

# **VIII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E  
CONSTITUIÇÃO II**

**MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH**

**BRUNA AZEVEDO DE CASTRO**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

**Diretor Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

**Representante Discente:** Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

#### **Secretarias**

##### **Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

##### **Comunicação:**

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

##### **Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

##### **Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

##### **Educação Jurídica**

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - PR

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - SP

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - MS

##### **Eventos:**

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

##### **Comissão Especial**

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UFRJ - RJ

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - PB

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - MG

Prof. Dr. Rogério Borba - UNIFACVEST - SC

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Bruna Azevedo de Castro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth. – Florianópolis: CONPEDI, 2025.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-167-7

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito Governança e Políticas de Inclusão

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. VIII Encontro Virtual do CONPEDI (2; 2025; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



# VIII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

## DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

---

### **Apresentação**

#### APRESENTAÇÃO

Com muita satisfação, apresentamos à comunidade acadêmica os estudos aprovados para o VIII Encontro Virtual Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), realizado entre os dias 24 e 28 de junho de 2025, no âmbito do Grupo de Trabalho 62 – “Direito Penal, Processo Penal e Constituição II”.

Os frutíferos debates do referido Grupo de Trabalho ocorreram em três blocos de discussão, com interações voltadas à disseminação e aperfeiçoamento do conhecimento produzido por pesquisadores das mais diversas regiões do Brasil, no âmbito de Programas de Mestrado e Doutorado em Direito e áreas afins.

Os trabalhos apresentados, que ora compõem este registro, testemunham a importância do compartilhamento e disseminação do conhecimento e ideias inovadoras que contribuem para o desenvolvimento da ciência jurídica e afirmação da justiça e do Estado Democrático de Direito no Brasil, Américas e mundo.

Congratulamos a grande comunidade que compõe o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito por seu contínuo esforço de prover um ambiente e oportunidades de aprimoramento da academia jurídica nacional e apresentamos, na sequência, os trabalhos que foram apresentados em cada bloco de discussão:

Trabalhos apresentados no Bloco 1:

Os artigos intitulados “Crime como ofensa a bem jurídico: ofensividade e proporcionalidade como limites materiais à legitimação da criminalização” e “A insignificância penal em perspectiva: o desvirtuamento dogmático na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pela valoração da reincidência e habitualidade” trazem uma perspectiva dogmática essencial: o primeiro defende que apenas condutas ofensivas a bens jurídicos relevantes devem ser criminalizadas, com base nos princípios da ofensividade e proporcionalidade; o segundo critica a jurisprudência do STF por desvirtuar o princípio da insignificância ao utilizá-lo de forma seletiva, especialmente contra réus reincidentes, o que compromete a coerência e a função garantidora do direito penal.

Com foco no processo penal, o estudo “Ativismo judicial e impactos no processo penal: relativização do sistema acusatório e da imparcialidade jurisdicional” alerta para a crescente relativização do sistema acusatório e da imparcialidade judicial no Brasil, apontando para o fato de que decisões ativistas por vezes colocam o juiz como protagonista da acusação, rompendo com o equilíbrio processual e violando garantias constitucionais fundamentais, como o devido processo legal.

Em conjunto, esses trabalhos demonstram como o direito penal e o processo penal ainda enfrentam sérios desafios de legitimidade, seletividade e efetividade. Reafirmam a necessidade de uma política criminal coerente com o Estado de Direito, centrada na proteção de direitos, na contenção de abusos e na promoção de uma justiça verdadeiramente constitucional.

Trabalhos apresentados no Bloco 2:

O artigo “Justiça penal, direitos humanos e refugiados: a busca pela verdade nos julgamentos criminais de refugiados no Brasil” destaca as dificuldades enfrentadas por pessoas refugiadas no sistema penal brasileiro. O estudo aponta para a urgência de decisões judiciais que considerem o contexto de vulnerabilidade desses sujeitos e a necessidade de um processo

Com foco na fase da execução penal, o trabalho “Governança e gestão no sistema prisional brasileiro: planos políticos criminais e penitenciários para a (efetiva) execução de ações de ressocialização” trata da persistente crise do sistema penitenciário nacional. Ao investigar políticas públicas e instrumentos de gestão, o estudo defende uma abordagem que vá além da lógica meramente punitiva, priorizando a ressocialização e a reintegração social.

O artigo “O tráfico humano na perspectiva das vulnerabilidades sociojurídicas: uma análise a partir da Agenda 2030 da ONU” insere o direito penal em um contexto global de combate às violações de direitos humanos. A partir da Agenda 2030 da ONU, o texto analisa o enfrentamento ao tráfico humano com ênfase nas vulnerabilidades sociais, econômicas e jurídicas das vítimas.

Por fim, o artigo “Comparação legislativa e jurisprudencial do aborto nos sistemas jurídicos brasileiro e norte-americano” analisa como o aborto é tratado no Brasil e nos Estados Unidos, destacando os caminhos diversos percorridos por cada sistema quanto à autonomia reprodutiva e à intervenção do Estado.

Trabalhos apresentados no Bloco 3:

O artigo “‘O lugar da mulher na família’: a visão romantizada das famílias ainda presente e seu impacto negativo na prevenção de crimes de gênero” examina como a persistência de concepções idealizadas e patriarcais da estrutura familiar brasileira contribui para a invisibilização e a naturalização da violência contra a mulher.

A crítica ao desvio de foco da responsabilidade penal também está presente no trabalho “Direito penal e autorresponsabilidade: a imputação da responsabilidade à vítima”, o qual analisa como, em determinadas situações, o discurso penal tem deslocado a imputação da responsabilidade para a própria vítima, especialmente em contextos de violência sexual, doméstica e de gênero.

Por sua vez, o estudo “A responsabilidade penal das pessoas jurídicas como instrumento de tutela do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” expande o foco tradicional do direito penal ao investigar sua aplicação no contexto ambiental. O trabalho sustenta que a responsabilização penal de pessoas jurídicas, quando aplicada com critérios técnicos e proporcionais, pode ser um meio eficaz de proteção do meio ambiente, reforçando o papel do direito penal como instrumento subsidiário de tutela de bens jurídicos coletivos de alta relevância social.

Em conjunto, esses estudos reforçam a necessidade de uma política criminal coerente com os valores constitucionais, comprometida com a proteção de direitos e a contenção dos abusos penais. Representam contribuições relevantes à pesquisa em direito penal, processo penal e constitucionalismo, ao propor um sistema mais justo, proporcional e humanizado.

Todos os trabalhos acadêmicos apresentados neste GT contribuem significativamente para a pesquisa em direito penal e processo penal, ao integrarem temas como tecnologia, ativismo judicial, crise carcerária, proteção de minorias e direitos humanos em uma análise crítica e constitucional. Eles reforçam a ideia de que o sistema penal deve estar submetido a princípios de legalidade, proporcionalidade e dignidade, e que a efetivação da justiça depende não apenas da punição, mas também da proteção e inclusão dos mais vulneráveis.

Desejamos que este livro cumpra seu propósito de promover a divulgação científica das valiosas pesquisas apresentadas neste Grupo de Trabalho, contribuindo para o avanço do conhecimento e o fortalecimento do debate acadêmico na área.

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Bruna Azevedo de Castro - Universidade Estadual do Norte do Paraná

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul

**A INSIGNIFICÂNCIA PENAL EM PERSPECTIVA: O DESVIRTUAMENTO  
DOG MÁTICO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL  
PELA VALORAÇÃO DA REINCIDÊNCIA E HABITUALIDADE**

**THE CRIMINAL INSIGNIFICANCE IN PERSPECTIVE: THE DOGMATIC  
DISTORTION IN THE JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL SUPREME COURT  
THROUGH THE VALUATION OF RECIDIVISM AND HABITUAL  
DELINQUENCY**

**Tulio Max Freire Mendes <sup>1</sup>**

**Resumo**

O presente estudo implementa análise crítica da aplicação do princípio da insignificância no direito penal brasileiro, com especial atenção à ratificação do arranjo teórico pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus nº 123108. Questiona-se a legitimidade da consideração de elementos subjetivos associados ao autor (reincidência e habitualidade delitiva) como elementos aptos a afastar o reconhecimento da atipicidade material, evidenciando-se a incongruência teórica dessa prática à luz da teoria geral do crime e dos princípios constitucionais fundamentais. Com abordagem teórico-dogmática e método analítico-crítico, demonstra-se que a inserção de fatores subjetivos no juízo de tipicidade compromete a coerência dogmática, favorece práticas penais discriminatórias e afronta os postulados do Estado Democrático de Direito. Conclui-se pela imperiosa necessidade de revisão crítica da orientação jurisprudencial vigente, reafirmando a centralidade da proteção dos direitos fundamentais e da teoria do direito penal do fato na aplicação do princípio da insignificância.

**Palavras-chave:** Reincidência, Insignificância, Desvirtuamento, Valoração, Democracia

**Abstract/Resumen/Résumé**

This study conducts a critical analysis of the application of the principle of insignificance in Brazilian criminal law, with particular emphasis on the ratification of the theoretical framework by the Federal Supreme Court in the judgment of Habeas Corpus No. 123108.

jurisprudential orientation, reaffirming the centrality of fundamental rights protection and the criminal law theory focused on the act in the application of the principle of insignificance.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Recidivism, Insignificance, Distortion, Valuation, Democracy

## 1. INTRODUÇÃO

O princípio da insignificância, consolidado como instrumento de limitação do poder punitivo estatal, vem sendo aplicado no direito penal brasileiro de maneira progressivamente estabilizada, sobretudo pela jurisprudência dos Tribunais Superiores. No entanto, a conformação atual desse instituto suscita relevantes questionamentos, sobretudo quanto à inserção de elementos subjetivos — como a reincidência e a habitualidade delitiva — no juízo de aferição da tipicidade material. Esse arranjo teórico, sedimentado em especial no julgamento do Habeas Corpus nº 123108 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, revela profundas incongruências dogmáticas e preocupantes repercussões práticas, tornando urgente a reavaliação crítica de seus fundamentos e de seus impactos na realização dos direitos fundamentais no âmbito penal.

A problemática central que se impõe reside na verificação da legitimidade da atual construção teórica da insignificância à luz da teoria geral do crime e dos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito. A ausência de enfrentamento rigoroso dos vícios dogmáticos na aplicação do princípio da insignificância tem colaborado para a manutenção de práticas seletivas e arbitrárias no processo penal, contribuindo para o agravamento das desigualdades estruturais e para a fragilização das garantias individuais. Nesse cenário, torna-se imprescindível não apenas identificar as inconsistências teóricas que permeiam o atual entendimento jurisprudencial, mas também propor bases sólidas para a sua superação.

Para enfrentar essa problemática, o presente estudo será desenvolvido a partir de três eixos principais. No primeiro, intitulado "Um chamado à reflexão quanto à forma como tem sido aplicado o princípio da insignificância", será proposta uma análise crítica sobre a estabilidade acrítica dos parâmetros adotados pela jurisprudência e suas implicações para a efetivação da igualdade material e da proteção dos vulneráveis. Pretende-se demonstrar como a pretensa segurança jurídica esconde, em verdade, a perpetuação de graves iniquidades sociais.

Na sequência, no tópico "O arranjo teórico do princípio da insignificância pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus 123108", proceder-se-á ao exame do entendimento fixado pela Suprema Corte, identificando-se as principais premissas teóricas que sustentam a admissão da reincidência como elemento apto a afastar a incidência do princípio da insignificância. Serão apontadas as fragilidades argumentativas desse arranjo e suas incompatibilidades com a dogmática penal contemporânea.

Por fim, no capítulo "A reincidência e a habitualidade como elementos estranhos ao reconhecimento do princípio da insignificância", será aprofundada a crítica à consideração de

aspectos subjetivos do agente na fase de análise da tipicidade, demonstrando-se a violação do conceito de direito penal do fato e o risco de retrocesso ao direito penal do autor. A análise teórica será reforçada com a demonstração de como tal prática afronta diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana e o modelo de tipicidade material que deve orientar a aplicação do direito penal em uma ordem jurídica comprometida com os direitos fundamentais.

Dessa forma, o presente estudo visa a contribuir para o necessário debate acadêmico e jurisdicional em torno da aplicação do princípio da insignificância, buscando a reaproximação da prática forense com as premissas constitucionais e dogmáticas que devem orientar a atuação do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito.

## **2. OBJETIVOS**

O presente estudo tem por objetivo geral realizar uma análise crítica da atual aplicação do princípio da insignificância no âmbito do direito penal brasileiro, especialmente à luz do arranjo teórico fixado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus nº 123108. Busca-se verificar a compatibilidade da inclusão da reincidência e da habitualidade delitiva como elementos a serem considerados no exame da tipicidade material com os fundamentos da teoria geral do crime e os princípios constitucionais que regem o Estado Democrático de Direito.

Como objetivos específicos, pretende-se: investigar a forma como a jurisprudência brasileira, particularmente do Supremo Tribunal Federal, tem aplicado o princípio da insignificância e os efeitos dessa aplicação para a realização da igualdade material no âmbito penal; examinar criticamente o arranjo teórico consagrado no Habeas Corpus nº 123108, identificando eventuais incongruências dogmáticas e seus reflexos na efetividade dos direitos fundamentais; analisar, sob a perspectiva da teoria do crime, a inadequação da consideração de fatores subjetivos — como a reincidência e a habitualidade — no juízo de tipicidade material; demonstrar que a introdução de elementos estranhos ao conceito de fato típico compromete a coerência da dogmática penal e favorece práticas discriminatórias, atentando contra os postulados da dignidade da pessoa humana e da isonomia; e propor a necessidade de revisão crítica da orientação jurisprudencial vigente, de modo a resgatar a função garantista do princípio da insignificância, reafirmando a centralidade dos direitos fundamentais na aplicação do direito penal.

Dessa maneira, o estudo visa não apenas identificar e criticar os vícios teóricos do modelo atual, mas também contribuir para a construção de um paradigma de interpretação mais fiel aos fundamentos constitucionais e à dogmática penal contemporânea.

### **3. METODOLOGIA**

A pesquisa desenvolvida adota uma abordagem qualitativa e de natureza teórico-dogmática, centrada na análise crítica de decisões judiciais, fundamentos doutrinários e princípios constitucionais pertinentes ao direito penal contemporâneo. A investigação pauta-se pela interpretação sistemática da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em especial no julgamento do Habeas Corpus nº 123108, à luz da teoria geral do crime, do conceito de tipicidade penal e dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

O método utilizado é o analítico-crítico, que visa à identificação de incongruências teóricas e práticas no arranjo jurídico atual do princípio da insignificância. A análise parte da provocação ao estranhamento dos parâmetros estabilizados na jurisprudência, buscando demonstrar a necessidade de revisão crítica dos fundamentos que sustentam a consideração de elementos subjetivos, como a reincidência e a habitualidade, no âmbito da tipicidade material.

A pesquisa é construída a partir de três eixos interligados. Primeiramente, realiza-se uma reconstrução crítica da aplicação do princípio da insignificância no cenário jurisprudencial brasileiro, com especial atenção às práticas que, sob a aparência de estabilidade, ocultam a reprodução de desigualdades materiais. Em seguida, procede-se à análise do arranjo teórico consagrado no Habeas Corpus nº 123108, identificando as bases argumentativas que legitimam a valoração de fatores subjetivos no exame da insignificância e apontando suas fragilidades do ponto de vista dogmático e constitucional. Por fim, efetua-se uma revisão crítica da inserção da reincidência e da habitualidade como elementos influenciadores da tipicidade, à luz da teoria penal do fato e dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da legalidade penal.

O material empírico da pesquisa consiste na análise de acórdãos do Supremo Tribunal Federal e de estudos doutrinários especializados, com destaque para obras e artigos de referência no campo do direito penal e da dogmática penal crítica. O tratamento dos dados jurídicos segue a técnica de análise de conteúdo, permitindo extrair categorias conceituais e sistemáticas que orientam a crítica e a formulação de propostas teóricas.

Com isso, a metodologia empregada busca assegurar a rigorosidade científica, a fidelidade teórica e a pertinência prática da crítica formulada, contribuindo para o aprimoramento do debate jurídico acerca da aplicação do princípio da insignificância e da proteção dos direitos fundamentais no âmbito penal.

### **4. DESENVOLVIMENTO DA PESQUISA**

O desenvolvimento da pesquisa estrutura-se em torno da análise crítica da construção

jurisprudencial e doutrinária do princípio da insignificância, com ênfase nas incongruências teóricas e práticas verificadas na atuação do Supremo Tribunal Federal, especialmente no julgamento do Habeas Corpus nº 123108.

Inicialmente, propõe-se um chamado à reflexão quanto à forma de aplicação admitida pacificamente na jurisprudência do princípio da insignificância, destacando-se a necessidade de desconstrução dos parâmetros jurisprudenciais estabilizados que, sob o pretexto de segurança jurídica, perpetuam desigualdades e violações de direitos fundamentais, o que não se pode admitir em um Estado Democrático de Direito.

Em sequência, analisa-se o arranjo teórico do princípio da insignificância plasmado no Supremo Tribunal Federal, com especial atenção às premissas adotadas no julgamento do Habeas Corpus nº 123108. Nesse ponto, pretende-se demonstrar como a jurisprudência consolidada permite a consideração de elementos subjetivos, como a reincidência e a habitualidade, no juízo de tipicidade material, em evidente afronta à teoria geral do crime e à lógica do direito penal do fato.

Por fim, procede-se à crítica sistemática da inclusão da reincidência e da habitualidade como fatores relevantes para a incidência do princípio da insignificância. Parte-se da premissa de que tais elementos são estranhos à análise da tipicidade e que sua consideração compromete a coerência dogmática do direito penal, favorecendo práticas seletivas incompatíveis com os princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

Cada tópico do desenvolvimento buscará, portanto, reconstruir os fundamentos teóricos e práticos da problemática, demonstrando a necessidade de uma revisão crítica que realinhe a aplicação do princípio da insignificância com os valores e princípios que conformam o Estado Democrático de Direito.

## **5. UM CHAMADO À REFLEXÃO QUANTO AOS PARÂMETROS PACÍFICOS PARA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA**

Os parâmetros que integram o conteúdo do princípio da insignificância compõem assunto praticamente pacífico e estabilizado na jurisprudência<sup>1</sup>, de sorte que uma proposta de reflexão e desconstrução desses vetores importa certamente uma sensação de estranhamento ao leitor.

Nas palavras de Chueiri e Câmara, “o estranhamento deve ser o fio condutor de uma

---

<sup>1</sup> A título de exemplo, o Habeas Corpus 84412, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 19 out. 2004, elenca os parâmetros de aplicação do princípio da insignificância, reproduzidos a décadas pela jurisprudência.

atitude que a partir da vulnerabilidade assume a única posição ética possível, a do acolhimento” (2014, p. 174), razão pela qual se ambienta a provação deste estudo de instigar os estudiosos e aplicadores do direito penal a resgatarem o impulso que tenciona os estados de imobilização, como se vê na matéria.

Na espreita de propor a construção ou reconstrução do arranjo teórico estabilizado pela Corte Suprema, é imprescindível demonstrar a necessidade de desconstrução. Essa abertura é alcançada a partir da percepção de que a ausência de enfrentamento vigoroso, persistente e crítico quanto ao equívoco na adoção desses parâmetros na órbita de um Estado Democrático de Direito acaba por ocultar um cenário de estabilização de situações de quebra da isonomia<sup>2</sup>, sob a aparência de uma situação de segurança jurídica em razão da estabilidade/inalteração dos vetores.

## **5.1 A SELETIVIDADE NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA**

Embora inglória em razão da não percepção imediata de frutos, instigar a abertura de pensamento para que sejam questionadas certezas contidas nos parâmetros da insignificância há muito cristalizados é um caminho necessário no tema, porquanto se lança sobre a realidade de liberdades cerceadas ilegítimamente em contextos fáticos associados muitas vezes à miséria e invisibilidade social.

O Padre Antônio Vieira, no célebre *Sermão do Bom Ladrão*, já criticava a seletividade punitiva<sup>3</sup>, denunciando essa dinâmica de criminalização dos pequenos e absolvição dos grandes, ao afirmar que “o ladrão que furta para comer, não vai nem leva ao inferno: os que não só vão, mas levam, de que eu trato, são outros ladrões de maior calibre e de mais alta esfera; [...] os outros se furtam, são enforcados, estes furtam e enforcam” (Vieira, 2023).

Nesse contexto, o arranjo teórico da teoria do princípio da insignificância confeccionado sobretudo por julgados sem o devido amparo na dogmática (Gomes Filho, 2018), embora se nutra da força normativa dos princípios, tem ocasionado cenário de distribuição de justiça no varejo, enquanto que a injustiça se prolifera no atacado (Schmitt,

---

<sup>2</sup> O Ministro BARROSO da Corte Suprema no julgamento do HC 123108 pontuou que, na matéria, está-se no domínio das escolhas trágicas, sendo, todavia, necessário confrontar a questão com a alternativa pior de mandar o autor de um furto insignificante para o sistema penitenciário. Aduz o julgador que não há solução juridicamente simples nem moralmente barata, destacando, noutro giro, que o tema vem sendo aplicado de maneira relativamente inconstante na Corte Suprema, mas, sobretudo, na jurisprudência dos tribunais inferiores.

<sup>3</sup> A seletividade penal, hoje verificada na aplicação do princípio da insignificância, insere-se em um fenômeno estrutural histórico, reforçando a necessidade de revisão crítica dos parâmetros estabilizados na jurisprudência.

2010).

Na pesquisa “O princípio da insignificância nos crimes contra o patrimônio e contra a ordem econômica: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal” realizada pelo Departamento de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP, constatou-se, em relação à análise da insignificância da conduta, o “uso seletivo dos critérios conforme as características dos grupos de casos, ao apresentar a diferença entre o reconhecimento do princípio nos crimes patrimoniais e fiscais, principalmente em relação ao furto e ao descaminho” (Ribeiro; Prando, 2017, p. 138).

Com efeito, na aplicação do princípio da insignificância, o Judiciário acaba escolhendo os crimes que se sujeitam ou não à insignificância enquanto causa supralegal de exclusão do fato típico sob uma espécie de seletividade judicial, sendo que essa dimensão fragmentária do direito penal é própria do Legislativo.

Logo, é possível afirmar, sob esse enfoque, que o Supremo Tribunal Federal atua como verdadeiro legislador quando determina ou afasta a incidência do princípio da insignificância desguarnecido de amparo dogmático sólido, evidenciando que o Estado intervencionista reformula a atuação do Direito e dos juristas, tendendo a deixar de ser meramente vigilante para assumir uma função ativa diretiva (Lucas, 2004).

## **5.2 A NECESSIDADE DE REVISÃO DOS PARÂMETROS DA INSIGNIFICÂNCIA**

Quando se nota a necessidade de um Habeas Corpus chegar até o Supremo Tribunal Federal envolvendo a subtração sem grave ameaça ou violência de R\$ 4,15 em moedas, uma garrafa pequena de refrigerante, duas garrafas de 600 ml de cerveja e uma de 1 litro de pinga, tudo avaliado em R\$ 29,15 (Habeas Corpus 181389), evidencia-se que os vetores assumidos pela jurisprudência da Corte Suprema para a aplicação da insignificância são inadequados ou inoperantes.

Afinal, a partir desses parâmetros, são proferidas diariamente decisões pelo Judiciário em todo o país a incluir o Superior Tribunal de Justiça que tornam fatos deste jaez passíveis de intervenção penal, o que ocorre em razão de o Judiciário brasileiro dos últimos anos de forma recorrente julgar de acordo com suas convicções morais, não raramente de forma incoerente e tratando de forma desigual casos exatamente idênticos (Mendonça, 2018). Logo, ainda que o Supremo Tribunal Federal tenha julgados reconhecendo a insignificância em situações de estarrecedora miséria, não se pode ignorar que é a teoria formada pela jurisprudência da Corte Suprema e replicada pelos demais órgãos jurisdicionais a responsável por esse trágico cenário

de desigualdade.

Sob esse cenário, no julgamento do Habeas Corpus 123108, o Pleno do Supremo Tribunal Federal foi instado a examinar a adequação do arranjo teórico do princípio da insignificância, oportunidade na qual o Ministro BARROSO, enquanto relator, traçou advertência incisiva em relação aos efeitos perniciosos ao conteúdo da insignificância quando se admite a ingerência acerca de aspectos próprios de um direito penal do autor.

Admitir essa qualidade do sujeito ativo para “admitir essa qualidade do sujeito ativo para configuração do tipo vai muito além da intenção de proteger o bem jurídico tutelado, no caso o patrimônio, e representa, isso sim, um modelo político-criminal não só transgressor da configuração do tipo vai muito além da intenção de proteger o bem jurídico tutelado, no caso o patrimônio, e representa, isso sim, **um modelo político-criminal não só transgressor da própria dignidade da pessoa humana, mas também apto a substituir um modelo de direito penal do fato por um modelo de direito penal do autor** (grifo nosso) (STF, 2015).

Nesse contexto, tem-se que a subsistência do arranjo teórico do princípio da insignificância hegemônico implica convivência com um cenário no qual se ocultam problemas e se vocifera uma estabilidade fictícia, o que não se adéqua em um Estado Democrático de Direito. A compreensão atual do princípio da insignificância ilustra realidade de desigualdade, pois, enquanto se extirpa injustiça flagrante em um caso, a injustiça prolifera-se em uma profusão de situações de iniquidade que foram objeto de decisão de reconhecimento da insignificância sem recurso ou publicidade para escancarar eventual decisão injusta.

Em suma, “as interpretações hegemônicas desse princípio, bem como a sua aplicação judicial permanecem sendo um espaço de delimitação confuso e, no limite, arbitrário” (Ribeiro; Prando, 2017, p. 138).

## **6. A INADEQUAÇÃO DO ARRANJO TEÓRICO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA RATIFICADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS 123108**

O arranjo teórico tradicional e pacífico delineado pelo Supremo Tribunal Federal em relação ao princípio da insignificância foi ratificado no entendimento fixado pelo Plenário do Supremo Tribunal no Habeas Corpus 123108, segundo o qual é chancelada a valoração de aspectos subjetivos, ou seja, associados ao passado do autor do fato. Como ficará demonstrado, é admitido o sopesamento da reincidência ou habitualidade, como parâmetros aptos, ainda que conjugados a outros, a afastar a aplicação ao caso do princípio da insignificância, conforme se verificará no tópico diante.

## 6.1 AS TESES FIXADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO HABEAS CORPUS 123108

No julgamento realizado pelo Plenário do Supremo Tribunal no Habeas Corpus 123108 foram fixadas teses, as quais são elencadas e, após, analisadas no presente estudo.

Eis o teor da tese 1 fixada no âmbito do Habeas Corpus 123108:

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** (grifo nosso) (STF, 2015).

Em complemento à tese 1, o item 2, “i” preconiza que, a despeito da presença da reincidência, pode o juiz da causa ignorá-la como óbice à aplicação do princípio da insignificância a depender dos elementos contidos no caso concreto. Confira-se:

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 (grifo nosso) (STF, 2015).

## 6.2 AS INCONGRUÊNCIAS DO ARRANJO TEÓRICO NO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS 123108

É possível depreender da primeira tese no sentido de que a aplicação do princípio da insignificância abrange também a reincidência ou contumácia do agente (“elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados”) conjugada com a tese 2, “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”) a eleição de faculdade ou discricionariedade de o juiz do caso concreto desconsiderar o requisito subjetivo (reincidência) a depender dos elementos da hipótese em julgamento.

Nota-se, destarte, que é admitida a valoração da reincidência ou habitualidade na tarefa de aplicação, ou não, do princípio da insignificância (tese 1), sendo fixado, por outro lado, que a existência da reincidência ou habitualidade isoladamente considerada não é suficiente para

excluir do caso a incidência da insignificância.

A análise da habitualidade ou reincidência, de acordo com as teses fixadas pelo Plenário do Supremo Tribunal no Habeas Corpus 123108, não é paramentada por qualquer referência teórica sólida, tendo sido adotada fórmula casuística, sem fundamentação, admitindo ao juízo, no caso concreto, afastar, ou não, a incidência da insignificância a depender do seu crivo de a aplicação ser desejável ou não penal ou socialmente.

Diante dessa faculdade despida de diretrizes, não é de se espantar, a partir da análise de julgados da Corte Suprema, que, a depender da excrecência do caso ou perplexidade gerada pelo caso (por exemplo, furto de galinhas examinado no Habeas Corpus 141440), fica autorizada a simples desconsideração do aspecto subjetivo (reincidência ou habitualidade) com a aplicação do princípio da insignificância.

## **7. A REINCIDÊNCIA E A HABITUALIDADE COMO ELEMENTOS ESTRANHOS AO RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA**

O princípio da insignificância constitui causa supralegal de exclusão da tipicidade material, razão pela qual os elementos passíveis de exame para a sua aplicação são aqueles inerentes ao fato típico, sob pena de desvirtuamento da teoria do delito e da baliza garantista do direito penal do fato.

Com efeito, no presente item, a despeito de a inconsistência do arranjo teórico do princípio da insignificância permitir exame em relação a outras perspectivas e elementos, o item adiante circunscreverá o ponto relativo à inclusão do que se convencionou como elementos ou requisitos subjetivos (reincidência ou habitualidade, aspectos que fazem menção ao autor do fato) quando da tarefa de aplicação do princípio da insignificância.

### **7.1 A INCOMPATIBILIDADE DO EXAME DA REINCIDÊNCIA E HABITUALIDADE EM AMBIENTE DE CAUSA DE EXCLUSÃO DA TIPICIDADE MATERIAL**

A teoria geral do crime encontra-se ancorada no direito penal do fato tendo em conta que o conceito analítico do crime dá-se sob a ótica do finalismo da ação, ou seja, a conduta examinada é aquela dotada de finalidade ou direcionada a um resultado (lesão jurídica) tutelada pela norma incriminadora que encerra, assim, um comportamento proibido.

Os elementos inerentes ao conceito tripartido de crime (fato típico, ilícito e culpável) põem em destaque somente o direito penal do fato, tendo em conta que a operação intelectual dá-se a partir da valoração do fato, e não da pessoa do autor do fato, para fins de, ao final da

tarefa, reconhecer o fato como crime.

O fato típico é composto pela conduta, tipicidade, nexos de causalidade e resultado, ou seja, perspectivas de olhar analítico que recai sobre um mesmo ponto, ou seja, o fato-crime. A operação própria do exame do substrato do fato típico pode, nessa linha, ser representada tomando o fato-crime como um poliedro, o qual, como um sólido em três dimensões, pode ser contemplado a partir de cada uma dessas dimensões, ilustrativas, por sua vez, dos elementos que compõem o fato típico (conduta, tipicidade, nexos de causalidade e resultado).

A reincidência caracteriza circunstância passível de valoração somente na fase de aplicação da pena, porquanto constitui uma circunstância agravante genérica com pertinência na segunda fase da dosimetria da pena. Não tem repercussão alguma na caracterização de um fato como crime. Pode o julgador, na dosimetria da pena, considerar a condenação anterior transitada em julgado como elemento apto a punir com maior rigor o criminoso contumaz, contudo, “o que não se mostra compatível com a atual égide constitucional considerar o passado do agente como forma de tipificar a infração penal” (STF, 2015).

Estabelecer e admitir, dessa forma, arranjo teórico do princípio da insignificância que se ambienta na fase de verificação do enquadramento do fato como crime com a inclusão da possibilidade de exame da reincidência ou habitualidade viola a legislação (Parte Geral do Código Penal) sem amparo teórico sólido algum ainda atenta contra os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Essa incongruência teórica não passou despercebida pelo Ministro BARROSO na exposição da questão no julgamento do HC 123108, nada obstante o fundamento não tenha sido lamentavelmente fruto de maior debate e análise no julgamento:

Há dois problemas teóricos, Presidente, que eu não vou explorar aqui, mas que não considero irrelevantes. **Primeiro, é que se nós consideramos, como a jurisprudência do Supremo tem considerado e a doutrina inteira considera, que a hipótese de insignificância é de atipicidade material, a reincidência impedir o reconhecimento da atipicidade material, a meu ver, gera uma incongruência teórica extremamente complexa** (grifo nosso) (STF, 2015).

Assinalando a impropriedade da inclusão de aspectos subjetivos no exame de incidência do princípio da insignificância, prossegue o Ministro BARROSO no mencionado julgamento:

**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) (grifo nosso) (STF, 2015).

O conceito material de crime prescinde, pois, do exame do histórico criminal do agente, de modo que, inserindo-se a reincidência no conteúdo do princípio da insignificância, acaba-se por incluir um novo elemento no substrato do fato típico (a reincidência) em posição tal de preponderância que sobreleva os demais elementos impondo o processo de criminalização ainda que ausente algum dos outros elementos.

Ora, faltando algum dos elementos do fato típico (conduta, tipicidade, nexo de causalidade e resultado), o fato revela-se atípico. Em outros termos, ainda que presentes três dos elementos a falta de um deles, torna-se imperativo reconhecer que o fato é atípico, obstando, assim, o processo de criminalização. Os elementos inerentes ao fato típico operam em conjunto, sendo cada um imprescindível para viabilizar o amoldamento do fato como crime.

Sob essa digressão e firme na premissa teórica segundo a qual a tipicidade é compreendida sob a perspectiva formal (enquadramento da conduta na descrição em abstrato da norma incriminadora) e material (lesão concreta ao bem jurídico protegido pela norma penal), tem-se que, ausente a tipicidade material, é imperativo reconhecer que o fato é atípico.

Destarte, sendo o princípio da insignificância causa supralegal que exclui a tipicidade material, a operação que verifica a sua aplicação deve restringir-se aos elementos que integram o fato típico, o que já aponta na direção de ser inadequada a inclusão da reincidência pois essa não integra o conteúdo do fato típico. Ademais, se ausente a tipicidade material consubstanciada em dano concreto inexpressivo, a conduta revela-se atípica, não encontrando, dessa forma, legitimidade a criminalização da conduta.

Ao conduzir e buscar organizar o debate no julgamento do Habeas Corpus 123108, o Ministro BARROSO apontou, com contundência, os impropérios do arranjo teórico sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal de reputar possível considerar a reincidência e a habitualidade na aplicação do princípio da insignificância, como se percebe da incisiva síntese de que “a tipicidade de uma conduta não pode depender de saber se o agente é vadio, mendigo, processado, condenado ou reincidente” (STF, 2015).

Confira-se:

Embora o Tribunal tenha reconhecido, em tese, a constitucionalidade da reincidência como agravante genérica da pena (RE 453.000, Rel. Min. Marco Aurélio), **isto não significa que se possa considerar a reiteração delitiva como circunstância elementar de tipos penais**. Isto é: **a tipicidade de uma conduta não pode depender de saber se o agente é vadio, mendigo, processado, condenado ou reincidente. constitucionalidade da reincidência como agravante genérica da pena.**

**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 (grifo nosso) (STF, 2015).**

Em reforço a essa constatação, asseveram Ribeiro e Prando:

Doutrinariamente, o princípio da insignificância é ensinado como aquele que orienta a interpretação do juízo de tipicidade penal na avaliação da lesividade da conduta em relação ao bem jurídico de referência do tipo. De início, portanto, **a interpretação da insignificância da lesão não está relacionada a características jurídicas ou psicológicas que o autor carrega consigo, como seria o caso do uso da avaliação da reincidência ou da periculosidade do agente** (grifo nosso) (Ribeiro; Prando, 2017, 140).

Com efeito, a inclusão da reincidência na operação do juiz da causa de ponderar a incidência do princípio da insignificância não possui lastro algum na teoria geral do crime, o que evidencia atividade intelectual que, ao não observar os limites materiais de crime, consubstancia processo de criminalização ilegítimo e arbitrário. Ou seja, não é possível, para a aplicação do sobredito princípio, o exame de circunstâncias pessoais do agente ou de fatores atinentes a etapa posterior da análise do delito (culpabilidade).

Não há, assim, suporte teórico algum para dotar a reincidência da condição de validar a criminalização quando ausente a tipicidade material, o que ocorre quando se autoriza o afastamento da incidência do princípio da insignificância mediante o sopesamento da reincidência e se permite, assim, a criminalização da conduta.

É necessária, pois, a reformulação das teses fixadas no HC 123108 no sentido de explicitar que não cabe analisar de forma alguma a reincidência ou maus antecedentes para a aplicação do princípio da insignificância.

Prosseguindo no exame das premissas teóricas bem lançadas no referido voto no bojo do Habeas Corpus 181389, observa-se a construção do entendimento a partir da compreensão conglobante da tipicidade, tomada assim na sua acepção formal (perfeita adequação da conduta do agente ao modelo abstrato previsto na lei penal, ou seja, a subsunção do fato à norma incriminadora) e material.

A esse respeito, ilustra a constatação de que o arranjo teórico da insignificância apresentado pela Corte Suprema é integrado por uma miscelânea de referências teóricas sem coesão interna o emprego do conceito de tipicidade conglobante para se chegar a ampliação do processo de criminalização.

A noção de tipicidade material, naturalmente tem seus limites conceituais de definição mais porosos, de modo que se acaba, ao enxertar no conteúdo da insignificância elementos estranhos como apontado neste estudo, reduzindo o âmbito de incidência da insignificância e, com isso, alargando o reconhecimento de fatos insignificantes como crimes, quando a construção teórica da tipicidade conglobante deu-se sob funcionalidade redutora do juízo de tipicidade penal, ou seja, do processo de criminalização secundário empreendido pela jurisdição

criminal.

É identificada, assim, uma lesividade objetivamente delineada, ou seja, com limites bem estabelecidos, o que no presente trabalho se apresenta como a ofensividade verificada em dano concreto expressivo. Do contrário, o produto do encadeamento teórico não revelaria resultado adequado frente à função redutora do juízo de tipicidade penal proposto pelo conceito da tipicidade conglobante.

Nesse ensejo, cumpre pontuar a precisa observação do Ministro BARROSO no julgamento do Habeas Corpus 181389 acerca da deturpação da construção teórica da tipicidade conglobante de Zaffaroni pelo Supremo Tribunal Federal ao conceber o conteúdo da insignificância que admite discriminação inexistente no plano normativo, ou seja, admitir que uma mesma conduta possa ser penalmente típica para reincidentes e não para as demais pessoas. Ou seja, “a tipicidade conglobante só pode reduzir, e não ampliar o juízo de tipicidade penal”.

É digno de nota mencionar o fundamento integral lançado neste particular:

Penso que a citação a Zaffaroni feita em casos da espécie não reflete o real pensamento do penalista. Isto porque a tipicidade conglobante (v. supra, nota 17) tem uma função redutora, e não ampliadora do juízo de tipicidade penal. É o próprio autor que afirma:

“2. O tipo objetivo não se esgota na correspondência com qualquer pragma, mas tão somente com um pragma conflitivo; constatar tal conflitividade constitui passo indispensável para a verificação da tipicidade objetiva. O pragma típico se determina desde logo pela função sistemática, que importa um âmbito máximo antinormatividade, porém só se confirma com a simultânea constatação de sua conflitividade, procedimento que pode culminar em sua exclusão ou redução, sem jamais ultrapassar o máximo rudimentar estabelecido pela tipicidade objetiva sistemática. Por isso, pela necessidade de constatar a conflitividade, imposta pela requisição jurídica geral da alteridade e pelo objetivo político redutor da construção, cabe distinguir dentro do tipo objetivo um tipo que dê conta de tal objetivo: o tipo conglobante.

3. A tipicidade conglobante **tipicidade conglobante cumpre sua função redutora cumpre sua função redutora constatando a existência de um conflito (conflitividade), o que implica uma lesividade objetivamente imputável a um agente (dominabilidade).** Através da função conglobante do tipo objetivo se estabelece a própria existência do conflito, o que pressupõe comprovar tanto sua lesividade quanto seu pertencimento a um sujeito. **É inconcebível a criminalização de um pragma que não implique qualquer ofensa a outrem (representado no bem jurídico).** (...) Constata-se a lesividade verificando-se: a) desde logo, se o pragma afetou verdadeiramente um bem jurídico (constitucionalmente legitimado e cuja ofensa é proibida por norma); b) se tal afetação (por lesão ou por perigo) foi substancial, significativa; c) se não incidem outras normas que, recortando e limitando o alcance proibitivo da norma deduzida do sentido semântico do tipo isolado, o invalidem, descaracterizando-se assim a afetação do bem jurídico.” (Zaffaroni, Batista et al., Direito penal – II, I, 2010, p. 212/213)

Por defender que a ausência de lesividade insere-se na análise da tipicidade conglobante – isto é, considerando-se a norma conglobada na ordem jurídica, e não isolada –, Zaffaroni de fato afirma que “A insignificância só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa”. **Daí não se extrai, porém, a conclusão de que uma mesma conduta pode ser penalmente típica para reincidentes e não para as demais pessoas, como se a ordem normativa pudesse pretender uma discriminação que a jurisprudência do STF já repeliu. Assim, a tipicidade conglobante só pode reduzir, e não ampliar o juízo de tipicidade penal**

(grifo nosso) (STF, 2015).

## **7.2 O IMPERATIVO DE REVISÃO CRÍTICA DO ARRANJO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA COM A SUPRESSÃO DE ELEMENTOS SUBJETIVOS À LUZ DA TEORIA DO DELITO E DO DIREITO PENAL DO FATO**

Feitos esses apontamentos, é de se destacar o louvável esforço do relator Ministro BARROSO ao conduzir o julgamento e procurar organizar o debate no julgamento do Habeas Corpus 123108 mediante a identificação dos pontos comuns e aqueles de dissenso das posições de cada um dos membros daquela Corte, para efeito de tornar a aplicação da insignificância mais clara e, assim, isonômica.

Houve, como se constata dos fundamentos lançados, estudo, empenho, sensibilidade e reflexão por parte do Relator que expôs com contundência os impropérios do arranjo teórico sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal.

Confira-se:

**Embora o Tribunal tenha reconhecido, em tese, a constitucionalidade da reincidência como agravante genérica da pena (RE 453.000, Rel. Min. Marco Aurélio), isto não significa que se possa considerar a reiteração delitiva como circunstância elementar de tipos penais. Isto é: a tipicidade de uma conduta não pode depender de saber se o agente é vadio, mendigo, processado, condenado ou reincidente. constitucionalidade da reincidência como agravante genérica da pena. 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 (grifo nosso) (STF, 2015).**

Expressamente, o Relator asseverou que chegou à conclusão, devidamente fundamentada, de que não é possível, para a aplicação do princípio, o exame de circunstâncias pessoais do agente ou de fatores atinentes a etapa posterior da análise do delito (culpabilidade).

Contudo, como se percebe do exame dos demais votos, esses incisivos fundamentos não encontraram eco na maioria dos Ministros em relação à disposição de apresentar a devida refutação teórica plasmada na teoria geral do crime.

Observa-se, assim, que o Relator perdeu o fôlego em vista do convencimento dos pares quanto à necessidade de uma revisão profunda do arranjo teórico. Essa percepção é compartilhada por Ribeiro e Prando:

(...) curiosamente a tese final exposta pelo Ministro Barroso não acompanha sua leitura crítica à invalidade da análise de reincidência na avaliação da lesão produzida pelo tipificado. Ao contrário, o Ministro age como produtor de política ao se distanciar da análise de validade da interpretação constitucional e propor uma saída de aplicação de penas em regimes mais tênues, como regime aberto, para casos que envolvam lesões insignificantes e réus reincidentes (Ribeiro; Prando, 2017, 141).

É válido colacionar trecho do Relator Ministro BARROSO que ilustra esse cenário:

**Partindo da premissa de que a insignificância exclui a tipicidade material, não é possível que a aplicação do princípio dependa de circunstâncias pessoais do agente ou de fatores atinentes a etapa posterior da análise do delito (culpabilidade). Esta conclusão corresponde ao meu atual pensamento sobre a matéria, após detida reflexão à luz da doutrina, da jurisprudência e da realidade do sistema carcerário no Brasil. No entanto, tendo em vista a atual compreensão da Corte sobre o tema, vislumbro dificuldades para a aceitação desta conclusão com todas as suas consequências, razão pela qual passo a expor um encaminhamento menos ambicioso, com o fim de produzir um consenso mínimo e afastar possíveis inquietações que orientam outros pontos de vista legítimos. (grifo nosso) (STF, 2015)**

Com efeito, é válido mencionar as conclusões do exame do HC 123.108/MG em relação ao modo e ao poder de dizer o Direito apresentadas por Ribeiro e Prando, segundo as quais “nem a lei penal em seu sentido mais legalista, nem a normativa constitucional surgem como elementos centrais na racionalidade argumentativa”, sendo, noutro giro, as decisões do STF e as citações doutrinárias as referências que centralizam as argumentações e indicam o enfoque no poder de dizer o direito por parte do próprio STF, “marcado pelo esforço mínimo em produzir interpretações constitucionais ou elaborações dogmáticas” (Ribeiro; Prando, 2017, 152).

Logo, emerge necessário o comprometimento dos estudiosos e aplicadores do direito no que cerca à demonstração de ativa revisão crítica da orientação jurisprudencial vigente na Corte Suprema, de modo a resgatar a função garantista do princípio da insignificância desvencilhado de referências abrigadas no direito do autor (elementos subjetivos como a reincidência e habitualidade), reafirmando a centralidade dos direitos fundamentais na aplicação do direito penal.

## **9. CONCLUSÃO**

A análise crítica desenvolvida ao longo deste trabalho permitiu confirmar a hipótese de que a atual aplicação do princípio da insignificância pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente a partir do julgamento do Habeas Corpus nº 123108, revela significativa incongruência teórica e prática. A aceitação da reincidência e da habitualidade delitiva como elementos aptos a afastar a tipicidade material compromete a integridade dogmática da teoria do crime e desvirtua os fundamentos garantistas que informam o direito penal em um Estado Democrático de Direito.

Verificou-se que a forma como o princípio da insignificância é aplicado oculta, sob a aparência de estabilidade jurisprudencial, um cenário de graves violações ao princípio da

isonomia, pois perpetua discriminações ilícitas e reforça desigualdades estruturais. A ausência de reflexão crítica acerca dos vetores estabilizados para a insignificância penal contribui para a legitimação de práticas seletivas, incompatíveis com a função redutora do juízo de tipicidade que deveria nortear o direito penal contemporâneo.

A partir do exame do arranjo teórico adotado no HC nº 123108, ficou evidenciado que a introdução de fatores subjetivos no exame da tipicidade material opera verdadeiro deslocamento do direito penal do fato para o direito penal do autor, contrariando os postulados fundamentais da teoria do crime e as garantias constitucionais da dignidade da pessoa humana, da legalidade estrita e da igualdade. Tal prática implica um retrocesso inaceitável em termos de política criminal e revela a necessidade de revisão crítica e aprofundada do entendimento jurisprudencial vigente.

Conclui-se, portanto, que a reincidência e a habitualidade delitiva são elementos estranhos ao exame da tipicidade material e não devem ser considerados no processo de incidência do princípio da insignificância. A correta aplicação do instituto em um Estado Democrático de Direito demanda a reafirmação de sua função garantista, de contenção do poder punitivo e de proteção dos direitos fundamentais, promovendo uma atuação judicial pautada na coerência dogmática e no compromisso efetivo com a igualdade material.

Diante desse quadro, impõe-se a necessidade de superação do arranjo teórico ora criticado, mediante o resgate de uma interpretação da tipicidade material que respeite os limites constitucionais da intervenção penal e que recuse qualquer forma de discriminação ilícita no julgamento das condutas humanas. A revisão desse entendimento representa não apenas um imperativo dogmático, mas também uma exigência ética para a concretização dos princípios fundamentais que estruturam o ordenamento jurídico brasileiro.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus 84412, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 19 out. 2004. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 19 nov. 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 05 março 2023.

\_\_\_\_\_. Habeas Corpus 123108, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03 ago. 2015. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 01 fev. 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 05 mar. 2023.

\_\_\_\_\_. Habeas Corpus nº 141440 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 14 ago. 2018. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília,

DF, 07 fev. 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 05 mar. 2023.

\_\_\_\_\_. Habeas Corpus nº 181389 AgR/SP, Relator: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 14 abr. 2020. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 22 mai. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 05 mar. 2023.

CHUEIRI, Vera Karam de; CÂMARA, H. Direitos Humanos em movimento: migração, refúgio saúde e hospitalidade. **Revista Direito, Estado e Sociedade (PUC-RJ)**, Vol. 45, 2014.

GOMES FILHO, Dermeval Farias. **Dogmática penal: fundamento e limite à construção da jurisprudência penal no Supremo Tribunal Federal**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário de Brasília. Orientador: Antonio Henrique Graciano Suxberger.

LUCAS, Douglas César. **A jurisdição entre crises e desafios**. 2004. p. 13 e 19. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/viewFile/721/443>. Acesso em: 02 dez. 2021.

MENDONÇA, Jorge André de Carvalho Mendonça. **O ativismo judicial em matéria penal e sua relação com o sistema brasileiro de precedentes obrigatórios**. 2018. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/Rev-AJURIS\\_n.144.11.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-AJURIS_n.144.11.pdf). Acesso em: 02 dez. 2021.

RIBEIRO, Glauber Henrique Valverde Pereira; PRANDO, Camila Cardoso de Mello. Medo, impunidade, lei e jurisprudência: uma análise retórica do HC 123.108/MG. **Revista de Estudos Criminais**, v.16, n.67, 2017.

SCHMITT, CARL. **La tiranía de los valores**. Tradução de Anima Schmitt de Otero. Granada: Comares, 2010.

VIEIRA, Padre Antônio. **Sermão do Bom Ladrão**. Disponível em: <https://www.literaturabrasileira.ufsc.br/documentos/?action=download&id=134879>. Acesso em: 17 julho 2023.