

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E O RÉU REINCIDENTE: A APLICAÇÃO HESITANTE PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Arthur Rodrigues Vieitos

Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo – a interação entre os institutos penais da insignificância e reincidência ainda não encontra regramento legal. A árdua tarefa de garantir a coerência na relação entre os referidos institutos cabe à jurisprudência, na lacuna da lei. Entretanto, observa-se um descompasso entre o que preconiza a literatura científica e o posicionamento dos Tribunais. A jurisprudência é analisada em movimento, isto é, a partir de suas recentes modificações, buscando identificar as inovações do Judiciário e pressupostos que permanecem inalterados. Identifica-se um padrão decisório excessivamente flexível, acarretando em uma aplicação casuística dos institutos. Como solução, defende-se a desvinculação da reincidência como critério de aferição da insignificância penal.

Palavras-chave – Direito Penal. Insignificância. Reincidência.

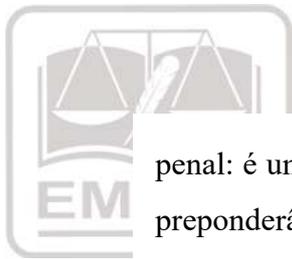
Sumário – Introdução. 1. A teoria tripartite do crime e a antinomia aparente entre os institutos da reincidência e da insignificância. 2. Controvérsias acerca da aplicação, pela jurisprudência brasileira, da insignificância ao réu reincidente: o posicionamento do STF e do STJ. 3. A aplicação mitigada do princípio da insignificância ao réu reincidente para concessão de regime prisional mais benéfico e substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo investigar a interação entre os institutos penais da reincidência e da insignificância, bem como a interpretação adotada pelo ordenamento jurídico nacional acerca do tema. Os institutos em análise ocupam polos distintos na tensão que se desdobra por todo o direito penal, entre as garantias do réu e a segurança pública.

A insignificância é um instituto despenalizador, por excelência. Este princípio – também conhecido como princípio da bagatela – informa que lesões ou ameaças a bens jurídicos precisam se revestir de uma gravidade mínima para serem objeto de sanção penal. Trata-se de uma inovação teórica trazida pela doutrina funcionalista de Claus Roxin, que aduz a desnecessidade da pena quando a conduta não suscita um desvalor político-criminal, ainda que formalmente típica.

Inversamente, o instituto da reincidência atua em desfavor do réu. Positivada no art. 63 do Código Penal, a reincidência provoca múltiplas consequências gravosas no processo



penal: é uma circunstância agravante para a fixação da pena provisória (art. 61, inciso I), com preponderância sobre as atenuantes (na forma do art. 67); prejudica a concessão de regime prisional mais favorável (na forma do art. 33, §2º); impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em caso de crime doloso (art. 44, inciso II); interrompe o prazo prescricional (art. 117, VI) e aumenta em um terço a prescrição executória (art. 110); e impede a transação penal e a suspensão condicional do processo (art. 76, §2º, inciso I e art. 89 da Lei nº 9.099/1995). A reincidência possui longa tradição no ordenamento jurídico brasileiro, já presente no art. 39, §19 do Código Penal de 1890.

A aplicação do princípio da insignificância ao réu reincidente não encontra regramento expresso na legislação, cabendo à jurisprudência consolidar a matéria. A doutrina, por sua vez, tece críticas à construção jurisprudencial, descrevendo-a como oscilante. Neste contexto, o presente estudo apresenta uma abordagem conceitual dos institutos, de maneira a elucidar suas contradições à luz das diretrizes constitucionais, e propõe uma leitura crítica do entendimento adotado pelos Tribunais Superiores.

O primeiro capítulo aborda a posição dos institutos da insignificância e da reincidência dentro da teoria tripartite do crime. A partir deste estudo, busca-se demonstrar que há apenas uma antinomia aparente entre ambos, dado que a insignificância incide sobre a tipicidade da conduta, enquanto a reincidência incide sobre a culpabilidade do agente.

O segundo capítulo avalia o posicionamento da jurisprudência brasileira quanto à interação entre os referidos institutos, ressaltando suas inconsistências teóricas. Ao destacar o tratamento do tema na jurisprudência, evidencia-se que os parâmetros estabelecidos são excessivamente flexíveis, dando azo a uma aplicação casuísta dos institutos.

O terceiro capítulo investiga a possibilidade de uma aplicação mitigada do princípio da insignificância penal ao réu reincidente, por meio da concessão de regime prisional mais benéfico e a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito. Trata-se de uma solução adotada em julgados recentes dos Tribunais Superiores, como forma de ponderação entre os institutos. Analisar-se-á os pressupostos desta alternativa, bem como suas repercussões práticas.

A pesquisa adotará o método hipotético-dedutivo, ao estabelecer hipóteses teóricas que serão confrontadas com dados reunidos na jurisprudência e na doutrina nacional, com intuito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.



Para tanto, a abordagem do objeto será qualitativa, uma vez que o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente como um arsenal teórico, a fim de investigar as fontes do direito e formular uma conclusão crítica.

1. A TEORIA TRIPARTITE DO CRIME E A ANTINOMIA APARENTE ENTRE OS INSTITUTOS DA REINCIDÊNCIA E DA INSIGNIFICÂNCIA

A formalização da ciência penal em uma estrutura lógica é uma conquista do Estado Democrático de Direito. A fim de coibir o exercício arbitrário ou ilegítimo do poder punitivo estatal, as categorias jurídicas devem ser dotadas de uma densidade teórica autônoma e devem integrar a fundamentação da sentença penal. Isto possibilita aos diferentes atores processuais examinar o raciocínio judicial, exposto na fundamentação, e sua conformidade com os preceitos dogmáticos. Dessa forma, a sistematização da ciência penal serve como contenção à arbitrariedade, pois a decisão judicial que a viole trará vício de fundamentação, e consequentemente será nula.

Daí o esforço doutrinário para a formulação de uma teoria coerente, que abarque os aspectos essenciais do conceito de crime. Seguindo a matriz alemã, a doutrina brasileira majoritária adotou a teoria tripartite, conceituada na lição de Artur Gueiros e Carlos Japiassú¹ como:

Em geral, conceitua-se o crime por intermédio de um processo de abstração científica denominado de método analítico. Ou seja, crime é a ação (ou omissão) típica, antijurídica e culpável. A esses caracteres básicos são, ainda, agregadas as formas especiais do seu aparecimento: a tentativa e o concurso de pessoas. Cuida-se, portanto, da decomposição do objeto de estudo em partes para ser novamente reagrupado e compreendido de maneira sequencial, permitindo-se, ao final das sucessivas etapas, verificar se, no caso concreto, ocorreu fato punível pela lei penal.

É a partir deste alicerce conceitual que são erigidos os institutos penais, que devem ser concatenados organicamente para fundamentar a aplicação da pena. Logo, torna-se imprescindível a identificação dos institutos da insignificância e reincidência dentro desta sistemática para avaliar sua interação.

Destarte, cumpre apresentar e localizar a insignificância dentro da dogmática penal contemporânea. Elaborado por Claus Roxin e apropriado de maneira idiossincrática pela

¹JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Direito Penal*: volume único. São Paulo: Atlas, 2018, [e-book].



doutrina nacional², o princípio da insignificância adentrou o ordenamento jurídico brasileiro como uma chave interpretativa do conceito de tipicidade: além da subsunção do fato à hipótese contida no tipo incriminador, é necessário também que haja uma lesão considerável ao bem jurídico tutelado por este tipo. Valiosa a lição Luiz Regis Prado³ sobre o tema:

De acordo com o princípio da insignificância, formulado por Claus Roxin e relacionado com o axioma *minima non curat praeter*, enquanto manifestação contrária ao uso excessivo da sanção criminal, devem ser tidas como atípicas as ações ou omissões que afetem infimamente a um bem jurídico-penal. A irrelevante lesão do bem jurídico protegido não justifica a imposição de uma pena, devendo excluir-se a tipicidade da conduta em caso de danos de pouca importância ou quando afete infimamente a um bem jurídico-penal.

Extrai-se que o princípio da insignificância se vincula à tipicidade, excluindo-a nos casos de lesão desprezível ao bem jurídico. Sua aplicabilidade decorre dos princípios constitucionais que norteiam a função da pena, em especial o princípio da lesividade e da retributividade.

A reincidência, por sua vez, é um instituto antigo no ordenamento jurídico brasileiro. Positivada nos art. 63 e 64 do Código Penal, a reincidência tem natureza jurídica de agravante genérica. Porém, seus efeitos não se restringem à dosimetria, afetando também o regime prisional, a substituição por penas restritivas de direito, a prescrição, a transação penal e a suspensão condicional do processo.

O presente estudo não adentra nas discussões acerca da recepção constitucional da reincidência. Apesar das críticas⁴ em direção oposta, este debate foi estabilizado no julgamento com Repercussão Geral do Recurso Extraordinário nº 453.000, no qual o Plenário do STF⁵ fixou tese no sentido de que “surge harmônico com o princípio constitucional da

²Alexander de Castro defende que a interpretação brasileira do princípio da insignificância guarda pouca semelhança com o modelo elaborado por Claus Roxin. Na versão brasileira, o princípio se refere à intensidade da lesão ao bem jurídico, ao passo que a versão de Roxin se refere à intensidade do meio de execução da coerção. DE CASTRO, Alexander. O princípio da insignificância e suas vicissitudes entre Alemanha e Brasil: análise de um caso de inadvertida criatividade jurídica (1964-2016). *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, nº 74, p. 39-64, jan./jun. 2019.

³PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 114.

⁴Registra-se, a título de ilustração, a posição de Ferrajoli quanto a reincidência: “entende-se que, num sistema garantista assim configurado, não tem lugar nem a categoria periculosidade nem qualquer outra tipologia subjetiva ou de autor elaborada pela criminologia antropológica ou ética, tais como a capacidade criminal, a reincidência, a tendência para delinquir, a imoralidade ou a falta de lealdade”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 400.

⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *REExt. nº 453.000/RS*. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verProcessoDetalhe.asp?incidente=2282540>>. Acesso em: 03 abr. 2021.



individualização da pena o inciso I do artigo 61 do Código Penal, no que prevê, como agravante, a reincidência”.

Confirmada a constitucionalidade da reincidência, cabe localizá-la dentro da estrutura analítica do conceito de crime. O voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski⁶, nos autos do processo supramencionado, sustenta o seguinte posicionamento:

Hoje se pode justificar a exacerbação da pena, ao segundo crime, pela maior culpabilidade do agente, pela maior reprovabilidade que sobre ele recai, em razão de sua vontade rebelde, particularmente interior e persistente, que resistiu à ação inibidora da ameaça da sanção penal e mesmo da advertência pessoal, mais severa, da condenação infligida, que, para um homem, normalmente ajustável à ordem do Direito, isto é, de temperamento e vontade menos decisivamente adversos aos impeditivos da norma, seria estímulo suficiente para afastá-lo da prática de um novo crime.

Portanto, pode-se dizer que a reincidência atua sobre a culpabilidade, ensejando uma maior reprovabilidade do agente que retorna ao comportamento delituoso, mesmo após ser sancionado penalmente.

A partir do exposto, é possível constatar que não há uma antinomia entre os institutos sob análise. A insignificância exclui a tipicidade da conduta, posto que a agressão ínfima ao bem jurídico não é fato punível, mesmo que a conduta seja formalmente típica. Por outro lado, a reincidência ressalta a culpabilidade, na medida em que acentua o juízo reprovabilidade que recai sobre o agente. Observa-se que os referidos institutos incidem sobre elementos diversos do conceito de crime.

Consequentemente, não há motivos para a apreciação da reincidência na definição dos parâmetros da insignificância. Como visto anteriormente⁷, é necessária “a decomposição do objeto de estudo em partes para ser novamente reagrupado e compreendido de maneira sequencial”. Considerando a compreensão sequencial dos elementos do crime, tem-se que a análise da tipicidade, e sua exclusão devido à insignificância, precede a análise da culpabilidade, ainda que reforçada pela reincidência. Desta forma, a exclusão da tipicidade torna despicienda qualquer valoração acerca da culpabilidade.

Conclui-se, portanto, que a reincidência não pode constituir óbice à aferição da insignificância, diferentemente do que preconiza parte da jurisprudência nacional (como se verá nos capítulos seguintes). Os institutos não se confundem, nem se obstam, uma vez que recaem sobre elementos distintos do conceito de crime.

⁶Ibid.

⁷JAPIASSÚ; SOUZA, op. cit.



2. CONTROVÉRSIAS ACERCA DA APLICAÇÃO, PELA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA, DA INSIGNIFICÂNCIA AO RÉU REINCIDENTE: O POSICIONAMENTO DO STF E STJ

Como ressaltado no capítulo anterior, o instituto da insignificância tem origem doutrinária, a partir de reflexões acerca da função político-criminal da pena. Não há, na legislação positivada, uma definição de seus contornos. Coube, portanto, à jurisprudência fixar seu escopo de aplicação e requisitos.

O Supremo Tribunal Federal, em sua atividade jurisdicional, fixou os seguintes parâmetros para a incidência da bagatela penal: a) mínima ofensividade da conduta; b) ausência de periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade da conduta; e d) inexpressividade da lesão jurídica.

A fórmula elaborada pelo órgão de cúpula do Judiciário sofre críticas da doutrina, em especial quanto ao seu caráter tautológico. Ilustrando esse posicionamento, comenta Cléber Masson⁸:

Tais requisitos são muito próximos entre si. O Supremo Tribunal Federal não faz distinção entre eles. E, na verdade, é impossível diferenciá-los. A explicação para esse fenômeno é simples. Mais do que um princípio, a insignificância penal é um fator de política criminal. Portanto, é necessário conferir ampla flexibilidade ao operador do Direito para aplicá-lo, ou então para negá-lo, sempre levando em conta as peculiaridades do caso concreto. É imprescindível analisar o contexto em que a conduta foi praticada para, ao final, concluir se é oportuna (ou não) a incidência do tipo penal. Este é o motivo pelo qual a jurisprudência muitas vezes apresenta resultados diversos para casos aparentemente semelhantes.

Logo, a inconsistência dos requisitos é justificada pela intenção de conferir ao julgador uma maior flexibilidade na aplicação da insignificância no caso concreto.

De toda maneira, os parâmetros erigidos jurisprudencialmente se assentam nos institutos de conduta, ação e lesão. Assim, esperava-se que a reincidência não fosse pertinente para aferição da bagatela, uma vez que aquela orbita a personalidade do agente, sendo estranha aos requisitos elencados.

Entretanto, a abordagem do STF a respeito da interação entre insignificância e reincidência percorre um caminho tortuoso. No primeiro momento, a Corte acolheu o

⁸MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral* (arts. 1º a 120). 13. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2019, [e-book].

posicionamento no qual a reincidência constitui óbice à aplicação da insignificância. Em decisão de relatoria da Ministra Cármen Lúcia⁹, prolatou-se:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. ESTELIONATO. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PROCESSOS EM CURSO POR OUTROS DELITOS PRATICADOS PELO RECORRENTE. PROPENSÃO À PRÁTICA DELITIVA. 1. Para a incidência do princípio da insignificância, devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato, tais como, a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada. 2. Nas circunstâncias do caso, não se pode aplicar ao Recorrente o princípio em razão de outras práticas de crimes por ele, de roubo inclusive. 3. Recurso ao qual se nega provimento.

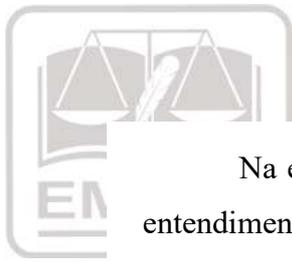
Segundo o argumento empregado neste julgado, a constatação da reincidência, por si só, tem condão de inviabilizar a aplicação do princípio bagatela em favor do réu. Esta postura se choca contra as premissas do conceito analítico de crime, bem contra os próprios parâmetros definidos pela Egrégia Corte. A existência de prévia condenação realça a reprovabilidade do agente, não da conduta, como também não acentua a lesão ao bem jurídico ou aumenta a periculosidade da ação.

Paulatinamente, o STF alterou o curso de sua jurisprudência. A nova vertente defende uma avaliação menos dicotômica, na qual a reincidência não implica a exclusão automática da insignificância. Nessa proposta, caberia ao magistrado apreciar outros elementos relevantes para a aplicação da bagatela. Colaciona-se a seguinte decisão, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso¹⁰:

PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME DE FURTO TENTADO. RÉU PRIMÁRIO. QUALIFICAÇÃO POR ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E ESCALADA. 1. A aplicação do princípio da insignificância envolve um juízo amplo (“conglobante”), que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados. 2. Por maioria, foram também acolhidas as seguintes teses: (i) a reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto; e (ii) na hipótese de o juiz da causa considerar penal ou socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância por furto, em situações em que tal enquadramento seja cogitável, eventual sanção privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a incidência do art. 33, § 2º, c, do CP no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade.

⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RHC nº 115.226/MG*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4893880>>. Acesso em: 18 ago. 2021.

¹⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 123.734/MG*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308578363&ext=.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2021.



Na esteira desse julgado e de similares, o Superior Tribunal de Justiça¹¹ publicou seu entendimento quanto ao tema no Informativo nº 548, compatibilizando sua jurisprudência à do STF.

Aplica-se o princípio da insignificância à conduta formalmente tipificada como furto tentado consistente na tentativa de subtração de chocolates, avaliados em R\$ 28,00, pertencentes a um supermercado e integralmente recuperados, ainda que o réu tenha, em seus antecedentes criminais, registro de uma condenação transitada em julgado pela prática de crime da mesma natureza. A intervenção do Direito Penal há de ficar reservada para os casos realmente necessários. Para o reconhecimento da insignificância da ação, não se pode levar em conta apenas a expressão econômica da lesão. Todas as peculiaridades do caso concreto devem ser consideradas, como, por exemplo, o grau de reprovabilidade do comportamento do agente, o valor do objeto, a restituição do bem, a repercussão econômica para a vítima, a premeditação, a ausência de violência e o tempo do agente na prisão pela conduta. Nem a reincidência nem a reiteração criminosa, tampouco a habitualidade delitiva, são suficientes, por si sós e isoladamente, para afastar a aplicação do denominado princípio da insignificância. Nesse contexto, não obstante a certidão de antecedentes criminais indicar uma condenação transitada em julgado em crime de mesma natureza, na situação em análise, a conduta do réu não traduz lesividade efetiva e concreta ao bem jurídico tutelado. Ademais, há de se ressaltar que o mencionado princípio não fomenta a atividade criminosa. São outros e mais complexos fatores que, na verdade, têm instigado a prática delitiva na sociedade moderna.

Pode-se afirmar, então, que há um posicionamento majoritário nos Tribunais Superiores quanto à interação da insignificância com a reincidência. Afastando-se do entendimento original, que preceituava uma oposição excludente entre os institutos, agora a reincidência permanece como um elemento negativo na avaliação da insignificância, entretanto, não é mais capaz de, por si só, obstruir sua aferição no caso concreto.

Decerto, a nova concepção é mais coerente com os preceitos da dogmática penal do que a anterior. Contudo, a imprecisão técnica persiste, ainda que seja suavizada. Mesmo ao alterar o curso de suas jurisprudências, os Tribunais se furtaram de enfrentar o ponto crítico da presente controvérsia: a reincidência acentua a ofensa ao bem jurídico?

Percebe-se que o atual panorama alarga o campo de discricionariedade da decisão judicial. O magistrado continua podendo indicar a existência de condenação prévia para negar a aplicação da insignificância, desde que apresente outros elementos que corroborem com sua decisão. Por outro lado, o magistrado não fica vinculado a afastar a insignificância pela presença da reincidência.

¹¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo nº 549*. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0548.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2021.



Todavia, esse alargamento de discricionariedade se faz às custas dos direitos do réu. A reincidência é absolutamente impertinente à configuração da insignificância, e sua indicação como elemento descaracterizador, mesmo que tomada em conjunto com outros fatores, contribui para o encarceramento de réus por crimes insignificantes.

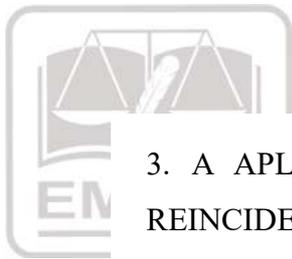
Em realidade, tal raciocínio decorre de um cálculo político-criminal, que preconiza o reincidente como indivíduo especialmente indesejado. A amplitude decisória conferida ao julgador o possibilita afastar esse indivíduo do convívio social, sempre que for conveniente para a ordem pública, ainda que o agente tenha cometido um crime materialmente insignificante. Quanto ao tratamento dado ao reincidente pelo direito penal, Eugenio Zaffaroni¹² tece as seguintes críticas:

Es necesario advertir que en el sistema penal no se trata meramente de un trato externo, sino que abarca un serio "tratamiento" que está perfectamente legalizado a través de los registros de reincidencia, de la posibilidad de impedir o dificultar cualquier ejercicio laboral honesto por parte de las agencias del sistema penal que se ocupan de publicitar el "status" del criminalizado, de privar de libertad periódicamente a la persona convirtiéndola en un "sospechoso profesional", de someterlo a proceso por los antecedentes, de tomar los antecedentes como pruebas de cargo, incluso por parte de los jueces, etc., y que se integra en un proceso complejo de deterioro cuya parte más importante la tiene a cargo la prisión o "jaula".

Poder-se-ia adicionar a esse rol de violações aos direitos do reincidente a denegação da insignificância.

Pelo exposto, conclui-se que a jurisprudência nacional entende a reincidência como elemento descaracterizador da insignificância, porém essa descaracterização não é mais automática, devendo ser corroborada com outros elementos. Ao arripio da estrutura analítica do crime e os critérios erigidos pela sua própria jurisprudência, o STF atribui aos julgadores uma ampla discricionariedade na abordagem da interação entre reincidência e insignificância, mesmo em desfavor do réu.

¹²ZAFFARONI, Eugenio. *En busca de las penas perdidas: deslegitimacion y dogmatica juridico-penal*. Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 139.



3. A APLICAÇÃO MITIGADA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO RÉU REINCIDENTE PARA CONCESSÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS BENÉFICO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITO

Entre os efeitos gravosos da reincidência, está a fixação de regime prisional mais desfavorável, na forma do art. 33, §2º do Código Penal. O referido artigo proíbe ao reincidente o regime inicial aberto em qualquer caso e o semiaberto quando a pena cominada for superior a quatro anos.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal vem adotando um entendimento mais flexível: a possibilidade de paralisação desse dispositivo quanto cotejado com a insignificância, no caso concreto. Em acórdão paradigmático, mencionado no Informativo nº 793/STF, assim se pronunciou o relator Ministro Luís Roberto Barroso¹³:

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

De maneira similar, o STF também vislumbra a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos ao réu de crime doloso em reincidência específica, quando for cogitável a aplicação da insignificância – de encontro ao que dispõe o art. 44, §3º do Código Penal. Foi a solução adotada pela Corte no julgamento do *Habeas Corpus* nº 137.217/MG, como explica o redator do acórdão Ministro Alexandre de Moraes¹⁴:

¹³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 123.108/MG*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308572070&ext=.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2021.

¹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 137.217/MG*. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748709505>>. Acesso em: 18 ago. 2021.



HABEAS CORPUS. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REITERÂNCIA DELITIVA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

[...]

3. A aplicação do princípio da insignificância não depende apenas da magnitude do resultado da conduta. Essa ideia se reforça pelo fato de já haver previsão na legislação penal da possibilidade de mensuração da gravidade da ação, o que, embora sem excluir a tipicidade da conduta, pode desembocar em significativo abrandamento da pena ou até mesmo na mitigação da persecução penal. 4. Não se mostra possível acatar a tese de atipicidade material da conduta, pois não há como afastar o elevado nível de reprovabilidade assentado pelas instâncias antecedentes, ainda mais considerando os registros do Tribunal local dando conta de que o réu possui diversos registros criminais, ostentando, inclusive, uma condenação com trânsito em julgado por delito de natureza patrimonial, o que desautoriza a aplicação do princípio da insignificância, na linha da jurisprudência desta CORTE. 5. Quanto ao modo de cumprimento da reprimenda penal, há quadro de constrangimento ilegal a ser corrigido de ofício. A imposição do regime inicial semiaberto, com arrimo na reincidência, parece colidir com a proporcionalidade na escolha do regime que melhor se coadune com as circunstâncias da conduta de furto de bem pertencente a estabelecimento comercial, avaliado em R\$ 31,20 (trinta e um reais e vinte centavos). Acrescente-se que as circunstâncias judiciais são favoráveis, razão por que a pena-base fora estabelecida no mínimo legal (cf. HC 123.533, Tribunal Pleno, Rel. Min. ROBERTO BARROSO), de modo que a conversão da reprimenda corporal por restritivas de direito melhor se amolda à espécie. 6. Ordem de Habeas Corpus concedida, de ofício, para converter a pena corporal em sanções restritivas de direito, cabendo ao Juízo de origem fixar as condições das penas substitutivas.

Depreende-se que a jurisprudência nacional dilatou os efeitos da insignificância, na ausência de regramento legal do instituto. Em cooperação com o princípio da proporcionalidade, o STF também entende como possíveis consequências o afastamento de algumas medidas gravosas da reincidência, quando esta obsta a absolvição pela insignificância.

A postura da Corte nesses julgados converge com a virada jurisprudencial analisada no capítulo anterior. Abandonando a incompatibilidade entre insignificância e reincidência, a jurisprudência agora se abre à perspectiva da aplicação mitigada da bagatela.

Todavia, os desajustes conceituais permanecem. O argumento esposado pelo Ministro Alexandre de Moraes¹⁵ faz menção expressa à impossibilidade de atipicidade material da conduta devido aos registros criminais pregressos. Tal raciocínio viola frontalmente a lógica analítica do crime: as condenações antecedentes não se materializam no juízo de reprovabilidade que recai sobre a conduta, mas naquele que recai sobre o agente, sendo indiferente para o exame da tipicidade.

¹⁵Ibid.



Ainda há um equívoco quanto aos resultados penais da insignificância. Como causa de exclusão da tipicidade, sua aferição no caso concreto necessariamente implicará a absolvição do agente, em decorrência lógica do próprio instituto. Leciona Rogério Greco¹⁶ quanto ao assunto:

No caso em exame, faltaria a chamada tipicidade material, excluindo-se, dessa forma, a tipicidade conglobante e, por conseguinte, a tipicidade penal. A tipicidade penal seria a resultante, portanto, da conjugação da tipicidade formal com a tipicidade conglobante (antinormatividade + atividades não fomentadas + tipicidade material). Elaborando um raciocínio lógico, chegaríamos à seguinte conclusão: se não há tipicidade material, não há tipicidade conglobante; consequentemente, se não há tipicidade penal, não haverá fato típico; e, como consequência lógica, se não há o fato típico, não haverá crime.

Nota-se também que há um impasse de ordem legal na saída adotada pela Corte. A não aplicação de dispositivos válidos do Código Penal, sem que haja arguição de antinomia ou inconstitucionalidade, transborda os limites interpretativos do órgão julgador. Ao afastar expressamente a aplicação do princípio da insignificância, não resta princípio que sustente a não incidência das regras gravosas da reincidência. A alusão ao princípio da proporcionalidade se torna, assim, um mero enunciado performativo, trazido apenas atender a necessidade de fundamentação da decisão.

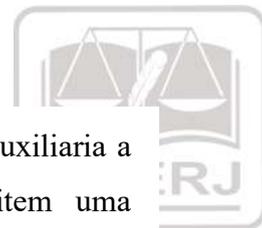
As imprecisões teóricas que envolvem a recepção do princípio da insignificância provêm de seu caráter supralegal. Coube aos Tribunais lhe dar concretude por meio do julgamento de variados processos submetidos à apreciação do Poder Judiciário. Quanto a essa tarefa complexa, comenta Alexander de Castro¹⁷:

A escassa lesividade da conduta, então, passou a ser considerada uma causa de exclusão da tipicidade na medida em que impedia a configuração do “tipo material”. Essa solução foi recebida e utilizada de modo parcimonioso pelos tribunais. Como regra, à baixa lesividade da conduta juízes e desembargadores passaram a acrescentar também requisitos relativos à culpabilidade, especialmente a incompatibilidade com a reincidência ou a habitualidade criminosa. Desse modo, o próprio enquadramento dogmático da escassa lesividade como causa de exclusão da tipicidade tornava-se problemático. Em um certo sentido, a falsa recepção fracassava.

No fim, a tentativa de conferir coerência à aplicação do instituto por meio da jurisprudência se choca com a excessiva flexibilidade atribuída aos magistrados na sua avaliação.

¹⁶GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte geral. 19. ed. v. 1. Niterói: Impetus, 2017, [e-book].

¹⁷CASTRO, op. cit.



Decerto, a inclusão e detalhamento da insignificância na legislação penal auxiliaria a melhor padronização do instituto. Vê-se que os Tribunais Superiores admitem uma interpretação insuficiente da bagatela, submetendo-a a uma leitura consequencialista que viola o núcleo essencial do princípio. Por outro lado, o não reconhecimento da absolvição pela exclusão da tipicidade vem proporcionando soluções improvisadas, como a paralisação casuística de dispositivos válidos do Código Penal.

CONCLUSÃO

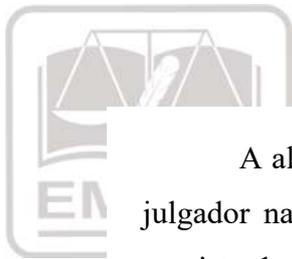
Conforme analisado na pesquisa, a interação entre os institutos penais da insignificância e reincidência ainda é um tema aberto, em constante atualização pela jurisprudência.

Os institutos em exame se situam em polos opostos da tensão entre segurança pública e direitos individuais do réu. Essa aparente contradição permeia todo o direito penal, e precisa ser abordada dentro do paradigma constitucional. Em uma perspectiva criminológica, a importância da discussão é ressaltada pelo estado atual do sistema carcerário brasileiro.

O principal argumento identificado neste artigo, para a solução da questão, consiste na desvinculação da reincidência como critério para aferição da insignificância. Partindo dos pressupostos teóricos que fundamentam a teoria do crime, expôs-se que os institutos não se relacionam, posto que a reincidência incide sobre a culpabilidade e a insignificância incide sobre a tipicidade. A exclusão da tipicidade pela insignificância precede a análise da culpabilidade, ainda que reforçada pela reincidência.

Contudo, ao adentrar no estudo jurisprudencial do tema, observa-se que a questão suscitada por este estudo é ignorada. Em um momento inicial, o posicionamento dos Tribunais Superiores prescrevia a total incompatibilidade entre os institutos: a reincidência seria suficiente para obstar a aplicação da insignificância. Posteriormente, as Cortes corrigem suas orientações, no sentido de rejeitar a exclusão automática da bagatela pela presença de condenações prévias.

Neste sentido, o STF passou a empregar um novo artifício – a aplicação mitigada do princípio bagatelar. Julgando ser inviável a absolvição pela reincidência, mas vislumbrando a insignificância no caso concreto, o Supremo passou a paralisar determinadas medidas gravosas decorrentes da reincidência.



A alteração do entendimento é justificada pela maior discricionariedade conferida ao julgador na avaliação do caso concreto. Considerando as inúmeras variáveis fáticas que o magistrado precisa sopesar em sua decisão, instrumentos como a supressão excepcional de dispositivos gravosos surgem como uma resposta mais adequada ao crime ocorrido.

Permanece, entretanto, a concepção de que a reincidência desfavorece a aplicação da insignificância. Apesar da impropriedade da proposição frente aos critérios erigidos pela sua própria jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal mantém-se firme, mesmo diante das recentes inovações.

Cogita-se uma motivação metajurídica para tal resistência. Além das ramificações penais da reincidência, extrapola também para o campo criminológico. O réu reincidente é tomado como um criminoso profissional, indivíduo especialmente indesejado ao convívio social. Então, o cárcere se apresenta como meio adequado de administração do desviante, ainda que os axiomas da dogmática penal tenham que ser flexibilizados para tanto.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo nº 756*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo756.htm>>. Acesso em: 18 ago. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo nº 549*. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0548.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2021.

CASTRO, Alexander de. O princípio da insignificância e suas vicissitudes entre Alemanha e Brasil: análise de um caso de inadvertida criatividade jurídica (1964-2016). *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, nº 74, p. 39-64, jan./jun. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 19. ed. v. 1. Niterói: Impetus, 2017, [e-book].

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Direito Penal: volume único*. São Paulo: Atlas, 2018, [e-book].



MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral* (arts. 1º a 120). 13. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2019, [e-book].

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

REIS, Marco Antonio Santos. O que há de significativo na insignificância? *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 62, pp. 115-138, out./dez. 2016. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1260344/book_rmp_62.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio. *En busca de las penas perdidas: deslegitimacion y dogmatica juridico-penal*. Buenos Aires: Ediar, 1998.