

# Habitualidade e Bagatela: equívocos na interpretação dos institutos da culpabilidade de autor e de fato

**Autor: Anderson Lodetti Cunha de Oliveira**

Procurador da República em Santa Catarina – Mestre em Direito pela UFSC

publicado em 30.4.2010

 [\[enviar este artigo\]](#)  [\[imprimir\]](#)

**Resumo:** O presente artigo visa demonstrar que a reiteração criminosa e a habitualidade são incompatíveis com o princípio da bagatela ou insignificância. Ao contrário do que os Tribunais vêm decidindo, a exclusão da bagatela nesses casos não tem nenhuma relação com a culpabilidade de autor, ou seja, “elementos subjetivos”. Pelo contrário, é aplicação da própria culpabilidade de fato/ato, única compatível com o Direito Penal Democrático, que exclui o princípio da insignificância nos casos de reiteração e habitualidade.

**Sumário:** Introdução. 1 Culpabilidade de Autor. 2 Culpabilidade de Fato/Ato. 3 Reiteração criminosa e bagatela.

**Palavras-chave:** Insignificância. Habitualidade. Culpabilidade de autor. Culpabilidade de fato. Bem jurídico.

## Introdução

O presente artigo visa demonstrar que o princípio da insignificância é incompatível com a reiteração criminosa, especialmente com a habitualidade. Motiva a elaboração deste trabalho o fato de o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal Regional Federal da 4ª Região estarem consolidando jurisprudência no sentido de que a reiteração criminosa é compatível com a bagatela.

A análise dos julgados desses Tribunais revela que há um erro na premissa da qual partem: todos eles entendem que a consideração da reiteração criminosa/habitualidade é aspecto subjetivo, incompatível com a culpabilidade de fato.

Demonstrar-se-á justamente o oposto. A reiteração criminosa e a habitualidade não são aspectos subjetivos, mas sim objetivos. Ainda, considerá-los para afastar a insignificância não tem nenhuma relação com adoção da culpabilidade de autor.

## 1 Culpabilidade de autor

Convencionou-se chamar de culpabilidade de autor todas as interpretações penais que levam em conta os fundamentos da pena da Escola Positiva Italiana (Cesare Lombroso, Raffaele Garofalo e Enrico Ferri), da Escola Dogmática Alemã (Franz Von Liszt), da Defesa Social (Adolph Prins e Filippo Grammatica) e da Nova Defesa Social (Marc Ancel). O principal fundamento da pena dessas Escolas Penais é a função preventiva especial, ou seja, a ressocialização. Tem por base a ideia de que o criminoso é um ser diferente, dotado de personalidade distorcida, com inclinação para a prática do mal (o crime).

A responsabilidade moral dos liberais é substituída pela responsabilidade legal ou social. Na responsabilidade moral o criminoso responde por conhecer a lei, poder agir conforme a mesma e, no entanto, descumpri-la. Na responsabilidade legal, o delinquente, por ser determinado à prática do crime, não poderia ser punido pela inexistente capacidade de escolha entre o bem e o mal. Ele recebe sanção penal porque, e simplesmente

porque, não tem uma personalidade compatível com o estágio social geral da época em que vive, o que o faz um **ser** inassimilável no seio social e, por conseguinte, contrário à lei dessa sociedade.(1)

Fiel à sua matriz antropológica, a Escola Positiva italiana vai colocar o criminoso no centro do direito penal e vai buscar as causas de sua personalidade perigosa. Como o crime e o criminoso existem na natureza, basta achar o que lhes é comum e quais as causas da criminalidade para poder adequar a sanção penal à personalidade. "Tanto na justiça penal como na vida social, o crime tem toda a eloquência e importância do fato realizado e é a revelação concreta de uma personalidade perigosa".(2)

A Escola Positiva funda o direito penal do autor, e o fato criminoso passa a ser um mero índice de periculosidade. A pena deve adequar-se não à lesão causada pelo delito, como faziam os liberais, pois a forma aritmética de pena é um absurdo, semelhante ao médico que está com a receita pronta antes de ver o paciente.(3) A pena é necessária para fazer cessar a temibilidade(4) do delinquente, seja pela eliminação, seja pelo tratamento. A pena, segundo Raffaele Garófalo, é, então, "remédio para a doença; assim como o médico não questiona da justiça da doença ou quanto o doente podia tê-la evitado, o juiz não deve questionar da justiça da anormalidade".(5)

A pena deixa de ser uma intimidação para os que pensam em violar o pacto e passa a ser, então, um ato de defesa social do organismo social contra a célula daninha. E, assim como o corpo se defende sem questionar da justiça ou injustiça da eliminação, a sociedade deve se defender do criminoso, dentro da lógica da natureza.

O livre-arbítrio dos liberais (Carrara, Beccaria, Feuerbach etc) fez com que a justiça criminal perdesse o controle da criminalidade e o juiz acabasse com ficções que só beneficiavam o delinquente. Por isso, Enrico Ferri vai defender que "no julgamento, mais que em qualquer outra função da justiça penal, o homem delinquente é o verdadeiro protagonista, que está vivo e falando diante do juiz, o qual, por sua vez, não pode deixar de se preocupar em saber se ele é um indivíduo mais ou menos perverso e perigoso".(6) Os positivistas repudiam a pena fixa, pois o único fim da pena é a readaptação, sendo inadmissível "um dia a mais ou a menos sem essa transformação do delinquente".(7)

A passagem do direito penal do fato para o direito penal do autor faz Enrico Ferri dizer que "o delinquente tem que ser punido não tanto por aquilo que **tem feito**, mas por aquilo que **é**."(8) E, para se manter coerente com sua teoria, defende que se aplique o perdão àquele que cometeu um homicídio ou um parricídio, mas que não é delinquente (ou seja, perigoso), pois a pena para ele de nada adiantaria. E, pelo contrário, que fique preso por longos anos, se necessário, aquele que cometeu o mais leve dos delitos, se for um delinquente, ou seja, mostrar periculosidade, pois necessita de tratamento.(9)

A periculosidade foi o termo cunhado por Enrico Ferri,(10) que simplesmente achou ser o termo mais adequado que a "temibilidade" de Rafael Garófalo.(11) No entanto, o conteúdo da periculosidade é o mesmo da temibilidade. Periculosidade é a tendência a voltar a delinquir. Assim, os criminosos habituais e reincidentes são os mais perigosos justamente por revelarem maior tendência sintomática ao crime. Segundo Enrico Ferri, a periculosidade criminal traz consigo o perigo de recidiva.(12)

A periculosidade, como inclinação para o crime e sintoma de uma anormalidade que é prejudicial à sociedade, dando-lhe o direito de defesa, é a base de todo o sistema positivo do direito penal.

O fim da justiça penal é defender a sociedade dos delinquentes perigosos. A pena é uma forma de tratamento para a periculosidade e deve, portanto, ser individualizada e executada conforme a sintomatologia do perigo. O crime não passa de "índice da personalidade mais ou menos

perigosa do seu autor”.(13) E a execução da pena deve ser um tratamento higiênico, disciplinar e educativo da personalidade.(14) Conclui Ferri: “a nova justiça penal que se preocupa sobretudo de lhe precisar (do delinquente) a personalidade individual, familiar e social, para lhe graduar a periculosidade e, portanto, a corrigibilidade ou readaptabilidade à vida normal”.(15) Von Hentig resume a função da pena positiva com uma metáfora: a pena deve formar homens para se “encaixarem como pedras bem quadradas e regularmente dispostas na pirâmide social”.(16)

O tecnicismo jurídico do alemão Franz Von Liszt e do belga Adolph Prins somente floresceu com outros nomes os institutos lombrosianos. O tecnicismo jurídico vai ganhar força com a teoria de ciências integradas de Franz Von Liszt, na Alemanha, em fins do século XIX. Franz Von Liszt não admitia o reducionismo sociológico dos positivistas, que queriam reduzir o direito penal à sociologia criminal no combate à criminalidade.(17) Segundo Franz Von Liszt, “só pela união e pela mútua influência do direito penal e da política criminal completa-se a ideia de ciência do direito penal. Criá-las, desenvolvê-las, transmiti-las é a missão do criminalista, não é missão do médico, do sociólogo, do estaticista”.(18)

Os conhecimentos da antropologia criminal não são desprezados por Franz von Liszt, que, pelo contrário, considera que a defesa social seria incompleta sem os conhecimentos da criminologia, pois somente o conhecimento do delinquente permite a adequada individualização da reprimenda penal. Por isso, o autor, que também tem uma divisão dos tipos delinquentiais,(19) defende que a ideia de finalidade é que determina a extensão e a natureza da pena, com relação ao que se deseja do delinquente no futuro.(20)

Adolfo Prins, depois de acusar os clássicos de “se lançarem na abstração e pairarem no vácuo”,(21) vai defender o direito penal com duplo aspecto: 1) como conjunto de disposições legais que regulam o direito de punir; 2) como ciência social de defesa social, quando recebe o nome de criminologia ou sociologia criminal.(22) A função da justiça penal é proteger a boa ordem, por meio da defesa social que, segundo o autor, já revelou a conexão entre miséria-crime-doença-degeneração.(23) E, assim como Franz von Liszt(24) e os positivistas, diz que a defesa preventiva deve priorizar o proletariado, que é terreno próprio à vagabundagem e à criminalidade.(25)

Retomando a tipologia criminal de Enrico Ferri, Adolfo Prins vai defender a pena indeterminada, pois esta permite que a mesma seja adaptada à periculosidade pessoal(26) e o tempo de prisão seja o necessário para a ressocialização do delinquente.(27) O autor advoga pela tese da extrema severidade contra o reincidente, que mostra mais perversidade e tendências criminosas mais acentuadas.(28)

Esse modelo de divisão metodológica só confirmou o que já vinha ocorrendo desde a Escola Positivista. A interpretação da lei partindo da personalidade e da periculosidade do criminoso,(29) garantindo-se, assim, uma melhor defesa social. Ao mesmo tempo, um falso sistema programado normativamente – pois continuava em vigor a legalidade e o processo penal – para dar a ideia de que o poder não agia de forma arbitrária. Diga-se falso, justamente pelo fato de que as agências oficiais (polícia, Ministério Público, juiz e penitenciária) vão aplicar a lei de forma seletiva e desigual, priorizando a criminalização, a suspeita e as longas penas para o criminalizado com as características do “perigoso”.

A Defesa Social e a Nova Defesa Social também partem do mesmo pressuposto: a pena tem que atingir o delinquente, considerando suas características pessoais e personalidade. O termo Defesa Social foi pela primeira vez cunhado por Adolfo Prins, no início do século XX, na União Internacional de Direito Penal, que fundou com Franz Von Liszt e Van Hamel.(30) A identificação de um momento específico desse movimento ou de suas características específicas é muito difícil. Isso porque a Defesa Social de Filippo Grammatica, que realmente apresenta novidades para a

justiça penal (abolição do crime, da pena, da responsabilidade penal), é considerada como teoria radical que não pertence à nova defesa social. Esta, tendo como principal nome o de Marc Ancel, é que teve mais sucesso e fez mais seguidores pelo mundo – inclusive, o código penal e a lei de execução penal pátrios são frutos diretos de sua influência –; não parece, no entanto, ter alguma característica diferente do positivismo de final do século XIX.**(31)**

O movimento da defesa social surge depois da segunda guerra mundial, por dois motivos principais: o primeiro foi a inadmissibilidade de qualquer tese racista ou eugênica depois do holocausto. Como disse Eugenio Raúl Zaffaroni, Adolph Hitler causou espantos na Europa pela sua perversidade. No entanto, esqueceram-se de que o ditador alemão não inventou as teses racistas, que já vinham sendo aplicadas há muito contra os latino-americanos e os africanos.**(32)** O holocausto foi fruto das teses criminológicas spencerianas e lombrosianas, inventadas longe e muito antes do Reich.

O segundo motivo foi a incapacidade do tecnicismo para evitar sistemas penais totalitários e desumanos, o que fez surgir a necessidade de que o jurista novamente voltasse os seus olhos para a política criminal como informadora do direito penal. Voltou-se à necessidade de uma fundamentação a partir de um ponto de vista externo para a aplicação da lei penal. Esses dois motivos foram os principais impulsores da mudança nas teorias penais, passando da ideia de ressocialização-terapêutica e da melhora da raça humana, para um modelo mais “humanitário”.

O primeiro Congresso do Movimento de Defesa Social foi realizado em San Remo, em 1947, ou seja, logo após o fim da guerra e o início dos Estados de Bem-Estar na Europa e nos Estados Unidos. Os dois fundamentos básicos do movimento são, segundo Marc Ancel: 1) contato íntimo com ciências criminológicas e penitenciária; 2) respeito incondicional aos direitos humanos e à dignidade humana.**(33)** O nome de Nova Defesa Social somente vai ganhar corpo após o Congresso de Bellagio, em 1963, quando há unanimidade em torno da corrente moderada, excluindo as ideias de Filippo Grammatica.**(34)**

A nova defesa social vai centrar toda a sua atividade defensivista na personalidade do criminoso. Filippo Grammatica, falando da importância em avaliar a personalidade do indivíduo e medir sua antissocialidade, para aplicar a melhor medida de defesa, assevera que, “ao tender o sistema, como temos visto, não a julgar o fato, senão a dar um juízo de valor do indivíduo, e sendo este concebido como um fenômeno psicológico, é evidente que todo o sistema acaba por tomar como ponto de apoio o mesmo elemento psicológico”.**(35)** É a mesma posição de Marc Ancel, que ressalta que “a atitude de defesa social que se pretende adotar em relação ao delinquente exige, em primeiro lugar, se leve em consideração a sua própria personalidade, por meio do estudo sistemático levado a efeito segundo métodos e perspectivas científicas”.**(36)**

Não seria necessário ir mais longe para demonstrar como a nova defesa social não tem nada de novo. Com razão Giuseppe Bettiol observou que esse movimento não passa de um positivismo atrasado e renovado.**(37)** Basta analisar várias passagens de Marc Ancel para perceber que tanto o fundamento da pena – ressocialização do indivíduo – como o seu método de dosimetria são exatamente iguais ao positivismo. Quando o autor elenca os três postulados da política criminal da nova defesa há uma incrível semelhança com as teses de Enrico Ferri e Adolfo Prins.

Então, a culpabilidade de autor é a relevância máxima à pessoa que cometeu o crime, seu modo de vida, seus antecedentes, sua raça (se é que raça existe), sexo, sua condição econômica e social. O fato crime é só o indicativo de que se deve aplicar a pena, mas esta visa atingir a pessoa humana criminalizada, independente da gravidade do fato. Marc Ancel repete todas as fórmulas positivistas (só excluindo as raças degeneradas) e dá ênfase na culpabilidade de autor.

A culpabilidade de autor é típica da consideração de características pessoais e sociais do autor, para reprovar-lhe coisa estranha ao fato. A intenção da culpabilidade do autor é punir os que apresentam sintomas inclinados ao delito. Conforme Anabela Miranda Rodrigues, “o fato não seria mais do que o pretexto necessário para dar início, perante o agente, a um juízo de culpa sem limites”.**(38)** A culpabilidade de autor é a busca, segundo Carmen Silvia de Moraes Barros, no autor, da sua afinidade com o crime, em um verdadeiro “juízo moral sobre o autor”.**(39)**

Um dos maiores expoentes do Direito Penal pátrio na segunda metade do século XX, Roberto Lyra, era defensor ferrenho das teses positivistas e utilizava a culpabilidade de autor, aludindo a essencialidade de apreciação da periculosidade, nos mesmos moldes de Enrico Ferri, tendo no centro a personalidade.**(40)** Segundo o autor, “a apreciação da personalidade do homem, para bem afeiçoar-lhe a sanção, está ao alcance da experiência comum e obedece aos critérios habituais”. Para tanto, propõe a utilização da tabela de Mendelssohn, muito útil para avaliar a personalidade, pois discrimina:

“1) família do acusado (ascendentes até o décimo grau, colaterais até o quarto grau, sob aspecto sociológico, psicopatológico, antropológico, criminológico e médico-legal); 2) vida do criminoso até a época da acusação (generalidade); 3) regime educativo no lar (relações entre os pais, entre o criminoso e seus irmãos e o tratamento dado ao criminoso em comparação com os outros filhos); 4) estado físico, estado psíquico, relações sociais, relações do criminoso com sua mulher, relações do criminoso com seus filhos e pais, atos antissociais; 5) sexualidade (evolução psicopatológica sexual infantil – puberdade, adolescência e maturidade, senilidade, etc).”**(41)**

Roberto Lyra conclui que a personalidade não precisa ser avaliada por nenhuma perícia psiquiátrica, pois o que conta é a “conduta como cidadão, filho, pai, esposo, companheiro, amigo, profissional, sócio de centros culturais, beneficentes, recreativos, esportivos, mundanos etc”.**(42)**

Fácil perceber que a culpabilidade de autor é ainda a base da aplicação das penas neste país, bastando uma leitura de vários doutrinadores (Aníbal Bruno,**(43)** Magalhães Noronha,**(44)** Basileu Garcia**(45)** e Bento Faria**(46)**), do art. 59 do Código Penal, que insiste nos antecedentes, na conduta social e na personalidade do agente, e da jurisprudência desde o início da república. Ainda se pune com maior rigor aquele que repete uma ação sem lesividade significativa e deixa-se com uma pena muito baixa – no Brasil a malfadada rotina da pena mínima – aquele que comete crimes de enorme gravidade, pelo simples fato deste não apresentar antecedentes. Os antecedentes, em vez da lesão causada pelo fato criminoso, ainda são a base da aplicação da pena pelo Judiciário, sendo raras as exceções.

A explicação para essa consideração é um *second code*, ou código não escrito, que, segundo Alessandro Baratta, faz com que o juiz espere um comportamento conforme a lei do não estereotipado, ou seja, do não pobre nem marginalizado, e, pelo contrário, veja a necessidade de ressocialização para o estereotipado.**(47)**

Em verdade, a ideia do criminoso ocasional de Ferri ainda está muito presente na prática forense nacional. Os criminosos do colarinho-branco, os servidores públicos corruptos e grandes empresários, quando condenados, recebem penas mínimas ou muito próximas da mínima porque não estão dentro do estereótipo de “criminoso” que permanece desde a Escola Positiva Italiana. O Judiciário tende a enxergá-los como não perigosos e, em consequência, a aplicar-lhes uma pena branda.**(48)**

## 2 Culpabilidade de Fato/Ato

A culpabilidade de autor, por visar mais a pessoa do que o fato, sempre serviu a regimes autoritários, práticas racistas e eugênicas, ditaduras. Porque as características e o modo de vida do grupo/classe indesejado sempre foi motivo para majorar a pena. Por isso ela é incompatível com o Estado de Direito e jamais poderá fundamentar pena alguma.

Conforme Luigi Ferrajoli, essas posturas

“têm aberto caminho – nos piores casos – às muito mais nefastas doutrinas abertamente antiformalistas, que têm constituído a base dos ordenamentos penais totalitários. Refiro-me, diante de tudo, à doutrina penal nazi do **‘tipo de autor’ (tätertip)** que identifica o desvio punível antes que (ou mais que) por meio das figuras normativas dos delitos (o homicídio, o furto, o ato de subversão), por meio das figuras normativas dos réus (o homicida, o ladrão, o subversivo), dando relevância aos delitos somente enquanto **‘sintomas’** de personalidades antissociais, desleais ou criminais a interpretar ou ‘intuir’, como disse o art. 2 do código penal nazi, sobre a base do **‘sentimento são do povo’.**”(49)

Conforme Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar, o direito penal de autor “supõe que o delito seja sintoma de **um estado do autor**, sempre inferior ao das demais pessoas consideradas normais. Tal inferioridade é para uns de natureza **moral** e, por conseguinte, trata-se de **uma versão secularizada de um estado de pecado jurídico**; para outros, de natureza mecânica e, portanto, um **estado perigoso.**”(50)

Já a culpabilidade de fato não passa por elementos da personalidade para avaliar o grau de pena a ser imposto. A culpabilidade de fato parte da ideia de proporção da pena com relação ao grau de lesão ao bem jurídico, à gravidade do fato e à capacidade do agente se comportar conforme a norma penal.

A culpabilidade de fato retoma as ideias dos liberais (Carrara, Beccaria, a denominada Escola Clássica do Direito Penal), nas quais personalidade, periculosidade e temibilidade são temas totalmente alheios. Segundo Beccaria, o criminoso é normal, pois o seu sentimento egoísta (de satisfação de interesses próprios em detrimento da coletividade) está presente em todos os seres humanos.(51) Por isso, a função da pena é reprovar, retribuir o fato praticado, na exata proporção do dano social causado.(52)

Só a culpabilidade de fato é compatível com o princípio da igualdade, na medida em que somente fatos exteriores são puníveis, não qualidades ou condições pessoais. É garantia de Estados democráticos que o cidadão somente seja responsabilizado por fatos exteriores que praticou voluntariamente. Segundo Ferrajoli:

“Há uma conexão evidente entre natureza retributiva da pena e sua função de prevenção geral dos delitos: a ameaça legal da retribuição legal pode prevenir **somente a comissão de fatos delitivos**, não a subsistência de condições pessoais ou de *status* como são a periculosidade ou a capacidade de delinquir ou outras similares; e, por outra parte, a pena exerce uma função preventiva intimidatória sobretudo se aflige o que ‘mereceu.’”(53)

A culpabilidade de fato é a reprovação penal pelo fato. Consideram-se as circunstâncias na qual ocorreu o fato para se infligir a pena. Conforme Zaffaroni e Pierangeli, “na culpabilidade de ato, entende-se que o **que se reprovava ao homem é a sua ação**, na medida da possibilidade de autodeterminação que teve no caso concreto.”.(54)

No direito penal de ato se “concebe o delito como um conflito que produz uma lesão jurídica, provocado por um ato humano como decisão autônoma de um ente responsável (pessoa) que pode ser censurado e, por conseguinte, a quem pode ser retribuído o mal na medida de sua culpabilidade (ou seja, autonomia de vontade com que atuou).”(55)

Maria Lúcia Karam defende abertamente a culpabilidade de fato:

“Vinculando-se à dignidade da pessoa humana – fundamento da República, consagrado no art.1º, III, da CF –, o princípio da culpabilidade, como culpabilidade pelo fato realizado, deriva do próprio princípio da legalidade, que traz na necessidade de prévia e determinada descrição do fato punível o significado substancial de possibilitar o conhecimento da proibição de uma conduta, de forma a autorizar a exigibilidade de sua não realização.”(56)

A culpabilidade de fato também pode ser chamada de culpabilidade de ato. Ambas as designações são fiéis àquilo que é a base do instituto: a punição por um ato ou um fato externo, típico e culpável. Ou seja, completa impossibilidade de punição por uma forma de ser (sexo, raça, questões físicas, nacionalidade, etc), pensar (comunista, capitalista, budista, católico etc) ou viver (homossexualidade, solteiro, hábitos mais simples etc).

Na culpabilidade de ato não se questiona a classe social, os hábitos familiares, a situação pessoal (desempregado, analfabeto, alcoólatra, etc) do agente, suas inclinações (trabalhador, vadio, preguiçoso, etc) para aferir se deve haver a incidência da norma penal e, em havendo, qual a quantidade de pena a ser aplicada.

Na culpabilidade de ato se questiona qual o grau de autodeterminação do agente no momento da prática do ato. Quanto maiores as chances de não praticar o ato, mais culpável é o agente. Quanto menores as chances de não praticar o ato, menos culpável é o agente. Então, a culpabilidade é determinada pelo grau de exigibilidade de conduta conforme as normas penais.

Por que a culpabilidade de autor é tão mais utilizada (e foi tão difundida) nos últimos dois séculos? A resposta está nos jogos de poder por trás da norma penal. Pela culpabilidade de autor um mendigo que furta um bem de pouco valor recebe pena alta, porque suas condições pessoais e atitudes de vida são reprováveis (não trabalha, não busca o autossustento, não aceita as normas sociais da boa convivência, tem características próximas dos subdesenvolvidos etc). Se for reincidente, a pena alcança patamares ainda mais elevados (afinal, demonstrou periculosidade e desprezo para com a ordem jurídica). Pela mesma culpabilidade de autor, quando um empresário sonega milhões, um político pratica uma fraude em licitação, a sua pena é baixa. Afinal, pessoa idônea, reconhecida no meio social, de família e conduta de vida exemplares. O crime foi um equívoco na sua vida. Para esses Ferri tinha a famosa categoria do “criminoso ocasional”.

Pela culpabilidade de ato, a situação seria exatamente a inversa. O mendigo tem menos capacidade de autodeterminação, porque sua capacidade de respeitar o patrimônio alheio, diante da situação de privação que vive, é pequena. Enquanto que o empresário ou o político, por terem condições econômicas favoráveis e já gozarem dos luxos da vida, são altamente culpáveis, na medida em que cometeram o ato criminoso com ampla margem de capacidade para não cometê-lo.

Então, como o direito penal foi utilizado – e ainda é em sua maior parte – para manter a ordem social capitalista, mantendo controlada a massa de desempregados, despreparados e excluídos do sistema produtivo, a culpabilidade de autor sempre foi a teoria preferida.(57) Somente no caminhar para a construção de uma verdadeira república, na qual os privilégios e os resquícios de sentimentos de nobreza e superioridade – ainda nutridos por parte da elite econômica e política – sejam superados, é que será possível um direito penal de fato, no qual cada um responde pelo que fez e pela sua culpabilidade (ou seja, capacidade de ter agido conforme a norma).

### 3 Reiteração criminosa e bagatela

Atualmente os Tribunais pátrios estão divididos quanto à possibilidade de aplicação da bagatela (princípio da insignificância) aos casos em que haja reiteração da prática criminosa ou habitualidade. Antes da Questão de Ordem em Agravo de Instrumento nº 559.904-1, do Supremo Tribunal Federal, raras eram as decisões que aplicavam a bagatela nos casos de reiteração. Depois desse precedente, a realidade se alterou, sendo comum, atualmente, a aplicação da bagatela ainda que o agente tenha praticado reiteradas vezes a mesma conduta, contra o mesmo bem jurídico.

Na Questão de Ordem citada, que teve por relator o Ministro Sepúlveda Pertence, ficou consignado que a bagatela só deve ser aferida com relação a aspectos objetivos, sendo a reiteração um aspecto subjetivo e, portanto, irrelevante para se afastar a insignificância penal. O Supremo Tribunal Federal, em verdade, quis adotar a teoria da culpabilidade de ato. Tanto que, no voto, Sua Excelência é um tanto enfático: “ocorre que o princípio da insignificância não tem nada a ver com a bondade ou maldade do sujeito. É um problema tipicamente objetivo”.

Após, seguiram-se outras decisões do próprio Supremo Tribunal Federal aduzindo que a reiteração e a habitualidade, por serem aspectos subjetivos, não afastam a incidência da bagatela (RE 536486/RS; RE 514531/RS; HC 94502/RS).

No Superior Tribunal de Justiça a tese de que a reiteração afasta a insignificância é predominante (HC 82226/SC; HC 63419/RS; HC 45153/SC; HC 66316/RS; HC 61134/PR; HC 44986/RS). Contrariamente, no Tribunal Regional Federal da 4ª Região há jurisprudência consolidada, considerando a habitualidade como aspecto subjetivo, portanto, incapaz de afastar a incidência do princípio da insignificância.**(58)**

Em todos os julgados do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e do Supremo Tribunal Federal que aceitam a bagatela, mesmo quando há reiteração de conduta criminosa, há referência expressa à tese de que “circunstâncias meramente subjetivas não afastam a bagatela”. Ou seja, os Tribunais estariam rejeitando a culpabilidade de autor, exigindo que elementos fáticos sejam os únicos considerados na apreciação da tipicidade da conduta.

Ocorre que na reiteração criminosa, ou habitualidade, contra o mesmo bem jurídico não há circunstâncias subjetivas, muito menos culpabilidade de autor. Não são circunstâncias pessoais do réu que afastam a aplicação da insignificância nos casos de reiteração. Não se está negando a aplicação da insignificância porque o réu é “perigoso”, tem “personalidade voltada ao crime”, apresenta problemas de conduta social ou familiar, é homossexual, ou apresenta condenação criminal anterior ou é reincidente. Nenhum desses elementos subjetivos, típicos de culpabilidade de autor, é considerado para afastar a insignificância.

A reiteração criminosa/habitualidade é elemento objetivo, empiricamente verificável, consistente na prática de fatos criminosos anteriores contra o mesmo bem jurídico. Esses fatos típicos anteriores não indicam que o agente seja perigoso, temível, dessocializado ou qualquer coisa que relembre as teorias defensivistas. Simplesmente apontam que o agente está agredindo o mesmo bem jurídico repetidas vezes, o que majora a sua lesão objetiva e faz surgir a necessidade da tutela penal. Ou seja, são levadas em conta ações típicas do agente, que causam maior agressão ao bem jurídico tutelado, para se afastar a insignificância.

A continuidade repetida de ações insignificantes somam-se sim, devendo ser consideradas para evitar a incidência do instituto despenalizador, sob pena de se autorizar uma lesão considerável ao bem jurídico, ainda que de forma fracionada. Qual a diferença de lesão causada por aquele que traz consigo, de uma só vez, em descaminho, mercadorias que deixaram de



recolher impostos no valor de R\$ 20.000,00 e aquele que trouxe consigo as mesmas mercadorias, em 10 viagens, deixando de recolher o mesmo valor de impostos? Nenhuma diferença. Ambos lesionaram o bem jurídico da mesma forma, apenas utilizando meios diferentes. No entanto, adotar a tese de que a reiteração não afasta a bagatela resultaria no absurdo de condenar o primeiro sujeito e considerar a conduta do segundo atípica.

O que interessa para a aplicação da insignificância é a incapacidade da conduta lesionar o bem jurídico tutelado. O princípio da insignificância tem a finalidade de excluir a incidência da norma penal incriminadora porque, segundo a doutrina, a tutela penal seria desnecessária no caso concreto. Veja que a insignificância é excepcional e deve ser justificada.

Não há como aplicá-lo quando, no caso concreto, se demonstra que o agente vem, pelas suas condutas, agredindo o bem jurídico tutelado repetidas vezes, causando uma lesão que não é insignificante. Porque nesses casos há necessidade da tutela penal, já que o bem jurídico está sofrendo lesão significativa. Manter a insignificância nesses casos redundaria em uma *abolitio criminis* das mais terríveis, que não leva em conta o bem tutelado, mas sim a **forma pela qual foi ofendido o bem jurídico**. O resultado danoso não seria mais o objeto de tutela penal, mas sim a forma como se chegou a esse resultado. Se o resultado ocorreu em uma só ação, incide a tutela penal. Se houve várias ações, com o mesmo resultado final, a tutela penal é afastada!

Interessante é que o próprio Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula 723, impede a suspensão condicional do processo em caso de continuidade delitiva quando a pena mínima, decorrente do aumento, é superior a um ano. O que está dizendo o STF, por outros meios? Que as várias condutas do réu lesionaram de forma maior o mesmo bem jurídico tutelado, não tendo direito à suspensão. Se o réu pratica o crime só uma vez, terá o direito (pois menor a lesão). Se é acusado de praticar várias vezes, é porque a repetição indica maior lesividade, não tendo direito ao benefício. Raciocínio semelhante foi utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça, ao editar a súmula 243.

Então, o que se está defendendo é que, se há condutas típicas reiteradas, há fatos praticados pelo agente. Como são fatos, são aspectos **objetivos**, não subjetivos como estão decidindo o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Regional Federal da 4ª Região. A existência de fatos típicos reiterados contra o mesmo bem jurídico é uma circunstância objetiva que indica maior lesão, jamais podendo ser tratada como insignificante pelo Judiciário.

Situação diversa é a existência de fatos típicos praticados contra outros bens jurídicos. Se o agente tem uma condenação por lesão corporal, outra por furto e foi denunciado por um descaminho com tributos iludidos em valor insignificante, não se pode negar a aplicação da bagatela. Por quê? Porque se houver negativa da bagatela será pelo fundamento de que os antecedentes demonstram maior "periculosidade", "perversidade" ou "temibilidade" do agente. Percebe-se que, nesse caso, foi necessário recorrer a uma qualificação negativa-arbitrária do agente para culpá-lo, não pelo ato, mas pelo significado dos antecedentes.

Quando há lesão ao mesmo bem jurídico a situação é diversa. Tanto que essa é a base do crime continuado previsto no art. 71 do Código Penal. E veja que o crime continuado no nosso direito penal rege-se por aspectos meramente objetivos, sem necessidade de unidade de dolo. Basta a reiteração da conduta criminosa, contra o mesmo bem jurídico, com as demais condições do art. 71 do Código Penal, para que se reconheça a continuidade delitiva. **(59)**

Bem, se a tese de que a reiteração criminosa é aspecto subjetivo, de culpabilidade de autor, prevalecer e se consolidar, o crime continuado deixará de existir para a maioria dos casos. O empregado que se apropria indevidamente de R\$ 30,00 por dia e, no final do mês, se apropriou de

mais de R\$ 600,00 terá cometido uma série de fatos atípicos reiterados, insuscetíveis de punição. O empresário que deixar de repassar à Previdência o que recolhe dos empregados, se deixar de repassar menos de R\$ 10.000,00 (dez mil reais, patamar da insignificância dos crimes tributários definido pelo STF) por mês, ainda que ao final do ano tenha deixado de repassar mais de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), terá cometido vários delitos insignificantes, sendo a reiteração mero indicativo de culpabilidade de autor, segundo a recente jurisprudência.

Alguns podem perguntar: mas valorar as condutas anteriores para afastar a bagatela não é dar valor aos antecedentes, típico da culpabilidade de autor?(60) Não, pois os antecedentes visam agravar a pena imposta a um cidadão em decorrência de outros processos em andamento ou com coisa julgada. Se houver o aumento de pena, um dia que seja, em razão dos antecedentes, a ré não estará recebendo pena pelo seu crime atual, mas sim por outros crimes, pelos quais já foi condenada (logo, já cumpriu ou irá cumprir a pena), absolvida (logo, não pode receber pena jamais) ou cujo processo está em andamento (logo, é presumida inocente). Nos antecedentes, cada um dos processos representa um crime com lesividade própria, que está sendo processado e terá sua própria pena. Por isso é uma aberração aumentar a pena em um processo em razão da existência de outros, que serão devidamente julgados de acordo com a culpabilidade em cada um dos casos.

No caso da reiteração para afastar a bagatela as condutas anteriores não estão sendo consideradas para se aplicar pena. Pelo contrário, são condutas que, se não tivessem sido repetidas, jamais originariam penas, pois seriam insignificantes. As condutas anteriores estão sendo consideradas porque se somaram e causaram uma lesão significativa no bem jurídico tutelado. E, se há lesão significativa, não se pode aplicar um princípio que exclui a tutela penal quando há insignificância!

E, enquanto os antecedentes se baseiam na ideia de periculosidade (quanto mais antecedentes, mais “inclinado ao crime”), típico da culpabilidade de autor, na repetição de lesão contra o mesmo bem jurídico não se está asseverando que o agente é perigoso, inclinado ao crime ou jargões parecidos. Apenas se está constatando a existência de atos, portanto, **aspectos objetivos**, que deixaram de ser insignificantes. Portanto, a reiteração criminosa indica, por meio de fatos praticados pelo próprio agente, maior lesividade ao bem jurídico tutelado, exigindo a reprovação penal para a sua tutela.

A insignificância é um instituto despenalizador incompatível com lesão significativa ao bem jurídico, que sempre ocorrerá quando houver reiterados ataques ao mesmo. Há que se lembrar que o princípio da insignificância é uma exceção à regra da tipicidade. Em regra todos os fatos descritos nos tipos penais são típicos, merecendo a tutela penal. O princípio da insignificância surgiu na dogmática para evitar aberrações desproporcionais. Foi Claus Roxin que, na década de 70, cunhou os traços essenciais do princípio da bagatela, ao asseverar que muitas vezes é necessária uma interpretação a partir da política criminal para definir contornos de uma resposta penal de forma proporcional e razoável.(61) Segundo o penalista, o que justifica a exclusão da tipicidade nos casos de bagatela é a falta de lesão ao bem jurídico, que ocorre no caso concreto, apesar da conduta ser formalmente descrita no tipo penal.(62)

No mesmo sentido, Cezar Roberto Bitencourt assevera que para o direito penal há que existir uma lesão minimamente significativa ao bem jurídico, pois “é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal”.(63)

O princípio da bagatela determina a exclusão da tipificação de condutas por exceção, quando configurada a desproporção entre a norma penal e o comportamento do agente. Não é o princípio adequado a ser aplicado no caso de agente que reiteradamente atenta contra o mesmo bem jurídico, só que de forma parcelada e intercalada. Porque, nesses casos, a norma

proibitiva tem que prevalecer e a reprovação aos atos criminosos do autor tem que existir, sob pena de se transformar o princípio da bagatela em meio de bloqueio da tutela penal.

A tutela penal continua sendo necessária sempre para a proteção do bem jurídico eleito pelo legislador. Permitir que reiteradas condutas lesivas ao mesmo bem jurídico sejam imunes à tutela penal é permitir que o criminoso atue de forma habitual, programada e altamente danosa ao bem jurídico de forma lícita (afinal, a bagatela exclui a tipicidade). E não se pode aduzir que há licitude no agir daquele que causa grande lesão a um bem jurídico pelo só fato de fazê-lo de forma segmentada e parcial, apesar de reiterada e habitual.

O que era para ser princípio a evitar a desproporção da incidência da norma penal virou princípio contra os interesses sociais e em prejuízo da tutela penal. Afastar a insignificância nos casos de reiteração não tem nenhuma relação com culpabilidade de autor, mas mera inadequação do instituto descriminalizador com uma situação na qual fatos indicam que o bem jurídico merece a tutela penal e a punição será extremamente necessária e proporcional.

## Conclusões

O direito penal de autor é resultado de toda uma construção teórica que se iniciou no século XIX, com a Escola Positiva Italiana, e que vige até os tempos atuais. A maior parte da doutrina nacional, a legislação penal e a jurisprudência repetem as velhas fórmulas positivistas há mais de um século, considerando antecedentes, conduta social e elementos da personalidade para definir a aplicação da pena.

A culpabilidade de autor dá primazia às características pessoais do autor do delito, que são mais importantes que a própria lesão causada pelo crime praticado. Classe social, situação econômica, raça, sexo, hábitos familiares e outras características pessoais são a base para a dosimetria da pena.

A culpabilidade de fato resgata a ideia de proporcionalidade entre pena e fato praticado. Desde os liberais, antes do positivismo, defendia-se a ideia de que a pena deveria ser proporcional à lesão social praticada. Para a culpabilidade de fato não são relevantes características pessoais do autor, apenas a lesão social e a capacidade de respeitar a norma penal. Quanto maior a capacidade do agente cumprir a norma penal, mais culpável é sua ação criminosa.

O Supremo Tribunal Federal, seguido pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, está consolidando uma jurisprudência que reconhece a aplicação do princípio da bagatela/insignificância mesmo em casos de reiteração criminosa ou habitualidade. O fundamento seria a aplicação da culpabilidade de fato, o que levaria a considerar a reiteração e a habitualidade como "aspectos subjetivos".

Há um erro na interpretação de que a reiteração criminosa contra o mesmo bem jurídico representa aspecto subjetivo, típico da culpabilidade de autor. Na verdade, a reiteração contra o mesmo bem jurídico é um aspecto objetivo que indica a prática de lesão significativa ao bem jurídico tutelado, fazendo necessária a tutela penal.

A aplicação da sanção penal aos que reiteram prática criminosa contra o mesmo bem jurídico não tem nenhuma relação com a culpabilidade de autor, uma vez que não se está considerando aspectos relativos a classe social, sexo, raça, conduta social, família, etc. Pelo contrário, a reiteração criminosa é um aspecto fático, portanto objetivo, que indica a lesão significativa e exige a tutela penal.

## Referências Bibliográficas

ANCEL, Marc. **A Nova Defesa Social: um movimento de política criminal humanista**. 2. ed. Traduzido por Osvaldo Melo. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Traduzido por Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

BARROS, Carmen Silva de Moraes. **Individualização da Pena na Execução Penal**. São Paulo: RT, 2001.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Traduzido por Flório de Angelis. São Paulo: Edipro, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral**. Tomo 3. Forense: Rio de Janeiro, 1967.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

COMTE, Augusto. **Discurso preliminar sobre o espírito positivo**. Traduzido por Maria Emantina G. G. Pereira, São Paulo: Martins Fontes, 1990.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Madri: Trotta, 1989.

FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal**. Traduzido por Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1999.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1969, v.1, Tomo 2.

GAROFALO, Raffaele. **Criminologia**. Campinas: Peritas, 1997.

GRAMMATICA, Filippo. **Princípios de defesa social**. Madri: Maribel, 1974.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal: parte geral**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

KARAM, Maria Lúcia. Aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, a. 2, n. 6, p. 117-132, abr./jun. 1994.

LISZT, Franz von. **Direito Penal Alemão**. Traduzido por José Hygino Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguet, 1899.

\_\_\_\_\_. **La Idea del fin en el derecho penal**. Traduzido por Carlos Pérez del Valle. Granada: Comares, 1995.

LOMBROSO, Cesare. **O Homem Delinquente**. Traduzido por Maria Carlota Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: Rio, 1983.

LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal: art. 28-74**. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v.2.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

NORONHA, Magalhães. **Direito Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 1, p. 287.

PRINS, Adolfo. **Ciência Penal e Direito Positivo**. Lisboa: A. M. Teixeira, 1915.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general. 2. ed. Traduzido por Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997, p. 296.

\_\_\_\_\_. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminologia**: aproximación desde um margen. Bogotá: Temis, 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

### Notas.

1. FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal**. Traduzido por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999. p. 128.

2. *Ibidem*, p. 291.

3. *Ibidem*, p. 313.

4. GAROFALO, Rafaelle. **Criminologia**. Campinas: Peritas, 1997. p. 207.

5. *Ibidem*, p. 212.

6. FERRI, 1999. p. 329.

7. *Ibidem*, p. 315.

8. *Ibidem*, p. 273.

9. *Ibidem*, p. 316.

10. *Ibidem*, p. 271.

11. GAROFALO, 1997. p. 207.

12. FERRI, 1999. p. 280.

13. *Ibidem*, p. 146.

14. *Ibidem*, p. 202.

15. *Ibidem*, p. 309.

16. HENTIG *apud* FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoria del garantismo penal. Madri: Trotta, 1989. p.313.

17. Essa postura radical dos positivistas somente pode ser atribuída a Cesare Lombroso e Rafael Garófalo. Enrico Ferri, apesar de cair no mesmo reducionismo em seus primeiros escritos, com o "Princípios de Direito Criminal" acaba defendendo um modelo de integração entre direito penal e sociologia criminal nos mesmos moldes dos tecnicistas.

18. LISZT, Franz von. **Direito Penal Alemão**. Traduzido por José Hygino Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguet, 1899. p. 105.

19. Para Franz von Liszt havia os delinquentes habituais (ou incorrigíveis), os corrigíveis e os ocasionais. No mesmo modo que Enrico Ferri, os ocasionais existem por eliminação dos anteriores. Ou seja, caso alguém

que não se encaixe nos estereótipos criminosos (pobre, analfabeto, desempregado, alcoólico, vadio, etc) venha a cometer um crime, será considerado ocasional, pois precisa de uma pena para ser ressocializado, uma vez que já interioriza e vive conforme os valores capitalistas hegemônicos. Ver: LISZT, Franz von. **La Idea del fin en el derecho penal**. Traduzido por Carlos Pérez del Valle. Granada: Comares, 1995. p. 84-91.

20. LISZT, 1899, p.102.

21. PRINS, Adolfo. **Ciência Penal e Direito Positivo**. Lisboa: A. M. Teixeira, 1915. p. 12.

22. *Ibidem*, p. 13.

23. *Ibidem*, p. 40.

24. “A luta contra a delinquencia habitual exige, igualmente, um conhecimento minucioso do que hoje carecemos. Trata-se somente de uma das conexões – ainda muito perigosa e significativa – da cadeia de casos de enfermidade social que se costuma designar, sinteticamente, com a denominação proletariado: mendigos e vagabundos, alcoólicos e pessoas de ambos os sexos que exercem a prostituição; fraudadores e pessoas do submundo no mais amplo sentido da palavra; degenerados espirituais e corporais. Todos eles formam o exército dos inimigos por princípio de ordem social, em cujo estado-maior figura o delinquente habitual.” (LISZT, 1995, p. 84)

25. PRINS, 1915, p. 34. Adolfo Prins também vai dizer, após um breve histórico do crime, que hoje em dia o mesmo está restrito às “classes criminosas”. Também cita Gustave Le Bon, que vai chamar a juventude excedente no mercado de trabalho de “resíduo inutilizável”.

26. *Ibidem*, p. 137.

27. *Ibidem*, p. 310.

28. *Ibidem*, p. 302.

29. FERRI já escrevia que os juízes estavam, apesar das críticas dos clássicos, adotando as posturas da Escola Positiva e interpretavam a lei conforme a pessoa do delinquente. Desde a formação de um juízo de culpa até a aplicação da pena. (FERRI, 1999, p. 116).

30. ANCEL, Marc. **A Nova Defesa Social: um movimento de política criminal humanista**. 2. ed. Traduzido por Osvaldo Melo. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 87.

31. Eugenio Raúl Zaffaroni fala em “contraditório sistema de defesa social”, que nunca conseguiu definir-se de modo adequado, principalmente em sua tentativa de diferenciação do positivismo do século anterior (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminologia: aproximación desde un margen**. Bogotá: Temis, 1988. p. 241).

32. *Ibidem*, p. 66.

33. ANCEL, 1979, p. 119.

34. A diferença marcante entre a Defesa Social de GRAMMATICA e a Nova Defesa Social, de ANCEL, é a questão da lei. Para o primeiro deveria se acabar com o direito penal, o crime e a responsabilidade, uma vez que a medida de defesa social visa somente condicionar o indivíduo que agiu contra a norma. Se há condutas ou indivíduos desajustados, sobre eles deve-se aplicar técnicas de “normalização” e correção. ANCEL vai defender a permanência do direito penal, com a condição de que este se utilize dos avanços da criminologia e da penologia, para poder melhor readaptar o delinquente. Neste trabalho será utilizada a expressão nova defesa social para se referir tanto à posição de ANCEL quanto à de GRAMMATICA.

35. GRAMMATICA, Filippo. **Princípios de defesa social**. Madri: Maribel, 1974. p. 157.
36. ANCEL, 1979, p. 281.
37. BETTIOL *apud Ibidem*, p. 128.
38. RODRIGUES, Anabela Miranda *apud* BARROS, Carmen Silva de Moraes. **Individualização da Pena na Execução Penal**. São Paulo: RT, 2001. p. 83.
39. BARROS, Carmen Silva de Moraes. **Individualização da Pena na Execução Penal**. São Paulo: RT, 2001. p. 83.
40. LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**: art. 28-74. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. 2, p. 210.
41. *Ibidem*, p. 212.
42. *Ibidem*, p. 213.
43. BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Tomo 3. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 291
44. NORONHA, Magalhães. **Direito Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 1, p. 287.
45. GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1969, v.1, Tomo 2, p. 469.
46. FARIA, Bento de. **Código Penal Brasileiro**: art. 42-120. Rio de Janeiro: Record, 1961, v.3, p. 7.
47. BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Traduzido por Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997. p. 178.
48. Tanto que quando o juiz Fausto De Sanctis utilizou os termos positivistas, comuns e cotidianos nas varas penais deste país (personalidade desviada, inclinação ao crime, inescrupuloso, etc), ao banqueiro Daniel Dantas, houve revolta de muitos advogados e de empresários. Ou seja, esses termos podem ser utilizados diariamente para os estereotipados, mas jamais para os criminosos do colarinho-branco!
49. FERRAJOLI, 1989, p. 376.
50. BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 131.
51. BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Traduzido por Flório de Angelis. São Paulo: Edipro, 2000. p. 67.
52. *Ibidem*, p. 67.
53. FERRAJOLI, 1989, p. 368.
54. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 608.
55. BATISTA; ZAFFARONI *et alli*, 2003, p. 133.
56. KARAM, Maria Lúcia. Aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 2, n. 6, p. 117-132, abr./jun. 1994, p. 124.
57. Para se aprofundar na finalidade de controle social do sistema penal em sociedades capitalistas, que sempre priorizou a criminalização dos pobres e excluídos do mercado: BARATTA, Alessandro. **Criminologia**

**crítica e crítica do direito penal.** Traduzido por Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997. CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. **O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional:** Lei 7429, de 01.06.86. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime.** Traduzido por Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998. DUARTE, Evandro Charles Piza. **Criminologia e Racismo.** Curitiba: Juruá, 2002. KIRCHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. **Punição e estrutura social.** Traduzido por Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Criminologia Radical.** Rio de Janeiro: Forense, 1981. TAYLOR, Ian, WALTON, Paul e YOUNG, Jock. **La nueva criminología: una contribución a una teoría social de la conducta desviada** Buenos Aires: Amorrortu, 1977. WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos.** Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, Freitas Bastos, 2001. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminologia: aproximación desde um margen.** Bogotá: Temis, 1988. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. In: PIERANGELI, José Henrique (org.). **Direito Criminal.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002, v.4. ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas.** Rio de Janeiro: Revan, 1991.

58. TRF4, ACR 2007.71.07.005967-5, 8ª Turma, Relator Luiz Fernando Wovk Penteadó, D.E. 25.03.2009; TRF4, ACR 2005.70.02.007646-0, 8ª Turma, Relator Luiz Fernando Wovk Penteadó, D.E. 03.09.2008; TRF4, RSE 2007.71.17.000493-3, 8ª Turma, Relator Artur César de Souza, D.E. 11.07.2007; TRF4, EINACR 2003.71.03.001094-3, 4ª Seção, Relatora p/ Acórdão Maria de Fátima Freitas Labarrère, D.E. 28.03.2007; TRF4, ACR 2007.70.05.002807-5, 8ª Turma, Relator João Pedro Gebran Neto, D.E. 08.07.2009; TRF4, EINACR 2003.71.03.001094-3, 4ª Seção, Relatora p/ Acórdão Maria de Fátima Freitas Labarrère, D.E. 28.03.2007.

59. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 596.

60. Sempre conveniente lembrar que todos os Tribunais nacionais aplicam a culpabilidade de autor, pois todos valoram antecedentes, conduta social e personalidade. É contraditório que utilizem argumentos de culpabilidade de fato quando tratam da aplicação da bagatela.

61. ROXIN, Claus. **Política Criminal e sistema jurídico penal.** São Paulo: Renovar, 2000. p. 25-6.

62. ROXIN, Claus. **Derecho Penal:** parte gerenal. 2. ed. Traduzido por Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997. p. 296.

63. BITENCOURT, *op. cit.*, p. 21.

**Referência bibliográfica** (de acordo com a NBR 6023: 2002/ABNT):

**OLIVEIRA, Anderson Lodetti Cunha de .** *Habitualidade e Bagatela: equívocos na interpretação dos institutos da culpabilidade de autor e de fato.* **Revista de Doutrina da 4ª Região,** Porto Alegre, n. 35, abril. 2010. Disponível em:  
< [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao035/anderson\\_oliveira.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao035/anderson_oliveira.html)>  
Acesso em: 09 ago. 2010.