

# DOS CRIMES DE BAGATELA E A REINCIDÊNCIA

*OF BAGATELA CRIMES AND REINCIDENCE*

Muriell Camargo Castilho 50  
Luciana Aparecida Resende Nascimento 51

## RESUMO

O princípio da insignificância, consequência lógica do tradicional princípio da intervenção mínima do direito penal e regulador dos crimes de bagatela, surge como uma possibilidade de solução para situações especiais em que se verifica considerável irrelevância do dano causado e a desproporcionalidade entre a aplicação punitiva pelo Estado ao indivíduo causador do dano ínfimo. Todavia, não obstante a considerável relevância do tema, não há ainda regulamentação plenamente satisfatória e pacífica. O colendo STF faz menção dual quanto ao tema na sua jurisprudência considerando que o princípio da insignificância é causa de exclusão da tipicidade do fato e considera ainda a existência de requisitos subjetivos para sua existência no *in casu*, ora rejeitando o instituto bagatelar por ocasião de situação reincidência, ora admitindo tal instituto nas mesmas condições e situação. Em função disto o presente trabalho monográfico apresenta-se sob o desiderato de estudo do tema, com análises incutidas sob o método de raciocínio dedutivo. Para tanto, foram utilizadas jurisprudências, doutrinas e leis, especialmente no que se refere ao tema em conjunto com a teoria da imputação objetiva e o instituto da reincidência penal, bem como os princípios informadores e reguladores do direito penal, para assim oferecer análise estudo satisfatório do tema e sobre sua justa aplicabilidade constitucionalmente defendida.

**Palavras-chave:** Atipicidade. Bagatela. Intervenção mínima. Insignificância. Reincidência.

## ABSTRACT

*Revista Científica da Faculdade Quirinópolis*

The principle of insignificance, a logical consequence of the traditional principle of minimum intervention in criminal law and regulating trifle crimes, emerges as a possibility of solution for special situations in which there is considerable irrelevance of the damage caused and the disproportionality between the punitive application by the State to the individual causing the slightest damage. However, despite the considerable relevance of the topic, there is still no fully satisfactory and peaceful regulation. The STF column makes dual mention of the theme in its jurisprudence considering that the principle of insignificance is the cause of exclusion of the typicality of the fact and also considers the existence of subjective requirements for its existence in *in casu*, now rejecting the bagatelar institute on the occasion of a situation recidivism, now admitting such an institute under the same conditions and situation. Because of this, the present monographic work is presented under the aim of studying the theme, with analyzes instilled under the deductive reasoning method. To this end, jurisprudence, doctrines and laws were used, especially with regard to the theme in conjunction with the objective imputation theory and the institute of criminal recidivism, as well as the informing and regulating principles of criminal law, in order to offer a satisfactory study analysis. of the theme and its just constitutionally defended applicability.

**Keywords:** Atypicality. Trifle. Minimal intervention. Insignificance. Recurrence.

<sup>50</sup> Graduando em direito pela FAQUI muricastilho@hotmail.com (muricastilho@hotmail.com).

<sup>51</sup> (Orientadora) Docente do curso de Direito da Faculdade Quirinópolis. E-mail: luciananascimento1967@gmail.com

## INTRODUÇÃO

O Tema tem relação com vários ramos do direito, como o direito constitucional, o direito penal e o direito processual penal, abrangendo explanações e ponderações sobre o disposto em diversos diplomas legais e entendimentos jurisprudenciais, a saber: Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil, jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça, bem como em correntes doutrinárias diversas.

A sociedade é um sistema que se reinventa constantemente muito em conta da sua própria composição e da natureza oscilante do ser humano, sendo certo que o ordenamento jurídico, na qualidade de garantidor da sociedade deve valer-se de princípios que se adequem ao objetivo da ciência jurídica, qual seja a garantia da convivência pacífica entre os fatos sociais, os valores e as normas.

A humanidade viu surgir as mazelas sociais desde a concepção de propriedade que levou uns a ter mais e outros a ter menos e o sistema social em que vivemos não dá muito azo para eventual solução dos problemas, muitos indivíduos se encontram compelidos pelo estado de miserabilidade à prática de um ilícito penal sem ter real intenção direta de praticar o dano patrimonial ou extrapatrimonial, de modo que por miríades de vezes observa-se a insignificância da ação delituosa e para estes casos emerge a razoabilidade do afamado homem-médio, no que toca a necessidade de punição do sujeito.

O direito penal possui por base principiológica o princípio da intervenção mínima, certo que tal ordenamento jurídico é a última *ratio* para a solução dos litígios, dada sua própria natureza coercitiva, restritiva do bem mais caro ao ser humano, a liberdade, por isto sua aplicação deve ser vista com maior moderação.

Infelizmente, para o nosso vetusto Código Penal, datado de 1940, pouco importa se o réu furtou um tomate ou uma dúzia deles. Cabe aos operadores do direito avaliar se é justo ou não utilizar a máquina estatal para aplicar a sanção que, muitas vezes, será bem mais agressiva que a própria ofensividade da conduta sancionada. O princípio da insignificância ou da bagatela é instituto que vem regular a situações de condutas danosas mínimas, chamadas de crimes de bagatela, que não deveriam merecer a atenção do direito penal, mas em virtude de algumas correntes teóricas, de empecilhos técnicos e da própria falta de regularização legislativa sua aplicação é controversa. É o que se pretende aqui manusear.

Na primeira parte passa-se a análise de alguns dos princípios mais importantes para o tema, como são os princípios da insignificância, da fragmentariedade e da intervenção mínima e sua função tal qual o atlas de sustentação basilar do tema. Para tanto, na segunda parte temos uma breve introdução ao que seria o instituto do Garantismo penal e sua relação constitucionalista de direito estritamente imbricada com a questão dos crimes de bagatela.

Na terceira parte tem-se uma análise célere do tipo penal e da questão da tipicidade conglobante e sua relevante importância para a questão do crime de bagatela. Têm-se uma breve introdução ao estudo da teoria da imputação objetiva, tema assaz relevante e atual para as questões trazidas à baila. Teceu-se algumas considerações sobre as atualidades do direito em conjunto com o fenômeno da criminalização de delitos de bagatela. Além de entendimentos jurisprudenciais de alguns tribunais pátrios, essencialmente STF e STJ, tecendo-se uma análise técnica das divergências apontadas.

## **1 DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL ATINENTES AO TEMA**

### **1.1 O princípio da intervenção mínima e da fragmentariedade**

A criminalização das condutas, não é uma panaceia de todos os males, é oportuno que o direito penal se concentre apenas na proteção dos bens mais importantes e necessários à manutenção do bom modo de vida.

Importante frisar que, muito embora atualmente a sociedade seja deveras tendenciosa no sentido de ir contra as ideias de intervenção mínima e por conseguinte de considerar que o endurecimento das leis penais seja a melhor solução para os problemas sociais, há que se ter em mente o porquê do surgimento do princípio da intervenção mínima consubstanciado com o princípio da fragmentariedade, de modo que tais princípios vieram a surgir por ocasião de históricas violações dos direitos, de violências contra o indivíduo e injustiças cometidas sistematicamente, desde a época dos imperadores, até os mais recentes ditadores, amparados em seus supostos e radicais direitos penais (MIRABETE, 2018).

Posto isso o princípio da intervenção mínima tem o condão de limitar o poder estatal no âmbito penalista, no sentido de restringir ou mesmo impedir o arbítrio do legislador, Greco (2017, p. 59-60) cita os sapientíssimos ensinamentos de Muñoz Conde:

O poder punitivo do Estado deve estar regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima, Com isto, quero dizer que o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes.

As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objeto de outros ramos do Direito.

É, pois chamado de *ultima ratio* o princípio da intervenção mínima, ou última razão para a proteção dos bens sociais.

O princípio da intervenção mínima pode também ser reconhecido no princípio da subsidiariedade, entendida por Claus Roxin (2014, p. 48) como um caráter do direito penal na defesa de direitos nos seguintes termos:

A proteção de bens jurídicos não se realiza só mediante o Direito Penal, senão que nessa missão cooperam todo o instrumental do ordenamento jurídico. O direito Penal é, inclusive, a última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, quer dizer que somente se pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema, como a ação civil, os regulamentos d polícia, as sanções não penais etc. por isso se denomina a pena como a '*ultima ratio* da política social' e se define sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos.

Devendo o direito penal ser aplicado somente em situações que contenham em seu âmago uma real situação de lesão efetiva ou um perigo concreto ao bem jurídico tutelado.

De modo semelhante observa-se o princípio da fragmentariedade no direito penal, Muñoz Conde segundo Greco (2017, p. 72) enuncia:

Nem todas as ações que atacam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, nem tampouco todos os bens jurídicos são protegidos por ele. O Direito Penal, repito mais uma vez, se limita somente a castigar as ações mais graves contra os bens jurídicos mais importantes, daí seu caráter 'fragmentário', pois que de toda a gama de ações proibidas e bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico, o Direito Penal só se ocupa de uma parte, fragmentos, se bem que da maior importância.

É, pois, consequência dos princípios da insignificância e da intervenção mínima, bem como de outros de conhecimento análogo como o princípio da lesividade e da adequação social, é fragmentário o direito penal, pois a partir do momento em que o legislador definindo tipo penal incriminador, fragmenta condutas e situações que hão de merecer a guarida penal do direito passando a fazer parte de uma pequena parcela protegida.

## 1.2 O princípio da insignificância

Todo conhecimento científico parte de um entendimento doutrinário e principiológico por natureza, os princípios são destarte a base, o sustento de qualquer entendimento e isto se faz mais presente quando analisamos a ciência jurídica.

A ciência penal não poderia ser diferente, de modo que sem os princípios que a orientam estaríamos fadados ao caos digno de um período bárbaro e de igual modo perder-se-ia o norte se tal ciência fosse intransmutável no sentido de não admissão de novas ideias. Heráclito de Éfeso disse: “o homem que mergulha num córrego por alguns instantes, não é mais o mesmo homem que dele sai, em verdade, nem o córrego é mais o mesmo”, frase que se aplica perfeitamente ao âmbito jurídico, ora, tudo em direito é mutável e antes de toda modificação deve ser minimamente analisado, verificado, estudado, observando-se eventuais inconstitucionalidades e ilegalidades, com a finalidade de, em análise dialética, melhorar o direito, pois assim caminha a humanidade e em especial o mundo jurídico (GRECO, 2017).

O Direito Penal na história evoluiu deverasmente, mas isso não significa que tenha alcançado o píncaro do conhecimento humano, o abandono do ego deve pautar a âmagos do direito penal, fato este que já contribuiu quando da admissão do chamado princípio da insignificância ou princípio da bagatela no direito penal, a partir deste verificou-se a desnecessidade de punição de uma conduta infimamente ofensiva ao bem patrimonial ou extrapatrimonial, do particular (BITENCOURT, 2016).

Alguns estudiosos afirmam que tal princípio conhecido também como princípio da bagatela ou bagatelar, surgira no período romano, quando do aforismo jurídico *minimis non curat praetor* de onde se entende que o pretor, que era uma espécie de magistrado da época, o qual não tratava das minudências, ou seja, em se tratando de fato insignificante não haveria a necessidade de atenção do pretor na resolução do problema. Esta, no entanto é uma atribuição meramente fática à origem do princípio em voga, posto que se vincula a origem deste princípio apenas por ocasião de um brocardo jurídico originado do dia-a-dia forense romano pretérito, pois é sabido que não havia posituação legal neste sentido no direito romano e de igual modo sabe-se que o sistema jurídico romano tinha o direito civil assaz evoluído em detrimento da legislação penal, de modo que as questões patrimoniais tinham muito mais guarida do direito do que as questões penais, ocasião em que em raciocínio hipotético dedutivo podemos extrair que tal brocardo jurídico tenha

vido utilizado muito mais como uma forma de subterfúgio do pretor para evadir-se das questões penais (ROXIN, 2014).

É, pois mais acentuada a origem do princípio bagatelar na região da Europa, especificamente na Alemanha, onde os estudiosos do direito, analisando as mazelas sociais advindas dos grandes períodos de guerra, vislumbraram o surgimento de um impasse quanto à natureza dos diversos crimes cometidos em razão da situação geral de miséria e assolação e a necessidade legalista e real de coibir tais condutas. O excesso de desemprego, a fome e outras mazelas advindas da Guerra, fizeram surgir o termo “*bagatelledelikte*” ou delito de bagatela, aqui o requisito para o seu reconhecimento era eminentemente o da patrimonialidade, de sua relevância e quantidade.

Claus Roxin (2014) foi o introdutor deste princípio da bagatela no sistema penal em 1964, assim propondo a interpretação restritiva aos tipos penais, com a exclusão da conduta do tipo a partir da insignificante importância das lesões ou danos dos interesses sociais. Roxin (2014) relata que a insignificância não é característica do tipo delitivo, mas sim um auxiliar interpretativo, a fim de restringir o teor do tipo formal, conformando-o com condutas socialmente admissíveis, sustentando que tais infrações de bagatela não teriam a necessidade de uma imposição de pena.

Rogério Greco (2017, p. 79) assim ensina:

Concluindo, entendemos que a aplicação do princípio da insignificância não poderá ocorrer em toda e qualquer infração penal. Contudo, existem aquelas em que a radicalização no sentido de não se aplicar o princípio em estudo nos conduzirá a conclusões absurdas, punindo-se, por intermédio do ramo mais violento do ordenamento jurídico, condutas que não deviam merecer a atenção do Direito Penal em virtude da sua inexpressividade, razão pela qual são reconhecidas como de bagatela.

Note-se, para o entendimento deste princípio, que algumas atitudes indevidas (delitos) são tidas como notoriamente irrelevantes, a exemplo do furto de um pão ou da lesão corporal à um par seu consistente num mero arranhão, para estes o princípio bagatelar vem resguardar aquela proporcionalidade e razoabilidade que rege todo o ordenamento jurídico pátrio, cabendo aos operadores do direito, o aperfeiçoamento de tal instituto, sob o desiderato único do alcance da justiça.

O advento da Lei 11.033/04, que alterou o artigo 20 da Lei nº10.522/2002, trouxe grande contribuição para a fixação do princípio da insignificância na esfera dos

crimes fiscais e crimes contra a administração pública, a exemplo dos crimes de contrabando e descaminho.

Tal norma trouxe consigo a medida de arquivamento dos autos da execução fiscal de débitos inscritos na dívida ativa da União de valor igual ou inferior a R\$10.000,00, destarte o STF passou então entender a falta de interesse da União na execução de tais débitos por considerá-los insignificantes e de irrelevância penal nos crimes fiscais. Faixa quantitativa que não cabe na análise de crimes patrimoniais, o que importa em maior dificuldade de aplicação. Não obstante, dados coletados do STF revelam que o princípio da insignificância tem obtido substancial e gradual aumento de reconhecimento entre os períodos de 2004-2009, revelando ainda que 64,7% dos Habeas Corpus que tratam de tal tema foram concedidos no sentido de reconhecimento da insignificância e do crime de bagatela (GRECO, 2017).

## **2 DO GARANTISMO PENAL**

Não obstante as miríades de conturbações pelas quais a sociedade brasileira passou, pautada na luta, na entrega e no sacrifício de seus nacionais para dar-nos o Estado Democrático de Direito, ainda há empecilhos diversos ao seu perfeito ordenamento e no âmbito jurídico não poderia ser diferente, muito em função da sua própria natureza litigante. Nele, especificamente na seara penal, temos situações que destoam em muito do correto, fundadas em subterfúgios como o clamor social ou a segurança jurídica ou ainda o bem comum (CAPEZ, 2016).

Em um Estado democrático têm-se a Carta Maior que é instrumento regulador de todo o ordenamento jurídico do Estado, é basicamente aquele instrumento supremo a quem Hans Kelsen (1998) festejadamente ousou chamar de “Grund Norm”, superior às demais normas, para a qual toda a legislação infra deve adequação. Para nós é hoje a Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 nossa Grund Norm e as demais legislações são chamadas de infraconstitucionais, posto que se encontram em estado de subordinação hierárquica à Constituição Federal, esta que regula direitos e deveres fundamentais do cidadão e porque não dizer do próprio ser humano abstratamente reconhecido como ser de direitos e deveres (ROXIN, 2014).

Essa norma suprema é a norma fundamental do estado Democrático de direito e eventual incompatibilidade ou afronta para com a mesma tem o condão de fulminar a própria existência da lei ou ato tido então por inconstitucional. Assim eternizou Kelsen

(1998) estabelecendo em seus estudos que as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano, existindo normas superiores e inferiores; cada norma inferior deriva de uma superior e assim sucessivamente. Todavia, chega-se inexoravelmente a uma norma suprema que não deriva de nenhuma outra norma imediatamente superior, e sobre a qual repousa a unidade e coerência do ordenamento (ROXIN, 2014).

Esse modelo trouxe no seu bojo a noção de validade jurídica, ou seja, a conformidade das normas inferiores para com as superiores. Assim, Kelsen (1998) considerava uma norma como válida/vigente, simplesmente porque ela se encontrava de acordo com uma norma jurídica superior. Essa norma suprema é a norma fundamental, que segundo Kelsen (1998), existe em todo ordenamento e é ela que dá a unidade, unifica as outras normas, formando um todo chamado de ordenamento jurídico. Sem ela, não se poderia falar em ordenamento, e as normas formariam um composto amontoado e disperso. Ou seja, a quantidade e variedade de fontes do direito em um ordenamento complexo, constituem um ordenamento unido pelo fato de que todas as fontes remetem, em última instância, a uma única norma (ROXIN, 2014).

No dizer do eterno filósofo-político italiano Norberto Bobbio (2015, p. 49):

As normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano. Há normas superiores e normas inferiores. As inferiores, dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a norma fundamental. Cada ordenamento possui uma norma fundamental, que dá unidade a todas as outras normas, isto é, faz das normas espalhadas e de várias proveniências um conjunto unitário que pode ser chamado de ordenamento.

Neste sentido o consagrado jurista italiano Luigi Ferrajoli (2012) criou as bases do modelo penal garantista, onde se verifica a necessidade de adequação de toda norma ou ato punitivo aos preceitos constitucionais, tal adequação deve ser imposta à todos os poderes na tutela do direito de todos, representando assim o único remédio contra o que Ferrajoli chamou de Poderes Selvagens, consistentes na violação de direitos fundamentais em favor de uma benesse particular e comumente fundada em subterfúgios sórdidos com aparência de legalidade.

Ferrajoli (2012) diferencia dois tipos de garantias neste sistema, quais sejam as primárias e as secundárias, aduz ainda que as normas primárias são limites e vínculos normativos, ou seja, as proibições e obrigações, formais e substanciais impostos na tutela

dos direitos ao exercício de qualquer poder, enquanto as secundárias são por sua vez as diversas formas de reparação, de anulabilidade dos atos inválidos e de responsabilidade pelos atos ilícitos subsequentes às violações das garantias primárias.

A legislação é por si só incapaz de abarcar todas as condutas humanas em sua totalidade e insondável infinitude, destarte o magistrado é, pois um hermeneuta, a observar sempre os preceitos constitucionais, sob as críticas da antinomia, consistente numa suposta contradição entre normas da própria carta cidadã, afastada com fulcro na hermenêutica jurídica, logo tudo é uma questão interpretativa, não tão fácil como se imagina, pois em verdade seria mesmo fácil se o Direito tão somente se resumisse à mera aplicação da letra da lei. Nas palavras de Ferrajoli (2012, p. 26):

No modelo constitucional garantista a validade já não é um dogma associado à mera existência formal da lei, senão uma qualidade contingente da mesma ligada à coerência de seus significados com a Constituição.

Salo de Carvalho (2013, p. 17) afirma no mesmo sentido:

A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, se propõe a estabelecer os critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a 'defesa social' acima dos direitos e garantias individuais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumental prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados. Os direitos fundamentais adquirem, pois, status de intangibilidade, figurando o que Eliaz diaz e Eugenio Raúl Ferrajoli denominam de esfera do não-decidível, núcleo sobre o qual sequer a totalidade pode decidir. Em realidade, conforma uma esfera do inegociável, cujo sacrifício não pode ser legitimado sequer sob justificativa da manutenção do 'bem comum'. Os direitos fundamentais – direitos humanos constitucionalizados – adquirem, portanto, a função de estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas.

Neste sentido, o magistrado passa a possuir papel determinante na aplicação da lei, ou melhor, na interpretação legiferante em detrimento da mera aplicação positivista apedeuta, tal qual um equino cuja viseira impede-lhe evidente cognoscência. Cabe então ao magistrado, o sopeso dos valores envolvidos, possui desta feita, uma função substancial, material no ordenamento jurídico. Nesta ponderação a constituição ou sua essência deve se sobressair em virtude de sua própria característica de guardiã dos direitos fundamentais.

## 2.1 Do tipo penal

O tipo é para o direito penal a descrição de um fato ilícito tendo por consequência da adequação entre a conduta do agente e o tipo descrito uma sanção, que implica na cominação de uma pena, é, portanto, constituído de dois preceitos, um primário informador da conduta proibitiva ou que se quer fomentar, e outro secundário, determinador da sanção consequente. Sempre positivado em lei em obediência ao princípio da legalidade, preceituado no axioma “nullum crimen nulla poena sine praevia lege poenali”, máxima atribuída à Feuerbach no seu Lehrbuch que reflete o Princípio da Legalidade exposto em momento pretérito, onde se firmou o entendimento de que o legislador, sob o intuito de impor ou proibir condutas sob ameaça de sanção, deve valer-se da lei como requisito de sua validade (ZAFFARONI, 2012).

O tipo penal é devido apenas para a proteção de bens cuja tutela pelos demais ramos do direito mostrou-se hipossuficiente. É, portanto um padrão de conduta que o estado visa impedir ou determinar, por meio do instrumento legal, sendo objeto de estudo da tipologia criminal. Logo o tipo penal é a descrição concreta da conduta

proibida (BITENCOURT, 2016).

Nos ensinamentos de Cirilo de Vargas (2013, p. 19):

Constitui uma tradução livre do vocábulo *Tatsbend*, empregada no texto do art. 59 do Código Penal alemão de 1971, e provinha da expressão latina *corpus delicti*. O tipo, portanto, é a descrição precisa do comportamento humano, feita pela lei penal.

Para Zaffaroni (2012, p. 129): “o tipo penal é um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes”.

A definição de Zaffaroni (2012) é a que melhor traduz o desiderato Garantista do direito penal, quando, ao definir o tipo penal, restringe a individualização e, portanto, a possibilidade de observação pelo direito penal, apenas às condutas que sejam penalmente relevantes. Em concordância com o princípio da intervenção mínima e substancialmente com o princípio da insignificância. Esta definição de Zaffaroni (2012) será levada em conta para a atribuição da tipicidade conglobante e, por conseguinte para caracterizar a atipicidade da conduta irrelevante ao direito penal, qual seja o “crime de bagatela” que será trabalhada mais adiante. Desta feita temos a exemplo do art. 121 do Código Penal brasileiro, in verbis: Art. 121 – “Matar alguém” – Pena: reclusão, de seis a vinte anos”.

Pode-se então observar com nitidez a presença dos elementos primário e secundário, e em se adequando a conduta de um agente com a conduta descrita no tipo penal, qual seja de “matar alguém”, estará tal agente sujeito à incisão do preceito secundário sancionador constante em uma reclusão de seis a vinte anos. De se ver que quando ocorra essa adequação da conduta ao tipo teremos a chamada tipicidade formal, sob pena de, caso não haja perfeita adequação, ser considerado o fato formalmente atípico.

## 2.2 A tipicidade formal e conglobante

O fato típico é sabidamente constituído pela conduta do agente dolosa ou culposa e comissiva ou omissiva, pelo resultado promovido, através do nexo de causalidade entre a conduta e o resultado e pela tipicidade. A tipicidade penal, portanto, nada mais é do que um dos elementos do tipo, para muitos doutrinadores a tipicidade penal, que é necessária para a configuração do fato típico, possui uma bipartição relevante em tipicidade formal e a tão famosa tipicidade conglobante (CAPEZ, 2016).

Na tipicidade formal temos a perfeita adequação da conduta à letra da lei, ou seja, ao tipo penal abstratamente previsto, todavia isto por si só não é suficiente para trazer relevância adequada para o direito penal caracterizar uma conduta como criminosa e principalmente para punir um indivíduo nas formas severas que só se encontra na seara penalista. Todavia este elemento por si só não é suficiente para abarcar as relações jurídicas existentes. Como ficam os furtos de um ou dois tomates, ou de chinelos? Como ficam as lesões que importem em simplórios e efêmeros arranhões? Seria justo que um indivíduo que furte um chinelo seja condenado a passar de um a quatro anos nessas nossas penitenciárias de segurança dubitável, verdadeiras escolas do crime, que mais lesionam o indivíduo em sua existência do que atendem ao fim social a que se dirigem ou pelo menos deveriam se dirigir? De certo que não (GRECO, 2017).

Para estes casos a doutrina criou a figura da tipicidade conglobante, que no dizer de Rogerio Greco (2017, p. 157):

Surge quando comprovado, no caso concreto, que a conduta praticada pelo agente é considerada antinormativa, isto é, contrária à norma penal, e não imposta ou fomentada por ela, bem como ofensiva a bens de relevo para o Direito Penal (tipicidade material).

Logo a tipicidade penal não se forma só pela tipicidade formal, mas pela sua soma à tipicidade conglobante. A tipicidade conglobante por sua vez constitui-se da chamada antinormatividade e da tipicidade material, de modo que para configurar a tipicidade penal da conduta é necessário que esta seja uma conduta antinormativa e que o bem jurídico a ser tutelado seja de relevância para o Direito penal, em consonância com os princípios da intervenção mínima, da adequação social, da fragmentariedade e da insignificância (BITENCOURT, 2016).

A antinormatividade diz respeito a uma conduta que a lei proíba, ou seja uma conduta que vai de encontro ao estabelecido por lei e segundo o princípio da legalidade, pois só por lei se pode obrigar um indivíduo em direito penal. Porém há casos menos simples, em que podem existir duas normas se contrapondo onde o juiz deverá fazer uso de hermenêutica para elidir de eventual “antinomia” alegada, posto que, na lição de Pierangeli e Zaffaroni, o tipo não pode proibir o que o direito ordena e nem o que ele fomenta, sendo que, como preleciona Norberto Bobbio, o ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele normas incompatíveis. Como exemplos de condutas que a lei fomenta e é não-antinormativa, temos a permissão para o médico lesionar (técnica e precisamente) o paciente em intervenção cirúrgica, tal conduta do médico não é antinormativa, posto que a lei a impõe ou fomenta-as, sendo ainda uma hipótese de atipicidade penal da conduta do médico cirurgião (BITENCOURT, 2016).

Já a tipicidade material, outro elemento da tipicidade conglobante, é no sentido da relevância dos bens atingidos pela conduta. Rogerio Greco (2017, p. 159) aduz que:

Nessa seleção de bens, o legislador abrigou, a fim de serem tutelados pelo Direito Penal, a vida, a integridade física, o patrimônio, a honra, a liberdade sexual etc. Embora tenha feito a seleção dos bens que, por meio de um critério político, reputou como os de maior importância, não podia o legislador, quando da elaboração dos tipos penais incriminadores, descer a detalhes, cabendo ao intérprete delimitar o âmbito de sua abrangência.

Nessa esteira, é pela tipicidade material que se identifica a relevância do bem no caso concreto, o que é de suma importância, posto que as lesões mínimas a um bem mesmo que tutelado pelo direito penal, não deverão sofrer eventuais incisivas e leoninas sanções penais a depender do caso concreto.

Assim, para que se dê a incidência da norma penal não basta a mera adequação formal do fato empírico ao tipo legal, sendo necessário que a conduta delituosa se contraponha ao tipo penal e a vítima tenha experimentado efetivo desfalque real em seu

patrimônio, nos casos de crimes que atentem contra este bem jurídico, como ocorre *in casu*, sob pena de se provocar uma desnecessária mobilização do Poder Judiciário.

### 2.3 Da teoria da imputação objetiva

Para se compreender satisfatoriamente este tópico há que se entender que o tipo penal é composto de duas partes, por isso chamado de complexo, quais sejam uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva, e que o tipo penal pode ser imputado a alguém se o agente age sob a incidência de dolo ou culpa, em havendo previsão legal para a esta última, nos termos o princípio da culpabilidade. Não havendo estes elementos subjetivos ao autor não poderá ser atribuído o tipo penal incriminador (MIRABETE, 2018).

Tem-se como exemplo a situação em que condutor de veículo automotor que dirigindo atento às regras do CTB acerca da velocidade permitida e demais deveres de conduta e cautela no trânsito, vem a abalroar cidadão, este que por imprudência não observa o veículo aproximar-se de modo que não permite ao condutor a possibilidade de frenagem suficiente a evitar o choque. Nesta situação o condutor do veículo agiu desprovido do elemento subjetivo do tipo penal, posto que não agiu culposamente (sem imprudência, negligência ou imperícia) tão pouco com dolo de atropelar a vítima, não havendo que se falar, portanto, em condenação daquele e atribuição do resultado para si, é pois, uma espécie de imputação subjetiva (GRECO, 2017).

Já na hipótese da imputação objetiva, ocorre a análise do tipo em sentido inverso, neste há de se verificar se o elemento (resultado) objetivo do tipo penal poderá ser imputado ao agente, nas palavras de Rogerio Greco (2017, p. 162): “o estudo da imputação objetiva, dentro do tipo penal complexo, acontece antes mesmo da análise dos seus elementos subjetivos (dolo ou culpa)”.

A teoria em voga surgiu como um contraposto à chamada Teoria da equivalência dos antecedentes causais, somando a esta, um plus dado por si. O nosso código penal adotou como regra, a de teoria da equivalência dos antecedentes causais, ou “*conditio sine qua non*”, considerando causa toda a ação ou omissão sem a qual o resultado não se teria produzido. Em suma, tudo o que contribui, in concreto, para o resultado, é causa. Trata-se então de um método semelhante ao de eliminação hipotética de Thyrén, onde para se saber se determinada conduta é ou não causa de um resultado, logo, caso uma dada ação,

quando suprida mentalmente do plano fático, tenha por consequência a inocorrência do resultado, tal ação não será tida por causa do resultado previsto (GRECO, 2017).

O artigo 13 do Código Penal trata-se da relação de causalidade: “considera-se causa a ação ou a omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”. Como se pode depreender do texto de lei, é uma teoria assaz ampla, posto que verificando-se a existência de outras causas entre a conduta e o resultado, todas elas se equivalem, havendo assim a possibilidade de demasiadas causas equivalentes.

A exceção é do §1º do art.13 CP: “§ 1º - A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou”

Neste ponto encontramos o problema substancial, em virtude da infinitude regressiva da imputação, e aqui a teoria da imputação objetiva surge como limitadora de eventuais incongruências. Para os adeptos da teoria da imputação objetiva, a equivalência dos antecedentes adotada pelo código penal é severa e inadequada, desta feita a imputação objetiva propõe uma seleção das causas juridicamente relevantes, utilizando-se de critérios de caráter normativo que serão observados na própria natureza do direito penal, sem precisar recorrer a análise do dolo ou culpa, limitando o nexos causal objetivo e concedendo ao direito penal um conteúdo jurídico e não meramente naturalístico (GOMES, 2014).

Assim, Maurach (2014, p. 58) preleciona:

O complexo fenômeno da investigação jurídico penal da causalidade somente pode ser estudado corretamente se se efetua uma clara diferenciação entre pontos de vista empíricos e normativos. [...] Portanto, a investigação da causalidade tem lugar em duas etapas, estruturadas uma sobre a outra, enquanto em primeiro lugar deve ser examinada a causalidade (empírica) do resultado e, se afirmada que ela seja, a imputação (normativa) do resultado.

Ressalta Paulo Queiroz (2011, p. 06) sobre a teoria em baila:

Não é, propriamente, em que pese o nome, imputar o resultado, mas em especial, delimitar o alcance do tipo objetivo (matar alguém, por exemplo), de sorte que, em rigor, é mais uma teoria da ‘não-imputação do que uma teoria ‘da imputação’. Trata-se, além disso, não só de um corretivo à relação causal, mas de uma exigência geral da realização típica, a partir da adoção de critérios essencialmente normativos, de modo que sua verificação constitui uma questão de tipicidade, e não de antijuricidade, previa e prejudicial à imputação do tipo subjetivo (dolo e culpa).

Luíz Flavio Gomes (2014, s.p) aponta que tal teoria consiste basicamente em três grandes regras:

- I- a criação (ou incremento) de um risco proibido relevante;
  - II - conexão direta entre esse risco e o resultado jurídico;
  - III- que esse resultado esteja no âmbito de proteção da norma.
- Em suas palavras:

O agente só pode ser responsabilizado penalmente por um fato (leia-se: a um sujeito só pode ser imputado o fato), se ele criou ou incrementou um risco proibido relevante e, ademais, se o resultado jurídico (lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico) decorreu diretamente desse risco e estava no âmbito de proteção da norma.

Sob este prisma, podemos dizer que a teoria da imputação objetiva possui o condão de afastar o fato típico, na hipótese se sua incidência, ou seja, quando o risco criado não pode ser imputado à conduta tamanha sua insignificância.

### **3 DA CRIMINALIDADE DE BAGATELA PRÓPRIA E IMPRÓPRIA**

O fato insignificante é o elemento determinante da configuração de um delito de bagatela ou infração bagatelar, onde não há necessidade de se requerer a intervenção do Direito Penal, tendo em vista que a conduta é conseqüentemente desprovida de tipicidade material, sendo, portanto, atípica.

Luíz Flávio Gomes (2014) entende que o delito de bagatela deve ser considerado sobre dúplice perspectiva, assim considerada: infração bagatelar própria e infração bagatelar imprópria. A infração bagatelar própria refere-se às situações onde o resultado do delito e, ou o perigo fornecido pela ação são ínfimos, a exemplo do indivíduo que atira bolas de papel contra outrem onde se extrai irrisórios resultado e perigo da ação ou ainda a exemplo do indivíduo que furte o valor insignificante de um real, onde muito embora sua ação se verifique valorada negativamente pelo Direito Penal (furtar), o resultado é irrisório a tal ponto que implica na desnecessidade de incidência do direito Penal. Trata-se basicamente de situações de desvalor da ação e, ou desvalor do resultado onde se analisa a questão da atipicidade da conduta, sob a égide do princípio da insignificância e da teoria da imputação objetiva.

Já na situação bagatelar imprópria o fato é relevante para o Direito Penal sim, todavia nota-se que a aplicação de quaisquer penas ao caso concreto torna-se desnecessária, sob a égide do princípio da irrelevância penal do fato. Luíz Flávio Gomes (2014, p. 187) acentua:

É incorreto querer racionar com o princípio da irrelevância penal do fato nos casos de infração bagatela própria. Do mesmo modo que desacertado é querer aplicar o princípio da insignificância onde é o caso da irrelevância penal (infração bagatela imprópria). Cada espécie de infração bagatela tem seu princípio adequado (infração bagatela própria: princípio da insignificância; infração bagatela imprópria: princípio da irrelevância penal do fato, quando o caso).

Na mesma esteira, Gomes (2014) exemplifica a bagatela imprópria no crime de peculato culposo, onde há a possibilidade de extinção da punibilidade do réu caso ocorra a reparação dos danos antes do trânsito em julgado da sentença final, pois a pena tornar-se ia desnecessária. Logo o princípio da irrelevância penal do fato que se verifica nos crimes de bagatela imprópria seria perfeitamente adequado para aqueles casos em que há dúvida do magistrado acerca da subsunção do caso concreto ao princípio da insignificância.

O citado professor Luiz Flávio Gomes (2012, s.p) comenta:

Num caso de tentativa de furto de R\$ 10,00 e uma bíblia, o Tacrim-SP em julgado recente acabou condenando o imputado. Tenho para mim que seria o caso de se aplicar o princípio da insignificância (em razão da inexistência do desvalor do resultado). De qualquer modo, em caso de dúvida, entendendo o juiz que achavam-se presentes o desvalor da ação e do resultado, poderia ter se valido do princípio da irrelevância penal do fato (e afastado a pena). Ainda que fosse típico (o fato), não "necessitava" pena.

São destarte dissemelhantes os dois institutos bagatelares um do outro, sendo uma causa de atipicidade fática (bagatela própria), em detrimento do outro que causa a dispensabilidade ou desnecessidade de efetivação da pena (bagatela imprópria).

### 3.1 Breves considerações sobre as tendências do direito penal

O Estado Social de Direito, trouxe consigo, todavia, algumas situações perigosas e que merecem cuidado especial e ponderação. Neste sentido o mestre Luiz Flávio Gomes (2012, s.p) aduz:

O Direito Penal foi transformado em instrumento não somente do 'prevencionismo positivista', senão sobretudo do intervencionismo do estado social. Desde a época das primeiras codificações até hoje, permanece o legislador com a mais soberana possibilidade de criminalizar condutas quando queira e, substancialmente até certo ponto, da forma como bem entenda. Seu limite é o quadro axiológico constitucional; porém, não há ainda no Brasil muita preocupação com esses limites.

De igual o Luiz Flávio Gomes (2012, s.p) mestre ensina:

Por impulso do estado social, em suma, não somente se incrementou quantitativamente a legislação penal, com também se concretizou a maior transformação experimentada pelo estado de Direito e especialmente pelo Direito Penal: agora os bens jurídicos em torno dos quais gravita o sistema de sanções pertencem tendencialmente à coletividade (bens supraindividuais). Do individual passa-se ao coletivo, isto é, ao supraindividual, para recair sobre as expectativas sociais, universais.

Muito embora se perceba hoje no Direito Penal uma flexibilização das garantias constitucionais individuais, no sentido de permitir a intervenção estatal na esfera individual do indivíduo com o desiderato da proteção de bens supraindividuais e de prevenção do fenômeno recorrente e atual macrocriminalidade (estudada no direito penal do inimigo de Jakobs), e, ou, para a promoção da eficiência da *persecutio criminis*, a exemplo das quebras de sigilo telefônico e bancário, não se pode confundir e permitir tal flexibilização na intervenção estatal para uma criminalização de condutas irrisórias e de lesão insignificante, o que usurparia direitos individuais e fundamentais apenas fundamentados na ideia utópica de segurança social ou bem comum, tais qual o modelo rosseuniano, que foi belo para sua época onde a tirania pairava, mas que nos tempos atuais de um Estado Democrático de Direito figura como fundamento desvairante para o Direito Penal (GOMES, 2012).

Sancionar um ser humano por furtar uma maçã, sob o fundamento de que este vem furtando maçãs diariamente, ou seja, de que é contumaz em furtar maçãs, alegando ainda que não sancioná-lo seria legalizar a prática de pequenos crimes, não me parece nem de longe um bom argumento para condenar este ser humano (falho como miríades de nós) ao encarceramento por meses ou anos a fio, mesmo porque é este ser humano um cidadão que incidiu em erro, muito diferente daquela pessoa que nega a sociedade e vive em constante hostilidade dolosa para com sua estrutura (MIRABETE, 2018).

Segundo a teoria do direito penal do inimigo, o Direito voltado para o cidadão possui em seu bojo a doação de uma chance de se restabelecer a vigência da norma violada pelo, e ao indivíduo de modo coativo, mas como cidadão, onde o Estado não vê esse indivíduo como um inimigo a ser destruído, porquanto seja autor de um erro, um fato normal que não abstrai sua característica de cidadão no Direito. Todavia existem pessoas que possuem condutas assaz gravosas, e que se “afastaram” de maneira definitiva e

duradoura do Direito, este que proporciona as garantias mínimas necessárias a um tratamento tal qual o devido ao cidadão (GOMES, 2010).

O professor Luiz Flávio Gomes (2012, s.p) ensina que:

A penetração da política criminal no Direito Penal sustentada por Roxin em 1970 para torná-lo mais justo (resolução dos casos concretos com respeito ao valor justiça, mas limites ao *ius puniedi* etc.) é mais que patente, porém não no sentido da mínima intervenção, senão opostamente no sentido 'intervencionista', e não poucas vezes autoritário (aumento dos delitos de perigo abstrato – predomínio dos interesses preventivos – legislação simbólica etc.).

O mais preocupante é que essa tendência conta com ampla possibilidade de expansão, visto que, em geral, está acobertada pela 'legitimação' popular. Isso conduz os políticos e a mídia a satisfazerem (sempre) esse 'anseio' coletivo (leia-se: vender esse novo produto de mercado que se chama Direito Penal): *more and more of the same*.

A 'desformalização' do Direito Penal, nesse contexto, ao consentir a eliminação ou diminuição das garantias tradicionais que foram idealizadas para limitar a instrumentalização política do Direito Penal, nada mais representa que uma das vias de possibilidade de sua expansão antigarantista, fundada na indeterminação da norma, na utilização de conceitos vagos, na opção por cláusulas gerais, na ampla discricionariedade do juiz na delimitação do injusto e da pena, no incremento dos delitos de perigo abstrato, na standardização excessiva de deveres jurídicos nos delitos imprudentes e de omissão etc (GOMES, 2014).

Esta involução caracterizada pela incriminação de condutas insignificantes que tenderia por afastar ou diminuir as garantias individuais é vista nas decisões até mesmo do STF, quando seus ministros julgam que o princípio da insignificância deve ser afastado se verificada a repetitividade da conduta delitativa bagatelar, generalizando erroneamente como sendo "reincidência" ou quando se admite a existência de processo em trâmite (sem sentença definitiva para o indivíduo que cometa crime de bagatela) como um fator que afasta o princípio da insignificância e recusam-se assim os princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade do direito penal, violando flagrantemente a garantia do "*nulla Lex poenalis sine necessitae*" (não há lei penal sem necessidade) ou mesmo a garantia individual constitucional-penal erigida pelo princípio da presunção de inocência, disposto o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988: "ninguém será

considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (GOMES, 2014).

Não é o objetivo afirmar aqui que não se deve sancionar tais condutas; se defende sim é que tal conduta não mereça o olhar lancinante do Direito Penal, dada sua insignificância, para isto o direito é múltiplo, encontrando ramificações que facilmente acolheriam situações como a mencionada, ou mesmo se poderia falar em uma penalidade para fora das raias da privação de liberdade, no sentido então de imposição de penas tão somente restritivas de direitos para tais condutas simplórias, concernentes na prestação pecuniária quando possível ou na prestação de serviços à comunidade etc (MIRABETE, 2018).

Muito embora se possa fazer uso das penas restritivas de direito para um furto pequeno (objeto de pouco valor e conduta sem violência e grave ameaça) ao qual se comine pena inferior a quatro anos de privação de liberdade, nos termos do art. 155, caput do c/c o art. 44, I, ambos do CPB, quando ocorre a figura da reincidência (dolosa - para efeitos de substituição para pena restritiva de direito) fica tecnicamente afastada a possibilidade de tal substituição de pena ocorrer (GRECO, 2017).

Mesmo que a reincidência se dê nas mesmas circunstâncias de bagatela os tribunais pátrios utilizando-se dos requisitos do STF (aduzidos adiante - a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada) tendem a afastar o princípio da insignificância, condenando o réu desproporcionalmente ao valor de sua conduta e real ofensividade (GRECO, 2017).

Caso se aplicasse a tipicidade conglobante, absolvendo o réu por atipicidade material de sua primeira conduta bagatelar, a figura da reincidência então não se verificaria quando por ocasião de uma segunda conduta bagatelar, posto que não tivesse ocorrido sentença condenatória anterior, mas absolutória. Destarte, a partir de eventual segunda (ou mais) conduta delituosa ínfima, se poderia aplicar a figura da reprovabilidade da conduta (requisito do STF) por ser insistente e contumaz o réu surgindo então à possibilidade de sancioná-lo (GRECO, 2017).

Desta feita poderia se afastar a figura do princípio da insignificância, caso em que, salvo insipiente senso de proporção do julgador, seria possível a imposição formal de com uma pena inferior aos 4 (quatro) anos para os casos de furto (bagatelar) por exemplo abrindo-se espaço para a justa aplicação das penas substitutivas restritivas, estas que se

mostram muito mais adequadas para as situações de crimes de bagatela, que em sua absoluta maioria são cometidos por viciados em entorpecentes e por pessoas em completa miserabilidade, ou até mesmo incapazes (como os portadores da cleptomania) (CAPEZ, 2016).

Deve o operador do direito, portanto, fazer uso racional do instrumento processual e substancial que tem em mãos, com vista à aplicação da justiça, posto que a mera aplicação técnica ou subjetiva às cegas do “todo” penal poderá implicar (e implica!) na própria injustiça contra a qual todo o ordenamento jurídico se fez existir.

## 4 DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

### 4.1 Os requisitos do STF para a aplicação do princípio bagatelar

O STF, considerado órgão máximo, de cúpula do ordenamento jurídico no âmbito do Poder Judiciário, considera o princípio da insignificância no mesmo sentido do aludido em seu glossário jurídico, presente na página da web do seu site de internet:

**RECIFAQUI**  
Revista Jurídica de Recife

Princípio da Insignificância (crime de bagatela): ‘o princípio da insignificância tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, ou seja, não considera o ato praticado como um crime, por isso, sua aplicação resulta na absolvição do réu e não apenas na diminuição e substituição da pena ou não sua aplicação. Para ser utilizado, faz-se necessária a presença de certos requisitos, tais como: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada (exemplo: o furto de algo de baixo valor). Sua aplicação decorre no sentido de que 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’.

Portanto o STF estabelece 4 (quatro) requisitos para que se reconheça a figura do “crime bagatelar” consubstanciado no princípio da insignificância, posto que tal princípio, pela própria etimologia da palavra, trata-se de elemento formador e informador de eventual crime bagatelar, trocando em miúdos, pode-se dizer que não obstante o entendimento do STF acerca da insuficiência do princípio da insignificância puro e simples para regular tais crimes, deu por bem ainda instituir estes quatro requisitos com vistas a melhorar a aplicação fática daquela teoria (ÁVILA, 2014).

Todavia, não houve tantos avanços neste sentido, de modo que as oscilações e divergências de decisões judiciais findaram por recrudescer. Observe-se que não há regulamentação legal do crime de bagatela, muito menos qualquer alusão legal ao instituto da reincidência criminal como fator agravante para a aplicação do princípio da insignificância, tudo o que se tem são entendimentos doutrinários e jurisprudenciais (CAPEZ, 2016).

Não obstante, o STF tem decidido no sentido do afastamento da possibilidade de absolvição do réu pelo crime de bagatela, quando em situação de reincidência, considerada ainda como conduta contumaz do criminoso de bagatela. Todavia possui também decisões favoráveis à absolvição pelo crime de bagatela, mesmo quando em situação tida por reincidente.

#### 4.2 Das divergências de aplicação do instituto da reincidência nos crimes de bagatela

O que ocorre é que para alguns estudiosos e juristas, absolver um indivíduo pelo crime de bagatela ensejaria na impunidade da conduta criminosa de pequena monta e na legalização destas condutas, e, é interessante tal argumento pois o direito penal serve para a sociedade. O argumento técnico usado para decisões com tais fundamentos é comumente o da reincidência, além dos maus antecedentes, sem se fazer um juízo crítico-analítico quanto a real situação de reincidência e as diferentes hipóteses e modalidades de reincidência que por vezes ocorrem. A hipótese da reincidência nos crimes de bagatela deve ser vista com ponderação adequada sob pena de se produzir um falso juízo da situação do réu (CAPEZ, 2016).

Facilmente se pode observar certa confusão jurisprudencial entre a reincidência e conduta contumaz nos crimes de bagatela, quando a diferença é na verdade assaz simplória, a saber que o instituto reincidência é verificado no art. 63 do Código Penal o qual positiva que para a configuração formal da reincidência criminal, há a necessidade de ocorrência de uma sentença condenatória anterior transitada em julgado com subsequente cometimento de novo crime: “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” (CAPEZ, 2016).

Frise-se que nos crimes de bagatela não há que se falar em reincidência criminal, posto que a incidência da insignificância nestes crimes enseje a atipicidade penal com a consequente sentença absolutória do indivíduo, não havendo destarte nem novo crime

formalmente entendido, tampouco condenação anterior, se declarada conduta bagatelar também (CAPEZ, 2016).

Já a hipótese de conduta contumaz do criminoso de bagatela, que reiteradamente pratica pequenos furtos, por exemplo, aproveitando-se da folga que o princípio da insignificância lhe permite é dotado de reprovabilidade inerente, mas não podendo ser caracterizado como reincidência (CAPEZ, 2016).

Desta feita, caem como luva os oportunos requisitos do STF, posto que o princípio da insignificância não existe para dar benesses às práticas eivadas de *dolus malus* e que agridam ao seio social. Neste sentido, é uma análise do grau de reprovabilidade da conduta do agente que o juiz deve fazer tecnicamente, em detrimento de uma análise de reincidência nos termos do art. 63 do CPB, em crimes bagatelares, posto que um crime bagatelar, muito embora a nomenclatura o denomine crime, este já não é mais crime, em razão da atipicidade penal como dito outrora, sendo extirpado, excluído do mundo jurídico e antes fosse do plano fático também, pois permanece o ranço discriminatório do criminoso na cabeça do julgador, em detrimento das ideias utópicas de imparcialidade total do juiz. É, pois como se nunca houvesse existido o crime e sua menção deveria ser nula, do contrário eiva a decisão de uma aberração técnica que ameaça a própria credibilidade científica do direito penal e o modelo garantista (MIRABETE, 2018).

O preceito constitucional da legalidade, consubstanciado no inciso LVII do art. 5º da Constituição federal, assevera o que foi omissivo ou pior, violado em algumas decisões de afastamento do princípio da insignificância. Portanto não há que se falar em reincidência de crimes bagatelares (MIRABETE, 2018).

A diferenciação básica que se propõe é entre a reincidência criminal da reincidência da conduta e mesmo para o afastamento do princípio da insignificância para os casos de reincidência de conduta deve se ter em mente considerável ponderação, posto que ocorre ainda que muitas vezes se vê o afastamento deste princípio pautado na conduta bagatelar contumaz (reincidência da conduta) sem levar em consideração a situação em sua toda a sua amplitude fática (MIRABETE, 2018).

Luiz Flávio Gomes (2014) ressalta que a lei brasileira futura deve disciplinar a situação do réu reincidente ou multirreincidente, que continua praticando fatos insignificantes. O citado autor destaca a existência de três situações distintas: 1) a multirreincidência ou reiteração cumulativa; 2) multirreincidência ou reiteração não cumulativa e 3) fato único cometido por um agente reincidente.

Na primeira situação, quando o agente, mediante reiteradas condutas, lesa seriamente o bem jurídico, fica afastada a aplicação da doutrina da insignificância. Havendo que se falar aqui em considerável reprovabilidade da conduta do agente. Na reiteração não cumulativa o sujeito pratica vários fatos insignificantes, desconectados no tempo, contra vítimas diversas e de forma não cumulativa. Nesse caso não há obstáculo para a incidência do princípio da insignificância (que conta com critérios objetivos). Na terceira situação (fato único cometido por um agente reincidente) deve ser reconhecida a possibilidade de incidência do princípio da insignificância, pois a insignificância (ou não) do fato independe das condições pessoais do agente (maus antecedentes, reincidência etc.) (GOMES, 2014).

Jakobs (2013, p. 63) ensina que:

O princípio da insignificância tem a natureza meramente objetiva, sendo erro procedimental grave a análise de elementos subjetivos, pertencentes à culpabilidade do agente especificamente a primariedade, no momento da valoração do referido princípio. Portanto, determinado que o fato é penalmente irrelevante (atípico), pouco importa, para o deslinde da questão, a personalidade do réu, inclusive porque, no momento da tipicidade, o Direito Penal é um direito do fato e não do autor, sendo assim, indevida qualquer análise da personalidade do acusado.

Ensinamento este que não obteve guarida no STF, posto que os próprios requisitos, tidos como de ordem objetiva, instituídos por aquele órgão demonstram que os elementos de culpabilidade e primariedade são relevantes para aplicação ou não da insignificância.

O Supremo Tribunal Federal assim se posicionou:

O princípio da insignificância que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. [...] 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.

Em sentido controverso na decisão proferida no HC 102088 se posicionou a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

Apesar do furto de diversas barras de chocolate avaliadas em R\$ 45,00 poder ser considerada ínfima, não merece a aplicação do postulado permissivo, eis que, a folha de antecedentes criminais do paciente, que indica a condenação por crime de roubo transitada em julgado, noticia a reiteração ou habitualidade no cometimento da mesma conduta criminosa.

Acerca da reincidência em conjunto com a análise da insignificância a primeira turma do STF assim se posicionou:

A reincidência, apesar de tratar-se de critério subjetivo, remete a critério objetivo e deve ser excepcionada da regra para análise do princípio da insignificância, já que não está sujeita a interpretações doutrinárias e jurisprudenciais ou a análises discricionárias. O criminoso reincidente apresenta comportamento reprovável, e sua conduta deve ser considerada materialmente típica.

Importante ressaltar que cada caso é um caso, data máxima vênia. Mesmo em se tratando de réu reincidente, faz-se necessária a análise do caso concreto. Todas as circunstâncias devem ser analisadas (qual foi o delito anterior, quando ocorreu o delito anterior, qual a gravidade do delito precedente etc.) posto que, ainda que obedeça tão somente à tipicidade formal, a conduta é, pois, crime na forma, mas não na alma.

Os requisitos do STF são oportunos e de grande importância para a regularização das situações bagatelares e mais importante ainda é a forma de interpretação dos mesmos e de subsunção, ou seja, de aplicação ao caso concreto, posto que é nesse momento em que toda a normatividade irá incidir no plano fático da vida social e por mais que a norma seja em sua essência boa, se decorre uma má interpretação e aplicação, seus efeitos a eivaram de flagrante ilegitimidade.

Não é o interesse da sociedade em inibir práticas criminosas, mas a periculosidade social que o indivíduo pode apresentar a ofensividade e a reprovabilidade de seu comportamento, bem como a inexpressividade da lesão provocada é que irão definir de um modo mais objetivo se há a possibilidade

necessidade de aplicar o princípio da insignificância (CAPEZ, 2016). Por mais objetiva que possa ser, é uma tarefa assaz árdua a de interpretação e aplicação ao caso concreto destes requisitos, pois ainda há flagrante subjetividade nos mesmos. Situação comum é verificar a folha de antecedentes do acusado que sendo positiva quanto à condenação anterior ou mesmo meras denúncias já se vê afastado o princípio da insignificância pelos magistrados e tribunais, o que é de todo no mínimo imprudente e desprovido de cautela jurídica, principalmente no que diz respeito às meras denúncias ou

processos em trâmite, onde há perfeita possibilidade de que o réu não tenha cometido tais crimes, posto que não houvera sentença condenatória, e se houver mesmo o crime anterior deve ser analisado detidamente (MIRABETE, 2018).

Luíz Flávio Gomes (2014, p. 139) nos dá belíssimo exemplo:

No delito de furto (CP, art. 155), quem subtrai uma cebola e uma cabeça de alho, que totaliza R\$ 4,00, pratica uma conduta relevante (Não há desvalor da ação), mas o resultado jurídico (a lesão) é absolutamente insignificante (há desvalor do resultado). Também nessa hipótese o fato é atípico. Não há incidência do Direito penal. Mas ficaria impune o autor do fato insignificante? Não. Deve recair sobre ele todas as sanções civis (indenização), trabalhistas (despedida do empregado, quando o caso) etc. O que não se justifica é a aplicação do Direito penal. Não podemos utilizar um canhão para matar um passarinho.

Na decisão do STF no HC n.º 117903, observamos situação de que tratamos no presente Trabalho, quando o réu tendo subtraído aproximadamente 25Kg de milho em espiga de um milharal e que estariam avaliados em míseros R\$ 6,00 alegou a incidência do princípio da insignificância com a questão da atipicidade da conduta para o trancamento da ação penal afim de ver seu direito à liberdade de locomoção salvaguardado. Flagrante é a configuração do princípio em baila, e foi neste sentido a respeitosa decisão do Ministro Relator Ricardo Lewandowski, indo contra a decisão anterior do STJ que foi baseada na questão da reincidência nos seguintes termos:

A reiteração delitiva - em especial a reincidência -, impede o reconhecimento do princípio da insignificância, por ser imprescindível a análise do desvalor da culpabilidade do agente, sob pena de se aceitar, ou mesmo incentivar, a prática de pequenos delitos.

Assim, mesmo diante de um réu reincidente, não ficou necessariamente afastada a insignificância da situação do fato (ação e, ou resultado). Observe-se ainda a respeitosa decisão do TRF:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. DESCAMINHO. ART 334, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. REINCIDÊNCIA NÃO COMPROVADA. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

Na qual é firme no sentido de que o mero andamento de processo anterior sem trânsito em julgado não é suficiente para caracterizar reincidência ou afastar o princípio da insignificância:

Não logrou o apelante comprovar a alegada reincidência. O andamento do processo (n. 0009624-25.2007.4.03.6106 - fl. 72) não é suficiente para afirmar que o acusado tem a atividade ilícita (prática do crime de descaminho) como modo de vida, a ponto de afastar a aplicação do princípio da insignificância. 5. Apelação desprovida.

Observe-se de igual modo algumas decisões proferidas pelo no Tribunal de justiça do Estado do Pará, acerca dos crimes de Bagatela:

APELAÇÃO PENAL ARTIGO 155 DO CÓDIGO PENAL FURTO DE BEM AVALIADO NO VALOR DE R\$30,00 - ABSOLVIÇÃO CRIME DE BAGATELA RECONHECIMENTO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA A QUO. IMPROVIMENTO DO RECURSO.

Na respectiva decisão observou-se um dever de cautela jurídica congratuloso, na medida em que a Desembargadora Relatora Maria de Nazaré Silva Gouveia dos Santos diante de situação em que dois indivíduos denunciados por crime de furto qualificado mediante o concurso de duas ou mais pessoas, nos termos do art. 155, § 4, IV do CPB, sendo o objeto do crime 10 KG de arame recozido avaliados em R\$ 30,00. Foram os réus absolvidos pelo juízo “a quo” sob o fundamento da atipicidade do fato e insignificância da lesão ao bem jurídico tutelado. De modo que o Ministério público veio a oferecer a apelação ao juízo “ad quem” inconformado com a decisão do juiz monocrático alegando a necessidade de dar uma resposta para a sociedade e evitar a vingança provada, apelação esta que foi o objeto de análise na decisão em comento. Nesta decisão a desembargadora relatora observou que, não obstante a inequívoca existência de materialidade delitiva e autoria há que se ter em mente o caráter fragmentário do direito penal moderno, posta a pequenez da lesão, e que a situação em baila seria de crime de bagatela. Mas a parte mais importante da decisão respectiva se na ressalva que a Desembargadora relatora faz:

Ressalta-se ainda que o simples fato de inexistir efetivo prejuízo para a vítima ou de ser pequeno o valor do produto do crime, não se traduz automaticamente na aplicação do princípio da insignificância, vez que não se pode confundir o pequeno valor com valor insignificante. Este, causa lesão que, de per si, não tem relevo em sede de ilicitude penal. Nesse sentido e, consoante entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, em se tratando de crime patrimonial, para se considerar que a conduta do agente não resultou em perigo concreto e relevante de modo a lesionar ou colocar em perigo bem jurídico tutelado pela norma, deve-se conjugar a inexistência de dano ao patrimônio da vítima com a periculosidade social da ação e o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento do agente. Isso significa que o sistema jurídico deve considerar a relevante circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificarão 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, causado por comportamento impregnado de significativa lesividade.

Tal entendimento é dotado de plausível proporção, de modo que se observou a devolução do bem furtado para a vítima, bem como é condizente com o entendimento mais atual do STF para os crimes de bagatela, como já mencionou o Ministro Celso de Mello:

Princípio da insignificância tem como vetores a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Condizente também com a teoria da imputação objetiva, posto que entende que o critério da tipicidade material deverá levar em consideração a importância do bem jurídico possivelmente atingido no caso concreto. Ora, sendo o Direito proporção, merece destaque a decisão em comentário (BOTTINI, 2011).

## CONCLUSÃO

Extraí-se de tudo o quanto foi explanado que o Princípio da Bagatela haverá de seguir os bons parâmetros traçados pelo STF, que, embora não sejam faticamente objetivos, de fato, nos trazem um norte a ser seguido, devendo o julgador assim, quando da subsunção da norma penal ao fato social utilizar-se do Princípio da Insignificância primeiramente em relação ao preceito primário da norma, seguindo-se a análise da Razoabilidade do preceito secundário.

Finalmente, quanto à Criminalidade de Bagatela Imprópria, não podemos olvidar que em alguns casos excepcionais, esta, diante das finalidades atualmente preponderantes da pena no Direito Penal e, após a efetivação de um processo criminal, poderá ser aplicada em alguns casos, porém somente naqueles em que não haja risco a própria credibilidade e efetividade do Direito Penal.

Quanto à reincidência criminal, consistente na ostentação de condenações anteriores, não é tecnicamente esta que deve pautar a análise do princípio da insignificância, mas sim a reincidência de conduta nos termos dos requisitos instituídos pelo STF de um modo bastante específico, a exemplo de um criminoso que cometa diversos furtos pequenos, posto que tal conduta é totalmente diferente de um indivíduo que ostentando condenação anterior por furto de grande valor, venha após isso cometer um furto pequeno. No primeiro exemplo a conduta é consideravelmente reprovável, em detrimento do segundo exemplo em que a conduta bagatelar é totalmente desconectada

no tempo e espaço da condenação anterior, o fato de ter sido levado ao cometimento de um crime de pequena monta não denota reprovabilidade suficiente para condená-lo por crime tão ínfimo, tão irrisório e uma única vez.

Portanto, deve-se afastar a análise de reincidência criminal, e ponderar sobre a reincidência de conduta cuidadosamente, com razoabilidade e tendo sempre em vista a possibilidade do ressarcimento e indenização da lesão por via judicial diversa da seara penal e evitando o encarceramento desnecessário de criminosos de inexpressiva conduta delituosa, ou seja deve-se ter em vista a possibilidade de sanção de multa e de restrições de direitos entre outras medidas sancionatória civis, administrativas ou trabalhista por exemplo, do contrário as injustiças multiplicar-se-ão com ascendência assombrosa nas situações de bagatela, o que para o direito é, indubitavelmente, inadmissível.

## REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico Brasileiro**, 19ª edição. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 26ª. ed. (tradução de Maria Celeste C. J. Santos). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2015.

BRASIL. **Código Penal**. Vade Mecum Saraiva. Ed. Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição federal**. Vade Mecum Saraiva. Ed. Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. vol. 1, 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da pena e garantismo**. 9ª Ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen juris. 2013.

FERRAJOLI, luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. 11ª ed. Madrid. Editora Trotta. 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. São Paulo: RT, 2014 (Coleção Direito e Ciências Afins, v. 1).

GOMES, Luiz Flávio. Bianchini, Alice. **O direito penal na era da globalização: hipertrofia irracional (caos normativo), instrumentalização distorcionante**. São Paulo: RT, 2012 - série as ciências criminais no século XXI, v 10.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito penal: Parte Geral**. 19. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

JAKOBS, Günther. **Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal** (Trad. de Maurício Antônio Ribeiro Lopes). Barueri, SP: Manole, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo. Ed. Martins Fontes. 1998.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, heinz. **Derecho penal – parte general I, teoría general Del derecho penal y estructura del hecho punible**, 27ª ed. Buenos Aires, 2014, v. I.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal: Parte Geral – Arts. 1º ao 120 do Código Penal**, vol. 1, 34ª edição. São Paulo: Atlas, 2018.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **A teoria da imputação objetiva**. Boletim IBCCRIM. São Paulo. 2011, v.9, n.103.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 9ª edição. São Paulo: Renovar, 2014.

VARGAS, José Cirilo de. **Do tipo penal**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 19.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz (coord.) et. al. **O princípio da insignificância nos crimes contra o patrimônio e contra a ordem econômica: análise das decisões do Supremo tribunal Federal**. USP, FAPESP, MJ; 2011. Disponível em: acessado em

GOMES, Luíz Flávio. **Delito de Bagatela, princípio da insignificância e irrelevância penal do fato**. 2011.

Enviado em: 18/11/2021.

Aceito em: pré-aprovado em banca FAQUI 2021/1.