



MARINA PIERANGELLI MURILHA

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E O
DIREITO PENAL DO AUTOR: Uma Análise Do HC 123.108 do
STF**

LAVRAS – MG

2018

MARINA PIERANGELLI MURILHA

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E O DIREITO
PENAL DO AUTOR: Uma Análise Do HC 123.108 do STF**

Artigo apresentado à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Curso de Direito, para a obtenção do título de Bacharel.

Prof. Me. Rafael de Deus Garcia

Orientador

LAVRAS – MG

2018

MARINA PIERANGELLI MURILHA

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E O DIREITO
PENAL DO AUTOR: Uma Análise Do HC 123.108 do STF**

**THE USE OF THE INSIGNIFICANT PRINCIPLE AND THE PERPETRATOR
CRIMINAL LAW: An Analyses Of The Habeas Corpus 123108 From Brazilian Federal
Supreme Court**

Artigo apresentado à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Curso de Direito para a obtenção do título de Bacharel.

APROVADA EM 05 de Julho de 2018.

Prof. Me. Rafael de Deus Garcia

Profa. Dra. Juraciara Vieira Cardoso

Prof. Me. Rafael de Deus Garcia

Orientador

LAVRAS – MG

2018

Aos meus avós, que me ensinaram sobre amor;
Aos meus irmãos, que me ensinaram sobre paciência;
Ao meu tio-avô (mais avô que tio) que me ensinou sobre o Direito
e milhões de coisas mais:
Obrigada.

AGRADECIMENTOS

O Trabalho de Conclusão de Curso se tornou um momento de desenvolvimento pessoal. As dificuldades, que foram muitas, só foram vencidas com a existência de um orientador persistente, Rafael de Deus, que segurou na minha mão e tirou todas as minhas dúvidas, me auxiliando na vida acadêmica e pessoal.

Meus agradecimentos a este orientador nunca ficarão apenas nessa folha. Os seus ensinamentos foram muitos e a todo o momento, mesmo antes de ser meu orientador e principalmente a partir do momento que aceitou participar dessa jornada comigo.

Agradeço, ainda à minha psicóloga, Cláudia Esposito. Nossas discussões semanais ou quinzenais foram indispensáveis para que eu pudesse racionalizar tudo aquilo que antes não era possível, tornando minha vida menos caótica. Obrigada por tanto.

Para minha família, um mero agradecimento nunca será o suficiente, mas por acreditarem em mim, desde sempre, quando nem eu mesma acreditava, foi o que me trouxe até aqui. Obrigada.

Ao meu namorado, Rafael Andrade, pela eterna paciência, pela insistência, pela capacidade de me amar em todos os momentos e por sempre tentar me ajudar, mesmo quando, mesmo para mim, as coisas não estavam claras.

Aos amigos e amigas, que são muitos, como Rafael, Marília, Nathalia, Kiara, Isis, Jéssica, Yame, Carol.. obrigada por estarem comigo durante a graduação e provavelmente após ela.

Um agradecimento ao meu avô (ou legalmente conhecido como tio-avô), *in memoriam*, José Henrique Pierangeli, que me cativou com seu amor pelo direito, que me mostrou a importância dos livros e a importância da empatia. Sem você eu não seria quem sou hoje e sinto sua falta todos os dias.

Agradeço, ainda, ao Núcleo de Estudos Direito, Modernidade e Capitalismo, sob orientação do Professor Doutor David Gomes, que durante dois anos me acolheu, me ensinou sobre teórica crítica e me tornou uma apaixonada por filosofia e teoria do direito.

À Segunda Vara Cível da Comarca de Lavras, pelo tempo maravilhoso de estágio, que me ensinou na prática a realidade judicial e que me fez ter esperança em pelo menos parte do sistema em que convivemos.

E por fim, à Universidade Federal de Lavras, na figura do corpo docente do Departamento de Direito e técnicos, que abriram as portas, investiram e tornaram possível esse trabalho, essa história e que agora fazem parte do meu coração.

Obrigada a todos e todas.

Governo, coisa distante e perfeita, não podia errar. O soldado amarelo estava ali perto, além da grade, era fraco e ruim, jogava na esteira com os matutos e provocava-os depois. O governo não devia consentir tão grande safadeza. Afinal para que serviam os soldados amarelos? Deu um pontapé na parede, gritou enfurecido. Para que serviam os soldados amarelos?

Graciliano Ramos – Vidas Secas – Capítulo III - Cadeia

Resumo

O princípio da insignificância pode ser visto como um dos meios de manter o direito penal mínimo, e que intervém apenas nas condutas que lesam os bens jurídicos tidos como mais importantes para o ordenamento jurídico e a sociedade. Essa proteção é um dos meios de trazer a segurança jurídica ao ordenamento jurídico e aplicação das leis. É nessa discussão que se insere o julgamento do Habeas Corpus 123.108 do Supremo Tribunal Federal, em 2015. Nesse julgamento, na plenária daquela corte, houve uma mudança acerca do entendimento jurisprudencial a respeito do princípio da insignificância, que culminou em uma análise pessoal do autor da conduta, fazendo prevalecer um direito penal de autor. Esse direito penal de autor se manifesta no entendimento dos ministros de que a aplicação do princípio da depende da análise do agente e de sua periculosidade. O entendimento que prevaleceu no julgado pode ser entendido como uma lesão à segurança jurídica e ao princípio da intervenção mínima.

Palavras-Chave: Direito Penal; Jurisprudência; Princípio da Insignificância.

Abstract

The insignificant principle can be seen as a way to keep the minimum intervention of criminal law, and that intervenes just on the ducts that cause harm to the legal assets to the legal order and society. This protection is one of the ways to bring legal certainty to the legal orders and to the application of the law. On the discussion that is inserted the Habeas Corpus 123.108 from Brazil Supreme Court, in 2015. On this trial, on the plenary of that court, was a change on the jurisprudence about the insignificant principal, which culminated in a personal analysis of the author of the conduct, giving rise to a perpetrator criminal law. This perpetrator criminal law became possible based on the understanding that the ministers had of being necessary, to the application of the insignificant principle, an analyses of the agent creator of the conducts and of his dangerousness. The understanding that prevailed on the jurisprudence can be seen as a lesion to legal order and to the minimum intervention principle.

Key Words: Criminal Law; Jurisprudence; Insignificant principle

Sumário

1.	Introdução	10
2.	Intervenção Mínima e Segurança Jurídica.....	11
2.1.	Considerações acerca dos limites do Direito Penal.	11
2.2.	Princípio da insignificância.	14
2.3.	Da reincidência.	16
3.	Do julgamento do HC 123.108 STF.....	19
3.1.	O julgamento. Discussões. Panorama.	20
3.2.	Do Direito Penal de Autor no Habeas Corpus 123.108.....	24
4.	Conclusão.	28
	Bibliografia.	30

1. Introdução

É possível dizer que a atuação do direito penal se dá por meio de previsão de garantias¹. Dentre essas garantias, está a de que o direito penal somente deve ser aplicado nos casos de violação aos bens jurídicos mais importantes de todo o ordenamento jurídico e seguindo um procedimento adequado. Isso é o chamado caráter mínimo do direito penal.

Os bens jurídicos protegidos pelo direito penal, que inegavelmente são bens jurídicos protegidos por todo o ordenamento jurídico, possuem por meio da coerção penal estatal a sua máxima proteção, de modo que gera a prevenção geral negativa, evita a vingança privada e torna possível a retribuição sistêmica.

Uma das garantias existentes no direito penal brasileiro é o princípio da lesividade, ou seja, que a lesão ao bem jurídico seja relevante². Nada adianta, portanto, que a ação seja típica se a lesão ao bem jurídico atingido não seja relevante.

O Habeas Corpus 123.108 foi um dos três casos analisados em conjunto pelo Supremo Tribunal Federal acerca da insignificância, julgado em 03 de agosto de 2015. Isso porque, de acordo com a opinião do Ministro Relator Roberto Barroso, a jurisprudência sobre o instituto da insignificância precisava ser uniformizada, de modo a trazer maior segurança aos julgamentos em todas as instâncias.

A problemática, trazida pelo relator, foi no caso de uma reiterada conduta de indivíduos em alguns crimes, especialmente o furto, de produtos de pouco valor. Esses crimes seriam tidos como insignificantes, mas, com a reiteração nessa prática, os ministros entenderam haver uma cobrança da sociedade em relação ao sistema³, e que uma falta de atitude traria danos para a sociedade, gerando uma possível sensação de medo.

Essa sensação de medo, apontada pelos ministros, é que trouxe um novo uso do princípio da insignificância. O julgado se propôs a trazer nossos critérios de aplicação desse instituto, para além do binômio reincidente ou não reincidente, visando atender a demanda trazida, isto é, lidar com o medo. Nisso, os ministros tornaram possível uma análise para além da conduta

¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. p. 96

² BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 17ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. P. 788

³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 123.108, relatoria do Ministro Roberto Barroso. Julgamento em plenário Julgado em 03 de agosto de 2015. Publicado em 01 de fevereiro de 2016. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10175198>> acesso em 29 de maio de 2018. A título de exemplo: Página 20-21 do inteiro teor do julgamento, sendo opinião do Ministro Relator Roberto Barroso. Página 62-63 do inteiro teor do julgamento, sendo opinião do Ministro Teori Zavascki. Página 139 do inteiro teor do julgamento, sendo opinião da Ministra Carmen Lúcia.

do agente, para tornar possível uma análise do próprio agente, além de sua vida pregressa, para que seja possível determinar a necessidade de aplicação de uma pena para aquele indivíduo. É nesse sentido que pode ser vislumbrado um direito penal de autor, o qual condena o indivíduo pelo que é e não por sua conduta, situação que deve ser rechaçada pelos operadores jurídicos por violar princípios e garantias que são protegidos não só pelo direito penal, mas também por todo o ordenamento jurídico brasileiro, para que se evite o avanço do poder punitivo, ou, em outras palavras, não se restrinja os elementos de limitação do poder punitivo.

Para sistematizar a presente crítica a mudança feita pelo julgador, este trabalho trará as concepções mais básicas a respeito do direito penal no ponto II, trazendo clareza sobre os institutos sobre os quais se nortearão a discussão, além dos limites do Direito Penal.

Após, será feito um resumo dos pontos mais importantes do Habeas Corpus 123.108 no ponto III, expondo os argumentos mais relevantes dos ministros e como o julgamento, propriamente, se deu, resultando na crítica a respeito da análise feita pelos ministros para determinar a aplicação do princípio da insignificância.

2. Intervenção Mínima e Segurança Jurídica

2.1. Considerações acerca dos limites do Direito Penal.

O direito penal, expressão máxima do monopólio da coerção estatal, deve, de forma limitada, atingir a vida das pessoas. Por se revelar a coerção máxima do Estado, e restringir direitos, principalmente a liberdade do indivíduo, não se pode conceber a sua invocação ou aplicação em toda e qualquer situação, mas somente nas que efetivamente lesam bens jurídicos relevantes. É neste sentido que nos ensina Zaffaroni e Pierangeli:

[...] o direito penal ocupa somente um lugar limitado, de modo que sua importância, embora inegável, não é tão absoluta como às vezes se pretende, especialmente quando dimensionamos o enorme campo de controle social que cai fora de seus estreitos limites⁴.

Por isso, um princípio do direito penal é o da intervenção mínima. Sua aplicação deve ser somente nos casos de extrema agressão ao sistema jurídico vigente, e a aplicação da pena deve ser a última medida a ser tomada.

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como ultima ratio, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. p. 69-70

controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável.⁵

É nesse sentido que devemos ver a coerção como a resposta do Estado ao indivíduo em relação a sua conduta delituosa, sendo a pena a sua manifestação principal⁶. É possível encontrar na pena, na utilização dessa coerção estatal alguns objetivos, como, por exemplo, de evitar que novos delitos aconteçam, sendo esse objetivo conhecido como prevenção geral⁷.

A aplicação da pena pode ser entendida como uma resposta do Estado, devendo esta conter uma limitação de sua reação ao delito, sendo importante que essa reação Estatal à conduta do indivíduo seja uma reação violenta adequada, no mínimo possível, não compreendendo uma resposta mais intensa do que o exigido pela ação do autor em questão. “[a pena] não é apenas um meio, constituindo, ela própria, um fim, qual seja, aquele da minimização da reação violenta ao delito⁸.”

Como nos ensina Ferrajoli “[...] a pena é de qualquer forma justificável se (e somente se) o condenado dela extrai o benefício de ser, por seu intermédio, poupado de punições informais imprevisíveis, incontroladas e desproporcionais⁹.”

Partindo da segurança necessária que o princípio da intervenção mínima requer, Hassemer¹⁰ define o direito penal como não sendo somente “[...] uma realização das necessidades punitivas da sociedade, ele é ao mesmo tempo também seu rompimento; ele é controle social e, ao mesmo tempo, sua formalização.” A figura do direito penal não deve ser apenas vislumbrada como destinada à punição e sim à proteção, à promessa de cumprimento das garantias jurídicas, para que não gere alguma ameaça ilegítima aos direitos fundamentais da pessoa que se pretende punir. O resultado “é a imagem do Direito Penal protetor. Ele não se compõe apenas de ameaças de punição e proibições, mas também da segurança nos processos e da promessa de garantias para os que nele atuam e ele consiste em garantias jurídicas para aqueles que estão sujeitos à ameaça de punição [...]”.¹¹ O autor ainda define claramente o caráter mínimo no direito penal ao considerar que

[...] a pena somente é apropriada e justificada quando da violação de bens jurídicos vitais de direito penal, porém não para apoiar os desejos

⁵ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 17ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. P. 96

⁶ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. p. 100

⁷ Ibidem. p. 101

⁸ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 309

⁹Ibidem, 313

¹⁰HASSEMER, Winfried. Direito Penal Libetário. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007. p.78-79.

¹¹ Ibidem. p.79.

por solução de problemas vagos ou amplos demais, como eles atualmente dominam a realidade do direito penal¹².

Em decorrência dessa limitação trazida ao direito penal é que se pode encontrar o caráter fragmentário, ou seja, a aplicação limitada a alguns bens jurídicos mais importantes e subsidiária, devendo ser aplicado somente quando houver graves lesões aos bens jurídicos protegidos, como nos ensina Nilo Batista “que deve portanto ser ministrado apenas quando qualquer outro se revele ineficiente.”¹³

Pode-se resumir, portanto, como o direito penal sendo, necessariamente, legal, mínimo, limitado e deve possuir necessariamente um caráter fragmentário e subsidiário, a qual, como demonstrado anteriormente, traz garantias para os envolvidos, seja aos que fazem a sua aplicação ou aos que recebem as sanções por meio de sua aplicação.

Em decorrência desses princípios e características do direito penal é que podemos encontrar a segurança jurídica, que somente existe por meio da aplicação de todos os conceitos explicados anteriormente. A segurança jurídica busca trazer clareza na aplicação da lei, fazendo com que haja um procedimento. Sabendo-se quando o direito será aplicado e de que forma, é possível perceber uma forma de agir do Estado como ente regulador, gerando, portanto, uma segurança, ao saber em que momento o direito será ou poderá ser usado contra o indivíduo.

Para Zaffaroni e Pierangeli, a segurança jurídica tem uma função extra no direito penal, pois ela pode, por meio da coerção, reforçar ou mitigar essa segurança

A coerção penal deve reforçar a segurança jurídica, mas, quando ultrapassa o limite de tolerância na ingerência aos bens jurídicos do infrator, causa mais alarme social do que o próprio delito

O direito, sobretudo o direito penal, no sentido apresentado, deve ter como pressuposto a viabilização da existência¹⁴ entre os mais diversos indivíduos, em suas diversidades de crenças, sem que a existência de um prejudique a existência do outro.

Logo, a segurança jurídica trazida pela limitação ao direito penal torna possível a existência harmoniosa, ou supostamente harmoniosa, entre os mais diversos indivíduos.

O julgamento do Habeas Corpus 123.108, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, se dispôs a uniformizar a jurisprudência acerca do princípio da insignificância e seus limites, bem como sua forma de aplicação. Com isso, os ministros perpassaram por diversos institutos jurídicos, cujo objetivo foi o de trazer segurança e a manutenção da intervenção mínima estatal,

¹² HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libetário*. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007. p.81.

¹³BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007. p. 86-87.

¹⁴ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral*. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. p.91

debatendo, portanto, a melhor forma de fazer com que o entendimento da Corte prevalecesse e fosse aplicado por todas as outras varas criminais do país.

2.2.Princípio da insignificância.

O princípio da insignificância é uma criação doutrinária que se propõe a efetivar do caráter limitado e mínimo do direito penal.

A aplicação desse princípio garante que o direito penal não seja aplicado quando o bem jurídico ofendido não for gravemente ferido. Ou seja, que apesar de ter ocorrido uma violação a um bem jurídico, ela não é significativa para a intervenção penal. Logo, as condutas insignificantes não são punidas.

A significância da lesão ao bem jurídico deve ser analisada no momento em que se procura atestar a sua existência, não somente na análise da tipicidade formal, que é a subsunção do fato ocorrido à norma penalizante, mas também na tipicidade material, que se refere à expressão da lesão ao bem jurídico tutelado¹⁵.

A irrelevância da lesão jurídico-penal é o mesmo que dizer que a conduta não existe para o direito penal. Isso porque, “a tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico¹⁶”. Não é qualquer lesão que justifica a intervenção, afinal de contas a reprimenda estatal pode ultrapassar e muito a própria lesão causada pela conduta. Assim, o princípio da insignificância contribui para garantir a legitimidade do direito penal, restringindo-o apenas às efetivas lesões a bens jurídicos.

A tipicidade é analisada em dois momentos distintos, dividindo-se em duas espécies¹⁷ de tipicidade a serem encontradas pode ser compreendida em quando se depara com uma conduta: a análise da tipicidade formal, que é a subsunção do fato à norma e posteriormente a tipicidade material, ou seja, que o crime seja materialmente relevante ao direito penal, constituindo a conduta em questão efetivamente crime, dizendo que a conduta produziu resultado significativo o suficiente para ser proibida pelo ordenamento jurídico.

Zaffaroni e Pierangeli vão mais longe, ao criar o conceito de tipicidade conglobada. “[...] o juízo de tipicidade não é um mero juízo de *tipicidade legal*, mas que exige um outro passo, que é a comprovação da *tipicidade conglobante*, consistente na averiguação da proibição

¹⁵BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 17ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. P. 103

¹⁶Ibidem. P. 109

¹⁷ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. p. 413

através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim *conglobada* na ordem normativa”¹⁸.

Procurando-se evitar que o princípio da insignificância seja considerado demasiadamente discricionário, alguns autores passaram a tentar encontrar seu limite de aplicação. Nesse sentido, Zaffaroni e Pierangeli nos demonstra o limite de sua interpretação acerca desse princípio:

A insignificância da afetação exclui a tipicidade, mas só pode ser estabelecida através da consideração conglobada da norma: toda a ordem normativa persegue uma finalidade, tem um sentido, **que é a garantia jurídica para possibilitar uma coexistência que evite a guerra civil (a guerra de todos contra todos)**¹⁹. (Grifo meu)

Já Bittencourt deixa mais claro, trazendo a ideia de algum grau de lesão da conduta: “Assim, a irrelevância ou insignificância de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em relação ao grau de sua intensidade, isto é, pela extensão da lesão produzida.”²⁰

A significância de um crime, portanto, deve ser analisada conforme o caso concreto, em cada situação particular, não existindo uma fórmula fixa para a sua análise, apenas pretensões de análise da conduta do agente em questão.

A análise da existência ou não de significância deve ser feita a respeito da conduta do agente, não cabendo trazer uma análise pessoal do agente nesse momento, pois isso significaria transpor os limites colocados pelo próprio princípio, que exclui a tipicidade antes mesmo da análise da culpabilidade, isto é, das condições do autor da conduta, já que é a significância que pode definir a existência ou não da conduta como sendo criminosa.

A importância de análise da conduta é, ainda, decorrente da forma com o qual o direito penal foi pensado. Como demonstrado anteriormente, este direito é limitado e mínimo e, portanto, sua forma de atuação se dá por meio da previsão de condutas que não são permitidas. Quando se foge da análise da existência do tipo, para se fazer, previamente, uma análise da culpabilidade do indivíduo, é fugir do contexto de regras e garantias no qual está colocado. Zaffaroni e Pierangeli demonstram que o direito só “pretende regular a conduta humana, não podendo ser o delito outra coisa além de uma conduta”²¹.

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. p. 413

¹⁹ Ibidem. p. 505

²⁰ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 17ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. P. 110

²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. p. 370

Parte desse pensamento o princípio *nullum crimen sine conducta*, que é o latim para não há crime sem conduta, traduzindo em uma outra espécie de garantia.

Se fosse eliminado, o delito poderia ser qualquer coisa abarcando a possibilidade de penalizar o pensamento, a forma de ser, as características pessoais etc. Neste momento de nossa cultura isto parece suficientemente óbvio, mas, apesar disto, não faltam tentativas de suprimir ou de obstaculizar este princípio elementar²².

Essa garantia traz um norteamento da aplicação do direito penal, garantindo que ele seja efetivamente mínimo. Uma análise para além da conduta em um princípio que atesta a existência ou não daquele delito é fugir da segurança jurídica que ele foi criado para trazer, e fugir do sistema de punição de condutas existente no ordenamento jurídico brasileiro para uma punição de pessoas, se transformando numa espécie de direito penal de autor. Nilo Batista nos ensina que esse direito penal de autor é quando

[...] o criminalizado é um ser inferior e, por isso, se vê apenado (inferioridade moral: estado de pecado; inferioridade mecânica: estado perigoso), porém não é sua pessoa a única que não se reconhece: *o discurso do direito penal de autor propõe aos operadores jurídicos a negação de sua própria condição de pessoas.*²³

Penalizar um indivíduo por este possuir alguma característica destoante do que se vê como normal é penalizar pela existência de características não jurídicas, fugindo completamente do sistema que temos, ou, como colocado por Nilo Batista “Se o direito penal do ato pretendesse instituir características pré-jurídicas do delito, deveria renunciar à legalidade: se os delitos pudessem ser reconhecidos onticamente, não seria necessário que a lei os definisse²⁴.”

Em 2015, quando o Supremo Tribunal Federal julgou, em plenário, o Habeas Corpus 123.108, trouxe uma mudança a forma como a doutrina estava construindo o princípio da insignificância e sua forma de aplicação. O julgado analisou antes mesmo da existência do delito as características pessoais do autor do delito, podendo ser entendido como um direito penal do autor, violando garantias até então existentes.

2.3. Da reincidência.

Foi explicado no tópico anterior, a respeito do princípio da insignificância, que hoje é feita uma análise do autor e sua vida pregressa para determinar a necessidade de uma aferição de pena ou não. O Habeas Corpus 123.108, julgado no Supremo Tribunal Federal, foi o que

²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. p. 370-371

²³ BATISTA, Nilo. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Direito Penal Brasileiro – I. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013. P. 132-133.

²⁴ Ibidem. P. 134

trouxe a mudança nesse sentido, entendendo que, antes mesmo de decidir se há o delito, deve-se procurar atentar-se a condições pessoais do autor, como, por exemplo, se o autor de determinada conduta é reincidente na prática de uma conduta que seria tida como insignificante. Um dos meios para ser feita a análise seria a reincidência.

Os ministros foram para além do binômio existente anteriormente, ou seja, se o indivíduo é reincidente ou não para aplicar o princípio da insignificância, para fazer com que a análise da reincidência, assim como outras condições, sejam requisitos para a determinação de uma necessidade de atribuição de pena.

Nesse sentido, reincidência é um instituto que possui sua regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro a partir do Código Penal, no artigo 63.

Esse instituto detém como possibilidade de aplicação, a alternativa de agravar a pena ou gerar uma visão negativa da culpabilidade do agente pela existência de uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

A existência do instituto da reincidência não é unanimidade no mundo²⁵. Isso porque é possível vislumbrar nesse instituto como uma espécie de *in bis in idem*, sendo esse princípio entendido como a proibição de mais de uma punição pela mesma conduta, pela peculiaridade de gerar, novamente, efeito sobre o agente por causa de uma conduta a qual já houve punição.

O *in bis in idem* no ordenamento brasileiro pode ser encontrado de forma residual no artigo 8º e 42 do Código Penal Brasileiro. A vedação ao *in bis in idem* indica que só é cabível apenas uma punição para uma conduta ilegal realizada.

Para Zaffaroni e Pierangeli, existe um interesse maior por trás da reincidência, por perpassar “[...] [por] um interesse estatal de classificar as pessoas em “disciplinadas” e “indisciplinadas”, e é óbvio não ser esta função do direito penal garantidor”²⁶.

É possível debater sobre a necessidade ou a falta de necessidade do instituto de reincidência, entretanto, não podemos deixar de notar a existência de uma classificação sobre as pessoas, classificação essa que traz indícios de uma possível falha no sistema de aplicação da pena, já que existem autores que consideram “[...] inquestionável que a delinquência não diminui em toda a América Latina e que o sistema penitenciário tradicional não consegue reabilitar ninguém, [...]”²⁷

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. p. 745

²⁶ Ibidem. p. 749

²⁷ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 17ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. P. 1301

Também é possível encontrar uma possível falácia do instituto da reincidência, sendo uma das críticas possíveis dentro do sistema. Essa falácia decorre da incapacidade do sistema em ressocializar com a pena, ele apenas desvirtua mais o agente criando a reincidência “se a correção do condenado é ineficaz, e se a neutralização do condenado funciona, realmente, como prisionalização deformadora da personalidade do condenado, então a reincidência real não pode constituir circunstância agravante²⁸.”

Entre os magistrados, o instituto da reincidência não é questionado, sendo as suas discussões voltadas para a necessidade de delimitação para que seja possível sua utilização.

Essa discussão gerou diversos julgamentos, mas, entre eles, um se destacou pela criação de critérios básicos, sendo este o Habeas Corpus 162.015, de relatoria do Ministro Haroldo Rodrigues, da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, já que nesse julgado foi possível encontrar critérios de utilização para a reincidência, que passaram a ser seguidos em outros julgamentos em todo o país. Esses critérios ficaram definidos da seguinte forma:

Embora não exista previsão legal acerca do quantum de acréscimo da pena deva ser aplicado em decorrência da agravante da reincidência, é de rigor a observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Hipótese em que, a despeito de o paciente possuir mais de uma condenação anterior, mostra-se desproporcional o acréscimo de 1/3 (um terço) da pena por força de tal agravante, parecendo razoável que o aumento se dê no patamar de 1/6 (um sexto).²⁹

A jurisprudência somente se atém à reincidência de modo a identificar e a classificar como reincidente ou não cada indivíduo,³⁰ não se dedicando a ultrapassar as críticas tecidas pela doutrina nacional e internacional.

Nesse sentido, como aponta Hassemer³¹, não é possível entender o instituto da reincidência como eficaz, já que se a pena fosse eficiente, a utilização desse instituto seria punir duas vezes o indivíduo, como demonstrado anteriormente.

[..] a mera retribuição de um crime anterior não faz sentido (também quando o conceito de pena possa significar nada mais do que um acréscimo retributivo de um mal); esqueçam a teoria e o passado, conduzam seu olhar para frente e organizem o sistema penal de forma que infrações penais não mais venham a ocorrer.

²⁸SANTOS, Juarez Cirino dos. Manual de Direito Penal, Parte Geral. 2ª edição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. P. 345

²⁹SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas Corpus 162.015, relatoria do Ministro Haroldo Rodrigues. Julgamento pela Sexta Turma. Julgado em 22 de junho de 2010. Publicado em 22 de outubro de 2010

³⁰Apesar do trecho do julgado trazido acima, a reincidência não é utilizada apenas para agravar pena, apesar de ser o seu uso mais costumeiro. Outras possibilidades seriam a de progressão de regime na execução penal e aplicação de suspensão condicional do processo ou de transação penal, que seriam meios de análise pelos quais o condenado volta à sociedade ou de evitar que ele adentre o sistema carcerário, quando não necessário.

³¹HASSEMER, Winfried. Direito Penal Libertário. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.P. 82

É necessário, portanto, que a reincidência seja aplicada com cautela, não fugindo das possibilidades jurídicas colocadas expressamente. Devemos ter em vista os argumentos trazidos anteriormente, já que, sua ampla utilização, como o que foi proposto pelo Habeas Corpus 123.108 seria descaracterizar a necessidade de atuação mínima do direito penal e o seu caráter fragmentário. E mais do que isso, o uso feito no Habeas Corpus 123.108 torna possível existir no nosso ordenamento jurídico um direito penal de autor, que não visa a punir os agentes por suas condutas, massim os indivíduos considerados desviantes.

Segundo este sentido é que Nilo Batista cria dois conceitos, com características análogas ao direito penal de ato e direito penal de autor, sendo que para este autor, culpabilistas são as pessoas que defendem o direito penal de ato, ou seja, aqueles que respondem com a pena ao uso que o ser humano faz de sua autodeterminação e ao uso de sua liberdade pessoal. E perigosistas como aqueles que defendem o direito penal de autor, aqueles que buscam coagir o ser humano com tendências para o “delito, ou seja, sua periculosidade”³².

Para o autor, os perigosistas, são àqueles que buscam neutralizar o ser humano e sua periculosidade. Possível dizer, portanto, que não visam a punir os atos e condutas e sim a pessoa, transformando a periculosidade em característica intrínseca ao ser. É nessa lógica que, quando se faz uso da reincidência para definir a necessidade de uma punição, no mesmo momento em que é definido que o delito existe, no caso do princípio da insignificância, da forma como foi feito no Habeas Corpus 123.108, é que criamos um direito penal de autor, que abdica da legalidade e visa a punir o ser humano.

3. Do julgamento do HC 123.108 STF.

O julgamento do Habeas Corpus 123.108 foi trazido ao plenário a pedido do Ministro Relator Roberto Barroso, que considera não haver uma uniformização³³ das cortes nesse sentido, devendo ser um esforço do Supremo Tribunal Federal trazer a uniformização necessária para a existência de uma suposta segurança jurídica.

O julgamento do citado habeas corpus traz novas considerações a respeito da reincidência, do princípio da insignificância, com a justificativa de “O direito penal desempenha

³²BATISTA, Nilo. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Direito Penal Brasileiro – I. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013.P.136

³³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 123.108, relatoria do Ministro Roberto Barroso. Julgamento em plenário Julgado em 03 de agosto de 2015. Publicado em 01 de fevereiro de 2016. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10175198>> acesso em 29 de maio de 2018. p.10

idealmente uma função social importante de prevenção geral. Seu papel é – ou deveria ser – menos retributivo e mais o de desestimular novos atos criminosos³⁴.”

Com tais considerações e os demais votos do julgamento é possível dizer que uma nova espécie de utilização desse instituto surgiu no Supremo Tribunal Federal em 2015. Em resumo, o julgamento caminhou para a criação de uma análise, junto com a significância do delito, das condições pessoais do autor da conduta. Essas condições a serem analisadas têm como finalidade definir se há a necessidade de aplicação de pena, caso o autor seja reincidente ou não em crimes que seriam tidos como insignificantes. Nessa análise, procura-se por meio das condições pessoais do autor, definir suas tendências à delinquência, algo que deve, na opinião dos ministros, ser combatido pelo sistema penal³⁵.

3.1. O julgamento. Discussões. Panorama.

O caso do julgamento do Habeas Corpus 123.108 envolve um furto de um par de sandálias de plástico, avaliada em R\$16,00 reais. Em primeiro grau, na comarca do delito, foi negada a aplicação do princípio da insignificância pela existência de reincidência, entendimento o qual foi mantido pelo Turma Recursal do Estado de Minas Gerais. A pena aplicada foi a de 1 ano e 10 meses, em regime inicial semiaberto, novamente, pela existência da reincidência. A defesa utilizou-se, então, do habeas corpus, o qual foi recebido pelo Ministro Relator Roberto Barroso e teve a liminar deferida, para que fosse suspenso os efeitos daquela condenação.

O primeiro a votar foi o Ministro Relator Roberto Barroso e nesse voto foi possível encontrar duas preocupações: uma primeira, com a falta de uniformidade na aplicação do princípio da insignificância, e uma segunda, sendo a preocupação com um “sistema já superlotado e altamente degradante”³⁶.

O Ministro Relator apontou um problema que para ele foi importante ao trazer o julgado para o plenário: Para ele, há falta de uniformidade nas mais diversas cortes a respeito da aplicação do princípio da insignificância. Isso porque nem todos os ministros, desembargadores e juízes atuam da mesma forma considerando a insignificância e a reincidência. Em sua visão, inicialmente, deve-se observar que a insignificância é capaz de retirar a tipicidade da conduta, ou seja, ela não é tipicamente crime quando é insignificante. Para o Ministro deve-se ter uma

³⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 123.108, relatoria do Ministro Roberto Barroso. Julgamento em plenário Julgado em 03 de agosto de 2015. Publicado em 01 de fevereiro de 2016. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10175198>> acesso em 29 de maio de 2018. P. 14

³⁵ Ibidem. P.118

³⁶ Ibidem. P.50

análise prévia do indivíduo, para que seja possível seu afastamento com a existência de uma pessoa reincidente em crimes que seriam considerados, tipicamente, insignificantes.

O voto do ministro relator deve ser observado sob óticas distintas: num primeiro momento, com as preocupações levantadas, e antes do voto dos outros ministros em julgamento plenário, e um segundo momento, o qual o ministro faz uma alteração no seu voto, de modo a alinhá-lo ao voto proferido pelo Ministro Teori Zavascki, que foi amplamente seguido pelos colegas de corte³⁷.

Outro momento no qual o ministro traz dúvida acerca de sua posição é quando, no final de seu voto, entende não ser possível uma análise do agente quando possível o princípio da insignificância, mas que, caso seu entendimento não seja seguido, votará para a concessão parcial da ordem no sentido de, pelo menos, o regime do indivíduo que foi condenado por tal conduta seja o aberto, por entender gravosa a entrada no sistema carcerário penal um indivíduo que cometeu uma conduta que, na verdade, seria insignificante³⁸.

No voto do Ministro Relator ele indica um caminho argumentativo no qual tornaria possível a não aplicação da insignificância quando o indivíduo fosse reincidente no momento da análise da tipicidade conglobante, para que seja analisado as circunstâncias do agente. Porém, de acordo com o ministro, isso não seria possível, já que o autor que vislumbrou o instituto, Zaffaroni, propõe a tipicidade conglobante como meio de limitar a aplicação da norma e não aumentá-la³⁹.

O ministro traz, ainda, em seu voto, a questão carcerária e o quanto o sistema encontra-se superlotado, no sentido de que trazer mais indivíduos a este sistema seria injusto. “a opção de mandar essas pessoas para o cárcere deve ser encarada decididamente como a última e radical alternativa num sistema já superlotado e altamente degradante”⁴⁰. Assim, tenta fazer prevalecer seu entendimento de que seja firmado o regime inicial aberto ou minimamente prisão domiciliar para o indivíduo condenado por crime no qual o bem jurídico afetado não é relevante.

O segundo a votar foi o Ministro Teori Zavascki. Em seu voto, se utiliza do caminho argumentativo proposto por Barroso, sem se limitar a usar as divisas propostas pelo autor da tipicidade conglobante.

O que resulta dessas premissas conceituais é que a aferição da insignificância como requisito negativo da tipicidade, mormente em se

³⁷SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 123.108, relatoria do Ministro Roberto Barroso. Julgamento em plenário Julgado em 03 de agosto de 2015. Publicado em 01 de fevereiro de 2016. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10175198>> acesso em 29 de maio de 2018. P. 164-165

³⁸ Ibidem. P. 54

³⁹ Ibidem. P. 42

⁴⁰ Ibidem. P. 50

tratando de crimes contra o patrimônio, envolve juízo muito mais abrangente que a simples expressão do resultado da conduta. **Importa, nesse juízo de tipicidade conglobante, de modo significativo, investigar o desvalor da ação criminosa em seu sentido amplo, que se traduz pela ausência de periculosidade social, pela mínima ofensividade e pela falta de reprovabilidade, de modo a impedir que, a pretexto da insignificância apenas do resultado material, acabe desvirtuado o objetivo a que visou o legislador quando formulou a tipificação legal**⁴¹. (grifo meu).

Apesar disso, para o ministro, o regime inicial do cumprimento de pena deve ser prisão domiciliar, por concordar com a argumentação trazida pelo Ministro Relator, concordando que seria medida demasiadamente drástica pelo bem jurídico que foi afetado com a conduta delituosa⁴².

O terceiro ministro a se manifestar acerca do tema foi o Ministro Edson Fachin. Para este ministro, a ordem deve ser concedida e, portanto, a pena deve ser mantida no caso em questão ao considerarmos o contexto do delito.

Retirar do Estado o poder de intervir penalmente nessas hipóteses, no meu modo de ver, **significa deixar desassistida uma parcela da população que não teria a quem se socorrer. Assim, discutir esta matéria não é apenas uma opção entre retirar ou não uma parcela economicamente desassistida (usuais autores do crime de furto) do alcance de um eventual uso arbitrário do poder punitivo**⁴³. (grifo meu).

Para o ministro Fachin, não é um problema a análise da reincidência antes ou durante a análise da tipicidade, pois seria um pressuposto de existência da insignificância que o indivíduo não seja reincidente:

Assim, a reincidência não é tida, diretamente, como causa de afastamento da alegação de atipicidade da conduta. **A reincidência é tida como causa de afastamento da aplicabilidade do princípio da insignificância. Uma vez declarada que a conduta é significante, aí sim, declara-se sua tipicidade**⁴⁴.

E justifica essa mudança, pois “Se é verdade que os crimes de furto são praticados, em geral, por quem não detém as melhores condições financeiras, também não é de se

⁴¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 123.108, relatoria do Ministro Roberto Barroso. Julgamento em plenário Julgado em 03 de agosto de 2015. Publicado em 01 de fevereiro de 2016. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10175198>> acesso em 29 de maio de 2018. P. 67

⁴² Ibidem. P. 74-75

⁴³ Ibidem. P. 87

⁴⁴ Ibidem. P. 91

desconsiderar o fato segundo o qual esses mesmos desafortunados são as vítimas mais frágeis dessas condutas”⁴⁵.

Quarta a se manifestar, a Ministra Rosa Weber acompanhou parcialmente o primeiro voto do Ministro Roberto Barroso, reconhecendo a insignificância do delito “[...] não me parece que a reincidência ou mesmo simples registros penais pretéritos possam afastar essa compreensão que adoto [...]”⁴⁶

O Ministro Luiz Fux foi o quinto a se manifestar em julgamento plenário naquele habeas corpus, sendo que, acompanhando parte do que entendeu o ministro Teori Zavascki, complementando que

O que nós não podemos fazer é que, à luz do princípio da insignificância, consideremos atípica uma conduta que o legislador valorou e entendeu atípica. Então, vamos declarar inconstitucional o furto de bem de pequeno valor e, aí, atuaremos como legisladores positivos, porque não está escrito em lugar nenhum isso⁴⁷ [...]. (FUX, 2015, p. 121).

Após o Ministro Fux, votou o Ministro Dias Toffoli, que acompanhou o voto do Ministro Teori Zavascki e afirmou que não cabe uniformização de matéria em seara penal, devendo ser analisado casuisticamente⁴⁸.

A sétima a se manifestar foi a Ministra Carmem Lúcia, a qual concordou com o entendimento trazido pelo Ministro Teori. Para ela, deve-se fazer uso da tipicidade conglobante, de modo a analisar o objetivo de proteção daquela norma com o bem jurídico na situação em questão, para que seja possível vislumbrar a existência ou não de insignificância⁴⁹.

Para a Ministra “Ao impedir a aplicação do princípio da insignificância ao contumaz, este Supremo Tribunal não está adotando o odioso “direito penal do autor”. Ao contrário, mantém íntegro o prestígio ao “direito penal do fato”⁵⁰, isso porque, para ela, o foco não é o agente e sim a reiterada conduta do agente naquele tipo de conduta. E conclui que

Não há, assim, com a devida vênia, como aderir à proposta do Ministro Relator, voltada à imposição de regime de pena menos gravoso (regime aberto domiciliar) ao agente reincidente, porque a situação prática demonstra que as sanções mais brandas revelaram-se inócuas com relação a esse agentes⁵¹.

⁴⁵SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 123.108, relatoria do Ministro Roberto Barroso. Julgamento em plenário Julgado em 03 de agosto de 2015. Publicado em 01 de fevereiro de 2016. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10175198>> acesso em 29 de maio de 2018. P. 96

⁴⁶ Ibidem. P. 106

⁴⁷ Ibidem. P. 121

⁴⁸ Ibidem. P. 125

⁴⁹ Ibidem. P. 138

⁵⁰ Ibidem. P. 137

⁵¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 123.108, relatoria do Ministro Roberto Barroso. Julgamento em plenário Julgado em 03 de agosto de 2015. Publicado em 01 de fevereiro de 2016. Disponível em

O próximo a votar foi o Ministro Gilmar Mendes, que votou seguindo a divergência trazida pelo Ministro Teori Zavascki.

Após, votou o Ministro Marco Aurélio, que indefere a ordem de habeas corpus e discorda dos Ministros Roberto Barroso e Teori Zavascki no que tange a forma inicial do cumprimento da pena, ao dizer que o artigo 33 do Direito Penal, que trata sobre o regime de cumprimento de pena é claro e que, uma mudança, seria legislar sobre matéria penal⁵².

O único ministro a conceder a ordem foi o Ministro Celso de Mello, que declara entender o instituto da insignificância claro, não havendo discussão cabível sobre sua aplicação ou não no caso em questão⁵³.

O último a votar foi o então presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Ricardo Lewandowski, o qual seguiu o voto proferido pelo Ministro Teori Zavascki⁵⁴.

O julgamento teve muitas discussões entre os ministros, o qual, em conjunto, chegaram ao entendimento do voto mais adequado ser o do Ministro Teori Zavascki, tanto é que foi seguido pela maioria. No fim, para que o Ministro Roberto Barroso pudesse fazer a relatoria do julgado, ele alterou seu voto inicial para acompanhar integralmente o que foi votado pelo Ministro Teori e, portanto, permaneceu na relatoria.

3.2. Do Direito Penal de Autor no Habeas Corpus 123.108

Os ministros concordaram no julgamento plenário daquele Habeas Corpus com a necessidade de uma análise do agente no momento em que é feita a definição da existência ou não existência de significância do delito. Passaram, portanto, a fazer uma análise das condições pessoais do agente, principalmente para definir se este é reincidente em crimes conhecidos como insignificantes.

Tornando possível a análise pretendida, os ministros encontraram como possibilidade a utilização do conceito de tipicidade conglobante, conceito criado por Zaffaroni. Este autor delimita a tipicidade conglobante como “[...] a comprovação de que a conduta legalmente típica está também proibida pela norma, o que se obtém desentranhando o alcance da norma proibitiva conglobada com as restantes normas da ordem normativa⁵⁵.” Para o autor, deve ser feita uma análise daquilo que se pretendia proibir com a criação daquele tipo legal, para que seja possível

< <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10175198>> acesso em 29 de maio de 2018. P. 147

⁵² Ibidem. P. 156

⁵³ Ibidem. P. 158

⁵⁴ Ibidem. P. 160-161

⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. P. 413

extrair a norma. O próprio autor traz a necessidade de análise dessa tipicidade conglobada para decidir se o crime é insignificante ou não (ver tópico II.b.).

O Ministro Teori Zavascki entende que, na análise da tipicidade conglobada deve-se investigar o desvalor da ação criminosa em seu sentido amplo, que se traduz pela **ausência de periculosidade social**, pela mínima ofensividade e pela falta de reprovabilidade, de modo a impedir que, a pretexto da insignificância apenas do resultado material, acabe desvirtuado o objetivo a que visou o legislador quando formulou a tipificação legal⁵⁶. (grifo meu).

Ou seja, deve-se analisar se o autor é considerado perigoso socialmente ou não, além da mínima ofensividade e falta de reprovabilidade, requisitos anteriormente já existentes, para análise da significância ou não do delito.

Esse uso proposto pelo Ministro Teori, que foi seguido por aquela corte, deve ser entendido como uma ampliação do que foi proposto por Zaffaroni e Pierangeli, que pretende “[...] reduzi-la [a tipicidade conglobante] à verdadeira dimensão daquilo que a norma proíbe, deixando fora da tipicidade penal aquelas condutas que somente serão alcançadas pela tipicidade legal, mas que a ordem normativa não quer proibir [...]”.⁵⁷

A análise da periculosidade proposta pelo ministro, que foi acatada pelo restante da corte, indica um possível entendimento de uma periculosidade intrínseca ao indivíduo que praticou a conduta. Além disso, essa periculosidade, como demonstrado na citação anteriormente trazida, deve ser rechaçada socialmente, sem que haja a necessidade de um desvalor real pelo sistema jurídico penal.

Em outro momento do julgamento em que é possível vislumbrar com maior clareza a questão da periculosidade intrínseca ao ser, é quando a Ministra Carmem Lúcia defende que “Basta o acusado ser considerado contumaz na prática delitativa, para ser-lhe obstruída a aplicação do princípio [da insignificância], ainda que esteja respondendo, no caso concreto, por furto de objeto de pequeno valor.”⁵⁸

Nesse sentido é que trazemos Nilo Batista, que entende que o direito penal de autor é ligado diretamente à punição dessa periculosidade intrínseca ao ser. Para este autor, que também chama de perigosistas os que defendem a aplicação do direito penal de autor, chama

⁵⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 123.108, relatoria do Ministro Roberto Barroso. Julgamento em plenário Julgado em 03 de agosto de 2015. Publicado em 01 de fevereiro de 2016. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10175198>> acesso em 29 de maio de 2018. P. 67

⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. P. 413

⁵⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 123.108, relatoria do Ministro Roberto Barroso. Julgamento em plenário Julgado em 03 de agosto de 2015. Publicado em 01 de fevereiro de 2016. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10175198>> acesso em 29 de maio de 2018. P. 137

essa prática em uma redução que busca neutralizar “ [...] a determinação do ser humano para o delito, ou seja, sua periculosidade.⁵⁹” Não se busca, portanto, punir pela conduta realizada ser rechaçável e sim pela periculosidade que pode levar o indivíduo a cometer delitos.

Esse conceito de periculosidade nos leva a tentar caracterizar de que tipo de norma isso se trata. Ferrajoli divide as normas em dois tipos: Normas penais regulativas, aquelas que definem condutas comissivas ou omissivas como permitidas, proibidas ou obrigatórias. E normas constitutivas, aquelas que estabelecem comportamentos que produzem infrações, qualificações ou efeitos jurídicos⁶⁰. Em decorrência dessa definição, ele encontra dois tipos de sentença: as declaratórias, que só comprovam o fato ou conduta ocorrida que detém uma norma regulativa; e sentença constitutiva, que “determina qualificações e efeitos jurídicos sem a preocupação de ter de comprovar um fato deonticamente qualificado.⁶¹”

Logo, quando se faz uma aplicação de pena a uma conduta que seria insignificante apenas pelas condições pessoais do autor serem tidas como desfavoráveis, estamos utilizando as sentenças constitutivas, que apenas determinam a qualificação daquele indivíduo como perigoso e não sua conduta como repreensível.

Podemos, ainda, entender o princípio da insignificância, da forma como é regulado pelo Código Penal, como uma norma constitutiva. A interpretação que se deu a partir daquele julgamento tornou possível a aplicação de uma sentença constitutiva, determinando que “[...] o criminalizado é um ser inferior e, por isso, se vê apenado (inferioridade moral: estado de pecado; inferioridade mecânica: estado perigoso), porém não é sua pessoa a única que não se reconhece: *o discurso do direito penal de autor propõe aos operadores jurídicos a negação de sua própria condição de pessoas.*⁶²”

Determina-se, portanto, pelas suas condições pessoais, que ele é perigoso e a sua periculosidade, intrínseca, é penalizada. Para Ferrajoli,

Ao castigar e reprimir a identidade desviantes independentemente das ações realizadas, **as normas penais constitutivas pressupõem que somos, natural ou socialmente, diferentes, e expressam, com isso, a intolerância para com as pessoas anormais ou simplesmente diferentes, identificadas por características intrínsecas, quaisquer que sejam os critérios para sua diferenciação**⁶³. (grifo meu).

⁵⁹ BATISTA, Nilo. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Direito Penal Brasileiro – I. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013. P. 136

⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 461-462.

⁶¹ BATISTA, Nilo. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Direito Penal Brasileiro – I. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013. P. 462

⁶² Ibidem. P. 132-133

⁶³ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 464

Essa análise acerca da periculosidade não deve ser confundida com a culpabilidade analisada após a existência de determinação da tipicidade material. Seria analisar se a conduta pode ser considerada típica para a tipicidade conglobante. Isso porque a culpabilidade tem o objetivo de dizer se aquela conduta analisada deve ser repreendida, enquanto a periculosidade proposta neste julgado visa analisar o indivíduo, buscando dizer se há ou não algo a ser punido.

Parte da premissa de que a personalidade que se inclina ao delito, é gerada na repetição de condutas que num começo foram livremente escolhidas, e, portanto, **postula que a reprovação que se faz ao autor não o é em virtude do ato, mas em função da personalidade que este ato revela**⁶⁴. (grifo meu).

Essa sentença constitutiva deve ser entendida como uma ofensa a todos os princípios penais existentes e trazidos anteriormente, já que burla as garantias trazidas e que trazem previsibilidade, segurança jurídica e tornam possível, inclusive, a justificação da existência de um Estado detentor desse poder de coação.

Por outro lado, as sentenças constitutivas não são, somente, como as leis constitutivas, fonte de desigualdade e discriminação; são, também, **um fator de antiliberdade, enquanto expressam um poder de disposição tão ilimitado quanto ilegítimo, em razão de seu caráter extralegal**⁶⁵. (grifo meu)

Essa periculosidade trazida é que nos traz, claramente, para a existência de um direito penal de autor, no molde do que foi proposto por Nilo Batista.

Determinar a periculosidade do autor pela existência de reincidência também pode ser entendida como uma sentença constitutiva para Ferrajoli. Para ele, “Também a periculosidade, como a reincidência, é uma forma de ser mais do que uma forma de agir, que atua, indevidamente, como um substitutivo da culpabilidade no qual se expressa a atual subjetivação do direito penal.”⁶⁶

Em atenção a necessidade de um direito penal mínimo que se dispõe a atuar de forma coercitiva contra alguns indivíduos apenas quando há efetiva lesão ao bem jurídico que existe o princípio da insignificância: para evitar que condutas que seriam típicas, não sejam penalizadas pela inexistência de significância no resultado, impedindo, sequer, resultado no mundo jurídico. Esse cuidado para Ferrajoli vai além:

Pode-se dizer, em outras palavras, que nenhum bem considerado fundamental a ponto de justificar a tutela penal pode ser monetarizado, de forma que a mesma previsão de delitos sancionados com penas pecuniárias evidencia ou um defeito de punição (se o bem protegido é

⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. P. 113

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 467

⁶⁶ Ibidem. P. 467

considerado fundamental) ou, mais frequentemente, um excesso de proibição (se tal bem não é fundamental)⁶⁷.

Com essa passagem em consideração é que se questiona qual o objetivo dos ministros ao condenar um indivíduo pela sua periculosidade, mas discutir qual o tipo regime jurídico seria mais adequado para ele⁶⁸. E mais do que isso, qual o limite de atuação do direito penal com seu caráter mínimo, que com o julgado, passará punir condutas que os próprios ministros entendem como não tão reprováveis assim, mas que passam a ter a necessidade de uma penalização pela existência da reiteração, e por um possível medo de uma sociedade que parta para a vingança privada

É inegável que a conduta em causa – prática reiterada e contumaz de pequenos furtos – não é considerada socialmente aceitável. Não é difícil imaginar, portanto, que, ante a inação estatal em reprimi-la, a sociedade buscará proteger-se com iniciativas que redundarão em fazer justiça por mão própria. Essa é uma consequência que, nas circunstâncias, se mostra natural e incontornável. Sendo assim, parece certo que, a pretexto de favorecer o agente, a imunização da sua conduta do controle estatal acabará por deixá-lo exposto a uma situação de “justiça privada”, com resultados imprevisíveis, provavelmente muito mais graves⁶⁹.

Os ministros indicam, ainda, que pretendem punir quem reiteradamente se coloca na posição de usufruir do princípio da insignificância⁷⁰, apesar disso, este princípio retira a tipicidade da conduta, logo, o crime não é típico e não sofre penalização. Nesse sentido, eles não deixam claro como seria possível auferir a informação acerca da reiteração em condutas insignificantes, o que demonstra, mais uma vez, que se pretende punir por uma periculosidade vislumbrada por alguns e não pela conduta efetivamente praticada.

Considerando todas as críticas acima é que defendemos que o Habeas Corpus 123.108 se afasta do direito penal de fato, que é o que construímos ao longo do tempo, e aproxima ao direito penal de autor, que, inegavelmente, afasta o indivíduo de suas garantias mais fundamentais e impede que um processo adequado, capaz de evitar a penalização desnecessária, ocorra.

4. Conclusão.

O presente artigo teve como objeto a análise do Habeas Corpus 123.108 Julgado pelo plenário no Supremo Tribunal Federal em 2015.

⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 438

⁶⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 123.108, relatoria do Ministro Roberto Barroso. Julgamento em plenário Julgado em 03 de agosto de 2015. Publicado em 01 de fevereiro de 2016. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10175198>> acesso em 29 de maio de 2018. P. 127

⁶⁹ *Ibidem*. P. 60

⁷⁰ *Ibidem*. P. 53

Para que fosse possível a análise pretendida, partiu-se do pressuposto de garantias básicas necessárias para a existência do direito penal, como um direito penal mínimo, limitado e que pressupõe a previsibilidade de suas punições, sendo aplicado somente em casos excepcionais e necessários. Essas garantias têm como objetivo assegurar, desde o início, a existência de segurança jurídica para todas as pessoas capazes de sofrer com os resultados de um processo penal. Logo, a pena seria justificável pela existência de todo esse processo adequado e pelas garantias existentes.

A análise do julgado a partir das garantias e princípios mais importantes do direito penal gerou um questionamento sobre a proteção que foi dada a esses institutos na suprema corte brasileira durante o julgamento do habeas corpus citado anteriormente. Esse questionamento nos fez tentar encontrar um limite, se é que ele existe, de até onde podemos abrir mão das garantias mais básicas para sanar a necessidade social de punição.

Durante uma análise mais profunda do julgado, foi possível encontrar conceitos-chaves que nos demonstraram o afastamento da jurisprudência brasileira pelo que é consolidado pela doutrina. A doutrina entende que a punição deve partir de uma conduta a ser evitada, enquanto o Supremo Tribunal Federal optou por analisar a periculosidade do autor, enquanto uma análise pessoal do indivíduo, para determinar se entendem como necessária a punição, para evitar uma possível reprimenda social, em um verdadeiro direito penal de autor.

O ponto de partida para que fosse possível essa discussão surgiu a respeito do princípio da insignificância e a forma como ele deve ser utilizado. Para a doutrina devemos nos atentar para a tipicidade formal, que seria a adequação da conduta ao que se pretende evitar, a tipicidade material, ou qual o objetivo do legislador ao criar aquela tipificação. Zaffaroni e Pierangeli foram mais longe com a tipicidade conglobante, que delimita o alcance da norma, de forma a trazer mais segurança para a aplicação desse instituto. Não se pode punir, portanto, condutas que não sejam típicas em todas as suas esferas. Ferrajoli nos traz que a própria existência do princípio da insignificância é resultado de um mundo que se preocupa mais com a coisa do que com o ser humano⁷¹ e que a necessidade de termos um princípio que retira a tipicidade de atos considerados ilícitos, é para nos lembrar do que o Estado é capaz, da sua coerção e dos direitos que são perdidos com a sua atuação e que essa atuação não deve ser costumeira.

Apesar dos limites trazidos pela doutrina, ficou demonstrado o interesse em punir aqueles que são considerados perigosos, que para os ministros podem reincidir em um mundo delituoso.

⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 438

Devemos nos preocupar com as escolhas jurisprudenciais feitas e qual tipo de arbitrariedade é possível surgir a partir daquele julgamento, que poderá evidenciar ainda mais uma exclusão de uma camada social, que já se encontra inviabilizada⁷².

A crítica aqui feita acaba sendo evidência uma situação que pode ser comum nas mais diferentes comarcas, varas criminais e tribunais de justiça. Não podemos nos esquecer que defender a limitação do direito penal e suas garantias, mais do que nunca, é defender a nossa democracia. Até onde ela irá?

Bibliografia.

BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 11ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

BATISTA, Nilo. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Direito Penal Brasileiro – I. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013.

BATISTA, Nilo. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Direito Penal Brasileiro – II, I. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 17ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília DF, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União, 31 de dezembro de 1940.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantías. La Ley Del Más Débil. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

GIORGI, Alessandro De. A Miséria Governada Através do Sistema Penal. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2006.

HASSEMER, Winfried. Direito Penal Libetário. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

ROXIN, Claus. Derecho Penal – Parte General - Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: CivitasEdiciones, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Manual de Direito Penal, Parte Geral. 2ª edição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

⁷² SOUZA, Jessé. Ralé Brasileira: Quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. P. 330

SOUZA, Jessé. Ralé Brasileira: Quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas Corpus 162.015, relatoria do Ministro Haroldo Rodrigues. Julgamento pela Sexta Turma. Julgado em 22 de junho de 2010. Publicado em 22 de outubro de 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 123.108, relatoria do Ministro Roberto Barroso. Julgamento em plenário Julgado em 03 de agosto de 2015. Publicado em 01 de fevereiro de 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10175198>> acesso em 29 de maio de 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1991.