



Entre a cruz e a espada: o princípio da insignificância e atuação da autoridade policial

Between a cross and a sword: the principle of insignificance and the chief police performance

Entre una cruz y una espada: el principio de insignificancia y actuación de la autoridad policial

 DOI: <https://doi.org/10.17655/rdct.2024.e0006>



Tiago Abud da Fonseca ¹

 Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

 <http://lattes.cnpq.br/5168491004924382>

 <https://orcid.org/0000-0003-1321-1475>

¹ Doutor em Sociologia Política(UENF). Mestre em Direito (UNIFLU). Defensor Público do estado do Rio de Janeiro. Professor do Curso de Direito do ISECENSA | Email: tiago.fonseca@defensoria.rj.def.br

RESUMO:

O artigo debate, a partir da análise da consequência da aplicação do princípio da insignificância, se a autoridade policial está autorizada a deixar de efetuar prisões em flagrante e instaurar investigações, quando a conclusão do caso concreto levar ao entendimento de incidir tal princípio. Para embasar a análise será realizada uma pesquisa legal, doutrinária e jurisprudencial. Além disso, pesquisamos a opinião de magistrados brasileiros sobre a aplicação do princípio da insignificância, inclusive sobre a falta de previsão legal expressa e o manejo de tal postulado pela autoridade policial.

PALAVRAS-CHAVE:

Insignificância. Tipicidade penal. Autoridade policial.

ABSTRACT:

The article discusses, based on the analysis of the consequence of applying the principle of insignificance, whether the police chief is authorized to stop making arrests in the act and opening investigations, when the conclusion of the specific case leads to the understanding that this principle applies. To support the analysis, legal, doctrinal and jurisprudential research will be carried out. Furthermore, we researched the opinion of Brazilian magistrates on the application of the principle of insignificance, including the lack of express legal provision and the handling of such a postulate by the police authority.

KEYWORDS:

Insignificance. Criminal typicality. Police chief.

RESUMEN:

El artículo debate, a partir del análisis de la consecuencia de la aplicación del principio de insignificancia, si la autoridad policial está facultada para dejar de practicar detenciones en el acto e iniciar investigaciones, cuando la conclusión del caso concreto lleva a entender que ello se aplica el principio. Para sustentar el análisis se realizarán investigaciones jurídicas, doctrinales y jurisprudenciales. Además, investigamos la opinión de magistrados brasileños sobre la aplicación del principio de insignificancia, incluyendo la falta de disposición legal expresa y el manejo de tal postulado por parte de la autoridad policial.

PALABRAS CLAVE:

Insignificancia. Tipicidad criminal. Autoridad policial.



1. Introdução

A reportagem abaixo retrata um caso real, que redundou no encarceramento, em flagrante delito, de um homem, por tentativa de furto, cujo objeto material da infração penal era uma moita de capim.

Um monte de capim. E 34 dias de xadrez

Pescador de manjubas no Rio Paraíba do Sul, que corta a cidade de Campos, no Rio de Janeiro, Fabiano Monteiro de Oliveira, hoje com 29 anos, jamais teve problema com a polícia. Até que aceitou fazer um serviço para um vizinho. “Ele precisava de um saco de capim para os cabritos”, lembrou. “Disse que eu, se arrumasse o capim, ele comprava um litro de leite para a minha filha Tália, que tinha um ano e pouco.” Como sabia que na beira dos trilhos havia mato alto, Fabiano foi para a estação de trem. Analfabeto, não percebeu os avisos de entrada proibida. Começava a cortar capim quando o vigia chegou. “Achava que não estava fazendo nada de errado”, resume, exibindo os documentos de “pessoa de bem”. Depois de uma noite na delegacia, o pescador foi despachado para uma cela com 60 presos, na Casa de Custódia, em julho de 2001. ” (Marini e Villaméa, 2005)

Foi esse o bem apreendido e periciado, por determinação da autoridade policial, cujo laudo descritivo sequer indicava o valor da coisa, considerando a inexistência de expressão econômica. Era esse o fato articulado na denúncia, tentativa de furto de capim, porque o flagrantado ingressou no interior do prédio da estação ferroviária da cidade, desativado, junto com seu irmão, inimputável. A inicial narrava um crime tentado de furto, acrescido da qualificadora da escalada, porque a dupla havia pulado o muro do imóvel, mais o crime de corrupção de menores, dada a idade do irmão do indiciado. O resultado do auto de prisão em flagrante foi a prisão do conduzido, sem fiança, com o seu recolhimento ao cárcere, onde passou mais de trinta dias até que nos autos fosse juntada a sua folha de antecedentes criminais impressa, naquele ano de 2001, sem a previsão da audiência de custódia e com o rito processual guardando a defesa prévia para momento posterior ao interrogatório, para então ser concedida a liberdade provisória.

Recebida a denúncia e sem previsão legal da possibilidade de absolvição sumária, como ocorre com a redação atual do Código de Processo Penal, o magistrado competente para julgar o caso penal se insurgiu contra o pleito defensivo para extinguir o processo naquele momento, o que fez com que a defesa impetrasse *habeas corpus* ao Tribunal de Justiça local, visando o que se nomina de trancamento da ação penal, pela atipicidade da conduta. A Corte estadual, embora tenha concedido a ordem na ação constitucional, o fez pelo fundamento de que, no caso concreto, não havia se iniciado os atos executórios, afastando a hipótese de tentativa do crime patrimonial, o que levava a reboque o crime de corrupção. Era o início do século que vivemos e a jurisprudência ainda era tímida em reconhecer a aplicação do princípio da insignificância, com muito mais relutância em sede de *habeas corpus*.

O caso concreto trazido à evidência serve de norte ao que se pretende debater no presente artigo. Está a autoridade policial autorizada a deixar de prender em flagrante, na hipótese onde se vislumbra, de plano, a ocorrência do princípio da insignificância? Para além da nossa opinião pessoal, que será desvelada com base na legislação, doutrina e jurisprudência aplicável ao tema, optamos por ouvir magistradas e magistrados, por serem eles os(as) aplicadores(as) do direito, isto é, a boca da lei, na medida em que dão concretude ao comando legal criado, de maneira abstrata, pelo legislador. No presente artigo, além da introdução, traremos a metodologia utilizada, a nossa posição, os resultados colhidos na pesquisa e a conclusão, pretendendo contribuir para a construção de caminhos para a aplicação de tal princípio, que, ao fim e ao cabo, minimiza a produção desnecessária de dor pela *via crucis* do processo penal, além de gerar economia para o Estado, que deixa de gastar recursos financeiros para encarcerar uma pessoa que não deve ser presa, porque, à luz da análise dogmática do delito, não cometeu infração penal. Por fim, pavimentar a trilha para a autoridade policial aplicar tal princípio propiciará, ainda, segurança jurídica para os cidadãos, fim precípuo da legalidade penal no Estado Democrático de Direito, e para os próprios agentes da lei, que ficam andando sobre a linha tênue entre prevaricar e praticar crime de abuso de autoridade, quando têm que optar entre prender e não prender, instaurar investigação criminal ou não, contra aqueles que cometem condutas ínfimas.



2. Metodologia

Ouvir a magistratura brasileira é importante para perquirir o que pensam as mulheres e homens que aplicam o Direito e, em última análise, a lei ao caso, concretizando a justiça. Com tal finalidade², usamos como metodologia para colher a opinião dos ouvidos, sem identificação das pessoas que responderam as perguntas, um questionário pela plataforma virtual *googleforms*, endereçando aos respondentes os seguintes dez questionamentos: Você acha que deveria haver previsão legal expressa sobre o princípio da insignificância? É favorável à fixação de critérios objetivos para a aplicação de tal princípio? Qual o fator determinante/preponderante, na sua apreciação, para determinar a aplicação do princípio? Por exemplo, precedentes, repercussão social do fato, anotações criminais do custodiado, valor da coisa subtraída ou contexto geral do fato. Ao decidir pela aplicação do princípio, qual a consequência jurídica? Na sua atuação prática, admite a aplicação do princípio da insignificância fora dos casos de delitos patrimoniais? Se sim, quais? Com que frequência analisa casos em que discute a aplicação do princípio da insignificância? Na escala de 0 a 10, 0 equivale a nunca e 10 equivale a um tema reiterado nos julgamentos de casos criminais. Numa escala de 0 a 10, com qual frequência aplica tal princípio, sendo 0 equivalente a nunca e 10 equivalente a sempre? Na sua opinião, deveria a autoridade policial avaliar sobre a insignificância da conduta no momento da análise da prisão em flagrante? Respondido afirmativamente o item anterior, na sua opinião, a autoridade policial atua como deveria? Em caso negativo, marque outros e indique a razão. Ainda no caso de ter respondido afirmativamente ao item 1, quais os efeitos advêm da não observância do princípio da insignificância pela autoridade policial?

2 Muito embora tenham sido poucas as respostas, o presente artigo é um embrião para uma possível pesquisa que pretendemos ainda desenvolver, desta feita em uma amostragem infinitamente maior, para que os resultados se aproximem, de fato, do pensamento da magistratura brasileira.

A partir da elaboração do questionário, contamos com outra ferramenta virtual, o aplicativo *WhatsApp*, para circular as perguntas, diretamente as pessoas consultadas ou por intermédio de terceiros, sendo certo que elas foram respondidas diretamente pelos entrevistados, sem contato com o autor das indagações, sem exigência ou imposição de tempo para resposta, sendo que algumas das pessoas que responderam eram conhecidas por nós, outras não.

Obtivemos como retorno, dezessete questionários respondidos, entre homens e mulheres, juízes(e juízas) estaduais e federais, que se disponibilizaram a contribuir com a pesquisa e sobre as respostas teceremos os comentários na seção dos resultados.



3. O princípio da insignificância visto por nós e sua aplicação pela autoridade policial - análise da legislação, doutrina e jurisprudência

O crime é, em seu conceito material, a violação de um bem jurídico penalmente protegido. Por outro lado, sob o aspecto formal, o delito é o fato típico, ilícito e antijurídico.

Ainda no campo de sua análise formal, como primeiro elemento do conceito de crime, o fato típico se desdobra em conduta humana - como ação ou omissão humana, consciente, voluntária e dirigida a determinada finalidade socialmente inadequada-, resultado, nexos causal e tipicidade.

Ao tratar a tipicidade, como o juízo de perfeita adequação que se perfaz entre a conduta humana e a infração penal prevista na norma penal incriminadora, esta se divide em material e formal, valendo dizer que, para que o fato se amolde ao tipo penal, se deve perquirir não somente este juízo de contrariedade entre o fato e a norma (tipicidade formal), mas se tal fato é inadequado socialmente e se tem potencial lesivo capaz de ofender a bens jurídicos tutelados (tipicidade material).

Para alguns autores, como Zaffaroni e Pierangeli (1999, p. 549) a tipicidade, inclusive, deve ser analisada de maneira conglobada, vale dizer, dentro do universo ordenado das normas, de modo que uma conduta não pode a um só tempo, ser contrária a uma norma incriminadora e lícita sob a ótica do

conjunto do ordenamento jurídico, apontando para uma tipicidade conglobante, da qual a afetação do bem jurídico é requisito indispensável.

A insignificância da afetação exclui a tipicidade, mas só pode ser estabelecida através da consideração conglobada da norma: toda a ordem normativa persegue uma finalidade, tem um sentido, que é a garantia para possibilitar uma coexistência que evite a guerra civil (a guerra de todos contra todos). A insignificância só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido a ordem normativa, e, portanto, à norma em particular, e que nos indica que essas hipóteses estão excluídas de seu âmbito de proibição, o que não pode ser estabelecido à simples luz de sua consideração isolada (Zaffaroni; Pierangeli, 1999, p. 562)

O princípio da insignificância, em verdade, é a aplicação concreta, isto é, casuística, da importância que o garantismo penal confere aos bens jurídicos fundamentais, seja para garantir proibições mínimas necessárias para tutelá-los, sob pena de proteção deficiente, quer para restringir a aplicação do direito penal, afastando-o nos casos dos delitos de bagatela, que não justificam a existência do processo penal e de pena criminal, e até mesmo sugerindo a descriminalização de condutas que afetam abstrações catalogadas em lei como bem jurídicos e a desconsideração de punições antecipadas, como nos delitos de atentado (Ferrajoli, 2006, p.437-440). Tudo isso como decorrência do caráter subsidiário e fragmentário do direito penal, ou seja, “o princípio da intervenção mínima impõe que o direito penal somente intervenha nos casos de ataques graves ao bem jurídico, deixando aos ramos menos gravosos do Direito a composição das ofensas menos relevantes” (Munhöz Conde, 1975, p.59-60).

A ninharia não pode ter relevância para o direito penal e a afetação de algo insignificante, sem valor, desprezível, conduz a atipicidade da conduta, pela incapacidade de causar lesão a bens jurídicos. Nessa toada,

o princípio da insignificância orienta a interpretação do tipo penal, de modo a materializar a verdadeira finalidade protetiva da norma jurídico-penal. Para combater uma conduta socialmente com a pena é necessário que não existam outros meios menos gravosos. Roxin observa, nesse sentido, que a aplicação da pena deve ser inspirada pelo princípio da estrita necessidade, posto que o castigo penal põe em perigo a existência social do apenado, e que com a sua marginalização a própria sociedade sofre um dano. O direito penal há de ser o último instrumento da política social, de caráter subsidiário, no sentido de que primeiro devem ser utilizados os demais instrumentos de regulamentação dos conflitos sociais, e somente ao fracassarem estes é que se lançaria mão da pena. Vale lembrar que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, registra em seu artigo 8º

que a lei não deve estabelecer outras penas que as evidentemente necessárias. Afinal, “toda pena deve ser necessária para que seja justa. (Galvão, 2000, p.20)

Importa para nós, no campo de discussão que se abre a partir do reconhecimento da ocorrência do princípio da insignificância, qual é a consequência jurídica de sua aplicação. Embasados na melhor doutrina³, advogamos que tal princípio exclui a tipicidade da conduta. “A tipicidade é excluída, segundo o direito moderno, pelo princípio da insignificância (ou da bagatela) que exclui do tipo, em princípio, os danos de pouca importância, irrelevantes para o direito penal” (Mirabete, 2003, p.136).

Com efeito, tal conclusão encontra suporte também em julgados das Cortes Superiores. O Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, já proclamou que o princípio em comento exclui a tipicidade da conduta, a exemplo dos seguintes julgados:

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 esta na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Precedentes. (Brasil, 2013).

Princípio da insignificância. Furto de três desodorantes. Reincidência. 3. O princípio da insignificância é excludente da própria tipicidade. 4. A primariedade/reincidência não é elemento da tipicidade, mas circunstância afeta à individualização da pena, motivo por que não faz qualquer sentido indagar, para o reconhecimento de atipicidade, em tese, se o réu é primário. (Brasil, 2022).

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, 1999), levando em conta também que o próprio legislador já considerou hipóteses de irrelevância penal, por ele

3 Não desconhecemos a existência de posicionamento atual, doutrinário e jurisprudencial, que sustenta a aplicação do princípio da insignificância na análise da punibilidade. Contudo, com ele não concordamos, porque este confunde infração bagatela própria e imprópria, sendo certo que apenas nesta última o juízo de valor recai sobre a punibilidade pela irrelevância penal do fato, ao passo que, na primeira, a análise reside na tipicidade material da conduta. Doutrina: Cruz; Eisele (2021). Ver, ainda, a seguinte decisão: STJ. AgRg no Recurso Especial 1986729, Sexta Turma, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz.

erigidas, não para excluir a tipicidade, mas para mitigar a pena ou a persecução penal. 3. Trata-se de furto de um engradado que continha vinte e três garrafas vazias de cerveja e seis cascos de refrigerante, também vazios, bens que foram avaliados em R\$ 16,00 e restituídos à vítima. Consideradas tais circunstâncias, é inegável a presença dos vetores que autorizam a incidência do princípio da insignificância. 4. À luz da teoria da reiteração não cumulativa de condutas de gêneros distintos, a contumácia de infrações penais que não têm o patrimônio como bem jurídico tutelado pela norma penal não pode ser valorada, porque ausente a séria lesão à propriedade alheia (socialmente considerada), como fator impeditivo do princípio da insignificância. 5. Ordem concedida para restabelecer a sentença de primeiro grau, na parte em que reconheceu a aplicação do princípio da insignificância e absolveu o paciente pelo delito de furto. (Brasil, 2014b).

Na presença desses quatro vetores, o princípio da insignificância incidirá para afastar, no plano material, a própria tipicidade da conduta diante da ausência de lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. (Brasil, 2024).

CONSTITUCIONAL. PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. EXCLUSÃO DA TIPICIDADE DA CONDUTA. FURTO DE UM PAR DE SANDÁLIA INFANTIL NO VALOR DE R\$ 29,90 E UM PAR DE CALÇADO INFANTIL NO VALOR DE R\$ 39,90. PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE. DIREITO PENAL COMO ULTIMA RATIO. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA CONCEDER A ORDEM DE HABEAS CORPUS E ABSOLVER O PACIENTE. (Brasil, 2023).

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. VALOR ÍNFIMO DO BEM. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE CONTUMÁCIA DELITIVA. ORDEM CONCEDIDA. 1. Tipicidade penal: interpretação e adequação do fato concreto à norma abstrata e elementos concretos do caso. Além da correspondência formal, a tipicidade demandar análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, para se verificar a ocorrência de lesão penalmente relevante do bem jurídico tutelado. 2. Furto de onze barras de chocolate. Bem de valor ínfimo e restituído. Inexistência de dano ao estabelecimento comercial. 3. Ordem concedida para o trancamento da ação penal. (Brasil, 2014a).

Em 2003, o STJ, através da Sexta Turma, reconheceu que a aplicação do princípio da insignificância redundava na atipicidade da conduta, ao julgar Recurso Especial cuja parte da ementa segue transcrita:

Cumprido, pois, para que se possa falar em fato penalmente típico, perquirir-se, para além da tipicidade legal, se da conduta do agente resultou dano ou perigo concreto relevante, de modo a lesionar ou fazer periclitarem o bem na intensidade reclamada pelo princípio da ofensividade, acolhido na vigente Constituição da República (artigo 98, inciso I) (Brasil, 2003).

Em 2004, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, concedeu ordem de *habeas corpus*, em julgamento cuja relatoria

coube ao Ministro Paulo Medina, para reconhecer o princípio da insignificância em caso concreto que tratava de furto de quinze centavos, considerando o seguinte: “A tipicidade material - que faz parte do conceito de tipicidade - consiste em averiguar se uma conduta formalmente típica causou ofensa intolerável ao objeto jurídico penalmente protegido. A conduta de subtrair R\$0,15 (quinze centavos) não constitui crime de furto, pois inexistente a tipicidade material” (Brasil, 2004a).

Traçadas as linhas da doutrina e da jurisprudência, resta responder o que se deve esperar da autoridade policial, ao se defrontar com caso de aplicação do princípio da insignificância.

De plano, antecipamos que há julgado do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo a reserva jurisdicional para aplicação de tal princípio, não cabendo, segundo tal escólio, a autoridade policial avaliar sua incidência no caso concreto, quando decidiu na seguinte esteira: “Cumprasse asseverar que a observância do princípio da insignificância no caso concreto é realizada a posteriori, pelo Poder Judiciário, analisando as circunstâncias peculiares de cada caso”. (Brasil, 2010).

Pontuamos o equívoco, ao nosso sentir, de tal posição pretoriana, por uma interpretação sistemática. O Código de Processo Penal estabelece, logo no seu artigo 4º, que é função da polícia judiciária apurar a prática de infrações penais e sua autoria. Dito de outro modo, a atividade da polícia judiciária é unidirecional, tendo como fim único a instauração de inquérito policial para a apuração da ocorrência do crime(em sentido amplo) e a autoria delitiva. Os artigos subsequentes existentes no Código de Processo Penal, inseridos no título dedicado ao inquérito policial, endossam essa conclusão, vez que vinculam a investigação criminal à ocorrência de infração penal. A contrário senso, não é dado a autoridade policial inaugurar, dolosamente e de maneira infundada, investigação criminal contra uma pessoa, sem que tenha ocorrido infração penal, o que pode caracterizar, ao menos em tese, a conduta tipificada no artigo 27 da lei 13.869/2019 (lei de abuso de autoridade).

Ainda com a finalidade de interpretar a atuação da autoridade policial de maneira sistemática, percebe-se que o artigo 302 do Código de Processo Penal, que estabelece as hipóteses de prisão em flagrante, guarda o seu cabimento –

como não poderia deixar de ser- para as hipóteses de ocorrência de infração penal, de modo que não há prisão em flagrante se não há delito, do mesmo modo que não há investigação pela autoridade policial diante da inexistência de conduta criminosa.

Por sua vez, o artigo 310, §1º do Código de Processo Penal estabelece que, havendo prisão em flagrante e sendo a hipótese de a autoridade judiciária vislumbrar a ocorrência de causa excludente da ilicitude da conduta, poderá esta conceder ao indiciado a liberdade provisória.

Portanto, temos que, do cotejo desses dispositivos legais, em conjunto, daí porque a interpretação sistemática, a autoridade policial não pode investigar qualquer pessoa, se o fato por ela praticado não configura infração penal, bem como não pode prendê-la. Apenas e tão somente, na hipótese de existência de indícios de atuação acobertada por uma causa de exclusão da ilicitude, a concessão de liberdade provisória ficará a cargo da autoridade judiciária, o que, em sentido contrário, autoriza, recomenda e impõe, que a autoridade policial não atue em caso de atipicidade da conduta, ao menos deixando de lavrar o auto de prisão em flagrante ou mesmo deixando de instaurar inquérito policial (ainda que lavrando boletim de ocorrência, para controle externo de sua atuação pelo Ministério Público), como é a hipótese de incidência do princípio da insignificância.

Até porque, ao nosso sentir, configuraria verdadeiro contrassenso jurídico, impor a autoridade policial a lavratura de auto de prisão em flagrante ou mesmo a instauração de inquérito policial, para apurar fato que não configura crime, por carecer de tipicidade material, colocando o agente do Estado na posição de autoridade coatora, contra quem caberia a impetração de *habeas corpus*, visando o relaxamento da prisão em flagrante por ele lavrado ou o trancamento do inquérito policial inaugurado. Com efeito, há doutrina nesse sentido, a exemplo de Masson (2017), Nucci (2014) e Nicolitt (2010).



4. Resultados colhidos na pesquisa

A primeira das perguntas respondidas foi sobre a inexistência de previsão legal do princípio da insignificância. Para 76,5% dos entrevistados deveria haver, no texto legal, menção expressa a tal princípio, enquanto 23,5% não coadunam com tal conclusão. Com efeito, em outra pergunta, a ausência de previsão legal de tal princípio chegou a ser indicada como a razão pela qual a autoridade policial deixa de aplicá-lo, o que conduz a ideia de que, prestigiaria a liberdade, que a lei dispusesse sobre a insignificância e sobre a consequência de sua ocorrência.

No segundo dos questionamentos, se buscou saber dos ouvidos se eles eram favoráveis a fixação de critérios objetivos para a aplicação do princípio da insignificância. É sabido que o Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do *Habeas Corpus* 84.412 estabeleceu quatro vetores interpretativos para a apuração da ocorrência do princípio da insignificância, quais sejam, a mínima ofensividade da conduta, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Apesar desse norte dado pela jurisprudência da Suprema Corte, dentre as pessoas entrevistadas, a maioria sustenta ser necessária a fixação de critérios objetivos, na proporção de 64,7% favoráveis para 35,3% contrários. (Brasil, 2004b).

No passo seguinte, a terceira das indagações trouxe, ao menos para nós, algumas respostas inquietantes. A pergunta era a seguinte: Qual o fato determinante/preponderante, na sua apreciação, para determinar a aplicação do princípio? Por exemplo, precedentes, repercussão social do fato, anotações criminais do custodiado, valor da coisa subtraída ou contexto geral do fato.

Das dezessete respostas, duas delas simplesmente ignoram a aplicação do princípio da insignificância, malgrado a inquestionável aceitação jurisprudencial, inclusive com o estabelecimento de requisitos para a aplicação

pelo Supremo Tribunal Federal, aduzindo que “*não aplico*” ou “*sou contra o princípio*”. Causa-nos desconforto, malgrado não seja uma surpresa, perceber que mais de 10% dos entrevistados- apesar da amostragem ser pequena- ignoram os precedentes dos Tribunais Superiores, simplesmente não os aplicando, como se não existissem.

Uma outra resposta também chama atenção, porque sob o ponto de vista dogmático é equivocada. O entrevistado assevera que o fator preponderante para a aplicação do princípio da insignificância para ele é a existência de anotações criminais, utilizando uma circunstância judicial da dosimetria da pena, que se coloca fora do conceito analítico de infração penal, para afastar a aplicação do princípio em voga e concluir pela tipicidade da conduta.

As demais respostas estão em consonância com a jurisprudência dos Tribunais Superiores e os entrevistados se balizam nos seguintes critérios para reconhecer ou não a insignificância, aplicando-os de maneira isolada ou cumulativamente, como indica a tabela abaixo:

TABELA 01 – Respostas sobre o fato determinante para apreciação do princípio da insignificância

<i>“Contexto geral do fato, grau de ofensividade ao bem jurídico tutelado, aqui incluído o valor da coisa perante a capacidade econômico-financeira do proprietário lesado, se o bem foi devolvido à vítima, além dos antecedentes criminais do custodiado”</i>
<i>“Valor da coisa”</i>
<i>“Na ausência de previsão legal, sigo os precedentes, em especial dos Tribunais Superiores, com a finalidade de respeitar a segurança jurídica”</i>
<i>“Além dos exemplos acima, anotaria a desproporção entre a pena prevista e a conduta praticada”, Valor da coisa subtraída e contexto geral do fato.”</i>
<i>“Valor da coisa subtraída e contexto geral do fato.”</i>
<i>“Contexto geral do fato e repercussão social do fato.”</i>
<i>“Contexto geral do fato e lesividade ao bem jurídico.”</i>
<i>“Repercussão do fato, condição financeira do lesado, contexto do fato”</i>
<i>“Valor da res”</i>
<i>“Furto – valor da coisa e continuidade delitiva”</i>
<i>“Contexto geral do fato e anotações criminais”</i>
<i>“Tudo isso mencionado acima”</i>
<i>“Contexto geral do fato”</i>
<i>“Contexto geral”</i>

As respostas a quarta pergunta dão bem a conta de como a ausência de previsão legal sobre o tema e a falta de previsão de sua consequência jurídica ou mesmo diante da ausência da consolidação da jurisprudência acerca desta última, leva a conclusões absolutamente díspares sobre a aplicação de tal princípio, ficando a sorte do jurisdicionado à mercê de quem vai julgar o caso penal. Perguntados sobre qual a consequência jurídica da aplicação do princípio da insignificância, responderam da seguinte forma, segundo tabela adiante:

TABELA 02 – Respostas sobre a consequência jurídica da aplicação do princípio da insignificância

<i>“Não aplico”</i> – 2 respostas
<i>“Em regra não há prisão por furto. A aplicação do princípio acarretaria a absolvição”</i> – 1 resposta
<i>“Absolvição”</i> – 1 resposta
<i>“Trancamento, improcedência do pedido, liberdade provisória”</i> – 1 resposta
<i>“Trancamento do inquérito policial e relaxamento”</i> – 7 respostas
<i>“Apenas relaxamento”</i> – 2 respostas
<i>“Apenas liberdade provisória”</i> – 2 respostas
<i>“Atipicidade”</i> – 1 resposta

Conforme a tabela acima, se confirma aquilo que na seção antecedente nominados de contrassenso jurídico. A autoridade policial, que segundo julgado do Superior Tribunal de Justiça, não pode apreciar o princípio da insignificância, é levada a prender em flagrante e instaurar inquérito policial e sete dos entrevistados, o equivalente a 41,2% , reputam a sua conduta como ilícita, relaxam a prisão em flagrante e trancam o inquérito policial, enquanto outros dois relaxam a prisão apenas (porque a reconhecem como ilegal), ao passo que um deles reconhece a atipicidade (e, portanto, a inexistência de crime). Em suma, cabe aqui indagar qual o sentido de se impor a autoridade policial, atuar para prender alguém nessas circunstâncias.

Por outro lado, em resposta a mesma pergunta, dois dos entrevistados depõem simplesmente que não aplicam o princípio, dois absolvem, ao passo que outros dois concedem liberdade provisória (sendo que um deles, contraditoriamente, apesar da liberdade provisória, tranca o inquérito e julga o

pedido improcedente). Outro, que tem afinidade com audiências de custódia, justifica a concessão da liberdade provisória nos seguintes termos:

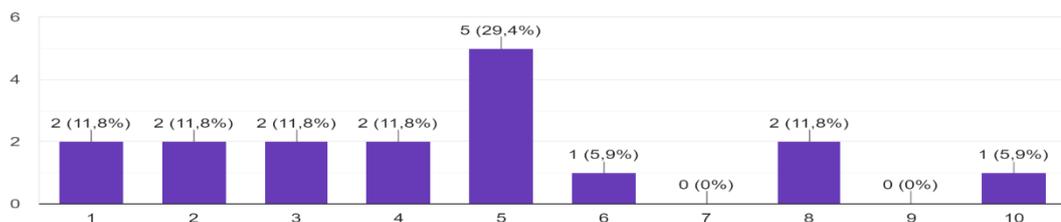
Na audiência de custódia, em que pese as hipóteses de possível incidência do princípio da insignificância, o que ensejaria o relaxamento da prisão, temos optado pela concessão da liberdade provisória, que já afasta os impactos negativos da segregação cautelar do custodiado, ao tempo a questão fica em aberto para análise livre dos Promotores e Juízes naturais de cada causa. (entrevista n.01)

Não resta dúvidas que o campo de maior incidência do princípio da insignificância são os crimes patrimoniais. Quando perguntado aos entrevistados sobre a aplicação de tal princípio, fora das infrações contra o patrimônio, as quatro respostas, daqueles que reconhecem a sua incidência, guardam relação com os crimes da lei de drogas, crimes contra a saúde pública, crimes contra a fé pública, crimes tributários e descaminho.

Aos ouvidos foi perguntado sobre a frequência que analisam casos em que se discute a aplicação do princípio da insignificância. Pelas respostas dadas, conforme figura abaixo, percebe-se que o tema chega com uma certa frequência aos tribunais.

FIGURA 01 – Frequência de discussão do princípio da insignificância

Com que frequência analisa casos em que se discute a aplicação do princípio da insignificância? Na escalada de 0 a 10, 0 equivale a nunca e 10 eq...ema reiterado nos julgamentos de casos criminais.
17 respostas

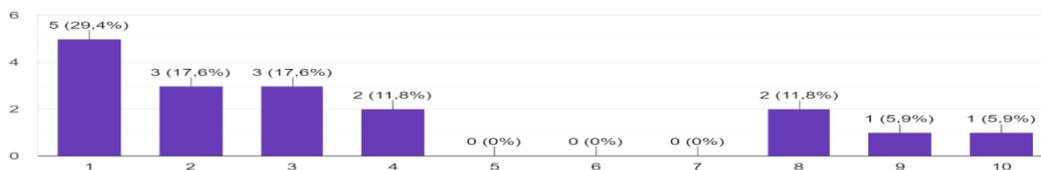


Também se questionou com qual frequência tal princípio é aplicado e, apesar do tema ser reiteradamente levado às barras da justiça, a sua aplicação é em menor escala, como mostra a figura adiante:

FIGURA 02 – Frequência de aplicação do princípio da insignificância

Numa escala de 0 a 10, com qual frequência aplica tal princípio, sendo 0 equivalente a nunca e 10 equivalente a sempre.

17 respostas

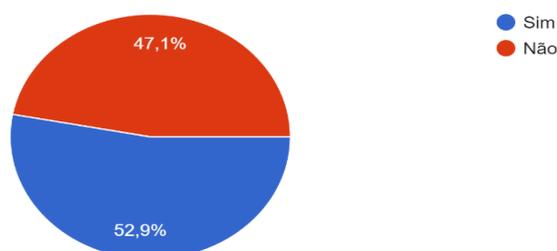


Caminhando para o final das indagações, questionou-se das pessoas avaliadas se a insignificância é tema que deve ser conhecido pela autoridade policial no momento da lavratura do auto de prisão em flagrante. A figura abaixo mostra a controvérsia e uma maioria apertada admite, contrariamente à orientação do Superior Tribunal de Justiça, que a autoridade policial deve conhecer do tema, ao passo que outros tantos entendem que tal assunto possui reserva de jurisdição.

FIGURA 03 – Opinião sobre a aplicação da insignificância pela autoridade policial

Na sua opinião, deveria a autoridade policial avaliar sobre a insignificância da conduta no momento da análise da prisão em flagrante?

17 respostas



Perguntadas as pessoas que responderam sim no questionamento anterior, se autoridade policial atua como deveria, nove delas responderam o seguinte: seis disseram “sim”, enquanto que as outras respostas foram as seguintes: “Não vejo a autoridade policial aplicar o referido princípio, talvez por falta de previsão”, “Não há aplicação” e “lavra flagrantes de fato atípico”.

Por fim, a conclusão de nove dos magistrados(as) ouvidos(as) sobre a falta de observância pela autoridade policial do princípio da insignificância, leva a reflexões, como se verá doravante:

TABELA 03 – Respostas sobre a consequência da não aplicação do princípio da insignificância pela autoridade policial

<i>“A autoridade policial não tem poder para decidir por falta de previsão legal.”</i>
<i>“Instauração de inquéritos e investigações desnecessários, prisões desarrazoadas e movimentação inútil da máquina judiciária.”</i>
<i>“A conclusão do inquérito e envio para o MP”</i>
<i>“Mínimos, porque hoje existe a audiência de custódia”</i>
<i>“A autoridade policial tem pouca discricionariedade, normalmente o caso depende de decisão judicial.”</i>
<i>“Oferecimento desnecessário de denúncia”</i>
<i>“Nenhum”</i>
<i>“Prisões ilegais”</i>
<i>“Criminalização da pobreza e excesso de processos criminais desnecessários”</i>

A toda evidência, quando a magistratura questionada reflete pela ausência de consequências da não aplicação do princípio pela autoridade policial, tem-se a realidade atual (muito distante daquela do ano de 2001, quando teve espaço a prisão pelo furto tentado da moita de capim, cuja reportagem serve de epígrafe ao trabalho), onde a audiência de custódia é um marco civilizatório, que tem o condão de levar o preso à presença do Estado-Juiz imediatamente, de modo a evitar prisões ilegais e desnecessárias. Mas ainda assim, outros tantos quando questionados, enxergam que a não aplicação de tal princípio pela autoridade policial corrobora para a ineficiência do processo penal, com inquéritos e investigações desnecessárias, prisões ilegais e desarrazoadas, que levam a criminalização da pobreza e a movimentação inútil da pesada máquina judiciária, para se julgar ninharia, a indicar que o tema deve ser repensado.



5. Conclusão

O artigo apresenta a conclusão parcial de um trabalho que pretendemos desenvolver de maneira mais aprofundada, colhendo mais respostas, para se buscar uma amostragem maior acerca do tema nele abordado. Ainda assim, há inestimáveis conclusões possíveis, quando abordamos o princípio da insignificância. A primeira delas, sem dúvida, é sobre a sua natureza jurídica, isto

é, aplicá-lo equivale ao reconhecimento de uma causa de exclusão da tipicidade material, que exclui a própria infração penal.

Dada essa conclusão, não é recomendável manter o entendimento jurisprudencial no sentido de que a sua aplicação depende da análise judicial. Pode e deve a autoridade policial avaliar a sua ocorrência e, conforme o caso, confirmar ou não a prisão em flagrante e instaurar ou não inquérito policial, porque a inexistência de crime deve ser por ela avaliada. Sustentar uma atuação contrária a essa direção, seria levar a autoridade policial a praticar condutas arbitrárias, podendo ser apontada como autoridade coatora, pela prática de coação ilegal e até mesmo pela prática de crime de abuso de autoridade.

Apesar da reiterada jurisprudência que reconhece a existência e aplicação de tal princípio no ordenamento jurídico pátrio, os entrevistados sinalizaram pela necessidade de sua previsão legal e da fixação de critérios objetivos, de modo a tranquilizar não apenas a autoridade policial, mas também a autoridade judiciária, quanto à sua aplicação, evitando-se deixar a primeira, entre a cruz e a espada, isto é, entre a prática de prevaricação, por não atuar quando está obrigado, e prática de abuso de autoridade, quando prende e instaura inquérito para apurar fato que carece de tipicidade material e que, portanto, não configura infração penal.

Com efeito, as respostas acerca das consequências da aplicação de tal princípio demonstram, com cores fortes, como a sorte do custodiado está ligada a interpretação individual dos aplicadores da lei, não existindo uma conclusão uníssona acerca dos efeitos do reconhecimento da insignificância, o que reforça a necessidade de inserção no texto legal.

De igual modo, as consequências pela não aplicação da insignificância penal pela autoridade policial dão a nota de uma investigação penal antidemocrática, com inquéritos e investigações desnecessárias, prisões ilegais e desarrazoadas, a movimentação inútil do sistema de justiça e a criminalização da pobreza, a reforçar o imaginário comum de que a Justiça brasileira apenas serve para punir os pobres, corroborando uma crise de legitimidade, que apenas não é maior porque as audiências de custódia passaram a existir e, com isso, minoraram os efeitos deletérios de prisões ilegais, relaxando-as.



CONFLITO DE INTERESSE

Nenhum declarado



REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **Recurso Especial 556.046**.

Relator: min. Hamilton Carvalhido. Julgado em 16 dez. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **Habeas Corpus 23.904**.

Relator: min. Paulo Medina. Julgado em 10 ago. 2004a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2. Turma). Habeas Corpus 84.412.

Relator: min. Celso de Mello. Julgado em 19 out. 2004b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma) **Habeas Corpus 154.949**.

Relator: min. Felix Fischer. Julgado em 03 ago. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus 115.246**.

Relator: min. Celso de Mello. Julgado em 28 mai. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus 122.936**.

Relator: min. Carmen Lúcia. Julgado em 05 ago. 2014a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus 114.723**.

Relator: min. Teori Zavascki. Julgado em 26 ago. 2014b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **Agravo Regimental no**

Recurso Especial 1986729. Relator: min. Min. Rogerio Schietti Cruz. Julgado em 28 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma) **Habeas Corpus 212.351**.

Relator: min. Gilmar Mendes. Julgado em 22 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus 210.996**.

Relator: min. André Mendonça. Julgado em 22 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus 233.254**.

Relator: min. Nunes Marques. Julgado em 26 fev. 2024.

CRUZ, Rogério Schietti; EISELE, Andreas. **Insignificância Penal: os crimes de Bagatela na dogmática e na jurisprudência**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica. 2 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006.

GALVÃO, Fernando. **Imputação Objetiva**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2020.

MARINI, Eduardo; VILLAMÉA, Luiza. Pouco crime e muito castigo. No país do mensalão, do mensalinho e do auxílio-bandejão, vai para a cadeia quem comete crimes pequenos, como furtar frango, xampu e até capim. **Isto É**, São Paulo, ed. 1874, p. 36-40, 14 set. 2005.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado: parte geral**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. v. 1

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal interpretado**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MUNHÕZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975.

NICOLITT, André. **O delegado de polícia e o juízo de tipicidade: um olhar sob a ótica da insignificância**. Temas para uma Perspectiva Crítica do Direito: homenagem ao Professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.**
Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito
penal brasileiro: parte geral.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BATISTA, N. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** Rio de Janeiro, RJ:
Editora Revan, 1990.



Correspondence address:

Tiago Abud da Fonseca
Defensoria Pública do Estado do Rio de
Janeiro - Sede Administrativa
Avenida Marechal Câmara, 314 - CEP
20020-080 - Centro, RJ
E-mail: tiago.fonseca@defensoria.rj.def.br

Enviado para submissão:
22/08/2024

Aceito após revisão:
05/09/2024

Publicado no Fluxo Contínuo
18/09/2024