

Dermeval Farias Gomes Filho

DOGMÁTICA PENAL

Fundamento e limite à construção
da jurisprudência penal no
Supremo Tribunal Federal

Edição atualizada: revisão completa, novas análises
da jurisprudência penal do STF e ampliação
do conteúdo da teoria funcional teleológica.

4ª edição

Revista, atualizada
e ampliada

2026

 **EDITORA**
*Jus***PODIVM**
www.editorajuspodivm.com.br

Capítulo 2

A AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DOGMÁTICA NA CONSTRUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA PENAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No presente capítulo, serão abordadas: decisões do Supremo Tribunal Federal que demonstram o abandono da dogmática e o predomínio do uso dos princípios penais na solução de casos, com uma aparente aproximação entre neoconstitucionalismo e o funcionalismo penal teleológico; decisões com fundamento dogmático deficiente na análise dos elementos do injusto penal; bem como decisões que mitigam a dogmática em matéria de execução penal, com opções de política criminal dissonantes de propostas do Executivo e do Legislativo.

Nas três situações mencionadas, observa-se, na atuação do Supremo Tribunal Federal, a ausência da dogmática penal como fundamento e como limite ao poder de decidir sobre matéria penal. Ademais, verifica-se um distanciamento da proposta teórica dogmática insculpida na Parte Geral do Código Penal, reformada em 1984, que aproximou, conforme visto no capítulo anterior, o modelo sistemático brasileiro da corrente finalista.

2.1. O predomínio dos princípios e o afastamento da dogmática na atual jurisprudência penal do STF: uma aparente aproximação entre o neoconstitucionalismo e o funcionalismo penal teleológico

O uso dos princípios como principal ferramenta de decisão, não somente com ponderação, mas também o uso isolado de princípios para solucionar toda e qualquer questão que seja submetida ao Ju-

diciário, constitui um reflexo neoconstitucional e tem influenciado a forma de decidir das Cortes Superiores no Brasil e de todos os demais órgãos do Poder Judiciário, bem como a atividade dos demais operadores do Direito.

O pontapé inicial para o surgimento do neoconstitucionalismo foi a Constituição alemã de 1949, com a instalação do Tribunal Constitucional alemão em 1951 e o início de uma produção jurisprudencial que contribuiu sobremaneira para o crescimento científico do direito constitucional, com reflexo nos países de tradição romano-germânica. É certo que também contribuíram para o neoconstitucionalismo a Constituição da Itália de 1947, com a instalação da Corte Constitucional em 1956, bem como a redemocratização de Portugal, em 1976, e a da Espanha em 1978¹.

Enquanto isso, no Brasil, somente após a vigência da Constituição de 1988, o neoconstitucionalismo passou a constituir “um dos fenômenos mais visíveis da teorização e aplicação do direito constitucional”². Esse período tem sido marcado pela adoção de métodos flexíveis na hermenêutica constitucional, com o uso da ponderação, bem como pela diminuição das fronteiras entre o direito e a moral. Com outras palavras, a argumentação jurídica moral se faz presente no modelo neoconstitucional.

Com uma visão moderada, mas confiante na proposta, Daniel Sarmiento afirma que uma das principais características do neoconstitucionalismo é a constitucionalização do direito, não com uma premissa analítica do texto constitucional, mas sim com uma “interpretação extensiva e irradiante dos direitos fundamentais e dos princípios mais importantes da ordem constitucional”³.

1. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 7, n. 33, p. 13-54, set. 2015. p. 2. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18540/Neoconstitucionalismo_e_Constitucionalizacao_do_Direito.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2017.
2. ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do Direito” e o “Direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, n. 17, jan./mar. 2009. p. 1. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 17 ago. 2017.
3. SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 140.

De modo reverso, com uma perspectiva crítica da doutrina neoconstitucional, Humberto Ávila afirma que o neoconstitucionalismo, conquanto não constitua uma única proposta e sim um conjunto variado de ideias, pode ser apresentado como um modelo com as seguintes características: os princípios são aplicados em detrimento das regras, ou mais que as regras; a ponderação de princípios ocupa o lugar da subsunção, ou mais ponderação e menos subsunção; uma justiça particular no lugar de uma justiça geral, ou seja, a análise individual, concreta e casuística prepondera sobre a geral e a abstrata; mais destaque para o Poder Judiciário, com a diminuição dos espaços típicos dos Poderes Legislativo e Executivo; e a Constituição substitui a lei, ou mais aplicação da Constituição com um menor uso da lei⁴.

Desse modo, a abertura na interpretação constitucional, com o uso de princípios para solucionar casos concretos, constitui um dos pontos mais relevantes da proposta neoconstitucional, com ênfase no papel do intérprete, principalmente do juiz, que não se limita mais a subsumir a lei formal ao caso concreto.

Dentre as propostas neoconstitucionais, a ponderação de princípios como técnica de solução de conflitos e também de construção de solução jurídica⁵, tanto no caso de existência de regras legais como no caso de inexistência de regras, abriu espaço para um modelo de justiça do caso concreto e, com isso, ampliou o poder do Judiciário, em detrimento das competências do Legislativo e do Executivo nas mais diversas matérias.

Portanto, não se pode negar que o uso de princípios na solução de casos concretos e o destaque ao papel do julgador, que tem sua margem de “poder de decidir” ampliada, constituem contribuições neoconstitucionais que dialogam com a proposta funcionalista penal teleológica, vista no capítulo anterior. Isso porque o funcionalismo teleológico propõe a solução de casos penais com suporte em

4. Nesse sentido, apresenta Humberto Ávila, *op. cit.*, p. 2.

5. Ao tratar do neoconstitucionalismo, Carbonell adverte que a técnica da ponderação não serve para solucionar todo tipo de caso: “Pensemos simplemente en la técnica de la ponderación de bienes constitucionales, la cual no se presta a soluciones generales que sirvan para todos los casos y para todos los países”. CARBONELL, Miguel. Nuevos tiempos para el constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 12.

princípios político-criminais extraídos do texto constitucional, em detrimento, caso necessário, da subsunção dogmática.

A referida forma de decidir questões penais, presente no atual do contexto do Supremo Tribunal Federal, tem permitido uma amplitude desordenada no exame dos casos penais, com soluções subjetivistas e voluntaristas, sem deferência ao legislador, sem respeito à dogmática penal, sem seguir a própria orientação jurisprudencial da Corte, ante às mudanças inconstantes de posicionamentos, bem como a presença de muitas decisões monocráticas, que contribuem para a imprecisão na solução de temas, como se verá na pesquisa de julgados que se segue.

2.1.1. Decisões ancoradas em princípios com fundamento dogmático deficiente

O intuito do presente tópico é demonstrar, com o exame de julgados do STF, o uso de princípios nas suas decisões penais com fundamentações diversas e voluntaristas, distantes em alguns momentos do próprio alcance do princípio penal utilizado, sem preencher, principalmente, a linha argumentativa da dogmática penal, como exigência de um adequado sistema jurídico.

Nesse primeiro momento da pesquisa de jurisprudência, serão examinadas decisões penais que fizeram uso dos princípios como fundamento da decisão. Com a ferramenta do MAD, esclarecida na introdução da pesquisa, pretende-se analisar a decisão com o seu fundamento, de forma a estabelecer um protocolo no exame das argumentações utilizadas pelo Tribunal, de modo a confrontá-las com a dogmática penal.

Importa alertar que, para justificar o exame dos casos penais que lhe são submetidos fora da competência originária, o Supremo Tribunal Federal faz uso de princípios penais explícitos e implícitos, que recebem a adjetivação de princípios constitucionais penais. Por essa razão, na sistematização da pesquisa, houve a necessidade de identificar os princípios mais utilizados pela Corte, de realizar o subsequente exame das decisões e de fazer confronto de seus fundamentos com a argumentação dogmática.

Como recorte para a proposta da pesquisa, serão examinados casos penais julgados pelo Supremo Tribunal Federal, pesquisados no campo pesquisa de jurisprudência no sítio eletrônico do STF (www.stf.jus.br), nos quais os princípios constituíram o fundamento para afastar a regra e/ou para construir uma solução não prevista na lei.

O referido exame é necessário para que ao final do presente trabalho, com o conhecimento das propostas teórico-dogmáticas vistas até aqui, seja possível inferir se o ônus argumentativo e os limites dogmáticos foram observados, se o seu desprezo representa insegurança jurídica na seara penal ou se, de outro modo, a melhor alternativa se ancora no modelo da justiça do caso concreto, amparada exclusivamente no uso dos princípios com o abandono por completo – ou com relativização – das regras.

Antes de expor a análise das decisões penais do STF que fizeram uso de princípios, faz-se necessário, no seu início de cada tópico, tecer considerações conceituais e classificatórias, sem complexidade, relativas ao conteúdo doutrinário dos princípios mais presentes na jurisprudência da Suprema Corte brasileira, quais sejam: insignificância; proporcionalidade; ofensividade; dignidade da pessoa humana; e individualização da pena.

Na pesquisa das decisões, buscou-se classificar e conceituar doutrinariamente os princípios que, em seguida, foram usados nas variáveis de busca relacionada à estrutura analítica do crime, às penas e à execução penal, no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. As buscas foram realizadas em variadas classes processuais, uma vez que o STF não tem sido fiel aos limites de exame de cada uma delas.

2.1.1.1. Insignificância

O princípio da insignificância contribui para a interpretação penal ao permitir, de maneira axiológica, afastar a tipicidade penal material de conduta que provocou uma ofensa ínfima ao bem jurídico tutelado na norma. Decorre de uma contribuição do funcionalismo penal teleológico de Roxin, na década de 60 do Século XX. De lá para cá, penetrou em diversos ordenamentos jurídicos e chegou à doutrina e à jurisprudência brasileiras.

A origem próxima do princípio é verificada no ambiente de severas dificuldades econômicas na Europa após a segunda guerra mundial, com o consequente aumento da criminalidade de bagatela, expressão preferida dos alemães (*Bagatelledelikte*), que fomentou o surgimento do princípio da insignificância vinculado inicialmente aos crimes patrimoniais⁶.

O princípio da insignificância faz parte de um movimento funcionalista, alternativo à dogmática formal, que compreende a importância que teve o sistema dogmático rígido para combater o arbítrio punitivo do Estado absolutista, mas que não supre as exigências de uma sociedade complexa, como a atual, na qual o Direito Penal é visto como a *ultima ratio*⁷.

Tem-se afirmado como origem remota do princípio da insignificância a máxima contida no brocardo *minima non curat pretor* do direito romano⁸. Essa perspectiva de nascimento não parece a melhor, uma vez que a premissa se relacionava ao direito privado, campo de maior desenvolvimento no direito romano, o qual estava distante do alicerce da legalidade do Direito Penal, surgido no cenário das revoluções burguesas do século XVIII⁹.

Ademais, a expressão romana possuía natureza processual, no sentido segundo o qual o julgador não deveria se ocupar das ofensas pequenas a direitos, “enquanto o princípio da insignificância tem

6. LUZ, Yuri Corrêa da. **Princípio da insignificância em matéria penal**: entre aceitação ampla e aplicação problemática. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 203-233, jan./jun. 2012. p. 207.

7. *Ibidem*, p.207.

8. ACKEL FILHO, Diomar. O princípio da insignificância no Direito Penal. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**, São Paulo, v. 22, n. 94, p. 72-77, abr./jun. 1998. p. 73.

9. GOMES FILHO, Dermeval Farias. A dimensão do princípio da insignificância: imprecisão jurisprudencial e doutrinária: necessidade de nova reflexão no crime de descaminho? **Justiça@**: Revista Eletrônica da Seção Judiciária do Distrito Federal, Brasília, v. 3, p. 2-9, 2009. Em sentido semelhante, não remetendo à Roma a origem do princípio da insignificância: LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 203-233, jan./jun. 2012. p. 204-205.

natureza material, excluindo a própria existência do delito em caso de lesões mínimas ao bem jurídico”¹⁰.

A formulação teórica do referido princípio (*das Geringfügigkeitsprinzip*), com a possibilidade de restringir o alcance da tipicidade se deve a Claus Roxin, que fez referência ao tema pela primeira vez em um artigo na revista alemã *Juristische Schulung* (JuS), em 1964. O ponto de partida, utilizado por Roxin, consistiu no uso do princípio da insignificância para a definição do injusto, “que permitiria excluir deste as lesões ínfimas ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora”¹¹. Depois, com suporte na fragmentariedade do Direito Penal, o princípio da insignificância foi utilizado para afastar a tipicidade de outras condutas que ofendessem de forma irrelevante o bem jurídico tutelado¹².

A aceitação doutrinária e jurisprudencial do princípio da insignificância só foi possível em razão da compreensão de que a tipicidade penal não é meramente formal. A tipicidade penal é

-
10. DE-LORENZI, Felipe da Costa. Princípio da insignificância: fundamentos e função dogmática: uma leitura à luz do funcionalismo de Claus Roxin. In: **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, ano XIII, 2015, n. 57. p. 207.
 11. DE-LORENZI, Felipe da Costa. Princípio da insignificância: fundamentos e função dogmática: uma leitura à luz do funcionalismo de Claus Roxin. In: **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, ano XIII, 2015, n. 57. p. 206.
 12. Na obra sobre Política Criminal de 1970, após dizer que em 1964 apontou o princípio da insignificância como um critério válido para definição geral do injusto, Claus Roxin sugeriu um uso alargado do referido princípio: “Sob o ângulo do princípio *nullum crimen* o oposto é o correto, a saber, uma interpretação restritiva, que realize a função de Magna Carta e a ‘natureza fragmentária’ do Direito Penal, que mantenha íntegro somente o campo de punibilidade indispensável para a proteção do bem jurídico. Para tanto, são necessários princípios regulativos como a adequação social, introduzida por Welzel, que não é elemento do tipo, mas certamente um auxílio de interpretação para restringir formulações literais que também abranjam comportamentos suportáveis. Aqui pertence igualmente o chamado princípio da insignificância, que permite excluir logo de plano lesões de bagatela da maioria dos tipos: maus-tratos são uma lesão grave ao bem-estar corporal, e não qualquer lesão; da mesma forma, é libidinosa no sentido do Código Penal só uma ação sexual de alguma relevância; e só uma violenta lesão à pretensão de respeito social será criminalmente injuriosa. Por violência não se pode entender uma agressão mínima, mas somente a de certa intensidade, assim como uma ameaça deve ser sensível, para adentrar no marco da criminalidade. Se reorganizássemos o instrumental de nossa interpretação dos tipos a partir destes princípios, daríamos uma significativa contribuição para diminuir a criminalidade em nossos dias”: ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 47-48.

a soma de tipicidade formal (conformação do fato à letra da lei) com a tipicidade material (valoração da ofensa ao bem jurídico no caso concreto).

O confronto axiológico (valorativo), no caso concreto, entre a conduta formalmente típica e o grau da lesão jurídica é que permite inferir se há ou não necessidade de intervenção penal e, portanto, se é possível aplicar o princípio da insignificância, com uma perspectiva valorativa da tipicidade.

Esse princípio constitucional implícito, ligado à fragmentariedade do Direito Penal, deve ser utilizado pelos operadores processuais no momento da promoção de arquivamento da investigação, do não recebimento da ação penal e da absolvição, conquanto não esteja legislado no modelo penal brasileiro.

Importa alertar que o fato de uma conduta constituir infração de menor potencial ofensivo não significa necessário espaço para a aplicação do princípio da insignificância, pois a valoração dessas infrações (lesão leve, injúria, ameaça etc.) já foi feita pelo legislador e cabe ao intérprete, neste aspecto, respeitar a reserva legal. A análise que deve ser feita é sobre o grau e a intensidade da lesão produzida, não sobre o tipo formal abstrato.

O princípio da insignificância não se confunde com o princípio da irrelevância penal do fato. O primeiro possibilita o arquivamento ou o não recebimento da ação ou a absolvição penal nas imputações de fatos bagatelares próprios, ou seja, os que não possuem tipicidade material, após desvalor da ação ou do desvalor do resultado, em razão da ofensa mínima ao bem jurídico tutelado.

Enquanto isso, o princípio da irrelevância penal do fato não afasta a tipicidade material, uma vez que o fato será típico (formal e materialmente), ilícito e culpável. Aqui, haverá a possibilidade de não se aplicar a pena ao final do processo, diante de dano não muito relevante ao bem jurídico que foi reparado pelo agente e ante a inexistência de antecedentes penais¹³. “O reconhecimento do princípio da bagatela imprópria permite que o julgador, mesmo

13. Nesse sentido: GOMES, Luís Flávio; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2, p. 338.

diante de um fato típico, deixe de aplicar a pena em razão desta ter se tornado desnecessária, diante da verificação de determinados requisitos” (STJ HC 222093/MS). Há, portanto, uma valoração judicial na sentença e conclusão pela desnecessidade de aplicação da pena. Ressalta-se que a bagatela imprópria é um outro nome atribuído ao princípio da irrelevância penal do fato.

O princípio da irrelevância penal do fato ainda não possui grande espaço na doutrina e jurisprudência do Brasil, uma vez que envolve critérios mais axiológicos e menos ontológicos, exigindo uma interpretação teleológica do Direito Penal com o rompimento de dogmas positivistas do causalismo clássico e de mitigação de conceitos finalistas.

Na doutrina brasileira, não existe precisão sobre os limites do princípio da insignificância. Parcela doutrinária já defende uma amplitude maior na sua interpretação. Rogério Greco sustenta a sua incidência “nos delitos de furto, dano, peculato, lesões corporais, consumo de drogas etc.”¹⁴

Paulo Queiroz, ao fazer uma correlação com o princípio da proporcionalidade, invoca o princípio da insignificância “nos crimes violentos ou com grave ameaça à pessoa, consumados ou tentados, se não para absolver o réu, pelo menos para desclassificar a infração penal, por exemplo, em crimes complexos, como o roubo (CP, art.157)”¹⁵. Com isso, o referido autor sustenta a desclassificação, com suporte no princípio da insignificância, do roubo de valor patrimonial ínfimo para o constrangimento ilegal.

Atualmente, o princípio da insignificância é aplicado pelos Tribunais Superiores brasileiros nas condutas formalmente típicas que causam danos de pouca importância, restringindo-se, como regra, aos crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa. Esse ainda é o entendimento majoritário.

Por fim, o exame do princípio da insignificância, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, demonstra que o Tribunal, ao longo dos últimos anos, desenvolveu uma série de pressupostos

14. GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 86.

15. QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: parte penal. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 52.

objetivos¹⁶: mínima ofensividade da conduta, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, nenhuma periculosidade social, inexpressividade da lesão jurídica provocada; e subjetivos: análise de reincidência, maus antecedentes e habitualidade.

Conquanto o recorte da pesquisa se concentre em decisões do STF, vale ressaltar que a jurisprudência do STJ, em ambas as turmas, tem fixado o valor máximo de 10% do salário mínimo para a incidência do princípio da insignificância, independentemente das condições econômicas da vítima¹⁷. Esse limite não se aplica quando

16. Tais pressupostos foram pioneiramente fixados em decisão do ministro Celso de Mello, quando do exame do HC 84.412: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Habeas Corpus 84.412-0/SP**. Princípio da insignificância. Identificação dos vetores cuja presença legitima o reconhecimento desse postulado penal sem seu aspecto criminal. Consequente descaracterização da tipicidade penal em seu aspecto material. Delito de furto. Condenação imposta a jovem desempregado, com apenas 19 anos de idade. “Res furtiva” no valor de R\$25,00 (equivalente a 9,6% do salário mínimo atualmente em vigor). Doutrina. Considerações em torno da jurisprudência do STF. Pedido deferido. O princípio da insignificância qualifica-se como fator de descaracterização material da tipicidade penal. Paciente: Bill Cleiton Cristovão. Impetrante: Luiz Manoel Gome Junior. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Celso de Mello Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79595>>. Acesso em: 1º jul. 2018.
17. São várias decisões do Superior Tribunal de Justiça, a partir de 2023, tanto da 5ª quanto da 6ª Turma, que limitam a incidência do princípio da insignificância ao valor de 10% do salário mínimo: “STJ [...]: 1. Consoante entendimento da Suprema Corte, são requisitos para aplicação do princípio da insignificância: a mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social na ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. 2. A jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, para aferir a relevância do dano patrimonial, leva em consideração o salário mínimo vigente à época dos fatos, considerando irrisório o valor inferior a 10% do salário mínimo, independentemente da condição financeira da vítima. No caso dos autos, além de os ora agravantes terem praticado o crime mediante o concurso de agentes, o que afasta o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, o furto foi praticado no dia 16/5/2021, quando o salário mínimo estava fixado em R\$ 1.100,00 (mil e cem reais). Nesse contexto, seguindo a orientação jurisprudencial desta Corte, a res furtiva, avaliada em R\$ 200,00 (duzentos reais), não pode ser considerada de valor ínfimo, por superar 10% do salário mínimo vigente à época dos fatos. 3. A restituição dos bens subtraídos não conduz, necessariamente, à incidência do princípio da insignificância. Precedentes. 4. Agravamento regimental desprovido. (AgRg no HC n. 811.618/MS, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 2/10/2023, DJe de 4/10/2023.); STJ [...]. 1. O Supremo Tribunal Federal consagrou o entendimento de que, para a aplicação do princípio da insignificância, devem estar presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. 2. Na espécie, esses requisitos não se verificam, pois o valor do objeto da

da incidência do princípio da insignificância em crime de descaminho, quando tanto o STJ quanto o STF ainda insistem no patamar de 20 mil reais, preenchidos os demais requisitos.

2.1.1.1.1. Decisões que fizeram uso do princípio da insignificância

Considerando o vasto uso do princípio da insignificância para afastar a tipicidade penal na jurisprudência do STF, o seu exame na perspectiva do recorte temático jurisprudencial introdutório representa um dos pontos principais da pesquisa para demonstrar a construção de decisões distantes dos fundamentos dogmáticos, com imprecisão, pragmatismo e consequencialismo.

Para tanto, serão examinadas decisões que aplicaram o princípio da insignificância: para afastar a tipicidade penal do crime de descaminho; para afastar o uso da reincidência como critério balizador do regime inicial de cumprimento de penas; para afastar a tipicidade em crimes funcionais contra a Administração Pública.

2.1.1.1.2. Insignificância no crime de descaminho

Um primeiro ponto de análise correspondeu ao uso do referido princípio para afastar a tipicidade penal no crime de descaminho¹⁸.

receptação supera os 10% do salário mínimo vigente à época dos fatos, parâmetro utilizado por esta Corte Superior para aferição da mínima ofensividade da conduta. Somado a isso, ressaltou-se que o agravante ostenta uma condenação definitiva pelo crime de roubo, o que corrobora a reprovabilidade do seu comportamento. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 817.442/SC, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 11/9/2023, DJe de 14/9/2023.).”

18. De 01/01/2005 a 30/04/2018, com as variáveis correspondentes ao recorte temático (descaminho, insignificância, tipicidade penal), observou no sítio eletrônico do STF (www.stf.jus.br) a presença de 35 acórdãos, divididos da seguinte forma: 33 *Habeas corpus*, 01 Recurso Extraordinário, 01 Agravo de Instrumento contra descabimento de RE, no qual se concedeu HC de ofício. A pesquisa revela que o HC continua sendo utilizado como sucedâneo de RE, apesar da aparente resistência da Corte, pois continua concedendo HC de ofício nos casos em que deveria ter sido interposto RE. Desses casos, somente 03 foram examinados pelo Pleno com a fixação de teses. Merece ainda anotar que das 35 decisões, 01 se tratava de furto e não de descaminho (problema de indexação). Dentre as decisões que cuidavam de descaminho: somente uma fugiu do parâmetro valor da execução e sua relação com a tipicidade penal (continuar a explicação); outras não reconheceram a insignificância porque se tratava de contrabando e não de descaminho HC (131205); e, ainda, houve uma que não aplicou o

Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal passou a entender que, se a Fazenda Pública não executa débitos fiscais antes de ultrapassar o valor de R\$20.000,00 (vinte mil reais)¹⁹, não haverá crime de

-
- referido princípio porque cuidava-se de sonegação de Imposto de Renda (HC134982 AgR), com equívoco, portanto, na alimentação da plataforma. O resultado pode ser confirmado em: ACÓRDÃOS: Expressão de busca: (DESCAMINHO, INSIGNIFICÂNCIA, TIPICIDADE PENAL)(@JULG >= 20050101)(@JULG <= 20180430). **Base de dados: Pesquisa de Jurisprudência [do] Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28DESCAMINHO%2C+INSIGNIFIC%2C+N%C3%A7%C3%A3o+de+descaminho%2C+TIPICIDADE+PENAL%29%28%40JULG+%3E%3D+20050101%29%28%40JULG+%3C%3D+20180430%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yb92wmwn>>. Acesso em: 1º maio 2018.
19. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **HC 129.149AgR/MG**. Agravo Regimental no *habeas corpus*. Penal e Processual Penal. Crime de contrabando ou descaminho. Artigo 334, §1º, C e D, do Código Penal (Redação anterior). *Habeas corpus* substitutivo de recurso extraordinário. Inadmissibilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal para julgar *habeas corpus*: CRFB/88, art. 102, I, D e I. Hipótese que não se amolda ao rol taxativo de competência desta Suprema Corte. Valor Inferior ao previsto no artigo 20 da Lei 10.522/2002. Portarias nº 75 e 130/2012 do Ministério da Fazenda. Reiteração delitiva. Comprovação. Inviabilidade do reconhecimento do princípio da insignificância. Agravo regimental a que se nega provimento. AGTE.: Andreia Oliveira Lima da Silva. AGDO: Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=238&dataPublicacaoDj=09/11/2016&incidente=4841533&codCapitulo=5&numMateria=170&codMateria=2>>. Acesso em: 26 ago. 2017. No Superior Tribunal de Justiça, entendia-se que, para efeito de insignificância penal no crime de descaminho, o valor não podia ultrapassar R\$ 10.000,00 (dez mil reais): BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. **REsp 1.393.317/PR**. Recurso Especial. Descaminho. Princípio da Insignificância. Valor do tributo iludido. Parâmetro de R\$ 10.000,00. Elevação do teto, por meio de portaria do Ministério da Fazenda, para R\$20.000,00. Instrumento normativo indevido. Fragmentariedade e subsidiariedade do Direito Penal. Inaplicabilidade. Lei penal mais benigna. Não incidência. Recurso provido. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Emilio Carlos dos Reis Ferreira. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271393317%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%271393317%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271393317%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%271393317%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 28 ago. 2017. Todavia, a Corte alinhou sua jurisprudência, nessa temática, ao entendimento do Supremo Tribunal Federal. Em 28/02/2018, o STJ, no julgamento do REsp 1709029, submetido ao rito dos repetitivos, pacificou o entendimento de aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho de valor sonegado não superior a R\$20.000,00 (vinte mil reais): BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. **REsp 1.709.029/MG**. Recurso Especial afetado ao rito dos repetitivos para fins de revisão do tema n. 157. Aplicação do princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho, cujo débito não exceda R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Art. 20 da Lei n. 10.522/2002. Entendimento que destoa da orientação consolidada no STF, que tem reconhecido a atipicidade material com base no parâmetro fixado nas portarias n. 75 e 130/MF – R\$20.000,00 (vinte mil reais). Adequação. Recorrente: Zhibin Ye. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Julgado em

descaminho nas condutas de sonegação de valor inferior a tal montante, uma vez que, se não há interesse fiscal, também não haverá interesse penal, fazendo uso do princípio da insignificância para afastar a tipicidade material em tais situações.

“Incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias n. 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda”. Essa é a tese referente ao Tema Repetitivo 157, conforme decisão da 3ª Seção do STJ de 2018.

Mais adiante, no ano de 2024, o STJ ainda fixou outra tese sobre o descaminho, que complementa a anterior, quando do exame do Tema Repetitivo 1218. Afirmou-se que a reiteração da conduta delitiva impede a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho, independentemente do valor do tributo não recolhido. Ressalvou a possibilidade de, no caso concreto, o julgador valorar que a medida for socialmente recomendável e concluir pela aplicação do princípio. Esclareceu que a contumácia (habitualidade criminosa) pode ser aferida a partir de procedimentos penais e fiscais pendentes de definitividade, sendo inaplicável o prazo previsto no art. 64, I, do CP, incumbindo ao julgador avaliar o lapso temporal transcorrido desde o último evento delituoso à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Verifica-se que essa decisão do Tema 1218 aponta uma separação dos institutos da habitualidade, reincidência e maus antecedentes. Os dois últimos dependem de um fato anterior com condenação transitada em julgado, ocorrida antes do cometimento do novo crime para a reincidência, e antes da sentença do novo crime para os maus antecedentes. Enquanto a habitualidade pode ser comprovada com investigações e processos em andamento. Essa constatação merece muitas reflexões críticas que fogem ao objeto deste espaço da pesquisa.

Retomando o objeto da insignificância no descaminho, para o STF – o fundamento que orienta a avaliação da tipicidade penal é aquele estabelecido como parâmetro para a atuação do Estado em matéria de execução fiscal, patamar estipulado pelo art. 20 da Lei nº 10.522/02 (atualizado pelas Portarias nºs 75 e 130/12 do Ministério da Fazenda). Dito de outro modo, é o valor do tributo devido que orienta a avaliação da tipicidade quando se trata do crime de descaminho²⁰.

Tal correlação feita pela Corte apresenta um desafio insuperável, no qual o ônus argumentativo não parece devidamente preenchido, porquanto existe uma regra infraconstitucional para a execução fiscal do débito, em razão da inviabilidade econômica do processo, do seu custo para a Fazenda Pública. Dessa forma, o argumento utilizado pelo Supremo, para aplicar a insignificância e excluir a tipicidade penal no crime de descaminho, se ancora em uma regra destinada à execução fiscal, que em momento algum considerou o aspecto penal.

O caso é inusitado porque revela que o Supremo fez uso analógico de um dispositivo infraconstitucional, que regula a execução fiscal de débito, para excluir a tipicidade penal com a ferramenta do princípio da insignificância, alcançando valores muito superiores ao uso comum do referido princípio em outros crimes, como o de furto, a título de ilustração.

Diante disso, considerando que a Fazenda Pública não abre mão do valor, mas apenas deixa, por ora, de ingressar com a ação de execução dos valores inferiores a vinte mil reais, até que a taxa Selic ou outros débitos do devedor possibilitem a cobrança conjunta do valor executável, a analogia foi equivocada²¹.

20. Dessa forma, tem decidido o Tribunal, conforme: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **HC 1.271.173/PR**. Penal. *Habeas Corpus* originário. Descaminho. Valor do tributo inferior a vinte mil reais. Princípio da insignificância. Concessão da ordem. *Habeas corpus* deferido para restabelecer a decisão de primeiro grau que não recebeu a denúncia. PACTE.: Rufino Pires. IMPTE.: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Marco Aurélio. Ministro redator do acórdão Luís Roberto Barroso. Julgado em 21/03/2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12816266>>. Acesso em: 6 jan. 2018.

21. Sobre o tema: GOMES FILHO, Dermeval Farias. A dimensão do princípio da insignificância: imprecisão jurisprudencial e doutrinária: necessidade de nova reflexão no crime

Esse entendimento tem permanecido ao longo dos anos, conquanto o Tribunal tenha deixado de aplicá-lo em situações que denotam a habitualidade do agente, observada na existência de vários procedimentos administrativos. Verifica-se que a natureza da habitualidade, para a Corte, não pressupõe a existência de ações penais em andamento, muito menos decisões condenatórias transitadas em julgado. Possui, portanto, um conceito distinto da reincidência e dos maus antecedentes, conforme anunciado acima no comentário ao Tema 1218 do STJ.

Ao aplicar o princípio da insignificância em casos que envolvem o crime de descaminho de valor não superior a vinte mil reais, o STF construiu uma solução não prevista em lei, que extrapola os próprios limites apontados pelo próprio Tribunal no exame das demais situações de incidência do postulado. Com outras palavras, nenhum outro crime recebe a incidência do princípio da insignificância com valores tão altos na jurisprudência do Supremo.

Malgrado a pesquisa se concentre em decisões do STF, é curial mencionar uma decisão do STJ, exarada no ano de 2023, sob o rito dos recursos repetitivos (Tema 1143), quanto à possibilidade de incidência do princípio da insignificância no contrabando de até 1000 maços de cigarros. Tal posição do Tribunal seguiu o mesmo caminho de uma orientação do Ministério Público Federal, construída na 2ª Câmara de Coordenação, nos termos da LC 75, a qual regula a atuação do referido Órgão²².

de descaminho? **Justiça**: Revista Eletrônica da Seção Judiciária do Distrito Federal, Brasília, v. 3, p. 2-9, 2009.

22. Insignificância e contrabando. Tema repetitivo 1143 STJ: RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. CONTRABANDO DE CIGARROS. SAÚDE PÚBLICA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE RESTRITA (APREENSÃO DE ATÉ 1.000 MAÇOS), SALVO REITERAÇÃO. DIMINUTA REPROVABILIDADE DA CONDUTA E NECESSIDADE DE SE CONFERIR PRIMAZIA À REPRESSÃO AO CONTRABANDO DE VULTO. MODULAÇÃO DE EFEITOS. NOVEL ORIENTAÇÃO APLICÁVEL AOS FEITOS AINDA EM CURSO QUANDO DO ENCERRAMENTO DO JULGAMENTO. 1. O crime de contrabando de cigarros tutela, entre outros bens jurídicos, a saúde pública, circunstância apta a não recomendar a aplicação do princípio da insignificância. 2. Obstar a aplicação do princípio da insignificância para todos os casos, notadamente para aqueles em que verificada a apreensão de quantidade de até 1.000 (mil) maços, é uma medida ineficaz à luz dos dados estatísticos apresentados, além do que não é razoável do ponto de vista de política criminal e de gestão de recursos dos entes estatais encarregados da persecução penal, razão pela qual se revela adequado admitir a incidência do princípio

A tese fixada na decisão anterior não considerou o aspecto ofensivo à saúde pública com a possibilidade de introdução da re-ferida mercadoria no território nacional e de seu uso pelas pessoas, mas levou em conta a política criminal no sentido de capacidade de combate aos pequenos fatos pelo Estado em detrimento de buscar a apuração dos contrabandos de maior vulto. Para efeito da atipicidade material, levou em conta a diminuta reprovabilidade da conduta.

2.1.1.1.3. Insignificância com efeito paralisante da reincidência

Merece destacar ainda a relação entre insignificância e reincidência feita pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal em 03 de agosto de 2015, quando do exame dos *Habeas Corpus* 123.108/MG, 123.734 e 123.533 com a fixação de tese, na qual se utilizou o princípio da insignificância e o princípio da proporcionalidade. Trata-se de uma das principais decisões da Corte sobre o princípio da insignificância.

Diante do grande debate travado, principalmente, entre os Ministros Luís Roberto Barroso e Teori Zavaski, com argumentos político-criminais e argumentos dogmáticos, divididos em 170 laudas, os referidos *Habeas Corpus* mereceram uma análise mais completa para efeito da presente pesquisa²³.

em comento para essa hipótese - apreensão de até 1.000 (mil) maços -, salvo reiteração da conduta, circunstância que, caso verificada, é apta a afastar a atipicidade material, ante a maior reprovabilidade da conduta e periculosidade social da ação. 3. Modulado os efeitos do julgado, de modo que a tese deve ser aplicada apenas aos feitos ainda em curso na data em que encerrado o julgamento, sendo inaplicáveis aos processos com trânsito em julgado, notadamente considerando os fundamentos que justificaram a alteração jurisprudencial no caso e a impossibilidade de rescisão de coisa julgada calcada em mera modificação de orientação jurisprudencial. 4. Recurso especial desprovido. Acolhida a seguinte tese: O princípio da insignificância é aplicável ao crime de contrabando de cigarros quando a quantidade apreendida não ultrapassar 1.000 (mil) maços, seja pela diminuta reprovabilidade da conduta, seja pela necessidade de se dar efetividade à repressão ao contrabando de vulto, excetuada a hipótese de reiteração da conduta, circunstância apta a indicar maior reprovabilidade e periculosidade social da ação. (REsp n. 1.977.652/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 13/9/2023, DJe de 19/9/2023.)

23. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ***Habeas Corpus* 123.734/MG**. Penal. Princípio da insignificância. Crime de furto tentado. Réu primário. Qualificação por rompimento de obstáculo e escalada. [...]. 3. Caso em que a maioria formada no Plenário