

# JUSTIÇA & CIDADANIA<sup>®</sup>

Edição 173 • Janeiro 2015



**TROFÉU DOM QUIXOTE  
24 ANOS DE TRADIÇÃO**

Editorial: É hora e tempo de reagir





Foto: Ana Vander Bastos

# Do princípio da insignificância e da conduta da autoridade policial: aspectos pragmáticos

Wilson Luiz Palermo Ferreira | Delegado de Polícia PCERJ

**H**á muito tempo, os países vêm tentando reformular sua dogmática penal extraindo critérios modernos para a atuação e coexistência em sociedade. Com a evolução das nações e de seus sistemas jurídicos, faz-se imperiosa a criação de uma sistemática capaz de acompanhar as crescentes transformações.

A própria evolução do conceito de tipicidade requereu dos estudiosos do direito penal soluções práticas que estivessem à altura da mudança dos critérios de proteção aos bens jurídicos, ou, pelo menos, da delimitação do seu âmbito de proteção.

Nessa toada, o princípio da insignificância foi desenvolvido para funcionar como corretivo da tipicidade penal. Ao adotar-se a noção de insignificância, também compreendida por princípio da bagatela, tal ideia acaba

por funcionar como algo capaz de retirar a tipicidade material do delito, fazendo que apenas subsista a tipicidade formal e, conseqüentemente, que a conduta seja atípica materialmente.

Os próprios Tribunais Superiores brasileiros vêm interpretando e internalizando a aplicação de tal princípio, apontando, inclusive, critérios para a sua caracterização: mínima ofensividade da conduta praticada pelo agente; nenhuma periculosidade social da ação; reduzido (ou mesmo “reduzidíssimo”) grau de periculosidade do agente e inexpressividade da lesão jurídica causada.

Com esse entendimento, não há como negar a implementação dessa doutrina no cenário jurídico nacional, a ponto de negar a própria opinião julgadora da Corte Suprema brasileira.

Dito isso e levando-se em consideração a importância dos princípios que ensejam a ideia de intervenção mínima em matéria penal, a aplicação prática de tal princípio, pelo Delegado de Polícia, mostra-se bastante importante e eficaz.

Diante de uma situação flagrancial em que haja presença da tipicidade formal, por meio da subsunção do fato à norma penal, porém sem lesividade no que tange ao critério material, poderia a autoridade policial deixar de lavrar o auto de prisão em flagrante? Entendemos que sim.

No entanto, algumas considerações sobre o tema devem ser feitas. A primeira delas é que não basta, simplesmente, que o infrator capturado em flagrante delito seja conduzido à presença da autoridade policial e, logo em seguida, após a análise das circunstâncias fáticas que envolveram a situação, seja simplesmente liberado. Prender alguma pessoa em flagrante delito não é das tarefas mais simples e fáceis, e, na maioria das vezes, o calor dos fatos pode esconder detalhes relevantes, que podem alterar todo o contexto. Nesse sentido, toda cautela parece ser necessária.

Diante disso, todo o procedimento de praxe deve ser observado, como, por exemplo, a oitiva dos comunicantes, lavrando a termo as declarações, eventual realização de perícia, caso o crime deixe vestígios, bem como a confecção do pertinente registro de ocorrência.

Assim, se até o momento em que a autoridade policial efetuar despacho no procedimento determinando a lavratura do flagrante, estiver convicta da não subsistência da tipicidade material, por aplicação do princípio da insignificância, poderá não lavrar o respectivo auto de prisão, mediante fundamentada decisão técnico-jurídica.

A análise para a aplicação do princípio da insignificância dentro da ótica do auto de prisão em flagrante, todavia, deve ser vista com cautela, sob pena de banalizar o instituto e negar a própria ordem jurídica vigente, afastando-se conceitos de justiça e equidade. A insignificância deve ser vista sob o aspecto da dupla face do garantismo, não só em relação àquele que pratica conduta formalmente típica, mas também sob o prisma daquele que tem seu bem jurídico lesado.

Por meio da análise de dados de sistemas de inteligência, pode-se atribuir, mediante critérios de proporcionalidade, a aplicação do princípio da insignificância por parte da autoridade policial, ou seja, desde a formalização inicial do procedimento.

Assim, propõe-se uma leitura clara do contexto em que será aplicado, sob todos os aspectos, para que haja proporcionalidade, equidade, principalmente, respeito ao princípio da igualdade, tratando os iguais de forma equivalente e os desiguais de forma desigual, na medida de sua desigualdade.

Primeiramente, caso a autoridade policial se depare com uma situação em que seja possível a aplicação do postulado da insignificância, deve seguir alguns passos. De início, buscará a autoridade elementos para definir se aquela situação fática poderá ser inserida nos requisitos propostos pelos Tribunais Superiores. Havendo resposta positiva para essa afirmativa, caberá ao Delegado de Polícia determinar pesquisas nos sistemas de inteligência disponíveis para averiguar se aquela pessoa está sendo apresentada pela primeira vez por ter praticado uma conduta formalmente típica.

Não raras vezes indivíduos são capturados em flagrante delito, por terem furtado, por exemplo, barras de chocolate que possuíam valor equivalente a R\$ 40,00, mas já tem histórico de registros de ocorrência sobre o mesmo tema, em datas distintas, que porventura possam ter dado origem a processos (inclusive com condenações, eventualmente). Daí a importância da análise contextualizada.

Muitos já devem estar se perguntando, a essa altura, acerca da destinação do Direito Penal para julgamento de fatos, e não do autor. Porém, a própria legislação penal pátria prevê a análise de antecedentes, entre outros fatores, para aplicação da reprimenda penal. Afinal, julga-se o fato, mas o destinatário culpável continua sendo o indivíduo.

Citando Aristóteles, Luigi Ferrajoli denota a equidade como sendo a “justiça no caso concreto” e que “o equitativo, se bem seja justo, não está de acordo com a lei, mas com uma correção da justiça legal”.

Transpondo-se tais lições para o âmbito da persecução penal, na fase anterior à ação penal, cuja aplicação não é menos importante, tais fatos explicam a análise de todas as nuances que envolvem o cenário delitivo, para que se chegue desde o início, por meio de bases epistemológicas, à justiça do caso concreto.

Sendo assim, as soluções já começam a ser delineadas. Se diante de toda análise a autoridade policial verificar que é a primeira vez que um fato, reconhecidamente insignificante está sendo registrado, prestigiando-se os requisitos das Cortes Superiores, a autoridade policial está autorizada, mediante a devida fundamentação, a afastar a lavratura da prisão em flagrante.

Mas essa atitude, de forma isolada, ainda não é suficiente. Diante da situação e da posição que o Delegado de Polícia ocupa no cenário jurídico, principalmente após o advento da Lei n. 12.830/2013, como sendo aquele que primeiro profere decisão jurídica sobre as mais diversas situações que chegam às Delegacias e atuando como primeiro garantidor dos direitos fundamentais do indivíduo, sua atitude deve ser a de permitir que o Ministério Público e o Judiciário tenham acesso à decisão

o mais rápido possível, evitando transtornos indelévels à dignidade da pessoa humana.

Recentemente, durante a realização do 1º Congresso dos Delegados da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, os participantes puderam discutir e votar acerca da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância já em sede policial. O resultado foi a aprovação do Enunciado nº 10, que prevê o afastamento da prisão em flagrante, mediante decisão fundamentada, diante de fatos materialmente atípicos, sem prejuízo de eventual controle externo por parte do Ministério Público.

Para que isso seja efetivado, há algumas alternativas. Uma delas é a imediata remessa das peças até então confeccionadas, juntamente com a decisão da autoridade policial, decidindo pelo afastamento da prisão em flagrante por força da aplicação do princípio da insignificância, o que, inclusive, poderia ser feito por meio de ofício ao Ministério Público, que informe sobre as atitudes tomadas, de modo a possibilitar o controle externo da atividade policial. Caso o Promotor de Justiça entenda que não é caso no qual incida o princípio da insignificância, poderá receber como peças de informação e proceder à imediata denúncia.

Além disso, outro meio adequado é a imediata instauração de inquérito policial (ou mesmo termo circunstanciado de ocorrência, caso a suposta situação, em sendo considerada típica, seja da competência dos Juizados Especiais Criminais), com consequente instrução de tudo que houver sido colhido e documentado, bem como com a decisão de não indiciamento, por força da ausência de tipicidade material, estampando a desnecessidade de manutenção em cárcere, ou mesmo de enfrentamento de uma eventual ação penal, concluído por meio de minucioso relatório (ou decisão) de forma a demonstrar as razões de fato e de direito que possibilitaram a autoridade policial manifestar aquele posicionamento.

Resta claro que a intenção da autoridade policial não é a de, simplesmente, não lavrar o auto de prisão em flagrante, liberando todos os envolvidos após a apreciação sumária dos fatos e alijando a situação em uma espécie de “limbo jurídico”. Vai muito além. O que não deve ocorrer é acreditar que a autoridade policial pode deixar de registrar situações relacionadas à aplicação do princípio da insignificância e que, por meio do controle externo da atividade policial, o Ministério Público terá condições de saber, em tempo hábil, de todos esses casos, para que tome providências no sentido de denunciar ou arquivar.

Partindo-se para uma situação um pouco diferente dessa primeira hipótese narrada, ainda há possibilidade para uma segunda alternativa, que é a formalização da prisão com a aplicação da fiança, caso seja possível diante dos requisitos legais.

Dessa maneira, caso não seja vislumbrada, à primeira vista, a possibilidade de aplicação imediata do princípio da insignificância, por não estarem presentes seus requisitos, ou seja, caso a primeira situação narrada não possibilite o afastamento da prisão em flagrante, com todos os desdobramentos processuais cabíveis, passa-se, então, para a formalização do flagrante, mas ainda sem encarceramento inicial.

Aqui deve ser lembrado o fato de que a fiança está inserida no rol das medidas cautelares diversas da prisão e que pode ser aplicada, nas infrações que a admitam, isolada ou cumulativamente, razão pela qual, diante de critérios de necessidade e adequação, podem ser objeto de representação pelo Delegado de Polícia.

Complementando tal entendimento, derradeira medida em termos da análise do princípio da insignificância remete para sua eventual não aplicação, quando algum outro instituto penal ou processual penal se afigurar presente. Em situação hipotética, havendo concurso de crimes, ou de pessoas ou eventualmente diante da prática de várias condutas criminosas, mas que isoladamente poderiam ser consideradas insignificantes ou outra situação na qual esteja caracterizada a necessidade de segregação cautelar, não restam dúvidas de que o preceito principiológico da bagatela não pode ser banalizado e, portanto, resta a justa aplicação de medidas cautelares ou mesmo a prisão, em última hipótese.

Em sentido semelhante, o Código Penal Espanhol prevê dispositivos relacionados ao furto, principalmente a partir do artigo 234 desse diploma legal, indicando o valor de quatrocentos euros para determinar a bagatela, tipificando como crime as condutas de subtração nos casos que ultrapassem esse valor, ainda que não desconsiderem aplicar tratamento diferente nos casos que não suplantem tal quantia, considerando tais ações como faltosas e não criminosas, como quer o livro II de tal diploma repressivo.

Além disso, quando haja reiteração da conduta e o agente a pratique no mesmo ano três vezes, o caso será valorado nos moldes do artigo 623, I, daquele diploma legal, informando que o indivíduo será “castigado” com localização permanente de quatro a 12 dias ou multa de um a 12 meses.

O que deve ser ressaltado, nessa parte do estudo, é a persecução do ideal de justiça e equidade, além da própria finalidade do Direito Penal como sistema de *ultima ratio*. A eidética da paz social é que os conflitos sejam solucionados sob uma perspectiva justa. Por isso não se pode dar o mesmo tratamento a duas situações distintas, por meio da base principiológica linear da bagatela. Daí a proposição de uma releitura do princípio da insignificância, de modo a possibilitar sua efetiva operacionalização no direito brasileiro. Deve-se partir como um ponto de partida, um iní-

cio a ser observado, mas que pode encontrar percalços ao longo do caminho, levando a soluções diversas conforme a abrangência fática.

Destaca-se, nesse contexto, a subsidiariedade, não se negando que a bagatela seja ou possa vir a ser aplicada, mas a ideia é que seja justificado o motivo pelo qual ela não pode ser eventualmente aplicada, pelo simples motivo de o Direito Penal não poder ser mais visto como subsidiário, diante da falha nos critérios retributivos e/ou preventivos da pena.

Se determinada pessoa pratica reiteradas condutas insignificantes, sem que, por exemplo, seja a hipótese de crime continuado, com solução positivada no artigo 71 do Código Penal, não deve ser beneficiada, de forma deliberada, com a aplicação do princípio da insignificância, pois, nessa hipótese, o Direito Penal como sistema subsidiário falhou e o Estado deve dar uma resposta para a sociedade, pacificando o conflito eventualmente existente, principalmente diante daqueles que discordam veementemente do instituto da bagatela e ignoram, inclusive, sua aplicabilidade. A conduta desse agente não pode ser considerada insignificante, pois não preenche os requisitos dos Tribunais Superiores.

Não se pode confundir, da mesma maneira, uma situação como insignificante de situações que podem ser enquadradas como de pequeno valor, conforme já positivado na legislação pátria, mormente em se tratando de crimes patrimoniais.

Eideticamente, busca-se mais do que o simples reconhecimento do princípio, mas sua aplicação proporcional, voltada para a concretude e efetivação, para que, em vez de ser simplesmente rejeitado e criticado, sejam ofertadas alternativas, de modo a beneficiar a sociedade. Além disso, busca-se privilegiar a dupla face do princípio da proporcionalidade, sob o aspecto da proibição do excesso e da vedação à proteção insuficiente.

Portanto, não se nega que o princípio da insignificância seja dotado de valores inerentes e do seu notório benefício em face dos direitos e das garantias fundamentais dos indivíduos. Por outro lado, igualmente não se pode negar a força normativa do Direito Penal, mormente sob o prisma de sistema subsidiário, mas ainda assim, dotado de eficácia e por meio do qual toda sociedade espera a concretude da justiça. E o primeiro passo para que isso ocorra diante de um Direito Penal e Processual Penal garantista é por meio da coerente participação do Delegado de Polícia, como primeiro garantidor dos direitos dos indivíduos. 