



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Aplicação do princípio da insignificância pelo Delegado de Polícia

Juan J. Almeida Faria

Rio de Janeiro
2016

JUAN J. ALMEIDA FARIA

Aplicação do princípio da insignificância pelo Delegado de Polícia

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO DELEGADO DE POLÍCIA

Juan J. Almeida Faria

Graduado pela Universidade Estácio de Sá. Advogado.

Resumo – o princípio da insignificância não é um princípio expresso no direito brasileiro, sendo sua aplicação amplamente aceita junto aos tribunais, estando presente nas jurisprudências e nas doutrinas mais conceituadas. O que se encontra como uma lacuna até os dias presentes é a sua discussão em sede de polícia judiciária, quanto a legalidade da aplicação por parte do delegado de polícia. Não se trata de discricionariedade ao delegado de polícia, não se estaria ferindo a competência do Estado, uma vez que a sua aplicação decorre do fato de a conduta não constituir crime. É dever do delegado de polícia garantir, desde a prisão captura, a aplicação correta da lei e assegurar os direitos fundamentais do cidadão.

Palavras-chave – Direito Penal. Insignificância. Excludente de Tipicidade.

Sumário – Introdução. 1. O princípio da insignificância, a finalidade do Direito Penal e o conceito de crime. 2. A figura do delegado de polícia como primeiro garantidor dos direitos fundamentais. 3. Exceção à incidência da insignificância frente ao tipo de bem jurídico tutelado. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem por objetivo colocar em foco a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância pelo antes mesmo da existência de um processo, ou seja, ainda em fase investigativa pelo delegado de polícia.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se o princípio da insignificância é de ampla aplicação e irrestrito qualquer autoridade, ou se há a real necessidade da existência da decisão de uma autoridade específica para que ele seja reconhecido.

A Constituição da República elenca o direito à liberdade como um dos mais resguardados, devendo sua restrição, a prisão, medida violadora desse direito, ser efetivada apenas em casos excepcionais, ou seja, apenas quando a medida for estritamente necessária.

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção,

uma vez que, ainda hoje, tem-se entendido como delicada a tal apreciação em sede de delegacia.

Para melhor compreensão do tema, busca-se no primeiro capítulo apresentar o conceito de “insignificância” e compreender como esse conceito foi sendo aplicado e interpretado ao longos anos. É abordado o posicionamento da suprema corte sobre o tema, elencando os requisitos apontados para que o instituto possa ser aplicado, bem como as críticas de parte da doutrina sobre tais requisitos.

Além disso, ainda no primeiro parágrafo, é feita uma análise desse instituto em conjunto com outros princípios do direito penal, bem como com a finalidade do direito penal e o conceito de crime, de forma a tornar mais fácil a compreensão do tema e sua correta aplicação.

Já no segundo capítulo, a análise do instituto passa a ser feita a partir da figura da autoridade policial, ou seja, do delegado de polícia, abordando quem ele é, quais as suas atribuições, e como seria essa análise da tipicidade ou atipicidade material.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, que no inquérito policial, procedimento administrativo, a autoridade policial deve analisar o fato e decidir, a partir da análise técnico-jurídica, se entende pela ocorrência do crime ou não, e, se haverá ou não o indiciamento. Para isso, é abordado o posicionamento de diversos doutrinadores e da jurisprudência, o texto constitucional e a lei que trata da investigação policial presidida pelo delegado.

Toda a exposição feita no segundo capítulo tem por objetivo fundamentar a possibilidade de aplicação da insignificância pelo delegado de polícia em razão do seu conceito e da sua consequência, tendo em vista a análise feita no primeiro capítulo, pretendendo assim, acabar com a aplicação de penas à cerceamentos de liberdade, ou até mesmo por encarceramentos provisórios desnecessários, por atos que, apesar de contrários à lei, são de reprovabilidade mínima e até mesmo aceitas em raras situações.

No terceiro capítulo da pesquisa científica, é abordado fato de que apesar uma conduta estar na ceara de aplicabilidade da insignificância, e com isso trazer uma barreira para que essa conduta seja considerada crime, não configurando um ilícito penal passível de sanção, acarretando na sua atipicidade, mesmo pelo delegado de polícia, há casos em que a bagatela não será reconhecida, seja pela característica do bem jurídico tutelado, seja pela gravidade da simples conduta, ou pela própria característica do agente que a praticou.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA, A FINALIDADE DO DIREITO PENAL E O CONCEITO DE CRIME

Não há como dizer com certeza o marco inicial do princípio da insignificância no Direito Penal. Parte da doutrina afirma que a insignificância surgiu no Direito Romano, porém limitada pelo direito privado. Cleber Masson¹ afirma que “invocava-se o brocardo de *minimus non curat praetor*, ou seja, os juízes e tribunais não devem se ocupar de assuntos irrelevantes”.

Com os estudos do jurista alemão Claus Roxin, o princípio da insignificância foi introduzido ao Direito Penal nos anos de 1970. Roxin² afirma que “a insignificância ou

¹ MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado*. Parte Geral. 9. ed. V. 1. rev., atual. e ampl. São Paulo: Forense, 2015, p. 27.

² ROXIN, apud MASSON. *Ibidem*, p. 28.

criminalidade de bagatela é a vedação a atuação penal do Estado quando a conduta não é capaz de lesar ou no mínimo de colocar em perigo o bem jurídico tutelado pela norma penal. Com a introdução da insignificância o Direito Penal passa a ser cercado de princípios norteadores e limitadores da sua atuação.

Dentro dessa idéia de lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal, chamada de Teoria do Bem Jurídico, nasce o princípio da lesividade que se contrapõe ao conceito anterior, mas que complementa a aplicação da insignificância. Roxin³ afirma que “só pode ser castigado aquele que lesione direitos de outras pessoas e que não é simplesmente um comportamento pecaminoso ou imoral”. Uma conduta que seja meramente interna ou individual, seja ela pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente, não tem lesividade, e portanto, não tem o condão de legitimar a intervenção penal.

Nilo Batista⁴, complementando a idéia de insignificância, elenca quatro situações a que o Direito Penal deve se abster de atuar, situações essas a que chamou de principais funções da lesividade: proibir a incriminação de uma atitude interna; proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor; proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais; proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.

Além da insignificância e da lesividade, há também o princípio da intervenção mínima funcionando como limitador da atuação estatal, estabelecendo que o Direito Penal só deve interferir quando estritamente necessário, ou seja, apenas quando os demais ramos do direito não obtiverem êxito no caso concreto. Isso faz com que o Estado fique impedido de criar tipos penais iníquos e instituir penas vexatórias à dignidade da pessoa humana, tendo legitimidade para criar apenas penas estrita e evidentemente necessárias.

³ ROXIN, apud BATISTA. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12 ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 89.

⁴ ROXIN. *Ibidem*, p. 89 e 90.

Ainda sobre os princípios correlatos à aplicação da insignificância, existem dois outros princípios indispensáveis a compreensão do tema, e que, são decorrentes da intervenção mínima: fragmentariedade e subsidiariedade. A fragmentariedade estabelece que nem todos os ilícitos configuram infrações penais, mas apenas os que atentam contra valores fundamentais para a manutenção e o progresso do ser humano e da sociedade⁵. Já a subsidiariedade, legitima a atuação do Direito Penal apenas quando os demais ramos do Direito e meios estatais de controle social fracassarem no controle da ordem pública. Masson⁶ explica que “o Direito Penal funciona como um executor de reserva”, ou seja, só será aplicado quando os meios menos invasivos à liberdade individual se mostrarem insuficientes na tarefa de proteção dos bens jurídicos tutelados.

Após breve conceituação da insignificância e de princípios correlatos, deve-se compreender como ela atuará sobre o direito penal, tomando como base finalidade do Direito Penal. Por motivos de política criminal, o Direito Penal tem como finalidade a proteção de bens jurídicos escolhidos pelo legislador, de forma a estabelecer uma sintonia com os anseios da sociedade⁷. É a partir desses bens jurídicos tutelados pela norma penal que poderá ou não haver incidência da insignificância.

Para uma compreensão de como a insignificância atua sobre a conduta criminosa, além de ser imprescindível saber o seu conceito, e entender qual a finalidade do Direito Penal, deve-se atentar para o conceito analítico de crime, ou seja, utilizar um critério formal ou dogmático que se funda nos elementos ou substratos que compõem a estrutura do crime. Para a maioria da doutrina, entre eles Nelson Hungria, Magalhães Noronha, Francisco de Assis Toledo e Cezar Roberto Bitencourt, o conceito analítico de crime é trifásico, ou seja, composto pelos elementos Fato Típico, Ilicitude ou Antijuridicidade e Culpabilidade⁸.

⁵ MASSON, op. cit., p. 49.

⁶ Ibid., p. 51.

⁷ Ibid., p. 28.

⁸ Ibid., p. 197.

Ainda sob o foco da estrutura do crime, dentro do Fato Típico há os elementos Conduta, Resultado, Causalidade e Tipicidade. Por sua vez, a Tipicidade divide-se em Tipicidade Formal que é o juízo de subsunção entre a conduta praticada pelo agente e o modelo descrito pelo tipo penal, e Tipicidade Material ou Substancial que é a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

Henrique Hoffmann Monteiro de Castro⁹ afirma que “com a evolução dos estudos do Direito Penal, a tipicidade, que era vista sob feição exclusivamente formal, como mera subsunção do fato à norma, passou a ser vista sob outra ótica, abrangendo também o aspecto material, a demandar relevância da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado”.

É nesse último elemento, ou seja, na Tipicidade material, que o princípio da insignificância atua. Trata-se de uma causa de exclusão da tipicidade, ou seja, sua presença acarreta na atipicidade da conduta por ausência da vertente material.

Segundo Celso de Mello¹⁰, o princípio da insignificância qualifica-se como:

[...] fator 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 matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva material.

A jurisprudência dos tribunais superiores seguiu o mesmo entendimento, no sentido de que ainda que a conduta se encaixe na descrição do tipo penal, não há que se falar em crime caso ausente a relevante lesão ao objeto jurídico. Para que haja uma intervenção penal por parte do Estado deve o jurista perquirir a presença concomitante da tipicidade material. O STF já se manifestou sobre a incidência da insignificância tendo estabelecido vetores, ou seja, requisitos, consolidados na sua jurisprudência.

Segundo Gilmar Mendes¹¹, para a incidência do princípio da insignificância devem ser relevados:

⁹ MONTEIRO DE CASTRO, Henrique Hoffmann. *Delegado pode e deve aplicar o princípio da insignificância*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-18/academia-policial-delegado-aplicar-principio-insignificancia>. Acesso em: 24 Ago. 2016.

¹⁰ DE MELLO, apud MASSON, op. cit., p. 29.

[...] o valor do objeto e os aspectos objetivos do fato, tais como, a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada.

Apesar de ser de fácil compreensão a incidência dos vetores utilizados e consolidados na jurisprudência dos tribunais superiores, em especial a do Supremo Tribunal Federal, sua diferenciação torna-se quase que impossível, uma vez que tais requisitos são muito próximos entre si.

Paulo Queiroz¹², criticando a incidência desses vetores utilizados pelo STF, afirmando serem tautológicos:

[...] Sim, porque se mínima é a ofensa, então a ação não é socialmente perigosa; se a ofensa é mínima e a ação não é perigosa, em consequência, mínima ou nenhuma é a reprovação, e pois, inexpressiva a lesão jurídica. Enfim, os supostos requisitos apenas repetem a mesma idéia por meio de palavras diferentes, argumentando em círculo.

Deixando de lado a celeuma doutrinária quanto a similitude ou redundância entre tais vetores, importante a conclusão de que se trata, portanto, de um princípio norteador do Direito Penal e limitador do poder de punir do Estado, aplicável a qualquer delito com ele compatível¹³. Presentes os seus requisitos, sua aplicabilidade acarretará em um indiferente penal quanto a atuação punitiva do Estado, o que deve, ou ao menos deveria, impedir o início de qualquer persecução penal, seja por meio de processo, seja por meio de prisão.

2. A FIGURA DO DELEGADO DE POLÍCIA COMO PRIMEIRO GARANTIDOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O delegado de polícia é o primeiro bacharel em direito a se deparar com o indivíduo autor do delito, ou seja, é quem faz a primeira análise da prisão captura, devendo optar após análise jurídica dos fatos pela lavratura ou não do auto de prisão em flagrante, bem como pela representação ou não das cautelares presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 118972 – MG. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342400/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-118972-mg-stf/inteiro-teor-159437849>. Acesso em: 21 de set. 2016.

¹² QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal*. Parte Geral. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 53.

¹³ *Ibid.*, p. 34.

O artigo 2º da Lei 12830/13¹⁴, a cerca da atividade exercida pelo delegado de polícia:

Art. 2o As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

Como dito anteriormente, o delegado de polícia deve optar ou não pela lavratura do auto de prisão em flagrante, e, ao final do procedimento investigatório, cabe ao delegado, por meio de relatório, fazer a análise jurídica dos fatos, indicando a correta tipificação da conduta do indivíduo preso. Esse ato de, após a análise, indicar a tipificação correta do fato comina em um ato administrativo chamado Indiciamento¹⁵, pelo qual normalmente se inicia a persecução criminal.

O parágrafo 6º do artigo 2º da L. 12830/13¹⁶, expressamente impõe a forma a que o indiciamento deve ocorrer.

§ 6o O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias.

Dessa forma, resta claro que a decisão da autoridade policial deve ser pautada pela correta aplicação da lei e do Direito Penal, não sendo permitido que a prisão de qualquer indivíduo seja pautada por motivos escusos e contrários a norma.

Com o advento da L. 12830/13, o cargo de delegado de polícia foi expressamente equiparado, no que é compatível, aos demais cargos que compõem a persecução penal, não havendo qualquer distinção legal quanto ao limite da interpretação do direito.

O artigo 3º da L. 12830/13¹⁷, faz essa equiparação sem qualquer tipo de ressalva:

¹⁴ BRASIL. Lei 12830, de 20 de junho de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm. Acesso em: 06 de set. 2016.

¹⁵ *Indiciamento*, na doutrina, significa atribuir a autoria ou participação de uma infração penal a uma pessoa, ou seja, apontar uma pessoa como provável autora ou partícipe de um delito. Tem natureza dúplice, constituindo-se em fonte de garantias processuais, e, ao mesmo tempo, inegável estigmatizante social, dada a publicidade do ato. É um ato administrativo que representa um considerado antecedente lógico, mas não necessário, do oferecimento da peça acusatória. LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. 2. ed. V. único. rev., atual. e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2014, p. 141.

¹⁶ BRASIL. Lei 12830, de 20 de junho de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm. Acesso em: 07 de set. 2016.

¹⁷ *Ibid.*

Art. 3º O cargo de delegado de polícia é privativo de bacharel em Direito, devendo-lhe ser dispensado o mesmo tratamento protocolar que recebem os magistrados, os membros da Defensoria Pública e do Ministério Público e os advogados.

Nessa esteira, está presente o princípio da legalidade¹⁸, garantia fundamental contra a arbitrariedade estatal, e o princípio da dignidade da pessoa humana¹⁹, fundamento basilar da República Federativa do Brasil e do estado democrático de direito, elencados de forma expressa na atual Constituição da República, nos artigos 5º, inciso II e 1º, inciso III, respectivamente.

Além da Constituição da República Federativa do Brasil, outros diplomas trazem em seu corpo a dignidade humana, limitador do arbítrio estatal, estando entre eles o artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela Organização das Nações Unidas de 1948²⁰:

Artigo 1º: Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uma às outras com espírito de fraternidade.

Diante disso, não se pode defender uma interpretação da lei à depender de qual autoridade esteja diante do fato supostamente delituoso, ou seja, a interpretação quanto a existência ou não do delito não pode ser realizada de uma forma quando for analisada pelo magistrado ou pelo membro do Ministério Público e de outra forma quando analisada pelo delegado de polícia.

¹⁸ Princípio da legalidade, previsto na constituição, assegura aos particulares que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, e quanto a atual estatal, de forma mais restrita, assegura que o Estado só pode atuar se previsto na lei. Dessa forma, o referido princípio representa uma garantia para todos os cidadãos, já que por meio dele os indivíduos estarão protegidos pelos atos cometidos pelo Estado e por outros indivíduos, havendo uma limitação no poder estatal em interferir nas liberdades e garantias individuais do cidadão.

¹⁹ Princípio da dignidade da pessoa humana, previsto na constituição, é um valor moral e espiritual inerente à pessoa, ou seja, todo ser humano é dotado desse preceito, e tal constitui o princípio máximo do estado democrático de direito. No âmbito da ponderação de bens ou valores, o princípio da dignidade da pessoa humana justifica, ou até mesmo exige, a restrição de outros bens constitucionalmente protegidos, ainda que representados em normas que contenham direitos fundamentais, de modo a servir como verdadeiro e seguro critério para solução de conflitos.

²⁰ BRASIL, Resolução 217 A da Assembléia Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 07 de set. 2016.

Em sentido contrário, tem-se decisão do Superior Tribunal de Justiça²¹, de relatoria do Ministro Felix Fischer, em sede de *Habeas Corpus*, no sentido de que somente o Poder Judiciário é dotado de podere para efetuar o reconhecimento do princípio da insignificância, destacando que o juízo acerca da incidência do referido princípio é feito apenas em momento posterior à prisão, pela autoridade judiciária, de acordo com as circunstâncias atinentes ao caso concreto.

A simples instauração do procedimento administrativo investigatório, ou seja, do inquérito policial, já configura um atentado ao *status dignitatis* do indivíduo, configurando um constrangimento ao investigado. Tal ato deflagratório das investigações, só deve ser considerado legal, quando lastreado por justa causa que motive a instauração do procedimento investigatório.

Renato Brasileiro de Lima²², aborda o tema defendendo o trancamento do inquérito por configurar constrangimento, nos casos em que não houver justa causa à sua instauração:

[...] A instauração de inquérito policial contra pessoa determinada traz consigo inegável constrangimento. Esse constrangimento, todavia, pode ser tido como legal, caso o fato sob investigação seja formal e materialmente típico, cuida-se de crime cuja punibilidade não seja extinta, havendo indícios de envolvimento dessa pessoa na prática delituosa. Em tais casos, deve a investigação prosseguir. Todavia, verificando-se que a instauração do inquérito policial é manifestamente abusiva, o constrangimento causado pelas investigações deve ser tido como ilegal, afigurando-se possível o trancamento do inquérito policial.

Não há, portanto, legalidade no ato de instauração de inquérito policial quando ausente a justa causa à sua instauração. Não é por outra razão, que os tribunais superiores vêm trancando inquéritos policiais instaurados para apurar fatos que sejam formal ou materialmente atípicos, ou seja, sem a presença de justa causa. Apesar de não reconhecer a aplicação da insignificância pelo delegado de polícia, o Superior Tribunal de Justiça, com

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 154949 – MG. Relator Ministro Felix Fischer. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15913230/habeas-corpus-hc-154949-mg-2009-0231526-6/inteiro-teor-16835531>. Acesso em: 21 de set. 2016.

²² LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal*. Niterói: Impetus, 2013, p. 138.

entendimento conflitante com essa negativa, vêm aplicando o trancamento por falta de justa causa.

Para embasar tal afirmação, importante decisão do STJ²³, em sede de *Habeas*

Corpus:

O bem subtraído - um cone de trânsito - possui importância reduzida, devendo ser ressaltada a condição econômica do sujeito passivo, pessoa jurídica, que recuperou o bem furtado, inexistindo, portanto, repercussão social ou econômica, atraindo a incidência do princípio da insignificância. Não obstante o valor da res furtiva não ser parâmetro único à aplicação do princípio da insignificância, as circunstâncias e o resultado do crime em questão demonstram a ausência de relevância penal da conduta, razão pela qual deve se considerar a hipótese de delito de bagatela. Deve ser aplicado o princípio da insignificância à hipótese, sendo que, mesmo que a ação penal já esteja em andamento, esta deve ser trancada, caso contrário, encerre-se o inquérito policial. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

Assim, a corte superior de justiça firmou o entendimento no sentido de que tais condutas, sendo materialmente atípicas, não devem sequer ensejar um indiciamento, quanto mais ações penais.

3. EXCEÇÃO À INCIDÊNCIA DA INSIGNIFICÂNCIA FRENTE AO TIPO DE BEM JURÍDICO TUTELADO

Deixando de lado as discussões quanto aos requisitos de aplicabilidade dessa excludente de tipicidade, qual seja, a insignificância, bem como o seu reconhecimento ou não pelo delegado de polícia ou qualquer que seja a autoridade, há casos em que não poderá ser reconhecida a incidência desse postulador limitador do atuar estatal. Tais casos, não levam em consideração a efetiva lesão ou não, a extensão da lesão, mas sim o tipo de bem jurídico a que a lei se prestou a resguardar, tutelar, não devendo haver margem de ponderação em sua violação.

Não faz parte do dever do delegado, mesmo na figura de garantidor dos direitos fundamentais, excepcionar a aplicação da repressão estatal se a própria lei elencou tais bens

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 218234 – SP. Relator Ministro Gilson Dipp. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21428881/habeas-corpus-hc-218234-sp-2011-0216878-6-stj/inteiro-teor-21428882>. Acesso em: 21 de set. 2016.

jurídicos como incompatíveis com a bagatela, seja pela natureza do bem jurídico, seja pela gravidade do cometimento.

O primeiro caso, em que não se pode defender a aplicação da insignificância, é o dos crimes hediondos e equiparados, elencados no Art. 1º e 2º da L. 8072/90²⁴:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: Incisos I a VIII.

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei no 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado.

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: anistia, graça e indulto; fiança.

É possível extrair da simples leitura da lei que, tais crimes, são considerados como de máximo potencial ofensivo. Além da lei em comento, que deu à determinados crimes a roupagem ou a etiqueta da hediondez, podemos extrair também, da própria Constituição Federal, normas que reforçam a gravidade de tais crimes.

Os incisos XLII, XLIII, XLIV, do Art. 5º da CRFB/88²⁵, elenca os chamados mandados constitucionais de criminalização à que o interprete da lei deve se ater quando se deparar com o cometimento de crimes hediondos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

Como se pode ver, tais mandados constitucionais de criminalização, reforçam o entendimento de que o Poder constituinte originário resolveu, em casos tais, por dar tratamento mais rigoroso.

²⁴ BRASIL. Lei 8072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm. Acesso em: 20 de set. 2016.

²⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 de set. 2016.

Além dos chamados crimes hediondos, não há como defender a incidência da insignificância nos casos de roubo, e demais crimes praticados mediante violência e grave ameaça. E não sem razão, visto que os reflexos derivados por tais crimes, o abalo psicológico, ou até mesmo físico, não podem ser considerados irrelevantes, ainda que o bem material em si o seja. Além disso, importante frisar que tais crimes como o roubo são de natureza complexa, ou seja, tutelam bem jurídicos diversos, o que já inviabiliza a sua incidência.

Nesse sentido, tem-se importante decisão do STJ²⁶ corroborando a tese de não cabimento:

HABEAS CORPUS . PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. DELITO COMPLEXO. PLURALIDADE DE BENS JURÍDICOS OFENDIDOS. RELEVÂNCIA DA LESIVIDADE PATRIMONIAL. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA DENEGADO COM FUNDAMENTO NA GRAVIDADE DO DELITO. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR NAO DEMONSTRADA. 1. Não há como aplicar, aos crimes de roubo, o princípio da insignificância - causa supralegal de exclusão de ilicitude -, pois, tratando-se de delito complexo, em que há ofensa a bens jurídicos diversos (o patrimônio e a integridade da pessoa), é inviável a afirmação do desinteresse estatal à sua repressão.

Outro exemplo de inaplicabilidade da insignificância é o dos crimes contra a Administração pública, elencados nos Arts. 312 a 327 do Código Penal. Tal impossibilidade se dá pelo fato de o bem jurídico a ser tutelado pela norma penal não ser meramente econômico. Tais normas visam resguardar a moralidade administrativa, bem como a probidade dos agentes públicos, o que inviabiliza a incidência da excludente, uma vez que não há como sustentar irrisória lesão a esses bens tutelados.

A par da ampla jurisprudência nacional nesse sentido, inclusive do própria Suprema Corte, há um julgado admitindo a aplicabilidade da insignificância, somente em casos externos, ainda que cometidos por agentes públicos e contra a administração pública.

Importante julgado do STF²⁷ relativizando o entendimento sobre a não incidência da insignificância nos crimes contra a administração pública:

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 60185 – MG. Relator Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19239402/habeas-corpuz-hc-60185-mg-2006-0117708-9/inteiro-teor-19239403>. Acesso em: 21 de set. 2016.

Habeas Corpus. 2. Subtração de objetos da Administração Pública, avaliados no montante de R\$ 130,00 (cento e trinta reais). 3. Aplicação do princípio da insignificância, considerados crime contra o patrimônio público. Possibilidade. Precedentes. 4. Ordem concedida.

Além desse crimes, temos também o entendimento firmado no sentido de não aplicabilidade nos casos de contrabando, crimes contra a fé pública, tráfico internacional de armas, entre outros.

Não se pode olvidar do caso da inaplicabilidade nos casos de tráfico de drogas, devido a sua equiparação à hediondez e por sua natureza de crime de perigo abstrato, tendo como bem jurídico tutelado a saúde pública. O entendimento para os casos do Art. 28 da L. 11343/06, ou seja, porte de drogas para consumo pessoal, é, na grande maioria das vezes, igual. Contudo, o Supremo Tribunal Federal já decidiu de maneira diversa, ou seja, acolhendo a tese da insignificância, e, fundamentando sua decisão aplicando os requisitos estabelecidos pela corte.

STF²⁸, a cerca da aplicabilidade da insignificância nos casos de porte para consumo pessoal:

1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. 3. Ordem concedida.

Importante decaitar que, no tocante ao Art. 28 da L. 11343/06, a Suprema Corte está julgando a possibilidade de descriminalização deste crime, em sede de Recurso Extraordinário, RE 635659, estando os votos, até o presente momento, a favor do reconhecimento da inconstitucionalidade da norma, e, conseqüentemente, a descriminalização da conduta.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 107370 – SP. Relator Ministro Gilmar mendes. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19845458/habeas-corporus-hc-107370-sp/inteiro-teor-104572795>. Acesso em: 21 de set. 2016.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 110475 – SC. Relator Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21398311/habeas-corporus-hc-110475-sc-stf>. Acesso em: 21 de set. 2016.

Assim, fica claro que a jurisprudência, apesar de ainda se mostrar tímida, vem caminhando no sentido de reconhecer a incidência do princípio da insignificância, ou ainda, de reconhecer a inconstitucionalidade da norma incriminadora, e, conseqüentemente, descriminalizar o porte de drogas para consumo pessoal.

CONCLUSÃO

Diante da imposição legal de que a autoridade policial decida juridicamente sobre a prisão captura e do conceito de crime e seus princípios norteadores, sustentar que o delegado, ao se deparar com uma situação que não configura crime, ou seja, fatos que apesar de terem aparência criminosa são afastados da incidência penal por não contemplarem todos os elementos que compõem o crime, deva prosseguir com a lavratura do auto de prisão em flagrante para que só após análise do ministério público e do magistrado se decida pela soltura do preso é defender uma prisão ilegal, uma grave violação ao direito de liberdade do indivíduo, uma persecução penal estatal arbitrária, uma afronta a vários princípios, já citados anteriormente, consertários da Carta magna.

Como visto, normas citadas acima são de uma de aplicação imperativa, ou seja, não cabe ao aplicador do direito penal, seja ele quem for, deixar de observar a legalidade e a dignidade humana, ao realizar a prisão, o indiciamento, a denúncia, ou até mesmo a sentença, sem que haja o cometimento de um crime, por questões de disputa de ego entre os membros da polícia judiciária e membros do poder judiciário ou diversidade de posicionamentos.

Não há qualquer óbice legal para que o delegado de polícia deixe de aplicar o encarceramento quando entender que o fato ocorrido não constitui crime. Trata-se de um poder do delegado na missão de primeiro garantidor dos direitos fundamentais. Ao decidir pelo não indiciamento, deve apenas fazê-lo de forma fundamentada. Esse deve ser o entendimento para todo a qualquer caso, desde que evidente e inequívoco, que implique em exclusão do crime.

Essa deve ser a correta interpretação da norma quando presentes os requisitos da aplicação da insignificância. Aliás, da mesma forma, tal entendimento não deve ser restrito aos casos de insignificância, mas também, desde de que de forma inequívoca e com o devido controle externo e posterior do *parquet*, nos casos de legítima defesa e estado de necessidade ou outra excludente da antijuridicidade, nos de imputabilidade ou outra excludente da culpabilidade, afinal de contas, qualquer uma dessas incidências ocasionará o mesmo resultado, qual seja, a exclusão do crime.

Em verdade, é mais do que um poder do delegado de Polícia, a aplicação do princípio da insignificância caracteriza-se mais com um dever no desempenho dessa missão de garantir direitos fundamentais, devendo ser repelidas eventuais interferências escusas em detrimento do interesse público. Entendimento diverso reduziria a autoridade Policial a mero instrumento repressivo, reforçando o viés seletivo do Direito Penal.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 de set. 2016.

_____. Lei 8072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm. Acesso em: 20 de set. 2016.

_____. Lei 12830, de 20 de junho de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm. Acesso em: 06 de set. 2016.

BRASIL, Resolução 217 A da Assembléia Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 07 de set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 154949 – MG. Relator Ministro Felix Fischer. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15913230/habeas-corpus-hc-154949-mg-2009-0231526-6/inteiro-teor-16835531>. Acesso em: 21 de set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 218234 – SP. Relator Ministro Gilson Dipp. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21428881/habeas-corpus-hc-218234-sp-2011-0216878-6-stj/inteiro-teor-21428882>. Acesso em: 21 de set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 60185 – MG. Relator Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19239402/habeas-corpus-hc-60185-mg-2006-0117708-9/inteiro-teor-19239403>. Acesso em: 21 de set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 107370 – SP. Relator Ministro Gilmar mendes. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19845458/habeas-corpus-hc-107370-sp/inteiro-teor-104572795>. Acesso em: 21 de set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 110475 – SC. Relator Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21398311/habeas-corpus-hc-110475-sc-stf>. Acesso em: 21 de set. 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal*. Niterói: Impetus, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. 2 ed. V. único. rev., atual. e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2014.

MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado*. Parte Geral. V. 1. 9 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Forense, 2015.

MONTEIRO DE CASTRO, Henrique Hoffmann. Delegado pode e deve aplicar o princípio da insignificância. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-18/academia-policial-delegado-aplicar-principio-insignificancia>. Acesso em: 24 Ago. 2016.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal*. Parte Geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.