

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E REINCIDÊNCIA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DA RACIONALIDADE PENAL MODERNA | *PRINCIPLE OF INSIGNIFICANCE AND CRIMINAL RECIDIVISM: AN ANALYSIS FROM THE THEORY OF MODERN PENAL RATIONALITY*

ADRIANO FERNANDES NUNES
JULIA GARCÍA TÁVORA MENEGAZ

RESUMO | Este artigo trata da relação entre reincidência penal e princípio da insignificância no contexto jurídico brasileiro. Mais especificamente, o problema colocado consiste em como compreender a exigência de primariedade do acusado para a aplicação desse princípio, conforme a jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal (STF). Para analisá-lo, o artigo utiliza referências provenientes da teoria da Racionalidade Penal Moderna. Inicialmente, realiza uma revisão de literatura desse marco teórico. A seguir, explora questões normativas relacionadas ao princípio da insignificância, classificando-o como causa excludente de tipicidade. Ademais, duas decisões do STF sobre o tema são analisadas. Por meio da comparação entre duas posições distintas, o artigo aborda como a associação entre primariedade e insignificância reforça elementos punitivos da RPM, entendida como sistema de pensamento hegemônico em matéria penal.

PALAVRAS-CHAVE | Princípio da insignificância. Racionalidade Penal Moderna. Reincidência.

ABSTRACT | *This article explores the relation between criminal recidivism and the principle of insignificance in the Brazilian judicial context. More specifically, the question it poses is how to understand the requirement of non-recidivism of the defendant to the application of this principle, according to the recent jurisprudence of the Brazilian Supreme Court (STF). In order to analyze it, the article uses references from the theory of Modern Penal Rationality. Firstly, it carries out a literature review of this theoretical framework. Subsequently, it deals with normative issues related to the principle of insignificance, which is classified as a cause of exclusion of penal typicality. Furthermore, two decisions of the Supreme Court on the subject are analyzed. By comparing two different perspectives, the article explores how the association between non-recidivism and insignificance reinforce punitive aspects of Modern Penal Rationality, the hegemonic thought system in criminal matters.*

KEYWORDS | *Principle of insignificance. Modern Penal Rationality. Recidivism.*

1. INTRODUÇÃO

Os princípios limitadores do poder punitivo são um componente central do direito penal moderno. Como as sanções criminais constituem o meio mais gravoso de intervenção jurídica, sua legitimidade está diretamente associada à observância desses princípios gerais. De certa forma, a dogmática penal cumpre uma função de contenção do poder de punir: as garantias legais e jurisprudenciais, frequentemente estipuladas na forma de princípios, reduzem a arbitrariedade estatal. Logo, são fundamentais para a preservação do Estado de direito (Zaffaroni, 2019, p. 171).

Para Nilo Batista (2020, p. 62), o direito penal possui cinco princípios básicos: legalidade, intervenção mínima, lesividade, humanidade e culpabilidade. Há diversos outros princípios que decorrem desses e encontram reconhecimento doutrinário e jurisprudencial. Um deles, que possui grande repercussão no sistema de justiça criminal brasileiro, é o princípio da insignificância, também conhecido como princípio da bagatela.

Em linhas gerais, o princípio da insignificância busca excluir condutas de baixo valor lesivo do campo de incidência da lei penal. Em outras palavras, afasta a tipicidade material de condutas insignificantes, que não produzem lesões relevantes a algum bem jurídico (Cunha, 2020, p. 83). A ideia central, diretamente associada ao princípio da intervenção mínima, é que o direito penal não deve se ocupar de assuntos de menor importância, que podem ser resolvidos por meio de outras ferramentas jurídicas ou extrajurídicas (Florenzano, 2018, p. 114).

Apesar de não possuir previsão legal, o princípio da insignificância encontra ampla recepção na jurisprudência brasileira. Nesse sentido, os tribunais superiores têm fixado determinados entendimentos a respeito das condições necessárias para a verificação desse princípio. Ao julgar o AI 662132 AgR/RS, o Supremo Tribunal Federal (STF) estabeleceu os seguintes requisitos: “a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma

periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada”.

Tendo em vista as discussões normativas acerca do princípio da insignificância, este artigo possui um objeto específico: o afastamento da aplicação desse princípio em caso de reincidência do acusado. Essa matéria não está totalmente pacificada entre os tribunais superiores e é alvo de divergências entre os ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do STF. De todo modo, o entendimento predominante no STJ é que “a reiteração delitiva, a reincidência e os antecedentes, em regra, afastam a aplicação do princípio da insignificância, por ausência de reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente” (Superior Tribunal de Justiça, 2023).

Como é possível compreender, porém, que a reincidência - um elemento relacionado à culpabilidade e, principalmente, a questões de dosimetria da pena - possa interferir no reconhecimento da tipicidade de uma conduta? Esse é o problema colocado por este artigo. A princípio, a exigência de que o réu não seja reincidente para que se possa admitir a insignificância de sua conduta parece contraditória; afinal, o critério para isso deveria ser o grau de lesão ao bem jurídico - que, por sua vez, também determina o grau de reprovabilidade do comportamento.

Para auxiliar na análise do problema, este artigo adota como marco teórico a teoria da Racionalidade Penal Moderna (RPM), desenvolvida por Álvaro Pires. O autor conceitua a RPM como o sistema de pensamento que organiza as práticas institucionais e jurídicas do sistema de justiça criminal (Pires, 2004, p. 40). A RPM constitui um “obstáculo cognitivo” à transformação do direito penal, que, com amparo nas teorias da pena, promove a punição aflitiva como principal meio de resolução de conflitos (Cappi, 2020, p. 21). Nesse sentido, o objetivo geral do artigo é avaliar como a exigência de primariedade para reconhecimento da insignificância reforça alguns aspectos centrais da RPM, como a obrigatoriedade de imposição de penas aflitivas e a associação entre encarceramento e proteção social.

O primeiro capítulo consiste em uma revisão de literatura desse paradigma teórico, que possui como objetivo expor como a RPM é um elemento central para compreender a atuação da Justiça brasileira em matéria penal. O capítulo seguinte aborda algumas questões relativas ao princípio da insignificância e desenvolve o argumento de que seu conteúdo normativo diz respeito à tipicidade. Essa análise se baseia, essencialmente, nos entendimentos da doutrina penalista brasileira.

Por fim, o terceiro capítulo se vale da análise de jurisprudência para ilustrar duas posições possíveis em relação ao problema. Para isso, duas decisões do STF foram selecionadas. A primeira consiste no julgamento do Habeas Corpus (HC) 233.098/MG, que desvinculou insignificância e reincidência e situou esse princípio unicamente no campo da tipicidade. Já a decisão proferida no segundo, o Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC) 224.553/SC, reiterou o entendimento do STJ e rejeitou a aplicação do princípio da insignificância por razões de reincidência. A metodologia adotada, tanto na revisão de literatura quanto na análise de jurisprudência, possui natureza qualitativa.

2. A RACIONALIDADE PENAL MODERNA (RPM) COMO SISTEMA DE PENSAMENTO HEGEMÔNICO EM MATÉRIA PENAL

Ao elaborar a teoria da RPM, Pires objetivava “descrever e explicitar os modos de raciocínio e as ideias do sistema de direito criminal moderno” (Garcia, 2020, p. 43). Sua hipótese principal é que os argumentos empregados pelos operadores do direito em matéria penal possuem uma identidade comum. É possível constatar certa uniformidade nos discursos correntes nesse sistema, que se voltam, predominantemente, para a legitimação do poder punitivo estatal e da pena de prisão.

Pires (1998a, p. 8-9) toma como base a teoria sistêmica de Niklas Luhmann para sustentar que a ascensão da RPM como sistema de pensamento dominante no direito penal ocidental, ocorrida no século XVIII,

marca a diferenciação do sistema de justiça criminal dos outros ramos jurídicos. O direito penal passa a operar de modo autorreferenciado em sua tarefa de definir as condutas criminalizadas e a reação punitiva estatal. É a RPM que confere a esse sistema sua autonomia funcional: operando a partir da distinção crime/não crime, ele se incumbe da tarefa de “manter a expectativa, generalizada na sociedade, de que certos comportamentos são proibidos e não devem ser produzidos” (Xavier, 2023, p. 163).

Isso significa dizer que a RPM consiste em um elemento de ordem cognitiva central para a estruturação das possibilidades valorizadas em termos de sanção criminal (Dubé, 2020, p. 22). As categorias jurídicas empregadas por juízes e promotores não refletem uma tomada de decisão puramente racional e espontânea. Ao contrário, resultam de uma racionalidade específica, historicamente construída, que seleciona determinadas possibilidades normativas em detrimento de outras¹.

Em que consiste, entretanto, o sistema de ideias denominado RPM? Quais são as possibilidades que ele valoriza? Para Garcia (2020, p. 57-59), o sistema pode ser descrito a partir de três níveis distintos. O primeiro abarca ideias abstratas que balizam a punição, mas não chegam, propriamente, a estruturar justificações para o poder punitivo. Proporcionalidade, responsabilidade, direito de punir e moderação são algumas dessas ideias.

O segundo nível, por sua vez, consiste nas teorias da pena, que selecionam e conferem sentido às categorias do primeiro nível. Apesar de suas diferenças internas, essas teorias possuem uma uniformidade conceitual. Em seu conjunto, elas compõem o terceiro nível, que é a racionalidade penal moderna propriamente dita. Nesse terceiro patamar de observação, as justificações promovidas pelas teorias da pena são organizadas em torno de um sistema de pensamento relativamente coeso.

1 Com isso, a teoria da RPM não implica a impossibilidade de escapar cognitivamente dos pressupostos desse sistema de pensamento. Na realidade, há diversas outras formas de pensar a reação estatal ao desvio, que podem ser inovadoras - ou seja, menos punitivas - ou regressivas - que buscam restaurar formas de punição “pré-modernas” (Cappi, 2020). O que se busca ressaltar, por outro lado, é a hegemonia cognitiva exercida pela RPM.

A RPM apresenta algumas características principais, que são comuns a todas as teorias da pena que dela participam. Pires (2004, p. 41-42) constata que esse sistema de pensamento promoveu uma justaposição entre as normas penais de primeiro grau, que descrevem comportamentos, e de segundo grau, que prescrevem sanções. Em outras palavras, criou uma associação automática entre crime e punição. Como resultado, provocou uma crença generalizada na obrigatoriedade da imposição de penas, entendida como dever moral.

Xavier (2023, p. 210-212) observa três grandes princípios que norteiam a RPM e unificam as teorias da pena: o direito de punir, entendido como a obrigação estatal de infligir uma sanção correspondente a cada delito; a associação entre pena e sofrimento, ou seja, a percepção de que o direito penal somente é capaz de cumprir suas funções por meio da imposição de um mal; e a proteção da sociedade, que constitui a finalidade por excelência da punição, responsável por diferenciar o sistema de justiça criminal dos outros ramos do direito.

Em síntese, portanto, a RPM é responsável por conferir a esse sistema um caráter essencialmente punitivo. Dos princípios apontados por Xavier, decorrem outros aspectos fundamentais: a valorização da aflição e da exclusão social, a adoção da prisão como pena de referência e a desvalorização de penas alternativas (Garcia, 2020, p. 61). A criação de um conceito de sanção que privilegia a imposição de sofrimento leva as soluções jurídicas que escapem ao encarceramento a serem vistas como incapazes de atender ao objetivo de proteção social.

Também é possível afirmar que a constituição da RPM como sistema de pensamento dominante acompanha, historicamente, a difusão da pena de prisão. Com efeito, todas as teorias da pena, independentemente de suas características particulares, sustentaram essa modalidade punitiva (Pires, 1990, p. 448 *apud* Garcia, 2020, p. 66). Logo, sua invenção acompanha uma reconfiguração dos mecanismos estatais de punição. A RPM se apresenta como um fator fundamental para a superação dos antigos castigos físicos e para a legitimação do encarceramento.

Nesse sentido, Foucault (2014, p. 19) já havia pontuado que a prisão se tornou a pena de referência a partir do abandono dos grandes suplícios públicos. A encenação da dor, tão característica do poder soberano, deu lugar à sobriedade punitiva e à certeza da resposta estatal. Assim, a RPM cristalizou a prisão como uma instituição necessária, da qual depende a manutenção dos valores sociais. Por isso, ela assumiu um caráter de “obviedade”, que relegou ao esquecimento outras formas de punição imaginadas pelos reformadores do século XVIII (Foucault, 2014, p. 224).

Cabe, neste momento, retomar o segundo nível de observação da RPM e detalhar alguns aspectos das teorias da pena. Cappi (2020) faz referência a quatro teorias principais: retribuição, dissuasão, denúncia e reabilitação. Dentre essas, a denúncia é mais recente e só adquire contornos específicos no século XX. As outras três pavimentam a pena privativa de liberdade desde seu surgimento, no século XVIII.

A teoria da retribuição possui forte caráter deontológico e concebe a punição como um fim em si mesma. Seu fundamento teórico foi dado principalmente por Kant, para quem a desobediência à lei penal é um mal que deve ser combatido por meio da aplicação de sanções (Pires, 1998b). O objetivo da pena, então, é “pagar o mal pelo mal”: infligir sofrimento ao culpado para promover a expiação do mal gerado pelo crime (Cappi, 2020, p. 22). O crime, por sua vez, é retirado de sua dimensão conflitiva concreta e percebido como uma oposição à lei, à moral, ao Estado e a Deus. Por conseguinte, a teoria da retribuição implica a existência de um imperativo moral relacionado à punição.

A teoria da dissuasão, por sua vez, possui justificção utilitarista. Nela, a pena é vista como um meio para atingir determinados fins. Com o objetivo de maximizar a felicidade geral, “é preciso punir para evitar que o culpado cometa novos crimes ou para dissuadir o conjunto da população de cometê-los” (Cappi, 2020, p. 23). Assim, a punição seria capaz de evitar um sentimento geral de impunidade, que levaria ao cometimento de outros delitos.

Essa teoria postula, portanto, que a pena deve cumprir uma função prática, que não se confunde com a retribuição de um mal pelo mal. De acordo com Beccaria (2019, p. 62), representante máximo dessa corrente, é “necessário escolher penas e modos de infligi-las, que, guardadas as proporções, causem a impressão mais eficaz e duradoura nos espíritos dos homens, e a menos penosa no corpo do réu”. A imposição automática e generalizada de penas privativas de liberdade seria, para o autor, o melhor meio para atingir esse fim.

Ao contrário da retribuição e da dissuasão, a teoria da reabilitação não é associada diretamente a uma obra de referência ou corrente filosófica (Xavier, 2023, p. 224). Ela justifica a privação de liberdade como um meio de intervir na personalidade do criminoso e, dessa forma, torná-lo apto à vida em sociedade. Por meio do tratamento e da reeducação do detento, seria possível alcançar o objetivo primordial de proteção social (Cappi, 2020, p. 25). De tal modo, a teoria da reabilitação acompanha a pena de prisão desde seu surgimento, buscando conferir um caráter positivo à exclusão social promovida pelo encarceramento.

Por fim, a teoria da denunciação afirma que a pena possui a função de expressar a desaprovação social diante de um crime (Lachambre, 2020, p. 84). A resposta punitiva deve ser proporcional, principalmente, à importância da reprovação - mais do que à conduta propriamente dita. Essa teoria confere particular relevância à severidade da pena, que seria fundamental para a preservação do sistema jurídico. Uma de suas principais distinções em relação às teorias predecessoras é a centralidade que atribui ao público, que deve ser acalmado por meio da pena (Cappi, 2020, p. 25).

Xavier (2023, p. 231) incorpora, ainda, uma quinta teoria da pena à construção discursiva da RPM. Trata-se da teoria da neutralização, que ganha importância a partir do fim do século XX. Seus propósitos são ainda mais claramente excludentes do que as outras teorias. Como seu próprio nome indica, a neutralização propugna que a prevenção do crime depende do isolamento de indivíduos considerados “perigosos”. Mais do que isso, agrupa

esses indivíduos em classes e grupos problemáticos, que devem ser objeto de um tratamento punitivo.

A teoria da neutralização compõe o que Feeley e Simon (1992) identificaram como uma “nova penologia”. Ela está baseada no uso da punição como forma de gestão de riscos. Por isso, cabe ao sistema de justiça criminal identificar e punir os grupos que representam algum risco social. A pena, aqui, está despida de qualquer função positiva; a própria prisão passa a desempenhar um papel meramente neutralizador, que suplanta, historicamente, o projeto reabilitador.

Em resumo, a teoria da neutralização coincide com um período de histórico de transformações na justiça criminal². A nova penologia marca o desenvolvimento de uma lógica atuarial, que passa a orientar o controle social nas sociedades ocidentais (Young, 2002, p. 105). Assim, a intervenção penal deixa de ter uma intenção transformativa; as características pessoais do criminoso perdem protagonismo, e ele se torna um risco que deve ser administrado. Essa teoria “abarca um forte reforço da obrigação de punir da RPM. Com a neutralização, há uma outra boa razão para infligir um sofrimento: a proteção da sociedade por meio da neutralização do risco de reincidência” (Xavier, 2023, p. 236).

Como foi ressaltado, o argumento de Pires é que, apesar das especificidades de cada teoria, elas confluem para estruturar um sistema de pensamento calcado na imposição de penas aflitivas. As divergências intelectuais entre seus representantes não impactam, no fundo, o programa ideológico das teorias da pena. Isso se comprova pelo fato de que todas compartilham os mesmos conceitos e categorias principais: direito de punir, associação entre pena e sofrimento e proteção da sociedade.

Por conta dessa compatibilidade, as teorias da pena fornecem um conjunto de razões para justificar a aplicação de uma pena de prisão. Por isso,

2 Essas transformações encontram ampla descrição na literatura criminológica e sociológica. São célebres, nesse sentido, as interpretações de autores como Jock Young (2002), Loïc Wacquant (2011) e David Garland (2017) acerca das relações entre o desenvolvimento da nova penologia e o aumento das taxas de encarceramento a nível global. Porém, por conta das limitações inerentes a seu formato, não é possível que este artigo contemple essa literatura teórica.

Pires (2023, p. 29) sustenta que, em matéria criminal, os juízes são mais facilmente compelidos a decidir em favor da punição. Para esse autor, “eles são pressionados profissional e educacionalmente a não serem imparciais na escolha da prisão nem na duração desse tipo de punição”.

A RPM cria, assim, uma “desigualdade de probabilidades” (Xavier, 2023, p. 434) favorável à inflicção de penas aflictivas. Se uma teoria da pena não proporciona o embasamento teórico suficiente em determinado caso concreto, o juiz pode recorrer a outra teoria. Com isso, é mais provável que utilize categorias que reforcem o sistema de pensamento dominante, cristalizado pelo sistema jurídico. Esse ponto, que ajuda a compreender como a RPM pode tolher inovações cognitivas, ainda será retomado neste artigo.

3. A INSIGNIFICÂNCIA COMO CAUSA EXCLUDENTE DE TIPICIDADE MATERIAL

Sob a ótica da teoria da RPM, o princípio da intervenção mínima possui uma ambiguidade. De um lado, mais evidente na dogmática penal, ele estabelece limites ao exercício do poder punitivo. O direito penal é visto como *ultima ratio*, ou seja, como a última opção jurídica disponível, que só deve ser utilizada nos casos mais extremos. Com isso, condutas menos lesivas a bens jurídicos devem ser alvo de outras formas de intervenção jurídica. Há, portanto, uma contenção do uso da pena como mecanismo de proteção social.

Por outro lado, a despeito desse aspecto moderador, o princípio da intervenção mínima reforça a inflicção de sofrimento por meio da pena. Se a punição criminal é a *ultima ratio*, isso também pode significar que, nos casos cabíveis, a pena deve ser muito forte (Xavier, 2023, p. 325). De tal forma, esse princípio possui um papel legitimador da violência estatal. Apesar de ser uma garantia importante, também pode ser interpretado de modo a justificar eventuais excessos do sistema de justiça criminal.

Segundo Nucci (2023, p. 176), a intervenção mínima é um princípio concernente à atuação do Estado. Sua finalidade não está relacionada ao criminoso e à observância de características relacionadas à culpabilidade. Na verdade, esse princípio se resume a evitar que o Estado interfira desproporcionalmente na vida dos indivíduos. Com isso, busca dar concretude a diversos valores constitucionais - como liberdade e dignidade humana - na esfera penal.

Como foi ressaltado na introdução deste artigo, o princípio da insignificância possui íntima relação com a intervenção mínima. Elaborado a nível doutrinário por Claus Roxin, ele postula que infrações bagatelares, que produzem danos irrelevantes, não devem ser objeto de intervenção penal. Nesses casos, seria desproporcional impor uma pena (Gomes, 2009, p. 15). Mesmo se a conduta for formalmente típica, entende-se que ela não possui gravidade suficiente para receber tratamento penal.

Como Cunha (2020, p. 83) destaca, o princípio da insignificância deve ser entendido como “um instrumento de interpretação restritiva do tipo penal”. Isso significa que a insignificância de uma conduta deve ser examinada em cada caso concreto. Para isso, é necessário avaliar sua tipicidade material: mais do que corresponder a um tipo penal previsto em lei, ela deve constituir lesão ou perigo de lesão real a algum bem jurídico tutelado pelo direito penal. “Sendo formalmente típica a conduta e relevante a lesão, aplica-se a norma penal, ao passo que, havendo somente a subsunção legal, desacompanhada da tipicidade material, deve ela ser afastada, pois que estará o fato atingido pela atipicidade” (Cunha, 2020, p. 83).

Em seu sentido formal, a tipicidade diz respeito à conformidade de um fato com a descrição contida na lei penal. Sua avaliação, portanto, consiste na subsunção entre uma conduta e o modelo descrito na lei (Gueiros; Japiassú, 2020, p. 163). Em nosso ordenamento jurídico, porém, entende-se que a tipicidade possui caráter conglobante: o termo abarca uma dimensão formal e uma dimensão material.

No que se refere à aplicação do princípio da insignificância, essa dualidade implica que certas condutas, ainda que correspondam formalmente a um tipo penal, não possuem a materialidade necessária para serem consideradas criminosas. O furto de bens de valor irrisório é a hipótese mais evidente. Nesse caso, a ausência de relevância da conduta, associada à inexistência de violência, afasta o reconhecimento da tipicidade material.

Como consequência lógica, considerar que uma conduta é insignificante consiste em afirmar que não há crime, uma vez que a tipicidade é um elemento indispensável para essa configuração (Pinheiro; Teles, 2021, p. 6). A ideia de bagatela serve, assim, como um critério de avaliação da razoabilidade da intervenção penal.

A concepção material do tipo, em consequência, é o caminho cientificamente correto para que se possa obter a necessária descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não são mais objeto de reprovação social, nem produzem danos significativos aos bens jurídicos protegidos pelo direito penal (Manãs, 1994, p. 53-54 *apud* Pinheiro; Teles, 2021, p. 6).

É possível dizer, portanto, que a insignificância é um princípio que diz respeito à “missão fundamental do direito penal” (Cunha, 2020, p. 79). Sua finalidade é limitar o alcance da intervenção penal às condutas que produzem danos significativos a bens jurídicos. Para desempenhar essa função, o princípio opera, a nível dogmático, por meio da avaliação da tipicidade material em cada caso concreto.

Também é possível, como fez Juarez Tavares (2018, p. 228), inserir o princípio da insignificância no âmbito da imputação objetiva. Para o autor, esse princípio se refere à criação ou aumento de risco de lesão de um bem jurídico. Por óbvio, uma conduta insignificante não produz danos relevantes para o bem tutelado, e, portanto, não deve ensejar a aplicação da norma penal. No crime de furto, essa lógica pode ser observada quando o bem subtraído possui valor tão reduzido que “já não será possível proceder a uma avaliação precisa da lesão do patrimônio, colocando-se em dúvida se, efetivamente, com tal conduta criou-se o risco de alteração do bem jurídico” (Tavares, 2018, p. 231).

Vale ressaltar que, de acordo com Tavares (2018, p. 231-233), esse mesmo critério deve incidir em outros contextos delitivos. O autor exemplifica essa posição mencionando o crime de peculato, crimes ambientais - como a pesca de pequenas quantidades de peixe fora da época permitida - e crimes de droga. Em todos os casos, é possível conceber que, em determinadas situações concretas, a irrelevância da conduta afaste o risco de lesão ao bem jurídico tutelado - e, por consequência, sua tipicidade material.

Com amparo nesse conteúdo normativo, o princípio da insignificância consiste, ainda, em um instrumento de política criminal. Por essa perspectiva, sua finalidade é limitar a “irracionalidade do poder punitivo estatal” (Almeida, 2024), evitando a mobilização desnecessária do aparato penal. Há de se considerar, nesse sentido, a notória gravidade do superencarceramento na realidade brasileira. Esse fator contribui para o entendimento de que a prisão deve se restringir aos autores de condutas que efetivamente põem em risco bens juridicamente relevantes. Trata-se, portanto, de uma expressão concreta do princípio da intervenção mínima.

Logo, a aplicação judicial do princípio da insignificância é, simultaneamente, uma questão de dogmática penal e a realização de política criminal (Cândido; Ifanger, 2018). Seu uso representa a adoção de uma determinada estratégia repressiva, que se caracteriza por limitar o alcance do direito penal. No âmbito da atuação profissional dos juízes, o princípio exige que se faça um juízo particular sobre cada caso concreto, especialmente em relação ao elemento material da tipicidade.

Para retomar o argumento central deste artigo, o enquadramento do princípio da insignificância como causa excludente de tipicidade - ou, de forma complementar, na esfera da teoria do delito, como defendeu Juarez Tavares - prescinde de qualquer observação acerca das condições pessoais do acusado. A reincidência, por essa ótica, não se apresentaria como um critério relevante³.

3 É importante destacar que os requisitos inicialmente estabelecidos pelo STF para configuração da insignificância (mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada) corroboram esse entendimento. Os quatro critérios se referem ao exame da conduta formalmente criminosa, e não à vida pregressa ou a características pessoais do acusado.

Mesmo pelo viés político-criminal, é a falta de gravidade da conduta que determina a incidência do princípio da insignificância.

4. INSIGNIFICÂNCIA E REINCIDÊNCIA NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

4.1. Insignificância e tipicidade material: o HC 233.098/MG

A primeira decisão selecionada reforça o entendimento defendido neste artigo. Ao aplicar o princípio da insignificância em um caso concreto, considerou, como elemento central, o afastamento da tipicidade material da conduta. Recusou-se expressamente que a reincidência do autor fosse um fator relevante para o reconhecimento do princípio.

Nesse caso, o ministro Gilmar Mendes absolveu, em decisão monocrática, um homem que havia sido condenado a um ano e dois meses de reclusão pelo furto de um pacote de fraldas. O bem fora avaliado em R\$84,90. Todas as instâncias judiciais inferiores, incluindo o STJ, mantiveram a condenação e afastaram a incidência do princípio da insignificância. O argumento principal para esse entendimento decorre do fato que o acusado possui outras condenações criminais: uma condenação por furto qualificado e falsa identidade e outra por roubo majorado, ambas com trânsito em julgado, além de responder a outra ação penal por furto qualificado.

Por essa razão, a sentença condenatória afirma que um dos requisitos estabelecidos pela jurisprudência do STF não estava presente. Em função da reincidência, seria um equívoco admitir o reduzidíssimo grau de reprovabilidade da conduta. Isso reflete, como foi ressaltado na introdução deste artigo, a postura atual do STJ acerca do tema.

Ao impetrar Habeas Corpus em defesa do acusado, a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais sustentou que a reincidência não impede o reconhecimento do princípio da insignificância. Essa vinculação ativaria um

direito penal do autor, em que a relevância da conduta é posta de lado. O exame da tipicidade, afinal, não possui relação com os antecedentes criminais do autor.

Esse argumento foi acolhido pelo ministro Gilmar Mendes. Em sua decisão, o magistrado considerou que o princípio da insignificância é excludente de tipicidade. Consequentemente, a análise da tipicidade dispensa o exame de outros elementos. O reconhecimento de determinado fato como atípico afasta fatores de outra ordem, já que a atipicidade impede, por si só, a configuração do crime.

De tal modo, nas palavras de Gilmar Mendes, “não me parece razoável, à luz de qualquer teoria do delito, indagar, em tese, para o reconhecimento de atipicidade, se o agente é primário ou reincidente, porquanto é controvérsia relacionada à dosimetria da pena e não à tipicidade”. Para fins de aferição da tipicidade, não importa a ficha de antecedentes criminais e a vida pregressa do acusado. De forma muito sucinta, o ministro reforça que “não faz qualquer sentido indagar, para o reconhecimento de atipicidade, se o réu é primário”.

Ademais, a decisão compara o afastamento da insignificância em caso de reincidência com uma hipotética - e absurda - exigência de primariedade para o reconhecimento de legítima defesa. Nesse caso, haveria o afastamento de uma causa excludente de ilicitude (prevista no artigo 23, II do Código Penal) por conta de circunstâncias relacionadas à culpabilidade. Uma fundamentação nesse sentido não seria muito distinta, para Gilmar Mendes, da relação entre primariedade e tipicidade material.

Para os propósitos deste artigo, vale frisar que esse ponto de vista, ainda que mais protetivo, não implica necessariamente uma inovação em relação à RPM. Afinal, a aceitação de que condutas que não colocam bens jurídicos em risco devem estar isentas de sanções penais não entra em conflito com as características centrais do sistema de pensamento hegemônico, como a valorização de penas aflictivas. Trata-se, porém, de um meio de contenção do poder punitivo. A posição adotada pelo ministro Gilmar Mendes denota, além

da coerência com a justificação dogmática do princípio da insignificância, o interesse em evitar condenações dissonantes com o caráter de *ultima ratio* do direito penal moderno.

4.2. A exclusão da insignificância em caso de reincidência: o RHC 224.553/SC

Em contrapartida, a jurisprudência dos tribunais superiores possui uma série de precedentes que estabelecem a primariedade do acusado como um elemento a ser considerado para fins de aplicação do princípio da insignificância. O acórdão proferido por ocasião do RHC 224.553/SC, por parte da Primeira Turma do STF, ilustra essa posição. No processo, os acusados haviam sido condenados pelo furto de um macaco (peça automotiva), dois galões para combustível e uma garrafa contendo óleo diesel, que, em conjunto, foram avaliados em R\$100,00. Ainda que o agravo tenha recebido provimento parcial, somente a ministra Cármen Lúcia reconheceu a incidência do princípio da insignificância.

O ministro Cristiano Zanin, relator do agravo, sustentou que, de acordo com a jurisprudência do STJ, “as circunstâncias do crime (furto qualificado) e a reincidência em crimes patrimoniais de um dos acusados impedem a aplicação do princípio da insignificância”. Para Zanin, o fato de os acusados terem se aproveitado do repouso noturno, em combinação com a reincidência delitiva, revela “total desprezo pelos órgãos de persecução penal”. Perante tal situação, não seria razoável que o sistema jurídico se abstivesse de impor uma sanção penal.

Ademais, o magistrado fez referência ao HC 123.533/SP, relatado pelo ministro Roberto Barroso. Nessa ocasião, se estabeleceu que o princípio da insignificância envolve um juízo amplo, que deve considerar, entre outros elementos, a reincidência ou contumácia do agente. No caso em tela, Zanin

ponderou que as informações sobre o crime e os acusados justificam a imposição de uma sentença condenatória⁴.

No que diz respeito ao princípio da insignificância, os ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso e Luiz Fux seguiram a linha de Zanin. Em seu voto, Moraes destacou que “a aplicação do princípio da insignificância não depende apenas da magnitude do resultado da conduta”. De uma análise “ampla” da conduta dos acusados decorreria que o nível de reprovabilidade exige a condenação, ainda que o valor subtraído seja irrisório.

De início, é possível perceber que a fundamentação desse acórdão é frontalmente diferente daquela encontrada no HC 233.098/MG. Os dois casos, porém, apresentam circunstâncias fáticas semelhantes. Os bens subtraídos possuem valores parecidos e, em ambos, os acusados eram reincidentes. No caso do RHC 224.533/SC, a especificidade de o crime ter sido praticado em concurso de agentes e durante o repouso noturno pode, a princípio, sinalizar para a inaplicabilidade da insignificância. Contudo, esses fatos não alteram o núcleo do argumento do ministro Gilmar Mendes no caso anterior: o caráter bagatela da conduta basta para a configuração de sua atipicidade material.

Para retomar o problema colocado por este artigo, como podemos interpretar a associação entre primariedade e insignificância a partir da teoria da RPM? Ainda que os votos não mencionem expressamente elementos das teorias da pena que compõem esse sistema de pensamento, é possível constatar a presença daquelas “ideias abstratas” localizadas no primeiro nível de observação da RPM (Garcia, 2020, p. 58). Sua identificação pode auxiliar na compreensão da operação cognitiva que associa a primariedade do acusado à insignificância da conduta.

Em primeiro lugar, no cerne da argumentação desenvolvida nesse acórdão está a valorização da pena para fins de proteção da sociedade. Para os ministros, a imposição de uma sanção, nesse caso, evita que “ações típicas de pequena significação passem a ser consideradas penalmente lícitas e

4 Por outras razões, que não interessam a este artigo, o ministro estabeleceu que a pena deveria ser cumprida em regime aberto, de modo mais brando do que a condenação original. Esse entendimento foi mantido no acórdão.

imunes a qualquer espécie de repressão estatal, perdendo-se de vista as relevantes consequências jurídicas e sociais desse fato decorrentes”. O direito penal é percebido, assim, como o único meio capaz de responder adequadamente à infração, mesmo se o risco de lesão a algum bem jurídico for irrelevante.

Essa justificativa pressupõe a existência de um valor instrumental da pena - uma ideia central nas teorias da dissuasão e da denunciação. O voto do ministro Cristiano Zanin faz menção, indiretamente, ao combate a certa noção de impunidade. Se a reincidência revela “total desprezo pelos órgãos de persecução penal”, cabe ao sistema de justiça criminal reforçar a validade da norma penal por meio da imposição de uma pena. Ademais, entende-se que, se esse sistema é objeto de desprezo, a sociedade como um todo é colocada em risco; dentro de uma concepção baseada na “proteção da sociedade pelo penal” (Xavier, 2023, p. 212), o afastamento da tipicidade da conduta seria inadmissível.

Com isso, porém, o acórdão escapa do principal critério para a identificação da insignificância, expresso na decisão proferida pelo ministro Gilmar Mendes, analisada anteriormente: o reduzido grau de reprovação da conduta, medido em função da ausência de risco a bem jurídico. Deslocar o eixo da análise para as circunstâncias pessoais do acusado esvazia o conteúdo do princípio da insignificância e seu potencial como vetor político-criminal de contenção do poder punitivo.

Ademais, esse aspecto da jurisprudência dos tribunais superiores ajuda a demonstrar a existência da desigualdade de probabilidades favorável à imposição de penas aflictivas. O sistema jurídico dispõe de uma ampla gama de argumentos para justificar penas de prisão. Com efeito, os diferentes níveis da RPM se apoiam mutuamente em prol da manutenção das características desse sistema de pensamento. Mesmo diante de boas razões para se eximir da aplicação de uma pena, o sistema de justiça criminal possui mecanismos para reafirmar sua função de proteger a sociedade.

Para Pires (2023, p. 29), a imparcialidade em matéria criminal é mais abertamente defendida no momento de aferição da culpa do acusado. Em relação à escolha da punição, porém, há uma forte parcialidade no sentido da aplicação de penas de prisão. As divergências internas do STF acerca do princípio da insignificância confirmam, de certa forma, esse argumento. Uma vez que um indivíduo é considerado culpado de uma conduta formalmente típica, há uma série de fundamentos para a imposição de uma pena, ainda que o princípio da insignificância pudesse afastar a tipicidade material.

De tal modo, o que se percebe é a possibilidade de recorrer a inúmeros argumentos que compõem a RPM - como proteção da sociedade, afirmação da validade da norma penal, prevenção da criminalidade - para afastar a incidência do princípio da insignificância. Isso equivale a uma reativação do caráter punitivo da RPM, que tem potencial para mitigar os efeitos político-criminais pretendidos por esse princípio.

5. CONCLUSÃO

Este artigo buscou descrever, de forma sucinta, os problemas que envolvem a fixação da primariedade do acusado como um requisito para o reconhecimento do princípio da insignificância. Para isso, mobilizou contribuições relacionadas à teoria da RPM. Entende-se que essa teoria é capaz de fornecer uma descrição profunda do sistema de justiça criminal (Dubé, 2020, p. 24), que viabiliza a análise dos principais argumentos relacionados ao tema.

Acerca do princípio da insignificância, uma primeira consideração diz respeito à sua natureza jurídica. Uma revisão de literatura permite constatar que a ampla maioria da doutrina penalista brasileira classifica esse princípio como causa excludente de tipicidade. Dessa forma, deve ser entendido a partir de uma perspectiva conglobante do tipo penal, que leve em consideração sua dimensão material. Ademais, a ausência de previsão legal não prejudica o reconhecimento do princípio da insignificância na jurisprudência brasileira: as

divergências relevantes encontram-se apenas nos critérios exigidos para sua configuração.

A partir disso, foi possível argumentar que a definição do princípio da bagatela está em conflito com a observância da primariedade do réu. Esse entendimento é corroborado pelo ministro Gilmar Mendes no primeiro caso analisado. Uma vez que se reconhece que o cerne da insignificância está relacionado à atipicidade, as características pessoais do acusado deveriam ser secundárias em face do exame da gravidade da conduta. Por essa razão, o requisito fixado pelo STJ, acatado em decisões recentes do STF, compromete as finalidades dogmáticas e político-criminais desse princípio.

Por fim, é possível constatar que o marco teórico adotado fornece um panorama adequado para a compreensão do problema. Em linhas gerais, a criação de uma relação entre primariedade e insignificância demonstra a dificuldade, por parte do sistema jurídico, de se abster de impor sanções aflitivas. Mesmo quando se trata de condutas insignificantes, valores como a proteção da sociedade e o combate à impunidade podem ser mobilizados a fim de justificar a intervenção penal. Tendo em vista a análise desses elementos, pode-se dizer que o artigo alcançou o objetivo estipulado na introdução.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Felipe Lima de. “Princípio da insignificância”: do que falamos, quando tratamos de bagatela? **Direito e Contexto**, v. 1, n. 1, p. 1-37, 2024.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2020.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 4ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 22 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 662132/RS**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 5 de maio de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 123533/SP**. Relator: Ministro Roberto Barroso. 3 de agosto de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 224553/SC**. Relator: Ministro Cristiano Zanin. 28 de agosto de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 233098/MG**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 9 de outubro de 2023.

CÂNDIDO, Thais Cristina; IFANGER, Fernanda. A política criminal realizada pelo Poder Judiciário: uma análise da aplicação do princípio da insignificância nos crimes de furto julgados pela cidade de Campinas-SP. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 5, n. 2, p. 9-25, ago. 2018.

CAPPI, Riccardo. **Racionalidade penal moderna, inovação e regressão**: uma trilogia conceitual para distinguir as maneiras de pensar as respostas às condutas criminalizadas. *In*: FULLIN, Carmen; MACHADO, Maíra Rocha; XAVIER, José Roberto Franco (org.). **A racionalidade penal moderna**: reflexões teóricas e explorações empíricas desde o sul. 1ª ed. São Paulo: Almedina Brasil, p. 19-51, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral (arts. 1º ao 120). 8ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

DUBÉ, Richard. **À guisa de introdução geral à obra**: os ângulos de observação da racionalidade penal moderna e a pesquisa empírica. *In*: DUBÉ, Richard; GARCIA, Margarida; MACHADO, Maíra Rocha (org.). **A racionalidade penal moderna**: reflexões teóricas e explorações empíricas. 1ª ed. São Paulo: Almedina, p. 21-39, 2020.

FEELEY, Malcom M.; SIMON, Jonathan. The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications. **Criminology**, v. 30, n. 4, p. 449-474, 1992.

FLORENZANO, Fernando Wesley Gotelip. O princípio da insignificância no direito penal brasileiro. **Direito em movimento**, v. 16, n. 1, p. 110-142, 2018.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 42ª ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

GARCIA, Margarida. **A teoria da racionalidade penal moderna**: um quadro de observação, organização e descrição das ideias próprias ao sistema de direito criminal. *In*: DUBÉ, Richard; GARCIA, Margarida; MACHADO, Maíra

Rocha (org.). **A racionalidade penal moderna**: reflexões teóricas e explorações empíricas. São Paulo: Almedina, p. 43-77, 2020.

GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GUEIROS, Artur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. **Direito penal**: volume único. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

LACHAMBRE, Sébastien. **A teoria da denúncia**: novas configurações teóricas da racionalidade penal moderna. In: DUBÉ, Richard; GARCIA, Margarida; MACHADO, Maíra Rocha (org.). **A racionalidade penal moderna**: reflexões teóricas e explorações empíricas. São Paulo: Almedina, p. 79-96, 2020.

MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: volume único. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

PINHEIRO, Eduardo Fernandes; TELES, Eliane dos Santos. Princípio da insignificância como excludente de tipicidade e sua aplicabilidade no direito penal. **UNIVAG**, 2021. Disponível em: <https://www.repositoriodigital.univag.com.br/index.php/rep/article/view/872>. Acesso em: 22 jan. 2025.

PIRES, Álvaro. Le devoir de punir: le rétributivisme face aux sanctions communautaires. **Revue Canadienne de Criminologie**, v. 32, n. 3, p. 441-460, 1990.

PIRES, Álvaro. **Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne**. In: DEBUYST, Christian; DIGNEFFE, Françoise; PIRES, Alvaro (org.). **Histoire des savoirs sur le crime et la peine**: la rationalité pénale et la naissance de la criminologie. 1ª ed. Bruxelas: De Boeck Université; Presses de l'Université de Montréal; Presses de l'Université d'Ottawa, v. 2, p. 1-52, 1998a.

PIRES, Álvaro. **Kant face à la justice criminelle**. In: DEBUYST, Christian; DIGNEFFE, Françoise; PIRES, Alvaro (org.). **Histoire des savoirs sur le crime et la peine**: la rationalité pénale et la naissance de la criminologie. 1ª ed. Bruxelas: De Boeck Université; Presses de l'Université de Montréal; Presses de l'Université d'Ottawa, v. 2, p. 145-206, 1998b.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. **Novos Estudos CEBRAP**, v. 68, p. 39-60, 2004.

PIRES, Álvaro. **O público, a cultura organizada de inflição de sofrimento e o sistema penal**. In: XAVIER, José Roberto. **Punição criminal entre direito e opinião pública**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Mórula, p. 9-84, 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Princípio da insignificância. **Jurisprudência em Teses**, edição n. 219, Brasília, 2023.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2018.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

XAVIER, José Roberto. **Punição criminal entre direito e opinião pública**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Mórula, 2023.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

SUBMETIDO | *SUBMITTED* | *SOMETIDO* | 24/01/2025
APROVADO | *APPROVED* | *APROBADO* | 07/03/2025

REVISÃO DE LÍNGUA | *LANGUAGE REVIEW* | *REVISIÓN DE LENGUAJE*
Vilma Rodrigues Tavares

SOBRE OS AUTORES | *ABOUT THE AUTHORS* | *SOBRE LOS AUTORES*

ADRIANO FERNANDES NUNES

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil.
Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Bacharel em Direito pela UFRJ. E-mail: adrrda.fla@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-3962-2838>.

JULIA GARCÍA TÁVORA MENEGAZ

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil.
Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Bacharel em Direito pela UFRJ. E-mail: juliagarciamenegaz@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3027-899X>.