

Rafael Fagundes: Antecedentes, reincidência e insignificância

A imprensa noticiou ao longo desta última semana o caso de um jovem de 30 anos que se encontra preso há quatro meses acusado de furtar dois frascos de xampu em um estabelecimento comercial, cada um deles avaliado em R\$ 10 [\[1\]](#). O assunto chegou ao Supremo Tribunal Federal e, recentemente, a ministra Rosa Webber negou o pedido liminar em Habeas Corpus para que o réu respondesse ao processo em



Neste artigo, deixaremos de tecer qualquer comentário sobre

o mérito do caso mencionado acima, pois trata-se de processo judicial ainda em andamento, devendo ser resguardados em sua plenitude os princípios do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência. O episódio é relevante, contudo, pois traz novamente à baila a discussão sobre a possibilidade de antecedentes criminais e a reincidência do acusado serem utilizados como fundamentos para afastar a aplicação da insignificância.

Como se sabe, a insignificância (ou princípio da insignificância) é o instituto que, seja na forma de um autêntico princípio jurídico [\[2\]](#), seja na forma de um mecanismo de interpretação restritiva dos tipos penais [\[3\]](#), permite afastar do âmbito de incidência do Direito Penal condutas que não ofendem de maneira relevante o bem jurídico. Como explicou o criador deste conceito, o professor alemão Claus Roxin, *"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"* [\[4\]](#). Atualmente, há consenso na doutrina nacional e estrangeira de que a insignificância afasta a tipicidade objetiva da conduta. Segundo Zaffaroni e Batista, *"afetações diminutas do bem jurídico não constituem lesão relevante para fins de tipicidade objetiva"* [\[5\]](#).



Os breves aportes teóricos colecionados acima são mais que suficientes para demonstrar que o reconhecimento da insignificância de uma conduta está diretamente relacionado ao grau da lesão ao bem jurídico provocada pela ação do agente, e não a questões subjetivas vinculadas à pessoa do acusado, tais como seus antecedentes ou a reincidência. Essas circunstâncias podem ser relevantes como critérios de fixação da pena, mas são indiferentes para fins de análise do grau de afetação do bem jurídico, que pertence à tipicidade. Afinal, uma conduta que não lesiona de forma significativa o bem jurídico é sempre insignificante — e, conseqüentemente, atípica —, seja ela praticada por uma pessoa primária ou por um reincidente. Como bem destaca João Paulo Martinelli, *"o princípio da insignificância está relacionado ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora ou, melhor, à lesão causada ao bem. Referências ao agente devem ser consideradas na aplicação da pena, não no juízo de tipicidade"* [6].

A aplicação dos vetores estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal no HC nº 84.412/SP [7], com todas as críticas que podem ser feitas a esses critérios [8], também não autoriza o afastamento da insignificância com base nos antecedentes ou a reincidência do acusado. Isso porque, com base nesses mesmos vetores, decidiu a própria Suprema Corte que *"a caracterização da infração penal como insignificante não abarca considerações de ordem subjetiva: ou o ato apontado como delituoso é insignificante, ou não é"* [9]. Logo, ainda segundo o Supremo Tribunal Federal, *"o fato de já ter antecedentes não serve para desqualificar o princípio da insignificância"* [10].

Todavia, opõem-se a essa linha jurisprudencial decisões do mesmo Supremo Tribunal Federal que condicionam a aplicação da insignificância a uma análise da conduta de vida do acusado, incluindo-se nesse exame sua primariedade e bons antecedentes. Aduzem estes julgados, em síntese, que *"reconhecidas a reincidência e a habitualidade da prática delituosa, a reprovabilidade do comportamento do agente é significativamente agravada, sendo suficiente para inviabilizar a indecência do princípio da insignificância"* [11]. Não há consenso com relação ao tema na jurisprudência, nem mesmo quando consideradas apenas as decisões do próprio Supremo Tribunal Federal: por vezes, a reincidência é causa para o afastamento da insignificância [12]. Em outros casos, essa circunstância é considerada irrelevante [13].

Na verdade, o entendimento jurisprudencial que afasta o reconhecimento da insignificância com base na presença de antecedentes, na reincidência ou em qualquer outro aspecto da conduta social do agente, abandona a boa técnica jurídica e todos os fundamentos dogmáticos da insignificância para enveredar de forma perigosa pelo caminho do julgamento moral do acusado, substituindo o Direito Penal do fato pelo Direito Penal do autor. Considerações sobre seus antecedentes, conduta social ou ainda alegações como a de que o acusado dá *"mostras de fazer das práticas criminosas o seu modus vivendi"* [14] nada mais são do que julgamentos morais a respeito da pessoa do agente, que muito se assemelham ao discurso positivista da "má vida" (de triste lembrança) ou de culpabilidade pela condução de vida formulada por Mezger [15]. Ao fim e ao cabo, esse é um expediente que se afasta da análise da conduta praticada pelo agente para, ao invés disso, julgar o modo de vida do acusado, substituindo a análise de sua conduta pela análise do seu ser. E, como alerta Baratta, esse julgamento é sempre *"desfavorável aos indivíduos provenientes dos estratos inferiores da população. Isso não só pela ação exercida por estereótipos e preconceitos, mas também pela exercida por uma série das chamadas 'teorias de todos os dias'"* [16].



Decisões dessa natureza ignoram a fragmentariedade e a subsidiariedade do Direito Penal (a tão propalada — mas pouco aplicada — *ultima ratio*), os fundamentos teóricos e dogmáticos que balizam a aplicação da insignificância e tem como uma de suas mais infelizes consequências a multiplicação de prisões e condenações por atos de bagatela praticados sem violência ou grave ameaça, o que talvez ajude a explicar por que o Brasil possui hoje a terceira maior população carcerária do mundo. Pior ainda, muitos desses encarcerados são presos provisórios, que possivelmente sequer cumprirão pena privativa de liberdade em regime fechado mesmo que venham a ser condenados ao fim do processo.

Tamanha insensatez só se explica a partir de uma mentalidade excessivamente encarceradora que hoje é absolutamente dominante no Poder Judiciário brasileiro, a qual vê na pena (em especial na prisão) uma espécie de solução mágica para todos os problemas sociais, ou pelo menos como uma alternativa para excluir de seu campo de visão aquele enorme contingente humano que incomoda por simplesmente existir. Nesse cenário, a pena se converte em um mero mecanismo de neutralização de indivíduos e a prisão em um simples depósito de pessoas indesejáveis.

No julgamento da ADPF 347 [17], o Supremo Tribunal Federal reconheceu o "*estado de coisas inconstitucional*" do sistema carcerário brasileiro. Está na hora, portanto, de o Poder Judiciário assumir sua própria parcela de responsabilidade por essa situação, a começar pela perpetuação de entendimentos jurisprudenciais equivocados como esse.

[1] <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2020/06/rosa-weber-nega-liminar-a-jovem-acusado-de-furtar-dois-shampoos-de-r-10.shtml>. Acesso em 2/7/2020.

[2] Nesse sentido: LOPES, Maurício Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95 (juizados especiais criminais) e 9.503/97 (código de trânsito brasileiro) e da jurisprudência*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000. SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2004

[3] ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte Geral, tomo I*. Tradução: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas Ediciones, 2003. FAGUNDES, Rafael. *A Insignificância no Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2019. MAÑAS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. PRESTES, Cássio Vinicius D. C. V. Lazzari. *O princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Memória Jurídica, 2003.

[4] ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 47.

[5] ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. Tomo II, I. Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 229. No mesmo sentido, apenas exemplificativamente: MAÑAS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.



SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2004.

[6] MARTINELLI, "João Paulo Orsini. Princípio da insignificância: proposta para uma nova política criminal racional". In: *Temas de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 32. No mesmo sentido, Vinicius Peluso registra que *"a consideração pelo juiz dos elementos do desvalor da culpabilidade do agente, tais como a culpabilidade, primariedade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos do crime, consequências, circunstâncias, etc., nos termos do artigo 59 do CP, no momento da análise da aplicação do princípio da insignificância, nada mais é do que a subversão da ordenação sistemática e do caráter sequencial da teoria do delito, eis que o conteúdo da culpabilidade está sendo valorado no momento e local inadequados qual seja, a tipicidade"*. (PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. "A objetividade do princípio da insignificância". In: *Boletim do IBCCRIM*, ano 9, n. 109, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.)

[7] STF, HC nº 84.412/SP, rel. ministro Celso de Mello, DJ 19.nov.2004, p. 37. RT 834/477. Neste precedente, estabeleceram-se como vetores para aplicação do princípio da insignificância: "(a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada".

[8] Vide FAGUNDES, Rafael. *A Insignificância no Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

[9] STF, AI nº 55.9904 QO/RS, rel. ministro Sepúlveda Pertence, DJ 26.ago.2005, p. 26.

[10] STF, HC nº 94.502/RS, rel. ministro Menezes Direito, DJ 20.mar.2009.

[11] STF, HC nº 100.240/RJ, rel. ministro Joaquim Barbosa, DJ 2.mar.2011. No mesmo sentido: STF, HC nº 97.007/SP, rel. ministro Joaquim Barbosa, DJ 31.mar.2011; STF, AI 600.500 Agr/MG, rel. ministro Joaquim Barbosa, DJ 7.jun.011

[12] Por exemplo: STF, HC nº 96.202/RS, rel. ministro Ayres Britto, DJ 28.mai.2010; STF, HC 101.998/MG, rel. ministro Dias Toffoli, DJ 22.mar.2011; STF HC nº 107.674/MG, rel. ministro Cármen Lúcia, DJ 14.set.2011; STF, HC nº 107.733 AgR/MG, rel. Min, Luiz Fux, DJ 8.mar.2012;

[13] STF, HC nº 112.400/RS, rel. ministro Gilmar Mendes, DJ 8.ago.2012; STF HC 109.870/RS, rel. p/ acórdão ministro Gilmar Mendes, DJ 22.mai.2012.

[14] STF, HC nº 114.460/RS, rel. ministro Ricardo Lewandowski, DJ 15.fev.2013; RHC nº 115.490/DF, rel. ministro Ricardo Lewandowski, DJ 10.jun.2013; STF, HC nº 114.702/RS, rel. ministro Ricardo Lewandowski, DJ 1.jul.2013; STF, RHC nº 117.003/RJ, rel. ministro Ricardo Lewandowski, DJ 21.ago.2013; STF, RHC nº 117.751/MG, rel. ministro Ricardo Lewandowski, DJ 25.abr.2014; STF,



RHC nº 119.303/MG, rel. ministro Ricardo Lewandowski, DJ 9.dez.2013.

[15] Segundo Mezger, *"o objeto do juízo de culpabilidade é o ato, mas o ato em sua relação com o caráter do autor, como expressão da personalidade que o realiza"*. (MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*, t II. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1949, p.20).

[16] BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 177.

[17] STF, ADPF nº 347, rel. ministro Marco Aurélio, DJE 01/07/2020.

Date Created
02/07/2020