

IV SALÃO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA DA FACULDADE DE DIREITO DA FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO – FMP (2014)

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL:

uma análise do uso de valores subjetivos em sua aplicação prática.

Autora: Susana Behenck Seibel

Orientador: Fernando Gerson

Instituição: Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP

Verificar a aplicabilidade de elementos subjetivos, que dizem respeito ao réu, na análise de (in)aplicabilidade do princípio da insignificância. Método dialético - estudo de casos. O princípio da insignificância, objeto de análise da presente pesquisa, trata de importante excludente supralegal da tipicidade. Há um dissenso quanto a sua origem remota, se surgiu no Direito Romano ou com os Humanistas. Contudo, a origem mais próxima do princípio está ligada ao aumento da criminalidade de bagatela na Europa após a Segunda Guerra Mundial. em 1964, Claus Roxin elaborou a sistematização do princípio. Inicialmente, cabe diferenciar o princípio da insignificância do princípio da irrelevância penal, confusão que parece contribuir para o uso equivocado de elementos subjetivos na sua aplicação. O princípio da insignificância trata-se de excludente da tipicidade penal, através da análise da conduta e do resultado, que, quando gerar lesão ínfima, deve ser afastada. A insignificância tem por requisito não haver relevante desvalor da conduta ou do resultado, caracterizando-se por uma infração bagatelar própria, que é insignificante para o direito penal. Por analisar o injusto penal, é um princípio regido pela teoria do delito, afastando a tipicidade, exclui o delito. A análise da insignificância deve prever critérios objetivos: apenas são examinados os critérios objetivos da conduta e do resultado: se provocam grave ofensa ao bem jurídico. O STF apresenta requisitos para seu reconhecimento, que versam os critérios objetivos mencionados: conduta minimamente ofensiva do agente, ausência de risco social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica. A aplicação enseja a absolvição, a não aceitação da ação ou o arquivamento desta. O princípio da irrelevância penal, por sua vez, analisa a culpabilidade, através do exame da necessidade da punição penal. A irrelevância penal tem por requisito o desvalor da conduta e do resultado, e posterior constatação da desnecessidade de aplicação da pena, caracterizando uma infração bagatelar imprópria. Por analisar a necessidade da pena, utilizando os critérios da culpabilidade, é um princípio regido pela teoria da pena, deixando de aplicar a sanção penal. Não há o amplo reconhecimento da jurisprudência sobre o princípio, quiçá ser este o motivo da aplicação confusa de seus requisitos aos casos em que se analisa a insignificância. A irrelevância penal presume a análise da desproporção entre o prejuízo causado pela conduta e a punição, vale dizer, se a ofensividade da ação merece punição, ou se a punição é proporcional ao dano causado. Assim, para a irrelevância cabem os critérios subjetivos previstos no artigo 59 do Código Penal (culpabilidade, antecedentes, personalidade do agente, motivos, etc), pois o delito está configurado, o que se analisa é se a aplicação da pena é indispensável. Para a irrelevância o processo é aberto, sendo reconhecida a irrelevância no momento da aplicação da pena, escusando sua aplicação. A questão que se coloca é o uso de elementos subjetivos, relativos ao agente, quando da análise da incidência do princípio da insignificância. Neste sentido, verificam-se três situações quando da análise da

jurisprudência: **1) Reincidência não-cumulada – a) genérica** - Por reincidência não-cumulada genérica entende-se a prática isolada de conduta descrita em crime de natureza diversa daquele para o qual o réu possui sentença condenatória anterior. O recente HC 114723, relator Teori Zavascki, 26/08/2014, reconheceu o princípio da insignificância em delito de furto, cujo agente havia sido condenado anteriormente por lesão corporal leve. **b) específica** - A reincidência não-cumulada específica identifica aquela situação em que o agente pratica isoladamente um delito para o qual possui sentença condenatória anterior. Há diversas decisões recentes que fundamentam que, sendo o agente “infrator contumaz e com personalidade voltada à prática delitiva”, estaria afastada a aplicação da insignificância. (HC 117.615, 122167, 122030, 118537). Contudo, pelo presente estudo, percebe-se que não cabem critérios subjetivos neste exame, pois deve-se analisar a conduta e o resultado objetivamente, para reconhecer ou não a tipicidade, analisando a culpabilidade do réu em momento posterior. Reconhecendo a inexistência de desvalor da conduta e do resultado, deve ser aplicada a insignificância, sob pena de tomar por mais importante quem é o sujeito delinquente, punindo-se pelo que é e não pelo que fez. **2) REINCIDÊNCIA CUMULADA** – Reincidência cumulada é aquela em que o agente repete a mesma ação diversas vezes em curto lapso temporal, devendo-se analisar a conduta cumuladamente. Neste caso, deve ser afastada a insignificância. Não obstante não se utilize critérios subjetivos, a conduta deve ser analisada cumulativamente, o que evidencia a ausência dos critérios objetivos para o princípio da insignificância. É o que se observa nos HC 118040 e HC 122547. No decorrer da pesquisa, restou claro que não cabe a utilização de critérios subjetivos para a incidência da insignificância, o que deve ser analisado são os elementos objetivos: a ofensividade da conduta ou do resultado praticado. Assim, infere-se que o uso de meios subjetivos caracteriza uma confusão hermenêutica, frente ao princípio da irrelevância penal, para o qual há o emprego de critérios relativos ao agente, pois sua valoração se dá no momento da aplicação da pena. De outro lado, ao utilizar elementos da culpabilidade, antes de verificada a tipicidade penal, se abarca em uma arbitrariedade que não tem sido suficientemente fundamentada nas decisões judiciais: não há clara resposta do motivo da punição de um delito que revela-se atípico, pela falta de desvalor da conduta ou do resultado. Não se pode utilizar o direito penal para resolução de todos os conflitos da sociedade: a sua valoração deve ser proporcional, pois o bem jurídico que se coloca à disposição, qual seja, a liberdade, é deveras importante para sofrer tamanha interferência em seu direito frente a uma ação que não gerou grave lesão à bem jurídico de terceiro. Destarte, o aplicador do direito deve trazer a norma à realidade, não a aplicando mecanicamente, porém, sem transgredir ao que se espera do direito penal: a pretensão de correção não pode, sob prisma punitivista, ir além do texto da norma, analisando a personalidade do agente na aferição da punição: punir o agente é um regresso ao direito penal do autor.

Palavras-chave: Direito penal. Criminologia. Aplicação de pena.