo. Dessarte, o Estado Democrático de Direito teria condições de ter seus ideais básicos assegurados.

No que concerne ao contexto traçado na jurisprudência, algumas condições não estão pacificadas, divergindo entre o Supremo e o STJ. A determinação de critérios é comum para a compreensão jurisprudencial, que, no geral, reflete o posicionamento do STF para os

⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 114.

⁸¹ Idem, Ibidem. P. 179.

⁸² BRASIL. Constituição Federal de 1988. “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Artigo 5º, XXXIX.

requisitos básicos de configuração do princípio da insignificância. Contudo, a reincidência é um dos critérios delineados nos Tribunais Superiores e, como já dispusemos, demonstra a fragilidade das decisões proferidas. A valoração da conduta ocorre em perfilhamento a fundamentos subjetivos, o que não constitui em si entrave ao mecanismo da formação de convicções, porém há limites para que estes sejam exercidos sem que violem as prerrogativas que lhe são inerentes.

O Supremo em decisão do Plenário proferiu entendimento acerca da não fixação de tese sobre a incidência do princípio da insignificância, preceituando sua análise pelo julgador. Neste ínterim, considera-se a reincidência como elemento para a análise casuística, o que é controverso porque, ao determinar que ela não constitui elemento determinante, o próprio STF se contradiz. Em diversos julgados, o fator reincidência foi adotado tanto como entrave à insignificância, quanto como de menor importância ante a desproporcionalidade da pena e a ínfima ofensividade. Cabe salientar, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça elenca critérios diferentes dentro da própria Corte, o que é no mínimo paradoxal.

A incoerência nas decisões produz efeitos que perpassam o alcance jurídico, atingindo a visão social acerca do Poder Judiciário. Isto decorre da imprevisibilidade dos posicionamentos, que representam vontades de julgadores prevalentes ao que a lei dispõe ou até mesmo legislando na ausência de norma disciplinadora. Dessarte, é necessário equilibrar as interpretações para que seja atingida a melhor solução *in casu*, tornando as decisões adequadas ao contexto. A partir desta compreensão, a valoração da conduta praticada amoldar-se-á não somente ao arbítrio do magistrado, mas observará os preceitos do Direito Penal e as decisões semelhantes para situações idênticas.

Sob a ótica do entretecido, há que se observar a prejudicialidade da vagueza de conceitos amplamente utilizados nas decisões, os quais têm sido fator determinante para os julgadores decidirem acerca da aplicação do princípio da insignificância para reincidentes. Corroborando com a referida compreensão a análise dos posicionamentos subjetivos nas decisões judiciais realizada por Lenio Streck, dispondo que:

Assim, afirmar que os textos jurídicos contêm vaguezas e ambiguidades e que os princípios podem ser – e na maior parte das vezes são – mais “abertos” em termos de possibilidades de significado, *não constitui novidade*, uma vez que até mesmo os setores mais atrasados da dogmática jurídica já se aperceberam desse fenômeno.

O que deve ser entendido é que a realização/concretização desses textos (isto é, a sua transformação em normas) não depende – e não pode depender – de uma

subjetividade assujeitadora (esquema S-O), como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete. Ora, fosse isso verdadeiro, teríamos que dar razão a Kelsen, para quem a *interpretação a ser feita pelos juízes é um ato de vontade*. Isso para dizer o mínimo!⁸³

Streck entende que não deve haver a submissão das interpretações ao que denomina “vontade do intérprete”, o que é acertado, pois a decisão justa é aquela que visa a fundamentação jurídica suficiente. Fato que é mais preocupante no Direito Penal, que lida com a liberdade de indivíduos. Aliás, conforme o doutrinador, “o direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja. Portanto, o direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é.”⁸⁴

É cediço que a legislação vigente não abrange todos os institutos necessários ao convívio social, como de forma evidente é o caso do princípio da insignificância. Contudo, sua importância é consagrada na jurisprudência e encontra amparo na doutrina. Ocorre que não se confronta sua razão de ser e, sim, os critérios de sua aplicação, os quais são desarmônicos entre os tribunais. Ademais, a criação da argumentação mais favorável em decisões semelhantes extrapola a liberdade na seara judicial, que, em verdade, trata-se de possibilidade de interpretar as noções do direito ao caso concreto. Ora, não se critica a interpretação, nem se lhe proíbe, mas se coíbe a discricionariedade dos magistrados.

Conforme a percepção em tela, decisões carregadas de subjetivismo particularizam casos similares, incorrendo-se em insegurança jurídica. No âmbito penal, há desigualdade da aplicação de interpretações normativas que atingem a liberdade individual, não atribuindo restrições ao poder estatal. Tal problemática confronta a finalidade do Direito que é de regular idoneamente a vida social, sem que os jurisdicionados retem imersos num sistema de incertezas, o que não se espera de um Estado Democrático.⁸⁵

É imprescindível elucidar que uniformizar entendimentos jurisprudenciais não significa engessar a compreensão do Judiciário a respeito de determinados temas, mas representa conferir-lhes sentido conforme a segurança jurídica e o princípio da isonomia. A

⁸³ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. P. 95.

⁸⁴ Idem, Ibidem. P. 25.

⁸⁵ NERI, Bianca Garcia; LIMA, Barbara Gaeta Dornellas de. A força dos precedentes judiciais no processo penal: uma busca pela igualdade e segurança jurídica. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**, Brasília, v. 2, n. 1, Jan/Jun.2016. P. 641.

partir disto, denota-se a importância do sistema de precedentes judiciais para que o sistema jurídico esteja coeso.

No que concerne à sistemática da jurisprudência brasileira, observa-se que, especialmente no Supremo Tribunal Federal, há recorrentes menções a julgados acerca do tema. Tomando isto por base, pode-se recorrer aos precedentes judiciais para seguir a fundamentação atinente aos casos semelhantes, desde que as perspectivas indiquem a mesma situação fática. Não cabe, portanto, estabelecimento de critérios de decisão distintos tanto nos Tribunais Superiores, quanto em instâncias distintas.

Diante do exposto, compreende-se que:

“Tendo em vista que o processo penal também padece de falta de uniformidade e coerência nas decisões judiciais, cabe adotar o sistema dos precedentes, utilizando-se de forma analógica os dispositivos do novo CPC que regulam a matéria. Trata-se de verdadeira analogia *in bonam partem*, visto que confere tratamento igualitário e consequente segurança jurídica ao jurisdicionado. (...) Além disso, a regra dos precedentes prevista no CPC/2015 não esvazia o livre convencimento motivado do juiz previsto no artigo 155 do CPP, tendo em vista que o respeito aos precedentes está no campo da interpretação da lei, que visa uniformizar o entendimento, não interferindo na forma de apreciação das provas pelo magistrado.”⁸⁶

Nos termos do entretecido, é evidente a ausência de obstáculos para que sejam inseridos os precedentes no Processo Penal, posto que não existe disposição expressa de lei pela sua proibição, sequer constitui afronta à atuação judicial. Isto porque o julgador não perde sua capacidade de interpretar o caso, adequando-o ao mais correto, porém o faz em conformidade com entendimentos proferidos anteriormente. Dessarte, propiciando segurança jurídica ao jurisdicionado, que resta apto a prever as consequências de suas ações, sem ser surpreendido com constrangimento de sua liberdade por elevado grau de arbítrio do magistrado.

⁸⁶ Idem, Ibidem. P. 646-647.

CONCLUSÃO

A determinação de critérios particularizados para a aplicação do princípio da insignificância, em análise apressada, reveste-se de conotação positiva, porém a orientação das concepções jurisprudenciais demonstra não ser esta a compreensão acertada. O entendimento do Supremo não fixou parâmetros para nortear as decisões judiciais, havendo em suas próprias compreensões contraditoriedades. No tocante à reincidência, há tese no sentido de que esta não configura entrave à aplicação da insignificância, desde que em conformidade com as circunstâncias do caso concreto. Ademais, existe entendimento diametralmente oposto pela impossibilidade diante de suposta conduta mais reprovável.

Reflete-se o exposto também na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que, conforme dispusemos, confronta a si mesma. Não se limitando a isto, está em oposição ao Supremo Tribunal Federal. Caso os efeitos se limitassem à mera distinção de interpretação entre ambos, não haveria graves problemas, porém ao julgar o cabimento ou não da insignificância está o magistrado decidindo a liberdade do indivíduo. Dessarte, o simples argumento invocado por alguns ministros de que a vida social transmuta-se em descompasso com as teses firmadas não é suficiente para não haver orientação jurisprudencial destinada a casos semelhantes, o que reafirmaria o princípio da isonomia.

Embora o Direito Penal não lide com fórmulas prontas em decisões, estabelecer um liame de compreensões não impede que o julgador exerça a liberdade de convicções que lhe é inerente. Por conseguinte, seria apenas reafirmada a tese com os precedentes perfilhados à situação fática idêntica, sem quaisquer prejuízos a distinções com a situação casuística. Além disso, o Direito Penal estaria, portanto, cumprindo sua função de punir fatos, tratando da reincidência não na perspectiva excessivamente subjetivista.

Quanto à reincidência, após minuciosa análise sobre o tema, coadunamo-nos com a tese de que, a depender de se tratar de reincidência simples ou multirreincidência, o princípio da insignificância é cabível. Entendendo, ainda, que não constitui incompatibilidade o benefício quando caracterizados os requisitos básicos estabelecidos pela jurisprudência do Supremo. O que, compreendamos, impediria o reconhecimento da atipicidade é a reincidência específica, pois a insignificância tem como um de seus requisitos a mínima reprovabilidade da conduta, afrontada pela costumeira reiteração.

Não atribuir o benefício da insignificância ao reincidente, em alguns casos, pode confrontar a verdadeira finalidade do Direito Penal, constituindo até afronta à individualização da pena. Neste ínterim, compreendemos que não é incompatível o instituto da reincidência com o princípio da insignificância, a valoração depende da situação.

Em síntese, o que dificulta tecer entendimentos são os critérios avaliados pelos ministros, julgando com base em fatores que eles mesmos (quando lhe convêm) afirmam não serem determinantes. É acertada a concepção de Lenio Streck ao disciplinar que a razão humana reduz os conceitos à disposição do intérprete. Em consonância com esta noção, dispõe: “na verdade, o ‘drama’ da discricionariedade que critico reside no fato de que esta **transforma os juízes em legisladores**. (...) Consequências disso? Inúmeras”.⁸⁷

A ausência de uniformidade nos julgamentos das Cortes Superiores enseja a necessidade de delimitar critérios para que sejam aplicados também aos juízos *a quo*, identificando os argumentos recorrentes nas compreensões dos julgadores e robustos a ponto de explicitarem de forma coerente o âmbito penal. Reforça-se, assim, a noção de que os precedentes podem fortalecer as decisões dos magistrados, em um contexto de ausência de disposição normativa – o que não impede que no futuro seja positivado conceito tão importante como o princípio da insignificância.

Reitera-se que a seara criminal não existe para punir em excesso ou de maneira descomedida, mas para conferir os direitos e garantias referentes às liberdades do indivíduo, sendo estas asseguradas quando são minimizadas as decisões discricionárias pelos julgadores. Sob a égide desta acepção, as decisões não deverão ser ao bel prazer dos intérpretes e, sim, fundamentadas em aspectos consolidados (diferentemente do que se percebe em diversos julgados, que apenas dizem “aplique-se ou não” a insignificância colacionando julgados semelhantes).

A partir da compreensão delimitada no presente trabalho, depreende-se que a reincidência não deve impedir que condutas sejam consideradas atípicas em virtude da insignificância. Contudo, ao afirmar isto, deve-se conceber se o réu é reincidente simples ou se possui múltiplas condenações, posto que se coaduna nesta perspectiva com o requisito da mínima reprovabilidade da conduta. Não há que se falar em *bis in idem* por ser considerado

⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. P. 95-96.

este critério subjetivo, desconsiderá-lo seria afrontar a finalidade de existência do princípio da insignificância.

Sob a ótica do entretecido, a reincidência específica não deve obedecer ao entendimento exposto ao se falar na multirreincidência em determinados casos, observando a excepcionalidade da conduta em proporção à pena a ser imposta. Para além deste âmbito, reitera-se que o julgador é livre para fundamentar suas decisões, o que não significa valorar a conduta do réu com base exclusivamente em suas convicções subjetivas ou escolhendo em qual caso, dentre os semelhantes, vai incidir o benefício da insignificância.

Em última instância, é imprescindível ressaltar a afronta à segurança jurídica, que resta fragilizada por discrepâncias nos entendimentos, o que apenas evidencia a missão não concluída dos Tribunais Superiores de proferir entendimentos justos. Assim, os parâmetros a serem observados para réus reincidentes devem ser uniformizados relativamente ao princípio da insignificância, atendendo os pressupostos consagrados no texto constitucional.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. *Apud*. PERISSOLLI, Diogo de Oliveira. **Análise detalhada do princípio da insignificância**. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16481&revista_caderno=3.

BISSOLI FILHO, Francisco. **O estigma da criminalização no sistema penal brasileiro: dos antecedentes a reincidência criminal**. Dissertação (mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997, p. 86-87. Disponível em: <http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/77220>.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral, volume 1**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **A confusa exegese do princípio da insignificância**. In: Temas relevantes de Direito Penal e Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 245.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. P. 9-10.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 08 de outubro de 2019.

_____. Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

_____. Código Penal. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 11 de outubro de 2019.

_____. Lei das Contravenções Penais. Decreto-Lei 3.688, de 03 de outubro de 1941. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688. Acesso em: 11 de outubro de 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral, Volume 1**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

CEREZO MIR, José. Curso de Derecho Penal español. Parte General. Madrid: Tecnos, 1998, II. P. 99. *Apud*. PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral – Arts. 1º a 120, Volume 1**. 11ª edição. São Paulo: RT, 2007.

CONDE, Muñoz. *Apud* LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no Direito Penal: Análise à luz das leis 9.099/95 (Juizado Especiais Criminais), 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) e da jurisprudência atual**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral (arts. 1º ao 120)**. 4ª edição. Salvador: JusPodivm, 2016.

DELGADO, José Augusto. **A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/74120>>.

FERREIRA, Aline Albuquerque. A aplicação do princípio da insignificância nos crimes contra o patrimônio do Código Penal Brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3263, 7 jun.2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21947>>.

FRANÇA, Gisela. **Bem jurídico-penal e Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <<http://www.revistadireito.uerj.br/artigos/BEMJURIDICOPENALEESTADODEMOCRATICOEDIREITO.pdf>>.

GALLI, Marcelo. **Reincidência não impede a aplicação do princípio da insignificância**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-10/reincidencia-nao-impede-aplicacao-principio-insignificancia>>.

GOMES, Luiz Flávio. **Norma e Bem Jurídico no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 69.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal: Parte Geral, Volume 2**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. P. 739

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial, Volume II**. 11ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. P. 43.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Geral, volume 1**. 32ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

KONCIKOSKI, Marcos Antonio. **Princípio da proporcionalidade**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 96, jan 2012.

LUISI, Luiz. Bens Constitucionais e Criminalização. **Revista Jurídica Uniaraxá**, vol. 22, n. 21, p. 105, Agosto de 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

NERI, Bianca Garcia; LIMA, Barbara Gaeta Dornellas de. A força dos precedentes judiciais no processo penal: uma busca pela igualdade e segurança jurídica. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**, Brasília, v. 2, n. 1, Jan/Jun.2016. P. 641.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil, Volume Único**. 8ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

NICOLAU JÚNIOR, Mauro. **Segurança Jurídica e certeza do direito: realidade ou utopia num Estado Democrático de Direito?** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=677>.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Manual de Direito Penal: Parte Geral, Parte Especial**. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Aline de. A (in) constitucionalidade da reincidência. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**, Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI, v. 3, n. 4, p. 44-59, 4º Trimestre de 2012. Disponível em: <www.univali.br/ricc>.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21ª edição. São Paulo: Atlas, 2017. P. 304.

PIMENTEL, Manoel Pedro. Reincidência específica e crime culposos. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, volume 66, p. 159, janeiro de 1971. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66624/69234/>>.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral – Arts. 1º a 120, Volume 1**. 11ª edição. São Paulo: RT, 2007.

PRADO, Regis *Apud* FRANÇA, Gisela. Bem jurídico-penal e Estado Democrático de Direito. **RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, [S.l.], n. 18, abr. 2011. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1364>>.

QUEIROZ, Paulo. *Apud*. CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral (arts. 1º ao 120)**. 4ª edição. Salvador: JusPodivm, 2016.

SILVA, Aline Cunha da. O **princípio da insignificância na jurisprudência**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 116, set 2013.

STF, 1ª Turma. AgRg no RHC 160.621/MS. Relator Ministro Alexandre de Moraes, data de julgamento 15/03/2019, data de publicação no DJe 27/03/2019.

_____. HC 105.543/MS. Relator Ministro Roberto Barroso, data de julgamento 29/04/2014, data de publicação no DJe 27/05/2014.

STF, 2ª Turma. HC 96871 RS. Relator Min. Ayres Britto, data de julgamento 24/08/2010, data de publicação no DJe 08/10/2010.

_____. HC 137.290/MG. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, data de julgamento 07/02/2017, data de publicação no DJe 02/08/2017.

_____. HC 137.422/SC. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, data de julgamento 28/03/2017, data de publicação no DJe 06/04/2017.

_____. HC 155920/MG. Relator Ministro Celso de Mello, data de julgamento 27/04/2018, data de publicação no DJe 03/05/2018.

STF, Tribunal Pleno. HC 123.533/SP. Relator Ministro Roberto Barroso, data de julgamento 03/08/2015, data de publicação no DJe 18/02/2016.

STF. HC 123108/MG. Relator: Min. Roberto Barroso, julgado em 01/07/2014, data de publicação no DJe 01/08/2014.

_____. HC 84.412/SP. Relator Ministro Celso de Mello, data de julgamento 19/10/2004, data de publicação no DJe 19/11/2004.

_____. RE 453000 RS. Relator Min. Marco Aurélio, data de julgamento 04/04/2013, data de publicação no DJe 03/10/2013.

_____. RHC 110.727, Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, data de julgamento 17.4.2012, DJe 10.5.2012.

STJ, 3ª Seção. EREsp 1.154.752/RS. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, data de julgamento 23/05/2012, data de publicação no DJe 04/09/2012.

STJ, 5ª Turma. AgInt no REsp 1799049/SP. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, data de julgamento 23/04/2019, data de publicação no DJe 10/05/2019.

_____. AgRg no AREsp 1355667/MG. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, data de julgamento 18/10/2018, data de publicação no DJe 24/10/2018.

_____. AgRg no AREsp 1376338/MG. Relator Ministro Felix Fischer, data de julgamento 06/11/2018, data de publicação no DJe 12/11/2018.

_____. AgRg no REsp 1479836/RS. Relator Ministro Ribeiro Dantas, data de julgamento 18/08/2016, data de publicação no DJe 24/08/2016.

_____. AgRg no REsp 1753558 MG. Relator Ministro Ribeiro Dantas, data de julgamento 13/11/2018, data de publicação no DJe 22/11/2018.

_____. HC 471.436/PE. Relator Ministro Felix Fischer, data de julgamento 26/09/2018, data de publicação no DJe 28/09/2018.

_____. HC 492258/SP. Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, data de julgamento 09/04/2019, data de publicação no DJe 22/04/2019.

_____. HC 60949 PE, Relatora Ministra Laurita Vaz, data de julgamento 20/11/2007, data de publicação no DJe 17/12/2007.

_____. HC n. 67.905/SP. Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, data de julgamento 07/08/2008, data de publicação no DJe 29/09/2008.

_____. REsp 1728157/RS. Relator Ministro Jorge Mussi, data de julgamento 23/08/2018, data de publicação no DJe 31/08/2018.

STJ, 6ª Turma. HC 213.196/RJ. Rel. Min. Vasco Della Giustina (des. convocado do TJ/RS), data de julgamento 12/04/2012, data de publicação no DJe 25/04/2012.

_____. HC 467030/SP. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, data de julgamento 11/12/2018, data de publicação no DJe 04/02/2019.

_____. REsp 1509985/RJ. Relator Ministro, data de julgamento 11/12/2018, data de publicação no DJe 04/02/2019.

Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:
< http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>.

STJ. Missão, visão e valores. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Gestao-estrategica/Missao-visao-e-valores>>.

STRECK, Lenio Luiz. Direito penal do fato ou do autor? A insignificância e a reincidência. **Revista Consultor Jurídico**, 9 de outubro de 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-out-09/senso-incomum-direito-penal-fato-ou-autor-insignificancia-reincidencia>>.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. P. 135.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. P. 199.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11ª edição. Editora Juspodium: Salvador, 2015.

TJ-PE, 1ª Câmara Regional de Caruaru - 2ª Turma. Apelação 4995688 PE. Relator Évio Marques da Silva, data de julgamento 21/03/2019, data de publicação no DJe 26/03/2019.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001. P. 133-134. *Apud* DORIGON, Alessandro; SILVA, Denise de Caires. **Aplicação do princípio da insignificância no crime de roubo**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/63063/aplicacao-do-principio-da-insignificancia-no-crime-de-roubo/1>>.

VANZOLINI, Patrícia; JUNQUEIRA, Gustavo. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Da Reincidência Criminal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal: parte general, tomo I**. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima editora, 1998.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.