

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP  
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDP  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**THIAGO SOARES SOUSA**

**TEORIA DO *LABELLING APPROACH* E IMPLICAÇÕES AO PRINCÍPIO DA  
INSIGNIFICÂNCIA EM CASOS DE REINCIDÊNCIA CRIMINAL À LUZ DA  
JURISPRUDÊNCIA DO TJDFT E DO STJ.**

**BRASÍLIA,  
JULHO 2016**

**THIAGO SOARES SOUSA**

**TEORIA DO *LABELLING APPROACH* E IMPLICAÇÕES AO PRINCÍPIO DA  
INSIGNIFICÂNCIA EM CASOS DE REINICIDÊNCIA CRIMINAL À LUZ DA  
JURISPRUDÊNCIA DO TJDFT E DO STJ.**

Trabalho de Dissertação apresentado ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Penal e Processo Penal da Escola de Direito de Brasília – EDP/IDP.

Área de concentração: Direito Penal e Criminologia.

Orientador: Me. Bruno André da Silva Ribeiro.

**BRASÍLIA,  
JULHO 2016**

**THIAGO SOARES SOUSA**

**TEORIA DO *LABELLING APPROACH* E IMPLICAÇÕES AO PRINCÍPIO DA  
INSIGNIFICÂNCIA EM CASOS DE REINICIDÊNCIA CRIMINAL À LUZ DA  
JURISPRUDÊNCIA DO TJDFT E DO STJ.**

Trabalho de Dissertação apresentado ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Penal e Processo Penal da Escola de Direito de Brasília – EDP/IDP.

Área de concentração: Direito Penal e Criminologia.

Brasília – DF, 25 de julho de 2016.

---

Prof. Me. Bruno André da Silva Ribeiro  
Professor Orientador

---

XXXXX  
Membro da Banca Examinadora

---

XXXXX  
Membro da Banca Examinadora

***À Santíssima Virgem Maria,***  
Presença edificante aos cristãos e modelo da Igreja,  
a quem bendigo e agradeço por mais esta graça.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente a Deus, que me fez mais esse propósito e prontamente aceitei. A cada passo, procuro acumular experiência e conteúdo para alcançar o sonho da magistratura e se verdadeiramente for esse o futuro que Deus me reservou, espero estar preparado para exercer meu ofício com dedicação e justiça.

Em seguida, à minha família, em especial à Danielle, minha esposa, modelo de dedicação, coragem e a quem só edifica minha vida.

A todos, o meu sincero muito obrigado!

## RESUMO

A presente pesquisa monográfica é um estudo sobre a teoria do *labelling approach* e implicações ao princípio da insignificância em casos de reincidência criminal à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Parte-se de uma abordagem crítica e de interação argumentativa acerca dos aspectos dogmáticos quanto a teoria do *labelling approach* e os princípios da insignificância, intervenção mínima e da fragmentariedade do sistema penal. Assim, faz-se uma análise detalhada acerca do movimento do *labelling*, sua origem, evolução histórica e contribuição para a ordem jurídica brasileira. Evolui no capítulo seguinte para analisar o estado de reincidência criminal do agente e a sua repercussão negativa na aplicação do princípio da bagatela, trazendo considerações da dogmática penal acerca da reincidência e o entendimento jurisprudencial do TJDFT e STJ acerca da impossibilidade da incidência do mencionado princípio, excetuados o entendimento minoritário de parte dos Ministros que compõem a 6ª Turma Criminal e da 3ª Seção da Corte Especial. Por fim, demonstra o rompimento entre a etiqueta da reincidência (*labelling approach*) e a impossibilidade da aplicação do princípio da insignificância nas hipóteses que materialmente a conduta não oferece qualquer violação ao bem jurídico protegido pela tutela penal, sob pena de se privilegiar o direito penal do autor em detrimento do direito penal do fato, além de demonstrar a perspectiva hodierna do Supremo Tribunal Federal e a necessária segurança jurídica das decisões judiciais.

**Palavras-chave:** *Labelling Approach*; Princípio da Insignificância; Reincidência; TJDFT; STJ.

## ABSTRACT

This monographic research is a study on the theory of labelling approach and implications to the principle of insignificance in cases of criminal recidivism in light of the Court of Justice of the Federal District and Territories (TJDFT) and the Superior Court of Justice (STJ) jurisprudence. It starts from a critical approach and argumentative interaction concerning the dogmatic aspects about the theory of labelling approach and the principles of insignificance, minimal intervention and fragmentary of the criminal system. Therefore, it makes a detailed analysis about the labelling movement, your origin, historical evolution and contribution to brazilian law. Evolves in the next chapter to analyze the criminal recidivism status of the agent and your negative impact on application of the trifle principle, bringing criminal dogmatic considerations of recurrence and jurisprudential understanding of TJDFT and STJ about the impossibility of incidence of that principle, excepted the minority understanding a couple of ministers that make up the 6th Criminal Class and 3rd Section of the Special Court. Finally, it shows the split between recidivism label (Labelling approach) and the impossibility of application of the insignificance principle in the assumptions that materially the conduct offers no violation of the legal interests protected by penal law, under penalty to privileging criminal law of the author at the expense of the criminal law of fact, in addition to demonstrating today's perspective of the Supreme Court and the necessary legal security of judgments.

**Keywords:** *Labelling Approach*; Principle of Insignificance; Recidivism; TJDFT; STJ.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2. ASPECTOS DOGMÁTICOS ACERCA DA TEORIA DO <i>LABELLING APPROACH</i> E DO PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA, INTERVENÇÃO MÍNIMA E DA FRAGMENTARIEDADE DO SISTEMA PENAL.....</b>	<b>12</b>
<b>2.1. <i>Labelling Approach</i>.....</b>	<b>12</b>
2.1.1 Contribuição do <i>labelling approach</i> para a ordem jurídica brasileira. ....	18
<b>2.2. Princípios da insignificância, intervenção mínima e fragmentariedade do sistema penal.....</b>	<b>21</b>
<b>3. ESTADO DE REINCIDÊNCIA DO AGENTE E REPERCURSÃO NEGATIVA NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TJDFE E STJ.....</b>	<b>29</b>
<b>3.1. Considerações acerca do estado de reincidência criminal.....</b>	<b>29</b>
<b>3.2. Análise dos julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFE. ....</b>	<b>31</b>
<b>3.3. Análise dos julgados do Superior Tribunal de Justiça – STJ. ....</b>	<b>37</b>
3.3.1. Entendimento da 5ª Turma Criminal do STJ. ....	37
3.3.2. Entendimento da 6ª Turma Criminal do STJ. ....	39
3.3.3. Perspectiva da 3ª Seção do STJ.....	42
<b>4. ROMPIMENTO ENTRE A ENTIQUETA (<i>LABELLING APPROACH</i>) DA CONSTATAÇÃO OBJETIVA DO ESTADO DE REINCIDÊNCIA E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.....</b>	<b>46</b>
<b>4.1. O <i>labelling approach</i> no contexto do direito penal do autor e no direito penal do fato.....</b>	<b>46</b>
<b>4.2. Perspectiva hodierna do Supremo Tribunal Federal acerca do tema.....</b>	<b>50</b>
<b>4.3. Segurança jurídica e uniformização das decisões judiciais.....</b>	<b>54</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>60</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>63</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Desenvolver uma pesquisa monográfica cujo tema sugere à análise das implicações do *labelling approach* na aplicação do princípio da insignificância à luz da jurisprudência do TJDFT e do STJ, significa, sobretudo, um importante passo no aperfeiçoamento que se propõe no curso de especialização *lato sensu* em Direito Penal e Processo Penal, não só pelo indispensável estudo da dogmática afeta à matéria, mas também para a compreensão exata, técnica e aplicação adequada dos institutos.

Evidencie-se, desde já, que a ideia básica do tema proposto consiste em dispensar uma análise detida e acurada dos precedentes jurisprudenciais do TJDFT e do STJ, em especial na aplicação do princípio da insignificância quando o agente do injusto penal é reincidente em crimes patrimoniais e singela a ofensa do bem jurídico protegido. Assim, a pesquisa é desenvolvida análise crítica do entendimento/posicionamento desses Tribunais acerca da inaplicação do princípio da insignificância ainda que materialmente o injusto penal não apresente perfeita adequação técnica.

Nesse sentido, há Tribunais de Justiça que entendem não se deve aplicar o princípio da bagatela ao agente reincidente, sob pena de se fomentar a banalização do instituto e a prática criminosa, entre eles, inclui-se o TJDFT e maior parte dos ministros que compõem a 5ª e 6ª Turma Criminal do STJ, onde comungam do entendimento no sentido de que a reincidência constitui um requisito objetivo à obstar a aplicação da bagatela.

Naturalmente, o estudo avançou em aspectos conceituais advindos da doutrina e da jurisprudência, dogmática penal em si, de modo à contribuir na análise e compreensão do objeto de pesquisa.

A este respeito, ainda que ligeiras palavras, oportuno consignar que o *labelling approach* (teoria da rotulação ou do etiquetamento), surgiu nos Estados Unidos, entre as décadas de 1950 e 1960, Escola de Chicago, propondo uma troca de paradigmas na análise da criminologia crítica, em especial para superar o caráter etiológico onde se analisava o evento criminoso segundo as características individuais do seu agente, dando lugar a um novo paradigma, consistente na análise

do desvio e da criminalidade como uma etiqueta, um rótulo, atribuídos a certa parte da sociedade por meio de um processo altamente seletivo e discriminatório.

Sendo assim, tem-se que o *labelling approach* atribui à criminalidade um significado social, de modo que não é um acontecimento relacionado a determinado tipo de ação, mas presente na sociedade e atribuído por um ente chamado Estado, algo muito próximo do movimento de criminalização secundária em que se atribui rótulos, estigmas que pesam sobre o sujeito que eventualmente tenha sido responsabilizado por esse tipo de fato social.

O princípio da insignificância, por sua vez, conta com inúmeros escritos acerca de sua existência e importância para o Direito Penal, o qual conforme se desenvolve no curso da pesquisa, quando adotado/aplicado, tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade material da conduta, ou seja, não se considera a conduta praticada materialmente como crime, razão pela qual importa na própria absolvição do agente, e não na simples diminuição da pena.

À sua incidência (princípio da insignificância), a doutrina e a jurisprudência advogam a imprescindibilidade de certos requisitos objetivos, a saber: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzido o grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressiva da lesão jurídica provocada, e que agora, devem ser associados ao entendimento hodierno do STF no sentido de que a simples constatação da reincidência ou de maus antecedentes não se prestam por si, a afastar a aplicação do princípio da insignificância, mas que devem ser considerados pelo magistrado quando da prolação da sentença.

Importa destacar que o princípio da insignificância decorre diretamente de outros princípios do Direito Penal, quais sejam, intervenção mínima e fragmentariedade do sistema penal, em que se tem como assertiva que o Direito Penal não pode se ocupar de condutas que produzam resultado jurídico-materialmente relevante, sobretudo por existir outros meios de se provocar o Judiciário e se tentar reaver o prejuízo eventualmente suportado, por exemplo, manejar-se a competente ação de reparação de danos no âmbito cível.

Assim, consoante se desenvolve na pesquisa, uma vez presentes os requisitos autorizadores, ilógico parece estabelecer a reincidência (*labelling approach*) como obstáculo para o afastamento da tipicidade material da conduta.

E mais, ainda que se estabeleça a orientação no sentido de que a incidência e aplicação desse princípio depende da análise das circunstâncias e especificidades de cada caso concreto, essa orientação, a primeira vista, parece ser absolutamente insuficiente à pacificar as discussões acerca do tema e subsidiar uma solução minimamente aceitável, notadamente porque ainda que o agente seja reincidente nesse tipo de delito (crimes patrimoniais), o delito em si é materialmente irrelevante sob a ótica do Direito Penal, e disso não se pode afastar.

Inegável, portanto, a relevância acadêmica, jurídica e científica do estudo proposto, em especial porque proporciona uma reflexão acerca da jurisprudência dos Tribunais de maior atuação aos advogados do Distrito Federal.

## 2. ASPECTOS DOGMÁTICOS ACERCA DA TEORIA DO *LABELLING APPROACH* E DO PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA, INTERVENÇÃO MÍNIMA E DA FRAGMENTARIEDADE DO SISTEMA PENAL.

### 2.1. *Labelling Approach*.

Inicialmente, importa destacar que o movimento criminológico do *labelling approach*, surgido no início dos anos 60, representa um marco na teoria do conflito, eis que se abandona o paradigma etiológico-determinista precedentes das escolas criminológicas positivistas, de modo especial a Escola Italiana, e a substituição de um modelo estático e monolítico atinente a criminologia tradicional, para uma perspectiva dinâmica e contínua de análise social idealizada pela Nova Escola de Chicago.

Sérgio Salomão Shecaira advoga que

As questões centrais do pensamento criminológico, a partir desse movimento histórico, deixam de referir-se ao crime e ao criminoso, passando a voltar sua base de reflexão ao sistema de controle social e suas consequências, bem como ao papel exercido pela vítima na relação delitual.<sup>1</sup>

Esse pensamento sociológico e criminológico, vivenciado por um ambiente cultural em parte das democracias europeias, Estados Unidos e no Brasil, proporcionou um impulso crítico às ciências humanas, sobretudo para a criminologia crítica, a qual recebeu o papel de exercer a verdadeira voz dessa corrente de pensamento e o canal de superação ao modelo de análise da criminologia tradicional à época consolidado.

Assim, a teoria do *labelling approach*, conhecida como teoria da rotulação social ou etiquetagem, não fora erguida como uma escola propriamente, mas como resultado do interacionismo simbólico, cuja definição de Herbert Blumer as relações sociais a está inserido, condicionam os indivíduos com compõem aquele grupo

---

<sup>1</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 4ª ed. Rev. e Atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 236.

social e reciprocamente dependem da constante aprovação do outro, de modo a ensejar a rotulação social.<sup>2</sup>

Em análise a tal seguimento criminológico, Shecaira<sup>3</sup> sustenta que as pessoas se tornam sociais no processo de interação com outras pessoas, cuja explicação interacionista se caracteriza quase exclusivamente sobre a chamada delinquências secundária, isto é, a delinquência que resulta do processo causal desencadeado pela estigmatização dos indivíduos que compõem aquele grupo social e não uma qualidade inerente ao próprio indivíduo.

Nessa perspectiva, Howard S. Becker<sup>4</sup>, em obra dedicada ao estudo da sociologia do desvio, assinala que os grupos sociais estabelecem regras que definem situações e tipos de comportamentos a elas apropriados, especificando algumas ações como “certas” e proibindo outras como “erradas”.

Assim, quando uma regra é imposta a alguém que presumidamente à infringiu, tal circunstância se apresenta como hipótese especial, de modo que a essa pessoa não se espera que possa conviver acorde com as regras estabelecidas pelo grupo, sendo, portanto, classificada como *outsiders*, ou seja, àquele que não se enquadra na sociedade e vive as margens das convenções estabelecidas pelo seu grupo.

Acrescenta o ilustre escritor americano,

Mas a pessoa assim rotulada pode ter uma opinião diferente sobre a questão. Pode não aceitar a regra pela qual está julgada e pode não encarar aqueles que a julgam competentes ou legitimamente autorizados a fazê-lo. Por conseqüente, emerge um segundo significado do termo: aquele que infringe a regra pode pensar que seus juizes são *outsiders*.<sup>5</sup>

Em outra passagem, Becker assinala

A concepção mais simples de desvio é essencialmente estatística, definindo como desviante tudo que varia excessivamente com relação à média, ao analisar os resultados de um experimento agrícola, um estatístico descreve o pé de milho excepcionalmente alto e o pé excepcionalmente baixo como desvio da média. De maneira semelhante, podemos descrever como desvio qualquer coisa que difere do que mais comum. Nessa concepção, ser

<sup>2</sup> BLUMER, Herbert. **Social psychogy. Man and society, passim**. In. SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 4ª ed. Rev. e Atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 250.

<sup>3</sup> *Ibidem*. p. 251.

<sup>4</sup> BECKER, Howard S. **Outsiders: Estudo de sociologia do desvio**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 15.

<sup>5</sup> *Ibidem*. p. 15.

canhoto ou ruivo é desviante, porque a maioria das pessoas é destra e morena.<sup>6</sup>

Sobre o tema, Shecaira discorre que

Para Becker, a conduta do desviante é originada pela sociedade. Os grupos sociais criam a desviação por meio do estabelecimento das regras cuja infração constitui desviação, e por aplicação dessas regras a pessoas específicas é são rotuladas como *outsiders*. Dentro dessa linha de raciocínio, a desviação não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da aplicação pelos outros das regras e sanções para o ofensor. O desviante é alguém a quem o rótulo social de criminoso foi aplicado com sucesso; as condutas desviantes são aquelas que as pessoas de uma dada comunidade aplicam como um rótulo àquele que comete um ato determinado.<sup>7</sup>

Observa-se, assim, que estudo sobre *outsiders* desenvolvido por Becker guarda estreita relação com o movimento do *labelling approach*, porquanto se estar diante da pecha, rotulação de criminoso atribuída a um selecionado pelo Estado (grupo social) e destinatário dos rigores da intervenção penal, assim como ocorre nas premissas da nova criminologia crítica e que em última análise acaba por contribuir para criminalização secundária do indivíduo, quando não para a própria manutenção da vida criminosa.

Shecaira, adverte que

(...) Howard S. Becker, no entanto, o primeiro autor a aprofundar a problemática das condutas desviadas, em seu livro *Outsiders*. Em tradução livre pode-se dizer que um *outsiders* é a pessoa que não aceita como membro de uma sociedade, de um grupo, de um clube etc. Becker, na primeira página de seu livro, afirma que quando uma regra é posta em vigor, aquele que, supõe-se, a tenha quebrado pode começar a ser encarado como um tipo especial de pessoa, não confiável para viver com as regras acordadas pelo grupo. Essa pessoa é um *outsider*. Pode alcançar um traficante de drogas ou alguém que bebeu em excesso em uma festa e que se porta de maneira inconveniente.<sup>8</sup>

Por outro lado, destaca que

Obviamente que crimes mais graves, como roubo, assassinato, estupro, acabam por formar uma figura que os identificará como desviantes. Observa-se, desde logo, que os autores do *labelling* tentam evitar a tradicional terminologia (crime, criminosos, delinquentes, bandidos etc.) por entenderem que a forte carga valorativa – e pejorativa – é negativa e adere àquele que se envolveu com a justiça criminal.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> *Ibidem*. p. 18.

<sup>7</sup> *Ibidem*. p. 253.

<sup>8</sup> *Ibidem*. p. 252.

<sup>9</sup> *Ibidem*. p. 252.

Eugênio Zaffaroni esclarece que enquanto a criminalização primeira consiste no processo de criação de normas penais com a definição de bens jurídicos protegidos, condutas na lei tipificadas e a respectiva reprimenda prevista pelo Estado, a secundária consiste na ação penal exercida concretamente pelo Estado sobre os indivíduos que compõem o grupo social.<sup>10</sup>

#### Na definição de Shecaira

Aqui já se pode melhor diferenciar a chamada desviação primária da desviação secundária. Aquela pode ser entendida, em contraste com esta, como poligenética advinda de uma grande variedade social, cultural, econômica e racial (ou desses fatores todos combinados). Embora possa ser socialmente reconhecida e mesmo definida como indesejável, a desviação primária somente terá implicações com a marginalização do indivíduo no que concerne às implicações na sua estrutura psíquica. A desviação secundária, por sua vez, refere-se a uma especial classe de pessoas cujos problemas são criados pela reação social à desviação. O agente do delito que já passou para a fase da desviação secundária é uma pessoa cuja identidade já está estruturada em torno da desviação. É um mecanismo criado, mantido e intensificado pelo estigma.<sup>11</sup>

#### Nessa linha de raciocínio

O estigma envolve não tanto um conjunto de indivíduos concretos que podem ser divididos em duas pilhas, a de estigmatizados e a de normais, quando um processo social de dois papéis no qual cada indivíduo participa de ambos, pelo menos algumas conexões e em algumas fases da vida. O normal e o estigmatizado não são pessoas, e sim perspectivas que são geradas em situações sociais durante os contratos mistos, em virtude de normas não cumpridas que provavelmente atuam sobre o encontro.<sup>12</sup>

#### Nesse contexto, Shecaira consigna que

Neste passo, há que fazer uma breve recapitulação para melhor compreensão dos novos conceitos introduzidos pelo adeptos dessa teoria. A desviação primeira é poligenética e se deve a uma variedade de fatores culturais, sociais, psicológicos e sociológicos. A desviação secundária traduz-se numa resposta de adaptação aos problemas ocasionados pela reação social à desviação primária.<sup>13</sup>

Assim, melhor definição parece Eugênio Zaffaroni para quem a criminalização primária consiste na criação de uma lei incriminadora e direcionada a determinada classe e a criminalização secundária na ação punitiva que recai sobre as pessoas concretas, e que se verifica mais facilmente no seguimento da atuação policial.

---

<sup>10</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et ali*. **Direito Penal Brasileiro**. 3ª ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Renavan, 2006. p. 43

<sup>11</sup> *Ibidem*. p. 256.

<sup>12</sup> GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Tradução de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4ª ed. Rio de Janeiro: LCT, 1988. p. 149.

<sup>13</sup> *Ibidem*. p. 264.

Observar-se, portanto, seja pela criminalização primária, seja pela criminalização secundária, é certo que ambas são advindas da atividade repressiva do Estado como forma controle e pacificação social, entretanto, enquanto a primeira está para a descrição da conduta criminalizadora, a segunda está para a própria atuação em contrato do Estado.

Nesse sentido, Alessandro Baratta<sup>14</sup> esclarece que

(...) sobre o desvio secundário e sobre carreiras criminosas, põem-se em dúvida o princípio do fim ou da prevenção e, em particular, a concepção reeducativa da pena. Na verdade esses resultados mostram que a intervenção do sistema penal, especialmente as penas detentivas, antes de terem um efeito reeducativo sobre o delinquente determinam, na maioria dos casos, uma consolidação da identidade desviante do condenado e o seu ingresso em uma verdadeira e própria carreira criminosas. (...) pode-se observar, as teorias do *labeling* baseadas sobre a distinção entre desvio primário e desvio secundário, não deixaram de considerar a estigmatização ocasionada pelo desvio primário também como uma causa, que tem seus efeitos específicos na identidade social e na autodefinição das pessoas objeto de reação social (...).

Ainda, Baratta<sup>15</sup> adverte

(...) esta direção de pesquisa parte da consideração de que não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam), e que, por isso, o *status* social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinquência, enquanto não adquire esse *status* aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias. Portanto, este não é considerado e tratado pela sociedade como “delinquente”. Nesse sentido, o *labelling approach* tem se ocupado principalmente com as reações das instâncias oficiais de controle social, consideradas na sua função constitutiva em face da criminalidade. Sob este ponto de vista tem estudado o efeito estigmatizante da atividade da polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juízes.

Verifica-se, assim, a estreita relação já referida entre a definição de *outsiders*, com as premissas do *labelling approach* e da criminalização secundária, eis que sem seu conteúdo tratam exatamente sobre a mesma matéria, qual seja, os efeitos da rotulação, etiquetamento, pecha atribuídos certos indivíduos como fatores determinantes à qualifica-lo como potencial transgressor das regras sociais.

---

<sup>14</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p. 90-91.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 86.

Assim, a partir do *labelling*, o pensamento da criminologia crítica passou a mudar, de modo que não mais se questionava o porquê o desviante em cometer crimes, mas sim por que estes e outros que não se enquadravam naquele perfil social eram tratadas como criminosas, perquirindo, ainda, quais as consequências desse tratamento e a fonte de legitimidade do processo de estigmatização.<sup>16</sup>

Nesse contexto, o modelo do *labelling approach* pode ser sintetizado da seguinte forma: (a) delinquência primária; (b) resposta ritualizada e estigmatizada; (c) distância social e redução de oportunidades; (d) surgimento de uma subcultura delincente com reflexo na autoimagem; (e) estigma decorrente da institucionalização; (f) carreira criminal; e (g) delinquência secundária.<sup>17</sup>

Entre outros aspectos, o *labelling approach* é objeto de críticas por ser determinista quanto à formação de uma atividade criminosa após a reação social e intervenção do Estado pelo sistema penal, deixando de considerar a existência dos indivíduos que, submetidos a este processo, não reconhecem o estigma de criminoso. Outrossim, o enfoque da rotulação não foi o precursor a afirmar que a atuação do sistema penal é capaz de aprofundar a criminalidade, quando em verdade, tal crítica existe desde o surgimento da prisão como instrumento de atuação estatal como reprimenda à conduta tida por desviante.

Inobstante ao que fora dito, em que pese seja objeto de muitas críticas, a teoria do *labelling* contribuiu de maneira significativa para a evolução das teorias críticas do pensamento criminológico, o qual na doutrina de Sérgio Salomão Shecária seu principal legado consiste na prudente não intervenção decorrente da necessidade de se repensar o sistema penal no contexto de uma sociedade aberta, democrática e pluralista, com ideias de largas margens de tolerância e superação dos conflitos e tensões sociais.<sup>18</sup>

Ainda, como adverte o ilustre doutrinador

Um legado relevante, no plano científico, foi a acentuação da multidisciplinaridade com a introdução de novas técnicas investigativas, de uma nova linguagem não estigmatizante e especialmente de novas

---

<sup>16</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 4ª ed. Rev. e Atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 254.

<sup>17</sup> *Ibidem*. p. 264.

<sup>18</sup> *Ibidem*. p. 267.

variáveis criminógenas até então desconhecidas. Foi uma espécie de alargamento de horizonte que permitiu desenvolvimentos posteriores pelos adeptos da teoria crítica.<sup>19</sup>

Noutra perspectiva, Alessandro Baratta esclarece

A introdução do *labelling approach*, sobretudo devido à influência de correntes de origem fenomenológica (como o interacionismo simbólico e a etnometodologia), na sociologia do desvio e do controle social, e de outros desenvolvimentos da reflexão sociológica e histórica sobre o fenómeno criminal e sobre o direito penal, determinaram, no seio da criminologia contemporânea, uma troca de paradigmas mediante a qual esses mecanismos de definição e de reação social vieram ocupar um lugar cada vez mais central no interior do objeto da investigação criminológica. Constitui-se, assim, um paradigma alternativo relativamente ao paradigma etiológico, que se chama, justamente, o paradigma da “reação social” ou “paradigma da definição.” Na base deste “novo” paradigma, a investigação criminológica tem tendência para se deslocar das causas do comportamento criminal em direção às condições a partir das quais, numa dada sociedade, as etiquetas da criminalidade e o estatuto do criminoso são atribuídos a comportamentos e a sujeitos, e para o funcionamento da reação social informal e institucional (processo de criminalização).<sup>20</sup>

Assim, conquanto ainda seja objeto de críticas e questionamentos, não pairam quaisquer dúvidas quanto a importância do movimento do *labelling approach* para a evolução do pensamento criminológico, sobretudo porque possibilitou a ruptura com a criminologia tradicional estática e monolítica, dando lugar a uma análise de contexto social sob uma perspectiva dinâmica e pluralista.

### 2.1.1 Contribuição do *labelling approach* para a ordem jurídica brasileira.

No âmbito do direito doméstico, a corrente do *labelling* contribuiu de forma significativa para o amadurecimento da criminologia crítica e atuação do sistema penal, em especial pelo advento da Lei nº 7.209/84, a qual atualizou toda a Parte Geral do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40), bem como pela Lei nº 7.210/84 a qual disciplina o sistema de execução penal.

Nesse sentido, Shecaira destaca que

Houve a instituição do regime progressivo de cumprimento de pena privativa de liberdade. Por meio desse mecanismo instituído pelos arts. 33 e seguintes do CP reformado, o condenado que inicia sua pena no regime fechado, ao cumprir 1/6 dela, e desde que preencha determinados requisitos objetivos e subjetivos, poderá progredir para o regime

<sup>19</sup> *Ibidem*. p. 267.

<sup>20</sup> BARATTA, Alessandro. **Sobre a criminologia crítica e sua função na política criminal**. Separata de documentação e direito comparado (Boletim do Ministério da Justiça), n. 13, p. 147.

semiaberto – em uma primeira etapa – e para o regime aberto em uma derradeira fase.<sup>21</sup>

Nessa perspectiva, o ilustre doutrinador consigna que “o sistema progressivo de cumprimento de pena privativa de liberdade foi concebido para atenuar o choque da reinserção social quando o preso está institucionalizado.”<sup>22</sup> Assim, se acolheu uma das ideias centrais do *labelling approach* que propugna mecanismos de mitigação da institucionalização das penas privativas de liberdade, de modo que ao se criar uma espécie de desinstitucionalização progressiva do apenado e gradativamente reinseri-lo ao convívio em sociedade até a alcançar a sua liberdade plena.

Acresça-se, nesse particular, a política de desinstitucionalização por meio de penas substitutivas – ou alternativas à prisão – de modo que toda vez que se puder evitar o encarceramento (institucionalização), adotar-se-á medidas alternativas à prisão.

A isto, Alvin August de Sá destaca

(...) O Estado, ao decretar, por meio da sentença do juiz, a pena de prisão, explícita, formaliza e consagra uma relação de antagonismo entre o condenado e a sociedade. É bom repetir e frisar: é um aspecto realmente dramático do caráter perverso da pena de prisão, cujas consequências podem chegar a ser profundamente drásticas para a mente e para a vida do condenado e, conseqüentemente, para o convívio social em geral, ainda que se procedessem latentemente, em doses homeopáticas, sem que necessariamente o preso e a sociedade delas se apercebam.<sup>23</sup>

Nesse sentido, Shecaira destaca

(...) com a Lei 9.714/1998, o rol de penas foi alargado para se incluir a prestação pecuniária e a perda de bens e valores, bem como para dar nova disciplina – mais compreensiva – de medidas aplicáveis a certa categoria jurídica de condenados. Em certa medida, e desde a Reforma de 84, a multa também era uma pena alternativa, pois poderia substituir certa quantidade de prisão (cf. art. 60, § 2º, do CP). É verdade que, não obstante o alargamento permitir uma melhor individualização da pena aplicável ao réu, pois alcançava aqueles que tenham uma pena de até quatro anos, não se fez tal reforma sem que críticas surgissem. Miguel Reale Jr., em artigo publicado assim que surgiu a lei, advertiu que “pode-se dizer adeus à pena de prestação de serviços à comunidade. Daqui para frente, serão privilegiadas as penas cômodas de prestação pecuniária ou perda de bens, respostas frágeis para delitos punidos com quatro anos de reclusão, como gestão fraudulenta de instituição financeira, receptação qualificada (desmanche de automóveis) e corrupção de fiscal fazendário. E

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 269.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 269.

<sup>23</sup> SÁ, Alvin August de. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. 4ª ed. São Paulo: Revistas do Tribunais, 2014. p. 117.

ao final arremata: “a adoção da lei do mínimo esforço exige o máximo esforço em defesa da dignidade do direito penal”.<sup>24</sup>

Assim, o fato é que, a depender da reprovabilidade da conduta, o que se verifica pelo *quantum* da pena em concreto, caberá ao juiz estabelecer se a pena privativa de liberdade aplicada, é possível de substituição por uma alternativa, ou por duas restritivas de direitos, ou, ainda, por uma restiva de direitos e multa, na forma do § 2º, do art. 44 do Código Penal.

Noutra quadra, a Lei nº 7.210/84, artigos 40 a 43, atinentes aos direitos dos presos, “são flagrantemente calcados nas ideias suscitadas pelos teóricos do *labelling*. Aqui, diferentemente de medidas alternativas à prisão, têm-se alternativas na prisão”<sup>25</sup>, eis que por diversos dispositivos permitem o contato do apenado com o mundo externo e assim em franco processo de mitigação do isolamento social e desinstitucionalização prisional.

E mais, Shecaira acrescenta que

O art. 88 e incisos da LEP define que o condenado à pena reclusão será alojado em cela individual, de no mínimo 6 metros quadrados, que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório, devendo ser salubre arejado e com adequadas condições à existência humana. Tal artigo não quer só preservar a dignidade da pessoa humana presa com objetivo de proporcionar condições para a harmonia integração social do condenado (art. 1º, III, da CF, c/c o art. 1º da LEP), mas também eliminar a possibilidade de deformação pessoa que faz parte do distanciamento e desfiguramento do indivíduo decorrente do estado de visibilidade permanente do condenado.<sup>26</sup>

Ao que fora dito sobre a Lei nº 7.210/84, aplique-se, igualmente, a Lei nº 9.099/95, que se não bastasse prezar pela oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, emerge dos seus dispositivos diversas medidas tendentes a evitar o encarceramento desnecessário e a conseqüente ausência de institucionalização à condutas que não representam expressiva lesividade.

O multicitado Sérgio Salomão Shecaira advoga que

A grande verdade é que a Lei 9.099/1995 deixou intocada a estrutura do Código Penal, preferindo atuar nos aspectos adjetivos, não querendo, pois, comprometer-se com os substantivos. Assim, em vez de adotar a efetiva descriminalização, optou por medidas despenalizadoras (composição civil,

<sup>24</sup> *Ibidem*. p. 270.

<sup>25</sup> *Ibidem*. p. 270-271.

<sup>26</sup> *Ibidem*. p. 271-272.

transação penal, condicionar à representação as lesões corporais culposas ou leves, suspensão condicional do processo).<sup>27</sup>

Noutro trecho, o ilustre doutrinador destaca

Independentemente da leitura que se faça – crítica, moderada ou condescendente –, a verdade é que sob à ótica do direito penal todas posições contemplaram as visões suscitadas pelo *labelling*. Os elogios foram feitos em face da minimização da intervenção penal, conseguida pela desinstitucionalização. As críticas, em face da não preservação de um devido processo legal. Todas as duas posições advêm, de forma incontestada, das formulações teóricas da escola da rotulação social.<sup>28</sup>

Demais disso, no que pertine a aplicação substitutiva ou alternativa das penas restritivas de direitos no Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/1997), Cezar Roberto Bitencourt destaca que

No CTB não há nenhuma norma dispondo “de forma diversa” quanto à substitutibilidade das penas privativas de liberdade que comina. Logo, não há qualquer impedimento de ordem legal para que se apliquem as penas “restritivas de direitos”, previstas no Código Penal, em substituição às penas privativas de liberdade cominadas no Código de Trânsito Brasileiro. Resta a ser examinada a compatibilidade dessa substituição, considerando-se que, em regra, o CTB comina a pena privativa de liberdade cumulada com uma restritiva de direitos, qual seja, a “suspensão da permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção.”<sup>29</sup>

Assim, não pairam dúvidas quanto a contribuição do movimento do *labelling approach* para direito doméstico, em especial para estimular a mitigação da pena privativa de liberdade por outras reprimendas que se mostrem igualmente eficientes sem a necessidade de institucionalização prisional.

## 2.2. Princípios da insignificância, intervenção mínima e fragmentariedade do sistema penal.

Originário do Direito Romano, o princípio da insignificância decorre do conhecido brocardo *de minimis non curat praetor* e introduzido no sistema penal por Claus Roxin no ano de 1964, ante a sua utilidade na concretização dos objetivos sociais traçados pela moderna política criminal.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> *Ibidem*. p. 276.

<sup>28</sup> *Ibidem*. p. 276-277.

<sup>29</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte geral 1**. 20ª ed. rev., amp. atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 711

<sup>30</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 29.

Cezar Roberto Bitencourt certifica esse dado e consigna que “o princípio da insignificância foi cunhado pela primeira vez por Claus Roxin em 1964, que voltou a repeti-lo em sua obra *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, partindo do velo adágio latino *mínima non curat praetor*.”<sup>31</sup>

Consoante esse princípio, o Direito Penal não deve se ocupar com condutas insignificantes, assim como também não se pode admitir tipos penais incriminadores que descrevam condutas que não sejam capazes de lesar o bem jurídico protegido pela tutela penal. Assim, a adequação penal sob a perspectiva material exige efetiva lesão ao bem jurídico protegido, sobretudo porque sequer poderia se admitir que o legislador se ocuparia de descrever condutas inofensivas e sem qualquer expressividade para lecionar o bem jurídico protegido.

Nesse sentido Fernando Capez destaca

Se a finalidade do tipo penal é tutelar um bem jurídico, sempre que a lesão for insignificante, a ponto de se tornar incapaz de lesar o interesse protegido, não haverá adequação típica. É que no tipo não estão descritas condutas incapazes de ofender o bem tutelado, razão pela qual os danos de nenhuma monta devem ser considerados fatos atípicos.<sup>32</sup>

Acorde com esse posicionamento, Cezar Bitencourt acrescenta

A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo esse princípio, que Klaus Tiedemann chamou de princípio de bagatela, é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado.<sup>33</sup>

Assim, há um consenso na doutrina no sentido de que o princípio da insignificância guarda estreita relação com o princípio da intervenção mínima do direito penal, o qual considera atípico o fato quando a lesão ao bem jurídico tutelado pela lei penal é de tal forma irrisória que não justifica a movimentação da máquina judiciária e assim, embora haja adequação formal a norma incriminadora, a conduta não será típica em seu sentido material ante a lesividade ínfima do bem jurídico tutelado.

---

<sup>31</sup> *Ibidem*. p. 60

<sup>32</sup> *Ibidem*. p. 29.

<sup>33</sup> *Ibidem*. p. 60.

Segundo Eugênio Paccelli e André Callegari, “fala-se, então, em tipicidade formal quando se quer apontar a coincidência ou a perfeita subsunção de um ato realizado pela conduta humana a uma norma jurídica, e, mais especificamente, a um tipo penal.”<sup>34</sup> Entretanto, a simples adequação formal da conduta, não representa em si, a ocorrência de fato punível pela tutela penal, mas que este seja igualmente sob a perspectiva material adequado e penalmente relevante.

Nesse sentido, Damásio de Jesus<sup>35</sup> adverte

O conceito material de crime traz à tona qual o motivo que o legislador tipifica como criminosa determinada conduta e lhe comina uma sanção. Sob o ponto de vista material, o conceito de crime visa aos bens protegidos pela lei penal. Desta forma, nada mais é que a violação de um bem jurídico penalmente protegido.

Vico Mañas<sup>36</sup>, discorre sobre o tema e pontua

O princípio da insignificância, portanto, pode ser definido como instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal.

Noutra perspectiva, Ivan da Silva<sup>37</sup> advoga que “uma avaliação dos índices de desvalor da ação e desvalor do resultado da conduta praticada, como fito de se determinar o grau quantitativo-qualitativo da lesividade em relação ao bem jurídico atacado”. Assim, “é a avaliação da concretização dos elementos da conduta praticada que indicará o que é significativo ou insignificante, fazendo incidir ou não o Direito Penal.”

Juarez Tavares<sup>38</sup> afirma que “ao determinar as características do comportamento proibido, o legislador procede a uma avaliação negativa sobre a conduta e o resultado por ela produzido. Esta dupla avaliação é denominada de desvalor do ato e do resultado.”

Nessa linha de raciocínio, Eugênio Pacceli assinala

<sup>34</sup> PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 93.

<sup>35</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal: parte geral**, 28° Ed., 2005, p. 201.

<sup>36</sup> MAÑAS, Carlo Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 81.

<sup>37</sup> SILVA, Ivan Luiz da Silva. **Princípio da Insignificância no direito penal**. 1° Ed. 2004, 3° reimp. Curitiba: Juruá, 2009, p.150.

<sup>38</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 238.

A expressão insignificância, ou crimes de bagatela, posta aqui como princípio geral da parte especial, pretende cumprir exatamente essa função redutora do excesso penal, perfeitamente justificada no sistema de interpretação de ora cuidamos de expor. Relembre-se, no particular, de que o próprio Código Penal reconhece o menor desvalor do resultado (e talvez até da ação) na subtração da coisa de menor valor, consoante se vê do texto expresso no art. 155, § 2º, CP. Ali, se prevê hipótese de diminuição obrigatória da reprimenda, por meio de juízo de correlação entre o valor da coisa e seu signífico no patrimônio.<sup>39</sup>

Nesse caminhar de ideias, o ilustre Professor avança para consignar que

Ora, tomando-se por base a referência legislativa à coisa de menor valor, pode-se, de fato, avançar para o conceito da coisa insignificante, do ponto de vista patrimonial. E que a valoração da coisa para fins de sua proteção penal é importante não resta a mais mínima dúvida, diante da opção do próprio Código (Penal), que reduz a pena de acordo com o valor subtraído. Na linguagem do Código, portanto, as coisas passíveis de subtração, aptas a gerar a punição, seriam aquelas de valor considerável, conceito ajustado à regra geral da pena cominado ao delito.

Colocada assim a questão, podemos chegar à seguinte conclusão. Há coisas de valor considerável e há coisas de menor valor, segundo o Código Penal. Se as coisas podem e devem ser valoradas há que se convir que algumas delas (coisas) não possuem valor algum, ou quase nenhum, do ponto de vista econômico, patrimonial, se consideradas isoladamente. Articula-se, no particular, a aplicação do postulado da intervenção mínima do Direito Penal, a partir da exigência de uma efetiva danosidade da ação.<sup>40</sup>

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci sustenta que há três regras a serem observadas para a incidência do princípio da insignificância, a saber: i) consideração do valor do bem jurídico em termos concretos; ii) consideração da lesão ao bem jurídico em visão global; e iii) consideração particular aos bens jurídicos imateriais de expressivo valor social.

Assim, especificamente quanto a primeira regra, Nucci destaca

É preciso certificar-se do efetivo valor do bem em questão, sob o ponto de vista do agressor, da vítima e da sociedade. Há determinadas coisas, cujo valor é ínfimo sob qualquer perspectiva (ex.: um clipe subtraído de uma folha de papel não representa ofensa patrimonial relevante em universo algum). Outros bens têm relevo para a vítima, mas não para o agressor (ex.: uma peça de louça do banheiro de um barraco pode ser significativa para o ofendido, embora desprezível para o agressor). Neste caso, não se aplica o princípio da insignificância. Há bens de relativo valor para agressor e vítima, mas muito acima da média do poder aquisitivo da sociedade (ex.: um anel de brilhantes pode ser de pouca monta para pessoas muito ricas, mas é coisa de imenso valor para a maioria da sociedade).<sup>41</sup>

Quanto a lesão ao bem jurídico em visão global, assinala

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 94.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 94.

<sup>41</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 231.

A avaliação do bem necessita ser realizada em visão panorâmica e não concentrada, afinal, não pode haver excessiva quantidade de um produto, unitariamente considerado insignificante, pois o total da subtração é capaz de atingir valor elevado (ex.: subtrair de um supermercado várias mercarias, em diversas ocasiões, pode configurar um crime de bagatela numa ótica individualizada da conduta, porém, visualizando-se o total de bens, atinge-se valor relevante).

Além disso, deve-se considerar a pessoa do autor, pois o princípio da insignificância não pode representar um incentivo ao crime, nem tampouco constituir uma autêntica imunidade ao criminoso habitual. O réu reincidente, com vários antecedentes, mormente por bagatela. Seria contraproducente e dissociado do fundamento da pena, que é a ressocialização do agente. A reiteração delituosa, especialmente dolosa, não pode contar com o beneplácito estatal;<sup>42</sup>

Arrematando, Nucci destaca que em atenção particular aos bens jurídicos imateriais de expressivo valor social, se deve considerar

Há diversos bens, penalmente tutelados, envolvendo o interesse geral da sociedade, de modo que não contêm um valor específico e determinado. O meio ambiente, por exemplo, não possui valor traduzido em moeda ou em riqueza material. O mesmo se diga da moralidade administrativa ou do respeito aos mortos, dentre outros. Portanto, ao analisar o crime, torna-se essencial enquadrar o bem jurídico sob o prisma social merecido.

Não se quer com isso sustentar a inviabilidade total da aplicação da insignificância para delitos, cujo bem jurídico é de interesse da sociedade. O ponto de relevo é dar o devido enfoque a tais infrações penais, tendo cuidado para aplicar o princípio ora examinado. Ilustrando, um policial, que receba R\$ 10,00 de propina para não cumprir seu dever, permite a configuração do crime de corrupção passiva, embora se possa dizer que o valor dado ao agente estatual é ínfimo. Nesse caso, pouco importa se a corrupção se deu por dez reais ou dez mil reais. Afina, o cerne da infração penal é a moralidade administrativa.<sup>43</sup>

A despeito disso, o Supremo Tribunal Federal quando da análise do HC nº 84.412-0/SP, idealizou quatro requisitos objetivos para a aplicação do princípio da insignificância e assim de acordo com jurisprudência firmada, somente o aplicará se na demanda posta à análise estiverem presentes cumulativamente os seguintes requisitos: (a) mínima ofensividade da conduta; (b) nenhuma periculosidade social da ação; (c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Esses vetores listados pelo Supremo Tribunal, decorrem do processo de formulação teórica e o conseqüente reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal impõe a intervenção mínima e fragmentária do Estado, entretanto, com a análise de adequação e incidência do postulado da insignificância quando

---

<sup>42</sup> *Ibidem*. p. 231.

<sup>43</sup> *Ibidem*. p. 232.

atendidos os critérios de ausência de violação material ao bem jurídico tutelado sob a perspectiva penal.

Paulo Queiroz<sup>44</sup> critica esse critério e se manifesta no sentido de que esses requisitos são claramente tautológicos e apenas dizem a mesma coisa com palavras diferentes, uma forma de argumentar em círculo, mas com o mesmo objetivo.

Assim, a verdade que é para a ordem jurídica interna, o princípio da insignificância, por excelência, advoga que o Direito Penal, dada a sua natureza fragmentária, não se presta a reprimir condutas em que o resultado não seja suficiente à lesar o bem jurídico protegido pela tutela penal, não sendo suficiente apenas a adequação formal da conduta ao norma penal incriminadora, mas que ela, a conduta, seja materialmente relevante à causar lesão ao bem protegido pela tutela penal.

Noutra quadra, segundo princípio da intervenção mínima, o Direito Penal não se presta a intervir em condutas inexpressivas e que não oferecem qualquer violação a norma incriminadora sob a ótica material. Assim, sendo o Direito Penal a *ultima ratio* da política social, deve se ocupar apenas de condutas que efetivamente ofereçam relevância ao bem jurídico protegido, assim como advoga as balizas do princípio da insignificância.

Nesse sentido, Fernando Capez advoga que “a intervenção mínima tem como ponto de partida a característica da fragmentariedade do Direito Penal.”<sup>45</sup> Assevera ainda que, “somente haverá Direito Penal naqueles raros episódios típicos em que a lei descreve um fato como crime; ao contrário, quando ela nada disser, não haverá espaço para a atuação criminal.”<sup>46</sup>

Avançando no tema, Bitencourt consigna

O princípio da intervenção mínima, também conhecido *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizado que a criminalização de uma conduta só é legítima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Assim, se para o reestabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas as que devem ser

---

<sup>44</sup> QUEIROZ, Paulo. Curso de Direito Penal. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 89.

<sup>45</sup> *Ibidem*. p. 36.

<sup>46</sup> *Ibidem*. p. 36.

empregadas, e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio* do sistema normativo, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.<sup>47</sup>

Ainda, Eduardo Medeiros Cavalcanti destaca

O significado do princípio constitucional da intervenção mínima ressalta o caráter fragmentário do Direito Penal. Ora, este ramo da ciência jurídica protege tão somente valores imprescindíveis para a sociedade. Não se pode utilizar o Direito Penal como instrumento de tutela de todos os bens jurídicos. E neste âmbito, surge a necessidade de se encontrar limites ao legislador penal.<sup>48</sup>

Cezar Bitencourt estabelece que a fragmentariedade do Direito Penal implica no dever de não sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, mas tão só aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes.<sup>49</sup>

Nessa perspectiva, Nucci converge para destacar

Caso o bem jurídico possa ser protegido de outro modo, deve-se abrir mão da opção legislativa penal, justamente para não banalizar a punição, tornando-a, por vezes, ineficaz, porque não cumprida pelos destinatários da norma e não aplicada pelos órgãos estatais encarregados da segurança pública. Podemos anotar que a vulgarização do direito penal, como norma solucionadora de qualquer conflito, pode levar ao seu descrédito e, conseqüentemente, à ineficiência de seus dispositivos.<sup>50</sup>

Acrescenta ainda

Fragmentariedade significa que nem todas as lesões a bens jurídicos protegidos devem ser tutelados e punidas pelo direito penal que, por sua vez, constitui somente parcela do ordenamento jurídico. Fragmento é apenas a parte de um todo, razão pela qual o direito penal deve ser visto, no campo dos atos ilícitos, como fragmentário, ou seja, deve ocupar-se das condutas mais graves, verdadeiramente lesivas à vida em sociedade, passíveis de causar distúrbios de monta à segurança pública e à liberdade individual.<sup>51</sup>

Em análise crítica, o ilustre professor Eugênio Pacelli destaca

Para nós, a intervenção mínima surge como a alternativa e efetivamente acolhida pela ordem jurídica nacional para a configuração de seu Direito Penal, e, mais especificamente, no âmbito da hermenêutica penal. constitui, sim, matéria de observância necessária no âmbito da política criminal, mas, também, instrumental apto e suficiente a exercer controle do excesso incriminador no interior dos tipos penais, ocupando papel relevante no campo da prática do direito, quando nada para diminuir o alcance da respectiva incidência (dos tipos), quando desconectada com o sistema geral

<sup>47</sup> *Ibidem.* p. 54.

<sup>48</sup> CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. **Crime e sociedade complexa**. São Paulo: LZN, 2005. p. 302.

<sup>49</sup> *Ibidem.* p. 56.

<sup>50</sup> *Ibidem.* p. 87.

<sup>51</sup> *Ibidem.* p. 88.

de reprovações e de condutas proibidas. Em um Estado de Direito, o máximo que se concede em matéria penal é intervenção mínima.

E, como desdobramento necessário da proibição do excesso, e diante de uma ausência – óbvia – de sua explicação em texto positivo, entendemos o minimalismo penal também como pauta de interpretação. Postulado, então. Mas que o leitor não se inquiete: essa é uma questão meramente conceitual (se postulado ou se princípio), depende, sempre, da preferência teórica do intérprete.

E é exatamente do postulado da intervenção mínima que se pode também deduzir o caráter fragmentário do Direito Penal.<sup>52</sup>

Assim, o segundo o princípio da fragmentariedade, o legislador deve eleger os bens jurídicos mais afetos a tutela penal e a respectiva conduta incriminadora, e não todos aqueles protegidos pelo direito, quando menos, se preocupar com condutas que não representam em si, qualquer violação ao bem protegido pela tutela penal.

Inevitável, portanto, estabelecer correlação lógica entre o princípio da insignificância e os princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade do Direito Penal, eis que todos orientam que a ciência criminal não deve se ocupar de condutas penalmente irrelevantes e que não ofereçam qualquer lesão ao bem jurídico protegido, mas tão só daquelas que efetivamente atentem contra os bens jurídicos mais importantes ao convívio social e que não se encontre resposta nas demais ciências do direito.

É dizer, a aplicação do princípio da insignificância ou a possível ocorrência de crime de bagatela deve ser analisada em conexão aos comandos dos princípios da intervenção mínima do Estado e da fragmentariedade do Direito Penal, hipótese em que se prestará a afastar ou excluir a tipicidade material da conduta e assim, de nenhuma necessidade a intervenção do Poder Público ante a inexpressividade da violação ao bem jurídico protegido.

Assim, tem-se que o postulado da insignificância, constitui em si, corolário lógico dos princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade do sistema penal, cuja configuração se presta a excluir a tipicidade penal da conduta sob a perspectiva material.

---

<sup>52</sup> *Ibidem*. p. 88.

### 3. ESTADO DE REINCIDÊNCIA DO AGENTE E REPERCURSÃO NEGATIVA NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TJDFE E STJ.

#### 3.1. Considerações acerca do estado de reincidência criminal.

No escólio de Juarez Cirino “a reincidência significa prática de novo crime depois do trânsito em julgado de sentença criminal condenatória (art. 63, CP).”<sup>53</sup> Assim, o estado de reincidência pressupõe que haja condenação por crime anterior e a respectiva pena, exceto a hipótese de contravenção; que essa condenação esteja alcançada pelo trânsito em julgado e assim imutável pelo esgotamento ou preclusão da via recursal; e a existência de novo crime após o trânsito em julgado da primeira condenação.

Segundo Capez, a natureza jurídica da reincidência diz respeito a “circunstância agravante genérica de caráter substitutivo ou pessoal”<sup>54</sup> e assim, não se comunica ao partícipe ou coautor do delito.

Nesse sentido, o Código Penal, art. 63, disciplina que “verifica-se a reincidência quanto o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.”<sup>55</sup>

Não se pode olvidar que o estado de reincidência não prevalece se entre a data do cumprimento ou da extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período superior a 5 (cinco) anos, a teor do art. 64, inciso I, do Código Penal. Assim, comprovado decurso do prazo a que alude o dispositivo do Código Penal, o agente readquire a sua condição de primário, eis que caducou a eficácia da decisão condenatória anterior e assim não mais se presta aos efeitos da reincidência.

---

<sup>53</sup> SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: Parte Geral**. 3ª ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008. p. 579.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 508

<sup>55</sup> BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 10.07.2016.

Outrossim, nos termos do inc. II, do art. 64, do Código Penal, não serão considerados para efeito da reincidência os crimes militares próprios e os crimes políticos. Nesse particular, Eugênio Pacelli<sup>56</sup>, esclarece que crimes militares próprios são aqueles que somente podem ser praticados por militares, enquanto para os crimes políticos, prevalece o entendimento de que são aquelas infrações definidas pela Lei nº 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional).

Ainda, segundo Eugênio Pacelli, “a reincidência há de ser aplicada tanto aos crimes dolosos quanto aos delitos culposos.” E explica o ilustre Professor, essa aplicação deve ser realizada “não só porque não há distinção legal no tratamento da matéria, mas pela simples razão de que a observância do dever de cuidado ou de não criação de riscos proibidos ou não permitidos também há de estar inserida no âmbito da prevenção dos delitos culposos.”<sup>57</sup>

Noutra quadra, Nucci destaca que

Caso o agente esteja em gozo de suspensão condicional da pena ou de livramento condicional, não tendo havido revogação, o prazo dos benefícios são incluídos no cômputo dos 5 anos para fazer caducar a condenação anterior. Ex.: se o condenado cumpre *sursis* por 2 anos, sem revogação – ao término, o juiz declara extinta a sua pena, nos termos do art. 82 do Código Penal, e ele terá somente mais 3 anos para que essa condenação perca a força para gerar reincidência. Quanto ao livramento, se alguém, condenado a 12 anos de reclusão, vai cumprir o livramento por 6 anos, é natural que essa condenação, ao término, sem ter havido revogação e declarada extinta a pena, nos termos do art. 90 do Código Penal, perca imediatamente a força para gerar reincidência.<sup>58</sup>

Nucci destaca ainda que há duas espécies de reincidência, a primeira, real, quando o agente comete novo delito depois de já ter efetivamente cumprido pena por crime anterior, e a segunda, a reincidência ficta, quando o agente comete novo crime depois de ter sido condenado, com o trânsito em julgado, mas ainda não cumpriu a pena.<sup>59</sup>

Nesse sentido, o ilustre doutrinador pontua os efeitos da reincidência<sup>60</sup>

- a) existência de uma agravante que prepondera sobre outras circunstâncias legais (art. 67, CP);
- b) possibilidade de impedir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou multa (arts. 44, II, e 60, § 2º, CP);

---

<sup>56</sup> *Ibidem*. p. 501.

<sup>57</sup> *Ibidem*. p. 499.

<sup>58</sup> *Ibidem*. p. 490.

<sup>59</sup> *Ibidem*. p. 487.

<sup>60</sup> *Ibidem*. p. 489.

- c) quando por crime doloso, impedimento à obtenção do *sursis* (art. 77, I, CP);
- d) possibilidade de impedir o início da pena nos regimes semiaberto e aberto (art. 33, § 2º, b e c, CP), salvo quando se tratar de detenção, porque há polêmica a esse respeito;
- e) motivo para aumentar o prazo de obtenção do livramento condicional (art. 83, II, CP);
- f) impedimento ao livramento condicional nos casos de crimes hediondos, tortura, tráfico de entorpecentes e terrorismo, tratando-se de reincidência específica (art. 83, V, CP);
- g) aumento do prazo de prescrição da pretensão executória em um terço (art. 110, CP);
- h) causa de interrupção do curso da prescrição (art. 117, VI, CP);
- i) possibilidade de revogação do *sursis* (art. 81, I, CP), do livramento condicional (art. 86, I, CP) e da reabilitação (neste caso, se não tiver sido aplicada a pena de multa, conforme art. 95, CP);
- j) aumento de um terço até a metade da pena de quem já foi condenado por violência contra a pessoa no caso de porte ilegal de arma (art. 19, § 1º, LCP, para quem sustenta a vigência desse dispositivo);
- k) integração ao tipo da contravenção penal de ter consigo material utilizado para furto, por quem já foi condenado por furto ou roubo (LCP, art. 25: “Ter alguém em seu poder, depois de condenado por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada ou quando conhecido como vadio ou mendigo, gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove destinação legítima: Pena – prisão simples, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano, e multa”);
- l) não permissão de concessão do furto privilegiado, do estelionato privilegiado e das apropriações privilegiadas (arts. 155, § 2º, 171, ° 1º, e 170, CP);
- m) possibilidade de causar a decretação da prisão preventiva (art. 313, III, CPP);
- n) impedimento aos benefícios da Lei 9.099/95 (arts. 76, § 2º, I, e 89, *caput*).

Assim, o instituto da reincidência existe para a constatação de crime anterior alcançada pelo trânsito em julgado da decisão condenatória, seja pelo esgotamento ou preclusão da via recursal, o qual, no entanto, não poderá ser aplicada nas hipóteses elencadas no art. 64, incisos I e II, do Código Penal, em que se disciplina, respectiva, o período depurador de 5 (cinco) anos para incidência do instituto, bem como a impossibilidade de sua aplicação aos crimes militares próprios e políticos.

### **3.2. Análise dos julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT.**

Consoante pesquisa no *sítio* eletrônico do Tribunal de Justiça do Distrito Federal TJDFT ([www.tjdft.jus.br](http://www.tjdft.jus.br)), foram localizados 864 (oitocentos e sessenta e quatro) registros de acórdãos através do filtro de busca “reincidência criminal e princípio da insignificância”, os quais correspondem ao período de dezembro de 1995 a junho de



1 Réu condenado por infringir o artigo 155 do Código Penal, depois de subtrair sete pacotes de fraldas de uma farmácia. A contumácia delitiva e a reincidência específica não recomendam o princípio da insignificância.

2 Reputa-se provado o furto quando há prisão em flagrante e apreensão do objeto material do crime nas mãos do agente, corroboradas por testemunhos idôneos.

3 A incidência de agravante enseja acréscimo proporcional ao tipo penal infringido, recomendando-se a fração de um sexto, indicada pela jurisprudência. A reincidência justifica o regime semiaberto.

4 Apelação parcialmente provida.<sup>62</sup>

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO. TENTATIVA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REINCIDÊNCIA. INAPLICABILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO SIMPLES. INVIABILIDADE. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. PROVA PERICIAL. DESNECESSIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. FRAÇÃO DE REDUÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA REFERENTE À TENTATIVA. ITER CRIMINIS PERCORRIDO.

1. No caso de réu reincidente, não se pode qualificar como mínima a ofensividade de sua conduta, sendo alto o grau de sua reprovabilidade, pois não se trata o novo crime de conduta isolada, mas de reiterada prática delituosa, o que impede o reconhecimento da insignificância penal.

2. O reconhecimento da qualificadora de rompimento de obstáculo para a prática de furto prescinde de perícia e pode ser verificada por outros meios de prova.

3. O legislador não fixou critério matemático para o cálculo da pena, dando margem à discricionariedade do Juiz, que deve sempre estar atento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade ao dosar a reprimenda, tendo sempre em vista o estabelecimento de sanção suficiente para prevenir e reprimir o crime a fim de resguardar as garantias constitucionais.

4. A fixação da fração a ser utilizada na causa de diminuição da pena referente à tentativa tem por parâmetro o iter criminis percorrido, ou seja, quanto mais próximo da consumação do crime, menor deve ser a redução da pena.

5. Recurso conhecido e parcialmente provido.<sup>63</sup>

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO. AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA VOLTADA À SUBTRAÇÃO DO PATRIMÔNIO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

1. Diante da inexistência de prova segura quanto à grave ameaça necessária para a tipificação do crime de roubo impróprio, procede-se a desclassificação para o crime de furto.

2. O princípio da insignificância pressupõe a mínima ofensividade da conduta, nenhuma periculosidade social da ação e reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento do agente. No caso, a reincidência do acusado na prática de delitos contra o patrimônio desautoriza a absolvição pela atipicidade material da conduta.

3. Recurso conhecido e parcialmente provido.<sup>64</sup>

<sup>62</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.950117, 20151410003965APR, Relator: GEORGE LOPES LEITE, Revisor: SANDRA DE SANTIS MENDES DE FARIAS MELLO, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 16/06/2016, Publicado no DJE: 28/06/2016. Pág.: 98/110.

<sup>63</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.948660, 20150310187884APR, Relator: WALDIR LEONCIO CORDEIRO LOPES JUNIOR, Revisor: SANDOVAL GOMES DE OLIVEIRA, 3ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 16/06/2016, Publicado no DJE: 22/06/2016. Pág.: 160/166.

Demais disso, o ilustre Tribunal de Justiça consigna em diversos julgados que “a contumácia delitiva, com reincidência específica, não recomenda a aplicação do princípio da insignificância.”<sup>65</sup> Significa dizer que à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça do DF, o reconhecimento da atipicidade material da conduta funcionária com fomento à recalcitrância e à impunidade em delitos dessa natureza.

Nesse particular, Guilherme de Souza Nucci

O réu reincidente, com vários antecedentes, mormente se forem considerados específicos, não pode receber o benefício da atipicidade por bagatela. Seria contraproducente e dissociado do fundamento da pena, que é ressocialização do agente. A reiteração delituosa, especialmente dolosa, não pode contar com beneplácito estatal;<sup>66</sup>

Observa-se, ainda, dos arestos acima, não há distinção pelo Tribunal de Justiça se o ilícito fora cometido na forma qualificada ou simples, o dado objetivo para a aplicação do princípio da insignificância consiste na constatação do estado de reincidência, sobretudo quando se tratar de reiteração delitiva específica em crimes contra o patrimônio.

Noutra quadra, a adequação material da conduta, sob a perspectiva do valor patrimonial do bem protegido, o ilustre Tribunal de Justiça adota como referência básica o salário mínimo vigente à época do fato, o que aliado o estado de reincidência do agente, obstam a aplicação do princípio da bagatela pela tipicidade material da conduta.

A despeito disso, a 1ª Turma Criminal do TJDF, quando do julgamento do recurso de apelação nº 2014.07.1.018520-3, no voto do Desembargador Mario Machado consignou que

Sabe-se que vários fatores devem ser analisados no caso concreto para aferição sobre a aplicação do almejado princípio, não podendo servir de parâmetro, de forma exclusiva e isolada, o valor da res furtiva. Devem ser aferidos o grau de ofensividade da conduta frente o bem jurídico tutelado, o desvalor social da ação e a intensidade da culpabilidade do agente. Caso contrário, o manejo do princípio da insignificância poderia incentivar condutas que atentam contra a ordem social, e que, toleradas pelo Estado, colocariam em risco a segurança da coletividade. A simples alegação de que não houve prejuízo efetivo à empresa vítima em nada altera a

---

<sup>64</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.938435, 20150210027242APR, Relator: JESUINO RISSATO, Revisor: SANDOVAL OLIVEIRA, 3ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 28/04/2016, Publicado no DJE: 10/05/2016. Pág.: 153/166)

<sup>65</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.936002, 20150110299773APR, Relator: GEORGE LOPES, Revisor: SANDRA DE SANTIS, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 14/04/2016, Publicado no DJE: 26/04/2016. Pág.: 130/145.

<sup>66</sup> *Ibidem*. p. 231.

condenação. Se assim fosse, os furtos em que recuperada a coisa subtraída seriam considerados penalmente atípicos em decorrência do princípio da insignificância.<sup>67</sup>

#### Noutro trecho o aresto, o Desembargador destaca

No caso, embora o valor da res furtiva não tenha sido auferido, cuida-se de acusado multirreincidente, com várias condenações transitadas em julgado por delitos contra o patrimônio (fls. 45, 46, 47, 49, 50, 51 e 52), o que demanda maior censurabilidade quando do sopesamento da conduta. Logo, os sólidos fundamentos do decreto condenatório devem ser integralmente mantidos.<sup>68</sup>

Assim, o beneplácito estatal a que refere Guilherme de Souza Nucci, significa para o Tribunal de Justiça do DF que a adoção do princípio da insignificância de forma livre e indiscriminada verdadeiro incentivo a crimes dessa natureza e assim, atentando contra a ordem social e expondo a risco a segurança da coletividade.

#### Nesse sentido, acresça-se, os seguintes precedentes do TJDF

APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO SIMPLES - PRINCÍPIO DA BAGATELA - VALOR REDUZIDO DA RES - ABSOLVIÇÃO INCABÍVEL - DOSIMETRIA - PERSONALIDADE DESVIRTUADA - CONFISSÃO VERSUS REINCIDÊNCIA - PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE.

I. O desfalque patrimonial não é o único fator a ser analisado para aplicação do princípio da insignificância.

II. A análise da personalidade é moduladora que prescinde de exame pericial.

III. A confissão espontânea, embora revele a boa intenção do acusado em colaborar com a justiça, dá menos certeza de uma personalidade já ajustada do que a reincidência, que atesta que o acusado voltou a delinquir e que sanções anteriores não ajudaram a ressocializá-lo. Preponderância da agravante.

IV. Negado provimento ao apelo do réu. Provido o recurso do Ministério Público.<sup>69</sup>

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CONCURSO DE PESSOAS. FLAGRANTE. CONVERSÃO. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.

I - Preenchidos os requisitos autorizadores para o decreto da prisão preventiva, acrescidos da materialidade e dos indícios de autoria da prática do delito, principalmente com o recebimento da denúncia, não há que se falar em ilegalidade da medida, recomendando, a manutenção da segregação cautelar como garantia da ordem pública.

<sup>67</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.911763, 20140710185203APR, Relator: MARIO MACHADO, Revisor: GEORGE LOPES, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 10/12/2015, Publicado no DJE: 15/12/2015. Pág.: Sem Página Cadastrada.

<sup>68</sup> *Ibidem*.

<sup>69</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.874954, 20130310144835APR, Relator: SANDRA DE SANTIS, Revisor: ROMÃO C. OLIVEIRA, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 12/06/2015, Publicado no DJE: 22/06/2015. Pág.: 68.

II - A reincidência e os maus antecedentes do paciente que reitera na prática de crimes patrimoniais impede o trancamento da ação penal em face do princípio da insignificância.

III - Ordem denegada.<sup>70</sup>

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PROVAS. CONFISSÃO JUDICIAL. INQUÉRITO POLICIAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CONSUMAÇÃO. TEORIA DA AMOTIO. COMPENSAÇÃO. ATENUANTE DA CONFISSÃO. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA.

1. Não existem razões suficientes para embasar o requerimento de absolvição por insuficiência de provas, principalmente porque existem provas nos autos que indicam a autoria e a materialidade do delito. Ressalte-se que é possível a condenação baseada na confissão judicial do acusado, corroborada pelos depoimentos das testemunhas na fase inquisitorial.

2. O princípio da insignificância é aplicável quando restarem cumuladamente caracterizados os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente; e (iv) Inexpressividade da lesão jurídica produzida.

3. Os antecedentes do sujeito devem ser analisados para a aplicação do princípio da insignificância, uma vez que a reiteração de um comportamento criminoso representa, para a sociedade, considerável grau de periculosidade social da ação, bem como conduta de elevado grau de reprovabilidade.

4. O posicionamento majoritário, relacionado à consumação do delito, adota a teoria da amotio ou apprehensio rei, segundo a qual a consumação do delito ocorre quando a coisa subtraída passa para o poder do agente, perdendo a vítima sua disponibilidade, dispensando-se a posse mansa e pacífica.

5. Não se mostra possível a preponderância da atenuante da confissão em face da agravante da reincidência, mas apenas sua compensação. Julgados do Superior Tribunal de Justiça.

6. Apelação desprovida.<sup>71</sup>

Assim, a exemplo do primeiro semestre de 2016, no ano de 2015, dos 84 (oitenta e quatro) acórdãos analisados, nenhum deles acolheu a incidência do princípio da insignificância quando o agente é reincidente, havendo, no entanto, certa variação quanto aos fundamentos quando a *res* não apresenta alto valor patrimonial, mas o dado objetivamente analisado e que prevalece nos julgados é a simples constatação do estado de reincidência do agente e assim, não se vê aplicação da bagatela.

---

<sup>70</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.873477, 20150020145262HBC, Relator: NILSONI DE FREITAS 3ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 11/06/2015, Publicado no DJE: 16/06/2015. Pág.: 144.

<sup>71</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.856319, 20120710391148APR, Relator: SILVA LEMOS, Revisor: MARIO MACHADO, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 12/03/2015, Publicado no DJE: 26/03/2015. Pág.: 116.

Outrossim, em 2014, foram analisados 112 (cento e doze) acórdãos e a exemplo dos anteriores, em nenhum deles se reconhece a prevalência do princípio da insignificância quando o agente é reincidente.

Significa dizer que entre o período de janeiro de 2014 a junho de 2016, o Tribunal de Justiça do DF analisou e proferiu 235 (duzentos e trinta e cinco) acórdãos, os quais, como visto, em nenhum deles se reconhece a prevalência do princípio da bagatela quando o agente apresenta estado de reincidência, ainda que *res* não apresente alto valor patrimonial, cujo dado objetivamente analisado é a existência de condenações anteriores, aliado aos fundamentos da proteção da ordem social e segurança da coletividade.

### **3.3. Análise dos julgados do Superior Tribunal de Justiça – STJ.**

Seguindo idêntica sistemática quanto a análise dos precedentes do Tribunal de Justiça do DF, se adota nesse tópico como critério de delimitação os julgados localizados no repositório de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) o critério de busca “reincidência e insignificância” e compreendidos no período de janeiro de 2014 a junho de 2016.

Assim, foram localizados 729 (setecentos e vinte e nove)<sup>72</sup> acórdãos da 5ª e 6ª Turma Criminal, entre quais, conquanto minoritário, há o entendimento, sobretudo perante a 6ª Turma Criminal, no sentido de que ainda que o agente ostente o estado de reincidência criminal, inclusive específica, é possível o reconhecimento do princípio da insignificância desde que presentes os vetores elencados pelo Supremo Tribunal Federal, bem como por não privilegiar o direito penal do autor em detrimento ao direito penal do fato.

Sendo assim, os arestos das turmas criminais do STJ serão explicitados nos tópicos a seguir.

#### **3.3.1. Entendimento da 5ª Turma Criminal do STJ.**

---

<sup>72</sup> Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=insignific%E2ncia+e+reincid%E2ncia&&tipo\\_visualizacao=LISTACOMPLETA&b=ACOR&p=false](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=insignific%E2ncia+e+reincid%E2ncia&&tipo_visualizacao=LISTACOMPLETA&b=ACOR&p=false)>. Acesso em: 23.07.2016.

Consoante consignado acima, de acordo com o repositório de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), foram localizados 729 (setecentos e vinte nove) precedentes cujo tema corresponde a “reincidência e insignificância”. Desses, no curso do período de janeiro de 2014 a junho de 2016, a 5ª Turma Criminal proferiu 150 (cento e cinquenta) acórdãos, os quais, nenhum deles, reconheceu a aplicação do princípio da insignificância na hipótese do agente ostentar histórico de reincidência criminal.

Importa destacar, não obstante a constatação objetiva da reincidência criminal, maior parte dos julgados fazem referência os vetores elencados pelo Supremo Tribunal Federal para a incidência do princípio da insignificância, os quais, segundo consignado nas decisões, incompatíveis com a reiteração criminal.

Nesse sentido, vejamos os seguintes arestos da ilustre 5ª Turma Criminal

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO SIMPLES. RÉU QUE RESPONDE A OUTROS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. VALOR QUE NÃO PODE SER CONSIDERADO ÍNFIMO. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N.º 83 DA SÚMULA DO STJ. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE SUPERIOR.

1. O aresto objurgado afastou a incidência do princípio da bagatela com fundamento na maior reprovabilidade do comportamento do recorrente, já que o crime tratado nestes autos não é fato isolado em sua vida, destacando a sua reincidência em crimes contra o patrimônio, Circunstância que evidencia que decidiu em conformidade com a jurisprudência deste Sodalício.
2. Aliado a esta circunstância, o valor dos bens objeto do furto impede que sua conduta seja considerada insignificante, na linha de precedentes desta Corte Superior de Justiça.
3. Incidência do óbice do Enunciado n.º 83 da Súmula do STJ, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea a do permissivo constitucional.
4. Não tendo o insurgente apontado qualquer julgado recente desta Corte Superior capaz de desconstituir a conclusão da decisão ora objurgada, esta deve ser mantida por seus próprios fundamentos. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.<sup>73</sup>

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. HABITUALIDADE DELITIVA. INCABÍVEL A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Conforme entendimento pacífico desta Corte Superior de Justiça, apesar de não configurar reincidência, a existência de outras ações penais, inquéritos policiais em curso ou procedimentos administrativos fiscais, é suficiente para caracterizar a habitualidade delitiva e, consequentemente, afastar a incidência do princípio da insignificância. Precedentes do STJ.

<sup>73</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 859358/MG. Min. Jorge Mussi. 5ª Turma Criminal. Data do Julgamento: 14.06.2016.

## 2. Agravo regimental improvido.<sup>74</sup>

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 155, § 4º, I, DO CÓDIGO PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REINCIDÊNCIA. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. INAPLICABILIDADE. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REITERAÇÃO DELITIVA.

I - Na linha da jurisprudência desta eg. Corte, ressalvado o meu entendimento pessoal, mostra-se incompatível com o princípio da insignificância a conduta ora examinada, haja vista que, a despeito da reduzida expressividade do valor subtraído (R\$ 40,46), o paciente é reincidente e o delito foi cometido mediante rompimento de obstáculo. (Precedentes)

II - A prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu jus libertatis antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. É por isso que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal (Precedentes).

III - Na hipótese, conforme consta do decreto prisional, o recorrente é reincidente, ostentando diversas condenações por delitos contra o patrimônio, circunstância apta a justificar a imposição da segregação cautelar para a garantia da ordem pública, em virtude do fundado receio de reiteração delitiva (Precedentes). Recurso ordinário desprovido.<sup>75</sup>

Acresça-se, nesse sentido, a exemplo do que ocorreu com o julgamento do AgRg no REsp 1535871/RS cuja ementa fora colacionada acima, por vezes fora possível constatar que mesmo o agente não apresentasse reincidência com sentença condenatória transitada em julgado, o simples fato pesar contra o agente outras ações penais ou inquéritos policiais já era possível afastar a incidência do princípio da insignificância à luz da jurisprudência da 5ª Turma Criminal do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, a constatação da reiteração criminal se apresenta como uma espécie de dado objetivo e que por si só, constitui empecilho para a incidência do princípio da bagatela e assim, descabe falar em atipicidade material da conduta ante tal circunstância.

### 3.3.2. Entendimento da 6ª Turma Criminal do STJ.

<sup>74</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1535871/RS. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. 5ª Turma Criminal. Data do Julgamento: 20.10.2015.

<sup>75</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 48510 / MG. Min. Felix Fischer. 5ª Turma Criminal. Data do Julgamento: 07.10.2014.

Seguindo o mesmo rigor de pesquisa adotado perante a 5ª Turma, se constatou que no curso do período de janeiro de 2014 a junho de 2016 a 6ª Turma Criminal do Superior Tribunal de Justiça proferiu 117 (cento e dezessete) acórdãos acerca do tema “reincidência e insignificância”. Desses, apenas em 09 (nove) julgados se reconheceu a incidência do princípio da insignificância na hipótese de reiteração criminal, entre os quais, vale destacar

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FURTO SIMPLES. TENTATIVA. PRODUTOS DE HIGIENE. AVALIAÇÃO EM R\$ 18,17 (DEZOITO REAIS E DEZESSETE CENTAVOS). 2,92 % DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Sedimentou-se a orientação jurisprudencial no sentido de que a incidência do princípio da insignificância pressupõe a concomitância de quatro vetores, a saber: 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.

3. Conquanto o paciente ostente em sua ficha criminal reincidência específica e maus antecedentes, o ínfimo valor da res furtiva (R\$ 18,17), aliado ao fato que se tratavam de produtos de higiene pessoal subtraídas de um mercado, que se presume não haver sofrido relevante prejuízo, permite fazer incidir o princípio da insignificância, pois nenhum interesse social existe na onerosa intervenção estatal.

4. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para reconhecer a atipicidade da conduta, pela aplicação do princípio da insignificância, e absolver o paciente da prática do delito previsto no art. 155, caput, do Código Penal.<sup>76</sup>

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO SIMPLES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. RES FURTIVAE DE VALOR INFERIOR A 3% DO SALÁRIO MÍNIMO DE ENTÃO. UMA CONDENAÇÃO ANTERIOR. RECURSO PROVIDO.

1. Além da subsunção formal da conduta humana a um tipo penal, deve haver uma aplicação seletiva, subsidiária e fragmentária do Direito Penal, para aferir se houve ofensividade relevante aos valores tidos como indispensáveis à ordem social.

2. Hipótese em que houve a subtração de um xampu e um condicionador, avaliados em R\$ 20,00, pertencente a estabelecimento comercial.

3. O valor dos bens representava, na data do cometimento do delito, menos de 3% do salário mínimo vigente, que, à época, era de R\$ 678,00.

4. Embora o Tribunal a quo tenha registrado que a reincidência do réu impediria a aplicação do princípio da insignificância, a existência de apenas uma condenação por delito de roubo majorado, por fato praticado em 15/6/2005, com trânsito em julgado em 15/12/2006 (fl. 14, Apenso 1), não é suficiente para, por si só, obstar o reconhecimento do princípio da insignificância.

<sup>76</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 287483/MG. Min. Nefi Cordeiro. 6ª Turma Criminal. Data do Julgamento: 07.04.2016.

5. Recurso especial provido para reconhecer a atipicidade material da conduta e absolver o recorrente da prática do delito previsto no art. 155 do Código Penal.<sup>77</sup>

Em oposição ao entendimento firmando pela 5ª Turma quando do julgamento do AgRg no REsp 1535871/RS, a 6ª Turma Criminal não reconhece como empecilho à incidência do princípio da insignificância a existência de outros processos por delitos patrimoniais que ainda não tenham transitado em julgado, vejamos o julgamento do seguinte recurso especial

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. RES FURTIVAE DE VALOR INFERIOR A 10% DO SALÁRIO MÍNIMO. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO. REINCIDÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. RECURSO PROVIDO.

1. Além da subsunção formal da conduta humana a um tipo penal, deve haver uma aplicação seletiva, subsidiária e fragmentária do Direito Penal, para aferir se houve ofensividade relevante aos valores tidos como indispensáveis à ordem social.

2. O valor do bem (R\$ 20,00) representava, na data do cometimento do delito, aproximadamente, 3,2% do salário mínimo vigente, que, à época, era de R\$ 622,00.

3. A Terceira Seção do STJ, no julgamento dos EAREsp n. 221.999/RS, ocorrido no dia 11/11/2015, reafirmou o entendimento de que a aplicação do princípio da insignificância, em relação aos crimes de furto, somente pode ser afastada quando configurada a reiteração criminosa do réu, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável.

4. No caso dos autos, o Juízo singular afirmou que o réu, apesar de não ostentar condenação com trânsito em julgado, responde a outros processos por delitos contra o patrimônio.

5. À falta de condenação transitada em julgado em desfavor do réu, não está caracterizada a reiteração delitiva, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, de forma que não há óbice, na espécie, para a incidência do princípio da insignificância.

6. Recurso especial provido para reconhecer a atipicidade material da conduta, pela aplicação do princípio da insignificância, e, conseqüentemente, absolver o recorrente da prática do delito previsto no art. 155, § 2º, do Código Penal, no Processo n. 0227271-21.2012.8.21.0001 da 9ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de Porto Alegre - RS.<sup>78</sup>

Assim, além dos arestos acima, compõem a lista dos 09 (nove) arestos da 6ª Turma Criminal do Superior Tribunal de Justiça em que se reconheceu a incidência do princípio da insignificância ainda que se tratasse de reiteração delitiva: a) HC nº 341946, Estado do Mato Grosso do Sul (Ministra Maria Thereza de Assis Moura), julgado em 03.12.2015; b) AgRg no RHC nº 55560, Estado de Minas Gerais

<sup>77</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1550584/SP. Min. Rogerio Schietti Cruz. 6ª Turma Criminal. Data do Julgamento. 17.03.2016

<sup>78</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1577904/RS. Min. Rogério Schietti Cruz. 6ª Turma Criminal. Data do Julgamento: 17.03.2016.

(Ministro Sebastião Reis Junior), julgado em 04.08.2015; c) AgRg no RHC nº 43237, Estado de Santa Catarina (Ministro Sebastião Reis Junior), julgado em 04.08.2015; d) HC nº 321423, Estado do Rio de Janeiro (Ministro Ericson Maranhão), julgado em 16.06.2015; e) HC nº 321197, Estado do Rio Grande do Sul (Ministra Maria Thereza de Assis Moura), julgado em 26.05.2015; f) EDcl no HC nº 245090, Estado de Minas Gerais (Ministra Maria Thereza de Assis Moura), julgado em 25.11.2014.

Sendo assim, conquanto não corresponda a sequer 10% (dez por cento) do total de acórdãos analisados, há julgados perante a 6ª Turma Criminal do Superior Tribunal de Justiça que no curso do período de janeiro de 2014 a junho de 2016 reconheceu a atipicidade material da conduta com a aplicação do princípio da insignificância, ainda que pese contra o agente o estado de reincidência criminal.

### **3.3.3. Perspectiva da 3ª Seção do STJ.**

Inobstante os julgados da 5ª e 6ª Turma Criminal, fora possível constatar que suscitada a divergência de entendimentos acerca da incidência ou do princípio da insignificância na hipóteses de reiteração criminosa, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça estabeleceu a tese de que a reincidência criminal inviabiliza a aplicação do mencionado princípio, todavia, com a ressalva de que no caso concreto, é possível as instâncias ordinárias reconhecerem a necessidade da aplicação do princípio como medida socialmente recomendável.

Nesse sentido, vejamos

PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE FURTO DE UMA CAIXA DE CHOCOLATES NO VALOR DE R\$54,60. RESTITUIÇÃO DOS BENS À VÍTIMA. RES FURTIVA DE VALOR INFERIOR A 8,84% DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DO FATO. REINCIDÊNCIA X APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NECESSIDADE DE SE VERIFICAR AS CONDIÇÕES PESSOAIS DO AGENTE NO CASO CONCRETO. ANÁLISE FÁTICA E PROBATÓRIA REALIZADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS DESFAVORÁVEL AO RÉU. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS.

1. De acordo com a orientação traçada pelo Supremo Tribunal Federal, a aplicação do princípio da insignificância demanda a verificação da presença concomitante dos seguintes vetores (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

2. O princípio da insignificância é verdadeiro benefício na esfera penal, razão pela qual não há como deixar de se analisar o passado criminoso do agente, sob pena de se instigar a multiplicação de pequenos crimes pelo mesmo autor, os quais se tornariam inatingíveis pelo ordenamento penal.

Imprescindível, no caso concreto, porquanto, de plano, aquele que é reincidente e possui maus antecedentes não faz jus a benesses jurídicas.

3. Posta novamente em discussão a questão da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, mesmo diante da reincidência do réu, a Terceira Seção desta Corte, no julgamento do REsp n. 221.999/RS (Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 11/11/2015, DJe 10/12/2015), estabeleceu a tese de que a reiteração criminosa inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável.

4. Situação em que, a despeito de a tentativa de furto ter recaído sobre bem cujo valor correspondia a 8,84% (oito vírgula oitenta e quatro por cento) do valor do salário mínimo à época do fato, tanto o primeiro quanto o segundo grau de jurisdição refutaram a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, diante da reincidência e do fato de que o delito não fora praticado em estado de necessidade, representando a conduta do réu "verdadeira alternativa de sobrevivência, (...) inadmissível, ainda mais para um cidadão de 40 anos de idade, saudável, residente em local onde há sobra de oferta de trabalho lícito, bem como onde também há assistência social capaz de suprir as necessidades básicas do cidadão - alimentação, local para dormir e banhar-se".

5. Apenas as instâncias ordinárias, que se encontram mais próximas da situação que concretamente se apresenta ao Judiciário, têm condições de realizar o exame do caso concreto, por meio da valoração fática e probatória a qual, na maioria das vezes, possui cunho subjetivo, impregnada pelo livre convencimento motivado. Dessa forma, não tendo as instâncias ordinárias apresentado nenhum elemento concreto que autorizasse a aplicação excepcional do princípio da bagatela, entendo que deve prevalecer o óbice apresentado nos presentes autos.

6. Embargos de divergência do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul a que se dá provimento, para reformar o acórdão embargado e dar provimento ao agravo regimental do Parquet estadual. De consequência, reconhecida a inviabilidade de aplicação do princípio da insignificância em face da reincidência do réu, deverá ser negado provimento ao recurso especial do réu, mantendo-se a sentença que o condenara por tentativa de furto.<sup>79</sup>

PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE FURTO DE UM DESODORANTE E DE DOIS COLÍRIOS NO VALOR DE R\$ 23,77. RESTITUIÇÃO DOS BENS À VÍTIMA. RES FURTIVA DE VALOR INFERIOR A 4% DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DO FATO. REINCIDÊNCIA X APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NECESSIDADE DE SE VERIFICAR AS CONDIÇÕES PESSOAIS DO AGENTE NO CASO CONCRETO. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. MEDIDA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL, SEGUNDO A ANÁLISE FÁTICA E PROBATÓRIA REALIZADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. EXCEPCIONALIDADE. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA REJEITADOS.

1. De acordo com a orientação traçada pelo Supremo Tribunal Federal, a aplicação do princípio da insignificância demanda a verificação da presença concomitante dos seguintes vetores (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

2. O princípio da insignificância é verdadeiro benefício na esfera penal, razão pela qual não há como deixar de se analisar o passado criminoso do agente, sob pena de se instigar a multiplicação de pequenos crimes pelo

<sup>79</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1531049 / RS. Min. Reynaldo Soares Fonseca. Terceira Seção. Data do Julgamento: 25.05.2016.

mesmo autor, os quais se tornariam inatingíveis pelo ordenamento penal. Imprescindível, no caso concreto, porquanto, de plano, aquele que é reincidente e possui maus antecedentes não faz jus a benesses jurídicas.

3. Posta novamente em discussão a questão da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, mesmo diante da reincidência do réu, a Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n. 221.999/RS (Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 11/11/2015, DJe 10/12/2015), estabeleceu a tese de que a reiteração criminosa inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável.

4. Situação em que a tentativa de furto recaiu sobre 2 vidros de colírio e um desodorante, avaliados em R\$ 23,77 (vinte e três reais e setenta e sete centavos), que correspondiam a menos de 4% (quatro por cento) do valor do salário mínimo vigente à época do fato, e os produtos foram devolvidos à vítima. A despeito de se tratar de réu reincidente, o Tribunal a quo não constatou grau de periculosidade em sua conduta, posto que, além de ter se apossado dos bens para uso próprio, as condenações anteriores que lhe foram impostas, a maioria a penas de multa de menos de 10 dias, extintas por anistia/indulto, advieram de delitos da mesma natureza praticados sem violência, concurso de pessoas, causas de aumento de pena ou qualificadoras.

5. Caso concreto que se enquadra dentre as hipóteses excepcionais em que é recomendável a aplicação do princípio da insignificância a despeito da existência de reincidência, reconhecendo-se a atipicidade material da conduta. Precedentes análogos: AgRg no REsp 1415978/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 15/02/2016 e AgRg no AREsp 633.190/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 14/4/2015, DJe 23/4/2015.

6. Embargos de divergência do Ministério Público Federal a que se nega provimento.<sup>80</sup>

Acresça-se, nesse sentido, o julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1483746, do Estado de Minas Gerais, da relatoria do Ministro Sebastião Reis Junior, em que prevaleceu o seguinte

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO SIMPLES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REINCIDÊNCIA. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. OCORRÊNCIA.

1. A posição majoritária desta Corte Superior é a de que a reincidência, por si só, não exclui a aplicação do princípio da insignificância, mas deve ser sopesada junto com as demais circunstâncias fáticas, admitindo-se a incidência do aludido princípio ao reincidente em situações excepcionais.

2. Por se tratar de furto simples, de ser ínfimo o valor subtraído (R\$ 18,00 em espécie), de o montante ter sido restituído à vítima e de o embargante não ser multirreincidente em crimes patrimoniais, mostra-se presente a excepcionalidade que autoriza a incidência do princípio da insignificância.

3. Embargos de divergência providos.<sup>81</sup>

<sup>80</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 1467140 / MG. Ministro Reynaldo Soares Fonseca. Terceira Seção. Data do Julgamento: 11.05.2016.

<sup>81</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 1483746 / MG. Ministro Sebastião Reis Junior. Terceira Seção. Data do Julgamento: 11.05.2016.

Sendo assim, a exemplo do que acontece perante a 6ª Turma Criminal, perante a 3ª Seção do STJ é possível que se reconheça a incidência do princípio da insignificância na hipótese de reiteração criminal, quando no caso concreto, seja constatada como medida socialmente recomendável e presentes os requisitos (vetores) elencados pelo Supremo Tribunal Federal.

#### 4. ROMPIMENTO ENTRE A ENTIQUETA (*LABELLING APPROACH*) DA CONSTATAÇÃO OBJETIVA DO ESTADO DE REINCIDÊNCIA E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

##### 4.1. O *labelling approach* no contexto do direito penal do autor e no direito penal do fato.

Consoante se observa logo no primeiro capítulo deste estudo monográfico, a incidência do princípio da insignificância representa em si uma espécie de causa supralegal de excludente de tipicidade e que decorre de outros princípios afetos ao Direito Penal, especificamente o da intervenção mínima e o da fragmentariedade do sistema penal, de modo que não basta a simples adequação formal da conduta, mas que esta seja materialmente relevante sob a ótica do bem jurídico protegido pela tutela penal.

Nesse sentido, a constatação do estado de reincidência do agente, por si só, à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça do DF, representa circunstância objetiva de impedimento na aplicação da insignificância e isso sob o pálio do argumento de que não se pode fomentar a prática delitiva ou impunidade de pequenos delitos à mingua de se invocar o princípio da insignificância.

Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça, sobretudo nos julgamentos da 5ª Turma Criminal, ratifica o entendimento jurisprudencial firmado pelo Tribunal de Justiça do DF, sendo possível, inclusive, se constar em alguns julgados da Corte Superior que até a existência de outras ações penais ou inquéritos policiais em curso é suficiente para caracterizar a habitualidade delitiva e, conseqüentemente, afasta a incidência do princípio da insignificância, algo que, *a prima facie*, configura em franco desacordo ao enunciado de Súmula nº 444 do próprio Superior Tribunal de Justiça que dispõe “é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agrava a pena-base.”<sup>82</sup>

Entretanto, a análise dos julgados do Tribunal de Justiça do DF e parte considerável das decisões do Superior Tribunal de Justiça, em especial os precedentes da 5ª Turma Criminal, permite avaliar que o rompimento entre a constatação objetiva do estado de reincidência e a inaplicabilidade do princípio da

---

<sup>82</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Enunciado de Súmula nº 444.

insignificância é medida realmente necessária e imprescindível, sobretudo a garantir não só a segurança jurídica das decisões judiciais em se tratando de tutela penal, mas também a confiabilidade e estabilidade dos fundamentos que eventual se inclinarem pela incidência ou não do princípio da bagatela.

Nesse sentido, o ilustre professor Paulo Queiroz

Discute-se se é possível a adoção do princípio da insignificância quando, não obstante a irrelevância jurídico-penal da ação, ficar demonstrado que o agente tem maus antecedentes, é reincidente ou há continuidade delitiva. (...).

Parece-nos que, se o princípio da insignificância constitui, conforme reconhecem a doutrina e a própria jurisprudência, uma excludente de tipicidade, visto que, embora formalmente criminalizada, a conduta não traduz, em concreto, uma lesão digna de proteção penal, tal deve ser decretado independentemente da existência de maus antecedentes ou reincidência.

Com efeito, subtrair R\$ 1.00 (um real), por exemplo, não deixa de ser insignificante pelo só fato de o agente já ter sido anteriormente condenado por furto ou já ter praticado idêntica conduta.

E mesmo a continuidade no cometimento de ações insignificantes não torna a ação significativa, inclusive porque o crime continuado é uma forma de concurso material tratado como concurso formal, e, como tal, pressupõe que cada ação (cada pequeno furto) seja autonomamente criminosa, a fim de que os atos subsequentes sejam havidos como continuação do primeiro. Enfim, por traduzir um problema de tipicidade, e não de individualização judicial da pena, o princípio da insignificância deve ser reconhecido independentemente da existência de maus antecedentes, reincidência ou continuidade delitiva.<sup>83</sup>

Discorrendo sobre o estado de reincidência como causa de agravamento de pena à luz da doutrina de Figueiredo Dias, Eugênio Pacelli consigna

O grande problema dessa especial forma de agravamento da sanção, como apontado pelo citado penalista português, reside na constatação evidente de que o instituto tende a atingir, quase que exclusivamente, ou em outra perspectiva, de fundo criminológico, aquele igualmente enorme contingente de pessoas abarcadas pelo notório *déficit social e de igualdade na distribuição de riquezas*. Assim, a aplicação da reincidência opera com muito eficácia, sobretudo, nos crimes patrimoniais, com ou sem ameaça.

Por isso, talvez seja necessária e possível uma interpretação mais bem balizada do Direito Penal, abrindo-se a extensão da aplicação do princípio da insignificância, para atingir também os casos de reiteração da conduta, particularmente para aqueles delitos praticados sem maior ofensividade.<sup>84</sup>

Sendo assim, nenhuma paira que o estado de reincidência se traduz em verdadeiro estigma, etiqueta, rótulo social (*labelling approach*) atribuído ao agente e por si só, à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e

<sup>83</sup> QUEIROZ, Paulo. **Princípio da insignificância e maus antecedes**. Disponível em: <<http://www.pauloqueiroz.net/principio-da-insignificancia-e-maus-antecedentes/>>. Acesso em: 17.07.2016.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 500.

Territórios e parte dos julgados do Superior Tribunal de Justiça, notadamente os precedentes da 5ª Turma Criminal, é capaz de afastar a aplicação do princípio da insignificância, conquanto, não raras vezes, se presta como critério objetivo de seletividade quanto a incidência ou não do aludido princípio da bagatela.

Significa dizer que o estado de reincidência se presta como verdadeiro estereótipo de delimitação criminal, a qual, à luz dos precedentes estudados, é capaz de definir a contumácia da personalidade criminosa e ainda que o ilícito seja materialmente irrelevante, em face da constatação objetiva da reincidência, não há lugar para a aplicação do princípio da insignificância. Objetivamente, o agente estigmatizado por condenação anterior, ainda que dê causa a ilícito sob a perspectiva material de ínfima expressividade, não terá em seu socorro o princípio da bagatela pela constatação objetiva de personalidade inclinada a atividade criminosa pela simples constatação da reincidência.

Nesse sentido, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 356.939 proveniente do Estado de Santa Catarina consignou que

(...)

Acerca do tema questão, sempre entendi que considerações sobre a reincidência e a reiteração criminosa não têm força para afastar o princípio da insignificância, desde que presentes os vetores acima mencionados, sob pena de dar prioridade ao superado direito penal do autor, em detrimento ao direito penal do fato.<sup>85</sup>

Sendo assim, as ponderações da eminente Ministra são absolutamente lúcidas e retratam com precisão a temática, porquanto ignorar a incidência do princípio da insignificância pela simples constatação objetiva da reincidência, sem considerar se materialmente o ilícito merece reprimenda penal, estar-se-á de patente a privilegiar o direito penal do autor pelo estigma que lhe acompanha (reincidência), e isso em detrimento ao direito penal do fato, representado em si pela inexpressividade da ínfima violação do bem protegido pela tutela penal.

Suzane Cristine da Silva, em interessante artigo publicado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCRIM) destaca

Pudemos constatar que os institutos da reincidência e dos maus antecedentes são mecanismos que atuam no sentido de fazer presumir a

---

<sup>85</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 356939 / SC. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. 6ª Turma Criminal. Data do Julgamento: 07.06.2016.

periculosidade de uma pessoa que, justamente por ostentar passagens pelo sistema, será alvo predileto de novas investigações e investidas do poder. Quando das abordagens policiais perante os indivíduos que lhes parecem suspeitos, por exemplo, um questionamento frequente é se estes já “possuem passagem”. Os efeitos estigmatizantes da seleção são, pois, atribuídos pelo sistema para seu próprio funcionamento.

E nem se fale destes reflexos além do controle formal. A reação do sistema de controle informal (escola, igreja, família, associações, comunidade) será, em grande parte, a de negar ao egresso o retorno ao convívio social, negar-lhe emprego, estudos e direitos. Independentemente de conhecer tecnicamente a diferença entre os institutos da reincidência e dos maus antecedentes e de acreditar em supostos arrependimento e resignação produzidos pelo cárcere, a sociedade reproduz o etiquetamento e intensifica a criminalidade através da marginalização.<sup>86</sup>

Assim, se reconhecidamente a conduta do agente é sob a ótica Direito Penal irrelevante, inexpressiva sob a perspectiva material do bem jurídico protegido, não há lugar para se atribuir relevo à reincidência criminal como requisito objetivo à obstar a aplicação do princípio da insignificância, o que em última análise pode configurar eternamente em uma espécie de pecha, estigma, rótulo inerente a pessoa do agente e propicio a manutenção da criminalização secundária desse.

Ademais, é óbvio, não se pode ser ingênuo ao ponto de ignorar que aplicação indistinta e imoderada do princípio da insignificância poderia fomentar a prática delitiva e por consequência lógica a banalização do instituto ante a condescendência estatal. Entretanto, sob outra perspectiva, deixar de aplica-lo ante a constatação objetiva do estado de reincidência é possível que se esteja a condenar indistintamente agentes que embora reincidentes não apresenta perfil ou conduta inclinada à atividade criminosa.

Nesse contexto, se insere a hodierna perspectiva do Supremo Tribunal Federal (STF), o qual, além dos vetores atinentes a mínima ofensividade da conduta; nenhuma periculosidade social da ação; reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e inexpressividade da lesão jurídica provocada, recomenda que, se a *res* subtraída é de valor inexpressivo, a reincidência, a reiteração delitiva e a presença de qualificadoras previstas no art. 155, § 4º, do Código Penal, devem ser levadas em consideração, podendo, inclusive, acarretar no afastamento do princípio da insignificância; entretanto, nenhuma dessas circunstâncias determina, por si só, o afastamento da insignificância, cabendo ao magistrado analisar se a aplicação da

---

<sup>86</sup> SILVA, Suzane Cristine da. Reincidência criminal e maus antecedentes: crítica a partir da teoria do *labelling approach*. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_artigo/201-Artigos](https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/201-Artigos)>. Acesso em: 17.07.2016.

reprimenda realmente é necessária e se insere como adequada no contexto em que o ilícito ocorreu.

#### 4.2. Perspectiva hodierna do Supremo Tribunal Federal acerca do tema.

O Supremo Tribunal Federal (STF), quando do julgamento em conjunto dos *habeas corpus* nºs 123.108/MG, 123.533/SP e 123.734/MG, todos da relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, fixou a diretriz no sentido de que, além da análise das premissas já consagradas pelo julgamento do *habeas corpus* nº 84.412-0/SP da relatoria do Ministro Celso de Melo, a aplicação do princípio da insignificância envolve um juízo amplo (“conglobante”) e assim, vai além da simples aferição do resultado material da conduta, mas que abrange também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados.

Nesse sentido, o julgamento restou assim ementado

PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME DE FURTO SIMPLES. REINCIDÊNCIA. 1. A aplicação do princípio da insignificância envolve um juízo amplo (“conglobante”), que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados. 2. Por maioria, foram também acolhidas as seguintes teses: (i) a reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto; e (ii) na hipótese de o juiz da causa considerar penal ou socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância por furto, em situações em que tal enquadramento seja cogitável, eventual sanção privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a incidência do art. 33, § 2º, c, do CP no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade. 3. No caso concreto, a maioria entendeu por não aplicar o princípio da insignificância, reconhecendo, porém, a necessidade de abrandar o regime inicial de cumprimento da pena. 4. Ordem concedida de ofício, para alterar de semiaberto para aberto o regime inicial de cumprimento da pena imposta ao paciente.<sup>87</sup>

Entre os fundamentos do acórdão, o Ministro Luís Roberto Barroso consignou

(...)

Com a devida vênia, ao refletir melhor sobre o assunto, não me convenci de que a reincidência deva, invariavelmente, impedir a aplicação do princípio da insignificância.

<sup>87</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 123108, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016.

Ainda que a resposta criminal seja, em tese, um inegável desestímulo à prática da conduta reprimida, não se pode dizer que a não incidência do direito penal configure exatamente um estímulo positivo. E, embora a prevenção ainda seja uma meta a ser atingida pelo direito penal, o peso dessa ideia é substancialmente mitigado quando se constata que o índice de reincidência dos egressos do sistema prisional no Brasil é de aproximadamente 70%, um dos maiores do mundo, como visto acima. Isso demonstra se tratar de um quadro complexo, em que o papel preventivo do direito penal talvez não seja decisivo como se imagina.

Além disso, o direito penal não se destina a punir meras condutas indesejáveis, “personalidades”, “meios” ou “modos de vida”, e sim crimes, isto é, condutas significativamente perigosas ou lesivas a bens jurídicos, sob pena de se configurar um direito penal do autor, e não do fato.

(...)

A jurisprudência dominante na Corte, no entanto, faz exatamente isto ao afastar o princípio da insignificância a agentes em situação de reiteração delitiva, (tecnicamente reincidentes ou não). Uma mesma conduta – e.g., a subtração de uma caixa de fósforos, de quatro galinhas, de um desodorante, de barras de chocolate etc. – tem a sua tipicidade dependente de uma investigação sobre os antecedentes criminais do agente.

#### Acresce, ainda

Apenas para argumentar: ainda que se pudesse considerar o histórico penal do agente no juízo de tipicidade material da conduta, não seria possível levar em consideração para tais fins, sem violação ao art. 5º, LVII, da Constituição, a existência de inquéritos, ações penais em curso e condenações não definitivas: é o que defendem, como já visto, os Ministros Celso de Mello (HC 111.016) e Joaquim Barbosa (HC 107.500).

Nessa linha, em recente julgado unânime da 2ª Turma (HC 122.936, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 05.08.2014), foi concedida a ordem para trancar ação penal movida em face de acusado de tentativa de furto de onze barras de chocolate, avaliadas em R\$ 44,00 (quarenta e quatro reais), embora responda a outro processo por furto.

Enfim, ao afastar a insignificância em casos de reincidência, a jurisprudência do STF contribui para agravar ainda mais o já dramático quadro de crise do sistema carcerário. Isto porque a sanção imposta, por menor que seja, não poderá ser substituída por pena restritiva de direitos (CP, art. 44, II), e seu cumprimento deverá ser iniciado, no mínimo, em regime semiaberto (CP, art. 33, § 2º, b e c).

(...)

Seja como for, conclui-se que para reconhecer a insignificância no furto prepondera a ausência de desvalor do resultado. Isto porque a conduta de subtrair já é, por si só, altamente desvalorada, sendo difícil imaginar hipóteses de furto insignificante por ausência de desvalor da ação. Além disso, o furto é um crime de resultado, não de mera conduta.

Partindo dessas premissas, entendo que a simples circunstância de se tratar de réu reincidente ou de incidir alguma qualificadora (CP, art. 155, § 4º) não deve, automaticamente, afastar a aplicação do princípio da insignificância. É preciso motivação específica à luz das circunstâncias do caso concreto, como o alto número de reincidências, a especial reprovabilidade decorrente de qualificadoras etc.

Caso se entenda que o furto de coisa de valor ínfimo pode ser punido na hipótese de reincidência do agente, é preciso admitir que a questão da insignificância se move do domínio da tipicidade para o da culpabilidade. Isto porque, como visto, não é possível afirmar, à luz da Constituição, que uma mesma conduta é típica para uns e não para outros (os reincidentes), sob pena de configuração de um inaceitável direito penal do autor, e não do fato, como já decidiu este Tribunal (RE 583.523, Rel. Min. Gilmar Mendes).

Além disso, para que a reincidência exclua a aplicação do princípio da insignificância, não deve bastar a mera existência de inquéritos ou processos em andamento: é necessário que haja condenação transitada em julgado (HC 111.016, Rel. Min. Celso de Mello; HC 107.500, Rel. Min. Joaquim Barbosa), e por crime da mesma espécie (HC 114.723, Rel. Min. Teori Zavascki). Essa linha de raciocínio, embora nem sempre adotada, já encontra respaldo no acervo de jurisprudência desta Corte.

Por fim, ainda que se pretenda aplicar alguma resposta penal ao agente que furta coisa de valor insignificante, a sanção deverá guardar proporcionalidade com a lesão causada. Como já visto, o encarceramento em massa de condenados por pequenos furtos tem efeitos desastrosos não apenas para a integridade física e psíquica dessas pessoas, como também para o sistema penitenciário como um todo, e, reflexamente, para a própria segurança pública que se quer proteger. A prisão, no caso, é manifestamente desproporcional à gravidade da conduta, nos três aspectos em que se divide o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade: não é adequada para prevenir novos crimes – como demonstra o elevado índice de reincidência no Brasil –, é excessiva no seu aspecto repressivo e gera muito mais malefícios do que benefícios.

Assim sendo, a opção de mandar essas pessoas para o cárcere deve ser encarada decididamente como a última e radical alternativa num sistema já superlotado e altamente degradante. Dessa forma, proponho que eventual sanção privativa de liberdade aplicável ao furto de coisa de valor insignificante seja fixada em regime inicial aberto domiciliar, afastando-se para os reincidentes a aplicação do art. 33, § 2º, c, do CP 36, que, na hipótese, deve ser interpretado conforme a Constituição. Sua incidência fica paralisada no caso concreto, por produzir resultado incompatível com o texto constitucional.

## E conclui

A sistematização ora proposta tem o objetivo de auxiliar o Tribunal na aplicação do princípio da insignificância, diante das preocupações e perplexidades decorrentes do enorme volume de casos e situações fáticas que lhe são submetidas.

É compreensível e legítima a preocupação em oferecer uma resposta estatal a pessoas reiteradamente envolvidas em condutas socialmente reprováveis. A dificuldade está em que o direito penal não oferece a melhor solução para o problema. Está-se aqui no domínio das escolhas trágicas.

Embora a solução cogitada traga algum grau de inquietação ao próprio relator, é preciso confrontá-la com alternativa pior: ao mandar o autor de um furto insignificante para o sistema penitenciário, está-se fabricando, quase inexoravelmente, um criminoso de muito maior agressividade e periculosidade. Vale dizer: não há solução juridicamente simples nem moralmente barata.

A alarmante situação carcerária no Brasil e o alto índice de reincidência dos egressos do sistema prisional são problemas altamente complexos e graves, que não podem ser integralmente resolvidos pelo Poder Judiciário. A reconfiguração jurisprudencial da insignificância, como proposta neste voto, constitui mecanismo realista e pragmático de lidar com a realidade presente, até que ela possa ser modificada.

Diante do exposto, voto no sentido de conceder a ordem para reconhecer a atipicidade material da conduta do paciente, por aplicação do princípio da insignificância, restando anulados todos os efeitos do processo penal em exame. Fica prejudicada, assim, a alegação referente à nulidade por ausência de interrogatório.

Caso tal posição não logre a adesão da maioria, voto, alternativamente, pela concessão parcial da ordem, a fim de alterar o regime inicial de cumprimento da pena para o aberto domiciliar, e substituir a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos (CP, art. 44, § 2º), consistente em

prestação de serviços à comunidade, em condições a serem detalhadas na fase da execução penal.

Desta feita, após a colheita dos votos e ajustes no voto do Ministro Luís Roberto Barroso, o Supremo Tribunal Federal, embora não tenha fixado tese contundente acerca do tema, estabeleceu diretrizes para uniformização de sua jurisprudência e conseqüentemente para os demais tribunais no que pertine a aplicação do princípio da insignificância nas hipóteses em que contra o agente pesa a circunstância pessoal do estado de reincidência, consoante ementa e trechos do voto acima transcrito.

Sendo assim, fato é que o hodierno entendimento do STF consiste na possibilidade da aplicação do princípio da insignificância, ainda que o agente seja reincidente ou ostente maus antecedentes, os quais devem ser considerados pelo juiz sentenciante, mas não representa, por si só, circunstância impeditiva acerca da aplicação do princípio da insignificância. Vejamos:

Agravo regimental em habeas corpus. 2. Furto. Insignificância. No julgamento conjunto dos HC 123.108, 123.533 e 123.734, o STF fixou orientação sobre a aplicação do princípio da insignificância aos casos de furto – Rel. Min. Roberto Barroso, Pleno, julgados em 3.8.2015. Decidiu que, se a coisa subtraída é de valor ínfimo (i) a reincidência, a reiteração delitiva e a presença das qualificadoras do art. 155, § 4º, devem ser levadas em consideração, podendo acarretar o afastamento da aplicação da insignificância; e (ii) nenhuma dessas circunstâncias determina, por si só, o afastamento da insignificância, cabendo ao juiz analisar se a aplicação de pena é necessária. Além disso, conclui que, (iii) uma vez aplicada pena privativa de liberdade inferior a quatro anos de reclusão ao reincidente, o juiz pode, se considerar suficiente, aplicar o regime inicial aberto, afastando a incidência do art. 33, § 2º, “c”, do CP. 3. As instâncias ordinárias têm margem larga para avaliação dos casos, concluindo pela aplicação ou não da sanção e, se houver condenação, fixando o regime. Essa atividade envolve análise do conjunto das circunstâncias e provas produzidas no caso concreto. Apenas em hipóteses excepcionais a via do habeas corpus será adequada a rever condenações. 4. Aplicação do princípio da insignificância. Subtração de aparelho celular, avaliado em R\$ 72,00 (setenta e dois reais). Reincidência específica. O paciente registrava uma série de condenações e antecedentes, indicando que o furto em questão não fora uma ocorrência criminal isolada em sua vida. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.<sup>88</sup>

PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME DE FURTO TENTADO. RÉU PRIMÁRIO. QUALIFICAÇÃO POR ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E ESCALADA. 1. A aplicação do princípio da insignificância envolve um juízo amplo (“conglobante”), que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser

<sup>88</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126174 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 26/04/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-092 DIVULG 06-05-2016 PUBLIC 09-05-2016.

considerados. 2. Por maioria, foram também acolhidas as seguintes teses: (i) a reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto; e (ii) na hipótese de o juiz da causa considerar penal ou socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância por furto, em situações em que tal enquadramento seja cogitável, eventual sanção privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a incidência do art. 33, § 2º, c, do CP no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade. 3. Caso em que a maioria formada no Plenário entendeu por não aplicar o princípio da insignificância, nem abrandar a pena, já fixada em regime inicial aberto e substituída por restritiva de direitos. 4. Ordem denegada.<sup>89</sup>

PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME DE FURTO TENTADO. REINCIDÊNCIA. CONCURSO DE AGENTES. 1. A aplicação do princípio da insignificância envolve um juízo amplo (“conglobante”), que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados. 2. Por maioria, foram também acolhidas as seguintes teses: (i) a reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto; e (ii) na hipótese de o juiz da causa considerar penal ou socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância por furto, em situações em que tal enquadramento seja cogitável, eventual sanção privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a incidência do art. 33, § 2º, c, do CP no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade. 3. No caso concreto, a maioria entendeu por não aplicar o princípio da insignificância, reconhecendo, porém, a necessidade de abrandar o regime inicial de cumprimento da pena. 4. Ordem concedida de ofício, para alterar de semiaberto para aberto o regime inicial de cumprimento da pena imposta à paciente.<sup>90</sup>

Assim, concretamente, à luz da moderna orientação da Suprema Corte Constitucional, o estado de reincidência do agente não significa, por si só, causa impeditiva e objetiva para não aplicação do princípio da insignificância, mas que tal circunstância deverá ser considerada pelo juiz sentenciante, cuja reprimenda penal será avaliada pela análise do caso concreto e a incidência ou não do princípio da bagatela.

#### **4.3. Segurança jurídica e uniformização das decisões judiciais.**

---

<sup>89</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 123734, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 01-02-2016 PUBLIC 02-02-2016.

<sup>90</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 123533, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-030 DIVULG 17-02-2016 PUBLIC 18-02-2016.

A ordem jurídica brasileira permite asseverar que a liberdade constitui em si, um dos direitos fundamentais mais caros do ser humano e assim, não permite que seja mitigada pela casuística de decisões judiciais conflitantes sobre idêntico tema posto à análise do magistrado.

Nesse sentido, Leni Streck advoga que “é dever dos juízes e tribunais aplicar as leis em conformidade com os princípios fundamentais”<sup>91</sup>, de modo que adotar posicionamento judicial distinto a situações idênticas pode comprometer não só a respeitabilidade e credibilidade do Poder Judiciário pela coerência nos julgados, mas também pode ensejar nítida violação ao princípio da igualdade a que alude o art. 5º, *caput*, da CRFB/88.

Assim, o que se vê do presente estudo monográfico é que em se tratando da aplicação do princípio da insignificância na hipótese de reiteração criminosa, no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) a jurisprudência é absolutamente pacífica pela impossibilidade da incidência do mencionado princípio, por vezes deixando de considerar a recente orientação do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento dos *habeas corpus* nºs 123.108/MG, 123.533/SP e 123.734/MG, oportunidade em que se reconheceu a constatação da reincidência por si só, não constitui empecilho para a aplicação do princípio da insignificância, mas devem ser considerados pelo juiz sentenciante.

Entretanto, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a depender de qual das turmas criminais a que for distribuída o apelo judicial, é possível se reconhecer a incidência da bagatela ainda que constatada o estado de reincidência, porquanto se para a 5ª Turma tal tese é absolutamente rechaçada, a 6ª Turma Criminal ainda que com posicionamento minoritário admite tal incidência e assim, entende pela atipicidade material da conduta ante a inexpressividade da violação do bem tutela penalmente.

Essa realidade, quando menos, se mostra inaceitável e inconstitucional, sob a perspectiva do direito de igualdade previsto no mencionado art. 5º da CRFB/88, eis que se não bastasse entregar o jurisdicionado a sua própria sorte, acaba por

---

<sup>91</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. pág. 135.

comprometer a credibilidade e respeitabilidade das decisões judiciais ante a ausência de coerência e uniformidade entre decisões judiciais diversas para o mesmo tema.

Acresça-se, ainda, essa realidade não é exclusiva do STJ, eis que acerca dessa temática há tribunais de justiça dos estados que também adotam decisões conflitantes sobre situações concretas exatamente idênticas.

Nesse sentido, vejamos os precedentes do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG)

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO TENTADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. OBJETOS FURTADOS COM AVALIAÇÃO ÍNFIMA. IRRELEVÂNCIA DA CONDUTA NA ESFERA PENAL. AUSÊNCIA DE PERICULOSIDADE SOCIAL DA AÇÃO. REDUZIDO GRAU DE REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO DO AGENTE. REINCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO AFETA O RECONHECIMENTO DA INSIGNIFICÂNCIA DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO PROVIDA.

- Pelo princípio da insignificância, é necessário que haja proporção entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a proporção da intervenção estatal, não sendo suficiente para a configuração do injusto penal a ofensa a determinados bens jurídicos, por não apresentar nenhuma relevância material.

- Não configuradas a lesividade da conduta do agente e a periculosidade social da ação, sendo mínima a ofensividade da conduta e reduzido o seu grau de reprovabilidade, cabível a aplicação do princípio da insignificância para absolver o acusado.

- As condições pessoais do agente, como a reincidência, por exemplo, em nada influem para o reconhecimento do princípio da insignificância, pois o referido princípio possui natureza meramente objetiva, pouco importando, para sua configuração, elementos subjetivos do réu.<sup>92</sup>

APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO SIMPLES - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - REINCIDÊNCIA - INAPLICABILIDADE- ATENUANTE DA CONFISSÃO - NÃO CONFIGURAÇÃO - ACRÉSCIMO PELA AGRAVANTE - REDUÇÃO - NECESSIDADE - PENA FIXADA EM PATAMAR INFERIOR A QUATRO ANOS - REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES - POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO.

1- A aplicação do princípio da insignificância deve ser reservada para casos excepcionais, porque, além da ínfima lesão ao bem jurídico tutelado, deve ser analisado o grau de reprovação da conduta e as condições pessoais do autor do crime.

2. Não se reconhece a atenuante da confissão, se a acusada não admite a prática do fato delituoso que lhe é imputado.

3. Se o Juiz agravou a pena pela reincidência em patamar acima de 1/6, sem justificação, impõe-se sua redução, para adequar a reprimenda em patamar justo e razoável. V.V. O réu condenado à pena não superior a quatro anos, reincidente e portador de maus antecedentes, deve iniciar o

<sup>92</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. APR 10105130137182001 MG. Relator: Des. Nelson Missias de Moraes. Data do Julgamento: 02.10.2014.

cumprimento da pena no regime fechado, inviabilizando a aplicação da Súmula 269 do STJ.<sup>93</sup>

### Outrossim, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJMS)

REVISÃO CRIMINAL - TENTATIVA DE FURTO - REINCIDÊNCIA - PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - APLICABILIDADE EM RAZÃO DO ÍNFIMO VALOR DO BEM - RECURSO PROVIDO.

Para a aplicação do princípio da insignificância como excludente de tipicidade, além do valor da res furtiva, deve ser considerado o "desvalor da conduta", as circunstâncias do fato, o modo de agir do agente, a intensidade do dano causado à vítima e a repercussão social do fato. No caso, registro que o bem que o acusado tentou subtrair, possui valor ínfimo um fardo de refrigerante -, considerando ainda que a vítima não sofreu dano, tendo em vista que o crime não foi consumado. Dadas as suas circunstâncias, tal fato não se reveste de gravidade bastante para ensejar a intervenção do Direito Penal. CONTRA O PARECER RECURSO PROVIDO.<sup>94</sup>

APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO - COMPROVAÇÃO DA AUTORIA - CONDENAÇÃO MANTIDA - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - INAPLICÁVEL - AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA REFERENTE AO CONCURSO DE AGENTES - FOLHA DE ANTECEDENTES - DOCUMENTO HÁBIL A DEMONSTRAR A REINCIDÊNCIA - EXPURGO DAS MODULADORAS DA PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL - PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DOS ANTECEDENTES - COMPENSAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA - MANTIDO O REGIME SEMIABERTO - SÚMULA 269 DO STJ - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1 - Diante do vasto conjunto probatório, a condenação é medida que se impõe, restando a tese de negativa de autoria isolada nos autos.

2 - Inaplicabilidade do princípio da insignificância, em razão das circunstâncias do caso concreto. O valor dos objetos furtados, sob o enfoque da situação econômica da vítima, é considerável, posto que, conforme informou em juízo, vendia roupas, tirando dessas vendas o seu sustento. Ademais, a qualificadora referente ao concurso de agentes afasta a incidência do referido princípio.

3 - A qualificadora de concurso de agentes deve ser afastada, vez que não restou devidamente comprovada nos autos. A confissão extrajudicial, quando isolada, não é apta a fundamentar uma condenação, sendo necessário que seja corroborada por outras provas produzidas em juízo, sob o crivo do contraditório. Aplicabilidade do princípio do in dubio pro reo.

4 - Folha de antecedentes é apta a comprovar a reincidência, desde que seja expedida por órgão oficial e nela constem as informações necessárias, como na hipótese.

5 - Pena redimensionada após reanálise das circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis pelo Magistrado de primeiro grau. Expurgo da valoração negativa da personalidade e conduta social, pois não há nos autos elementos suficientes para se aferir referidas circunstâncias.

6 - A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n 1.154.752/RS, fixou o entendimento de que a agravante de reincidência deve ser compensada com a atenuante de confissão espontânea, por considerar que são

<sup>93</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. APR 10362140072301001 MG. Relatora: Des. Denise Pinho da Costa Val. Data do Julgamento: 07.07.2015.

<sup>94</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. RVCR 16000374120128120000 MS 1600037-41.2012.8.12.0000. Relator: Des. Dorival Moreira dos Santos. Data do Julgamento: 08.01.2013.

igualmente preponderantes. Logo, com base unicamente na segurança jurídica que visa preservar a estabilidade das decisões judiciais, decido por acolher o entendimento do STJ e passo a entender pela possibilidade de compensação entre a agravante de reincidência e a atenuante de confissão espontânea.

7 - Em relação ao regime inicial, considerando que há uma circunstância negativa e a reincidência do réu, aplico a Súmula 269 do STJ e mantenho o semiaberto.<sup>95</sup>

Por fim, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (TJRN)

PROCESSO PENAL E PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO. TENTATIVA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. POSSIBILIDADE. RES FURTIVA DE PEQUENO VALOR. CULPABILIDADE REDUZIDA. MÍNIMA PERTURBAÇÃO SOCIAL. IRRELEVÂNCIA DA REINCIDÊNCIA E DOS MAUS ANTECEDENTES. FATO ATÍPICO. ABSOLVIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Evidenciado que o bem subtraído possui importância reduzida, que inexistente repercussão social ou econômica, além do fato da res furtiva ter sido devolvida à vítima, deve ser aplicado o princípio da insignificância e, em consequência, excluída a tipicidade penal, haja vista que a privação de liberdade e restrição de direitos somente se justificam quando estritamente essenciais à proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos, o que não é a hipótese dos autos. 2. As circunstâncias de caráter pessoal, tais como reincidência e maus antecedentes, não obstam a aplicação do princípio da bagatela, eis que este está diretamente ligado ao bem jurídico tutelado, que na espécie, devido ao seu pequeno valor econômico, está excluído do campo de incidência do direito penal.<sup>96</sup>

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO E CONDIÇÕES PESSOAIS DO AGENTE QUE NÃO AUTORIZAM A APLICAÇÃO. PENA E REGIME DE CUMPRIMENTO. ABRANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS QUE LEGITIMAM O REGIME DE PENA MAIS SEVERO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA PELA RESTRITIVA DE DIREITO OU APLICAÇÃO DO SURSIS. IMPOSSIBILIDADE ANTE A REINCIDÊNCIA. CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DO APELO.<sup>97</sup>

Observa-se, portanto, que não há qualquer dúvida quanto ao terreno pantanoso na aplicação do princípio da insignificância nas hipóteses de reincidência criminal, a qual como visto não se restringe tão só as decisões emanadas do STJ, mas também de parte dos tribunais de justiça dos estados, acima representados pelo TJMG, TJMS e TJRN e quando não comprometem a credibilidade e respeitabilidade das

<sup>95</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. APL 00259493320118120001 MS 0025949-33.2011.8.12.0001. Relator: Des. Dorival Moreira dos Santos. Data do Julgamento: 29.07.2013.

<sup>96</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. APR: 20070071622 RN, Relator: Des. Armando da Costa Ferreira, Data de Julgamento: 06.05.2008.

<sup>97</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. ACR: 24547 RN 2008.002454-7, Relator: Des. Armando da Costa Ferreira, Data de Julgamento: 06.06.2008.

decisões judiciais ao se adotar entendimentos diversos para hipóteses idênticas, acabam por fulminar o princípio da igualdade a que alude o art. 5º da CRFB/88.

Assim, a uniformidade das decisões acerca dessa temática, sobretudo em observância as orientações do Supremo Tribunal Federal é medida necessária e indispensável, em especial para segurança jurídica das decisões judiciais e atendimento ao comando constitucional do direito de igualdade, superando a cultura do subjetivismo dos pronunciamentos judiciais, sobretudo em se tratando do direito fundamental da liberdade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo da teoria do *labelling approach* e implicações ao princípio da insignificância em casos de reincidência criminal à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), provoca um debate relevante acerca do reconhecimento da atipicidade material da conduta. Nesse sentido, se por um lado a aplicação do princípio da insignificância nas hipóteses de reincidência criminal acaba por fulminar os reais propósitos do instituto e assim, banaliza-o e fomenta a prática de pequenos delitos patrimoniais, por outro, se constata, igualmente, que deixar de aplica-lo ante a constatação objetiva da reincidência, poder-se-á condenar indistintamente agentes que embora reincidentes, não apresentam perfil ou conduta inclinada à prática criminosa.

A relevância dessa discussão é evidente. Consoante demonstrado no curso desta pesquisa monográfica o estado de reincidência criminal retrata exatamente as premissas do movimento do *labelling approach*, porquanto se estar diante da etiqueta, rótulo, estigma de personalidade inclinada a prática criminosa e assim, por si só, capaz de afastar a incidência do princípio da bagatela, ainda que a conduta não ofereça violação expressiva ao bem jurídico protegido pela tutela penal.

Assim, deixar de reconhecer a aplicabilidade do princípio da insignificância pela simples constatação objetiva da reincidência criminal, significa negar aplicação aos princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade do sistema, corolários lógicos do princípio da bagatela, eis que estar-se-á garantindo a intervenção do Estado pela via do Direito Penal, em que pese materialmente inexistir qualquer lesão ao bem jurídico protegido.

Consoante se vê do estudo apresentado na presente pesquisa, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) é absolutamente uniforme pela inaplicabilidade do aludido princípio nas hipóteses de reincidência criminal, e em que pese reproduzir quase que na totalidade dos julgados a assertiva de que para a aplicação da insignificância, necessário se faz reconhecer o atendimento dos vetores elencados pelo Supremo Tribunal Federal (HC nº 84.412-0, Estado de São Paulo), o ilustre Tribunal de Justiça deixa de considerar a orientação

hodierna do STF no sentido de que a reincidência criminal e a constatação de maus antecedentes não são por si só, obstáculos a incidência da insignificância, mas que devem ser considerados pelo juiz sentenciante, o qual pode reconhecer pela atipicidade da conduta quando a reprimenda penal se mostrar desnecessária.

Outrossim, como visto, excetuado entendimento minoritário de parte dos integrantes da 6ª Turma Criminal, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) também rechaça a possibilidade de se reconhecer a atipicidade da conduta pela incidência do princípio da insignificância acaso pesem contra o agente o estado de reincidente ou ostente maus antecedentes.

Acresça-se, nesse particular, a pesquisa proporcionou analisar dissenso jurisprudencial entre a 5ª e 6ª Turma Criminal no sentido de que apesar de não configurar reincidência, a existência de outras ações penais ou inquéritos policiais em curso é suficiente para caracterizar a habitualidade delitiva e por consequência lógica, afastar a aplicação do princípio da insignificância. Algo que, a toda evidência, se mostra completamente incompatível com a ordem jurídica interna, sobretudo pela inobservância ao princípio da presunção de inocência e franca homenagem ao direito penal do autor ao se negar aplicabilidade do princípio da bagatela quando sequer há decisão judicial transitado em julgado, e mais gravoso ainda, pela simples constatação de inquéritos policiais quando se sabe que pela sua natureza inquisitorial é isento do exercício do contraditório e ampla defesa consagrados constitucionalmente.

Nesse cenário, nenhuma dúvida restou do necessário e imprescindível rompimento entre a etiqueta (*labelling approach*) da constatação obtiva da reincidência com empecilho para a aplicação do princípio da insignificância, eis que se não bastasse haver orientação hodierna do Supremo Tribunal Federal (STF) que tal circunstância por si só não é capaz de afastar a incidência do mencionado princípio, é preciso considerar igualmente que a manutenção desse entendimento guarda estreita relação com o direito penal do autor em detrimento ao direito penal do fato, sem olvidar, por óbvio, a inevitável instabilidade da segurança jurídica e o descrédito das decisões do Poder Judiciário que adotam posicionamento divergente para situações que em sua essência, são absolutamente idênticas, qual seja, o reconhecimento ou não da atipicidade da conduta pela ocorrência do princípio da insignificância.

Outro dado de inegável relevância, parece destacar que em nenhum dos arestos analisados fez referência se o agente já havia sido agraciado pelo princípio da insignificância no curso do período depurador, o que sem qualquer dúvida, poderia certificar o reiterado argumento de que o princípio da insignificância não se presta como espécie de condescendência estatal para a reiteração de pequenos delitos patrimoniais.

Sendo assim, considerando as conclusões proporcionadas pelo estudo dos precedentes do TJDFT e STJ, aliado a hodierna orientação do STF, se mostra perfeitamente possível sob o aspecto jurídico de que, a incidência do princípio da insignificância tem lugar para afastar a atipicidade material da conduta, ainda que contra o agente pesem as circunstâncias do estado de reincidência e de maus antecedentes.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p. 90-91.

\_\_\_\_\_. **Sobre a criminologia crítica e sua função na política criminal**. Separata de documentação e direito comparado (Boletim do Ministério da Justiça), n. 13.

BECKER, Howard S. **Outsiders: Estudo de sociologia do desvio**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte geral 1**. 20ª ed. rev., amp. atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BLUMER, Herbert. **Social psychogy. Man and society, passim**. In. SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 4ª ed. Rev. e Atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 10.07.2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.950117, 20151410003965APR, Relator: GEORGE LOPES LEITE, Revisor: SANDRA DE SANTIS MENDES DE FARIAS MELLO, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 16/06/2016, Publicado no DJE: 28/06/2016. Pág.: 98/110.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.948660, 20150310187884APR, Relator: WALDIR LEONCIO CORDEIRO LOPES JUNIOR, Revisor: SANDOVAL GOMES DE OLIVEIRA, 3ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 16/06/2016, Publicado no DJE: 22/06/2016. Pág.: 160/166.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.938435, 20150210027242APR, Relator: JESUINO RISSATO, Revisor: SANDOVAL OLIVEIRA, 3ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 28/04/2016, Publicado no DJE: 10/05/2016. Pág.: 153/166.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.936002, 20150110299773APR, Relator: GEORGE LOPES, Revisor: SANDRA DE SANTIS, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 14/04/2016, Publicado no DJE: 26/04/2016. Pág.: 130/145.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.911763, 20140710185203APR, Relator: MARIO MACHADO, Revisor: GEORGE LOPES, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 10/12/2015, Publicado no DJE: 15/12/2015. Pág.: Sem Página Cadastrada.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.874954, 20130310144835APR, Relator: SANDRA DE SANTIS, Revisor: ROMÃO C. OLIVEIRA, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 12/06/2015, Publicado no DJE: 22/06/2015. Pág.: 68.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.873477, 20150020145262HBC, Relator: NILSONI DE FREITAS 3ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 11/06/2015, Publicado no DJE: 16/06/2015. Pág.: 144.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.856319, 20120710391148APR, Relator: SILVA LEMOS, Revisor: MARIO MACHADO, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 12/03/2015, Publicado no DJE: 26/03/2015. Pág.: 116.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Enunciado de Súmula nº 444.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 859358/MG. Min. Jorge Mussi. 5ª Turma Criminal. Data do Julgamento: 14.06.2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1535871/RS. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. 5ª Turma Criminal. Data do Julgamento: 20.10.2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. RHC 48510 / MG. Min. Felix Fischer. 5ª Turma Criminal. Data do Julgamento: 07.10.2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. HC 287483/MG. Min. Nefi Cordeiro. 6ª Turma Criminal. Data do Julgamento: 07.04.2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1550584/SP. Min. Rogerio Schietti Cruz. 6ª Turma Criminal. Data do Julgamento: 17.03.2016

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1577904/RS. Min. Rogério Schietti Cruz. 6ª Turma Criminal. Data do Julgamento: 17.03.2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 1531049 / RS. Min. Reynaldo Soares Fonseca. Terceira Seção. Data do Julgamento: 25.05.2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 1467140 / MG. Ministro Reynaldo Soares Fonseca. Terceira Seção. Data do Julgamento: 11.05.2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. HC 356939 / SC. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. 6ª Turma Criminal. Data do Julgamento: 07.06.2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 1483746 / MG. Ministro Sebastião Reis Junior. Terceira Seção. Data do Julgamento: 11.05.2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HC 123108, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HC 126174 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 26/04/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-092 DIVULG 06-05-2016 PUBLIC 09-05-2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HC 123734, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 01-02-2016 PUBLIC 02-02-2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HC 123533, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-030 DIVULG 17-02-2016 PUBLIC 18-02-2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. APR 10105130137182001 MG. Relator: Des. Nelson Missias de Moraes. Data do Julgamento: 02.10.2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. APR 10362140072301001 MG. Relatora: Desa. Denise Pinho da Costa Val. Data do Julgamento: 07.07.2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. RVCR 16000374120128120000 MS 1600037-41.2012.8.12.0000. Relator: Des. Dorival Moreira dos Santos. Data do Julgamento: 08.01.2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. APL 00259493320118120001 MS 0025949-33.2011.8.12.0001. Relator: Des. Dorival Moreira dos Santos. Data do Julgamento: 29.07.2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. APR: 20070071622 RN, Relator: Des. Armando da Costa Ferreira, Data de Julgamento: 06.05.2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. ACR: 24547 RN 2008.002454-7, Relator: Des. Armando da Costa Ferreira, Data de Julgamento: 06.06.2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. **Crime e sociedade complexa**. São Paulo: LZN, 2005.

GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Tradução de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4ª ed. Rio de Janeiro: LCT, 1988.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal: parte geral**, 28º Ed., 2005.

MAÑAS, Carlo Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial.** 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral.** São Paulo: Atlas, 2015.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal.** Salvador: Juspodivm, 2014.

\_\_\_\_\_. **Princípio da insignificância e maus antecedentes.** Disponível em: <<http://www.pauloqueiroz.net/principio-da-insignificancia-e-maus-antecedentes/>>. Acesso em: 17.07.2016.

SÁ, Alvin August de. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal.** 4ª ed. São Paulo: Revistas do Tribunais, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: Parte Geral.** 3ª ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia.** 4ª ed. Rev. e Atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Ivan Luiz da Silva. **Princípio da Insignificância no direito penal.** 1º Ed. 2004, 3º reimp. Curitiba: Juruá, 2009.

SILVA, Suzane Cristine da. **Reincidência criminal e maus antecedentes: crítica a partir da teoria do *labelling approach*.** Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_artigo/201-Artigos](https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/201-Artigos)>. Acesso em: 17.07.2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alii*. **Direito Penal Brasileiro.** 3ª ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Renavan, 2006.