

XXXII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO PAULO - SP

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

JÉSSICA PASCOAL SANTOS ALMEIDA

GABRIEL ANTINOLFI DIVAN

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 Haydée 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: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Jéssica Pascoal Santos Almeida, Gabriel Antinolfi Divan – Florianópolis: CONPEDI, 2025.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-317-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Os Caminhos Da Internacionalização E O Futuro Do Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. XXXII Congresso Nacional do CONPEDI São Paulo - SP (4: 2025: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

XXXII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO PAULO - SP

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

No dia 27 de Novembro de 2025, como parte do XXXII Congresso Nacional do CONPEDI, no campus/sede da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em São Paulo, capital, ocorreram as apresentações e discussões relativas ao Grupo de Trabalho denominado DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO - II.

Ao longo da proveitosa tarde na Sala 304 do Prédio 03 (Direito), um número notável de artigos submetidos foram debatidos pelos autores e autoras presentes, sob a Coordenação dos professores Luis Gustavo Gonçalves Ribeiro (Centro Universitário Dom Helder-MG), Gabriel Antinolfi Divan (Universidade de Passo Fundo-RS) e da professora, e anfitriã, Jéssica Pascoal Santos Almeida (Universidade Presbiteriana Mackenzie-SP).

A profusão de temas e enfoques no que diz para com os eixos de interesse propostos para o Grupo de Trabalho pode ser sentida desde a própria listagem dos artigos que foram discutidos ao longo do encontro, a saber:

O artigo ENTRE A NEUTRALIDADE APARENTE E A SELETIVIDADE PENAL: O RACISMO ALGORÍTMICO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO, escrito e apresentado por Jean Carlos Jeronimo Pires Nascimento e Ricardo Alves Sampaio, da Universidade do Estado da Bahia/UNEB-BA.

O trabalho intitulado CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: ANÁLISE DAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS QUANTO AO RESSARCIMENTO AOS COFRES PÚBLICOS fora escrito por Beatriz Abraão de Oliveira e Karina Velasco de Oliveira, da Universidade Presbiteriana Mackenzie-SP, e apresentado por esta última autora.

Valdene Gomes de Oliveira apresentou o trabalho intitulado O CRIME INVISÍVEL NO CÓDIGO: A RESPONSABILIDADE PENAL PELA DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA POR PROXIES, escrito em coautoria com Robson Antão de Medeiros, ambos representando o Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba-PB.

Lucas Gabriel Santos Costa apresentou o artigo O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE COMO SUBSTRATO MATERIAL DOS CRIMES OMISSIVOS, escrito em coautoria com

Maria Auxiliadora de Almeida Minahim, ambos representando o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia-BA.

O artigo DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS DO DIREITO PENAL NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO: A RELEVÂNCIA DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL NO COMBATE AO CRIME TRANSNACIONAL foi elaborado e apresentado por Fernando Pereira de Azevedo, Doutor pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa/IDP-DF.

O trabalho REVISÃO CRIMINAL E FLEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA DIANTE DE PROVAS DIGITAIS INCONTROVERSAS foi elaborado e apresentado por Luis Fernando de Jesus Ribeiro e Renan Posella Mandarin, do NEPP - Núcleo de Estudos em Processo Penal, da Universidade Estadual de São Paulo/UNESP-Franca.

Maria Celia Ferraz Roberto da Silveira e Isabella Martins da Costa Brito de Araújo, pesquisadoras do Observatório de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais da Universidade Cândido Mendes/UCAM-RJ apresentaram o trabalho de sua coautoria, cujo título é ANÁLISE DA INCONVENCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL: UMA PERSPECTIVA À LUZ DA TEORIA DO CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL.

O trabalho de título CONTRATUALISMO E UTILITARISMO NA OBRA DOS DELITOS E DAS PENAS: FUNDAMENTOS PARA CONSTRUÇÃO DO DIREITO DE PUNIR foi apresentado por Gleydson Thiago de Lira Paes, da Universidade Federal da Paraíba-PB, e escrito em parceria com Andreza Karine Nogueira da Silva Freitas.

O artigo O PARADOXO DA (DES)PROTEÇÃO: UMA ANÁLISE SOBRE A APLICAÇÃO DO ABOLITIO CRIMINIS NO CRIME DE TRÁFICO DE PESSOAS foi escrito e apresentado por Davi Salomão Sakamoto e Thamara Duarte Cunha Medeiros, da Universidade Presbiteriana Mackenzie-SP.

Wilson Junior Cidrão apresentou trabalho escrito em coautoria com Cassio Marocco e Silvana Terezinha Winckler, representando a Universidade Comunitária da Região de Chapecó/Unochapeco-SC, cujo título é TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE NO BRASIL: ENTRE O DIREITO PENAL MÍNIMO E A NECESSÁRIA PROTEÇÃO DO MACROBEM AMBIENTAL.

O artigo MULHERES EGRESSAS DO SISTEMA PRISIONAL MARANHENSE: VULNERABILIDADES E DESAFIOS À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS fora escrito e apresentado por Lais Pacheco Borges, Mestranda em Direito e Afirmação de Vulneráveis na Universidade Ceuma-MA.

AS RECENTES ALTERAÇÕES DO CÓDIGO PENAL EM CRIMES SEXUAIS (2025) E OS PADRÕES INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO: TENSÕES ENTRE RIGOR PUNITIVO E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS fora escrito e apresentado por Rafael Da Silva Moreira, Gabriel Christovam da Silva e Gustavo Borges Pereira, da Universidade do Estado de Minas Gerais-MG.

O artigo JUSTIÇA NEGOCIAL NO COMBATE À CORRUPÇÃO fora escrito por Romulo Rhemo Palitot Braga e Jonathan Rocha de Lima, ambos do Centro Universitário de João Pessoa/UNIPE-PB, e apresentado por este último coautor.

Tulio Max Freire Mendes, do Centro Universitário/UniCeub-DF, elaborou e apresentou o artigo intitulado A MORTE SILENCIOSA DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL: QUANDO A JUSTIÇA PUNE POR MEDO DE PARECER TOLERANTE COM O CRIME.

O artigo O DESVALOR DO RESULTADO COMO ROTA PARA SUPERAR A APLICAÇÃO ARBITRÁRIA DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL também fora escrito e apresentado por

Tulio Max Freire Mendes, do Centro Universitário/UniCeub-DF.

O texto intitulado COISAS FEITAS COM PALAVRAS: PERFORMANCE, PRODUÇÃO DE VERDADE E NOVOS APORTES CRÍTICOS AO TRIBUNAL DO JÚRI COMO DISPOSITIVO DE PODER, escrito por Joana Machado Borlina, Mestra em Direito, e Gabriel Antinolfi Divan fora apresentado pelo último autor, professor do Programa de Pós-Graduação da Universidade de Passo Fundo-RS.

O trabalho O DIREITO PENAL E O GRITO DA TERRA: UMA ANÁLISE PRINCIPIOLÓGICA DA RESPONSABILIZAÇÃO AMBIENTAL NO ARCAFOUJO JURÍDICO BRASILEIRO fora escrito em coautoria por Ana Virginia Rodrigues de Souza, Fabiane Pimenta Sampaio e Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, do Programa de Pós-graduação em Direito, do Centro Universitário Dom Helder-MG.

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro igualmente apresentou o artigo intitulado O DIREITO PENAL COMO ESPETÁCULO: UMA CRÍTICA AO SIMBOLISMO PUNITIVO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, escrito em coautoria com Aretusa Fraga Costa e Edvânia Antunes Da Silva, do Centro Universitário Dom Helder-MG.

Igualmente foram apresentados os artigos

A CEGUEIRA DELIBERADA COMO EVASÃO ÉTICO-JURÍDICA: BASES FILOSÓFICAS PARA A RELEVÂNCIA NA DOGMÁTICA PENAL, de Lauro Sperka Junior e Mateus Eduardo

Siqueira Nunes Bertoni, representando o Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba/UNICURITIBA-PR,

bem como, de autoria de Fernanda Analu Marcolla e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth, do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul/UNIJUI-RS, o texto intitulado O MONITORAMENTO ELETRÔNICO COMO ALTERNATIVA AO ENCARCERAMENTO FEMININO NO BRASIL À LUZ DA OC Nº 29/2022 DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Essa rica coleção de trabalhos está agora disponível em publicação eletrônica e faz parte desse volume, para o qual recomendamos com entusiasmo a leitura. Que os estudos abertos à comunidade acadêmica a partir dessa publicação tragam tanta surpresa, olhar inovador e qualidade como tiveram os presentes textos em sua versão de comunicações presenciais!

Jéssica Pascoal Santos Almeida (Universidade Presbiteriana Mackenzie-SP)

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (Centro Universitário Dom Helder-MG)

Gabriel Antinolfi Divan (Universidade de Passo Fundo-RS)

São Paulo, 27 de novembro de 2025.

A MORTE SILENCIOSA DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL: QUANDO A JUSTIÇA PUNE POR MEDO DE PARECER TOLERANTE COM O CRIME

THE SILENT DEATH OF CRIMINAL INSIGNIFICANCE: WHEN JUSTICE PUNISHES OUT OF FEAR OF APPEARING LENIENT ON CRIME

Tulio Max Freire Mendes ¹

Resumo

O presente artigo realiza uma análise crítica do atual modelo jurisprudencial de aplicação do princípio da insignificância penal, à luz do julgamento paradigmático do Habeas Corpus nº 123.108 pelo Supremo Tribunal Federal. Sustenta-se que a consolidação da “indesejabilidade penal ou social” como critério autônomo para afastar a atipicidade material representa o esvaziamento silencioso da função garantista da insignificância, abrindo espaço para um modelo de punição simbólica. A pesquisa demonstra que tal inflexão jurisprudencial insere no juízo de tipicidade material um subjetivismo judicial incompatível com a legalidade estrita e os postulados do Estado Democrático de Direito. Argumenta-se que essa postura judicial responde a pressões sociais por mais repressão, motivada pelo receio institucional de parecer leniente com o crime, o que acaba por legitimar uma expansão seletiva do poder punitivo. Conclui-se pela urgência de depuração crítica do modelo atual, reafirmando a centralidade da ofensividade e da proporcionalidade como fundamentos da tipicidade material.

Palavras-chave: Insignificância, Penal, Indesejabilidade, Social, Prevenção

Abstract/Resumen/Résumé

This article offers a critical analysis of the current jurisprudential model regarding the application of the principle of criminal insignificance, focusing on the Brazilian Federal Supreme Court's judgment in Habeas Corpus No. 123.108. It argues that the consolidation of "penal or social undesirability" as an autonomous criterion for rejecting material atypicality results in the silent death of the insignificance principle, transforming it into an instrument of symbolic punishment. The study shows that this jurisprudential shift introduces judicial subjectivism into the assessment of criminal typicality, contradicting the principle of legality and the foundations of the Democratic Rule of Law. The article contends that such judicial behavior responds to public pressure for harsher punishment, driven by institutional fear of appearing lenient on crime. Ultimately, it legitimizes a selective expansion of punitive power. The conclusion calls for a critical revision of this model, reaffirming offensiveness and proportionality as core elements of material typicality.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal insignificance, Undesirability, Social, Prevention

¹ Doutorando em direito e políticas públicas. Defensor Público do Distrito Federal. Professor de direito penal.

1. INTRODUÇÃO

A aplicação do princípio da insignificância no Direito Penal brasileiro tem sido objeto de frequente tensionamento dogmático e jurisprudencial. No julgamento paradigmático do Habeas Corpus 123108, o Plenário do Supremo Tribunal Federal consolidou um modelo de aplicação do princípio da insignificância que admite não somente a introdução de elementos subjetivos do agente – como a reincidência e a habitualidade – mas também a possibilidade de afastamento do instituto com base naquilo que denominou “indesejabilidade penal ou social”. Diante disso, a presente pesquisa se debruça sobre a seguinte problemática: No julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal no Habeas Corpus 123108, o arranjo teórico definido apresentou bases teóricas para a aplicação do princípio da insignificância de forma mais isonômica e coerente com a natureza jurídica do instituto?

A investigação parte das seguintes hipóteses: **(i)** o parâmetro da "indesejabilidade penal ou social", fixado como justificativa para o afastamento da insignificância mesmo diante de dano concreto inexpressivo, concede ao julgador discricionariedade incompatível com a legalidade estrita, permitindo-lhe decidir a partir de conjecturas subjetivas, sem respaldo dogmático; **(ii)** tal construção traduz uma compreensão do Direito Penal enquanto instrumento de veiculação de valores ético-sociais supostamente compartilhados, cujo escopo seria dissuadir condutas por meio da punição mesmo na ausência de lesividade relevante, o que revela desvio de finalidade e aproximação indevida com fundamentos do funcionalismo sistêmico e da prevenção geral negativa.

O primeiro eixo de análise do trabalho volta-se à crítica da tese fixada no HC 123108, que permite ao magistrado, mesmo diante de pressupostos objetivos para a aplicação do princípio da insignificância, afastá-lo com base em uma valoração subjetiva sobre a (in)conveniência penal ou social da não punição. Tal diretriz é examinada à luz da exigência de critérios intersubjetivamente verificáveis na aplicação do Direito, e da centralidade da ofensividade e da proporcionalidade no conceito material de crime, indicando-se a fragilização da legalidade e o risco de decisões marcadas por seletividade e arbitrariedade.

O segundo bloco do desenvolvimento evidencia como essa inflexão jurisprudencial traduz a adoção implícita de fundamentos próprios da prevenção geral negativa, os quais deslocam o foco da proteção de bens jurídicos para a gestão simbólica da segurança e da ordem social. A partir de aportes teóricos de autores como Garland, Wacquant e Simon, demonstra-se que a valoração da "indesejabilidade" se associa a uma lógica de contenção social e de reafirmação de expectativas normativas, deslocando o papel do juiz para um árbitro de valores ético-sociais coletivos, com clara erosão dos postulados do Estado

Democrático de Direito.

No terceiro ponto, examina-se a resistência doutrinária e jurisprudencial à aplicação objetiva da insignificância em casos envolvendo agentes reincidentes ou habituais, frequentemente justificada pela tese de que a não punição incentivaria a prática de novos delitos. Tal argumentação, ainda que travestida de prudência, reflete pressupostos autoritários que concebem o Direito Penal como mecanismo de controle social preventivo, sem fundamento empírico ou constitucional legítimo. Argumenta-se que esse uso do Direito Penal subverte sua função protetiva e mínima, promovendo a ampliação de seu alcance por razões simbólicas, econômicas ou de reação pública.

O quarto eixo aborda a tensão entre as finalidades do Direito Penal em diferentes paradigmas teóricos, contrastando a perspectiva garantista da proteção de bens jurídicos com o modelo sistêmico centrado na preservação da norma e da ordem. A análise revela que a incorporação da "indesejabilidade penal ou social" como parâmetro autônomo de criminalização aproxima-se perigosamente das premissas do funcionalismo sistêmico, incompatíveis com os compromissos democráticos e constitucionais do Estado de Direito.

Por fim, no quinto tópico, a pesquisa sistematiza a crítica ao arranjo teórico do princípio da insignificância adotado pelo STF, apontando suas incongruências dogmáticas e a adoção velada de fundamentos que não se coadunam com a teoria do delito nem com os princípios de intervenção mínima e *ultima ratio*. Conclui-se pela necessidade de depuração crítica desse modelo, reafirmando que a ofensividade e a proporcionalidade, e não a conveniência penal ou social, devem orientar a análise da tipicidade material no Estado Democrático de Direito.

2. OBJETIVOS

O presente artigo tem por objetivo central realizar uma análise crítica do arranjo teórico do princípio da insignificância consagrado pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente a partir do julgamento do Habeas Corpus nº 123.108, ponderando se o arranjo sedimentado compromete a coerência interna da teoria do crime e viola os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

De modo específico, pretende-se examinar os efeitos práticos e teóricos da incorporação da prevenção geral negativa como critério de valoração judicial no processo de criminalização secundária. A pesquisa problematiza a legitimidade da faculdade atribuída ao julgador para afastar a insignificância com base em juízos subjetivos de (in)desejabilidade penal ou social, mesmo diante da constatação de inexpressividade da lesão ao bem jurídico

tutelado.

Além disso, objetiva-se discutir os limites constitucionais da intervenção penal à luz da função garantidora do direito penal em uma ordem democrática, enfatizando a necessidade de contenção dos mecanismos seletivos e autoritários que se manifestam por meio do uso político-criminal arbitrário de conceitos indeterminados. O estudo propõe, ao final, a necessidade de uma revisão crítica dos fundamentos dogmáticos adotados pela Corte Suprema.

3. METODOLOGIA

A pesquisa adota uma abordagem qualitativa, de natureza teórico-dogmática, centrada na análise crítica do arranjo normativo e jurisprudencial que envolve o princípio da insignificância no direito penal brasileiro. O objeto de investigação é estruturado a partir do julgamento paradigmático do Habeas Corpus nº 123.108, proferido pelo Supremo Tribunal Federal, que introduz elementos subjetivos e juízos de indesejabilidade social ou penal na aferição da tipicidade material. Parte-se da reconstrução sistemática do conteúdo normativo do princípio da insignificância, com base na teoria do delito, nos postulados do direito penal do fato e nos limites constitucionais da intervenção punitiva estatal.

O método utilizado é o analítico-crítico, com base na teoria do delito, nos fundamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito e no direito penal do fato, que exige a centralidade do comportamento e da ofensa efetiva ao bem jurídico tutelado. A pesquisa problematiza, nesse contexto, a incorporação indevida de critérios de prevenção geral negativa – típicos da função legislativa de criminalização primária – no juízo judicial de criminalização secundária, o que revela um deslocamento da função garantista do princípio da insignificância para um papel simbólico de resposta às expectativas sociais por repressão penal.

A análise evidencia como o Judiciário, ao aderir a esses mecanismos de seletividade e de expansão do poder punitivo, desvirtua a função original do princípio da insignificância, convertendo-o em instrumento de exclusão discricionária, sob o pretexto de evitar estímulos à criminalidade de pequeno potencial ofensivo. A pesquisa demonstra que tal postura revela um movimento de restrição ilegítima ao âmbito de incidência da insignificância, baseado em juízos morais e pressões sociais, e não em critérios dogmaticamente válidos.

Para sustentar esse diagnóstico, a investigação mobiliza não apenas a doutrina penal crítica contemporânea, mas também estudos. Recorre-se a categorias desenvolvidas por autores como Günther Jakobs, Zaffaroni, Baratta e Busato, articuladas a contribuições

empíricas como as de Ribeiro e Prando, que examinam o discurso judicial sob a perspectiva da retórica e da legitimidade do poder de dizer o Direito. A metodologia adotada confere densidade teórica e respaldo constitucional à crítica formulada no decorrer do trabalho.

4. DESENVOLVIMENTO DA PESQUISA

A análise desenvolvida demonstra que o atual arranjo teórico adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº 123.108 desvirtua a natureza garantista do princípio da insignificância, ao incorporar juízos de conveniência social no momento de aferição da tipicidade material. Tal postura revela uma aproximação preocupante com o modelo de direito penal do autor, afastando-se da centralidade do fato e da lesão efetiva ao bem jurídico.

Identifica-se a incorporação indevida da prevenção geral negativa como fundamento implícito de criminalização, deslocando a finalidade da intervenção penal da proteção de bens jurídicos para a produção de efeitos simbólicos de intimidação e reforço da ordem social. A faculdade conferida ao juiz para considerar “indesejável” a não punição de determinada conduta – mesmo quando ausente ofensa significativa – exemplifica uma prática arbitrária e incompatível com o princípio democrático.

A pesquisa conclui que a adoção de tal modelo jurisprudencial implica não apenas incoerência dogmática, mas também legitima mecanismos seletivos de punição que operam sob a aparência de racionalidade jurídica. Diante disso, o artigo defende a necessidade de depuração teórica do instituto da insignificância, promovendo sua reconstrução, afastando de forma categórica a possibilidade de valoração de conveniências sociais no juízo de tipicidade penal.

5. A CONSTRUÇÃO ARBITRÁRIA DA EXCEÇÃO À INSIGNIFICÂNCIA PENAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No paradigmático julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal no Habeas Corpus 123108, a partir de um exame crítico e aprofundado do arranjo teórico do princípio da insignificância ali definido, verifica-se o emprego de expressões e parâmetros com conteúdo próprio de prevenção geral negativa. A fórmula casuística no item 2, “ii” da ementa revela permissão dada ao julgador para regular o sopesamento da reincidência ou habitualidade no caso concreto, o que não se afeiçoa à centralidade da dimensão material de crime afeta à ofensividade e proporcionalidade.

Eis o teor da tese 2, “ii” fixada pelo Plenário do Supremo Tribunal no Habeas Corpus 123108:

2. Por maioria, foram também acolhidas as seguintes teses: (...) (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. (g.n.)¹

No que tange à mencionada tese, constata-se a introdução de fórmula casuística quando o juiz da causa fica autorizado, ainda que entenda cogitável a incidência do princípio da insignificância, a deixar de aplicá-lo como excludente do fato típico se considerar penal ou socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância².

5.1 A VALORAÇÃO SUBJETIVA E DISCRICIONÁRIA DA “INDESEJABILIDADE PENAL OU SOCIAL” DA NÃO PUNIÇÃO

A tese preconiza, portanto, que, ainda que o juiz da causa considere possível a aplicação do princípio (imagina-se aqui a realização da operação intelectual do exame do caso à luz dos requisitos da insignificância), pode simplesmente afastá-lo se entender indesejável a sua aplicação dada a repercussão penal ou social no caso de não punição do fato.

A esse respeito, ao discorrer acerca da sua proposta de convivência de regras e princípio, ÁVILA (2010, p. 122) adverte que:

O problema na aplicação do Direito não está apenas em analiticamente separar as espécies normativas, mas em municiar o aplicador de critérios, intersubjetivamente aplicáveis, que possam tornar efetivos os comandos normativos sem a incorporação do arbítrio.

Primeiramente, se cogitável a aplicação do princípio da insignificância, o caso evidencia, certamente, inexpressiva lesão ao bem jurídico o que acenaria, de forma imperativa, na direção do reconhecimento da causa supralegal de exclusão do fato típico por ausência de tipicidade material (ausência de ofensividade). Contudo, a despeito da constatação da ausência de ofensividade da conduta (inexpressividade do dano concreto praticado), a mencionada tese acaba por admitir a criminalização do comportamento.

Ou seja, dota-se o juiz da causa da discricionariedade de afastar o princípio da

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 123108, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 05 março 2023.

² De acordo com a tese fixada, o juiz da causa, ainda que entenda por cogitável a incidência do princípio da insignificância ao caso, pode deixar de aplicá-lo como excludente do fato típico se considerar penal ou socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância, devendo, assim, fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena fixada, paralisando-se a incidência do art. 33, § 2º, c, do CP no caso concreto. Em relação à segunda parte da tese fixada (fixação do regime inicial aberto para o cumprimento da pena), denominamos efeitos digamos anômalos do princípio da insignificância, ou seja, diversos da exclusão do fato típico, os quais serão examinados no capítulo quarto enquanto proposta alternativa do presente estudo.

insignificância em situação de inexpressivo dano concreto a partir da valoração unipessoal pautada na conjectura quanto à repercussão ocasionada com a eventual aplicação do princípio da insignificância ao caso. Para tanto, é cunhado o parâmetro de “indesejabilidade penal ou social”, sem qualquer amparo, diga-se, dogmático ou teórico.

RIBEIRO e PRANDO (2017, p. 140), ao examinarem o julgamento do HC 123.108, em análise efetuada a partir de indicadores pautados nas três dimensões da retórica clássica de Aristóteles (*ethos*, *pathos* e *logos*), verificam que, na decisão, houve “recurso predominante de argumento de autoridade – o que indica um deslizamento da perspectiva autoritária do direito penal que se vale menos das ideias de prevenção especial e individual, fundadas na periculosidade e no inimigo, e passa a mobilizar alguns sentidos da prevenção geral”.

Os achados da mencionada pesquisa de RIBEIRO e PRANDO (2017, p. 152) são dignos de nota, tendo sido organizados em um primeiro grupo associado ao fundamento da punição e um segundo atrelado ao modo e poder de dizer o direito.

O primeiro refere-se ao **fundamento da punição**. A tese da nova penologia, produzida especialmente a partir de experiências do Norte (EUA e Inglaterra) e reproduzida acriticamente nos trabalhos de criminologia no Brasil, aponta para um **deslizamento da lógica da punição como reabilitação em direção à punição como administração de grupos populacionais caracterizados como perigosos** (Feeley and Simon, 1992; Wacquant, 2001; Garland, 2002; Simon, 2007). No regime punitivo no Brasil, haveria que se indagar a existência prévia de uma gestão punitiva fundada na reabilitação. Mas, nos enquadramentos deste trabalho, cabe apenas contrapor a dimensão da punição como administração de grupos considerados perigosos. **Do ponto vista do fundamento do discurso punitivo, a análise do HC 123.108/MG afasta-se da identificação dos indivíduos perigosos e aproxima-se da lógica da emergência da vítima (Garland, 2002) e da prevenção geral da punição frente a uma gestão indefinida do medo. A suspensão de direitos, no caso analisado, organiza-se em torno das representações do senso comum da vítima desassistida, do descrédito nas instituições e da sensação de medo e insegurança.** De algum modo os efeitos do direito penal do autor realizam-se naquela decisão, sem que, no entanto, o autor/delinquente seja suficientemente nomeado e descrito. **Tal apagamento sugere uma incorporação institucional de um padrão autoritário e racializado** (considerando-se que a população prisional é majoritariamente negra) que, por meio do silêncio, realiza a gestão de populações. O segundo sentido refere-se ao modo e ao poder de dizer o Direito. Na análise do HC 123.108/MG, o indicativo é de que **nem a lei penal em seu sentido mais legalista, nem a normativa constitucional surgem como elementos centrais na racionalidade argumentativa. São as decisões do STF e as citações doutrinárias que centralizam as argumentações e indicam para um centramento no poder de dizer o direito por parte do próprio STF, marcado pelo esforço mínimo em produzir interpretações constitucionais ou elaborações dogmáticas.**(g.n.)

5.2 O DESPREZO QUANTO AO CONTEÚDO DA TIPICIDADE MATERIAL DE NÃO OFENSIVIDADE COMO EVIDÊNCIA DE ATIVIDADE DE SELETIVIDADE PENAL JUDICIAL ARBITRÁRIA

Ignora-se a ausência de ofensividade do fato praticado promovendo-se a sua criminalização tendo como fundamento para tal, já que ausente a ofensividade, uma espécie

de satisfação à sociedade no sentido de que não há convivência do Estado com o fato ou a criminalização consubstanciando um “recado passado” às pessoas de desestímulo à prática de tais condutas. Ou seja, é eleito como fundamento para o processo de criminalização secundário conteúdo de prevenção geral negativa que, a partir da mencionada construção jurisprudencial, é inserido na dimensão material de crime.

Trata-se, pois, da materialização de atividade de seletividade judicial ilegítima, arbitrária e autoritária, avessa ao conteúdo do princípio democrática pois admite a intervenção estatal na seara excepcional criminal ainda quando ausente a ofensividade da conduta.

A esse respeito, resgatando-se a hipótese teórica no sentido de que a ofensividade e a proporcionalidade compõem o conteúdo material do crime (MENDES; 2025), tem-se que, para efeito de verificação do enquadramento de uma conduta como crime (fato típico), cabe ao órgão judicante aferir se, no caso concreto, houve ofensa expressiva (ofensividade/proporcionalidade) ao bem jurídico protegido, ou seja, dano concreto que não seja inexpressivo.

Sendo assim, elementos estranhos à verificação da ocorrência de dano concreto expressivo não devem ser ponderados na tarefa judicial de aplicação do princípio da insignificância. Assim, logicamente, deve ser extirpada a análise da reincidência ou da habitualidade do autor do fato bem como a fórmula casuística que confere arbitrária faculdade ao juiz da causa de criminalizar conduta sem ofensividade com base na hipotética repercussão penal e social da não punição do fato.

6. A PREVENÇÃO GERAL NEGATIVA COMO JUSTIFICATIVA INADEQUADA PARA A AMPLIAÇÃO DA CRIMINALIZAÇÃO

A inclusão do requisito subjetivo (habitualidade ou reincidência) para a aplicação da insignificância (tese 1 fixada no Habeas Corpus 123108³) opera como mecanismo de restrição do âmbito de alcance desse princípio, quando a incidência deveria ser pautada pela conjugação da proporcionalidade e ofensividade, parâmetros objetivos, vinculados ao fato, e não ao autor. Eis o teor da tese 2 do Habeas Corpus 123108:

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**

³ 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** (g.n.). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 123108, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 25 julho 2025).

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. (g.n.)⁴

Extraí-se da dicção da sobredita tese 2 do Habeas Corpus 123108 a inclusão no âmbito de aplicação do princípio da insignificância de fórmula autorizativa de o juiz do concreto não reconhecer a insignificância, embora cogitável o enquadramento da conduta como insignificante, na hipótese de a não punição do fato revelar-se indesejável penal ou socialmente.

6.1 CRÍTICA À ADMISSÃO DA FACULDADE DE O JUIZ AFASTAR O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PORQUE A NÃO PUNIÇÃO SERIA PENAL OU SOCIALMENTE INDESEJÁVEL

A análise dos votos proferidos no referido julgamento acena no sentido de que essa fórmula decorre do receio ou cautela de que a ampliação de situações de não criminalização opere como incentivo a tais práticas. Ou seja, o argumento de cautela compôs a causa motora para o enxerto do referido permissivo uma vez que o reconhecimento da atipicidade da conduta sob exame detidamente objetivo e concreto sobre se houve expressivo dano concreto (ofensa proporcionalmente relevante ao bem jurídico tutelado) poderia criar uma situação insustentável social ou penalmente, como uma espécie de “legalização” ou tolerância do Estado em relação a essas condutas.

A esse respeito, é digno de nota importante contribuição de RIBEIRO e PRANDO (2017, p. 140), ao examinarem o julgamento do HC 123.108, sob método da análise retórica do discurso, no sentido da identificação que o plano de fundo do julgamento ilustrou a aplicação do direito penal ilustrando exercício autoritário:

como apresentaremos ao longo da pesquisa, por meio dos achados obtidos com a análise retórica, concluímos que a nomeação periculosidade do autor não foi o eixo central do debate. Na decisão, realizou-se um julgamento com a suspensão de direitos sem a motivação fundada na ideia de indivíduo perigoso a ser combatido, **mas sim na perspectiva da reação à ideia geral de “insegurança social”, de “descrédito nas instituições estatais” e de “proteção à vítima”, fundamentada em uso das doutrinas penais e dos próprios julgados do STF como recurso predominante de argumento de autoridade** – o que indica um deslizamento da perspectiva autoritária do direito penal que se vale menos das ideias de prevenção especial e individual, fundadas na periculosidade e no inimigo, e passa a mobilizar alguns sentidos da prevenção geral. (g.n.)

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 123108, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 25 julho 2025.

Nota-se, pois, a eleição de referência que sobreleva a referência da ofensividade para fins de autorizar a incidência do direito penal, na medida em que se o juiz - ao conjecturar repercussão indesejável acaso não admita a incidência do direito penal em decorrência da aplicação da insignificância – poderia, mesmo em se tratando de situação ilustrativa de dano concreto inexpressivo, criminalizar o comportamento.

6.2 O JUIZ COMO ÁRBITRO ÉTICO-SOCIAL E OS RISCOS À DEMOCRACIA

Extraí-se, pois, ainda que de forma velada, a eleição como missão precípua do direito penal a proteção de valores elementares da consciência de caráter ético-social no sentido inculcar na consciência coletiva o valor de não se tolerar a prática de crimes mesmo envolvendo dano concreto pequeno, se o juiz entender que no caso a não punição não seria desejável.

Identifica-se, pois, a adoção de referências próprias de WELZEL que reconhece no direito penal uma dupla missão, a saber, a proteção de bens jurídicos bem como dos valores da consciência, de caráter ético-social, de modo que, sob essa concepção teórica, a proteção do bem jurídico passa a figurar em segundo plano. Sintetiza BUSATO (2003, p. 37) acerca da perspectiva de WELZEL que “mais essencial que a proteção de determinados bens jurídicos concretos é a missão de assegurar a real vigência (observância) dos valores da consciência jurídica; eles constituem o fundamento mais sólido que sustenta o Estado e a sociedade”.

Ou seja, a referida fórmula acaba dotando o juiz da qualidade de árbitro ético-social, pois autoriza a incidência do direito penal mesmo não havendo dano concreto expressivo, em vista de conjecturar como indesejável a repercussão social e penal da não punição do fato. Caberia, nessa ordem de ideias, ao direito penal influenciar a consciência cidadã para orientá-la, pedagogicamente, à proteção dos bens jurídicos essenciais?

Nesse ponto, cumpre ponderar se a introjeção de convicções nas pessoas pelo direito penal situa-se como leitura condizente com o princípio democrático regido pela liberdade e pluralismo.

6.3 A VERIFICAÇÃO DO DESVIRTUAMENTO DA FUNÇÃO PROTETIVA DE BENS JURÍDICOS

BUSATO (2003) esclarece que, embora Welzel, proponha que a orientação aos padrões mínimos indispensáveis ético-sociais se promove através da proteção de bens jurídicos, não se pode negar que é muito diferente assumir como missão do direito penal a proteção dos bens jurídicos fundamentais com a previsão de tipos que punem

comportamentos proibidos em relação à visão de pensar o direito penal como apto a introjetar nas pessoas essa convicção.

Com efeito, parece-nos inegável que conceber que o Estado realiza a missão de influenciar a internalização de valores ético-sociais atrelados à consciência jurídica através da sua mais amarga via de intervenção (direito penal) respira ares perigosos de autoritarismo, sendo esse modelo refutado pela ordem democrática pautada no pluralismo avessa a uma concepção de um direito penal pedagogo⁵. Constata-se que a inclusão dessa faculdade em favor do juiz do caso concreto, concebida quiçá sob o fito de não engessar a jurisdição permitindo em alguns casos o reconhecimento da insignificância mesmo em situações envolvendo reincidência, acaba recolhendo referências deletérias à ordem democrática.

A valoração sobre se a aplicação da insignificância é penal ou socialmente indesejável revela, com efeito, exercício ilegítimo de seletividade judicial, pois o afastamento da insignificância passa a ser permitido por uma convicção do julgador com conteúdo próximo ao político dada à utilização de conceito jurídico indeterminado associado a não desejabilidade penal ou social da não punição do fato. Afinal, obtemperando os efeitos sociais e penais da não criminalização daquele caso concreto, o magistrado afasta, a seu critério, a incidência do ditame da insignificância admitindo, dessa forma, a sua criminalização a despeito da inexistência de dano concreto expressivo. Nota-se, assim, a inclusão de conteúdo próprio de prevenção geral negativa no permissivo de o juiz da causa avaliar situações concretas que, embora geradoras de dano concreto insignificante, não possam ser deixadas impunes por ser indesejável penal e socialmente a incidência da insignificância ao caso, ou seja, a não punição.

A prevenção geral negativa encerra a funcionalidade de intimidar a sociedade e desestimular a prática de condutas tipificadas como crime, razão pela qual a valoração da prevenção geral negativa para o fenômeno da criminalização é própria do momento legislativo de definição de crimes e cominação das penas em abstrato, ou seja, do processo de criminalização primário. Nessa órbita, se a definição de crimes e cominação de penas mais severas não se revela como mecanismo inequívoco, idôneo e efetivo para propiciar a redução da criminalidade, o enxerto da prevenção geral negativa no momento judicial do processo de criminalização secundária de reconhecimento do fato como crime pela jurisdição não encontra amparo legal sequer teórico.

⁵ Concordamos com BUSATO (2003, p. 39) quando afirma que seria “ingênuo revestir a missão do direito penal de uma tarefa pedagógica a qual compete a outras esferas de controle social, como a família, a escola”.

Ou seja, se a ampliação ou maior severidade do direito penal não importa necessariamente a redução da criminalidade, a não punição de determinado caso concreto em face da aplicação do princípio da insignificância igualmente não acarreta o aumento da criminalidade. Afinal, a criminalidade é um fenômeno social complexo que não é movido ou contido simplesmente pela incidência ou não de uma norma incriminadora a um caso concreto.

A despeito da sobredita crítica, é necessário registrar que a prevenção geral negativa no que cerca ao viés de intimidação ambienta-se sobremodo no momento legislativo (fase do processo de criminalização primário). Torna-se importante, neste particular, esclarecer que o conteúdo de prevenção geral negativa tem pertinência também no processo de criminalização secundária especificamente, porém, quando da aplicação da pena haja vista a função da pena que agrega a retribuição, prevenção ou intimidação e reeducação. Com efeito, no ambiente de criminalização secundária, os aspectos próprios da prevenção geral negativa não se associam ao processo de reconhecimento do fato como crime (análise do fato típico) mas somente à fase de aplicação da pena dada a função tripla da pena de retribuição, prevenção ou intimidação e reeducação.

Por conseguinte, ao passo que o princípio da insignificância compõe causa supralegal de extinção do fato típico e que a prevenção geral negativa tem pertinência somente quando da aplicação da pena quando do exercício da jurisdição criminal, verifica-se, como medida imperativa, a exclusão de referências e parâmetros cunhados a partir de noções de prevenção geral negativa para a análise da aplicação ou não do ditame da insignificância.

7. A RESISTÊNCIA JURISPRUDENCIAL SOB O ARGUMENTO DO ESTÍMULO À PRÁTICA DE CRIMES

Contudo, o esforço de revisão dos vetores do princípio da insignificância sob as premissas da intervenção mínima com ênfase objetiva e detida à ofensividade encontra resistência.

Diante da naturalização da relação entre crime e a obrigação de aplicação de penas aflitivas sob a forma de “um novo impulso da racionalidade penal moderna” (PIRES, 2004), é induzida uma espontânea ou até mesmo inconsciente argumentação de que a aplicação da insignificância para autores reincidentes ou habituais seria um estímulo à prática de pequenos crimes⁶. Nota-se, neste particular, a incorporação do público como componente do sistema

⁶ Em relação ao ponto, destacando-se a falácia da correlação entre a aplicação da insignificância e o aumento da prática de crimes, no julgamento do HC 123108, o Ministro BARROSO assinalou que, “ainda que a resposta

penal o que se dá no interior do quadro normativo da racionalidade penal moderna (MACINTYRE, 1998), tendendo a produzir efeitos contraditórios e perversos nas relações entre as demandas de direitos humanos e o direito penal.

Posta a situação sob dois ângulos, emerge a conhecida crítica ancorada em justificativas de cautela e de não incentivo a prática de pequenos crimes no sentido que a admissão desenfreada da insignificância acarretaria o efeito de incentivo ou, ao menos, de não inibição da prática de pequenos crimes⁷.

7.1 O ARGUMENTO DE EFEITO PEDAGÓGICO E A LÓGICA ECONÔMICA DA PUNIÇÃO

Observa-se que esse fundamento de prevenção geral é adotado em julgamentos pela Corte Suprema, como no Agravo Regimental no Habeas Corpus 115.850, caso que envolvia paciente condenado a um ano de reclusão, em regime inicial semiaberto, e dez dias-multa, pelo furto de quatro galinhas caipiras, avaliadas conjuntamente em R\$ 40,00 (quarenta reais). Na oportunidade, o Ministro LUIZ FUX, considerando a reincidência do paciente, a partir de seus antecedentes e de sua “alcunha sugestiva” (“Fernando Gatuno”), afirmou que “o reconhecimento da atipicidade da conduta do paciente, pela adoção do princípio da insignificância, poderia, por via transversa, imprimir nas consciências a ideia de estar sendo avalizada a prática de delitos e de desvios de conduta”. Acrescentou, ainda, que a adoção do princípio da insignificância no caso constituiria “verdadeiro incentivo à prática de pequenos delitos patrimoniais”, e, ainda, que “a prudência recomenda que se leve em conta a obstinação do agente na prática delituosa, a fim de evitar que a impunidade o estimule a continuar trilhando a senda criminoso”⁸.

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”. Avançou no sentido de que “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”. Concluiu, assim, que “isso demonstra se tratar de um quadro complexo, em que o papel preventivo do direito penal talvez não seja decisivo como se imagina” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 123108, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 25 julho 2025).

⁷ Nesse ponto, cumpre retomar a importante contribuição de RIBEIRO e PRANDO (2017, p. 140), ao examinarem o julgamento do HC 123.108, no sentido da identificação que “na decisão, realizou-se um julgamento com a suspensão de direitos sem a motivação fundada na ideia de indivíduo perigoso a ser combatido, mas sim na perspectiva da reação à ideia geral de “insegurança social”, de “descredito nas instituições estatais” e de “proteção à vítima”, fundamentada em uso das doutrinas penais e dos próprios julgados do STF como recurso predominante de argumento de autoridade – o que indica um deslizamento da perspectiva autoritária do direito penal que se vale menos das ideias de prevenção especial e individual, fundadas na periculosidade e no inimigo, e passa a mobilizar alguns sentidos da prevenção geral”.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 115850 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em

Infere-se, com efeito, esse conteúdo como âncora para o parâmetro delineado pela jurisprudência da Corte Suprema da admissão da faculdade de o juiz não aplicar a insignificância caso a sua incidência seja indesejável penal ou socialmente. Para a identificação de elementos aptos a refutar essa crítica, a reflexão naturalmente evoca a missão do direito penal. A esse respeito, oportuno o esclarecimento de BUSATO (2003, p. 31):

Em primeiro lugar devemos precisar que a doutrina majoritária costuma empregar a palavra “funções” do direito penal para justificar o que o direito penal tem que refletir no plano do “dever ser”. Sem embargo, a acepção do termo não é bem empregada porquanto na linguagem sociológica se entende por função a soma das consequências objetivas de uma coisa, o que em direito penal seriam os efeitos objetivamente reais, ainda que não desejados, do sistema. Por isso a utilização do termo “missões” para denominar as consequências queridas e buscadas pelo sistema penal.

Discorrendo sobre a relevância da referida distinção conceitual, BUSATO (2003, p. 31) registra que as funções do direito penal nem sempre são coincidentes com as suas missões, constituindo “tarefa de jurista, de operador ou de estudioso do Direito penal tentar aproximar, tanto quanto possível, as funções das missões do Direito penal”, um desafio instigante e urgente no tema ora examinado⁹.

Ou seja, o direito penal volta-se à proteção de bens jurídicos? Ou seria voltado a assegurar o império da lei quanto às expectativas normativas nutridas de que seja a lei respeitada? Ou o direito penal volta-se também a aspectos macro, podendo ser operacionalizado como forma de controle social em vista da proteção da economia?

7.2 A ANÁLISE CRÍTICA À TEORIA DO “PREÇO DO CRIME”

Essa última ótica quando posta sob esse encadeamento de ideais certamente não inspiraria muitos adeptos. Por outro lado, a ideia passa a ecoar com maior vigor quando essa perspectiva é alinhada a partir da noção de que a não restrição da incidência do princípio da insignificância incentiva a prática de pequenos crimes.

Nesse sentido, a análise econômica do direito passa a utilizar a teoria do preço e dos mercados para explicar e prever os efeitos de normas jurídicas atuais ou futuras, de tal sorte que tais mercados podem ser marcados por preços monetariamente explícitos ou por preços implícitos (custos não pecuniários, como a pena de prisão no caso de uma lei criminal) (OLIVEIRA, 2014, p. 234). Ou seja, se o custo do cometimento de pequenos crimes aumenta

24/09/2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 15 julho 2025.

⁹ Essa perspectiva permeia a presente pesquisa, tendo em conta a meta de colmatar o conteúdo da insignificância, mantendo sua coesão interna e coerência com o modelo de direito penal vocalizado pela ordem democrática constitucional.

a partir da restrição da incidência da insignificância implementada pelo crivo do juiz quanto a ser indesejável naquele contexto a aplicação do princípio da insignificância (aumento do processo de criminalização secundário) seria prevista uma maior inibição do comportamento ilícito (prática de pequenos furtos).

Sob essa perspectiva e partindo da concepção do direito penal como ramo do direito voltado precipuamente ao controle social, a violação à norma jurídica criminal acarretaria um preço a ser pago pelo autor do crime, em resguardo da economia. Essa concepção remete, assim, a uma apropriação do direito penal pela análise econômica do direito, tomando-se a pena de prisão no caso da violação a uma lei criminal como um preço implícito.

Segundo POSNER (1992, p. 5):

“Do criminoso condenado que cumpriu sua sentença se diz que ‘pagou seu débito à sociedade’, e um economista acharia a metáfora adequada. **A punição é, pelo menos do ponto de vista do criminoso (...), o preço que a sociedade cobra por uma ofensa criminal. O economista é levado a prever que um aumento ou na severidade da punição ou na probabilidade de sua imposição irá elevar o preço do crime e consequentemente reduzir sua incidência**”.

7.3. O PAPEL DA MÍDIA E DA OPINIÃO PÚBLICA NA LEGITIMAÇÃO DA SELETIVIDADE

Sob essa digressão, tem-se, nas entrelinhas dos parágrafos das peças processuais, que o reconhecimento da insignificância importa incentivo à prática de crimes, devendo-se punir o agente habitual na prática de pequenos crimes considerado conteúdo proeminentemente econômico. Entretanto, é imprescindível considerar que o “estabelecimento das missões do Direito penal passa pelo reconhecimento de seus desvios objetivos e uma correta percepção de suas missões segundo a perspectiva dos ideais democráticos” (BUSATO, 2003, p. 46). Sendo assim, consoante apregoadado neste trabalho, a finalidade de prevenção do direito penal não subsiste como a missão principal desse ramo do direito, do contrário, seria autorizada a punição ampla de crimes de perigo sob a justificativa de prevenir danos.

Todavia, o direito penal, sob o marco do Estado de Direito, foi concebido para punir violações importantes, sendo a rigor um ramo do direito de controle posterior, mas mínimo e subsidiário. Sendo assim, a finalidade preventiva de promover a inibição a comportamentos proibidos emerge propriamente quando da aplicação da sanção penal cominada, ao lado da finalidade de retribuição e ressocialização, ou seja, quando o crime já aconteceu e a pena é aplicada.

Dessa forma, incutir ao direito penal a finalidade de prevenção geral negativa quando

da avaliação do cabimento, ou não, da aplicação do princípio da insignificância que consubstancia mecanismo de controle da legitimidade da criminalização desconfigura a razão de ser do direito penal. Ou seja, de um direito excepcional, subsidiário, não sendo permitido, assim, operacionalizá-lo para finalidades diversas àquela de punir condutas dotadas de ofensividade expressiva ao bem jurídico tutelado.

Sob esse recorte reside o esforço teórico para extirpar da aplicação do princípio da insignificância o elemento implícito relacionado à opinião pública, presente na concretização dos vetores associados à reprovabilidade e periculosidade, na faculdade dada ao juiz da causa de não aplicar a insignificância caso a não punição do fato seja social ou penalmente indesejável bem como na resistência de admitir a aplicação da insignificância para autores habituais ou reincidentes. Opta-se por conjecturar a repercussão na opinião pública sob a perspectiva comunitária e da mídia ante a não punição no lugar de buscar enxergar o fato sob a lente do direito penal democrático que, lastreado no modelo de intervenção mínima, não autoriza a incidência do direito penal se inexpressivo dano concreto gerado.

Na digressão apresentada, propõe-se, assim, a reflexão sobre a coesão dos vetores eleitos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para o princípio da insignificância, o que, para fins de qualificar a crítica, impõe investigar a origem sob o questionamento da finalidade maior do direito penal dentro de um Estado Democrático de Direito.

8. FINALIDADE DO DIREITO PENAL: ENTRE A PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS E O CONTROLE SOCIAL

A razão de ser do direito penal remete, ao longo do tempo, a respostas teóricas diversas e, até mesmo, diametralmente opostas.

No período das sociedades mais arcaicas, o gérmen do direito penal associava-se ao divino, operando o punitivo daquela sociedade como materialização da punição divina. Já sob as monarquias absolutistas, ainda que presente o elemento divino no que cerca à justificativa teórica para a legitimidade da superioridade do soberano preconizado por Jean Bodin (BARROS, 2001), a funcionalidade do direito penal voltava-se à pessoa do soberano o qual podia livremente dele dispor, aplicando-o quando lhe convinha a revelar nuance claramente autoritária. Passando à realidade presente de Estado Democrático de Direito tem-se que o autoritarismo não tem lugar à mesa porquanto fundado na primazia dos direitos fundamentais do homem, atribuindo, assim, ao Estado o caráter principal de promoção desses direitos.

Com efeito, firme nessa breve digressão, cumpre refletir acerca de qual perspectiva teórica amolda-se a um Estado Democrático de Direito. Destarte, revela-se necessário resgatar

as noções principais dos modelos funcionalistas¹⁰, para verificar se há pertinência ou não quanto ao exame de aspectos afetos à prevenção geral negativa na tarefa de aplicação do princípio da insignificância.

Neste descortino, o funcionalismo teleológico assume como missão primordial do direito penal a proteção de bens jurídicos, enquanto o funcionalismo sistêmico elege o resguardo do império da lei penal. O primeiro realça a função garantidora do direito penal (proteção ao bem jurídico tutelado) com natureza subsidiária e excepcional, enquanto o segundo põe em destaque o sistema, a lei, assumindo o direito penal, assim, a função de punir em vista de resguardar as legítimas expectativas normativas. Logo, ainda que existente lesão inexpressiva a bem jurídico, o funcionalismo sistêmico admite processo de criminalização pautado no fim de prevenção geral negativo porquanto necessário ao mote de garantir o império da lei.

Trata-se de visões de mundo opostas. De um lado, o direito penal ressoa como um sistema protetivo e, de outro lado, o direito penal opera como sistema de notório controle social para fins de prevalência da lei. Enquanto o funcionalismo teleológico enxerga o Estado como protetor de bens jurídicos, o funcionalismo sistêmico toma o Estado como razão em si admitindo o império da lei como justificativa suficiente para o processo de criminalização que mitiga a liberdade do homem¹¹.

Sob esse panorama, o modelo sistêmico autoriza a incidência do direito penal com o fito de resguardar o império da lei, expressão do Estado, não tendo o indivíduo (destinatário do bem jurídico) a posição de centralidade. Logo, admitir a criminalização a partir de conteúdo próprio de prevenção geral, favorece o autoritarismo e o totalitarismo.

O alerta não é exagerado, devendo ser contextualizada com a realidade hodierna ocidental de ascensão de governos com práticas autoritárias e totalitárias. Não há evidentemente a adoção das mesmas formas e discursos dos regimes totalitários do século XX. Atualmente, o autoritarismo se instala sob passos gradativos, travestidos de legalidade e de “boas intenções”, o que mostra presente nos movimentos de erosão democrática conforme advertem LEVITSKY e ZIBLAT (2018, p. 92):

¹⁰ Importante destacar, dentro do recorte do tema, que não se pretende discorrer acerca do funcionalismo teleológico de ROXIN e funcionalismo sistêmico de JAKOBS, teorias muito bem abordadas na doutrina, mas tão somente identificar a perspectiva de cada modelo em relação à função do direito penal.

¹¹ POPPER (1974), em sua obra *Sociedade Aberta e Seus Inimigos*, ao apresentar a crítica em torno da teoria política platônica como o gérmen do totalitarismo, considera Hegel como o autor responsável pela reelaboração moderna do totalitarismo platônico, pois permite identificar as origens do totalitarismo em nosso tempo. Aponta o autor que, como Platão, Hegel ocupa-se em sua obra em demonstrar que o Estado é tudo e o indivíduo, nada.

COMO AUTORITÁRIOS ELEITOS destroem as instituições democráticas cujo dever é restringi-los? Alguns o fazem com uma só cajadada. Com maior frequência, porém, **a investida contra a democracia começa lentamente**. Para muitos cidadãos, **ela pode, de início, ser imperceptível**. Afinal, eleições continuam a ser realizadas. Políticos de oposição ainda têm seus assentos no Congresso. Jornais independentes ainda circulam. **A erosão da democracia acontece de maneira gradativa, muitas vezes em pequeníssimos passos. Tomado individualmente, cada passo parece insignificante – nenhum deles aparenta de fato ameaçar a democracia**. Com efeito, as iniciativas governamentais para subverter a democracia costumam ter um **verniz de legalidade**. Elas são aprovadas pelo Parlamento ou julgadas constitucionais por supremas cortes. **Muitas são adotadas sob o pretexto de diligenciar algum objetivo público legítimo – e mesmo elogiável –, como combater a corrupção, “limpar” as eleições, aperfeiçoar a qualidade da democracia ou aumentar a segurança nacional.** (grifo nosso)

Com efeito, o funcionalismo sistêmico admite a instrumentalização do direito penal, sistema que atinge a liberdade (primeiro dos direitos fundamentais), para a garantia da lei, colocando, sob essa perspectiva, o homem em segundo plano dada a primazia conferida à ordem normativa, o que colide com os fundamentos do Estado Democrático de Direito ancorado na dignidade da pessoa humana. O Estado de Direito é aquele pautado na lei, sendo que a lei, por si só, não imuniza a ascensão do autoritarismo enquanto o Estado Democrático de Direito reza a liturgia democrática entoando cantos de liberdade e de prevalência da dignidade humana. Ou seja, a essência democrática do Estado de Direito repele o autoritarismo e, por isso, refuta o funcionalismo sistêmico enquanto resposta acerca da finalidade do direito penal.

Sob essa constatação o princípio democrático exige que os limites materiais dos processos de criminalização sejam claramente definidos bem como que a sua observância seja inequivocamente manifestada em todos os momentos dos processos de criminalização inclusive quando do exercício da jurisdição criminal.

9. CRÍTICA DOGMÁTICA AO ARRANJO TEÓRICO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: O Esvaziamento da Exigência da Ofensividade como Critério de Tipicidade

Admitir a valoração pautada na prevenção geral quando do exame da tipicidade material (componente do fato típico, primeiro substrato do conceito analítico tripartido do crime) importa aproximação em relação ao funcionalismo sistêmico o qual toma por missão do direito penal resguardar a higidez do sistema, ou seja, proteger as legítimas expectativas normativas. Ou seja, a inclusão no arranjo teórico do princípio da insignificância de aspectos próprios da prevenção geral revela ainda que de forma implícita o desvirtuamento do conceito

material de crime, quando o Supremo Tribunal Federal constrói permissivo ao juiz da causa de, mesmo estando ausente a ofensividade, não aplicar o princípio da insignificância quando a não punição mostrar-se social ou penalmente indesejável (perspectiva que se apropria da escopo do direito penal de resguardo do império da lei).

Constata-se também a indevida inclusão da perspectiva prevenção geral, quando a Corte Suprema, em sua iterativa jurisprudência, dispõe que, no exame do princípio da insignificância, cumpriria verificar se a lesão fora insignificante não somente em relação ao titular do bem jurídico tutelado como também quanto à tutela da integridade da ordem social.

Confira-se:

(..) O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. **O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social** (g.n.).¹²

A proteção ao bem jurídico figura como a missão do direito penal, sendo, como já destacado no capítulo primeiro, a ofensividade a centralidade do fenômeno crime, o que aproxima, neste particular, o direito penal brasileiro do funcionalismo teleológico.

A esse respeito:

Para que tenhamos um Direito penal que expresse verdadeiramente os propósitos iluministas de igualdade e liberdade, somente é possível conceber como missão do Direito penal a garantia igualitária de proteção aos bens jurídicos indispensáveis para o desenvolvimento social do homem, através da sanção aos ataques mais graves dirigidos contra tais bens jurídicos (BUSATO, 2003, p. 43)

Nesta feita, conceber a finalidade preventiva (inclusão da perspectiva da integridade da ordem social) como parâmetro autônomo (ou seja, não se exigiria concomitantemente a violação ao bem jurídico tutelado) para o processo de criminalização de verificação do enquadramento do fato como crime não tem lugar em um Estado Democrático de Direito, pois se estaria mitigando o direito fundamental à liberdade sem a prévia ofensa a um valor protegido pelo direito penal¹³. Não se revela legítima a criminalização de uma conduta que perpetra dano concreto inexpressivo sob o propósito de supostamente conter repercussão

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84412, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 19/10/2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 05 março 2023

¹³ Ao passo que a investigação acerca das teorias que versam quanto aos processos de eleição dos bens jurídicos protegidos pelo direito penal, indica-se a leitura de BADARÓ, Tatiana. Bem jurídico-penal supraindividual. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

social ou penal decorrente da não punição, haja vista que “mostra-se inaceitável a restrição do direito fundamental à liberdade em benefício da obtenção de meros interesses político-criminais de organização e regulamentação social” (D’ÁVILA: 2014, p. 12).

Esse arranjo teórico delineado pela Suprema Corte torna turvos os processos de criminalização na medida em que se nota indevida maleabilidade em relação aos limites materiais do crime, quando em um Estado Democrático de Direito deveriam esses limites ser firmes e claramente perceptíveis, para fins de salvaguarda dos direitos fundamentais mitigados pelo direito penal. Nota-se, assim, a incoerência do arranjo teórico eleito pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ao adotar uma miscelânea de pressupostos ancorados em premissas teóricas colidentes quando introduz aspectos do funcionalismo sistêmico associados à prevenção geral negativa.

Impõe-se, portanto, a depuração crítica e dogmática do arranjo teórico eleito pelo Supremo Tribunal Federal o qual demanda releitura objetiva mediante a identificação de parâmetro que deflua do princípio democrático e que preserve os limites materiais dos processos de criminalização.

CONCLUSÃO

A análise empreendida revelou que o arranjo teórico firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus nº 123.108, ao admitir o afastamento do princípio da insignificância com base em critérios como a reincidência, a habitualidade e, sobretudo, a “indesejabilidade penal ou social” da não punição, não apresenta respaldo dogmático consistente nem fundamento constitucional legítimo. A partir da problemática proposta — se esse modelo assegura uma aplicação mais isonômica e coerente com a natureza jurídica do instituto —, conclui-se que a resposta é negativa.

Verificou-se que, sob o argumento de salvaguardar a ordem e evitar a impunidade, o STF introduziu no juízo de tipicidade material elementos de natureza subjetiva, como a valoração individual do julgador acerca da aceitabilidade social da não punição, desviando o princípio da insignificância de sua função originária. Essa inflexão jurisprudencial conduz à substituição da análise objetiva da ofensividade pela especulação sobre impactos simbólicos da absolvição, o que rompe com os marcos da legalidade estrita e da racionalidade dogmática da teoria do delito.

As hipóteses inicialmente formuladas foram confirmadas. De um lado, a criação do critério de “indesejabilidade penal ou social” concede ao julgador ampla discricionariedade, com base em percepções morais e conveniências político-criminais, violando os postulados do

Estado Democrático de Direito. De outro, identifica-se, ainda que de forma não declarada, a adoção de uma função simbólica do direito penal, voltada a transmitir à coletividade mensagens de intolerância à prática de crimes, mesmo quando ausente lesividade concreta relevante. Trata-se, portanto, da absorção de fundamentos próprios da prevenção geral negativa, que transformam a insignificância em exceção e reforçam um modelo punitivista seletivo e arbitrário.

Frente a esse cenário, impõe-se uma revisão crítica da orientação jurisprudencial vigente, a fim de restaurar os contornos garantistas do princípio da insignificância. É imprescindível reafirmar a centralidade da proteção de bens jurídicos, da proporcionalidade e da ofensividade concreta como critérios orientadores da tipicidade penal, resgatando o compromisso dogmático e constitucional com um direito penal de matriz democrática e de intervenção mínima.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BADARÓ, Tatiana. **Bem jurídico-penal supraindividual**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.
- BARROS, Alberto. **A teoria da soberania de Jean Bodin**. São Paulo: Unimarco Editora, 2001
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84412. Relator: CELSO DE MELLO; HC 123108, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2015; HC 115850 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 24/09/2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 15 julho 2025.
- BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. Imprensa: São Paulo, Atlas, 2015.
- D'ÁVILA, Fábio Roberto. Desafios do Modelo de Crime como Ofensa ao Bem Jurídico no Direito Penal Contemporâneo. **Pensamento Penal**. Vol. 1, Nº 01, Ano I, Setembro de 2014.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLAT, Daniel. **Como as democracias morrem**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- MACINTYRE, Alasdair. **Justicia y Racionalidad** (traducción y presentación de Alejo José G. Sison). Barcelona: Ediciones Internacionales Universitarias, 1998.
- MENDES, Túlio Max Freire. Crime como ofensa a bem jurídico: ofensividade e proporcionalidade como limites materiais à legitimação da criminalização. **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, p. 64/82.
- OLIVEIRA, Amanda Flávio de; CASTRO, Bruno Braz de. Proteção do consumidor de crédito: uma abordagem a partir da Economia Comportamental. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 93, p. 231-249, 2014.

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

POPPER, Karl. **A sociedade aberta e os seus inimigos**. Belo Horizonte, Ed. Itatiaia; São Paulo, Ed. da Universidade de São Paulo, 1974.

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 4ª ed. Little, Brown and Company, 1992.

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.