

A POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO DELEGADO DE POLÍCIA NO INQUÉRITO POLICIAL

Jose Irailson de Jesus Santos



Criação Editora

TÍTULO:

A POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO E APLICAÇÃO
DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO DELEGADO DE
POLÍCIA NO INQUÉRITO POLICIAL

AUTOR:

Jose Irailson de Jesus Santos

ISBN:

978-85-8413-367-3



Criação Editora

CONSELHO EDITORIAL

Ana Maria de Menezes
Christina Bielinski Ramalho
Fábio Alves dos Santos
Ítalo de Melo Ramalho
Jorge Carvalho do Nascimento
José Afonso do Nascimento
José Eduardo Franco
José Rodorval Ramalho
Justino Alves Lima
Luiz Eduardo Oliveira
Martin Hadsell do Nascimento
Rita de Cácia Santos Souza

A POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO DELEGADO DE POLÍCIA NO INQUÉRITO POLICIAL

Jose Irailson de Jesus Santos



Criação Editora
Aracaju | 2023

Copyright © 2023, by Jose Irailson de Jesus Santos

Editoração eletrônica
Adilma Menezes

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Tuxped Serviços Editoriais (São Paulo - SP)

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Pedro Anizio Gomes - CRB-8 8846

S237p

Santos, Jose Irailson de Jesus.

A possibilidade de reconhecimento e aplicação do princípio da insignificância pelo delegado de polícia no inquérito policial / Jose Irailson de Jesus Santos. -- 1. ed. -- Aracaju, SE : Criação Editora, 2023.

62 p 20cm

E-book: 2 Mb; PDF. Inclui bibliografia.

ISBN. 978-85-8413-367-3

1. Direito Penal. 2. Procedimento Policial Administrativo. 3. Processo Investigativo. I. Título. II. Assunto. III. Autor.

CDD 341.5

CDU 343.2CDU 343.2

ÍNDICE PARA CATÁLOGO SISTEMÁTICO

1. Direito Penal.

2. Direito Penal: Inquéritos.

APRESENTAÇÃO



A presente obra tem por escopo verificar a possibilidade de reconhecimento e aplicação do princípio da insignificância pelo Delegado de Polícia fase investigativa.

Como se verá o princípio da insignificância se ocupa das chamadas infrações bagatelares, as quais são insuscetíveis de causar lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado.

Serão analisados os aspectos relacionados aos antecedentes históricos do princípio da insignificância, a atuação do Delegado na persecução penal e à aplicação do princípio no âmbito dos tribunais superiores, quais as balizas por estes fixadas e a necessária correlação a um caso concreto.

Por fim, será possível identificar que apesar de o Superior Tribunal de Justiça não admitir, parcela da doutrina moderna tende a reconhecer a possibilidade de o Delegado de Polícia, enquanto garantidor da liberdade fundamental, aplicar o princípio a fim de evitar ações penais infundadas.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	5
INTRODUÇÃO	9
PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO DIREITO PENAL	11
- Princípio da Legalidade	11
- Princípio da anterioridade	12
- Princípio da individualização da pena.....	12
- Princípio da adequação social.....	13
- Princípio da Insignificância: antecedentes históricos e relação com outros princípios do direito penal	14
- Teoria do Crime e Princípio da Insignificância.....	15
- Fato típico	15
- Conduta	16
- Teoria naturalística, clássica, mecanicista ou causal:	16
- Teoria neoclássica ou neokantista	17
- Teoria finalista.....	18
- Teoria Social da ação.....	20
- Teoria funcionalista	20
- Resultado	21
- Relação de causalidade ou Nexo de Causalidade	23

- Tipicidade penal	25
- Tipicidade formal, material e conglobante	26
- Excludente de Tipicidade e o Princípio da Insignificância ...	31
A ATUAÇÃO DO DELEGADO DE POLÍCIA NA PERSECUTIO CRIMINIS.....	35
- O Princípio da Insignificância nos tribunais	39
- A aplicação do Princípio da Insignificância pela autoridade policial.....	43
CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS.....	59

INTRODUÇÃO



O monopólio no exercício do direito de punir trouxe para o Estado a necessidade de se valer de instrumentos para atingir a punição do violador da norma penal, ante a impossibilidade da auto-aplicação do direito penal.

O presente trabalho teve como objeto de estudo a aplicação do princípio da insignificância pelo Delegado de Polícia, através da análise da possibilidade jurídica de seu cabimento no ordenamento jurídico pátrio à luz da análise da tipicidade material.

A espécie metodológica se deu através da pesquisa bibliográfica, do tipo exploratória, cujo tipo foi a busca por publicações, artigos científicos, monografias, livros e outros.

A pesquisa bibliográfica se desenvolve nos dizeres de Marconi e Lakatos (2010, p. 166) nos seguintes termos “a pesquisa bibliográfica, ou fontes secundárias, abrange toda bibliografia já tornada pública em relação ao tema de estudo, desde publicações avulsas, boletins, jornais, revistas, livros, pesquisas, monografias, teses, material cartográfico etc”.

Quanto ao método empregado se caracteriza como um estudo indutivo, onde partindo da premissa de que se deve assegurar à autoridade policial a prerrogativa de analisar a tipicidade sob o aspecto formal e material a fim de decidir se instaura ou não o inquérito policial.

A abordagem do trabalho foi do tipo qualitativa, sendo apresentados como resultados as percepções e análises da possibilidade jurídica do reconhecimento e aplicação do princípio da insignificância pelo Delegado de Polícia.

PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO DIREITO PENAL



PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Também conhecido por princípio da reserva legal, o princípio aduz que para existência do crime depende de lei em sentido formal para sua criação.

O princípio da legalidade tem sua origem na expressão latina “*nullum crimen poena sine lege*”, que significa, “nenhum crime, nenhuma punição sem lei”.

A constituição, em seu artigo 5º, XXXIX, traz expressamente a menção que diz “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. De modo que, em outras palavras “o princípio da legalidade na mais é do que assegurar que um indivíduo só seja punido com a aplicação de uma pena pelo respectivo ato ilícito cometido, se ambos tiverem expressamente descritos em lei”.

De igual modo, o código penal também alude expressamente ao princípio da legalidade logo no seu art.1º “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE

Pode ser extraído ainda dos diplomas legais acima citados o princípio da anterioridade, o qual exige que para haver punição, deve necessariamente lei anterior prevendo essa possibilidade.

Como visto anteriormente, o artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal enuncia expressamente que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

• 12 •

PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

A garantia de que a pena será individualizada para cada indivíduo está prevista na constituição, no seu art. 5º, inciso XLVI, o qual determina que a lei regulará a individualização da pena.

Importa registrar que a individualização da pena ocorre em três vertentes, qual seja a legislativa, a judicial e a administrativa.

A individualização pelo legislativo ocorre no momento da elaboração da norma, no qual são estabelecidas precisamente as sanções, bem como os limites máximos e mínimos para cada tipo penal.

A individualização da pena feita pelo judiciário ocorre quando da prolação da sentença o magistrado, através do critério trifásico previsto no art. 68 do

Código Penal, realiza a dosimetria da pena e aplica a cada um indivíduo a sua parcela de punição.

Por fim, a individualização administrativa será levada a cabo durante a execução da pena, devendo o Estado adequar a sua, mediante tratamento penitenciário adequado atingir as finalidades da pena, qual sejam retribuição, prevenção geral e especial e ressocialização do indivíduo.

PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

Alguns crimes, por sua ínfima ofensa ao bem jurídico, acabam por serem tolerados socialmente a ponto de ser defendida a sua extinção do ordenamento jurídico.

Defende-se que o princípio da adequação social representa uma causa supralegal de exclusão de tipicidade.

Conforme as lições de Cléber Masson (2017), pelo aludido princípio, embora tipificado em lei, determinado comportamento humano pode não afrontar o sentimento social de justiça pela ausência de tipicidade material.

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: ANTECEDENTES HISTÓRICOS E RELAÇÃO COM OUTROS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

A origem do Princípio da Insignificância é devedoras controversa. Maior parte da doutrina atribui sua procedência ao direito romano, no qual o pretor (juiz) não se ocupava de julgar os casos pequenos, com fundamento no brocardo *minima non curat pretor*.

Nesse sentido, leciona Cleber Masson (2017, p. 27) que a origem do princípio da insignificância está ligada ao Direito Romano, porém, na sua essência os romanos teriam aplicado ao direito privado, para quem vigorava o brocardo *minimus non curat praetor*, ou seja, os juízes e tribunais não deveriam se ocupar de assuntos irrelevantes.

Por outro lado, há posicionamentos dissonantes quanto à origem romana do Princípio da Insignificância, não que a máxima *minima non curat praetor* não teria existido no Direito Romano antigo, mas por que não concorda que o princípio seja o restabelecimento puro e simples da máxima jurídica latina.

Como adepto deste entendimento, Maurício Antônio Ribeiro Lopes ensina que, uma vez desenvolvido estritamente sob o aspecto do Direito Civil, o arcabouço teórico do Direito Romano, notadamente o brocardo *minima non curat praetor*, carecia de especificidade para justificar a ausência da atuação do Estado na esfera penal.

Sustenta-se ainda na doutrina que, apesar de o princípio provir da máxima *minima non curat prae-tor*, este axioma jurídico não teria existido no Direito Romano antigo.

TEORIA DO CRIME E PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Não existe no Código Penal brasileiro o conceito de crime. De modo que se faz necessário buscar na doutrina a definição ou mesmo a teoria que melhor especifique a ideia de crime. Em que pese existir diversas teorias com esse objetivo, prevalece que crime é fato típico, ilícito e culpável, teoria a qual se filiou o Código Penal.

• 15 •

FATO TÍPICO

O fato é típico quando se amolda perfeitamente àquele fato descrito na norma. Leciona Galvão (2010, p. 150) que fato típico é todo comportamento humano que se amolda perfeitamente ao tipo penal. O crime é instituto uno que se compõe do fato típico e da ilicitude ou antijuridicidade, ou seja, qualidade do que é contrário ao direito. A culpabilidade, por sua vez, faz a ligação entre o crime e a pena a ser imposta.

Identifica-se como elementos do fato típico a conduta (ação ou omissão), o resultado, a relação de causalidade e a tipicidade.

CONDUTA

Conduta é toda ação ou omissão humana, consciente e voluntária, dolosa ou culposa, voltada a uma finalidade, típica ou não, mas que produz ou tenta produzir um resultado previsto na lei penal como crime (GALVÃO, 2010, p. 142).

Como será visto o Código Penal Brasileiro adota a teoria finalista da ação, que estabelece que só seja penalmente relevante a conduta praticada com dolo ou culpa; se esses elementos não existirem na conduta verificada no caso concreto, não há fato típico, que é requisito genérico do crime.

• 16 •

Algumas teorias se destacam ao tentar conceber a conceituação de conduta, dentre estas podemos citar a Teoria naturalística, Teoria neoclássica ou neokantista, Teoria finalista, Teoria Social da ação e Teoria Funcionalista.

TEORIA NATURALÍSTICA, CLÁSSICA, MECANICISTA OU CAUSAL:

Nas palavras de Capez (2011, p. 138) tal teoria foi concebida no século XIX, no Tratado de Franz Von Liszt, e perdurou até meados do século XX, sob forte influência das ciências físicas e naturais e do positivismo jurídico, caracterizado pelo excessivo apego à letra expressa da lei.

Segundo ela, conduta é qualquer comportamento humano que produz modificação no mundo exterior, independentemente da verificação de dolo ou culpa do agente (que seriam analisados na culpabilidade).

[...] somente quando chegar o momento de aferição da culpabilidade é que será verificado se o agente atuou com dolo ou culpa. Esta concepção foi defendida por Ernst von Beling, um dos mais importantes representantes desta fase, que, em 1906, escreveu a sua monografia Teoria do delito. Capez (2011, p. 140-141).

• 17 •

Dessa maneira, para se concluir pela existência de crime, basta à mera relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o resultado produzido. Essa teoria recebeu várias críticas e não prevaleceu porque, além de não considerar a intenção do agente como elemento propulsor da conduta humana, não explicava suficientemente a existência dos crimes omissivos, de mera conduta e tentados.

TEORIA NEOCLÁSSICA OU NEOKANTISTA

Para a Teoria Neoclássica do Delito o fato típico exige um aspecto valorativo, onde a tipicidade não seria

mais neutra, e sim valorativa. E do mesmo modo, a antijuridicidade não mais seria apenas a contrariedade do fato à norma, ou seja, houve o acréscimo da lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado. Segundo Capez (2011, p. 143), surgiu como reação à concepção meramente positivista do tipo penal, vigente no sistema causal.

Acrescenta Cunha (2016, p. 179) que a teoria neokantista tem base causalista (por isso é também denominada de teoria causal-valorativa) e foi desenvolvida nas primeiras décadas do século XX. Tendo como maior expoente Edmund Mezger, fundamenta-se numa visão neoclássica marcada pela superação do positivismo (o que não significa sua negação) através da introdução da racionalização no método.

• 18 •

TEORIA FINALISTA

Esta Teoria foi Criada por Hans Welzel em meados do século XX (1930-1960), ensina que a conduta é todo comportamento humano, voluntário e consciente, dirigido a um fim. O mérito dessa teoria foi de ter constatado a existência do elemento subjetivo do injusto, ou seja, a finalidade existente em toda conduta humana de comportar-se de modo contrário ao sentimento social de justiça.

Dessa forma, se não existir vontade de realizar uma conduta reprovável, não há como enquadrar

o fato num tipo legal. Nesse sentido ensina Capez (2011, p. 146):

Descobriu-se, assim, a finalidade, como elemento inseparável da conduta. Sem o exame da vontade finalística não se sabe se o fato é típico ou não. Partindo desse pressuposto, distinguiu-se a finalidade da causalidade, para, em seguida, concluir-se que não existe conduta típica sem vontade e finalidade, e que não é possível separar o dolo e a culpa da conduta típica, como se fossem fenômenos distintos.

• 19 •

Assim segundo Cunha (2016, p. 183), os finalistas entendem o crime como fato típico, antijurídico e culpável. “A grande mudança estrutural se opera realmente na culpabilidade. De fato, dolo e culpa, migram para o fato típico, o que rendeu críticas ao finalismo - que teria “esvaziado” a culpabilidade”. Portanto, o dolo e a culpa, fazem parte da conduta (e não da culpabilidade, como defendiam os seguidores da teoria causalista).

Dessa maneira, para se concluir pela existência de crime é preciso que se perquiria, ao lado do fato praticado, a finalidade perseguida pelo agente.

TEORIA SOCIAL DA AÇÃO

Segundo essa teoria, a conduta é toda ação socialmente relevante, dominada ou dominável pela vontade humana. De forma sintética Andreucci (2014, p.139) explica que:

Nesse sistema, que teve como maior expoente Eberhard Schmidt, a Teoria Social da Ação despontou, na década de 1930, como reação ao conceito causal de ação influenciado pelo naturalismo. Para a Teoria Social da Ação, interessa ao Direito Penal apenas o sentido social da ação.

• 20 •

Essa teoria representa uma ligação entre as anteriores. Não foi adotada em virtude da dificuldade em conceituar-se o que seja relevância social da conduta, tornando-se um critério vago e impreciso que, além de influir nos limites da antijuridicidade, torna também indeterminada a tipicidade, permitindo o arbítrio.

TEORIA FUNCIONALISTA

É caracterizada pela convicção de que a construção do conceito de fato punível deva ser teleológico-funcional e racional. Esse sistema denomina-se de

funcionalismo penal, que consiste em saber a função que o Direito Penal pode desenvolver na sociedade. Destacam-se os estudos acerca da imputação objetiva e do resultado jurídico relevante. Saliente-se, ainda, a ruptura da barreira existente entre Direito Penal e política criminal. Acrescenta disso, leciona Andreucci (2014, p. 140):

O Sistema Funcionalista surgiu na Alemanha, a partir de 1970, com a obra *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, de Claus Roxin, sustentando a função do Direito Penal como de proteção subsidiária de bens jurídicos essenciais, já que, como *última ratio*, sua preocupação deve ser com o caso concreto, dentro de uma ótica teleológica-racional. Claus Roxin desenvolveu o funcionalismo moderado, baseado na ideia de reconstruir a teoria do delito com base em critérios político-criminais.

• 21 •

RESULTADO

Segundo Cunha (2016, p. 228), a conduta (ação ou omissão sem a qual não há crime) pode advir dois resultados: naturalístico (presente em determinadas infrações) e normativo (indispensável em qualquer delito). Para a chamada teoria naturalística, resultado

é a modificação que o crime provoca no mundo exterior, ou seja, aquilo que é produzido por uma conduta dolosa ou culposa do homem.

Ficam excluídas do conceito de resultado as modificações decorrentes dos fenômenos da natureza, das hipóteses de caso fortuito ou força maior, ou do comportamento de animais irracionais etc. Sendo assim considerados eventos.

Para a teoria naturalística, é possível que haja crime sem resultado, como nos delitos de mera conduta. Esclarece Cunha (2016, p. 228) que não se deve, todavia, confundir crime sem resultado com crime de perigo, uma vez que este possui resultado que é a situação de risco produzida pelo agente no caso concreto. O perigo, portanto, seja concreto ou abstrato, constitui resultado em matéria penal.

Muito embora no art. 13, caput do Código Penal, conste que para a existência de um crime é necessário um resultado, predomina na doutrina que se trata do resultado naturalístico. De acordo com entendimento praticamente pacífico em nossa doutrina, é essa a teoria adotada pelo legislador brasileiro no tocante ao resultado.

Por outro lado, Cunha (2016, p. 229) ensina que a teoria jurídica ou normativa sustenta que o resultado da conduta é a lesão ou perigo de lesão de um interesse protegido pela norma penal (afetação jurídica).

Por essa teoria, não há crime sem resultado, pois, sem lesão (ou perigo de lesão) ao interesse tutelado, o fato seria um irrelevante penal.

Segundo Andreucci (2014, p. 150), entendem os seus seguidores que delito sem evento constituiria conduta irrelevante para o Direito Penal, pois o que tem importância é a lesão jurídica, e não qualquer consequência natural da ação. Hoje, adotada a teoria da imputação objetiva, concede-se primazia ao resultado jurídico e não material.

De acordo com essa teoria, os crimes classificam-se em: materiais, formais e de mera conduta. São Materiais (quando o tipo penal descreve uma ação e um resultado, e exige este para o crime estar consumado), formais (quando o tipo penal descreve uma ação e um resultado, mas dispensa o resultado para fim de consumação) ou de mera conduta (quando o tipo penal descreve apenas uma ação).

Em outra classificação, os crimes podem ser de dano (quando pressupõe efetiva lesão ao bem jurídico tutelado) ou de perigo (quando a infração se verifica pela mera exposição a risco do bem jurídico).

RELAÇÃO DE CAUSALIDADE OU NEXO DE CAUSALIDADE

É a relação de causa e efeito existente entre a conduta do agente e o resultado dela proveniente.

Acerca do conceito de causa, Andreucci (2014, p. 152) explica que o Código Penal adotou a teoria da equivalência dos antecedentes (*conditio sine qua non*), onde estabelece que causa seja a ação ou omissão, sem a qual o resultado não teria ocorrido. Assim, toda contribuição para o resultado é considerada sua causa. Logo, considera-se causa todo fato que concorre para a produção do resultado.

Ensina ainda Andreucci (2014, p. 152) que o Código Penal abre uma exceção à teoria da *conditio sine qua non*, para adotar, no termos do art. 13, § 1.º, a teoria da causalidade adequada. Já as causas absolutamente independentes (preexistentes, concomitantes e supervenientes) rompem totalmente onexo causal e o agente só responde pelos atos até então praticados. Nas causas relativamente independentes preexistentes e concomitantes o agente responderá pelo resultado, a menos que não tenha concorrido para estes, seja com dolo ou culpa.

Nas causas relativamente independentes supervenientes o agente não responde pelo resultado, mas tão somente pela tentativa (art. 13, § 1.º).

Quando se trata dos crimes omissivos impróprios, a omissão só tem relevância causal quando estiver presente o dever jurídico de agir que, de acordo com o art. 13, § 2.º, do CP.

Por fim, Cunha (2016, p. 229) esclarece que a doutrina tem mencionado que após a comprovação

material e física entre a conduta e o resultado, deve ser verificado, ainda, como complemento à teoria da equivalência dos antecedentes, a causalidade normativa da conduta, também conhecida por teoria da imputação objetiva. Segundo essa teoria, o agente só poderá ser responsabilizado penalmente por um fato na hipótese em que a sua conduta, criar ou aumentar um risco proibido relevante, produzir um resultado jurídico previsto no âmbito de proteção da norma. Recebe esse nome porque procura descobrir se o fato pode ser imputado ao agente independentemente do seu dolo.

TIPICIDADE PENAL

Segundo Cunha (2016, p. 230) o fato típico é o primeiro substrato do conceito analítico de crime, contendo segundo a Teoria Finalista como elementos a conduta, resultado, nexa causal e a tipicidade. Sendo que o Tipo penal é o modelo, o padrão de conduta que o Estado, por meio de seu único instrumento, a lei, visa impedir que fosse praticada ou determinada que seja levada a efeito por todos nos. Tipo, portanto, é a descrição precisa do comportamento humano (incluindo-se aí a pessoa jurídica), feito pela lei penal. Nas palavras de Zaffaroni (2011, p. 389) o tipo penal é um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por

função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes (por estarem penalmente proibidas). Para Capez (2011, p. 211), o conceito de tipo, portanto, é o de modelo descritivo das condutas humanas criminosas, criado pela lei penal, com a função de garantia do direito de liberdade.

É importante esclarecer que não se deve confundir o tipo com a tipicidade. O tipo é a fórmula que pertence à lei, enquanto a tipicidade pertence à conduta. Um fato típico é uma conduta humana, por isso prevista na norma penal, já a Tipicidade é a qualidade que se dá a esse fato.

• 26 •

Assim, Típica é a conduta que apresenta característica específica de tipicidade (atípica a que não apresenta); logo, tipicidade é a adequação da conduta a um tipo; tipo é a fórmula legal que permite averiguar a tipicidade da conduta.

TIPICIDADE FORMAL, MATERIAL E CONGLOBANTE

Para compreensão do que é tipicidade penal é necessário conceber que sua concepção evoluiu conforme o direito penal, sendo dividida em formal, material e conglobante.

É importante ressaltar que a atual classificação de tipicidade passou por algumas mudanças, acerca disso ensina Cunha (2016, p. 245):

Para a doutrina moderna, entretanto, a tipicidade penal engloba tipicidade formal e tipicidade material. A tipicidade penal deixou de ser mera subsunção do fato à norma, abrigando também juízo de valor, consistente na relevância da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. É somente sob essa ótica que se passa a admitir o princípio da insignificância como hipótese de atipicidade (material) da conduta.

A Tipicidade Formal nada mais é que estabelecer a ligação fato-tipo (contido na norma penal incriminadora), ou seja, é ligar a conduta praticada por alguém ao tipo penal. Se isso ocorrer, o fato é típico, senão, o fato se revela atípico.

Assim, podemos falar que a tipicidade é o enquadramento da conduta praticada pelo sujeito ativo à definição típica legal.

Leciona Rogério Sanches Cunha (2016, p. 231) que esse processo, pelo qual se faz a ligação fato-tipo, denomina-se adequação típica, e define da seguinte forma:

Adequação típica por subordinação imediata ou direta: ocorre quando há perfeita correlação entre conduta e tipo, sem a necessidade de qualquer outra norma para o enquadramento típico.

Adequação típica por subordinação mediata ou indireta: dá-se quando a conduta não se enquadra de forma direta ao tipo e há necessidade de se encontrar uma norma de extensão típica na parte geral.

Em se tratando de Tipicidade Material, esta aponta se o fato típico gerou para o bem jurídico tutelado uma lesão ou perigo de lesão grave. Vale-se a doutrina dos princípios da adequação social e da insignificância, que configuram as causas implícitas de exclusão da tipicidade material. Logo, consiste numa efetiva lesão ou ameaça ao bem jurídico protegido. Esta quando a lesão ou ameaça não se der de forma intolerável, não há crime, pelo fato de estar afastada a tipicidade material. Nas palavras de Bitencourt (2014, p. 106):

A tipicidade de um comportamento proibido é enriquecida pelo desvalor da ação e pelo desvalor do resultado lesando efetivamente o bem juridicamente protegido, constituindo o que se chama de tipicidade material. Donde se conclui que o comportamento que se amolda a determinada descrição típica formal, porém materialmente irrelevante, adequando-se ao socialmente permitido ou tolerado, não realiza materialmente a descrição típica.

Ensina ainda Bitencourt (2014, p. 106) que predomina na doutrina penal e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, para que ocorra o fato típico (tipicidade penal) não basta à adequação típica legal (tipicidade formal), nem a tipicidade subjetiva (é composta pelo dolo e pelo elemento subjetivo especial), devendo ainda ser analisada a tipicidade em seu aspecto material, consistente na valoração da conduta e do resultado.

Por fim, a Tipicidade conglobante, teoria criada pelo doutrinador Eugênio Raul Zaffaroni, na qual entende que na Tipicidade temos a soma da tipicidade formal com a tipicidade conglobante, que por sua vez é formada de tipicidade material e antinormatividade do.

Conforme Guilherme Nucci (2014, p. 160) a análise do tipo conglobante é a visão do tipo legal, associado às demais normas que compõem o sistema. Assim, algo pode preencher o tipo legal, mas, avaliando-se a conduta conglobantemente, isto é, em conjunto com as demais regras do ordenamento jurídico, verifica-se que o bem jurídico protegido não foi afetado. Por isso, dizem Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 436):

[...] a tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal, visto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas

aparentemente estão proibidas, como acontece no caso exposto do oficial de justiça, que se adequa ao 'subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel' (art. 155, *caput*, do CP), mas que não é alcançada pela proibição do não furtarás.

Portanto, para que exista a tipicidade penal segundo ensina Zaffaroni não basta à mera adequação do fato ao tipo (tipicidade legal), é indispensável à análise do ordenamento normativo para a comprovação da inexistência de norma que ordene ou norma que fomente determinada conduta. Estando presentes essas normas, mesmo que esteja configurada a tipicidade formal, não haverá antinormatividade e como consequência ficaria afastada a tipicidade penal, logo o fato é atípico. Um exemplo de conduta que se molda a esses preceitos é o estrito cumprimento de dever legal na qual afasta a tipicidade conglobante.

Ocorre que na Teoria da Tipicidade Conglobante o estrito cumprimento de dever legal e alguns casos de exercício regular de direito funcionam como causas de exclusão da tipicidade penal e não da ilicitude.

Por fim, no campo da tipicidade conglobante, deve-se analisar além da antinormatividade também a tipicidade material (se houve lesão relevante ao bem jurídico tutelado). Se o resultado afeta o bem jurídico

de forma insignificante, afasta-se a tipicidade conglobante, logo o fato é atípico.

EXCLUDENTE DE TIPICIDADE E O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

A doutrina aponta como excludente de tipicidade a aplicação da coação física absoluta; o princípio da insignificância, a aplicação do princípio da adequação social e a aplicação da teoria da tipicidade conglobante. De modo diverso, Nucci (2014, p. 178-179) ensina que as excludentes de tipicidade se dividem em legais e supralegais, sendo:

• 31 •

Quanto às excludentes de tipicidade, dividem-se em legais (expressamente previstas em lei) e supralegais (implicitamente previstas em lei). Como exemplos de excludentes legais, podemos citar: a) crime impossível (art. 17); b) intervenção médico-cirúrgica e impedimento de suicídio (art. 146, § 3.º); c) retratação no crime de falso testemunho (art. 342, § 2.º); d) anulação do primeiro casamento no crime de bigamia (art. 235, § 2.º).

[...] Por outro lado, existem as excludentes supralegais, que afastam a tipicidade, embora não estejam expressamente previstas no Código Penal, como ocorre com a adequação social e a insignificância.

O Princípio da adequação social foi criado por Hans Welzel, ele expõe que não se pode reputar criminosa uma conduta tolerada pela sociedade, ainda que se enquadre em uma descrição típica. Logo a condutas embora formalmente típicas, é materialmente atípica, porque é socialmente adequada. Do mesmo modo ensina Nucci (2014, p. 177):

À adequação social, pode-se sustentar que uma conduta aceita e aprovada consensualmente pela sociedade, ainda que não seja causa de justificação, pode ser considerada não lesiva ao bem jurídico tutelado. É o caso da colocação do brinco, algo tradicionalmente aceito, como meta de embelezamento, embora se possa cuidar de lesão à integridade física.

• 32 •

Outro importante apontamento é feito por Greco (2015, p. 106) ao esclarecer que o princípio da adequação social possui dupla função, sendo:

O princípio da adequação social, na verdade, possui dupla função. Uma delas, já destacada acima, é a de restringir o âmbito de abrangência do tipo penal, limitando a sua interpretação, e dele excluindo as condutas consideradas socialmente adequadas e acei-

tas pela sociedade. A sua segunda função é dirigida ao legislador em duas vertentes. A primeira delas orienta o legislador quando da seleção das condutas que deseja proibir ou impor, com a finalidade de proteger os bens considerados mais importantes. Se a conduta que está na mira do legislador for considerada socialmente adequada, não poderá ele reprimi-la valendo-se do Direito Penal. Tal princípio serve-lhe, portanto, como norte. A segunda vertente destina-se a fazer com que o legislador repense os tipos penais e retire do ordenamento jurídico a proteção sobre aqueles bens cujas condutas já se adaptaram perfeitamente à evolução da sociedade. Assim, da mesma forma que o princípio da intervenção mínima, o princípio da adequação social, nesta última função, destina-se precipuamente ao legislador, orientando-o na escolha de condutas a serem proibidas ou impostas, bem como na revogação de tipos penais.

• 33 •

No que se refere à coação física não há ação por parte de quem foi coagido, uma vez que o coato “não age, mas é agido”, enquanto na coação moral o coato exerce alguma vontade e ação, embora coagido. Mas a coação deve ser irresistível. Por conseguinte, a coação

física irresistível exclui a própria conduta, a tipicidade material, por retirar a voluntariedade do movimento. Já a coação moral irresistível exclui a culpabilidade, por tornar conduta diversa inexigível.

Já a insignificância como bem explica Bitencourt (2012, p. 962) frequentemente, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material, por não produzirem uma ofensa significativa ao bem jurídico tutelado. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado.

• 34 •

Portanto, a insignificância afasta a tipicidade material sendo tal caráter amplamente aceito pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como veremos no próximo capítulo.

A ATUAÇÃO DO DELEGADO DE POLÍCIA NA PERSECUTIO CRIMINIS



Conhecido por ser, na maioria das vezes, o primeiro agente estatal a tomar ciência da ocorrência do fato criminoso, o Delegado de Polícia atua na fase pré-processual, isto é, sua atuação se dá no bojo de um procedimento administrativo que poderá resultar num processo judicial, a depender dos elementos informativos colhidos na investigação, sendo estes a razão precípua de existência do inquérito policial.

É sabido que o Inquérito Policial (IP) pode iniciar-se pela lavratura do auto de prisão em flagrante ou por portaria da autoridade que o preside, a depender de como tomou conhecimento da prática do crime.

Cumprе salientar que a maneira como a ocorrência do delito chega ao conhecimento da autoridade policial é chamada de *notitia criminis*. Ademais, quando a informação é levada por qualquer do povo, a *notitia criminis* recebe um nome especial, qual seja *delatio criminis*.

Consta do art. 6º do Código de Processo Penal (CPP) o rol de medidas a serem adotadas pela autoridade assim que se tem notícia da ocorrência da infração penal.

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

- I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994)
- II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994)
- III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;
- IV - ouvir o ofendido;
- V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;
- VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;
- VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;
- VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;
- IX - averiguar a vida pregressa do indiciado,

sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.

X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.

• 37 •

Infere-se da leitura do dispositivo legal acima mencionado e do princípio da obrigatoriedade da ação penal que, ao tomar conhecimento da prática delitiva, deve necessariamente o Delegado de Polícia adotar as referidas medidas.

De acordo com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, também denominado de legalidade processual, aos órgãos persecutórios criminais não se reserva qualquer critério político ou de utilidade social para decidir se atuarão ou não. Assim é que, diante da notícia de uma infração penal, da mesma forma que as autoridades policiais têm a obrigação de proceder à apuração do fato delituoso, ao

órgão do Ministério Público se impõe o dever de oferecer denúncia caso visualize elementos de informação quanto à existência de fato típico, ilícito e culpável, além da presença das condições da ação penal e de justa causa para a deflagração do processo criminal. Brasileiro (2019, p. 249).

Conforme as lições de Renato Brasileiro, o objetivo precípua do Inquérito Policial, embora dispensável a sua existência, é a formação da chamada justa causa, ou o lastro probatório mínimo que poderá dar ensejo ao início do processo penal.

Justa causa é o suporte probatório mínimo (probable cause) que deve lastrear toda e qualquer acusação penal. Tendo em vista que a simples instauração de um processo penal já atinge o chamado status dignitatis do imputado, não se pode admitir a instauração de processos levianos, temerários, desprovidos de um lastro mínimo de elementos de informação, provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis, que dê arrimo à acusação. Brasileiro (2019, p. 228).

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS TRIBUNAIS

Ainda carente de previsão legislativa o reconhecimento do princípio da insignificância encontra respaldo na doutrina e jurisprudência.

Os tribunais têm diuturnamente reconhecido o princípio como fundamento para absolvição do agente quando a conduta não seja dotada de relevante lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado.

Percebe-se da análise dos julgados que os tribunais superiores têm estabelecido requisitos a serem atendidos quando da aplicação do princípio da insignificância, bem como que a sua incidência depende das circunstâncias do caso concreto. Vejamos a posição do Superior Tribunal de Justiça:

• 39 •

HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. UTILIZAÇÃO DE CHEQUE FALSIFICADO. PREJUÍZO QUE BEIRA UM SALÁRIO MÍNIMO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO. EXISTÊNCIA DE CIRCUMSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MULTIPLICIDADE DE CONDENAÇÕES. EXASPERAÇÃO NA PRIMEIRA E SEGUNDA ETAPAS DO CRITÉRIO TRIFÁSICO. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA.

1. Para a aplicação do referido postulado,

devem ser obedecidos quatro requisitos, a saber: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. 2. Na hipótese, o prejuízo causado com a ação do paciente foi avaliado em R\$220,00 (duzentos e vinte reais). Tal valor não pode ser taxado de insignificante, principalmente se considerado que à época dos fatos (5.5.02), ele se aproximava a 1 (um) salário mínimo. 3. De mais a mais, a utilização de cheque falsificado evidencia a presença de periculosidade social da ação, afastando a incidência do referido princípio. 4. A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis autoriza a fixação da pena-base acima do patamar mínimo e o estabelecimento de regime prisional mais gravoso. 5. No caso, a Juíza do processo fixou a pena-base em 5 (cinco) meses acima do piso legal, apontando como desfavoráveis a personalidade do agente e as consequências dos crimes. Assim, não há que falar em constrangimento ilegal.

6. Além disso, havendo multiplicidade de condenações, nada obsta a exasperação da sanção na primeira e na segunda etapas do critério trifásico de aplicação da reprimenda, sem que isso configure *bis in idem*. 7. Ordem denegada. ” (STJ HC 83.144/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES SEXRA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 21/06/2010).

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal assim decidiu:

• 41 •

HABEAS CORPUS. PENAL. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. REITERAÇÃO DELITIVA. CONTUMÁCIA NA PRÁTICA DE CRIMES DA ESPÉCIE. AUSÊNCIA DO REDUZIDO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA. ORDEM DENEGADA.

1. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para se caracterizar hipótese de aplicação do denominado “princípio da insignificância” e, assim, afastar a recriação penal, é indispensável que a conduta do agente seja marcada por *ofensividade mínima ao bem jurídico tutelado, reduzido grau de*

reprovabilidade, inexpressividade da lesão e nenhuma periculosidade social. 2. Nesse sentido, a aferição da insignificância como requisito negativo da tipicidade envolve um juízo de tipicidade conglobante, muito mais abrangente que a simples expressão do resultado da conduta. Importa investigar o desvalor da ação criminosa em seu sentido amplo, de modo a impedir que, a pretexto da insignificância apenas do resultado material, acabe desvirtuado o objetivo a que visou o legislador quando formulou a tipificação legal. Assim, há de se considerar que “a insignificância só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa” (Zaffaroni), levando em conta também que o próprio legislador já considerou hipóteses de irrelevância penal, por ele erigidas, não para excluir a tipicidade, mas para mitigar a pena ou a persecução penal. 3. Para se afirmar que a insignificância pode conduzir à atipicidade é indispensável, portanto, averiguar a adequação da conduta do agente em seu sentido social amplo, a fim de apurar se o fato imputado, que é formalmente típico, tem ou não relevância penal. Esse contexto social ampliado certamente comporta, também, juízo sobre a contumácia da conduta

do agente. 4. Não se pode considerar atípica, por irrelevante, a conduta formalmente típica de delito contra a administração em geral (=descaminho), cometido por paciente que é costumeiro na prática de crimes da espécie.

5. Ordem denegada (destacou-se).

Da simples leitura dos julgados acima expostos, percebe-se que foram fixados os requisitos para possibilidade de aplicação do princípio da insignificância como sendo ofensividade mínima ao bem jurídico tutelado, reduzido grau de reprovabilidade, inexpressividade da lesão e nenhuma periculosidade social da ação.

• 43 •

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELA AUTORIDADE POLICIAL

As funções de polícia judiciária tem sua definição delimitada no art. 4º e seu parágrafo único do Código de Processo Penal (CPP), traz quem atua na polícia judiciária.

Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policial no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

Parágrafo único: A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridade administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

Cumpra salientar que a Constituição Federal no seu art. 144 se encarregou de listar o rol de instituições de segurança pública, nela prevendo, dentre outras a polícia civil. Consta do § 4º do art. 144 da Constituição a referência ao Delegado de Polícia como encarregado de dirigir às polícias civis no âmbito da sua atuação.

• 44 •

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

No mesmo sentido, a Lei nº 12.830/2013, a qual dispendo sobre as investigações a ser conduzidas pelo Delegado de Polícia o coloca como o encarregado pela condução das investigações. Vejamos:

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.

§ 1º Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.

Como pode ser percebido, o Delegado de Polícia, no bojo de uma investigação, materializada num procedimento administrativo deve buscar elementos caracterizadores de materialidade e autoria delitiva, para que o titular da ação penal possa ingressar com o processo criminal.

Incumbe ao Delegado de Polícia através da análise técnico-jurídica do fato, elaborar relatório descrevendo as diligências realizadas remeter o inquérito policial ao Poder Judiciário. Cabe lembrar, neste ponto que a Lei nº 12.830/2013 atribuiu ao Delegado exclusivamente a atividade de indiciamento.

Acrescente-se a isso vozes na doutrina pátria que leciona caber à autoridade policial não só a atividade de descrever os atos praticados no inquérito policial, mas de forma fundamentada, proceder a análise jurídica do fato, precisamente sob o aspecto da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

Nesse sentido, ensina Márcio Alberto Gomes Silva, em sua obra *Inquérito Policial*, ao tratar do arquivamento do inquérito policial:

Veja-se que não se trata de simples descrição dos atos praticados no curso do feito. A carreira de delegado de polícia é jurídica e isso impõe que ele desça às minúcias na análise do crime praticado (estudando de forma profícua a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade) posicionando-se de forma expressa acerca das provas por ele coligidas, fundamentando o ato de indiciamento (seja ratificando o indiciamento levado a efeito no curso do feito, seja fundamentando o ato materializado no bojo do relatório) o as razões que o levaram a não indiciar o suspeito/investigado. (Gomes Silva, 2018, p. 79).

• 46 •

Decorre da Teoria Tripartite do Crime que este é composto por três elementos, quais sejam: fato típico, ilícito e culpável.

O fato típico por sua vez constitui-se dos elementos conduta, nexa causal, resultado e tipicidade.

Fato típico, portanto, pode ser conceituado como ação ou omissão humana, antissocial que, norteada pelo princípio da intervenção mínima, consiste numa conduta produtora de um resultado que se subsume ao modelo de conduta proibida pelo Direito Penal, seja crime

ou contravenção penal. Do seu conceito extraímos seus elementos: conduta,nexo causal, resultado e tipicidade. Sanches (2016, p. 177).

Voltemos nossas atenções ao conceito de tipicidade, a qual pode ser vista no seu aspecto formal, ou seja, a adequação típica do fato à norma, bem como na sua vertente material consistente num juízo de valor acerca da relevância da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado.

Com o propósito de clarificar a diferenciação entre tipicidade formal e tipicidade Material, exemplifica Rogério Sanches com a seguinte situação: aquele que subtraía uma caneta “bic” de uma papelaria praticava conduta típica, ajustando-se seu comportamento à norma estampada no artigo 155 do Código Penal (“Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”). No entanto, a partir de determinados critérios, embora haja tipicidade formal, a conduta do agente que subtraiu a caneta “bic” pode não representar lesão relevante e intolerável ao bem jurídico tutelado, o que implica no reconhecimento da atipicidade material do fato.

• 47 •

A teoria tradicional compreendia a tipicidade sob o aspecto meramente formal. Assim, conceituava-se a tipicidade como a subsunção do fato à norma. Para a doutrina moderna, en-

tretanto, a tipicidade penal engloba tipicidade formal e tipicidade material. A tipicidade penal deixou de ser mera subsunção do fato à norma, abrangendo também juízo de valor, consistente na relevância da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Sanches (2016, p. 245).

É sob o aspecto da tipicidade material que se insere a aplicação do princípio da insignificância, segundo o qual as condutas não ensejadoras de relevante lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico são materialmente atípicas e, portanto, inexistente o crime.

• 48 •

Como visto, ao tomar conhecimento da prática criminosa, a autoridade policial deve atuar na sua investigação a fim de identificar os elementos mínimos de autoria e materialidade delitiva hábeis ao início da ação penal.

Para significativa corrente doutrinária, ao Delegado de Polícia cabe nesse momento fazer análise apenas sob o aspecto da tipicidade formal e assim decidir sobre a instauração do Inquérito Policial.

A maior parte da doutrina nacional, como já referido, manifesta-se no sentido de que a análise do Delegado de Polícia sobre um fato aparentemente criminoso deve limitar-se à tipicidade. Mas os que assim pensam, referem-se exclusivamente à chamada tipicidade

formal, ou seja, à mera descrição da conduta em um tipo penal. Esta visão nos parece, contudo, bastante estreita. SANTOS (2018, p. 12).

No entanto, em que pese o posicionamento majoritário acima referido, levanta-se vozes defensivas da tese segundo a qual a autoridade policial deve fazer juízo acerca da existência de outros elementos da conduta, seja de excludentes de ilicitude, de culpabilidade ou da análise da tipicidade material da conduta.

Esse entendimento encontra-se cristalizado nas Súmulas nº 6 e 8, aprovadas no I Seminário Integrado da Polícia Judiciária da União e do Estado de São Paulo: Repercussões da Lei 12.830/13 na Investigação Criminal, realizado na Academia de Polícia Coriolano Nogueira Cobra, em 26 de setembro de 2013, com a participação de Delegados da Polícia Civil do Estado de São Paulo e da Polícia Federal:

• 49 •

Súmula nº 6. É lícito ao Delegado de Polícia reconhecer, no instante do indiciamento ou da deliberação quanto à subsistência da prisão-captura em flagrante delito, a incidência de eventual princípio constitucional penal acarretador da atipicidade material, da exclusão de antijuridicidade ou da inexigibilidade de conduta diversa.

Súmula nº 8. Constitui poder-dever do Delegado de Polícia reconhecer eventual causa de exclusão de ilicitude e, fundamentadamente, abster-se de elaborar auto de prisão em flagrante delito em desfavor do indivíduo autor do fato meramente típico, sem prejuízo da imediata instauração de inquérito policial.

No mesmo sentido fora o entendimento do 1º Congresso Jurídico dos Delegados da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, realizado nos dias 17 e 18 de novembro de 2014, no qual foram editados os seguintes Enunciados:

Enunciado nº 10: O Delegado de Polícia pode, mediante decisão fundamentada, deixar de lavrar o auto de prisão em flagrante, justificando o afastamento da tipicidade material com base no princípio da insignificância, sem prejuízo de eventual controle externo.

Enunciado nº 11: O Delegado de Polícia, no exame fático-jurídico do estado flagrancial, pode, mediante decisão fundamentada, afastar a lavratura do auto de prisão em flagrante, diante do reconhecimento de causa excludente de ilicitude, sem prejuízo de eventual controle externo.

Enunciado nº 12: O Delegado de Polícia poderá deixar de lavrar o auto de prisão em flagrante, através de decisão fundamentada, se reconhecer a existência manifesta de uma causa de exclusão da culpabilidade, sem prejuízo de eventual controle externo.

Aduzem Salah H. Khaled Jr e Alexandre Morais da Rosa que são merecedores de aplausos os Delegados de Polícia que analisam os fatos a partir da tipicidade material e quando inexistente esta reconhece a atipicidade do fato e dessa forma não abarrotam o judiciário com ações penais infundadas.

Nas palavras de Cléber Masson (2014, p. 148), se o fato é atípico para o juiz ou promotor de justiça, não deixará de ser para a autoridade policial, tendo em vista que a atipicidade material do fato se faz presente desde o início, o que possibilita ao delegado identificá-la, assim dispõe o ilustre doutrinador em sua obra:

[...] o princípio da insignificância afasta a tipicidade do fato. Logo, se o fato é atípico para a autoridade judiciária, também apresenta igual natureza para a autoridade policial.

Não se pode conceber, exemplificativamente, a obrigatoriedade da prisão em flagrante no tocante à conduta de subtrair um único

pãozinho, avaliado em poucos centavos, do balcão de uma padaria, sob pena de banalização do Direito Penal e do esquecimento de outros relevantes princípios, tais como o da intervenção mínima, da subsidiariedade, da proporcionalidade e da lesividade.

Para nós, o mais correto é agir com prudência no caso concreto, acolhendo o princípio da insignificância quando a situação fática efetivamente comportar sua incidência.

• 52 •

Incumbe assim ao Delegado de Polícia enquanto primeiro interprete do direito a ter acesso a *notitia criminis* assegurar o cumprimento das leis e, especialmente, da Constituição, de modo a garantir a proteção aos direitos fundamentais do investigado, e tal proteção se traduz quando da aplicação do princípio da insignificância.

Assim, a aplicação do princípio em comento pelo Delegado de Polícia se traduziria em verdadeiro caráter garantidor da liberdade fundamental do agente público.

Como já mencionado, é possível inferir que é através do Princípio da Insignificância é que surge a ideia de não aplicação do direito penal quando a ofensa a um bem juridicamente tutelado seja mínima, possuindo assim reduzida ou nenhuma lesividade ao delito praticado.

Importa registrar que os crimes ditos de bagatela são considerados insignificantes, pois não possuem relevância jurídica suficiente para que a eles seja aplicado o direito penal, que, de acordo com princípio da intervenção mínima, deve se reservar àquelas condutas causadoras de relevante lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. A contrário sensu, aos delitos de bagatela deve incidir o princípio da insignificância.

Não há, atualmente, nosso ordenamento jurídico norma que confira aos delegados de polícia a possibilidade expressa de avaliação da aplicação do princípio da insignificância nos casos concretos. No entanto, igualmente não existe vedação estabelecida contra esta prática.

Importa consignar que a falta de amparo legal para a aplicação do princípio da insignificância não invalida e muito menos compromete o comportamento da autoridade policial uma vez que a insignificância do delito está relacionado com o caso concreto e é diagnosticado através do conhecimento da realidade social pelo delegado de polícia.

Dessa forma, razoável inferir que o princípio em comento permite a não-deflagração da persecução penal perante condutas que se ajustam a determinado tipo penal, seja do ponto de vista formal e que não possui relevância material que justifique a intervenção estatal e movimentar toda a máquina do poder

judiciário, assegurando, portanto, que não somente a justiça esteja mais desafogada como todos os órgãos envolvidos no processo de persecução penal, o que significa verdadeira medida de economia processual.

Em que pese as lições no sentido da admissibilidade, o entendimento prevalecente no Superior Tribunal de Justiça, no Informativo 441 do STJ (BRASIL, 2010), é pela não aplicação diretamente pela autoridade policial, mas em momento posterior, pelo juiz competente. Vejamos:

• 54 •

PRINCÍPIO. INSIGNIFICÂNCIA. FURTO. RESISTÊNCIA.

A Turma concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus a paciente condenado pelos delitos de furto e de resistência, reconhecendo a aplicabilidade do princípio da insignificância somente em relação à conduta enquadrada no art. 155, caput, do CP (subtração de dois sacos de cimento de 50 kg, avaliados em R\$ 45). As-severou-se, no entanto, ser impossível acolher o argumento de que a referida declaração de atipicidade teria o condão de descaracterizar a legalidade da ordem de prisão em flagrante, ato a cuja execução o apenado se opôs de forma violenta. Segundo o Min. Relator, no momento em que toma conhecimento de

um delito, surge para a autoridade policial o dever legal de agir e efetuar o ato prisional. O juízo acerca da incidência do princípio da insignificância é realizado apenas em momento posterior pelo Poder Judiciário, de acordo com as circunstâncias atinentes ao caso concreto. Logo, configurada a conduta típica descrita no art. 329 do CP, não há de se falar em consequente absolvição nesse ponto, mormente pelo fato de que ambos os delitos imputados ao paciente são autônomos e tutelam bens jurídicos diversos.

CONCLUSÃO



Percebeu-se que a origem do princípio da insignificância decorre do Direito Romano, precisamente do âmbito cível e do brocardo de *minimis non curat praeter*.

Importa registrar que o campo de incidência do princípio encontra-se adstrito às hipóteses nas quais a conduta não seja dotada de relevante lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado.

Embora não haja previsão legislativa do seu cabimento os tribunais superiores têm admitido a aplicação do princípio da insignificância, fixando parâmetros objetivos como a mínima ofensividade ao bem jurídico, reduzido grau de reprovabilidade, inexpressividade da lesão e nenhuma periculosidade social da ação e a incidência a casos concretos.

Apesar de não acatado por maioria da doutrina e pelo Superior Tribunal de Justiça, parcela da doutrina moderna tende a reconhecer a possibilidade de o Delegado de Polícia, enquanto garantidor da liberdade fundamental, aplicar o princípio a fim de evitar ações penais infundadas.

REFERÊNCIAS



ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de direito penal**. 10. ed. São Paulo : Saraiva, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Código Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 1, parte geral : (arts. 1º a 120). 15. ed. São Paulo : Saraiva, 2011.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; MACHADO, Leonardo Marcondes; ANSELMO, Márcio Adriano; GOMES, Rodrigo Carneiro; BARBOSA, Ruchester Marreiros. **Investigação Criminal pelo Polícia Judiciária** – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral (arts. 1º ao 120). 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DI SILVA, Lucas Paulo Alves. **Aplicação do princípio da insignificância pela autoridade policial**: um olhar criminológico do direito penal mínimo. 2018.

GALVÃO, Paulo Murilo. **Aulas de direito penal**: parte

geral. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.
SILVA, Márcio Alberto Gomes. **Inquérito Policial. Uma análise jurídica e prática da fase pré-processual** – Salvador: Juspodivm, 2018.

KHALED JR, Salah H., e ROSA, Alexandre Morais da. **Delegados relevantes e lesões insignificantes: a legitimidade do reconhecimento da falta de tipicidade material pela autoridade policial.** Disponível em <<http://www.justificando.com/2014/11/25/delegados-relevantes-e-lesoes-insignificantes-legitimidade-reconhecimento-da-falta-de-tipicidade-material-pela-autoridade-policial/>>. Acesso em 24/02/2020.

• 60 •

MASSON, Cleber. **Código Penal comentado.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal.** 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANTOS, Cleopas Isaías. **Instauração de Inquérito Policial: notas críticas.** 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: volume 1: parte geral.** 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

O rigor e a exatidão do conteúdo publicado
são da responsabilidade exclusiva de seu autor.

Rua Deputado Matos Teles, 9, Conj. Médici II
Bairro Luzia. Aracaju/Sergipe
CEP. 49048-070
www.editoracriacao.com.br



ISBN 978-858413367-3



9 788584 133673