

Johner: A liberdade à custa de quatro reais

Na última terça-feira (1º/6), o Superior Tribunal de Justiça julgou um recurso ordinário em Habeas Corpus ([RHC 126.272/MG](#)) para trancar o processo de um réu denunciado pelo crime de furto. O valor da coisa subtraída? Espantosos R\$ 4. Isso causou indignação ao ministro Sebastião Reis Júnior, que, com razão, questionou a ineficiência da política adotada nos últimos anos na tarefa de diminuir a criminalidade. "É um absurdo" — disse o ministro — "nós estarmos tendo que julgar um Habeas Corpus onde se discute a insignificância de um furto de R\$ 4; (...) onde já se viu o STJ perder tempo em julgar por insignificância, onde o valor do bem furtado é R\$ 4?".



Só o valor gasto na gasolina utilizada pelo oficial de justiça

para citar o réu já é maior do que o valor dos produtos que ele subtraiu. O que justifica, então, acusá-lo pela prática desse fato? A intervenção da Justiça criminal é realmente necessária? Por que submeter alguém a todo o trâmite de um processo penal por isso? Deixaremos o conceito de ação penal e de justa causa submetido às categorias do processo civil, ou já não passou da hora de analisá-lo a partir das categorias próprias do processo penal? Mais drasticamente, por que condenar alguém por um fato insignificante? Teria aqui eventual condenação algo a cumprir em relação às finalidades da pena? Ou esta não seria mais deletéria, supondo a hipotética inserção do réu no já falido sistema prisional brasileiro?

Ao penalista minimamente comprometido com os princípios de um Estado Democrático de Direito, tais perguntas poderiam soar supérfluas. No entanto, é preciso pensá-las e reafirmá-las cotidianamente para que o Direito Penal e também o Direito Processual Penal não sejam banalizados e reduzidos a uma máquina de "punir por punir", despreocupada com a realidade. Digo isso em atenção a trecho do voto exarado no Habeas Corpus julgado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que deu origem ao recurso ordinário julgado pelo STJ. Nele, lê-se o seguinte:

"Ressalte-se que, ainda que assim não fosse, quanto ao princípio da insignificância coadunado pela inviabilidade de ingerência do mesmo no ordenamento jurídico brasileiro, vislumbrando, ademais de outras consequências jurídicas e práticas, a condescendência delitiva, que não pode ser tida como invisível pelo Estado, pois se trata, a princípio, de fato típico, ilícito e culpável. A meu ver, a aplicação do referido princípio importaria no desprestígio da função preventiva da norma, estimulando a reiteração de delitos. No mais, o legislador foi sábio e já previu, no próprio tipo penal do furto, uma benesse legal para as hipóteses em que, sendo o réu primário, seja de pequeno valor a coisa subtraída (artigo 155, §2º, do CP

— furto privilegiado), com redução da pena na fração de 1/3 a 2/3, substituição da pena de reclusão pela de detenção, ou aplicação somente da pena de multa — a critério do julgador, de acordo com o caso concreto em julgamento. Destarte, entendo que é inviável a aplicação do princípio da insignificância" [\[1\]](#).

Àqueles que tiveram uma formação crítica sobre o Direito Penal, desapegada dos manualismos, esquematismos e simplificações, tal excerto é no mínimo absurdo. Com que base empírica pôde o desembargador — cujo nome é omitido intencionalmente — afirmar que a aplicação do princípio da insignificância implicaria a "condescendência delitiva"? A qual "função preventiva da norma" ele se refere? E a qual norma, a de conduta ou a de sanção? Indo além, à norma de determinação ou à norma de valoração? E, sendo norma de valoração, ela não teria de expressar um efetivo juízo de desvalor sobre a ocorrência do fato [\[2\]](#)? O furto de produtos avaliados em R\$ 4 possui o grau de desvalor necessário para justificar a aplicação de uma pena? O Direito Penal não pode ser formulado a partir de jargões, de assim decido, conforme a minha opinião e consciência — o que já é denunciado há bastante tempo por Lenio Streck aqui na **ConJur**.

Quanto a isso, ainda duas questões. Se o bem jurídico cumpre alguma finalidade, ela há de ser essencialmente de contensão ao poder punitivo, na exigência de a conduta lesar ou expor a perigo de lesão o objeto de tutela. A isso se alinha o princípio de ofensividade. Com o que segue o questionamento: a subtração de produtos avaliados em R\$ 4 causou uma ofensa patrimonial que justifique a punição da conduta? Isso leva de certa forma a reavaliar os critérios operativos que os tribunais superiores elaboraram para avaliar a insignificância do fato praticado, sejam eles:

- i) mínima ofensividade da conduta do agente — o que parece incorreto, já que a ofensividade está centrada no âmbito do desvalor de resultado, entendido normativamente como ofensa ou afetação ao bem jurídico tutelado;
- ii) nenhuma periculosidade social da ação;
- iii) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento;
- iv) inexpressividade da lesão jurídica provada.

A valorização do princípio de ofensividade em casos tais auxilia na concretização de um Direito Penal do fato, e não do autor. Além disso, é ainda possível mirar para outros parâmetros relacionados ao merecimento e à necessidade de pena, relacionados com o aspecto da punibilidade [\[3\]](#).

Tudo isso a reafirmar algo que, embora evidente, ainda parece ser de certo modo negligenciado: o Direito Penal é exercício de poder. O Direito Penal não está aí como forma de "manutenção da paz social", de "pacificação das relações humanas", como costuma ser mencionado nos manuais. Não consigo visualizar o Direito Penal como mantenedor da paz social num país com mais de 700.000 pessoas encarceradas, das quais praticamente a metade sequer foi julgada; num país em que se declarou uma infundada guerra às drogas, que mata pessoas inocentes todos os dias; num país em que a renda e a cor da pele geralmente selecionam quem merece ser punido; num país em que alguém está preso há anos sem sequer haver um processo, e "está tudo bem, foi um erro".

Não, seria ingênuo supor que o Direito Penal e, mais amplamente, o sistema penal tenha algo de pacificador. Ele é exercício de poder. O poder, se não for contido, tende a expandir-se. Um Direito Penal que se queira minimamente legítimo num Estado Democrático de Direito deve ser teorizado e aplicado racionalmente com a finalidade de limitar o poder de punir.

O sistema penal, como diria Foucault em sua *Microfísica do poder*, é responsável por introduzir contradições no seio do povo, tendo um papel constitutivo nas divisões da sociedade atual. O sistema penal é um instrumento tático, que precisa da criminalidade para continuar a exercer o seu poder. Não é de interesse das elites a eliminação ou a redução da criminalidade a níveis toleráveis. As elites precisam dos seus bodes expiatórios, como forma de manter as contradições sociais existentes e criar outras novas, num círculo vicioso praticamente interminável. O poder está aí entre nós. Ele não é um objeto, uma coisa que se possua; não sabemos exatamente quem o detém, mas, por outro lado, sabemos quem não o detém. Diante disso, é preciso criar mecanismos de contra-poder, de luta, que se insiram dentro do próprio poder, que de certa maneira o impeçam ou dificultem seu exercício.

Esse papel de introduzir contradições e divisões parece bastante visível em relação à atividade do advogado, muitas vezes considerado o "culpado pela impunidade". A sociedade no geral é ávida por punição, precisa ver alguém culpado por algo, daí que o advogado é visto, em diversas ocasiões, como um estorvo — até você precisar de um.

Se o advogado consegue absolver o cliente porque a prova foi obtida ilicitamente, então ele "obstruiu a justiça"; se o advogado consegue a anulação de um processo porque houve o conluio entre os representantes do Ministério Público e do Poder Judiciário, fazendo com que se reconhecesse a parcialidade do julgador, então ele contribuiu com a impunidade.

As instituições encarregadas da acusação e do julgamento não cumpriram bem o seu papel (para usar termos mais suaves), mas não são eles os responsáveis, porque somos loucos por punição, precisamos ver alguém punido custe o que custar, independentemente do respeito aos direitos e às garantias fundamentais — até que aconteça algo conosco, momento em que a Constituição vira a nossa maior amiga.

É uma típica lógica do fascismo encontrar um inimigo, gerando aí mais contradições e divisões. Trata-se da política do "nós contra eles", abordada, por exemplo, por Jason Stanley em *Como funciona o fascismo*. Nós somos do bem, eles são do mal. O sistema penal precisa de um inimigo, de um rótulo, de um corpo sobre o qual pode exercer e naturalizar o poder. Basta notar as diferenças entre as abordagens policiais em Alphaville e numa favela. A polícia foi criada como aparato para atender aos interesses da burguesia, e como tal se mantém até hoje. Não falo aqui do Policial X ou do Policial Y, mas da instituição em si, que parece atrelada a essa lógica de criar divisões. O Brasil tem a polícia que mais mata no mundo, e também a que mais morre. Algo parece errado neste cálculo. E o que as autoridades pretendem? Uma "excludente de ilicitude" para policiais em serviço; noutras palavras, autorizo-os a matar. Quem ganha com isso? Nem a população, nem a polícia. Não se discute o plano de carreira policial, as condições salariais e de serviço, a defasagem do efetivo, a democratização da polícia, em suma, medidas que efetivamente valorizem a atividade policial. Desvalorizados, muitos ingressam nas milícias. Agora refaço a pergunta: quem ganha e a quem isso interessa?

A resposta padrão para os problemas da criminalidade, nos últimos anos, tem sido a seguinte: aumentemos a pena, criemos novas modalidades delitivas ou recrudescamos a execução penal [\[4\]](#)

Page 3
E qual o impacto positivo que tais medidas tiveram nos últimos anos? Não vislumbro nenhum. O número de encarcerados aumentou significativamente ao passo que a criminalidade não diminuiu, como se aparássemos as folhas da tiririca e deixássemos a raiz lá intacta: ela vai crescer novamente, com

— o que talvez seja o mais plausível — isso não interessa...

[1] Disponível em:

<https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/relatorioAcordao?numeroVerificador=10000200279073000202038701>

. Acesso em: 3 jun. 2021.

[2] Sobre a norma de conduta e a norma de valoração, consultar PRADO, Luiz Régis. La norma penal como norma de conducta. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3. época, nº 5, p. 145-172. 2011.

[3] Nesse sentido, cf. SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de; DE-LORENZI, Felipe da Costa de. Princípio da insignificância e punibilidade. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 17, nº 1, p. 213-233. Janeiro/Abril de 2017.

[4] Parece conveniente lembrar que, com a Lei nº 13.964/2019, o legislador modificou a natureza da ação penal do crime de estelionato de pública incondicionada para pública condicionada à representação. Em termos de política criminal, é no mínimo curioso que o legislador não tenha procedido da mesma maneira em relação ao crime de furto, já que o bem jurídico protegido é o mesmo, sendo a pena máxima do furto simples, inclusive, mais branda que a do estelionato (4 e 5 anos, respectivamente).

Date Created

06/06/2021