

**XXXII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO PAULO - SP**

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL I

FERNANDO DE BRITO ALVES

GUSTAVO NORONHA DE AVILA

HUMBERTO BARRIONUEVO FABRETTI

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

C928

Criminologias e política criminal I[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Fernando De Brito Alves, Gustavo Noronha de Avila, Humberto Barrionuevo Fabretti – Florianópolis: CONPEDI, 2025.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-348-0

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. Criminologias. 3. Política criminal. XXXII Congresso Nacional do CONPEDI São Paulo - SP (4: 2025 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXXII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO PAULO - SP

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL I

Apresentação

Em uma bela tarde de primavera, realizamos a coordenação dos trabalhos do Grupo Criminologias e Política Criminal. Os trabalhos evidenciaram importante avanço e amadurecimento das ideias discutidas neste GT.

Primeiramente, foram analisados os fundamentos para o (não) reconhecimento da violência praticada pelo Estado, por Thiago Allisson Cardoso De Jesus, Thiago França Sousa e Kamila Coutinho Silva. Os pesquisadores trabalharam, a partir de um estudo sistemático que envolveu teorias renomadas e análise de dados, com as expressões político-criminais desse fenômeno na realidade brasileira. Defenderam que, para além do discurso de um ente protetor, a violência estatal se revelou uma característica intrínseca ao sistema, e seu (não) reconhecimento constituiu uma estratégia deliberada para legitimar e perpetuar a violação de direitos fundamentais, como demonstraram os casos de letalidade policial e violência carcerária.

Na sequência, a discussão se voltou ao Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero como instrumento de efetivação dos direitos humanos das mulheres no Poder Judiciário, trabalho de autoria de Heloisa Helena Ramos Gonçalves, Nena Mendes Castro Buceles e Thiago Allisson Cardoso De Jesus. Os pesquisadores realizaram uma análise crítica da ferramenta, contextualizando sua origem e objetivos frente a uma prática judicial marcada por estereótipos. Argumentaram que, apesar do potencial transformador da diretriz, sua aplicação efetiva exige mudanças estruturais e engajamento institucional para a consolidação de uma justiça mais equitativa.

Questão também abordada foi o do princípio *in dubio pro societate* no processo penal, analisado por Gregório Fogaça Carvalho dos Santos e Mauricio Moschen Silveira. Os pesquisadores investigaram a constitucionalidade de sua aplicação, confrontando o preceito com garantias como a presunção de inocência e o devido processo legal. Defenderam que o princípio, de linhagem fascista, distorce o sistema acusatório e infringe direitos fundamentais, revelando-se incompatível com o modelo constitucional vigente, apesar de sua aplicação prática no processo penal brasileiro.

A teoria da prevenção geral positiva, formulada por Günther Jakobs, foi o objeto de análise crítica de Ádria Luyse do Amaral Martins e Victor Augusto Silva de Medeiros. Foi

investigado como a teoria, ao ser aplicada em contextos de encarceramento em massa e seletividade penal como o brasileiro, legitima a violência estrutural. Concluíram que a formulação de Jakobs reforça o caráter simbólico do sofrimento e a seletividade do sistema penal, defendendo a adoção de um paradigma garantista e emancipatório.

Dando continuidade, a persistente questão abuso de autoridade na persecução penal brasileira foi analisado sob a ótica foucaultiana por Dani Rudnicki, Mauricio Moschen Silveira e Rafael Antochévis Möller. Os autores investigaram como o fenômeno se configura não como desvio pontual, mas como parte estrutural das relações de poder do sistema penal. Apresentam como hipótese que a polícia opera como agente disciplinar e que, quando extrapola limites, manifesta o dispositivo punitivo através de práticas seletivas, racializadas e orientadas à repressão de populações marginalizadas, convertendo abusos em verdades processuais legitimadas pelo discurso jurídico.

O possível caminho das prisões brasileiras frente às violações de direitos humanos foi discutido por Fernanda Rabello Belizário. A pesquisadora investigou se a sociedade brasileira tem caminhado rumo a um declínio das prisões no que tange ao respeito dos direitos do indivíduo em situação de cárcere, valendo-se de análise crítica a partir dos pensamentos de Michel Foucault. Verificou que há necessidade de observar mais os movimentos para com as prisões no Brasil, sendo precipitado concluir sobre o fim do encarceramento, mesmo com a evolução dos direitos humanos. (não veio)

Os direitos humanos de pessoas transexuais e travestis no sistema prisional do Maranhão foram analisados por Scarlett Abreu Santos, Jaqueline Prazeres de Sena e Eliane Expedita de Sousa Almeida. As pesquisadoras examinaram a Instrução Normativa nº 98/2023 da SEAP/MA, questionando em que medida o dispositivo assegura a efetivação de direitos dessas pessoas no contexto penitenciário. Adotaram método indutivo e procedimento sociojurídico crítico, focando na análise do princípio da dignidade humana e nas vivências dessas pessoas, de forma a perceber suas individualidades e aquilo que buscam para se sentirem asseguradas.

Tema atual é a influência do capitalismo de vigilância no sistema penitenciário brasileiro, analisada criticamente por Pedro Costa De Araujo e Deise Marcelino Da Silva. Foi examinado como o uso crescente de tecnologias de monitoramento tem redefinido a execução penal sob o prisma da eficiência e do controle, suscitando preocupações quanto à privacidade, à dignidade da pessoa humana e à autodeterminação informativa. Defenderam que a adoção de tais instrumentos deve ser orientada por princípios garantistas, respeito à proporcionalidade, transparência e proteção de dados pessoais, evitando que o sistema penal se torne campo de experimentação tecnológica em detrimento da dignidade humana.

Bauman é utilizado para analisar a reconfiguração do poder punitivo à luz da condição pós-moderna e da modernidade líquida foi examinada por Thales Dyego De Andrade, Anna Júlia Vieira da Silva e Maria Eduarda Lucena Meireles. Foi proposta a categoria direito penal líquido, diagnosticando que a legitimação jurídica migrou de fundamentos universalistas para métricas de performatividade. Utilizaram como exemplo empírico a resposta aos eventos de 8 de janeiro de 2023, identificando a normalização da exceção através de bloqueios patrimoniais, conversão massiva de flagrantes em preventivas e ênfase na comunicação midiática. Apresentaram parâmetros de controle como ofensividade, reforço da taxatividade e cautelares como extrema ratio, concluindo que reequilibrar o *ius puniendi* exige impedir que a exceção vire rotina.

Em seguida, a Ditadura Civil-Militar brasileira (1964–1985) foi analisada a partir da categoria criminológica dos crimes de Estado por Thales Dyego De Andrade e Anna Júlia Vieira da Silva. Os autores argumentaram que práticas como tortura, desaparecimentos forçados e execuções sumárias não foram excessos, mas políticas sistemáticas de repressão, legitimadas pela Doutrina de Segurança Nacional e por narrativas oficiais. Incorporaram a memória como categoria epistemológica e mobilizaram relatórios da Comissão Nacional da Verdade para demonstrar como o Estado utilizou o aparato jurídico e militar para instaurar um regime de exceção permanente. Concluíram que a crítica criminológica deve assumir compromisso com os direitos humanos, a democracia e a memória das vítimas.

A relação entre educação, remição de pena e o trabalho de cuidado exercido por mulheres negras no sistema prisional brasileiro foi analisada criticamente por Ádria Luyse do Amaral Martins e Victor Augusto Silva de Medeiros. Os pesquisadores partiram de uma perspectiva interseccional e abolicionista, constatando que o cárcere opera sob uma lógica androcêntrica, racista e punitiva, invisibilizando as práticas de cuidado dessas mulheres. Dialogaram com a Opinião Consultiva nº 29 da CIDH e com a crítica abolicionista de Angela Davis, propondo o cuidado como fundamento para uma justiça não punitiva. Concluíram que a valorização do cuidado e da educação no interior das prisões pode contribuir para práticas de justiça transformadoras e condizentes com os direitos humanos.

O trabalho seguinte analisou o fim do manicômio judiciário no Brasil e os desafios para o pós-encarceramento promovido pela Resolução nº 487/2023 do CNJ. Escrito por Rhuan Rommell Bezerra de Alcantara e Gustavo Barbosa de Mesquita Batista, houve um diálogo entre o direito, a criminologia crítica e o abolicionismo penal-psiquiátrico, problematizando como aplicar uma lógica antimanicomial sem caráter correccional. Identificaram preocupações como prazo exíguo, fragilidade das políticas de saúde mental e estigma que obstaculiza o tratamento comunitário. Perceberam que a substituição de um tratamento segregador

desmonta o caráter punitivista enraizado e revela a importância de uma relação mais firme entre a rede de saúde mental e o sistema de justiça criminal.

A criminalização da invasão de terras públicas contida no art. 20 da Lei 4.947/66 foi examinada por Georgiano Rodrigues Magalhaes Neto, Wendelson Pereira Pessoa e Roberto Carvalho Veloso. Os pesquisadores realizaram pesquisa empírica nos Tribunais Regionais Federais e no Superior Tribunal de Justiça, analisando acórdãos sobre a interpretação do elemento normativo do tipo penal à luz dos princípios da subsidiariedade, fragmentariedade e intervenção mínima. Identificaram uma tensão interpretativa, pois o STJ passou a admitir a criminalização de condutas meramente clandestinas, ampliando o alcance punitivo da norma. Partiram da hipótese de que o sistema jurídico já dispõe de instrumentos extrapenais eficazes, revelando-se desnecessária a mobilização da repressão penal.

Os impactos jurídicos da constatação de distintos graus de lesividade concreta no exercício do poder punitivo estatal foram analisados por Tulio Max Freire Mendes. O texto sustenta que a baixa ofensividade da conduta deve ensejar uma resposta estatal igualmente mitigada mediante alternativas penais, mesmo no caso de agente reincidente. Examinou como o reconhecimento da mínima lesividade pode neutralizar os efeitos da reincidência na fixação do regime inicial de cumprimento da pena e orientar a aplicação de medidas socialmente adequadas. Propôs respostas penais graduadas que alinham o sistema penal aos princípios da proporcionalidade, necessidade e intervenção mínima, concluindo pela necessidade de rejeitar padrões punitivos automáticos em favor de um modelo responsivo à gravidade real da ofensa.

A corrupção e a improbidade administrativa na esfera municipal foram analisadas por Monique Marla da Hora Pereira Santos, Marcio Aleandro Correia Teixeira e Alinne Mayssa Pereira Pires, com ênfase na gestão de São Bernardo – MA. Foram adotados como referenciais teóricos o Neoinstitucionalismo e o framework de Análise Institucional e Desenvolvimento de Elinor Ostrom, a criminologia crítica de Alessandro Baratta e a teoria da associação diferencial de Edwin Sutherland. Examinaram como a descentralização de recursos após 1988 ampliou a vulnerabilidade dos municípios a práticas ilícitas que corroem a credibilidade institucional. Concluíram que a corrupção municipal, como fenômeno estrutural, exige soluções pautadas no fortalecimento da governança participativa e na revisão das estruturas que perpetuam a impunidade.

O sistema prisional brasileiro foi analisado a partir do conceito de instituições totais desenvolvido por Erving Goffman por Letícia Rezner e Osmar Veronese. Os pesquisadores partiram da hipótese de que o cárcere, legitimado pelo discurso da ressocialização, não

exerce essa função, mas aprofunda processos de exclusão e desumanização. Demonstraram que, configuradas como instituições totais, as prisões brasileiras consolidaram sua posição como instrumentos de controle social seletivo e repressivo, atingindo especialmente grupos vulneráveis. Concluíram que a superação da lógica punitivista exige políticas públicas e alternativas penais que priorizem a dignidade da pessoa humana e a reintegração social, em consonância com a Constituição de 1988 e com os tratados internacionais de direitos humanos.

Georgiano Rodrigues Magalhaes Neto, Wendelson Pereira Pessoa e Roberto Carvalho Veloso são os autores do trabalho "ENTRE MORADIA E PRISÃO: A CRIMINALIZAÇÃO DA INVASÃO DE TERRAS PÚBLICAS E OS LIMITES DA INTERVENÇÃO PENAL". O objetivo é examinar a criminalização da invasão de terras públicas (art. 20 da Lei 4.947/66), destacando os limites da intervenção penal. O artigo conclui que a ampliação do alcance punitivo pela jurisprudência do STJ, ao criminalizar condutas meramente clandestinas, é desnecessária e desproporcional, sob o risco de reproduzir a seletividade penal.

A autora Fernanda Rabello Belizário é responsável pelo artigo "ESTUDO SOBRE AS MAZELAS DO SISTEMA PRISIONAL E O CAMINHO DAS PRISÕES NO BRASIL: EXTINÇÃO DO CÁRCERE OU PERSISTÊNCIA NAS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS?". O objetivo do trabalho é discutir o possível caminho das prisões brasileiras frente ao repúdio social e às violações de direitos humanos, analisando criticamente o sistema prisional à luz do pensamento de Michel Foucault. O artigo conclui que é precipitado afirmar o fim das prisões, sendo necessário observar os movimentos sociais e jurídicos para novos mecanismos de punição.

Por fim, os efeitos da necropolítica e da racionalidade neoliberal sobre a efetividade das garantias processuais penais no Brasil foram investigados por Rogerth Junyor Lasta, Carina Ruas Balestreri e Josiane Petry Faria. Os autores partiram da hipótese de que tais garantias, ao serem submetidas à lógica do mercado e à gestão da morte promovida pelo Estado, deixam de cumprir sua função de contenção do poder punitivo e passam a legitimar a repressão dirigida a corpos vulneráveis. Articularam os conceitos de vulnerabilidade, seletividade e garantismo, indicando que a racionalidade neoliberal e a necropolítica moldam o sistema de justiça penal como instrumento de controle social. Concluíram ser necessário resgatar um garantismo penal comprometido com a inclusão social e a proteção efetiva dos direitos fundamentais.

Gustavo Noronha de Ávila

Fernando de Brito Alves

Humberto Barrionuevo Fabretti

GRADUABILIDADE DA RESPOSTA PENAL: SUPERANDO O MODELO PUNITIVO UNIFORME EM CONTEXTOS DE BAIXA OFENSIVIDADE

GRADUABILITY OF PENAL RESPONSE: OVERCOMING THE UNIFORM PUNITIVE MODEL IN CONTEXTS OF LOW OFFENSIVENESS

Tulio Max Freire Mendes ¹

Resumo

O presente artigo analisa os impactos jurídicos da constatação de distintos graus de lesividade concreta no exercício do poder punitivo estatal, com ênfase na necessidade de superação do modelo uniforme de sanção penal. Partindo da ideia de que a intervenção penal deve ser proporcional à gravidade do fato, sustenta-se que a baixa ofensividade da conduta deve ensejar uma resposta estatal igualmente mitigada mediante alternativas penais, como a substituição da pena privativa de liberdade por sanções alternativas mesmo no caso de agente reincidente. Sob abordagem teórico-dogmática, examina-se como o reconhecimento da mínima lesividade pode neutralizar os efeitos da reincidência na fixação do regime inicial de cumprimento da pena, influenciar o processo de criminalização primária e orientar a aplicação de medidas socialmente adequadas. A proposta de respostas penais graduadas permite alinhar o sistema penal aos princípios da proporcionalidade, necessidade, intervenção mínima e racionalidade, contribuindo para conter o encarceramento massivo e reforçar os compromissos do Estado Democrático de Direito. Conclui-se pela necessidade de rejeitar padrões punitivos automáticos, em favor de um modelo responsivo à gravidade real da ofensa.

Palavras-chave: Ofensividade, Proporcionalidade, Sanção, Alternativas, Penais

Abstract/Resumen/Résumé

This article analyzes the legal implications of recognizing different degrees of concrete harm in the exercise of the State's punitive power, emphasizing the need to overcome the uniform model of penal sanctions. Based on the premise that criminal intervention must be proportional to the seriousness of the offense, it argues that low-offensiveness conduct should prompt a mitigated penal response through alternative measures, including the substitution of imprisonment even in cases involving repeat offenders. Using a theoretical-dogmatic approach, the study examines how the recognition of minimal harmfulness can neutralize the effects of recidivism when determining the initial prison regime, influence primary criminalization, and guide the adoption of socially adequate measures. The proposal of graded penal responses allows the criminal justice system to align with the principles of proportionality, necessity, minimal intervention, and rationality, thereby contributing to the reduction of mass incarceration and reinforcing the foundations of the Democratic Rule of

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

Law. The article concludes that automatic punitive patterns must be replaced by a model responsive to the actual seriousness of the offense.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Offensiveness, Proportionality, Sanction, Alternative, Penalties

1. INTRODUÇÃO

A expansão do direito penal em contextos de baixa ofensividade das condutas tem provocado reflexões críticas sobre a legitimidade e a proporcionalidade da resposta estatal. Em um Estado Democrático de Direito, o encarceramento deve ser reservado a condutas de alta gravidade, dada sua natureza excepcional dentro do sistema de sanções penais. No entanto, identifica-se a problemática na verificação da imposição da pena privativa de liberdade mesmo em contextos de baixa ofensividade, revelando possível distorção na aplicação do princípio da intervenção mínima. A hipótese que emerge é a de que o uso da pena privativa de liberdade como forma automática de repressão, sem consideração adequada ao grau de lesividade concreta da conduta, compromete os fundamentos do Estado Democrático de Direito e contraria os princípios da intervenção mínima e da ofensividade. A substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos constitui medida socialmente adequada para casos de dano concreto de baixa expressividade, ainda que o agente seja reincidente, funcionando como instrumento legítimo de exceção ao encarceramento. Tal alternativa mostra-se especialmente necessária diante da crise estrutural do sistema prisional e da desproporcionalidade entre a gravidade do fato e a severidade da sanção.

O artigo organiza-se em dois capítulos principais. No primeiro (item 5), intitulado “O baixo grau de ofensividade como elemento de calibração do poder punitivo”, examina-se como a verificação da reduzida lesividade de determinadas condutas pode projetar efeitos sobre o processo penal e sobre a definição da resposta estatal. O item 5.1 discute os impactos dessa constatação na criminalização primária, com destaque para o debate sobre o art. 28 da Lei de Drogas. Já o item 5.2 analisa a possibilidade de que a baixa ofensividade neutralize os efeitos da reincidência na fixação do regime inicial da pena, permitindo o enquadramento do réu no regime aberto. No item 6, denominado “Medidas penais alternativas frente a condutas de baixa ofensividade: possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos”, o estudo volta-se aos fundamentos legais e dogmáticos que autorizam essa substituição, quando a privação de liberdade se revela desproporcional diante da baixa gravidade do delito, reforçando a tese de que a adoção de sanções penais alternativas, nesse contexto, alinha-se à diretriz da intervenção penal mínima e à função racional do sistema de justiça criminal.

2. OBJETIVOS

O objetivo do presente estudo é demonstrar que, em conformidade com os princípios

da intervenção mínima, da proporcionalidade e da ofensividade, o encarceramento é inadequado quando se trata de condutas de baixa lesividade. Busca-se, especificamente, analisar como a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos pode operar como medida socialmente adequada em casos em que de reduzida expressividade, ainda que o agente seja reincidente. O estudo também pretende evidenciar que a defesa por alternativas penais ao encarceramento em contextos de dano concreto de pouca expressividade é um imperativo.

3. METODOLOGIA

A pesquisa adota abordagem teórico-dogmática, com método analítico-crítico, voltado à interpretação de normas, princípios e categorias jurídico-penais relacionadas à noção de ofensividade e à aplicação de sanções penais em contextos de mínima lesividade. O estudo fundamenta-se em fontes normativas, doutrinárias e jurisprudenciais, visando identificar como o reconhecimento do baixo grau de ofensividade de determinadas condutas pode interferir na definição da política criminal, na escolha das sanções e na contenção do poder punitivo. A análise concentra-se na articulação entre o princípio da ofensividade e os critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade das respostas penais, especialmente na fixação do regime inicial de pena e na substituição da pena privativa de liberdade por sanções alternativas.

4. DESENVOLVIMENTO DA PESQUISA

A pesquisa desenvolve-se a partir da análise da função do grau de ofensividade da conduta como elemento de calibração da resposta penal, considerando suas repercussões desde a criminalização primária até a execução da pena. Inicialmente, examina-se como a baixa ofensividade pode atuar como argumento de política criminal para sustentar a inconstitucionalidade da criminalização do porte de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei de Drogas). Em seguida, analisa-se sua função como fator neutralizador da reincidência, permitindo a fixação do regime inicial aberto em hipóteses de reduzida lesividade. Por fim, discute-se a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, como resposta penal socialmente adequada em face de condutas que, embora formalmente típicas, revelam escassa lesão ao bem jurídico tutelado.

5. O BAIXO GRAU DE OFENSIVIDADE COMO ELEMENTO DE CALIBRAÇÃO DO PODER PUNITIVO EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O princípio da necessidade aparelha o direito penal, de forma a sinalizar a ilegitimidade

da incidência desse ramo do direito quando esse revela-se desnecessário, considerado o modelo de intervenção mínima e subsidiária da intervenção criminal estatal. Destarte, para a legítima incidência do direito penal, revela-se premissa irrenunciável a constatação de que o fato é relevante, significativo.

Decorre do direito fundamental à individualização da pena a definição pelo Legislativo de crimes (condutas proibidas) e a cominação da sanção penal acaso a conduta amolde-se ao tipo penal, o que se dá no processo de criminalização primário. Com efeito, ante a fragmentariedade e seletividade inerente ao direito penal, alguns bens jurídicos são identificados dentro do universo social como aqueles de maior relevância ou essencialidade de modo a serem protegidos, como última *ratio*. Logo, é inato ao processo de criminalização primário a constatação da relevância do fato para o direito penal.

Entretanto, é possível identificar níveis de gradação de relevância penal a partir, por exemplo, da escolha do Legislativo de criminalizar uma conduta como contravenção ou como crime. Nessa esfera, ainda que todo crime ou contravenção penal tenha como inerente a relevância do fato para o direito penal, constata-se a existência de nivelamento ou gradação de relevância em abstrato entre os fatos, sendo que, vislumbrada situação de menor relevância ou significância do fato para o direito penal, identifica-se a projeção de determinados efeitos que serão objeto de análise neste estudo.

O delito de porte de droga para consumo pessoal previsto no artigo 28 da Lei de Drogas ilustra esse cenário com propriedade, pois a conduta é definida como crime sem a cominação de pena de prisão, sequer simples, como ocorre nas contravenções. A correlação entre o princípio da necessidade e o referido crime permite identificar que a situação de insignificância presente na concepção do fato como crime (criminalização primária) projeta efeitos no processo de criminalização secundária empreendido pela jurisdição criminal.

No plano da criminalização secundária, reconhecido o princípio da insignificância, há a inequívoca verificação da completa desnecessidade da incidência do direito penal ao caso com a projeção do efeito de não punição do fato (atipicidade da conduta). Destarte, afigura-se o princípio da insignificância como ferramenta efetiva de contenção de processo de criminalização secundário ilegítimo. A esse respeito, RIBERITO e PRANDO (2017, p. 138) discorrem que a “sua aplicação guarda consigo um potencial realização democrática no sistema de justiça criminal, ao possibilitar o afastamento do campo punitivo de um número significativo de condutas consideradas não lesivas ao bem jurídico alheio”.

A consequência da não punição decorrente do princípio da insignificância é admitida pacificamente ante a sua natureza de causa supralegal de exclusão da tipicidade material e, logo,

do fato típico. Em outros termos, diante de um fato que importa dano concreto inexpressivo (ofensividade amalgamada com a proporcionalidade¹), evidencia-se a atipicidade da conduta, a indicar a total irrelevância daquele fato para o direito penal, ou seja, a desnecessidade e, até mesmo, ilegitimidade da incidência do direito penal. Destarte, o efeito ordinário da insignificância é inequivocamente a não punição criminal do fato. Ou seja, se a hipótese não revela dano concreto inexpressivo (ou seja, havendo dano concreto com alguma significância), não se torna possível a incidência dos efeitos ordinários do princípio da insignificância de caracterização da causa supralegal de exclusão da tipicidade material, ficando, assim, autorizada a criminalização e, logo, a punição do fato.

Contudo, em um Estado Democrático de Direito, não se pode jamais ignorar uma situação que, ao produzir um dano concreto de pouca expressão, revela conduta com baixo grau de ofensividade espelhando, com isso, uma menor relevância da situação para o direito penal. Em razão disso, torna-se, assim, imperiosa a incidência - para situações em que não é possível a aplicação da insignificância sob o seu efeito ordinário de não punição (atipicidade da conduta) – a projeção de efeitos de punição com menor severidade como consectário do baixo grau de ofensividade da conduta.

Logo, é possível avançar na investigação para além dos efeitos ordinários da insignificância, tomando como ponto de partida determinadas regras legais e construções jurisprudenciais que impelem punição com menor severidade quando presente conduta com baixo grau de ofensividade a revelar uma menor relevância para o direito penal. Ou seja, fatos que se amoldam como crimes ante a não aplicação do princípio da insignificância enquanto causa supralegal de exclusão da tipicidade material tendo em conta a verificação de que não se trata o caso de dano concreto inexpressivo, mas que revelam grau de ofensividade pequeno cuja constatação não pode ser desprezada. São situações que não chegam a se lançar como inteiramente irrelevantes para o direito penal, mas que, pela concorrência de determinados elementos, ilustram a desnecessidade de o fato ser aplacado com a integral severidade ordinária do direito penal. Essas situações, embora não importem a exclusão da tipicidade material, irradiam, conforme convencionamos no presente trabalho, efeitos de punição com menor severidade como desdobramento natural da constatação da baixa ofensividade da conduta.

¹ Importante, nesse ponto, trazer a baila o entendimento de DE-LORENZI (2015, p. 239) no sentido de que: "embora receba influência de diversos princípios jurídicos e jurídicopenais (destacando-se a proporcionalidade e a ofensividade, respectivamente), é o princípio da fragmentariedade o fundamento primário (ou direto) da insignificância, sendo ele que justifica, no caso concreto, o afastamento da incidência da norma proibitiva. O conteúdo do princípio da fragmentariedade determina que o Direito Penal, além de proteger apenas os bens jurídicos mais relevantes do ordenamento - subsidiariedade, os proteja tão somente contra lesões significativas".

Nesse ambiente, a regra do parágrafo segundo do artigo 155 do Código Penal permite identificar situação com traços que evidenciam a menor relevância do fato para o direito penal com a projeção de efeitos na dosimetria da pena. Trata-se da causa de redução de pena que constitui o denominado furto privilegiado.

Igualmente, na seara da verificação da substituição da reprimenda por pena restritiva de direitos, a regra do artigo 44, § 3º, do Código Penal apresenta o conceito jurídico indeterminado da medida socialmente adequada, o qual, conforme será examinado, pode ser densificado a partir da identificação de um fato de menor relevância para o direito penal. Isto é, um fato que acarreta dano concreto que, dentro de uma gradação, embora não seja inexpressivo, revela pouca expressão. Assim, diante de um fato de menor relevância para o direito penal, é possível observar que se projetam efeitos imperativos de tratamento com menor severidade que autorizam, dessa forma, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em situação de reincidência em crime doloso não específica.

Em sede de construção jurisprudencial, ainda que sem uma adequada organização teórica, é possível divisar o reconhecimento de que um fato de baixo grau de ofensividade detém o condão de produzir efeitos aptos a neutralizar a influência da reincidência na fixação do regime inicial aberto para o cumprimento da pena.

Assim, dentro do objeto proposto no presente estudo, serão analisados dois julgados particulares do Supremo Tribunal Federal nos quais, em razão da existência de reincidência ou habitualidade, foi afastada a incidência do princípio da insignificância enquanto causa supralegal de exclusão da tipicidade material. Nesses casos, foi reconhecida a existência de crime, dotando, noutro giro, à situação indicativa de fato com alguma embora pequena relevância para o direito penal efeitos anômalos² na medida em que foi reconhecida a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (HC 137217) e, em outro caso, a alteração do regime inicial de cumprimento de pena (HC 123108).

Sob os efeitos reconhecidos nesses julgados, diante de suporte fático que evidencia conduta que ocasiona violação ao bem jurídico tutelado de menor significância (menor expressão, ou seja, dano concreto pouco expressivo), impõe-se tratamento menos severo, ao arrepio inclusive da literalidade das regras vigentes.

5.1 O EFEITO DO GRAU DE OFENSIVIDADE NA CRIMINALIZAÇÃO

² Empregou-se aqui a expressão efeitos anômalos sob o desiderato de realçar que esses efeitos não emergem como consequência da subsunção do fato a uma determinada regra legal. Em outras palavras, a consequência admitida pela jurisprudência não se espelha em uma interpretação literal dos dispositivos.

PRIMÁRIA: O CASO DO ART. 28 DA LEI DE DROGAS

Dentro da proposta de verificação da existência de efeitos extraordinários ou anômalos da insignificância, revela-se apropriado examinar um delito em específico, a saber, o porte de droga para consumo pessoal.

Com o advento da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), não houve a descriminalização da conduta do porte de substância entorpecente para consumo pessoal, mas a mera despenalização. Nesse sentido, foi firmado pela Suprema Corte, na questão de ordem no Recurso Extraordinário 430.105/RJ, que a conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, foi objeto de despenalização mencionada lei, não tendo o diploma descriminalizado a conduta de sorte que não houve *abolitio criminis*. O artigo 28 da Lei de Drogas tipifica, com efeito, uma conduta proibida sem a cominação da sanção penal típica de prisão, revelando, assim, que o Poder Legislativo - ao examinar o tecido social e pinçar a conduta do porte de droga para consumo pessoal como atentatória em abstrato a bem jurídico relevante - tomou-a como crime mas com inequívoca sinalização, noutro giro, de se tratar de um fato de menor relevância ao direito penal.

Afinal, o preceito secundário previsto é diverso da prisão, não sendo cominada sequer a sanção de prisão simples própria das contravenções penais (infrações com grau de relevância penal inferior àquele dos crimes). Dessa forma, ao passo que o tipo penal do artigo 28 da Lei de Drogas prevê preceito secundário de severidade inferior até mesmo que a sanção cominada às contravenções penais, constata-se que a referida norma incriminadora situa-se sob um *status* de baixíssima relevância penal por se referir a um fato com baixíssimo grau de ofensividade.

A esse respeito, a partir do julgamento do Habeas Corpus 127.573/SP pela Segunda Turma da Corte Suprema, oportunidade na qual foi admitida a incidência da insignificância para caso de tráfico envolvendo um grama de maconha, BUONICORE (2020, p. 8) assinala que se trata-se de “caso paradigmático em que, pelo baixíssimo grau de ofensividade, não houve qualquer demonstração da lesividade material da conduta, apesar da subsunção desta ao tipo formal”. Ou seja, sob a régua do princípio da ofensividade, nota-se que essa conduta não demanda rigorosa proteção pelo direito penal, de maneira tal que fica não somente autorizada mas exigida a intervenção penal em sua apresentação de menor grau de severidade.

Sob esse cenário, é possível depreender que a conduta descrita no artigo 28 da Lei de Drogas indica fato com baixo grau de ofensividade que emerge do próprio processo de criminalização primário, o que, embora não exclua a tipicidade material³, repercute no

³ A despeito do conteúdo indicativo da baixa ou reduzida ofensividade do delito de porte de droga para consumo pessoal, a jurisprudência não admite a aplicação do princípio da insignificância enquanto causa suprallegal de

momento de criminalização secundária empreendido pela jurisdição criminal.

O artigo 63 do Código Penal, ao definir reincidência, dispõe que essa é verificada quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. Sendo assim, em tese, uma condenação pelo artigo 28 da Lei de Drogas, por se tratar de crime, daria ensejo à caracterização da reincidência em razão do efeito penal secundário da condenação de indução da reincidência. Importante consignar que, amoldando-se a conduta a uma contravenção penal, não será caso de reincidência, pois o artigo 63 do Código Penal assevera a presença de reincidência apenas diante de crimes anteriores. Diante desse quadro, admitir a caracterização da reincidência em razão da conduta prescrita no artigo 28 da Lei de Drogas cuja posição de relevância penal encontra-se abaixo daquela das contravenções afronta a proporcionalidade.

O parâmetro da proporcionalidade revela-se caro na seara criminal no que cerca à definição dos limites e da legitimidade do direito de punir, de modo que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça passou a estabelecer que “se as contravenções penais, puníveis com pena de prisão simples, não geram reincidência, mostra-se desproporcional o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 configurar reincidência, tendo em vista que nem é punível com pena privativa de liberdade”⁴. O Supremo Tribunal Federal, em relação ao tema, já decidiu, no RHC 178512, que “o artigo 28 da Lei 11.343/2006, por não cominar pena de reclusão ou detenção, não configura crime nos termos da definição contida na Lei de Introdução ao Código Penal, e, assim, não tem a condão de gerar reincidência, instituto disciplinado no Código Penal”. Em síntese, uma condenação anterior transitada em julgado pelo delito de porte de droga para consumo pessoal (artigo 28 da Lei de Drogas) não caracteriza reincidência, a despeito de a situação, sob interpretação literal, amoldar-se ao disposto no artigo 63 do Código Penal.

exclusão da tipicidade material. A esse respeito: “A jurisprudência de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância ao crime previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista que a pequena quantidade de entorpecente apreendida é circunstância inerente ao delito, além de se tratar de crime de perigo abstrato e presumido” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RHC n. 165.570/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 14/6/2022. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>> Acesso em: 15 julho 2025).

⁴ “ (...) Em face dos questionamentos acerca da proporcionalidade do direito penal para o controle do consumo de drogas em prejuízo de outras medidas de natureza extrapenal relacionadas às políticas de redução de danos, eventualmente até mais severas para a contenção do consumo do que aquelas previstas atualmente, **o prévio apenamento por porte de droga para consumo próprio, nos termos do artigo 28 da Lei de Drogas, não deve constituir causa geradora de reincidência**” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.672.654/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2018. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>> Acesso em: 10 abril 2023) (g.n.). No mesmo sentido, é digno de nota o HC n. 453.437/SP ((BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. HC n. 453.437/SP, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 4/10/2018. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>> Acesso em: 15 julho 2025).

Revela-se necessário, pois, construção teórica que confira embasamento que vá além da mera acomodação do ditame da proporcionalidade na atividade de interpretação das normas penais, para fins de explicar de que forma não há a caracterização de reincidência.

Para tanto, cumpre inicialmente fixar que, diferentemente do que ocorre com os crimes militares próprios e políticos, inexistente regra legal excepcionando a caracterização da reincidência no caso de a condenação prévia transitada em julgada referir-se ao crime do artigo 28 da Lei de Drogas. Apesar da ausência de regra legal, a jurisprudência, como destacado, reconhece que condenação anterior pelo crime do artigo 28 da Lei de Drogas não caracteriza reincidência.

Em vista de identificar o fundamento teórico para essa conclusão, é possível extrair da fundamentação dos julgados o registro acerca da menor severidade conferida pela legislação a esse crime bem como o cotejo implementado em relação ao tratamento dado às contravenções penais que não induzem a reincidência. O desequilíbrio das consequências acarreta a verificação da violação do ditame da proporcionalidade, o que traduz a identificação de que o fato ambientado no delito do artigo 28 da Lei de Drogas consubstancia inegavelmente fato com baixo teor de ofensividade e, logo, de menor relevância para o direito penal, já que sequer é cominada pena de prisão.

A constatação de um fato de menor relevância para o direito penal é convencionalizada neste trabalho como fato de baixa ofensividade para fins de explicitar o vínculo estreito havido entre o grau de ofensividade de uma conduta e a correlata relevância do fato para o direito penal, o que traduzirá, igualmente, o grau de severidade do tratamento penal dispensado ao fato.

Com efeito, a inequívoca insignificância ou baixa significância da conduta do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 traduzem fato de baixa ofensividade aquilatada no próprio processo de criminalização primário (definição de crime sem a cominação de pena de prisão), que não pode ser ignorada em um Estado Democrático de Direito. Destarte, essa constatação repercute na projeção de efeitos anômalos que neutralizam os efeitos penais secundários de caracterização da reincidência de sorte que o disposto no artigo 63 do Código Penal não se aplica diante de uma condenação anterior transitada em julgado pelo dito crime.

Os efeitos anômalos de um fato de baixa ofensividade verificados no processo de criminalização primária do delito do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, todavia, não se detém a esse aspecto. Como desdobramento da lógica jurídica empreendida para a verificação de que a prévia condenação pela prática da conduta descrita no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 não configura reincidência, verifica-se que a condenação transitada em julgado pelo dito crime não afasta, por si só, a concessão de benefícios como a incidência da causa de redução de pena

prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas⁵. O não reconhecimento da reincidência no caso de condenação pela prática do crime do artigo 28 da Lei de Drogas acarreta, na forma dos denominados efeitos anômalos, a possibilidade de fixação de regime inicial para o cumprimento da pena mais favorável no caso de uma condenação posterior, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos de acordo com artigo 44 do Código Penal⁶.

Para além desses efeitos, a prévia condenação transitada em julgado pelo delito de porte de droga para consumo pessoal não impede a concessão de transação penal no caso de um segundo crime que se amolde como infração de menor potencial ofensivo uma vez que o baixo grau de ofensividade do porte afasta a caracterização da reincidência, neutralizando, assim, o óbice para a concessão do referido benefício prescrito no artigo 76, § 2º, I, da Lei nº 9.099/95.

E, ao passo que o porte de drogas com a finalidade de consumo pessoal tem previsão de punição apenas com medidas distintas da restrição de liberdade, assevera-se que não se admite a conversão das medidas restritivas em prisão em caso de descumprimento.

Com efeito, o exame das particularidades envolvidas na definição do delito de porte de droga para consumo pessoal sob a regra do artigo 28 da Lei de Drogas (fase de criminalização primária) permite constatar a menor relevância penal desse fato, sendo possível, com apoio no entendimento jurisprudencial, extrair o reconhecimento de que a conduta, embora típica e dotada de tipicidade material por opção legislativa, demanda tratamento menos severo na fase de criminalização secundária.

A verificação da baixa ofensividade do fato lida aqui como menor relevância (e não inexistente) para o direito penal consubstancia diretriz imperativa de tratamento com menor severidade, mediante a neutralização dos efeitos condenatórios penais secundários de indução da reincidência e os desdobramentos discorridos ao longo deste item.

5.2 A NEUTRALIZAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM BASE NA BAIXA

⁵ De acordo com o Supremo Tribunal Federal, “revela-se desproporcional considerar condenação anterior pela prática de porte de droga para consumo próprio como causa hábil a configurar reincidência e afastar a incidência do redutor do art. 33, §4º, da Lei de Drogas” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 178512 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 22/03/2022, Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 15 julho 2025).

⁶ A esse respeito, eis o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “outrossim, vem-se entendendo que **a prévia condenação pela prática da conduta descrita no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, justamente por não configurar a reincidência, não pode obstar, por si só, a concessão de benefícios como a incidência da causa de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da mesma lei ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos**” (g,n.) (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1795962/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 26/3/2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>> Acesso em: 15 julho 2025).

OFENSIVIDADE: IMPACTO SOBRE O REGIME INICIAL DE PENA

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 123108, implementou importante revisão dos fundamentos teóricos e filosóficos do princípio da insignificância⁷, apresentando a evolução histórica do tema na jurisprudência da Corte Suprema.

Foi explicitado, no referido julgado, que a reincidência ou habitualidade não figuram como determinantes para a exclusão da incidência do princípio da insignificância, de sorte que, concorrendo outros elementos, pode o juiz no caso concreto aplicar o princípio da insignificância. A segunda tese apregoa que poderá o juiz - acaso cogitável a aplicação do princípio da insignificância mas identificando ser social ou penalmente indesejável a exclusão da tipicidade material – fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena bem como determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

No exame do caso concreto julgado no HC 123108, em razão da existência de reincidência/habitualidade, afastou-se a incidência do princípio da insignificância enquanto causa supralegal de exclusão da tipicidade, determinado, noutra via, a alteração do regime inicial de cumprimento de pena para o aberto. Ou seja, a situação de fato do caso concreto acenou quanto à possibilidade de aplicação do princípio da insignificância (“cogitável” a aplicação), sendo, todavia, que, diante da existência de reincidência, não se admitiu, à luz dos elementos do caso concreto⁸, a aplicação da insignificância enquanto causa de exclusão da tipicidade material. Todavia, por ser cogitável a aplicação do princípio da insignificância⁹, foi admitida a incidência da segunda tese ao caso concreto, para fins de ser fixado o regime inicial aberto ao caso.

Logo, em situações em que o enquadramento do princípio da insignificância é cogitável,

⁷ Nota-se dos debates levados a cabo no julgamento do HC 123108 a preocupação de evitar que pessoas que praticam furtos de pequenos valores ingressem no sistema carcerário e, assim, sejam contaminados pelos vícios a ele inerentes pelo fato de serem reincidentes.

⁸ A leitura do inteiro teor HC 123108 e dos debates havidos entre os membros da Suprema Corte não permite identificar com clareza quais os elementos de fato do caso concreto que obstaram a aplicação do princípio da insignificância. Espera-se de um julgado em matéria penal, para fins de atendimento do primado da persuasão racional, a exposição dos fatos que conduziram a essa conclusão, permitindo, assim, diferir o caso de outros em que, a despeito da reincidência, foi reconhecida a atipicidade do fato ante a admissão do ditame da insignificância.

⁹ Igualmente, não se depreendem parâmetros mínimos para fins de conceber o que seria uma situação de julgamento em que “cogitável” a aplicação do princípio da insignificância. Seria cogitável a aplicação do princípio, se presente apenas um dos vetores tradicionalmente eleitos? Ou seria cogitável apenas se o julgador reputar presentes todos os requisitos de ordem objetiva, apontando, contudo, a presença do requisito subjetivo (reincidência/habitualidade)? Em uma decisão colegiada, seria possível extrair talvez a situação de aplicação cogitável no caso da existência de voto dissonante reconhecendo a aplicação. Contudo, em se tratando de julgador singular, deveria o magistrado consignar na fundamentação da sua decisão razões no sentido de não considerar cogitável a incidência do princípio da insignificância no caso de não aplicar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena? São muitas dúvidas. São muitas inconsistências.

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 Código Penal no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade.

A partir das contribuições do Relator do HC 123108, prevaleceu no entendimento do Plenário da Corte Suprema a flexibilização do formato de aplicação do princípio da insignificância, a evidenciar a admissão da existência de efeitos, quando cogitável a incidência do princípio, sob uma espécie de eficácia subsidiária do princípio da insignificância. Ou seja, o princípio da insignificância, a partir do referido julgado, não mais se detém a uma incidência “tudo ou nada”, pois, acaso não admitida a incidência da insignificância enquanto causa supralegal de exclusão da tipicidade material, mas sendo cogitável a sua aplicação, torna-se possível a fixação do regime inicial aberto. Entretanto, o formato apresentado no julgamento mostra-se despido de encadeamento teórico, tendo em conta que se limita à indicação de uma espécie de juízo de plausibilidade da incidência de um princípio, não aplicado ante a existência de determinado óbice, mas que viabiliza a paralisação da incidência da regra legal do art. 33, § 2º, “c”, do Código Penal com espeque no princípio da proporcionalidade. Eis trecho de manifestação do Relator ao longo dos debates empreendidos no julgamento do HC 123108:

(...) é preciso afastar, para os reincidentes, a aplicação do artigo 33, § 2º, c, do Código Penal, que, na hipótese, deve ser interpretado conforme a Constituição. Portanto, a sua incidência fica paralisada, no caso concreto, por produzir resultado incompatível com o princípio da proporcionalidade. Desse modo, o juiz de primeiro grau, ao reconhecer que a hipótese pode ser enquadrada no princípio da insignificância, mas se entender que não deve enquadrá-la, por exemplo, por reincidência, ele pode – pode, não é obrigado –, nós não estamos fixando critérios definitivos, mas estamos autorizando o juiz, neste caso, a decretar a prisão em regime aberto (BRASIL; 2015).

É necessário, dessa forma, organização metodológica mais apurada desse arranjo teórico, de modo a investigar a operação intelectual levada a cabo pela Corte Suprema, para que, dentro do escopo de robustecer a fundamentação teórica, seja verificado se o resultado proposto na segunda tese detém amparo. Nesse sentido, cumpre apresentar proposta teórica que principia pela identificação, ou não, no caso concreto de um fato com baixo grau de ofensividade.

Como já destacado, um fato de baixa ofensividade é identificado a partir de fatos que indicam a completa irrelevância ou baixa relevância para o direito penal, consubstanciando, pois, plataforma fática que irradia efeitos anômalos porquanto não extraídos literalmente da subsunção do fato à regra. Para organizar o raciocínio, se o fato objeto de análise indicar a irrelevância para o direito penal o que é verificado a partir da constatação de dano concreto inexpressivo (fato que ilustra a ausência ou baixíssimo grau de ofensividade, perspectiva da

ofensividade agregada à proporcionalidade), tem-se a incidência do princípio da insignificância enquanto causa supralegal de exclusão da tipicidade material com a projeção dos efeitos de não punição do fato, indicando ser o fato atípico.

Noutro giro, revelando o fato alguma ofensividade mas sob baixa gradação (fato com baixo grau de ofensividade), fica-se diante de um fato com reduzida relevância a espelhar a menor necessidade de atuação do direito penal, o que não importa a exclusão da tipicidade material, produzindo, ao revés, efeitos anômalos cuja linha central é o imperativo de tratamento com menor severidade. Essa constatação encontra amparo na modelagem com viés teleológico do direito penal apresentada por Roxin, conforme se extrai do valioso estudo empreendido por DI-LORENZI (2015, p. 239):

Com a inserção dos objetivos político-criminais no sistema jurídico-penal - ideia revolucionária de Roxin, que se opunha ao pensamento tradicional de tensão entre Direito Penal e política criminal defendido por Liszt e predominante à época - é que se consegue desenvolver de uma forma mais satisfatória uma categoria para exclusão das condutas que, embora lesionem o bem jurídico protegido pela norma penal, não o fazem de forma relevante. A justificativa para a exclusão da tipicidade nesses casos é bastante simples dentro do contexto do funcionalismo: a punição de condutas que lesionam de forma mínima o bem jurídico contraria os fins do Direito Penal. **Sendo seu fim último a proteção subsidiária dos bens jurídicos mais importantes em uma sociedade e utilizando-se para isso da sanção mais gravosa do ordenamento jurídico, o Direito Penal não pode se satisfazer com meros critérios formais, devendo haver uma análise da real necessidade de punição do cidadão.**

Ou seja, a aferição do grau de ofensividade de um comportamento, acaso inexistente, acarreta a não punição, sendo que, se apontar a baixa ofensividade, importará, por consectário da proporcionalidade, uma punição menos severa tendo em conta que o direito penal deve ter a sua atuação, assim como a sua intensidade, medida a partir da real necessidade de punição.

Propõe-se, assim, em uma primeira etapa, o exame prefacial do fato concreto sob a régua da ofensividade para fins de verificar se há elementos a indicar que não se trata de fato de inequívoca ofensividade, ou seja, a constatação preliminar de que é possível que o fato evidencie a ausência ou baixíssimo grau de ofensividade (aparente ausência de ofensividade verificada na ocorrência de dano concreto inexpressivo) ou, ao menos, um baixo grau de ofensividade (aparente baixa ofensividade verificada na ocorrência de dano concreto de pouca expressão)¹⁰. Em um segundo momento, superada essa avaliação prefacial, cumpre, adentrando

¹⁰ Cuida-se, pois, de proposta diversa daquela observada na prática judicial em que o ditame aplica-se ou não a um caso na medida em que, a partir das diretrizes firmadas no HC 123108, são admitidos efeitos diversos de não punição ou de punição menos severa. É dizer, no formato predominante de aplicação do princípio da insignificância, é feita a verificação cartesiana do enquadramento, ou não, do fato ao princípio da insignificância a partir do exame se o caso insere-se no esquadro de todas as vetoriais objetivas e subjetivas. Implementa-se operação aproximada daquela de subsunção de um fato a uma regra jurídica. Ou seja, a insignificância é operacionalizada, na prática, sob a lógica de “tudo ou nada” (“*all-or-nothing-fashion*”) dentro dos critérios para

nas minúcias do fato, aferir se o fato revela baixa ou nenhuma ofensividade, cumprindo avaliar, dentro da proposta deste trabalho pautada exclusivamente no crivo acerca do desvalor do resultado, se houve dano concreto inexpressivo.

Em caso afirmativo, é medida de rigor a incidência da insignificância com os efeitos de exclusão da tipicidade material que conduz à atipicidade da conduta, ou seja, a não punição do fato. Noutro giro, não sendo o caso de dano concreto inexpressivo, mas indicando situação de pequena expressão, chega-se à verificação de que a conduta perpetrou lesão significativa ao bem jurídico, sendo, com isso, imperativa criminalização da conduta como resposta à necessidade de proteção do bem jurídico. Contudo, por se tratar de situação de baixa relevância para o direito penal, emerge como consectário dessa constatação o imperativo de punição com menor severidade, ficando permitida a fixação do regime inicial aberto mesmo em se tratando de réu reincidente.

Sob os requisitos constantes da regra do artigo 33, § 2º e 3º, do Código Penal, a fixação do regime inicial do cumprimento de pena é realizada mediante a conjugação do *quantum* da pena concreta imposta, a análise se o sentenciando é reincidente e, por fim, mediante o exame das circunstâncias judiciais prescritas no artigo 59 do Código Penal.

A jurisprudência, entretanto, tem flexibilizado a interpretação engessada dos mencionados requisitos de fixação do regime inicial de cumprimento de pena, incluindo, como filtro para validar o resultado encontrado na operação de análise dos requisitos, o ditame da proporcionalidade¹¹.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento de que - a despeito

distinguir os princípios das regras de Dworckin (2002), nada obstante a natureza de princípio ou de postulado normativo aplicativo. A esse respeito, DE-LORENZI (2015, p. 234), em estudo acerca da natureza normativa da insignificância, aduz ser mais adequada, sob a divisão de Humberto Ávila, considerar a insignificância um postulado normativo, argumentando, ainda, que “diversos autores - embora alguns deles afirmem ser um princípio - definem a insignificância como um auxiliar interpretativo, o que corrobora essa classificação, já que os postulados têm como característica serem metanormas que orientam a interpretação de outras normas”. Neste sentido, resgata o autor que “Assis Toledo aborda o instituto como uma ‘regra auxiliar de interpretação’; Vico Mañas como um ‘instrumento de interpretação restritiva’, no que é acompanhado por Paulo Queiroz e René Ariel Dotti; Rogério Greco afirma que o princípio em questão tem por finalidade ‘auxiliar o intérprete quando da análise do tipo penal’; Luiz Flávio Gomes o chama de ‘critério interpretativo da insignificância’”. Indo à célebre obra de Humberto Ávila, encontramos a precisa definição de postulados normativos aplicativos, ou seja, aqueles com função de estruturar a aplicação concreta do direito, como “normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, metanormas (...) [ou] normas de segundo grau” (ÁVILA, 2010, p. 134).

¹¹ A título exemplificativo, seguem importantes enunciados relativos à matéria: Sum. 718 STF: A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada; Sum. 719 STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea; e Súmula 440 STJ - Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

de o § 3º do art. 33 do Código Penal dispor que para a escolha do regime inicial de cumprimento da pena deverão ser observados os critérios do art. 59 - não fica o julgador compelido a fixar regime mais gravoso do que o cabível em razão do quantitativo da sanção imposta, ainda que presente circunstância judicial desfavorável¹².

Ademais, o exame isolado das referidas regras importa a conclusão de que, para o reincidente, seria de rigor a fixação do regime fechado, independentemente do *quantum* da pena concreta imposta e se boas as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal.

Logo, em razão de a situação revelar-se em descompasso com a proporcionalidade que se abriga no direito fundamental à individualização da pena, a jurisprudência passou a flexibilizar essa conclusão, admitindo ao reincidente condenado a pena de até 4 anos o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda. Com base nesse entendimento, foi sedimentado o enunciado nº 269 da Súmula da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça segundo o qual “é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais”.

Sendo assim, ainda que sob o referido enunciado sumular, em se tratando de reincidente, não seria possível a fixação de regime inicial aberto, independentemente do *quantum* da pena ou das boas circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal.

Entretanto, se presente fato que indica a existência, porém em baixa medida, de ofensividade (dano concreto pouco expressivo) a indicar a menor relevância do fato para o direito penal, há a projeção de efeitos aptos a neutralizar a incidência do art. 33, § 2º, c, do Código Penal no caso concreto, permitindo, como expediente de tratamento com menor severidade, a fixação do regime inicial aberto.

Com efeito, diante de um fato com baixo grau de ofensividade não se enquadra como causa de exclusão da tipicidade material, não é possível a não punição do fato pela incidência do princípio da insignificância, projetando-se, contudo, efeitos jurídicos anômalos¹³ aptos a

¹² De acordo com o Superior Tribunal de Justiça: “Embora a definição da pena-base acima do mínimo legalmente previsto autorize, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, a fixação do regime inicial imediatamente mais grave do que o estabelecido em razão do quantum da pena aplicada, nada impede que o julgador deixe de recrudesce o modo prisional se entender que aquele cominado ao montante da pena imposta se mostra suficiente à reprovação do delito. É possível, portanto, concluir que a negatização de circunstâncias judiciais, ao contrário do que ocorre quando reconhecida a agravante da reincidência, confere ao julgador a faculdade - e não a obrigatoriedade - de recrudesce o regime prisional”. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.970.578-SC, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF1ª Região), Sexta Turma, por maioria, julgado em 03/05/2022. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>> Acesso em: 15 julho 2025).

¹³ O Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento do HC 123108 asseverou que “a situação de insignificância adere às circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal de forma tal a consubstanciar princípio jurídico no sentido de que se imporia a fixação de regime inicial para o cumprimento da pena menos severo do que aquele que caberia pela mera subsunção dos fatos à regra do artigo 33 do Código Penal”. A despeito de aderir à conclusão em torno da fixação de regime inicial de pena menos severo em decorrência da identificação de situação de fato de

afastar ou neutralizar a fixação de regime inicial mais gravoso, a despeito da existência de reincidência no caso.

6. MEDIDAS PENAIS ALTERNATIVAS FRENTE A CONDUTAS DE BAIXA OFENSIVIDADE: POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS

A análise empreendida até aqui evidencia que a verificação do baixo grau de ofensividade de determinadas condutas atua como fator de contenção e calibragem do poder punitivo, impactando não apenas a definição da tipificação penal, mas também a dosimetria e a forma de execução da sanção penal. A mínima lesividade da conduta reflete, pois, na possibilidade de adoção de respostas penais alternativas à privação de liberdade, admitindo-se a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, quando a conduta revela baixa ofensividade e a medida alternativa se mostra adequada e suficiente à prevenção e repressão do fato.

De acordo com os requisitos do art. 44 do Código Penal, observa-se que o reincidente específico (mesmo tipo penal) em crime doloso não pode ter a pena privativa de liberdade convertida em restritiva de direitos. O artigo 44, § 3º, do Código Penal, por sua vez, dispõe que “se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime”. Ou seja, para o reincidente específico em crime doloso, não há espaço dentro da legislação para a substituição da reprimenda por pena restritiva de direitos.

Por outro lado, por força do mencionado parágrafo terceiro, o reincidente em crime doloso não específico pode ter a pena privativa substituída por restritiva de direitos quando a medida se revelar socialmente adequada. Inicialmente, cumpre consignar que a reincidência específica tratada no art. 44, § 3º, do Código Penal somente se aplica quando forem idênticos os crimes praticados, e não apenas de mesma espécie. Em outros termos, somente a condenação pelo mesmo crime impede a substituição da pena¹⁴.

menor significância para o direito penal, dentro da linha adotada na presente investigação, o afastamento da aplicação do artigo 33 do Código Penal não se dá porque a situação adere às circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. Isso porque, afora o comportamento da vítima, todas as vetoriais revelam e enfocam aspectos negativos. Sendo assim, a noção de boas condições judiciais passa pela constatação de que inexistente valoração negativa. Logo, a situação de insignificância em si não adere às circunstâncias judiciais dentro da sistemática inerente ao regime de fixação do regime inicial de cumprimento de pena.

¹⁴ Para o Superior Tribunal de Justiça, o princípio da vedação à analogia *in malam partem* recomenda que não seja ampliado o conceito de “mesmo crime”. Toda atividade interpretativa parte da linguagem adotada no texto normativo, a qual, apesar da ocasional fluidez ou vagueza de seus termos, tem limites semânticos intransponíveis.

Na órbita da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, cumpre aferir, a partir do exame da legislação vigente, se o reconhecimento da situação de furto envolvendo pequenos valores praticado por pessoa com “histórico criminal” seria suficiente para densificar o conceito jurídico indeterminado de medida socialmente adequada¹⁵ do artigo 44, § 3º, do Código Penal, para fins de autorizar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Na linha da digressão apresentada ao longo deste artigo, identificado fato com alguma relevância para o direito penal (verificação de que não se trata de dano concreto inexpressivo, embora de pouca expressão), não fica autorizada a exclusão da tipicidade material com a não punição do fato, tornando-se imperativo o reconhecimento da produção de efeitos anômalos abrigados no imperativo de punição com menor severidade. Sendo assim, tomando em mãos as considerações e o modelo teórico proposto anteriormente, situam-se, no âmbito dos efeitos de punição com menor severidade, a fixação do regime inicial aberto para o cumprimento da pena (aspecto já analisado) bem como a admissão da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Com efeito, é possível operacionalizar a incidência desse efeito anômalo a partir da regra do artigo 44, § 3º, do Código Penal, sendo necessário, neste ensejo, enquadrar a hipótese dentro do conceito indeterminado de medida socialmente adequada. De acordo com a sobredita regra, em se tratando de reincidente não específico em crime doloso, é possível tratamento mais brando com a substituição da pena por restritiva de direitos se verificada que essa medida é socialmente adequada. Quais seriam, pois, as diretrizes mínimas para densificar o conceito jurídico indeterminado de medida socialmente adequada?

Para apresentar uma resposta adequada, é necessário ambientar o sobredito conceito com os fundamentos de legitimidade do poder de punir, os quais operam sob um modelo de intervenção mínima e subsidiária. Destarte, a intervenção estatal mediante o direito penal somente revela atuação legítima como última instância, ou seja, se os demais ramos do direito ofereceram proteção insuficiente ou deficitária ao bem jurídico tutelado.

Entende-se, assim, pela superação da tese de que a reincidência em crimes da mesma espécie impede, em absoluto, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, porque somente a reincidência no mesmo crime (aquele constante no mesmo tipo penal) é capaz de fazê-lo, nos termos do art. 44, § 3º, do CP. Nos demais casos de reincidência, cabe ao Judiciário avaliar se a substituição é ou não recomendável, em face da condenação anterior. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AREsp 1.716.664-SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 25/08/2021. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>> Acesso em: 15 julho 2025).

¹⁵ A Terceira Seção desta Corte, no julgamento dos EREsp n. 221.999/RS, estabeleceu a tese de que a reiteração criminosa inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, o aplicador do direito verificar que a medida é socialmente recomendável.

O encarceramento figura como decorrência do processo de criminalização uma vez que consubstancia o efeito penal principal da condenação com trânsito em julgado. Assim, ao passo que o direito penal em um Estado Democrático de Direito opera sob modelo de intervenção mínima e excepcional, certo é que, convivendo com a pena privativa de liberdade com outras formas de sancionamento da conduta, o encarceramento deve, igualmente, estar presente somente em hipóteses excepcionais relacionados às ofensas mais graves e relevantes entre os bens jurídicos tutelados.

A medida socialmente adequada opera, pois, como veículo que oportuniza excepcionar o encarceramento mediante a sua substituição por penas restritivas de direito, o que se revela prudente e necessário dentro da situação de coisas inconstitucionais do sistema carcerário brasileiro¹⁶.

Dessa forma, o encarceramento (consequência mais severa da incidência do direito penal) não se coaduna a um fato de baixa ofensividade a exemplo de furto de pequenos valores, na hipótese em que, embora não se trate de dano concreto inexpressivo, o dano concreto gerado fora de pouca expressão, relevando o descompasso com a imposição da medida mais severa (encarceramento).

A esse respeito, possível resgatar em BUSATO o importante registro de que é má a política que intenta mudança social a golpe de Código Penal, ou seja, a alteração social não se consegue pela via do Direito penal, devendo esse, contudo, refletir um desejo preexistente de mudanças (BUSATO; 2003, p. 33). E, sob esse mote, é possível situar a presente reflexão de incorporar a digressão deste estudo com o desejo firme de a incidência do direito penal não compactuar com o encarceramento de fatos de baixa ofensividade.

Destarte, densifica o conceito jurídico indeterminado de medida socialmente adequada um fato com baixo grau de ofensividade.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 137217, foi além. Eis a ementa do caso:

¹⁶ A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 56 nos seguintes termos: 1- Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. 2- São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, § 1º, alíneas “b” e “c”). 3- Não deverá haver alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado. 4- Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. 5- Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.

EMENTA: HABEAS CORPUS. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REITERÂNCIA DELITIVA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CONCESSÃO DE OFÍCIO. 1. A orientação firmada pelo Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL é no sentido de que a aferição da insignificância da conduta como requisito negativo da tipicidade, em crimes contra o patrimônio, envolve um juízo amplo, 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 (HC 123.533, Relator Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, DJe de 18/2/2016). 2. Busca-se, desse modo, evitar que ações típicas de pequena significação passem a ser consideradas penalmente lícitas e imunes a qualquer espécie de repressão estatal, perdendo-se de vista as relevantes consequências jurídicas e sociais desse fato decorrentes. 3. A aplicação do princípio da insignificância não depende apenas da magnitude do resultado da conduta. Essa ideia se reforça pelo fato de já haver previsão na legislação penal da possibilidade de mensuração da gravidade da ação, o que, embora sem excluir a tipicidade da conduta, pode desembocar em significativo abrandamento da pena ou até mesmo na mitigação da persecução penal. 4. Não se mostra possível acatar a tese de atipicidade material da conduta, pois não há como afastar o elevado nível de reprovabilidade assentado pelas instâncias antecedentes, ainda mais considerando os registros do Tribunal local dando conta de **que o réu possui diversos registros criminais, ostentando, inclusive, uma condenação com trânsito em julgado por delito de natureza patrimonial**, o que desautoriza a aplicação do princípio da insignificância, na linha da jurisprudência desta CORTE. 5. Quanto ao modo de cumprimento da reprimenda penal, há quadro de constrangimento ilegal a ser corrigido de ofício. A imposição do regime inicial semiaberto, com arrimo na reincidência, parece colidir com a proporcionalidade na escolha do regime que melhor se coadune com as circunstâncias da conduta de **furto de bem pertencente a estabelecimento comercial, avaliado em R\$ 31,20 (trinta e um reais e vinte centavos)**. Acrescente-se que as circunstâncias judiciais são favoráveis, razão por que a pena-base fora estabelecida no mínimo legal (cf. HC 123.533, Tribunal Pleno, Rel. Min. ROBERTO BARROSO), de modo que **a conversão da reprimenda corporal por restritivas de direito melhor se amolda à espécie**. 6. Ordem de Habeas Corpus concedida, de ofício, para converter a pena corporal em sanções restritivas de direito, cabendo ao Juízo de origem fixar as condições das penas substitutivas (g.n.) (BRASIL; 2018).

No caso, a Corte Suprema não admitiu a aplicação do princípio da insignificância para fins de traduzir a atipicidade material e conduzir à absolvição sob o fundamento de que o réu era reincidente específico em crime de furto, conforme destacado na ementa. Entretanto, diante da situação de fato que indicava subtração de gêneros alimentícios e afirmando expressamente o princípio da insignificância, foi autorizada a substituição da reprimenda por restritiva de direitos. Foi autorizada, pois, a substituição da pena para o reincidente específico em crime doloso (delito de furto) em razão da constatação de que a conduta detinha grau reduzido de ofensividade (subtração de gêneros alimentícios), o que vai além do permissivo constante do artigo 44, § 3º, do Código Penal.

Na linha da digressão apresentada em relação à possibilidade de fixação do regime inicial aberto em caso de fato de baixa ofensividade (dano concreto de pouca expressão)

envolvendo reincidente, constata-se a projeção de efeitos decorrentes do imperativo de punição menos severa para fins de autorizar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mesmo em se tratando de reincidente específico em crime doloso.

Observa-se, pois, que, em relação à fixação do regime inicial aberto para o reincidente, os efeitos anômalos repercutem com a paralisação da incidência do art. 33, § 2º, c, do Código Penal no caso concreto, enquanto que, na produção do efeito de autorizar a substituição da reprimenda por pena restritiva de direitos, os efeitos vão além do texto legal.

Não há, contudo, razão para alarde. O princípio da insignificância não encontra amparo legal, tratando-se de construção doutrinária decorrente da conjugação da subsidiariedade e fragmentariedade do direito penal¹⁷, traduzindo importante mecanismo de contenção de processos de criminalização ilegítimos.

Com efeito, se um fato insignificante pode projetar efeitos de modo a afirmar a atipicidade da conduta, um fato de pequena significância para o direito penal, como consectário da gradação da ofensividade do fato, deve projetar efeitos aptos a promover tratamento menos severo mediante a substituição da pena por restritiva de direitos, ao arrepio de permissivo legal específico.

A intervenção penal mínima opera como diretriz fundamental, autorizando eleição de sanções mais proporcionais e socialmente adequadas, concretizando o ideal de racionalidade penal em contextos de ofensa penal reduzida.

6. CONCLUSÃO

A análise empreendida ao longo do presente artigo permitiu constatar que a consideração do grau de ofensividade da conduta deve ocupar lugar central na definição da resposta penal em um Estado Democrático de Direito. A constatação da existência de diferentes níveis de lesividade concreta ao bem jurídico impõe a superação de modelos punitivos uniformes e inflexíveis, abrindo espaço para uma lógica de graduabilidade da sanção penal. Nesse contexto, a pena privativa de liberdade, por sua gravidade e impacto, deve ser reservada às hipóteses de maior ofensividade, sendo incompatível com condutas de baixa lesividade, ainda que formalmente típicas.

A pesquisa demonstrou que a baixa ofensividade da conduta pode atuar como vetor legítimo para neutralizar os efeitos da reincidência, permitir a fixação de regime inicial mais

¹⁷ No sentido da primazia da fragmentariedade como força motriz da insignificância, cumpre sugerir a leitura de DE-LORENZI, Felipe da Costa. O princípio da insignificância: fundamentos e função dogmática: uma leitura à luz do funcionalismo de Claus Roxin, Revista de Estudos Criminais, n. 57, p. 205-243, abr./jun. 2015.

brando e viabilizar a substituição da pena privativa de liberdade por sanções alternativas, como penas restritivas de direitos. Tais efeitos não compõem indulgência, mas a concretização dos princípios da proporcionalidade, da ofensividade e da racionalidade da intervenção penal, promovendo uma resposta estatal mais equilibrada e alinhada à gravidade do fato.

Conclui-se, assim, que a construção de respostas penais graduadas espelhando a baixa ofensividade da conduta apresenta-se como exigência de coerência dogmática e de fidelidade aos fundamentos constitucionais do sistema penal. Longe de representar fragilidade na repressão penal, esse modelo valoriza a seletividade legítima e técnica do direito penal, reafirmando sua função de proteção aos bens jurídicos de forma racional, proporcional e socialmente adequada.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. HC n. 453.437/SP, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca; AgRg no RHC n. 165.570/SP, relatora Ministra Laurita Vaz; REsp 1795962/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS; REsp n. 1.672.654/SP, da relatoria da Ministra MARIA THEREZA. Recurso Especial 1.970.578-SC, Relator Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF1ª Região). Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>> Acesso em: 15 julho 2025.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. HC 123108, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2015; RHC 178512 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN; HC 137217, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 28/08/2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 15 julho 2025

BUONICORE, Bruno Tadeu; MENDES, Gilmar. Tráfico de drogas e princípio da insignificância: uma possibilidade dogmática. **BOLETIM DO IBCCRIM**, v. 28, p. 6-8, 2020.

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. Imprensa: São Paulo, Atlas, 2015.

DE-LORENZI, Felipe da Costa. O princípio da insignificância: fundamentos e função dogmática: uma leitura à luz do funcionalismo de Claus Roxin, **Revista de Estudos Criminais**, n. 57, p. 205-243, abr./jun. 2015.

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.