

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E A REITERAÇÃO DE CONDUTA NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

THE PRINCIPLE OF INSIGNIFICANCE AND THE REITERATION OF THE CONDUCT IN
THE NON PROSECUTION AGREEMENT

Gustavo de Carvalho Guadanhin

Mestre em Direito Penal pela USP. Procurador da República

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4648874678328528>

ORCID: 0000-0003-3292-2993

gustavoguadanhin@mpf.mp.br

Resumo: Diante da disposição do novel art. 28-A, § 2º, II, do Código de Processo Penal, a interação entre os institutos da reiteração de conduta e o princípio da insignificância, já presente no cotidiano forense, mostra-se fundamental para a exegese dessa norma. Nesse prisma, a reiteração de conduta do investigado, conceito mais amplo do que a reincidência e os maus antecedentes, implica na impossibilidade de celebração do acordo de não persecução penal, exceto se os registros encontrados apontarem para fatos penalmente insignificantes. Dessa forma, deve-se privilegiar o sentido técnico da expressão, com o intuito de possibilitar a celebração do acordo àquele que, embora ostente indicativos de reiteração de conduta nos últimos cinco anos, nessas ocorrências tenha havido a aplicação da insignificância e não esteja o evento inserido em um contexto fático único, em face da mesma vítima, com resultado final significativo.

Palavras-chave: Princípio da insignificância, Reiteração de Conduta, Acordo de não Persecução Penal.

Abstract: Given the provision of novel art. 28-A, § 2, II, of the Criminal Procedure Code, the interaction between the institutes of reiteration of conduct and the principle of insignificance, already present in forensic daily life, is fundamental for the exegesis of this rule. In this light, the reiteration of the investigated conduct, a broader concept than recidivism and bad antecedents, implies the impossibility of concluding the non prosecution agreement, except if the records found point to criminally insignificant facts. Thus, the technical sense of expression should be privileged, in order to enable the conclusion of the agreement to those who, although showing signs of reiteration of conduct in the last five years, in these occurrences there has been the application of insignificance and the event is not present, inserted in a single factual context, in the face of the same victim, with significant final result.

Keywords: Principle of Insignificance, Reiteration of the Conduct, Non Prosecution Agreement.

1. O art. 28-A, § 2º, II, *in fine*, do Código de Processo Penal, inserido pela Lei 13.964/2019, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro positivo a primeira menção ao princípio da insignificância ao dizer incabível o acordo de não persecução penal “*se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas*” (destacamos), mantendo-se, assim, a redação praticamente original do que foi proposto pelo Projeto de Lei Anticrime.

A despeito da referência, fê-lo em um inciso que trata de reincidência ou de conduta reiterada do investigado que, além de inovar, com isso, das condições impostas pelo art. 18, § 2º, da Resolução 181/2018 do Conselho Nacional do Ministério Público, reacende uma antiga discussão sobre se esses aspectos subjetivos deveriam ou não ser considerados na análise da aplicação do princípio.

É, então, essa relação entre o princípio da insignificância e a conduta reiterada do investigado nos acordos de não persecução penal que será perscrutada.

2. No cotidiano forense pátrio é tão corriqueira essa conexão, que é possível encontrar classificações do princípio da insignificância

que geram reflexos na consideração da reiteração de conduta do agente. É o caso de **PASCOLATI JÚNIOR**,¹ que diferencia: (i) a insignificância absoluta, cujos fatos já “nascem desprezíveis” e, por isso, excluiriam a tipicidade, não havendo interferência da reiteração da conduta para a sua configuração; da (ii) insignificância relativa, a qual denotaria a desnecessidade concreta de aplicação da penalidade, razão pela qual excluiria a culpabilidade, sendo o fato de o comportamento antissocial do agente, que faria da prática de pequenos delitos o seu meio de vida, um impeditivo para o uso do princípio.

Note-se que a demonstração do que seja “fazer da prática de pequenos delitos o seu meio de vida” está distante de um consenso. Desse modo, a par da reincidência e dos maus antecedentes, a novel redação estende-a também à conduta criminal cujos elementos probatórios indiquem que seja: (i) habitual, isto é, parte de uma pluralidade de crimes, sendo a habitualidade uma característica do agente e não da infração penal (diferenciando-se, portanto, do crime habitual, em que ela é elementar do tipo); (ii) reiterada, ou seja, aquela que é repetida, renovada; ou (iii) profissional, que realça o fato de a pessoa fazer da prática de certa atividade um ofício ou uma profissão.² Apesar de o legislador ter mencionado três diferentes

figuras, todas elas, como visto, podem ser englobadas na definição de conduta criminal reiterada.

Ora, é de se ver que uma das intenções do recém-aprovado texto é o de incorporar a orientação jurisprudencial³ de afastar a aplicação do princípio da insignificância em situações em que ações penais em curso, inquéritos policiais ou mesmo procedimentos administrativos fiscais (importantes nos delitos de descaminho, por exemplo) estariam aptos a indicar a reiteração de conduta do investigado, isto é, possibilitou-se uma pesquisa dos antecedentes do investigado de um modo mais amplo do que permite os conceitos de reincidência e de maus antecedentes, na abrangência dada a estes pela Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça.⁴

Entretanto, os julgados não deixam expresso o limite temporal para essa consulta, sendo razoável a integração normativa, pela analogia, com o dispositivo que trata da reincidência (art. 64, I do Código Penal), como o faz o Enunciado 49 da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal,⁵ *in verbis*: “*aplica-se o princípio da insignificância penal ao descaminho e aos crimes tributários federais, quando o valor do débito devido à Fazenda Pública decorrente da conduta formalmente típica não seja superior a R\$ 20.000,00, ressalvada a reiteração na mesma modalidade criminosa, ocorrida em períodos de até 5 (cinco) anos*” (destacamos).

3. Além disso, a exclusão das infrações penais insignificantes da análise da reiteração de conduta do investigado tem levado a uma interpretação de que esse princípio não teria sido utilizado em seu sentido técnico pelo legislador.⁶

Isso porque se estaria diante de uma *contradictio in adiecto*, visto que “infrações penais insignificantes”, de fato, não são infrações penais. Assim, fundando-se no princípio hermenêutico de que a lei não contém palavras inúteis (*verba cum effectu sunt accipienda*), pretende-se conferir ao termo o significado de “delitos de menor potencial ofensivo”, como o faz o Enunciado 21 do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União.⁷ Não é essa, contudo, a melhor interpretação a ser dada ao inciso.

Ao se aceitar essa aceção para o já intrincado significado do princípio da insignificância no ordenamento jurídico brasileiro, estar-se-ia contribuindo para a desfiguração de um sistema jurídico, visto que este deve ser livre de contradições lógicas e axiológicas. Portanto, a melhor alternativa interpretativa parece ser aquela em que se limita o alcance da abrangência da reiteração de conduta do investigado para a vedação legal de celebração do acordo de não persecução penal.

Desse modo, se a reiteração de conduta do investigado puder ser demonstrada por meio de ações penais em curso, inquéritos policiais ou mesmo procedimentos administrativos fiscais, caso os registros apontem para situações em que houve a aplicação do princípio da insignificância, essa reiteração não seria apta a obstar a celebração do acordo de não persecução penal. A vedação ao acordo, pois, viria da ocorrência de outra conduta delitiva, ante a impossibilidade de nova feitura dentro do marco temporal de cinco anos (art. 28-A, § 2º, III do Código de Processo Penal), o que, de fato, guardaria uma proporcionalidade de tratamento ao investigado.

O problema dessa solução, no entanto, é que se cria um verdadeiro círculo vicioso, dado que, se a reiteração de conduta do investigado puder ser utilizada para a não configuração do princípio da insignificância, não se chegará ao ponto de se poder servir-se desse mesmo princípio para excepcionar a vedação do acordo de não persecução penal para os casos de reiteração da conduta.

Para que essa situação seja rompida, mister se faz buscar o real sentido do princípio da insignificância.

4. Ora, o fato de, no Brasil, ao contrário de seu país de origem, a Alemanha, o princípio da insignificância ter tido uma aplicação jurisprudencial anterior ao desenvolvimento de um arcabouço doutrinário fez com que, em sua análise, passassem a ser avaliados outros fatores que não o concreto exame do resultado jurídico, qual seja, o ínfimo grau de exposição a que foi submetido o bem jurídico penalmente tutelado.⁸

Nesse contexto é que se extraem de um julgado do Supremo Tribunal Federal⁹ os quatro mais difundidos vetores de sua aplicação, quais sejam: (i) a ausência de periculosidade social da ação; (ii) a mínima ofensividade da conduta do agente; (iii) a inexpressividade da lesão jurídica causada; e (iv) a falta de reprovabilidade da conduta. Verifica-se, então, que três desses requisitos (i, ii e iv) remetem-se ao desvalor da conduta, restando somente um (iii) à análise do desvalor do resultado, não havendo clareza acerca de sua alternatividade ou cumulatividade.¹⁰

A correta fixação, então, de que o princípio da insignificância atua tão-somente sobre a avaliação do resultado jurídico e, com isso, exclui-se o delito quando inexpressiva a lesão causada, afasta, em definitivo, considerações acerca da reincidência, dos maus antecedentes e da conduta reiterada. Reafirma-se, assim, o princípio da culpabilidade por um fato individual, segundo o qual a responsabilidade penal somente pode ser atribuída por um determinado evento e não pela condução de vida da pessoa, esboçada em seu histórico criminal progressivo.¹¹

Nota-se que, mesmo a jurisprudência da Suprema Corte adotando os parâmetros acima fixados e sendo dominante quanto à consideração da reiteração da conduta para a configuração do princípio da insignificância, precisa curvar-se ao critério único da avaliação do resultado jurídico,¹² podendo-se citar como exemplos recentes: (i) furto de R\$ 30,00 em mercadorias;¹³ e (ii) furto de bens avaliados em R\$ 116,50.¹⁴

Ora, ainda que os julgados mencionem um uso “excepcional” do princípio da insignificância ante as peculiaridades do feito para justificar a divergência ao entendimento majoritariamente fixado, o que seria o princípio da insignificância senão a diminuição do âmbito de incidência da norma incriminadora ante o caso concreto? Comprova-se, pois, o desacerto da exigência dos demais critérios estabelecidos.

5. Eliminada, portanto, a contradição identificada, com maior apelo à técnica terminológica, restaria a crítica do uso do princípio da insignificância para os casos que GOMES¹⁵ denomina de multirreincidência cumulativa, isto é, aquela em que o agente pratica reiterados ataques ao mesmo bem jurídico, contra a mesma vítima, cuja individualidade é insignificante, mas o resultado não, razão pela qual o fato deveria ser considerado como único.

Trata-se de um fenômeno distinto do crime progressivo, em que o agente, para perpetrar um crime de maior gravidade, pratica uma ofensa de menor intensidade, que funciona como meio de chegar ao crime-fim. Exalta-se, aqui, o fenômeno da consunção para destacar que o crime-fim absorve o crime-meio.¹⁶

Dessa forma, no fenômeno da multirreincidência cumulativa, para que seja o resultado final compreendido dentro de um contexto de crime único, deve ser comprovado o fracionamento da conduta, bem como praticada em face da mesma vítima. Sua configuração é, então, mais complexa que a simples análise dos antecedentes, visto que estes somente se prestariam como indícios de sua ocorrência e não de sua comprovação, pois esses fatos não podem ser levados em consideração para impedir a aplicação da insignificância sem

que a pessoa seja por eles processados com a observância do devido processo legal.

6. Portanto, pode-se afirmar que a menção ao princípio da insignificância no art. 28-A, § 2º, II, *in fine*, do Código de Processo Penal é feita em seu sentido técnico, como intuito de possibilitar a celebração do acordo de não persecução penal ao investigado

que ostente indicativos de reiteração de conduta nos últimos cinco anos anteriores ao fato questionado (art. 64, I, do Código Penal, por analogia), caso nessas ocorrências tenha sido configurado o ínfimo grau de exposição a que foi submetido o bem jurídico penalmente tutelado e não esteja o evento *sub examine* inserido em um contexto fático único, em face da mesma vítima, com resultado final significativo (multirreincidência cumulativa).

NOTAS

- ¹ PASCOLATI JÚNIOR, Ulisses Augusto. *Não aplicabilidade do princípio da insignificância aos portadores de maus antecedentes ou reincidentes em pequenos delitos*. 2012. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 28-36 e 75-84.
- ² LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 281.
- ³ BRASIL. Superior Tribunal Federal (1. Turma). HC 118028/M. Relator Min. Dias Toffoli, j. 12 jun. 2013. *DJe*, 17 dez. 2013; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). HC 142381 AgR/RS. Relator Min. Gilmar Mendes, j. 4 jun. 2018. *DJe*, 21 jun. 2018; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). AgRg no RHC 40315/PR. Relator Min. Moura Ribeiro, j. 22 fev. 2014. *DJe*, 7 mar. 2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). AgRg no REsp 1733623/SC. Relator Min. Sebastião Reis Júnior, j. 04 set. 2018. *DJe*, 17 set. 2018.
- ⁴ “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.”
- ⁵ Aprovado na 150ª Sessão de Coordenação, de 07.05.2018.
- ⁶ LIMA, Renato Brasileiro de., *Op. cit.*, p. 281.
- ⁷ “Não caberá o acordo de não persecução penal se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas, entendidas estas como delitos de menor potencial ofensivo” (destacamos).
- ⁸ Para uma maior compreensão do tema v. GUADANHIN, Gustavo de Carvalho. *Princípio da insignificância: uma análise dogmática e sua aplicação nos delitos contra a Administração Pública*. Curitiba: Juruá, 2018.
- ⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). HC 84.412/SP. Relator Min. Celso de Mello, v.u., j. 19. out. 2004. *DJ*, 19 nov. 2004. p. 37.

- ¹⁰ Pela alternatividade, v. GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 20-21; pela cumulatividade, v. artigo 28, parágrafo 1º, do Projeto de Lei 236/2012, em trâmite no Senado Federal, com o intuito de instituir um novo Código Penal, o qual conteria a regulamentação do princípio da insignificância, *in verbis*: “[t] ambém não haverá fato criminoso quando cumulativamente se verificarem as seguintes condições: (a) mínima ofensividade da conduta do agente; (b) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; (c) inexpressividade da lesão jurídica provocada”.
- ¹¹ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: fundamentos*. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2008. t. 1, p. 817. Para uma visão da jurisprudência brasileira acerca do tema, v. COSTA, Helena Regina Lobo da. Comentários ao art. 155. In: REALE JÚNIOR, Miguel (coord.). *Direito Penal: jurisprudência em debate*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 253-254.
- ¹² O caso paradigmático aponta que a reincidência, por si só, não impede o reconhecimento da insignificância à luz dos elementos do caso concreto (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). HC 123734/MG. Relator Min. Roberto Barroso, j. 03 ago. 2015. *DJe* 2 fev. 2016).
- ¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). HC 161074 AgR/MG. Relator Min. Gilmar Mendes, j. 12 nov. 2018. *DJe* 29 nov. 2018.
- ¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). HC 141400 AgR/MG. Relator Min. Dias Toffoli, j. 14 ago. 2018. *DJe* 7 fev. 2019.
- ¹⁵ GOMES, Luiz Flávio., *Op. cit.*, p. 112-117.
- ¹⁶ SOUZA, Luciano Anderson. *Direito Penal: Parte Geral*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 130-131.

REFERÊNCIAS

COSTA, Helena Regina Lobo da. Comentários ao art. 155. In: REALE JÚNIOR, Miguel (coord.). *Direito Penal: jurisprudência em debate*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

GUADANHIN, Gustavo de Carvalho. *Princípio da insignificância: uma análise dogmática e sua aplicação nos delitos contra a Administração Pública*. Curitiba: Juruá, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

PASCOLATI JÚNIOR, Ulisses Augusto. *Não aplicabilidade do princípio da insignificância aos portadores de maus antecedentes ou reincidentes em pequenos delitos*. 2012. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: fundamentos*. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2008. t. 1.

SOUZA, Luciano Anderson. *Direito Penal: Parte Geral*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

Recebido em: 10/03/2020 - Aprovado em: 11/06/2020 - Versão final: 02/09/2020

CADEIA DE CUSTÓDIA: ÔNUS DA PROVA E DIREITO À PROVA LÍCITA

CHAIN OF CUSTODY: BURDEN OF PROOF AND RIGHT TO LEGALLY OBTAINED EVIDENCE

Daniel Diamantaras de Figueiredo

Mestre em Direito Penal e Ciências Criminais pela Universidade de Lisboa. Professor de Direito Processual Penal. Defensor Público do Rio de Janeiro. Coordenador do Núcleo do Sistema Penitenciário da Defensoria Pública do Rio de Janeiro (NUSPEN).

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0615447396347665>

ORCID: 0000-0002-5957-8881

daniel.diamantaras@gmail.com

Denis Sampaio

Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa. Mestre em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Professor de Direito Processual Penal. Defensor Público do Rio de Janeiro.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4167842334977106>

ORCID: 0000-0002-1700-3799

denissampaio00@gmail.com