

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO:

A NECESSIDADE E A POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO DELEGADO DE POLÍCIA NOS CRIMES DE BAGATELA

Victor Miguel Duarte Costa Gonçalves¹

João Batista Machado Barbosa²

RESUMO

Pretende-se, com o presente artigo, através de pesquisas bibliográficas, estabelecer, primeiramente, a origem histórica da tipicidade penal, apresentando renomados expoentes juristas da história do Direito Penal, bem como, os objetivos da política criminal como ciência político-criminal essencial na formação do entendimento de legisladores e aplicadores do Direito, em especial, o Delegado de Polícia, verificando a necessidade desta autoridade em lidar com o reconhecimento do princípio da insignificância diante de crimes irrelevantes, em seu ofício. Estabelecendo um confronto entre a real possibilidade que lhe é conferida. Objetiva-se, portanto, entender a atuação do Delegado de Polícia quanto ao afastamento da tipicidade material nos delitos de pequena monta na fase pré processual da persecução penal. Concluindo que os delegados de Polícia, possuem o dever legal de examinar o âmbito material dos tipos penais, cujo reconhecimento do princípio da insignificância implicará a exclusão da tipicidade material da conduta punível, desta forma, decide-se por não dar início à persecução penal do Estado frente às condutas que entenda insignificante para o Direito penal, devendo este, se preocupar com questões que, verdadeiramente, lesem o bem jurídico penalmente tutelado, devendo ser observado o caso concreto, e não só a mera subsunção do fato à norma, de modo que a inobservância causa o encaminhamento de questões insignificantes ao judiciário brasileiro.

Palavras-chave: Delegado de Polícia; Princípio da Insignificância; Crimes irrelevantes; Política Criminal.

ABSTRACT

With the present article, through bibliographical research, it is intended to establish, first, the historical origin of criminality, presenting renowned jurists from the history of Criminal Law, as well as the objectives of criminal policy as an essential political-criminal science in training of the understanding of lawmakers and law enforcers, especially the Police Delegate, verifying the need for this authority to deal with the

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). E-mail: whsantana93@gmail.com

² Professor Mestre. Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). E-mail: jmbmb@uol.com.br

recognition of the principle of insignificance in the face of irrelevant crimes in their office. Establishing a confrontation between the real possibility that is conferred upon it. The aim is, therefore, to understand the role of the Police Delegate regarding the removal of materiality from petty offenses in the pre-procedural phase of criminal prosecution. Concluding that the police delegates have a legal duty to examine the material scope of the criminal types, whose recognition of the principle of insignificance will lead to the exclusion of the material nature of the punishable conduct, thus decides not to initiate criminal prosecution of the State, in the face of conduct that he deems insignificant for criminal law, and this should be concerned with issues that, in fact, harm the juridically protected right, and the concrete case must be observed, and not only the mere subsumption of the fact to the norm, so that nonobservance causes insignificant issues to the Brazilian judiciary.

Keywords: Police Delegate; Principle of Insignificance; Irrelevant crimes; Criminal Policy.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, no Brasil, a autoridade policial encontra limites à aplicação e ao reconhecimento da insignificância nos crimes de bagatela, em razão de seu ofício. Tal fato é uma questão muito discutida no âmbito jurídico brasileiro. Parte dos doutrinadores entendem que o delegado de polícia não deve reconhecer o princípio da insignificância nas infrações bagatelares, uma vez que não é sua atribuição valorar a tipicidade material dos delitos que chegam ao seu alcance.

Outra discussão presente neste mesmo cenário se dá relação aos vários questionamentos sobre como fazer uso e quando se deve reconhecer o princípio da insignificância com o objetivo de excluir a tipicidade em determinados casos concretos. Ao passar do tempo a doutrina e os tribunais estabeleceram critérios de incidência no contexto jurídico, promovendo um guia geral quanto a aplicação do princípio bagatelar.

Contudo, até os dias de hoje, ainda existem discussões abertas sobre o presente tema. E é em uma destas questões que se dedicarão os empenhos da presente pesquisa. É possível a extensão da aplicação do princípio da insignificância à fase pré-processual pela autoridade de polícia judiciária?

O procedimento metodológico a ser utilizado no presente artigo será o dedutivo e o indutivo. Pelo método dedutivo busca-se a análise geral do sistema penal brasileiro e a necessidade de repensar como deve agir o Delegado de Polícia dentro dele. E através

do método indutivo, buscar-se-á a reunião das principais posições na doutrina e na jurisprudência acerca do tema a fim de estabelecer o entendimento majoritário atual, realizando a coleta das informações com vista à diversas obras, artigos e, principalmente, jurisprudências relativas à aplicação do princípio da insignificância no Direito Penal Brasileiro.

De início, será exposto um resumo histórico da tipicidade e suas diversas teorias suscitadas até o dia de hoje e, em seguida, finalizar-se-á com o conceito conglobante de tipicidade. Serão conhecidas as origens históricas do pensamento que culminou na construção do princípio bagatela por *Claus Roxin* no ano de 1964. Até então, a aplicação do Direito Penal era feita de acordo com o exclusivo desejo do que estava expresso no texto legal, de forma formalista-legalista e acrítica, resultando muitas vezes em punições desproporcionais. E ainda, investigar e comprovar a existência do princípio da insignificância no Direito Penal Brasileiro, sua origem e fundamentação no âmbito constitucional e, quais seus vetores para seu reconhecimento nos casos concretos. A intenção é mostrar que o princípio da insignificância está ligado ao movimento de Política Criminal denominado de minimalismo penal, de forma que o seu reconhecimento afasta, por completo, a tipicidade material do fato típico.

Abordar-se-ão, outrossim, os poderes e atribuições das autoridades de polícia judiciária no âmbito da persecução penal, especificamente na fase pré-processual. Serão abordadas tanto as diretrizes legais como as diretrizes doutrinárias, objetiva-se neste ponto, comprovar, além da possibilidade, a real necessidade da aplicação do princípio da insignificância pelos Delegados de Polícia, a fim de evitar a persecução penal do Estado, reconhecendo a atipicidade material do fato, em razão de sua insignificância para o sistema punitivo criminal, fundamentando e arquivando os registros feitos.

Finalmente, resta mostrada a necessidade de reflexão das autoridades de polícia judiciária, com o objetivo de se alcançar uma mudança de postura frente à nova realidade constitucional, evidenciando a possibilidade em concomitância com a necessidade de arquivamento da *notitia criminis* (boletins de ocorrência e outros), como resultado da incidência do princípio da insignificância.

2. O RESUMO HISTÓRICO DAS TEORIAS DA TIPICIDADE

A noção de tipo como elemento autônomo dentro da teoria do delito foi concebida pelo jurista alemão *Ernst Von Beling* em 1906. Passou-se, portanto, a separar a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, tornando possível a formulação do conceito analítico de crime. Antes dessa referida autonomia do tipo penal, a maioria dos autores jurídicos definiam o delito apenas como ação antijurídica, culpável e ameaçada por pena.

Apesar deste incisivo passo, o elemento tipicidade permaneceu sendo apenas um fato descritivo, de modo que para von Beling (1994, p37), o Direito Penal estaria reduzido a um catálogo de tipos delitivos sendo a tipicidade a adequação a este catálogo. Isto é, para o jurista Alemão, a tipicidade estaria desvinculada dos demais elementos do crime, a antijuridicidade e a culpabilidade, tendo um caráter meramente descritivo (MARQUES, 2002, p.241).

Somente constatada a tipicidade é que se deveria passar à análise valorativa da antijuridicidade, para então proceder ao exame de reprovabilidade da conduta, ou seja, a observância da culpabilidade. O próprio Beling chegou a afirmar que as investigações sobre a tipicidade se mantêm em um terreno estritamente neutro e objetivo (2007, p.255).

Em 1930, a mudança trazida pela teoria finalista, que tem *Hans Welzel* como principal expoente, foi o surgimento do conceito de culpabilidade normativa pura, deslocando o dolo e a culpa, antes descritos como presentes na culpabilidade.

Neste sentido, não se considerava o dolo e a culpa como espécies de culpabilidade, passaram a fazer parte do elemento tipo no crime, caracterizando os tipos dolosos e culposos (*ibidem*). Defendia Welzel, o desmembramento do tipo em objetivo (descrição legal) e subjetivo (vontade, constituída por dolo ou culpa). (NEVES; STREIFINGER, 2012).

Nos moldes da teoria finalista, os tipos se apresentam como tipos “fechados”, gerando o pensamento de “que a própria lei deve descrever de modo exaustivo a matéria de proibição (o tipo)” e como tipo “abertos”, característicos de maior acervo dos delitos culposos e omissivos impróprios.

Posteriormente, surgiu o pensamento do argentino *Eugênio Raúl Zaffaroni*, trazendo a ideia de variação do tipo em que existe a tipicidade legal, com a descrição

legal e valorativa, e a tipicidade conglobante, esta que considera a necessidade de proibição da conduta descrita no ordenamento jurídico como um todo.

Com base no princípio constitucional da legalidade (CF, Art. 5º, XXXI, 1988), a sociedade, por meio do Estado, deseja proibir condutas consideradas inadequadas, estabelecendo em um ordenamento jurídico o comportamento que se deseja desestimular, submetendo a uma penalidade aqueles que violarem a composição.

Quando ocorre um evento em perfeita conformidade entre os atos da conduta humana e a descrição presente no tipo penal, temos a denominada tipicidade.

O tipo penal é constituído por três elementos: a conduta, o resultado e o nexo causal. A conduta é toda ação ou omissão voluntária e consciente. O resultado pode ser naturalístico (há modificação sensível no mundo exterior) e/ou jurídico (há modificação no mundo jurídico). E, por fim, o nexo causal, nada mais é que a ligação entre a conduta do agente e o resultado surgido no mundo exterior/jurídico.

2.1 A TIPICIDADE PENAL

Não se deve confundir tipicidade com tipo penal. O tipo é a fórmula que pertence à lei, enquanto a tipicidade pertence à conduta. o tipo penal deve ser um modelo abstrato de um comportamento, logo deve individualizar a conduta proibida. O núcleo do tipo penal é sempre um verbo, que, conceitualmente, expressa uma conduta.

A tipicidade, como juízo de correspondência entre a conduta realizada e o modelo de comportamento proibido pela lei penal. A tipicidade se une à conduta, o resultado e o nexo causal na constituição final que dá existência ao fato típico.

Conforme afirma o renomado jurista Zaffaroni, a tipicidade se divide em: a tipicidade formal (legal) e a tipicidade conglobante. (NEVES; STREIFINGER, 2012).

2.2 A TIPICIDADE FORMAL

A tipicidade formal é a mera subsunção da conduta à descrição contida no texto legal. Na situação que ocorre a ideal envoltura da conduta real com a conduta do modelo

em abstrato previsto na lei penal (tipo).

A respeito, leciona GRECO. (2006, p.165), vejamos:

Quando afirmamos que só haverá tipicidade se existir adequação perfeita da conduta do agente ao modelo em abstrato previsto na lei penal (tipo), estamos querendo dizer que por mais que seja parecida a conduta levada a efeito pelo agente com aquela descrita no tipo penal, se não houver um encaixe perfeito, não se pode falar em tipicidade. Assim, a exemplo do art. 155 do código penal, aquele que simplesmente subtrai coisa alheia móvel não com o fim de tê-la para si ou para outrem, mas sim com a intenção de usá-la, não comete crime de furto, uma vez que no tipo penal em tela não existe a previsão dessa conduta, não sendo punível, portanto o “furto de uso”.

2.3 A TIPICIDADE CONGLOBANTE

Durante muito tempo entendia-se que a tipicidade remetia uma ideia de subsunção do fato à descrição legal. O que havia de fato era apenas uma análise objetiva do tipo, sobre os seus elementos, quais sejam, a conduta, o resultado e o nexo de causalidade.

A maior contribuição da teoria denominada tipicidade conglobante, defendida com maestria pelo preclaro Zaffaroni, se deu em razão de analisar a tipicidade objetiva em um aspecto sistemático, através da presença dos elementos do tipo, e em um aspecto conglobante, ou seja, do fato em função das normas do ordenamento jurídico como um todo, na conclusão de que “o que está permitido, ou fomentado, ou determinado por uma norma não pode estar proibido por outra” (FLÁVIO GOMES, 2013, pp. 189-190).

Isto é, as normas jurídicas não “vivem” isoladas, mas num entrelaçamento em que umas limitam as outras, e não podem ignorar-se mutuamente.

A tipicidade conglobante surgiu com o advento da teoria constitucionalista do delito, de forma que se fundamenta na presença de dois fatores, que são: uma conduta antinormativa do agente e um fato materialmente típico.

Em relação a anti-normatividade, deve-se entender como uma conduta discordante de todo o ordenamento jurídico, isto é, a conduta estaria contrariando todo um sistema de normas.

Já no tocante à tipicidade material, trata-se do raciocínio de que não são todas a

lesões causadas aos bens jurídicos tutelados pelo direito penal que serão envolvidas pelo tipo penal. Portanto, somente as lesões consideravelmente importantes serão suficientes para que se reconheça a conduta que as causou como verdadeiramente típica. Isto é, é condição *sine qua non*, a existência de lesão relevante ao bem jurídico tutelado para o reconhecimento da tipicidade material.

Por fim, conclui-se com as palavras de Rogério Greco. (2006, p.169).

[...] para que se possa falar em tipicidade penal é preciso haver a fusão da tipicidade formal ou legal com a tipicidade conglobante (que é formada pela antinormatividade e pela tipicidade material). Só assim o fato poderá ser considerado penalmente típico.

3. OS OBJETIVOS DA POLÍTICA CRIMINAL

A Política Criminal tem como função traçar o caminho para a correta aplicação do Direito Penal na sociedade, valendo-se sobretudo dos dados empíricos da moderna Criminologia. Nos dias de hoje não podemos desagregar a Política criminal da Criminologia e, da dogmática penal, são ciências criminais que caminham juntas, porém, cada um desses seguimentos mantém sua autonomia, isto é, são independentes e harmônicos entre si.

O estudioso penalista V. Liszt observou a Política Criminal de forma oposta ao Direito Penal, ao passo que hoje se resta superada esta concepção, segundo Claus Roxin, influente jurista alemão “as valorações político-criminais fundamentam o sistema do Direito Penal e a interpretação de suas categorias.” Roxin (2002, p.244).

João Mestieri observa a importância da política criminal, partindo primeiramente da sua conceituação. Para o autor, a política criminal “é a ciência que estuda a forma segundo a qual o Estado deve orientar o sistema de prevenção e repressão das infrações penais”. O autor ressalta a importância da política criminal, pois “esta representa a consciência crítica do Direito Penal vigente, indicando os caminhos que o legislador deve percorrer para o aprimoramento deste ramo do Direito”. (MESTIERI, 1999, p.21)

O legislador, o aplicador e o intérprete do direito orientam-se com base na Política Criminal na escolha do melhor meio a ser seguido a fim de diminuir a criminalidade. É necessário que o intérprete e o aplicador da norma penal estejam atentos a todo o

conjunto de conhecimento que está por detrás da simples leitura do tipo penal, para que o *jus puniendi* do Estado seja aplicado no caso concreto de forma justa. É a política criminal que direciona o legislador sobre qual o bem jurídico deve ser eleito para a proteção do Direito Penal, verifica-se, portanto, a estreita ligação entre a Política criminal e o Direito Penal, na forma que a primeira é o meio de estudar quanto e qual é o limite de atuação do direito de punir do Estado bem como orientar a aplicação do efetivo Direito Penal. É pela Política Criminal que o Estado estabelece suas prioridades e como tratará de cada uma delas, seguindo os ditames previstos na Lei e o que a sociedade espera que ele faça para que alguns fatos não voltem a se repetir.

O princípio da intervenção mínima expressão do Minimalismo Penal que, por sua vez, é um movimento de Política Criminal não punitivo, na qual reúne várias propostas, todas ligadas, todavia, à defesa da contração, em maior ou menor nível, do Direito Penal repressivo pelo Estado e a influência maior do garantismo. A visão minimalista impõe que não se deva recorrer ao direito penal e sua gravíssima sanção se existir a possibilidade de garantir proteção suficiente por meio de outros instrumentos jurídicos não-penais.

Para o filósofo *Beccaria*, coibir uma porção de crimes indiferentes não é prevenir, pelo contrário, significa criar outros novos, ou, como *Montesquieu*, que toda pena não deriva da necessidade é tirânica. E ainda, a Constituição Francesa de 1791, em seu artigo 8, expressa que a lei não deve estabelecer sanções que não sejam necessárias.

Não se deve apelar ao castigo extremo realizado pelo Direito Penal, não raras vezes, instrumentos menos dramáticos podem resolver lesões jurídicas, de modo a respeitar o caráter subsidiário da intervenção penal.

No mesmo sentido, esclarece o doutrinador Rogério Greco (2012, p.47):

O Direito penal deve, portanto, interferir o menos possível na vida em sociedade, devendo ser solicitado somente quando os demais ramos do Direito, comprovadamente, não forem capazes de proteger aqueles bens considerados de maior importância.

Nesta perspectiva, o direito penal não se destina à proteção de todos os bens jurídicos inerentes à sociedade, mas apenas a uma minoria que não é abarcada pelos outros ramos do ordenamento jurídico, a saber, pelo do direito administrativo, civil,

tributário e etc. Logo, não intervirá desnecessariamente na vida da sociedade, quando estes outros ramos do Direito já citados forem capazes de resolver os conflitos sociais.

Há outros princípios no Direito Penal que são decorrentes do princípio da intervenção mínima, dentre os quais estão presentes, e merecem destaque, a fragmentariedade, a subsidiariedade ou necessidade e, o princípio da insignificância ou da bagatela, o qual importa tratar mais adiante em capítulo especial.

O princípio da fragmentariedade é uma decorrência imediata da intervenção mínima pois certifica que o direito penal não deve proteger todos os bens jurídicos, mas apenas alguns; os tidos como mais significativos na ótica do legislador, que procederá à fragmentação. Em outras palavras, procederá à distinção entre os bens jurídicos de maior e menor relevância para a esfera do direito penal.

A subsidiariedade ou necessidade, também princípio presente no direito penal, assevera que este só poderá ser utilizado quando impossível a tutela de uma situação jurídica por outro ramo do Direito, pois o direito penal deve ser considerado como a *ultima ratio*, de modo que só “entrará em cena” quando realmente houver necessidade. É um “soldado de reserva”.

Ao passo que, a efetivação dos ideais minimalistas significa a contração dos excessos da intervenção estatal punitiva e a contenção da sua violência. Isso exigiria um processo amplo e necessário de descriminalização e despenalização, afastando-se os efeitos perversos e inúteis da criminalização e da prisão. A pena corporal seria empregada somente em último caso, tolerando-se de igual modo uma série de condutas que não constituam grave lesão para os Direitos Humanos.

Se fizermos uma análise neste sentido, com relação as legislações elaboradas no Brasil no decorrer dos anos, perceberemos que a ideia minimalista foi implementada em alguns diplomas legais a partir da década 90 do século XX com o advento da reforma penal em 1984. Esses marcos causaram a inserção das penas alternativas por meio das Leis nº 7.209 e 7.210, ambas de 1984, e, atualmente, a Lei das penas alternativas Lei nº 9.714, de 1998. Além disso, tivemos a implantação dos juizados especiais criminais estaduais, que buscou tratar de crimes de menor potencial, pela Lei nº 9.099, de 1995.

As referidas reformas realizadas no sistema do direito penal brasileiro buscaram, de certa forma, ampliar o controle da sociedade sobre os fatos que ocorrem nos dias

atuais, mas ainda assim, não se pode considerar que o sistema penal seja minimalista, tendo em vista a ampla quantidade de crimes e de condutas que ainda são dosadas pela legislação vigente no País.

Um exemplo da consideração ao caráter subsidiário do Direito Penal atualmente é a não aplicação de pena ao agente que esteja respondendo pelo rime de desobediência, delito disposto no artigo.300, do Código Penal brasileiro, quando coexistir uma sanção administrativa no caso concreto.

As definições, cujo cumprimento, foram estabelecidas por sanções de natureza civil ou processual civil, assim como às administrativas, especialmente previstas em lei, retiram a tipicidade do delito de desobediência tornando fato atípico, demonstrado assim o caráter subsidiário do Direito Penal.

Nota-se, logo, que o princípio da intervenção mínima tem seu núcleo constatado, no caso concreto, do grau que assume o binômio subsidiariedade/fragmentariedade, e também é, o fundamento de existência do princípio da insignificância, abordado exclusivamente no próximo capítulo do presente artigo. Verifica-se que a Política Criminal, formada por todo um conjunto de princípios e regras aqui esclarecidos, possuem intenso valor no cenário penalista, no sentido que o intérprete da norma penal se valerá da ciência Político-criminal e seu sistema de princípios e regras, voltado a atingir o objetivo de aplicar um sistema punitivo mais humano e justo, e respeitando acima de tudo, a dignidade da pessoa humana.

4. DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

4.1 CONCEITO

O princípio da insignificância é considerado um postulado de Política Criminal e está diretamente unido ao princípio constitucional da intervenção mínima do Direito Penal e ao movimento de Política Criminal denominado de direito penal mínimo ou minimalismo penal, em concordância com o que já foi levantando nos capítulos anteriores.

Entende-se majoritariamente, no meio jurídico, que o princípio da insignificância se originou na máxima romana *minimis non curat pretor*, isto é, o pretor não cuida de coisas pequenas. De acordo com Fernando Capez (2011, p.29) o princípio da insignificância é “[...] originário do Direito Romano, e de cunho civilista, tal princípio respalda-se no conhecimento brocado de *mimimis non curat pretor*.”

No ano de 1964, o jurista alemão Claus Roxin propôs uma tese sobre o Princípio da insignificância. Para Roxin, este princípio era apenas um instrumento interpretativo auxiliar, que afastava a conduta do tipo, devido à pouca ou nenhuma lesividade decorrente da conduta do agente (ROXIN, 1986).

O alemão demonstrou a possibilidade do exame do fato punível, do juízo da tipicidade, levando-se em consideração o aspecto material e valorativo do tipo penal, demonstrando a necessidade do reconhecimento de uma extensão axiológica no juízo de tipicidade, na situação que antes se fazia a mera subsunção do fato a norma. Sua intenção foi demonstrar que não se justifica punir quem praticou determinada conduta ínfima ao bem jurídico tutelado, sob a perspectiva da fragmentariedade e subsidiariedade do Direito Penal, como assinalado, o princípio da insignificância não é lei expressa, decorre única e exclusivamente da Constituição Federal de 1988, mais precisamente do princípio Constitucional penal da intervenção mínima, estando apoiado e estruturado também nos Princípios da Política Criminal.

Diante da pluralidade de conceitos trazidos pela Doutrina, destacar-se-ão as definições mais objetivas.

Gomes (2013, p.19) assim definiu:

[...] Conceito de Infração Bagatela: infração bagatelar ou delito de bagatela ou crime insignificante expressa o fato da ninharia, de pouca relevância (ou seja: insignificante). Em outras palavras, é uma conduta ou um ataque ao bem jurídico tão irrelevante que não requer a (ou não necessita da) intervenção penal. Resulta desproporcional a intervenção penal nesse caso. O fato insignificante, destarte, deve ficar reservado para outras áreas do Direito (civil, administrativo, trabalhista, etc.). Não se justifica a incidência do Direito penal (com todas as suas pesadas armas sancionatórias) sobre o fato verdadeiramente insignificante.

Para Vico Mañas (1994, p. 81), o princípio da insignificância pode ser definido como o instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, através do qual é viável alcançar, pela via judicial e sem desprestigiar a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevante os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal.

Não há um conceito legal para aplicar o princípio da insignificância, a doutrina e a jurisprudência dos tribunais, têm como parâmetro os fundamentos fixados pelo Supremo Tribunal Federal, que balizam as diretrizes para o seu reconhecimento, e, consequentemente, a exclusão da tipicidade material.

Neste sentido, a Suprema Corte Brasileira, solidificou seu posicionamento a respeito da natureza jurídica do princípio da insignificância, como se constata no acórdão seguinte:

E M E N T A: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL – CONSEQUENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL – DELITO DE FUTO – CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE – “RES FURTIVA” DO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO AUTALMENTE EM VIGOR) – DOCTRINA – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF – PEDIDO DEFERIDO, O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATO DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. – O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em material penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. [...] (STF, 2º Turma. Habeas Corpus 84412/RS. Rel. Min. Celso de Melo. DJe. 19/11/04. Acesso em 01 nov 2018. (grifo nosso).

Ainda, no *Habeas Corpus* nº 84.412, o Supremo Tribunal Federal informou quais são os vetores que devem ser seguidos pelos agentes de Direito ou os juízes para a constatação do princípio da insignificância.

O princípio da insignificância, que deve ser analisado em conexão com os

postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal, tem o sentido de excluir ou afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Tal postulado, que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como a) a ausência de periculosidade social da ação; b) mínima ofensividade da conduta do agente – isto é: mínima idoneidade ofensiva da conduta; c) inexpressividade da lesão jurídica causada e d) a falta de reprovabilidade da conduta.

Este Habeas Corpus é um padrão a ser observado e seguido por todos os agentes e aplicadores do Direito Penal, para o reconhecimento do princípio da insignificância nos casos concretos. Os postulados de Política Criminal da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado devem ser levados em consideração no momento em que se analisa o princípio da insignificância, segundo o Superior Tribunal Federal. Este entendimento superior teve como base, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos, por ele visados: a intervenção mínima do Poder Público.

4.2 PREVISÃO LEGAL

Nenhum instrumento legislativo ordinário prevê ou define o princípio da insignificância, a ausência de previsão expressa clara deste princípio no ordenamento jurídico brasileiro, faz crer pela sua total inexistência legal.

Porém, há referências no Direito Penal Militar conforme se vê no art.240, Código Penal Militar, onde o furto de pequeno valor pode até ser substituído por infração disciplinar, isto é, afasta-se a aplicação do Direito Penal, em conformidade com sua característica de ultima ratio, aplicando-se o administrativo; muito embora isso não exista no Direito Penal comum.

Segundo Ana Beatriz Barbosa Silva, médica graduada pela UERJ e pós-graduada em psiquiatria pela UFRJ, a partir do momento em que o sistema afetivo-límbico transmite menos informações ao lobo frontal (conhecido também como a área executiva do cérebro), o uso da razão supera a afetividade, resultando na ausência de emoção.

Neste sentido, corrobora o entendimento, Neves e Streifinger: (2012, p.1157).

Em suma, embora haja previsão destoante, tem-se a compreensão que aqui houve pela lei penal militar a positivação do princípio da insignificância, ainda que o legislador penal militar de 1969 não possuísse plena compreensão disso, reconhecendo-se o crime da bagatela.

Tendo em vista este artigo do Código penal militar, na realidade, o referido princípio está formalmente presente em nossa realidade jurídica, não só como instrumento de concretização de diversos princípios constitucionais.

E ainda, o artigo 240 do Código Penal Militar, em seu parágrafo primeiro, versa sobre o assunto, indo o legislador ainda mais longe, passando a determinar o que é insignificante para o aplicador do direito.

Art. 240 [...]

§1º. Se o agente é primário e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela detenção, diminui-la de um a dois terços, ou considerar a infração como disciplinar. Entende-se pequeno o valor que não exceda um décimo da quantia mensal do mais alto salário mínimo do país.

Diante do que apresentado, resta-se indubitável que o princípio da insignificância está presente no ordenamento jurídico como instrumento legal real, e não apenas como solução interpretativo-adaptativa doutrinária e jurisprudencial.

4.3 OS REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Não há o que se discutir, no meio jurídico, sobre a existência e a possibilidade da aplicação do princípio da insignificância no ordenamento jurídico brasileiro, se trata de um debate já superado. Porém, também é consenso que o referido princípio não deverá incidir sobre todos os tipos penais, sob o risco de gerar insegurança jurídica.

Desta forma, a doutrina e a jurisprudência debruçaram-se sobre o tema, com o objetivo de esclarecer quais seriam os critérios objetivos mais adequados que permitiriam a incidência do princípio da insignificância.

Podemos encontrar diversos posicionamentos teóricos sobre o assunto, na medida que se torna bastante difícil extrair apenas uma unidade conceitual, sendo assim, buscar-se-á entender os posicionamentos mais relevantes construídos pelos juristas e

magistrados, a fim de se estabelecer um parâmetro de aplicabilidade para o instituto em estudo.

Segundo Mirabete (2007, p.107) os seguintes elementos caracterizam o crime de bagatela:

- a) Escassa reprovabilidade;
- b) Ofensa à bem jurídico de menor relevância;
- c) habitualidade;
- d) maior incidência nos crimes contra o patrimônio e no trânsito, além de uma inconveniência do ponto de vista da prevenção especial.

Por outro lado, Nucci. (2007. p.217) apresenta que três, são as regras orientadores para a aplicação do princípio da insignificância:

- 1) o bem jurídico afetado não pode ser de grande valor para a vítima;
- 2) não pode haver excessiva quantidade de um produto unitariamente considerado insignificante;
- 3) não pode envolver crimes contra a administração pública, de modo a afetar a moralidade administrativa.

Logo, vislumbra-se a confusão resultante de tantos pontos de vista diferentes, fruto da ausência normativa sobre o tema. Nesta situação, os aplicadores do direito se posicionaram no sentido de estabelecerem, no decorrer da atividade judicial, critérios que possibilitassem o norteamiento de todos, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

Há algum tempo a jurisprudência já é pacífica em relação à matéria, a que se dizer, o Supremo Tribunal Federal, sendo seguido pelo Superior Tribunal de Justiça. Foram estabelecidos critérios objetivos para a definição do que seja o crime bagatela, autorizando a incidência do princípio da insignificância, como nos arestos abaixo transcritos, *verbis*:

E M E N T A: Habeas corpus, penal, CRIME DE FURTO (art. 155. Caput, do CP). Princípio da insignificância, Hipótese de não aplicação. Precedentes. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal assentou algumas circunstâncias que devem orientar a aferição do relevo material da tipicidade penal, tais como: **(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.** 2. No presente caso, a pretensão deduzida no sentido de que seria possível a aplicação do

princípio da insignificância ou do princípio da “irrelevância social do fato” à espécie não encontra respaldo suficiente para suspender os efeitos do acórdão ora questionado e obstar o andamento da ação penal. 3. Habeas corpus denegado. (STF, 1 Turma. Habeas Corpus 94439/RS. Rel. Min. Menezes Direito. DJe 03/03/09. Acesso em 2 de nov 2018. (grifo nosso).

[...]

TENTATIVA DE FURTO. BEM DE VALOR ÍNFINITO. IRRELEVÂNCIA. ACUSADO REINCENTE. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

1. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da insignificância tem como vetores a mínima ofensividade da conduta, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

[...]

(STJ, 5ª turma, Habeas Corpus 267447/MG. Rel. Min Jorge Mussi. DJe 06/08/13. Acesso em 02 nov 2018).

Com base óptica jurisprudencial, os critérios de aplicabilidade do princípio da insignificância são quatro: (1) a mínima ofensividade da conduta do agente, (2) a nenhuma periculosidade social da ação, (3) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (4) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Sendo todos esses requisitos cumulativos e indissociáveis, se tornando obrigatória a análise de todos estes para a caracterização do crime bagatela.

4.4 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E A EXCLUSÃO DA TIPICIDADE MATERIAL

Para o reconhecimento da tipicidade de um delito não basta que a conduta tão somente se amolde ao tipo penal previsto em lei, que é a tipicidade formal. É necessário que se leve em consideração, também, a relevância material da conduta. Essa relevância é entendida como tipicidade material.

Desta forma, entende Greco (2012, p.160):

Em virtude do conceito de tipicidade material, excluem-se dos tipos penais aqueles fatos reconhecidos como de bagatela, nos quais tem aplicação do princípio da insignificância. Assim, pelo critério da tipicidade material é que se afere a importância do bem ao caso concreto, a fim de que possamos concluir se aquele bem específico merece ou não ser protegido pelo Direito Penal.

5. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E O SEU RECONHECIMENTO PELO DELEGADO DE POLÍCIA

5.1 A FASE PRÉ PROCESSUAL E AS ATRIBUIÇÕES CONSTITUCIONAIS DO DELEGADO DE POLÍCIA

As polícias administrativa e judiciária, inerentes à Administração Pública, exercem o poder de polícia. Na constituição podemos constatar a divisão de atribuições bem como nas legislações infraconstitucionais. A polícia administrativa encarrega-se da realização da função preventiva, a fim de evitar a ocorrência do delito, de outra forma, a polícia judiciária, dirigida, por Delegados de Polícia, responsabiliza-se na investigação criminal com a finalidade de comprovar a materialidade e assinalar a autoria do fato típico penal, auxiliando o titular da ação penal, o Ministério. Neste instante não se exigem juízos de certeza quanto à prática da infração penal; sendo necessário apenas indícios da sua existência já se torna possível a deflagração da *persecutio criminis*.

É de exclusividade do Estado o dever de punir (*Jus Puniendi*). A persecução penal é realizada pelo estado, quando observada a prática de fato delituoso, a fim de apurar e investigar a infração.

O artigo 4º do Código de Processo Penal aduz que: “A polícia judiciária será exercida pelas autoridades de policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria”. É neste momento, na pré-processual ou inquérito que geralmente ocorre a participação da autoridade policial, seja estadual ou federal, onde são realizados os primeiros levantamentos a respeito do suposto fato delituoso, todavia, nada impede que o Promotor de Justiça, representante do órgão ministerial, participe ativamente no combate à infração que supostamente contraria o ordenamento penal, procedendo com diligências investigativas.

Assim, explica Távora e Alencar (2010, p.85):

A persecução criminal para apuração das infrações penais e sua respectiva autoria comporta duas fases bem delineadas. A primeira preliminar, inquisitiva, e objeto do presente capítulo, é o inquérito policial. A segunda, submissas ao contraditório e à ampla defesa, é denominada de fase processual. Assim, materializado o dever de punir do Estado com a ocorrência de um suposto fato delituoso, cabe a ele, Estado, como regra, iniciar a *persecutio criminis* para apurar, processar e enfim valer o

direito de punir, solucionando as lides e aplicando a lei ao caso concreto.

Portanto, neste instante, as autoridades realizam investigações e inquirições às pessoas, apreensões de objetos e documentos, interceptações e escutas telefônicas, entre outras diligências que se julguem necessárias. Este momento caracteriza-se, por sua vez, na fase de colhimento de elementos probatórios que possam existir e que venham a estruturar possíveis acusações feitas pelo órgão ministerial.

Nota-se, pois, que a autoridade policial, na *persecutio criminis*, usualmente atua na fase que antecede a instauração do processo penal. Por meio do inquérito policial o delegado de polícia, representando o Estado – investigação, apurará infrações penais, buscando a autoria e a materialidade dos supostos delitos. Ademais, em consonância com os ensinamentos do professor Fernando Capez, o inquérito pode servir de base à ação penal ou às providências cautelares. (2014, p.218).

Compete ao Delegado de Polícia, com base na sua formação jurídica, a realização das investigações criminais. Estes, possuem parcela do poder de punir do Estado, portanto, suas ações devem estar diretamente ligadas ao comando legal constitucional. O Delegado de Polícia é o primeiro garantidor da regularidade da persecução penal, uma vez que é o responsável pela primeira fase da persecução penal, a investigação criminal, e em virtude da sua formação jurídica, é o primeiro com condições de, realizar uma interpretação do fato que lhe foi apresentado, a fim de se verificar a existência de crime ou não.

Nos dizeres de Edilson Bonfim Mounegenot: “[...] a *persecutio criminis* é formada por três fases: a investigação preliminar, a da ação penal e da execução penal” (2012, p.269).

Deve salientar que a fase da investigação preliminar, o inquérito policial, possui natureza jurídica de procedimento administrativo, não podendo ser confundida com atividade judicial, pois aqui, não temos a possibilidade do contraditório e da ampla defesa.

Dessa forma, dispõe o artigo 144º, §4º da Constituição Federal, complementado pelo artigo 7º, do código penal militar, sobre as funções da polícia judiciária.

Art. 144 [...]

§4º. As polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira,

incubem, ressalvadas a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto os militares (BRASIL, 1988) (grifo nosso).

Artigo 7º A polícia judiciária militar é exercida nos termos do art. 8º, pelas seguintes autoridades, conforme respectivas jurisdições:

- a) pelos ministros da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, em todo o território nacional e fora dele, em relação às forças e órgãos que constituem seus Ministérios, bem como a militares que, neste caráter, desempenhem missão oficial, permanente ou transitória, em país estrangeiro;
 - b) pelo chefe de Estado maior das Forças Armadas, em relação a entidades que, por disposição legal, estejam sob sua jurisdição;
 - c) pelos chefes do Estado-Maior e pelo secretário-geral da Marinha, nos órgãos, forças e unidades que lhe são subordinados;
 - d) pelos comandantes de Exército e pelo comandante-chefe da Esquadra, nos órgãos forças e unidades compreendidos no âmbito da respectiva ação de comando;
 - e) pelos comandantes de Região Militar, Distrito Naval ou Zona Aérea, nos órgãos e unidades dos respectivos territórios;
 - f) pelo secretário do Ministério do Exército e pelo chefe de Gabinete do Ministério da Aeronáutica, nos órgãos e serviços que lhe são subordinados;
 - g) pelos diretores e chefes de órgãos, repartições, estabelecimentos ou serviços previstos nas leis de organização básica da Marinha, do Exército e da Aeronáutica;
 - h) pelos comandantes de forças, unidades ou navios.
- (BRASIL, 1969).

Diante do que foi exposto, até então, resta-se claro que os Delegados de Polícia devem levar em consideração, ao iniciar a persecução criminal estatal, a análise dos princípios e regras da Política Criminal constitucional, seus movimentos e tendências, que orientam e vinculam a interpretação da dogmática jurídica-penal, ao deparar-se com crimes de pequena monta, a fim de estabelecer uma correta aplicação do Direito Penal.

Os princípios constitucionais expressos ou implícitos merecem um olhar especial por parte da autoridade policial judiciária, pois eles transitam e penetram na dogmática jurídica penal, trata-se de todo um sistema envolvente.

Por fim, se após análises jurídicas sobre um determinado caso concreto, e, de acordo com o livre convencimento da autoridade de polícia judiciária, este, reconhecer que se trata de uma insignificância para o Direito Penal, em despacho fundamentado deve determinar o arquivamento do registro, pois, atípica (ausente a tipicidade material) a conduta narrada não será iniciada a persecução penal.

5.2 A PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO E A ATUAÇÃO DO DELEGADO DE POLÍCIA

No Estado Democrático de direito, o direito à liberdade é essencial na vida em sociedade, excepcionalmente o indivíduo terá a sua liberdade restringida, casos que estão previstos legalmente. A prisão em flagrante delito se trata de uma medida extrema, devendo ser aplicada somente, nas situações que o indivíduo oferecer risco à sociedade, veja, outra vez o observa-se interesse coletivo como objetivo maior.

Na Constituição Federal de 1988, encontra-se no Artigo 5º, inciso LXI que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente [...]”.

No tocante às disposições infraconstitucionais sobre o tema, encontra-se fervor no Código de Processo Penal bem como no Código de Processo Penal Militar, em seus artigos 301 e 243, respectivamente. A prisão em flagrante delito é um ato administrativo, como deixa escrever o art. 301 do Código de Processo Penal, uma medida cautelar que dispensa ordem escrita, do Poder Judiciário.

Haja vista os dispositivos legais acima, a prisão em flagrante poderá ser feita por qualquer um do povo ou pelas autoridades competentes ou seus agentes, deverá o flagranteado ser conduzido sob a presença de autoridade ou por esta, a fim de que seja lavrado o auto de prisão em flagrante, onde constará as circunstâncias da realização da prisão e os responsáveis por ela.

Se houver qualquer dúvida em relação à realização do tipo penal sob o aspecto formal ou material, (o chamado juízo de tipicidade) ou quanto à autoria da prática da infração, ou, ainda, mesmo quando a circunstância da existência do flagrante, não se deve realiza-la, como visto, a regra é o estado de inocência, sendo exceção a prisão processual.

Se não há crime, haja vista o aspecto material, no entender do Delegado de Polícia, por ser insignificante o resultado jurídico (lesão ao bem jurídico protegido pela norma) ou a conduta do agente, deve-se determinar, de maneira fundamentada, o arquivamento do registro que veiculou a notícia do crime, de forma fundamentada.

Com efeito, compete ao delegado de polícia, diante das circunstâncias, analisar a tipicidade do fato, verificando se a conduta realizada se amolda a uma previsão normativa (tipicidade formal) e também se há uma relevância no aspecto material (tipicidade material) de modo que o direito penal incida. Se o fato é materialmente atípico, não resultar da prova da existência da infração penal, deverá o Delegado de Polícia, ordenar, a soltura do preso.

Através apenas da análise formal, muitas vezes, se torna plenamente provável, em tese, para o delegado, realizar a prisão em flagrante de um suposto agente delituoso, por exemplo. Na realidade, na prática, há casos que, embora formalmente típicos, não são suficientemente importantes para a ação do direito penal, até mesmo por motivos de razoabilidade e ordem prática.

Não é razoável, tampouco justo, que o delegado de polícia lavre o auto de prisão em flagrante de um indivíduo, que realizou um furto no valor de três reais, por exemplo. Seria desarrazoado que diante de uma evidente atipicidade da conduta, o delegado de polícia ainda realizasse o “passo a passo” do procedimento inerente à instauração do flagrante.

Se o fato é materialmente atípico, porque entende o Delegado de Polícia incidir o princípio da insignificância, conforme vetores postos pelo Supremo Tribunal Federal, não deve, com base no artigo. 304, §1 do Código de Processo Penal, lavrar auto de prisão em flagrante; em outras palavras; não deve prender, por óbvio, não se inicia a persecução penal por parte do Estado e, leia-se, não se instaura o inquérito policial.

A nossa legislação não é capaz de exaurir todas as condutas de um agente administrativo, ainda tente definir restrições, na realidade, em vários momentos, a própria lei lhes oferece a possibilidade de valoração da conduta. Diante disto, ensina Carvalho Filho (2007, p.42) “pode o agente avaliar a conveniência e a oportunidade dos atos que vai praticar na qualidade de administrador dos interesses coletivos”.

O direito à liberdade de um indivíduo deve ser apreciado pelo Delegado de Polícia, na verdade, toda atividade policial, por sua natureza, possui, em tese, o condão e tolher o direito à liberdade do indivíduo. Veja que a sua função é de extrema importância pois sua atuação entra no campo da liberdade individual de pessoas.

Essa função deverá sempre ser feita com muito cuidado pela autoridade, que deverá fazer uso de uma ótica mais garantista na aplicação do direito. Nesse sentido, leciona Cabette (2014, p.281):

[...] é função da Autoridade Policial cumprir seu mister de primeiro garantidor dos Direitos Fundamentais da pessoa e de sua dignidade, evitando seu ingresso indevido no calvário da persecução criminal. A esse primeiro e mais acessível magistrado do povo cabe à missão de fazer valer não somente a Constituição, mas o valor inalienável da Justiça.

Para que assim se torne realidade, se faz necessário que as autoridades de polícia judiciária não se atentem apenas na aplicação da lei fria, é importante que a mesma amplie seus horizontes para além da análise formal da tipicidade, e esqueça a ideia que o encarceramento é a solução para todos os conflitos da sociedade, e ainda, a conscientização e que sob o ponto de vista constitucional, o direito penal e o processo penal não devem funcionar como instrumentos de repressão do estado, na qual a única resolução seria a sanção penal, pelo contrário, restringir a incidência do *jus puniendi* deste, quando se constatar o crime bagatelar, a fim de garantir os direitos do cidadão.

É muito comum a chegada de Policiais à Delegacia, com pessoas detidas, presas em flagrante ao furtar objetos de valor ínfimo para a vítima. São exemplos os autores de furto de uma shampoo, barras de chocolate. Não obstante a necessidade da análise da tipicidade formal do tipo, os Delegados de Polícia, também deverão mensurar a dimensão axiológica ou valorativa do tipo, o que chamamos que tipicidade material.

Finalmente, para a confirmação da voz de prisão dada pelos agentes policiais não se deve levar em consideração tão somente as causas de exclusão de antijuridicidade (legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal, etc.), em regra, dispostas no artigo 23 do Código Penal, mas também as causas de exclusão da tipicidade, o princípio da insignificância (decorrente do princípio do minimalismo penal) e toda a jurisprudência que está envolta do assunto, ora tratada. Portanto, o juízo de tipicidade, nos dias atuais, está enveredado pela dimensão axiológica e deve ser feito por todos os operadores do Direito, especialmente pelos Delegados de Polícia no momento de interpretar os tipos penais para avaliar a legalidade da prisão em flagrante.

5.3 ARQUIVAMENTO DA NOTÍCIA CRIME E O CONHECIMENTO PELO PODER JUDICIÁRIO E MINISTÉRIO PÚBLICO

Com base em tudo que já foi apresentado, não resta dúvida de que o Delegado de Polícia, após realizar o juízo de valor jurídico-fático no que concerne à existência ou não da infração penal, na situação que se convence sobre o fato ser materialmente atípico, deve determinar de forma fundamentada o arquivamento do registro (notícia crime) ou dos documentos que noticiaram o fato.

O parágrafo segundo do artigo 5º do Código de Processo Penal assinala que “do despacho que indeferir o requerimento de abertura de inquérito caberá recurso para o chefe de polícia”. Neste sentido, a legislação esclarece que a autoridade de polícia judiciária poderá, mediante despacho fundamentado deixar de instaurar inquérito em certos casos.

Nesta linha de raciocínio, surge uma problematização, ora, nas situações que o Delegado de Polícia Judiciária arquivar um fato que lhe julgue insignificante, dessa forma, estará subtraindo do conhecimento do titular da ação penal, uma vez que o tema resulta muitas vezes, em decisões divergentes, em face de suas peculiaridades e nuances? Não estaria o Delegado de Polícia agindo em substituição ao membro do Ministério Público?

Segundo Gomes (2009, p.96) “ninguém pode ser processado criminalmente por fato insignificante”. A real possibilidade aqui despertada, e que se entende totalmente devida e legal, é do arquivamento da *notitia criminis* – quando, por bem entender, o Delegado de Polícia, não dar ensejo à persecução penal do Estado.

Se reconhecido o princípio da insignificância pelo Delegado de Polícia nos fatos narrados em um registro digital de ocorrência (RDO), requerimentos, ou ainda representações, deve a autoridade arquivar a notícia na repartição policial, devido a inexistência de infração penal.

A solução para a problemática entre o Delegado de Polícia e o Ministério Público é que seja encaminhado todos os registros e despachos fundamentados sob a perspectiva do princípio da insignificância, e arquivados, para o conhecimento e análise do Ministério Público e do Poder Judiciário do local do fato. Nos dias de hoje, o Estado

de São Paulo já realiza este procedimento, quando do arquivamento do registro referente a violência doméstica e familiar contra a mulher.

O Ministério Público, em seu exercício de controle externo da polícia judiciária, pode vir a tomar conhecimento de um fato que foi arquivado em razão do reconhecimento do princípio da insignificância, e sob sua ótica, a posição estabelecida não foi devida, neste caso específico, o *parquet* solicita a instauração do inquérito policial, a fim de proceder com as investigações e, posteriormente, propor a ação penal em juízo.

Não obstante, não se permite em nenhuma hipótese, instaurar o inquérito policial ou lavrar o termo circunstanciado para apurar fato que o Delegado de Polícia Judiciário considerou como insignificante. Se verificada a atipicidade material, não há infração penal alguma praticada, não pode o Delegado de Polícia dar início à persecução penal, sob pena de não resguardar os importantes princípios minimalistas bem como os preceitos das Políticas Criminais, outrora abordados no presente estudo.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos estudos do professor alemão *Claus Roxin*, responsável pela formulação do princípio da insignificância e sua inserção no campo penal, demonstrando ser possível a introdução de critérios de Política Criminal na dogmática jurídica penal, de forma que o Direito contemporâneo diverge do Direito aplicado antigamente. Sua interpretação e aplicação deve ser envolvida à luz dos princípios constitucionais penais que atuam como verdadeiras normas a serem seguidas pelos órgãos envolvidos na persecução penal, e não meras recomendações.

Verificou-se que o princípio da insignificância possui previsão legal, ainda que minimamente intensa, nos termos dos artigos 209 §6º e 240, §1º, do Código Penal Militar.

Porém, os maiores responsáveis pelo crescimento do princípio da insignificância são a doutrina e a jurisprudência, no que se refere ao alicerçamento teórico e legitimação prática.

Nesta linha de raciocínio, constatou-se a importância do aplicador do direito em ampliar seus horizontes para além da análise formal da tipicidade, realizando um juízo material desta, observando quando oportuno, os preceitos das Políticas criminais, que se

movem para dentro Direito Penal, condicionando a interpretação da norma, com o objetivo maior de obter sintonia com as diretrizes principiológicas da constituição federal.

É preciso ver que o constituinte objetivou desenvolver normas penais voltadas para a aplicação como *última ratio* do Direito Penal. Haja vista a fragmentação do Direito Penal na medida em que só são tutelados os bens jurídicos mais relevantes sob o aspecto social e, somente, quando a ofensa provocar uma grave lesão ou ameaça concreta de lesão.

Foram ainda evidenciados os pressupostos ensejadores da aplicação do princípio da insignificância, criados e padronizados pelos tribunais superiores brasileiros. São eles: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a ausência de periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

O princípio da insignificância pode incidir na conduta, no resultado jurídico ou em ambos. Entendendo o Delegado de Polícia que o fato é materialmente insignificante não há que se falar em confirmar a voz de prisão dada por seus agentes, devendo tão somente registrar o fato e, em despacho fundamentado, mandar arquivá-lo, da mesma forma, deixar de prosseguir na lavratura do auto de prisão em flagrante, quando entenderem ausente a justa causa, após reconhecerem a existência dos pressupostos de aplicabilidade do princípio da insignificância.

De acordo com o artigo 5º, parágrafo 2º do Código de Processo Penal, se não constitui crime, deve ser arquivado. Da mesma forma quando se tratar de RDO (Registro digital de ocorrência), requerimento ou representações, a autoridade de Polícia Judiciária, concluindo o entendimento sobre a atipicidade do fato; em razão da insignificância do ataque o bem jurídico tutelado (ausência de tipicidade material) deve ordenar seu arquivamento, e em seguida, enviar o registro com o despacho de arquivamento para o conhecimento e apreciação do Ministério Público, de modo a passar uma maior segurança jurídica do autor da conduta, e o parquet, corroborando com a fundamentação, deve enviar ao Poder Judiciário.

Foi demonstrado ao longo do estudo que o Delegado de Polícia, assim como os magistrados, possui o dever de realizar a aplicação do princípio da insignificância em seu ofício, orientados pela ideia minimalista de direito penal e às políticas criminais.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Código de Processo Penal Militar**. Portal do Planalto. Brasília, 2018. Disponível em <<http://www4.planalto.gov.br/legislação> > Acesso em 02 de set. 2018.

BRASIL, **Código de Processo Penal**. Portal do Planalto. Brasília, 2018. Disponível em <<http://www4.planalto.gov.br/legislação> > Acesso em 02 de set. 2018.

BRASIL, **Código Penal Militar** Portal do Planalto. Brasília, 2018. Disponível em <<http://www4.planalto.gov.br/legislação> > Acesso em 02 de set. 2018.

BRASIL, **Constituição Federal**. Portal do Planalto. Brasília, 2018. Disponível em <<http://www4.planalto.gov.br/legislação> > Acesso em 02 de set. 2018.

BRASIL, STF, 2º Turma, **Habeas Corpus 84412/RS**, Rel. Min. Celso de Melo. Dje 19/11/04. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.aps>>. Acesso em 28 set 2018.

BRASIL, STF, 5º Turma, **Habeas Corpus 267447/MG**, Rel. Min. Jorge Mussi. Dje 06/08/13 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.aps>>. Acesso em 29 set 2018.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Aplicação do princípio da insignificância pelo delegado de polícia: Brasil x Portugal**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3669, 18 jul.2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24967>>. Acesso em 27 de out de 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal. v.1:** parte geral. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, 2077 p.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17º ed. Ver. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. **Direito penal, volume 1: introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal, v.1: parte geral**. V.1.6.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**, v.1. São Paulo: Atlas, 2007.

MOUGENOT, Edilson Bonfim. **Curso de Processo Penal**. 7.Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 269.

NEVES, Cícero Robson Coimbra, STREIFINGER, Marcello. **Manual de direito penal militar**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**. Belo Horizonte: Del rey, 1998.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Vega, 1986.

ROXIN, Claus (**Política Criminal y estructura del delito**). Tradução de Bustos Ramírez e Hormozábal Malarée, Barcelona: PPU, 1992.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 4. Ed. Bahia: JusPodivm, 2010.

VINCO MAÑAS, Carlos. **O princípio da insignificância como causa de excludente da tipicidade penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

.