

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA EM FACE DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS E/OU REINCIDÊNCIA DO AGENTE

Francivelton Pereira Campos¹

Jeferson dos Reis Pessoa Júnior²

RESUMO

O presente artigo tem como base a análise da possibilidade (ou não) da aplicação do princípio da insignificância aos agentes portadores de reincidência ou maus antecedentes criminais. Para tanto, foi utilizado o método bibliográfico e jurisprudencial de pesquisa, amparando-se no entendimento da doutrina mais especializada sobre o tema, bem como o entendimento das cortes superiores. Ao término desta pesquisa, notou-se que vem prevalecendo perante a 2ª turma da Suprema Corte que a reincidência ou os maus antecedentes por si só não deve afastar a aplicação do princípio da insignificância, bem como, notou-se que a jurisprudência vem caminhando no sentido de não afastar a aplicação do princípio pelo fato dos agentes possuírem predicativos negativos, devendo ser analisado cada caso concreto.

Palavras-Chave: Princípio da Insignificância. Maus antecedentes. Reincidência. Aplicação. Doutrina. Jurisprudência.

INTRODUÇÃO

Diante do cenário atual, a presente pesquisa traz a tona uma questão atualmente em voga e amplamente debatida no âmbito dos nossos tribunais. Trata-se da possibilidade (ou não) da aplicação do princípio da insignificância aos agentes portadores de reincidência ou maus antecedentes criminais.

Sobre o tema, há divergência doutrinária e jurisprudencial e, o cerne da divergência reside no fato de serem analisados apenas requisitos objetivos para reconhecimento do princípio ou se deveria ser analisados também os requisitos de ordem subjetiva.

Dessa forma, procurou-se trazer nesse trabalho uma análise sobre o atual posicionamento da doutrina e da jurisprudência quanto ao tema, bem como sobre os critérios para seu reconhecimento.

¹ UNIVAG – Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Aluno da disciplina TCC II, turma DIR 13/1 “C”. E-mail – velto_campos@outlook.com

² Professor do UNIVAG – Centro Universitário de Várzea Grande e Analista Judiciário do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela ESDUD/UNIRONDON. Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso. E-mail: jefersonpjuniior@gmail.com

Foi enfatizado a questão dos requisitos para reconhecimento da insignificância, se estes contariam apenas com aspectos objetivos, ou se também deveria avaliar a questão subjetiva do agente.

Da mesma forma, foi trabalhada a questão conceitual e os aspectos jurídicos dos institutos da reincidência e dos maus antecedentes, de modo a deixar claro quando cada um deve prevalecer e quais as suas consequências jurídicas.

Assim, diante do atual cenário jurídico sobre o tema, essa pesquisa tem o objetivo de auxiliar os futuros leitores no desenvolvimento de novos trabalhos sobre o tema, bem como servir de suporte para os aplicadores do direito, a fim de que seja aplicado o direito de forma correta.

Para tanto, foi utilizado o método bibliográfico e jurisprudencial de pesquisa, amparando-se no entendimento da doutrina mais especializada sobre o tema, bem como o entendimento das cortes superiores.

Ao término desta pesquisa, notou-se que vem prevalecendo perante a 2ª turma da Suprema Corte que a reincidência ou os maus antecedentes por si só não deve afastar a aplicação do princípio da insignificância, bem como, notou-se que a jurisprudência vem caminhando no sentido de não afastar a aplicação do princípio pelo fato dos agentes possuírem predicativos negativos, devendo ser analisado cada caso concreto.

1 FUNÇÃO DO DIREITO PENAL

Assim como os demais ramos do direito (civil, administrativo, comercial, trabalhista etc) coube ao direito penal a incumbência da proteção de alguns bens jurídicos. Contudo, por ser o ramo do direito que mais adentra (fere, limita) os direitos individuais do cidadão, sua incidência só deve prevalecer quando da lesão ou ameaça de lesão concreta a bens jurídicos mais importantes para o convívio em sociedade, fazendo-se valer o seu caráter fragmentário.

Vale ressaltar também, que além de só se preocupar com a proteção dos bens jurídicos mais importantes, ainda só deve incidir se esses mesmos bens já não estão abarcados pela proteção dos demais ramos do direito, visto o seu caráter subsidiário.

Conceituando a função do Direito Penal, e citando Luiz Regis Prado e Nilo Batista Rogério Greco aduz (GRECO, 2015, p.02) “a finalidade do Direito Penal é

proteger bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade”.

No mesmo sentido, Cezar Roberto Bitencourt (2014, p.37) defende que uma das “*principais características* do moderno Direito Penal é o seu caráter fragmentário, no sentido de que representa a *ultima ratio* do sistema para a proteção daqueles bens e interesses de maior importância para o indivíduo e a sociedade à qual pertence”.

Nos ensinamentos do eminente professor Nucci (2017, p.8), “quando o ordenamento jurídico opta pela tutela de um determinado bem, não necessariamente a proteção deve dar-se no âmbito penal”.

Assim, revela-se que o Direito Penal é apenas uma das formas de proteção de bens jurídicos eleitos pelo legislador, e que por ser o ramo do direito que mais limita (afeta) os direitos individuais do cidadão (*v.g.* a liberdade) só deve ser utilizado como *última ratio*, ou seja, como último instrumento de coerção na proteção dos bens jurídicos mais relevantes para o convívio em sociedade, e desde que esses mesmos bens, já não estejam sendo protegidos pelos demais ramos do direito.

2 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

2.1 ORIGEM

Em que pese haver divergência quanto ao surgimento e aplicação do princípio da insignificância, a doutrina majoritária entende como sendo seu marco inicial o direito romano com a máxima *mínima nom curat praetor*, segundo o qual o juiz não deve se preocupar com crimes de bagatelas.

No período pós romano, depois da II Guerra Mundial, foi Welzel o responsável por trazer, pela primeira vez, o princípio da insignificância para o campo penal, contudo, o eminente doutrinador acabou mesclando o princípio da insignificância (hipóteses de crimes bagatelares) com o princípio da adequação social (GRECO, 2015, p.27).

Coube a Claus Roxin (1964) a tarefa de sistematizar e desenvolver, nos termos que conhecemos hoje, o princípio da insignificância, sendo ele reconhecido como idealizador e criador do mencionado princípio na seara penal.

2.2 CONCEITO

Em linhas gerais, o princípio da insignificância tem como pressuposto retirar da incidência do campo Penal aquelas condutas que não geram prejuízo ao bem jurídico tutelado, ou se gerou, foi um prejuízo de pouca monta, ínfimo, insignificante.

Tal princípio se revela dentro do fato típico (no conceito analítico de crime), mais especificamente dentro do elemento tipicidade, e mais especificamente ainda, dentro da tipicidade material, tornando atípicas (materialmente) as condutas que não cheguem a afetar significativamente o bem jurídico tutelado.

Tem como característica ser um princípio interpretativo restritivo do tipo, fazendo uma releitura do tipo penal, não mais se admitindo (no Direito Penal moderno/democrático) a mera tipicidade formal para qualificação do crime. Portanto, tipicidade para moderna doutrina se traduz em: tipicidade formal (mera adequação do fato a norma escrita) + tipicidade material (juízo de valoração da conduta e/ou do resultado). Sintetizando, Cavalcante (2014, p.3):

Primeiro se verifica se a conduta praticada pelo agente se enquadra em algum crime descrito pela lei penal.

- Se não se amoldar, o fato é formalmente atípico.
- Se houver essa correspondência, o fato é formalmente típico.
- Sendo formalmente típico, é analisado se a conduta produziu lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico que este tipo penal protege.
- Se houver lesão ou perigo de lesão, o fato é também materialmente típico.
- Se não houver lesão ou perigo de lesão, o fato é, então, materialmente atípico.

Vale ressaltar que o legislador no momento da criação dos tipos penais visualiza apenas a punição daquelas condutas graves que lesão o bem jurídico tutelado, não abarcando as condutas leves. Contudo, por não dispor de meios para evitar a punição de condutas ínfimas, coube ao princípio da insignificância tal incumbência.

O princípio insignificância vem materializar (reforçar) a essência do Direito Penal que é a tutela dos bens jurídicos mais importantes. Logo, se o bem jurídico não foi afetado, ou se afetado, este foi ínfimo, não se revela necessária (proporcional) a incidência do Direito Penal, devendo tais fatos serem tutelados pelos demais ramos do direito. Sobre o tema, Gomes (2013, p.19)

(...) infração bagatelar ou delito de bagatela ou crime insignificante expressa o fato de ninharia, de pouca relevância (ou seja: insignificante). Em outras palavras, é uma conduta ou um ataque ao bem jurídico tão irrelevante que não requer a (ou não necessita da) intervenção penal. Resulta desproporcional a intervenção penal nesse caso. O fato insignificante, destarte, deve ficar reservado a outras áreas do Direito (civil, administrativo,

trabalhista etc.). Não se justifica a incidência do Direito Penal (com todas as suas pesadas armas sancionatórias) sobre o fato verdadeiramente insignificante.

No mesmo sentido, conceituando o princípio da insignificância e citando Klaus Tiedemann, Bitencourt (2014, p.60):

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 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.

Nas precisas palavras do professor Capez (2014, p.27), “se a finalidade do tipo penal é tutelar um bem jurídico, sempre que a lesão for insignificante, a ponto de se tornar incapaz de lesar o interesse protegido, não haverá adequação típica”.

Dessa forma, percebe-se que o princípio da insignificância guarda relação com o novo modelo de Direito Penal (moderno/constitucional), fazendo-se valer o caráter fragmentário, subsidiário, de intervenção mínima e proporcional que irradia o Direito Penal, não devendo ser utilizado (visto a drasticidade de suas armas) na tutela de condutas ou lesões a bens jurídicos de pouca ou nenhuma relevância.

2.3 NATUREZA JURÍDICA

No que tange a natureza jurídica do princípio da insignificância, trata-se de causa supralegal de exclusão da responsabilidade penal do agente (ou exclusão da tipicidade material), visto a mínima lesão jurídica provocada no caso concreto. Assim sendo, são fatos materialmente atípicos. E pela lógica sistemática da teoria analítica do crime (adota pelo nosso Código Penal), não havendo tipicidade (neste caso material) não há fato típico, não tendo fato típico, não há crime.

Vale ressaltar que a o Direito Penal moderno ou Direito Penal Constitucional, conforme defende Luiz Flávio Gomes (2013) não mais se coaduna com a simples aferição da tipicidade formal (mera subsunção do fato a norma) na verificação do cometimento de um delito, devendo estar presente também a tipicidade material (conceito valorativo da conduta e/ou do resultado). Nesse contexto, tipicidade penal é igual a: tipicidade formal + tipicidade material.

Outro importante nome para construção do princípio da insignificância é o doutrinador Tiedemann, que denominou o citado princípio como “princípio da

bagatela”, fundamentando sua aplicação no princípio da proporcionalidade, o qual diz que deve haver uma proporcionalidade entre o delito e a gravidade da pena.

3 BASE TEÓRICA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICANCIA

Em que pese maioria da doutrina e da jurisprudência entender ser perfeitamente cabível a aplicação do princípio da insignificância, outra parte dela (minoria) entende não ser cabível e, dentre os argumentos, sustentam: a) que sua indeterminação conceitual ou mesmo imprecisão terminológica levaria a uma grave insegurança jurídica; b) que o critério de insignificância não se pode aceitar em sistemas penais que expressamente criminalizam condutas menores; c) por não estar previsto na legislação (GOMES, 2013).

No que tange a sua indeterminação conceitual, em que pese não esta prevista em lei o seu conceito, a doutrina e a jurisprudência, com base nos demais princípios limitadores do Direito Penal (fragmentariedade, subsidiariedade, intervenção mínima, etc.) tem conseguido de uma forma sólida e harmônica conceituar tal princípio e limitar o seu campo de incidência, tendo como exemplo dessa conquista os vetores indicados no HC 84.412 do STF.

Sobre a questão de não ser reconhecido em sistemas que reconhecem os crimes menores (contravenção) tal argumentação não merece prosperar, isso porque uma coisa é fazer a valoração normativa da ofensa, outra é a valoração do interpretado sobre a mesma ofensa. Assim, mesmo após verificar que a conduta se adéqua a um tipo penal, por ser uma conduta tão ínfima, que não merece nem mesmo a incidência de causas privilegiadoras e contravencionais, é que se verifica possivelmente perfeito a coexistência do princípio da insignificância com crimes menores (Enrique García Vitor *apud* Gomes, 2013).

No que se refere a inexistência de previsão legal, conforme já disposto no decorrer deste trabalho, o princípio da insignificância veio a materializar (reforçar) o caráter subsidiário, fragmentário, de intervenção mínima, proporcional, humanístico, etc. que fundamenta a incidência do Direito Penal na tutela dos bens jurídicos.

Assim sendo, denota-se que o princípio da insignificância retira sua base fundamental dos mencionados princípios. Desta forma, por tais princípios estarem implícitos na Constituição Federal (BRASIL, 1988), e a Constituição reconhecer a incidência dos princípios por ela adotados (art. 5º, § 2º, da CF) é que se verifica a validade na aplicação do mencionado princípio.

Além do que, a lei em si não é capaz de regular toda a situação de conflito surgida no meio social, visto que a sociedade vive em constante transformação, cabendo aos princípios complementar (força normativa dos princípios) naquilo que for necessário. Nesse sentido Carlos Vico Mañas *apud* Gomes (2013, p.90) “a norma escrita não contém todo o direito e por isso mesmo, no campo penal, a construção teórica de princípios como o de insignificância não fere o mandamento constitucional da legalidade”.

Luiz Flávio Gomes, tratando sobre o tema princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade (2013, p.35), reconhece a força normativa dos princípios aduzindo que: “(...) só pode ser caso de enorme insensibilidade jurídica, porque não podemos imaginar que haja juiz que não reconheça a ‘força normativa dos princípios’, a tendência hoje inequívoca para a ‘Justiça principiológica’ etc”.

A título de arremate, o anteprojeto do novo Código Penal que está em trâmite no Senado Federal traz expressamente em seu corpo previsão (art. 28, § 1º) que trata da hipótese de aplicação do princípio da insignificância, trazendo como pressupostos para sua aplicação os vetores elencados pelo STF no HC 84.412, tratando-se de uma das hipóteses que excluem o crime.

Assim, verifica-se ser perfeitamente cabível em nosso ordenamento jurídico a aplicação do princípio da insignificância, tendo em vista que este veio a prestigiar o caráter subsidiário, fragmentário, etc. que erradia a incidência do direito penal, estando devidamente conceituado e com vetores que auxiliam em sua aplicação no caso concreto, estando amparado pelo texto constitucional de forma implícita e pela força normativa dos princípios reconhecida pela nova doutrina.

4. CRITÉRIOS PARA RECONHECIMENTO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CASO CONCRETO

O princípio da insignificância ou da bagatela não se encontra expressamente positivado no nosso ordenamento jurídico, sendo este uma criação doutrinária e jurisprudencial. Em que pese não conter previsão expressa no nosso Código Penal Comum, verifica-se, no Código Penal Militar (BRASIL, 1969), sua previsão expressa, nos termos dos artigos 209, § 6º³ e 240, § 1º⁴.

³ Art. 209. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: (...). § 6º No caso de lesões levíssimas, o juiz pode considerar a infração como disciplinar.

Por não constar expressamente no nosso ordenamento jurídico, coube a doutrina e a jurisprudência o papel de conceituar e trazer os requisitos (vetores) para incidência do princípio da insignificância ou bagatela.

Nesse sentido, por muito tempo a doutrina e a jurisprudência vêm tentando trazer requisitos que fossem (de uma forma geral) aceitos pelos aplicadores e estudiosos do direito, de modo a trazer um norte e uma maior segurança jurídica na aplicação de tal princípio no caso concreto.

Depois de vários julgados, foi no HC 84.412-SP, de relatoria do eminente Ministro Celso de Melo, do STF, que de uma forma brilhante, nos trouxe quatro requisitos (vetores) de ordem objetiva a serem preenchidas em cada caso concreto para incidência do denominado princípio, a saber: (a) ausência de periculosidade social da ação, (b) a mínima ofensividade da conduta do agente, (c) a inexpressividade da lesão jurídica causada e (d) a falta de reprovabilidade da conduta.

Em que pese a grandiosa contribuição do eminente Ministro Celso de Melo na estipulação dos vetores acima mencionado, restou uma dúvida na doutrina, relacionada a obrigatoriedade ou não da cumulação de todos vetores para reconhecimento do fato como insignificante ou se apenas preenchido um ou alguns deles já seria o suficiente para o reconhecimento de tal princípio.

Falando sobre o tema, Luiz Flávio Gomes entende não ser necessário, na análise do caso concreto, a presença de todos os vetores juntos para reconhecimento da insignificância, isso porque, segundo o autor, a insignificância pode ser resultado de um dano irrisório (insignificância do resultado), duma ação ou omissão inofensiva (insignificância da conduta) ou de ambos (insignificância do resulta e da conduta) (GOMES, 2013).

Explicando sua posição, Gomes (2013, p.20-21), aduzi que “quando uma conduta é indiscutivelmente insignificante, ainda que o resultado seja relevante, não há como incidir o Direito Penal”.

E continua o estimado professor a explicar sua posição citando exemplos:

1. Numa inundação dolosa (muito grave), quem ajudar o autor do fato (intencional) com o derramamento de um copo d'água não pode ser punido como coautor. Um copo d'água que é agregado a 10 milhões de litros d'água não significa absolutamente nada. O desvalor da ação, nesse caso,

⁴ Art. 240. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: (...).§ 1º Se o agente é primário e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou considerar a infração como disciplinar. Entende-se pequeno o valor que não exceda a um décimo da quantia mensal do mais alto salário mínimo do país.

é absolutamente indiscutível. Ainda que o delito (inundação) tenha sido devastador (tendo prejudicado dezenas de moradores e propriedades vizinhas), a ação absolutamente ínfima do agente (copo d'água) afasta a incidência do Direito Penal.

2. Quem subtrai uma cebola (ou um pálio de fósforo) pratica uma conduta desvalorada (o ato de subtrair é altamente desvalorado), porém, o resultado jurídico é absolutamente ínfimo (falta, portanto, o desvalor do resultado, falta um ataque intolerável ao bem jurídico). Aqui estamos diante de um caso em que só o desvalor do resultado jurídico é ínfimo. Mesmo assim, não há como deixar de aplicar o princípio da insignificância, apesar do desvalor da ação.

3. Num acidente de trânsito em que o agente atua com culpa levíssima e, ademais, gera uma lesão totalmente insignificante, não há como afastar a incidência deste princípio. Neste caso temos a combinação de ambos os desvalores: da ação e do resultado. Nem a ação foi grave nem o resultado foi relevante. Nesse terceiro grupo também não há como deixar de aplicar o princípio da insignificância (GOMES, 2013, pág.20-21).

A conclusão de Luis Flávio Gomes, é que não se pode aplicar os requisitos estampados pelo STF indistintamente a todos os casos, mas deve-se analisar o caso concreto, eis que nem mesmo a jurisprudência aplica os critérios uniformemente (GOMES, 2013, pág.21).

Portanto, segundo o eminente doutrinador, não se faz necessária a presença dos quatro vetores estipulados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) para reconhecimento da incidência do princípio da insignificância, isso porque, dentre os quatro requisitos, três dizem respeito a conduta (ausência de periculosidade social da ação; a mínima ofensividade da conduta do agente; a falta de reprovabilidade da conduta) e um diz respeito ao resultado (a inexpressividade da lesão jurídica causada), além do que, é preciso distinguir a insignificância da conduta, com a insignificância do resultado, o qual presente um deles, deve ser reconhecido e aplicado o princípio da insignificância no caso concreto.

Em que pese posição do professor Luis Flávio Gomes, a jurisprudência dos tribunais Superiores caminham em outro sentido, no sentido de aplicar o denominado princípio quando presentes todos os requisitos estipulados pelo STF, bem como, em alguns casos, conglobando outros aspectos de ordem subjetiva (reincidência, maus antecedentes etc.), fazendo aquilo que ela denominou de valoração global do fato, *in verbis*:

(...). 1. A aplicação do princípio da insignificância há de ser criteriosa, cautelosa e casuística. **Devem estar presentes em cada caso, cumulativamente, requisitos de ordem objetiva: ofensividade mínima da conduta do agente, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente e inexpressividade da lesão ao bem juridicamente tutelado.** (...).(RHC 103552, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em

01/06/2010, DJe-116 DIVULG 24-06-2010 PUBLIC 25-06-2010 EMENT VOL-02407-03 PP-00717) (grifos nossos)

(...). **1. Para a aplicação do referido postulado, devem ser obedecidos quatro requisitos, a saber: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.** (...). (STJ HC 83.144/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 21/06/2010) (grifos nossos)

Diante desse fato, é imprescindível a postura mais ativa do Juiz na aplicação do ordenamento jurídico, não mais se admitindo um Direito Penal Moderno/Constitucional/Democrático em que o juiz figure como mero aplicador da lei, devendo – dentro do juízo de razoabilidade e proporcionalidade – fazer justiça ao caso concreto (GOMES, 2013).

Por fim, adverte GOMES (2013, p.33) que não se deve misturar requisitos para aplicação da insignificância (seja ela insignificância da conduta, insignificância do resultado, ou ambos) que contam apenas com requisitos objetivos, com os requisitos para reconhecimento do princípio da irrelevância penal do fato, que contam com requisitos objetivos e subjetivos, para que o Direito Penal não seja aplicado incorreta ou arbitrariamente.

5 CIRCUNSTÂNCIAS SUBJETIVAS (OU PESSOAIS) DO AGENTE

Segundo Mirabete (2014) “circunstâncias são dados subjetivos ou objetivos que fazem parte do fato natural, agravando ou diminuindo a gravidade do crime sem modificar-lhe a essência”. Vale ressaltar que as circunstâncias subjetivas relaciona-se com a pessoa do agente, e as objetivas dizem respeito a tudo aquilo que não se relaciona com o agente.

5.1 MAUS ANTECEDENTES.

Os maus antecedentes são circunstâncias subjetivas negativas do agente, prevista no art. 59 do Código Penal (BRASIL, 1940), avaliado na primeira fase da dosimetria da pena (art. 68, do CP) o qual levava o juiz a elevar o patamar mínimo da pena em abstrato.

Diante do princípio da presunção de inocência, insculpida no art. 5, inciso LVII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), bem como no disposto na Súmula 444 do STJ (BRASIL, STJ, 2010) não mais se deve considerar como maus

anteriores inquéritos policiais e ações penais em curso, bem como condenações não transitadas em julgado em desfavor do agente.

Dessa forma, entende-se como maus antecedentes decisões transitadas em julgado que não se qualifique como reincidência, ou seja, decisões condenatórias transitadas em julgado que tenha ultrapassado o período depurador de 05 anos (quinquenal) entre a data do cumprimento ou extinção da pena, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação, conforme dispõe o art. 64, inciso I, do CP.

No mesmo sentido, é a jurisprudência, conforme se vê no *Habeas Corpus* 97665/RS da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal:

A mera sujeição de alguém a simples investigações policiais (arquivadas ou não) ou a perseguições criminais ainda em curso não basta, só por si - ante a inexistência, em tais situações, de condenação penal transitada em julgado -, para justificar o reconhecimento de que o réu não possui bons antecedentes. Somente a condenação penal transitada em julgado pode justificar a exacerbação da pena, pois, com o trânsito em julgado, descaracteriza-se a presunção "juris tantum" de inocência do réu, que passa, então, a ostentar o "status" jurídico-penal de condenado, com todas as conseqüências legais daí decorrentes. (STF. 2ª Turma. HC 97665/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, julgado em 04/05/2010)

5.2 REINCIDÊNCIA

No que tange a reincidência, seu conceito foi trazido pelo nosso Código Penal, no art. 63 (BRASIL, 1940), que diz: "Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior".

Sintetizando, para que o agente seja considerado reincidente é necessário: a) haja condenação transitada em julgado no Brasil ou no exterior; b) o agente tenha cometido novo crime após essa condenação transitada em julgado; c) que esse novo crime tenha sido cometido após a condenação transitado em julgado, mas antes do final do período depurador, ou seja, até 5 anos depois de ter cumprido a pena ou esta ter sido extinta.

A reincidência é aplicada na segunda fase da dosimetria da pena, tida como circunstância agravante (art. 61, inciso I, do CP), o qual poderá elevar o patamar da pena base.

Conforme exposto acima, a reincidência não é *ad eternum*, visto que conta com um período depurador de 05 anos entre a "data do cumprimento ou extinção da pena, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se

não ocorrer revogação” (art. 64, I, do CP), o qual após esse período, se não tiver cometido um novo delito, o agente é considerado primário novamente.

A razão de existir da reincidência é a penalização do agente mais severamente, pois este se mostrou indiferente quanto ao ordenamento jurídico e ao convívio social pacífico, mostrando que o caráter preventivo, repressivo e ressocializador da pena anteriormente aplicada não foi suficiente para sua recuperação e retorno ao convívio social.

Dentre outros efeitos, a reincidência: a) agrava a pena (art.63); b) impede a concessão do sursis quando se trata de crime doloso (art. 77, I); c) impede que se inicie o cumprimento da pena em regime semiaberto (a não ser quando se trate de detenção) ou aberto (art. 33, § 2º, b e c); d) quando em crime doloso, impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito ou multa (arts. 44, II, e 60, § 2º); e) aumenta o prazo para concessão de livramento condicional (art. 83, II); f) aumenta o prazo para a prescrição da pretensão executória (art. 110, in fine); g) interrompe o prazo da prescrição (art. 117, IV), etc (BRASIL, 1940).

6 PRINCIPIO DA INSGINIFICÂNCIA E OS ANTECEDENTES CRIMINAIS E/OU REINCIDÊNCIA DO AGENTE

No que se refere a aplicação (ou não) do princípio da insignificância ao agente que possua reincidência, ou que possua maus antes, bem como aquele que possua ambos predicativos negativos, a jurisprudência é oscilante quanto ao seu reconhecimento, tendo ora admitido e ora não admitido.

6.1 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL (STF/STJ)

Para a corrente jurisprudencial que não entende ser possível a aplicação do princípio da insignificância ao agente que possua esses predicativos negativos, fundamentam-se no sentido de que: a) o fato deve ser analisado de forma conglobada, de modo a analisar não só os 4 vetores estipulados pelo STF no HC 84.412-SP, rel. Min. Celso de Melo, mais também outros fatos relacionados a vida pregressa do agente; b) que as circunstâncias relacionadas aos maus antecedentes e/ou reincidência não se encaixa com os vetores da falta de reprovabilidade da conduta e da ausência de periculosidade social da ação; c) que a aplicação do princípio em análise aos agentes que já possuem predicativos negativos em seu nome seria um estímulo ao cometimento de infrações de pouca monta.

No STF, seguem alguns dos julgados nesse sentido na 1ª e 2ª Turmas:

(...) A reiteração delitiva, comprovada pela certidão de antecedentes criminais do paciente, impossibilita a aplicação do princípio da insignificância. (...) STF. 1ª Turma. HC 109705, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 22/04/2014.

(...) Sentenciados reincidentes na prática de crimes contra o patrimônio. Precedentes do STF no sentido de afastar a aplicação do princípio da insignificância aos acusados reincidentes ou de habitualidade delitiva comprovada. (...) (STF. 2º Turma. HC 117083, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 25/02/2014).

"o princípio da insignificância não foi estruturado para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de condutas ínfimas, isoladas, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido a sua reprovabilidade, perdem a característica de bagatela e devem se submeter ao direito penal" (STF. 1ª Turma. HC 102.088/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 21/05/2010).

Já no STJ, também há julgados nesse sentido na 5ª Turma, senão vejamos:

(...) Apesar de não configurar reincidência, a existência de outras ações penais ou inquéritos policiais em curso é suficiente para caracterizar a habitualidade delitiva e, conseqüentemente, afastar a incidência do princípio da insignificância. No caso, há comprovação da existência de outros inquéritos policiais em seu desfavor, inclusive da mesma atividade criminosa. (...) (STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 332.960/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 22/10/2013)

(...) A reincidência específica é prognóstico de risco social, recaindo sobre a conduta do acusado elevado grau de reprovabilidade, o que impede a aplicação do princípio da insignificância. (...) (STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 487.623/ES, julgado em 18/06/2014).

De outro modo, outra parte da jurisprudência entende ser cabível aplicação do princípio da insignificância aos agentes que possuam maus antecedentes e/ou reincidência, com fundamento em que: a) que as circunstâncias de caráter eminentemente subjetiva não interfere na aplicação do mencionado princípio, visto que para aplicação deste princípio só deve ser analisado estritamente em relação ao bem jurídico tutelado e com o tipo de injusto; b) que para aplicação do princípio da insignificância deve se analisar apenas os vetores indicados pelos STF (o qual tem caráter eminentemente objetivos), não cabendo mencionar questões de ordem subjetivas do agente; c) que o simples fato de se reconhecer o princípio da insignificância aos agentes que ostentam predicativos negativos em seu nome não é fator determinante para estimular a prática de pequenos delitos, sendo esse resultado circunstâncias de outros fatores.

Nesse sentido, mais recentemente a 2ª Turma do STF tem decidido o seguinte:

(...). III - Assim, ainda que conste nos autos registro de uma única condenação anterior pela prática do delito de posse de entorpecentes para uso próprio, previsto no art. 16 da Lei 6.368/1976, 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. (STF. 2ª Turma. HC 138697/MG, julgado em 16/05/2017)

(...). 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. (STF. 2ª Turma. HC 137422/SC, julgado em 28/03/2017)

A mudança de entendimento da 2ª Turma do STF vem se consolidando⁵ a possibilidade do reconhecimento do princípio da insignificância aos agentes que possuam maus antecedentes e/ou reincidência, de modo que a análise do caso concreto é que dará amparo para que o Juiz valere as circunstâncias para aplicação da insignificância.

Assim sendo, percebe-se que deve ter uma cautela na análise da aplicação ou não do princípio da insignificância aos agentes que possuam maus antecedentes e/ou reincidência, não podendo o Magistrado nem afastar liminarmente só pelo fato do agente ostentar circunstâncias desfavoráveis a seu favor, nem aplicar de forma indiscriminada, devendo ser analisada de forma cautelosa em cada caso concreto.

6.2 ENTEDIMENTO DOUTRINÁRIO

No mesmo sentido da jurisprudência caminha a doutrina, tendo adeptos a aplicação do princípio da insignificância ao agente portador de maus antecedentes e/ou reincidência, e tendo os não adeptos.

Aos que se filiam a aplicação do princípio da insignificância, temos o eminente professor Luiz Flávio Gomes, que dentre outros argumentos, diz que o princípio da insignificância só reclama requisitos objetivos, assim como os vetores estipulados no HC 84.412 do STF, além do que, diz o autor que o princípio da insignificância é analisado dentro do fato típico, no elemento tipicidade, e este corresponde a teoria do crime, enquanto os predicativos negativos do agente é visto na dosimetria da pena, na teoria da pena. Assim sendo, na análise da aplicação ou não do princípio da insignificância não se deve levar em conta requisitos subjetivos do agente, sob pena de retrocedermos ao direito penal do autor (GOMES, 2013).

⁵ <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/05/17/aplicacao-do-principio-da-insignificancia-e-consolidada-pela-2a-turma-do-supremo/>

Já aos que não entende ser possível tal aplicação temos o ilustre professor Guilherme de Souza Nucci, que dentre outros argumentos, aduz que não é possível a aplicação do mencionado princípio aos réus que possuam predicativos negativos em seu desfavor, tendo em vista que o mencionado princípio não pode representar um incentivo a criminalidade. Aduz ainda que tal aplicação seria incongruente com o fundamento da pena que é a ressocialização. Por fim, aduz que como o princípio da insignificância não está expresso no ordenamento jurídico, sendo uma construção doutrinária e jurisprudencial, nada impede a incrementação de requisitos especiais (como a análise dos predicativos do agente) para aplicação de tal princípio. (NUCCI, 2017).

Assim, verifica-se que na doutrina também não há um consenso quanto ao tema, devendo seguir a orientação que vem prevalecendo na jurisprudência pátria, qual seja, que o mencionado princípio deve ser analisado caso a caso para verificação da sua incidência aos réus portadores de maus antecedentes e/ou reincidente, não devendo ser afastado liminarmente só pelo fato do agente ostentar circunstâncias desfavoráveis a seu desfavor, nem aplicar de forma indiscriminada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo residiu na análise do princípio da insignificância em face dos antecedentes e/ou reincidência do agente, analisando-se inicialmente que a função do direito é a proteção de bens jurídicos essenciais a sociedade, devendo só intervir em última hipótese, quando os demais ramos do direito se mostrarem insuficientes para tutela daquele bem.

Após, lançamos olhar sobre o princípio da insignificância propriamente dito, como princípio limitador interpretativo restritivo do tipo, excluindo do campo de incidência do Direito Penal as condutas que lesem ou ameacem de lesão de forma insignificante o bem jurídico tutelado, tratando-se de uma causa supralegal de exclusão da tipicidade, tornado o fato atípico, reforçando que o direito penal é fragmentário, subsidiário, de intervenção mínima, proporcional, humanístico, de exclusiva proteção dos bens jurídicos, etc. que erradia o Direito Penal na tutela dos bens jurídicos.

Vislumbramos a divergência de posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários sobre a aplicação do princípio da insignificância a agentes portadores

de maus antecedentes ou reincidentes, denotando a ausência de unanimidade sobre o assunto.

Por fim, percebeu-se que a tendência é que para aplicação da insignificância deve ser analisado caso a caso, não podendo negar liminarmente a aplicação do mencionado princípio pelo simples fato do réu porta predicativos negativos em seu desfavor, bem como não pode ser aplicado de forma discriminada.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 20 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. **Código Penal Militar**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm>. Acesso em: 27 nov. 2017.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 27 nov. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 nov. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 444**. É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. Disponível em: <http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2362/Sumulas_e_enunciados>. Acesso em: 27 nov. 2017.

_____. **Anteprojeto de Código Penal**. Em tramite no Senado Federal. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/anteprojeto-codigo-penal.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 84412/SP**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+84412%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+84412%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bdglmox>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RHC 103552/DF**. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RHC%24%2ESCLA%2E+E+103552%2ENUME%2E%29+OU+%28RHC%2EACMS%2E+ADJ2+103552%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/azd9l8o>>.
Acesso em: 27 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 97665/RS**. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+97665%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+97665%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a5et8sd>>.
Acesso em: 27 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 109705/PR**. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+109705%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+109705%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d9qcxf>>.
Acesso em: 27 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 117083/SP**. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+117083%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+117083%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bon23vp>>.
Acesso em: 27 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 102088/RS**. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+102088%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+102088%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d5qq24f>>.
Acesso em: 27 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 137422/SC**. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+137422%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+137422%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zfrw7g8>>.
Acesso em: 27 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 138697/MG**. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+138697%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+138697%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jmqauxc>>.
Acesso em: 27 nov. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 332960/PR**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=332960&b=ACOR&p=true&l=10&i=16>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 487623/ES**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=487623&b=ACOR&p=true&l=10&i=2>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC 299185/SP**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=299185&b=ACOR&p=true&l=10&i=13>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC 83144/DF**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=83144&b=ACOR&p=true&l=10&i=11>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120)**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Princípio da Insignificância no Direito Penal brasileiro**. 1º ed. Dizer o Direito, 2014. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2014/07/principio-da-insignificancia-no-direito.html>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. – (Coleção direito e ciências afins; v. 1).

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP**. 30 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 13 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.