

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELA CENTRAL DE FLAGRANTES DO 2º DISTRITO POLICIAL DE APARECIDA DE GOIÂNIA-GO

AILTON ROSA DA CUNHA¹

RESUMO

Este trabalho apresenta uma análise da aplicação do Princípio da Insignificância, fundada na teoria de Claus Roxin sobre a Imputação Objetiva e Tipicidade Material, pela Central de Flagrantes do 2º Distrito Policial de Aparecida de Goiânia-GO. A incerteza, a dúvida quanto à autoria ou quanto à materialidade do delito resulta na impossibilidade da lavratura do Auto de Prisão em Flagrante. O efeito principal da aplicação do princípio da insignificância na primeira fase da persecução penal é evitar a lavratura do Auto de Prisão em flagrante, entretanto, deverá ser registrado um boletim de ocorrência que poderá ensejar a abertura de Inquérito Policial iniciado por portaria do Delegado de Polícia. Não havendo a tipicidade material comprovada, então, não há crime. Muito menos justifica uma prisão em flagrante.

Palavras-chave: delito, insignificância, tipicidade material, prisão em flagrante e investigação.

1 – INTRODUÇÃO

O Estado tem o dever de sustentar uma ordem jurídica que atenda de forma dinâmica e moderna os interesses sociais. A eficácia pleiteada pela sociedade brasileira, legítima detentora do poder soberano, está embasada na materialização desse ordenamento por meio da garantia e entrega dos direitos fundamentais, livres de dilações e procrastinações burocráticas, características de uma administração centralizadora, tendente a prestigiar a tirana empáfia demonstrada por alguns de seus agentes políticos.

Verifica-se que há uma carência de estudos e debates a respeito da aplicação do princípio da insignificância frente aos trabalhos da Polícia Judiciária, ademais, não se pode olvidar a necessária exploração do tema como meio gradativo de aprimoramento dos mecanismos estatais de persecução penal. Hodiernamente, não cabe à Polícia Judiciária somente exercer a atividade repressiva contra o crime, mas, sobretudo garantir, desde o início da persecução penal, o direito constitucional de liberdade do investigado quando evidenciados os seus pressupostos. Nesta seara de atuação a autoridade policial deverá exercer juízo de valor sobre o caso concreto. Deve averiguar se o ato perpetrado possui somente tipicidade formal, irrelevante para esfera criminal sancionadora da liberdade, caso em que deverá deixar de lavrar o auto de prisão em flagrante.

Ante o princípio da insignificância, a ínfima ofensa ao bem jurídico não justifica a incidência do Direito penal. Ressalta-se a desproporcionalidade entre o fato punível e a importância, manifestamente pequena, da lesão ao bem jurídico tutelado.

¹ CUNHA, Ailton Rosa, Delegado de Polícia, chefe do grupo "A" da Central de Flagrantes do 2º Distrito Policial de Aparecida de Goiânia-GO.

Este trabalho objetivou averiguar e analisar a aplicação do Princípio da Insignificância, fundada na teoria de Claus Roxin sobre a Imputação Objetiva e Tipicidade Material, pela Central de Flagrantes do 2º Distrito Policial de Aparecida de Goiânia-GO, com a demonstração de dados referentes à complexidade do tema e do Direito correlacionado.

Do ponto de vista pessoal, o autor como Delegado de Polícia em exercício numa Central de Flagrantes, tem observado a desproporcionalidade a que é levada a interpretação apenas literal da lei, sem atentar para o princípio da persuasão racional necessária quando se trata da medida extrema de cerceamento da liberdade. Infelizmente, a mídia brasileira, consoante às críticas dos tribunais, tem censurado a ação da Polícia Judiciária quanto à prisão em flagrante fundada em ilícitos de ínfima lesividade ao bem jurídico.

A hipótese analisada no presente estudo é a de que o Delegado de Polícia possui legitimidade para dirimir questões de cabimento do Princípio da insignificância na primeira fase da persecução penal com base na Teoria da Imputação Objetiva de Claus Roxin. A referida doutrina possibilita a distinção entre a tipicidade formal e a tipicidade material e conta, inclusive, com o respaldo de recentes julgados dos tribunais superiores. Destarte, exercendo juízo de valor sobre os pressupostos básicos e elementos circunstanciais da prisão em flagrante, poderá a autoridade policial constatar a incerteza sobre a caracterização da tipicidade material do fato e, por conseguinte, optar por instaurar Inquérito Policial através da portaria de instauração. A adoção desse critério metodológico pelos Delegados de Polícia resguarda o direito fundamental e constitucional de liberdade e contribui para a realização da justiça social.

A intenção primeira do presente artigo consistiu em elucidar a questão da aplicabilidade do Princípio da Insignificância fundada na Teoria de Claus Roxin na primeira fase da persecução penal pelo Delegado de Polícia com enfoque especial na questão da lavratura do Auto de Prisão em Flagrante.

A fonte utilizada para a esta pesquisa consistiu na consulta ao ordenamento jurídico nacional principalmente no que tange ao direito fundamental e constitucional da liberdade e demais normas processuais aplicáveis à prisão em flagrante e ao Inquérito Policial.

Foram analisados Julgados dos Tribunais Superiores bem como Julgados de Tribunais Estaduais que trataram especificamente da matéria objeto deste estudo.

Quanto à pesquisa de campo, foi elaborado questionário destinado aos Delegados da Central de Flagrantes do 2º Distrito Policial de Aparecida de Goiânia-GO, onde foi colhida a percepção doutrinária daqueles profissionais sobre a matéria e o respectivo posicionamento

quanto a aplicação do princípio em fatos concretos catalogados apenas como formalmente típicos.

2 – REVISÃO DE LITERATURA

2.1 Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do direito penal.

O jurista alemão Claus Roxin, expôs seu posicionamento teórico na defesa de uma extensiva introdução de dados empíricos na sistemática e na dogmática das teorias gerais do direito penal. Ele adotou metodologia diferente daquela apresentada pela teoria finalista da ação que se vincula em pretensões semelhantes àsquelas do direito natural. Nesta linha de raciocínio ele considera até possível que a estrutura da ação, enquanto único dado lógico real descoberto pelo finalismo, influencie marcadamente a construção do sistema jurídico penal, mas ela em nada contribui para impedir infiltrações ideológicas no âmbito da dogmática penal. Afinal, a exclusão da punibilidade de não-ações, no sentido de acontecimentos involuntários e incontroláveis, foi e ainda é até hoje defendida por todos os outros conceitos de ação. O finalismo não acrescentou fato algum a esse estado de coisas. A ênfase no elemento volitivo, característica do finalismo, pode inclusive trazer consigo perigos para o estado de direito, p.ex., punindo tentativas completamente inofensivas ou atos preparatórios bem distantes do resultado. Citando o direito penal alemão, Roxin entende que é verdade que as tendências subjetivistas resultam primariamente da teoria finalista da ação, que considera ideologicamente neutra. Mas essa teoria tampouco se opõe a estas tendências. Em suas palavras:

Em segundo lugar, a ação final, se tomada como o fundamento empírico-ontológico do direito penal e oposta aos pontos de partida normativos, compreende apenas um aspecto limitado da realidade, abrangendo de modo bastante incompleto o substrato fático dos acontecimentos jurídico-penalmente relevantes. Hoje não se contesta mais que a existência empírica da omissão, da culpa e da omissão culposa não pode ser explicada através da finalidade... A teoria finalista da ação chega, assim, a resultados práticos, mas estes resultados não são, de modo algum, necessariamente corretos, e sim em parte corretos e em parte errôneos. Isso também refuta as pretensões quase jusnaturalistas dos resultados obtidos. (ROXIN, 2004, p.02, online)

Podemos compreender que o finalismo contribuiu de modo decisivo para o descobrimento do desvalor da ação enquanto um elemento constitutivo do injusto penal, e para a delimitação da culpabilidade e de outros pressupostos da responsabilidade penal. Está claro que a finalidade é somente um fator entre os vários que determinam o injusto penal.

Além disso, ela compreende apenas parte do desvalor da ação, porque este consiste principalmente na criação de um risco não permitido, que independe dos fins do autor. Mas, de qualquer maneira, o finalismo enxergou corretamente que a representação e os fins do autor representam um papel importante na determinação do injusto.

Roxin analisou a combinação entre o normativismo e a referência empírica e concluiu que a virada do finalismo para os dados ontológicos levou a desenvolvimentos em parte corretos e em parte errôneos. Isto se deve ao fato de que todas as categorias do sistema do direito penal se baseiam em princípios reitores normativos e político-criminais, contudo, não contém a solução para os problemas encontrados na realidade fática. Deve, entretanto, os referidos princípios serem aplicados à "matéria jurídica" subsidiada aos dados empíricos para ao final se adequar à realidade. Esse procedimento, já numa perspectiva político-criminal leva a ação finalista ser considerada carente de complementaridade por outros dados empíricos. Afirma categoricamente:

Com isso se pode chegar a uma conclusão intermediária a respeito da relação entre normativismo e dados empíricos: eu não tenho aversão ao empírico, algo que se atribui, por ex., à teoria de Jakobs. Eu proponho, pelo contrário, uma dogmática plena de dados empíricos, que se ocupa das realidades da vida de modo muito mais cuidadoso que um finalismo concentrado em estruturas lógico-reais um tanto abstratas. Mas é verdade que o parâmetro de decisão político-criminal, que seleciona e ordena os dados empíricos jurídicos penalmente relevantes, tem preponderância. Normativismo e referência empírica não são métodos que se excluem mutuamente, mas que se complementam. (ROXIN, 2004, p. 4-5, on-line)

Claus Roxin, ao citar Schümann (ROXIN, 2004, online) estudioso dessa especialidade jurídica, esclarece que o ponto de partida indubitavelmente normativo é que definirá quais aspectos da realidade terá relevância jurídica, assim sendo, os dados empíricos vão ganhando importância na sucessiva concretização dos pontos de partida normativos. Na análise da obra Liszt, (ROXIN, 2004, online *apud* Liszt, 1919, p. 1.) Roxin relata que quando se esforçou em extrair de direitos fundamentais, como a liberdade de crença e consciência (Art. 4 GG) ou a liberdade de opinião e associação (Arts. 5 e 8 GG), possibilidades de exculpação jurídico-penais, isso encontrou um significado programático: uma política criminal que deseja fundamentar o sistema do direito penal tem de acolher em seu bojo os direitos humanos e de liberdade internacionalmente reconhecidos. Onde isso não ocorre, os preceitos e interpretações não passam de elementos de exercício do poder, mas não são normas ou conhecimentos jurídicos. Não é verdade, portanto, que uma dogmática político-criminalmente fundada, abra todas as portas para tendências autoritárias na interpretação. Ela garante, pelo contrário, mais liberdade civil do que uma mera fixação em teorias ônticas o

conseguiria fazer. O primeiro passo é reconhecer que injusto e responsabilidade se tratam de diversas valorações, que devem ser referidas cada qual a um substrato próprio. O injusto determina o que é proibido sob ameaça de pena. Define se o comportamento é, portanto, legal ou ilegal. Já a responsabilidade decide quais dentre os comportamentos ilícitos necessitam de pena e em quais deles a pena pode ou deve ser dispensada. O primeiro nível valorativo tem por tarefa o controle de comportamentos: ele diz aos cidadãos o que, segundo as regras do direito penal, devem omitir e, em certos casos, fazer, combinando uma valoração com uma diretriz de comportamento. O segundo nível decide a respeito da consequência jurídica – punibilidade ou não-punibilidade – segundo pontos de vista que não se confundem, de modo algum, com os da valoração do injusto, mas que devem ser extraídos da teoria dos fins da pena. Neste ponto a concepção político-criminal parte da finalidade do direito penal, de proteger os bens jurídicos do indivíduo e da coletividade contra riscos socialmente intoleráveis. Segundo a teoria da imputação objetiva a ação típica é recepcionada de modo consequente como a realização de um risco não permitido, delimitando os diversos âmbitos de responsabilidade. Ela fornece, assim, um parâmetro de interpretação que se orienta imediatamente segundo o injusto material, segundo a intolerável lesividade social do comportamento do autor. Com isso, permissão e não permissão de um risco designa os limites entre a liberdade dos cidadãos e a faculdade interventiva estatal.

2.2 Requisitos do fato materialmente típico e o princípio da insignificância

A conduta pode ser considerada não pelo prisma convencional como requisito geral, prévio ou preponderante do delito, mas sim como uma das exigências do fato materialmente típico.

Para a teoria constitucionalista do delito a conduta é a realização de um fazer ou não fazer descrito no tipo legal, dominado ou dominável pela vontade. Somente quando do juízo de tipicidade é que o dolo e culpa deverão ser examinados. Sem a presença de um ato voluntário, dominado ou dominável pela vontade humana, não há que se falar em conduta penalmente relevante.

São imprescindíveis para a análise do delito os aspectos do desvalor da ação e do desvalor do resultado. Todo agente do delito deve exteriorizar uma conduta que poderá ser comissiva ou omissiva, conforme se depreende do princípio da materialidade ou exteriorização do fato. Contudo o crime não se esgota na realização de uma conduta. Não é no desvalor da ação ou da conduta, que o delito tem o seu fundamento principal e sim no desvalor do resultado, considerado como lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico. A

conduta é uma das imprescindíveis condições na concepção do delito. Dessa forma, ninguém pode ser punido somente pela sua intenção, pelo seu modo de vida, pelo seu pensamento. Todo crime exige necessariamente a exteriorização de uma conduta.

A relação de tipicidade é requisito da tipicidade formal. A relação de tipicidade, por sua vez, é a adequação ou subsunção entre o fato e a letra da lei. Do ponto de vista formal (literal), é a correspondência que vincula o fato e a descrição legal. A doutrina penal clássica tinha na tipicidade formal toda a estrutura do fato típico que exigia: conduta, resultado naturalístico (nos crimes materiais), nexo de causalidade e relação de tipicidade (adequação do fato à letra da lei).

Na perspectiva do resultado jurídico como requisito do fato materialmente típico, verifica-se que ele pertence ao âmbito da tipicidade material, sem olvidar que ele constitui requisito de natureza axiológica. Pelo fato de estar dentro da tipicidade material, faz parte da tipicidade penal, pois esta é o conjunto da tipicidade formal e da tipicidade material reunidos.

2.3 A ofensividade é requisito imprescindível no conceito de delito.

As normas penais são primordialmente normas de valoração e assim não há como se admitir qualquer fato punível sem ofensa ao bem jurídico. Assim, o resultado jurídico significa que deve haver lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido. Esse resultado jurídico corresponde ao desvalor do resultado:

Em qualquer delito, além da tipicidade formal, fundamental é perguntar se também houve lesão ou perigo para o bem jurídico protegido. Quem destruir um carro abandonado, transformando-o em sucata, por exemplo, pratica um fato típico do ponto de vista formal (conduta, resultado naturalístico – destruição do veículo –, nexo de causalidade e adequação do fato à letra da lei – CP, art. 163), mas não há que se falar em lesão ao bem jurídico patrimônio (porque se tratava de carro abandonado). Não há o desvalor do resultado, nesse caso. Qual é a diferença entre o policial que está legalmente armado e o particular que porta arma ilegal? Do ponto de vista naturalístico a conduta é a mesma. O perigo (que é o resultado no caso e que emana da conduta é – em tese – o mesmo). Só que a conduta do policial não é desaprovada pelo ordenamento jurídico, enquanto a segunda o é. A diferença reside na valoração do fato. O resultado jurídico pertence assim ao mundo dos valores, por isso que é axiológico (não fático). (GOMES, 2004, p. 109).

Todos os crimes sejam eles materiais, formais ou de mera conduta são dotados de resultado jurídico. O desvalor do resultado é a base em que se verifica o injusto penal. Não havendo a constatação de um resultado jurídico, de lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico não se pode falar em injusto penal. Depreende-se que há crimes sem resultado naturalístico, entretanto, é inconcebível crimes sem resultado jurídico. A base desse entendimento é a coerência com o princípio da necessária ofensividade e o sentido

marcadamente valorativo das normas penais. O resultado jurídico deve estar presente de forma explícita ou implícita. Importante para o interprete da lei é distinguir que o plano naturalístico não se confunde com o plano jurídico que pode ser normativo ou valorativo.

2.4 O resultado jurídico não significativo constitui o fundamento do princípio da insignificância

Não há resultado jurídico relevante quando ele é insignificante, uma vez que, a lesão ou o perigo concreto de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado são de pequena significância material. O furto de uma cebola, de um palito de fósforo, de duas melancias, de algumas abobrinhas, etc., tem a tipicidade penal excluída com fundamento no princípio da insignificância.

A imputação objetiva da conduta constitui um dos requisitos do fato materialmente típico, além de ser um requisito de natureza axiológica. Havendo a necessidade de corrigir o nexo de causalidade, GOMES (2004, p. 117, apud Larenz, 1927), afirmou que no princípio do século XX (1927), Larenz passou a tecer considerações sobre um conjunto de princípios e regras pertencentes ao campo da imputação que delimitava e corrigia o nexo de causalidade que é do mundo da causação. Ele ressaltou ainda que Roxin desenvolveu uma teoria segundo a qual a imputação objetiva recebeu um impulso maior depois da Segunda Guerra Mundial. Sua teoria é conhecida como o funcionalismo teleológico-funcional ou teleológico-racional ou teleológico-político-criminal. Fica evidenciado pela doutrina de Roxin que o Direito penal existe para cumprir determinados fins, existe em função desses fins, que são retratados nos princípios político-criminais da intervenção mínima, da exclusiva proteção de bens jurídicos, ofensividade, etc. As regras que fundamentam a teoria funcionalista são: a) a criação ou incremento de um risco proibido relevante; b) conexão direta entre esse risco e o resultado jurídico (o risco deve se realizar no resultado) e c) que esse resultado esteja no âmbito de proteção da norma.

A imputação objetiva é um conjunto de regras e princípios que procura descobrir se o fato pode ser imputado ao agente, independentemente do seu dolo (do seu estado anímico ou subjetivo). Essa teoria procura vincular a conduta do agente com o risco proibido criado ou incrementado assim como o resultado jurídico com esse risco e, ao mesmo tempo, com o âmbito de proteção da norma – assim temos respectivamente a teoria da imputação objetiva da conduta e a teoria da imputação objetiva do resultado. Depreende-se que para a configuração da tipicidade penal é necessária a identificação da causalidade natural ou

mecânica, isto é, a causação (conduta, resultado naturalístico – nos crimes materiais – nexo de causalidade e subsunção do fato à letra da lei), além disso, necessário identificar o vínculo axiológico tido como a imputação, onde é verificado se a conduta criou ou incrementou um risco proibido relevante e se o resultado jurídico derivou desse risco e estava no âmbito de proteção da norma. Quanto aos crimes dolosos também é necessária a verificação da imputação subjetiva.

Importante observar que o risco permitido não exclui a antijuridicidade e sim a tipicidade material. A doutrina clássica afirmava que no caso de risco permitido persistia a tipicidade e se excluía a antijuridicidade, contudo, na teoria funcionalista e na constitucionalista, não há configuração da tipicidade penal, pois, precisamente foi excluída a tipicidade material. Assim, quem atua sob risco permitido, ainda que naturalisticamente cause danos para a vítima, não pratica fato típico:

Não há imputação objetiva da conduta quando o risco proibido criado é insignificante (conduta insignificante. Exemplo: jogar um copo d'água numa represa com 10 milhões de litros de água que veio a inundar toda área contígua; sendo a conduta do agente, nesse caso, absolutamente insignificante, não há que se falar em fato típico; outro exemplo: jogar uma bolinha de papel contra transporte coletivo não configura o crime do art. 264 do CP). Também se aplica o princípio da insignificância para o partícipe, que só pode ser penalmente responsabilizado se sua participação foi relevante (se não foi banal, diz Zaffaroni). (GOMES, 2004, p. 117 e 118)

3. APRESENTAÇÃO DOS DADOS

Geograficamente a cidade de Aparecida de Goiânia constitui área de intensa expansão populacional e proporcionalmente, vem apresentando traços marcantes dos desequilíbrios sócio-econômicos que refletem diretamente no índice de criminalidade.

A população de Aparecida de Goiânia estimada em 2004, segundo o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), era de 417.409 habitantes. Sendo o segundo maior colégio eleitoral do estado. Sua Área é de 288 km² representando 0.0848% do Estado, 0.018% da Região e 0.0034% de todo o território brasileiro. Está situada na latitude 16°49'23"S, longitude 49°14'38"W, área 289km², altitude 808 m.

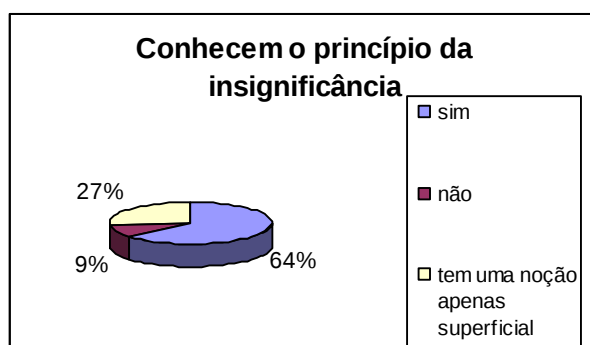
A Central de Flagrantes do 2º Distrito Policial é constituída de quatro grupos formados respectivamente por um Delegado de Polícia, escrivães e agentes. Apesar de ter sua circunscrição territorial definida, na verdade, ela abrange todos os sete Distritos Policiais da

comarca de Aparecida de Goiânia, inclusive, às de competência das Delegacias Especializadas, da mulher, criança e adolescente, tóxico e homicídio.

A importância do tema objeto desta pesquisa é relevante no aspecto prático. Não existe até o presente momento, na Polícia Civil do Estado de Goiás, um posicionamento quanto à aplicação do princípio da insignificância.

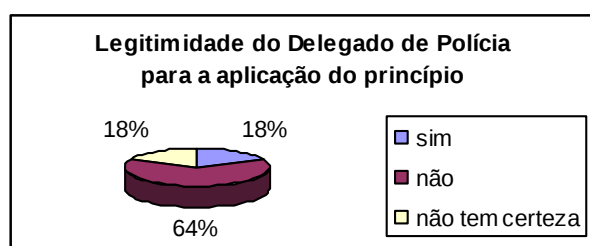
Foi elaborado um questionário aos Delegados de Polícia, que direta o indiretamente atuam na Central de Flagrantes do 2º Distrito Policial com a finalidade de verificar na prática o entendimento deles acerca da teoria e prática do princípio da insignificância na situação de flagrante. Os resultados obtidos foram os seguintes:

1 – Você conhece o Princípio da Insignificância?



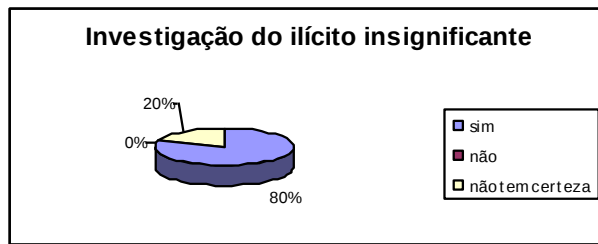
Fonte: Pesquisa de Campo (2006) Gráfico 1

2 - O Delegado de Polícia tem legitimidade para aplicar o princípio da insignificância quando da prisão em flagrante?



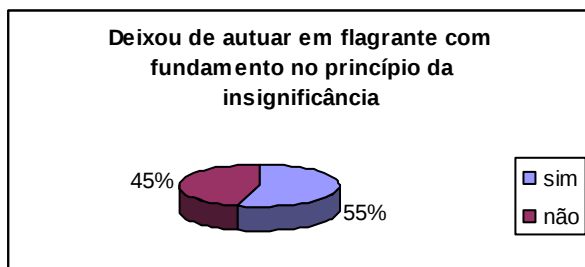
Fonte: Pesquisa de Campo (2006) Gráfico 2

3 - O ilícito insignificante deve ou não ser investigado?



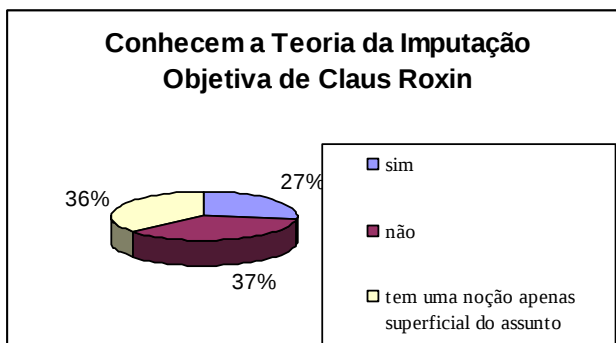
Fonte: Pesquisa de Campo (2006) Gráfico 3

4 - Alguma vez você deixou de atuar alguém em flagrante com fundamento no princípio da insignificância?



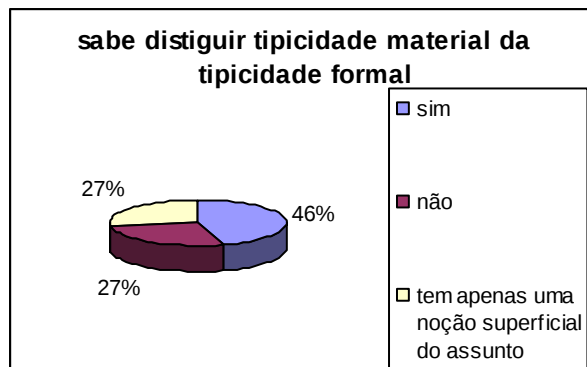
Fonte: Pesquisa de Campo (2006) Gráfico 4

5 – Você conhece a Teoria da Imputação Objetiva de Claus Roxin?



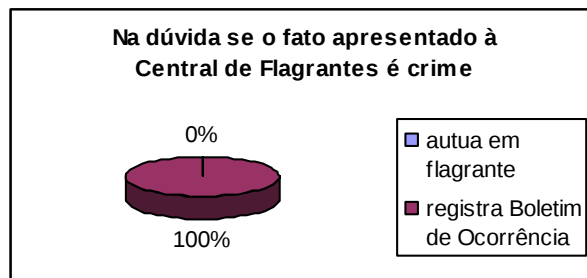
Fonte: Pesquisa de Campo (2006) Gráfico 5

6 – Você sabe distinguir a tipicidade formal da tipicidade material?



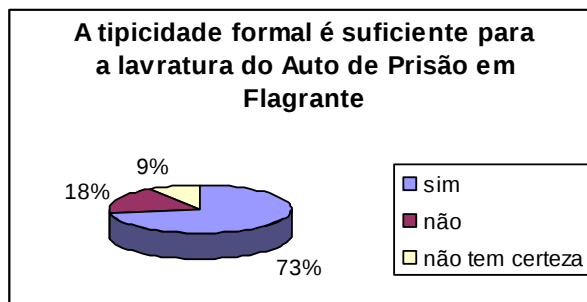
Fonte: Pesquisa de Campo (2006) Gráfico 6

7 - Na dúvida sobre se o fato apresentado à Central de Flagrantes constitui crime ou não, você autua em flagrante mesmo assim ou registra Boletim de Ocorrência, para apuração em Inquérito Policial?



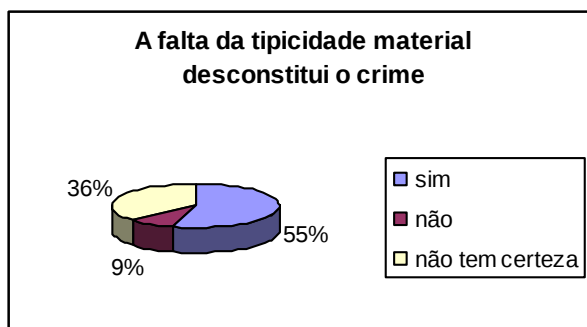
Fonte: Pesquisa de Campo (2006) Gráfico 7

8 - A tipicidade formal é suficiente para a lavratura do Auto de Prisão em Flagrante?



Fonte: Pesquisa de Campo (2006) Gráfico 8

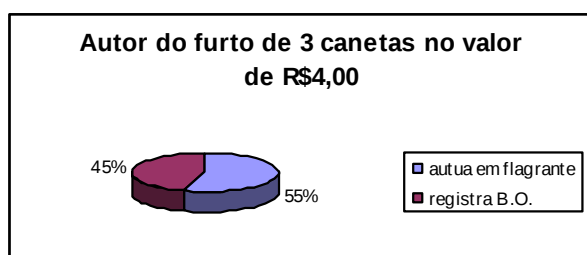
9 - A falta da tipicidade material desconstitui o crime?



Fonte: Pesquisa de Campo (2006) Gráfico 9

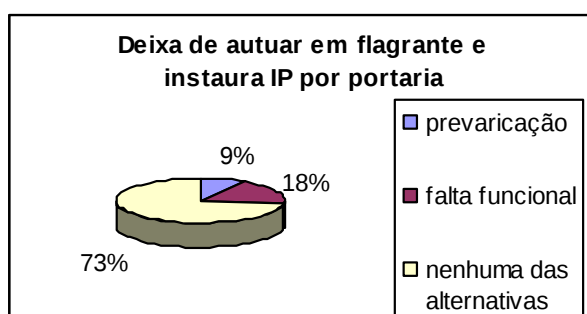
10 - Hipótese: Um indivíduo foi conduzido pela polícia militar algemado e apresentado como o autor de furto 3 de canetas, no valor total de C\$ 4, 00 (Quatro Reais) de um Supermercado, em situação de flagrância:

I - Você lavra o Auto de Prisão em Flagrante ou registra Boletim de Ocorrência? Caso contrário, quais medidas sugere sejam tomadas?



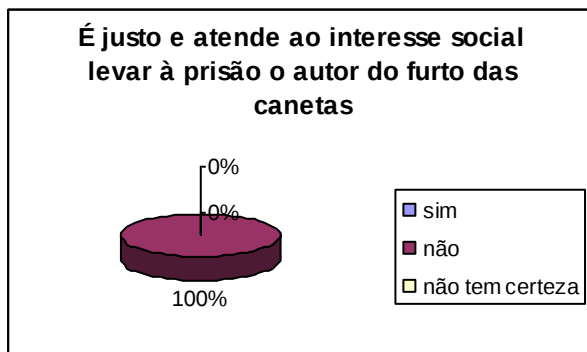
Fonte: Pesquisa de Campo (2006) Gráfico 10

II - Se o Delegado optar por não lavrar o Auto de Prisão em Flagrante, e preferir Registrar o Boletim de Ocorrência para instauração de Inquérito Policial por portaria, ele estará cometendo crime de prevaricação ou estará ele cometendo uma falta funcional passível de punição Administrativa ou nenhuma das alternativas?



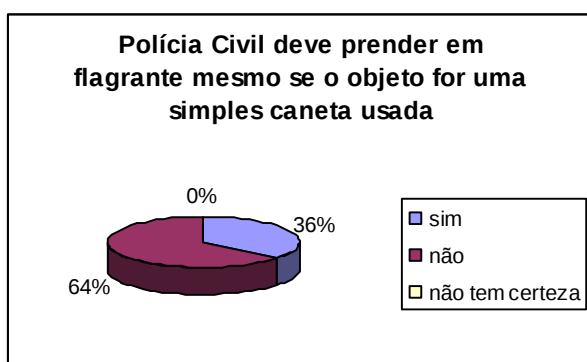
Fonte: Pesquisa de Campo (2006) Gráfico 11

III - Em sua opinião, é justo e atende ao interesse social levar à prisão o autor do furto das canetas, sendo tal conduta fato não reiterado?



Fonte: Pesquisa de Campo (2006) Gráfico 12

IV - Em sua opinião, a Polícia Civil deve prender em flagrante qualquer pessoa que seja surpreendida furtando qualquer objeto, mesmo que seja uma simples caneta usada?



Fonte: Pesquisa de Campo (2006) Gráfico 13

4. INTERPRETAÇÃO DOS RESULTADOS

4.1 A subsunção formal difere da adequação típica material

Ao Direito Penal está reservado o sancionamento dos ilícitos cuja gravidade exige que tenham reprimenda asseverada como forma a coibi-los, tendo em vista o peculiar rigor da sanção respectiva.

A aceitação da tipicidade material restringe a gama de condutas até então disciplinadas pela lei penal. Para haver a necessidade de aplicação da sanção penal a tipicidade formal por si só não é o suficiente. O fato identificado como sendo unicamente formalmente típico tem a aparência de crime, entretanto, não o é, uma vez que seria

desproporcional a aplicação de uma sanção penal a um fato materialmente irrelevante no mundo factual.

O fato formalmente típico é aquele que corresponde à definição legal de crime sem levar em conta a realidade do mundo dos fatos. Assim, se alguém subtrai para si um palito de fósforo, formalmente cometeu o crime de furto. A importância em distinguir a tipicidade formal e tipicidade material está na compreensão exata da finalidade da lei, qual seja atender aos seus fins sociais. O elemento empírico é o cerne da tipicidade material. Através de sua análise é que se evidenciará o grau de lesividade ou risco de lesividade do bem juridicamente protegido pela lei penal. A conduta do agente deverá expor à risco proibido o bem juridicamente tutelado, e mais, deverá ser a causa de dano ou do perigo de dano relevante que exija uma reprimenda do Direito Penal. No furto de um palito de fósforo podemos extrair dados empíricos importantes. O valor de um palito de fósforo não afetará o patrimônio da vítima ao ponto de ser um dano relevante que exija reprimenda do Direito Penal. Destarte, para a tipicidade material além da adequação do fato à letra da lei, dados do fato concreto devem ser levados em consideração: O grau de ofensividade da conduta e a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado. Podemos concluir que o furto de um palito de fósforo não constitui fato materialmente típico apesar de formalmente ser um crime.

De acordo com a pesquisa de campo realizada 64% dos Delegados da Central de Flagrantes afirmaram conhecer o princípio da insignificância sendo que, 27% afirmaram ter conhecimento superficial da matéria e 9% não souberam informar nenhum dado referente aos fundamentos teóricos pertinentes. Nesta pesquisa 27% dos Delegados de Polícia que atuam direta ou indiretamente na Central de Flagrantes do 2º Distrito Policial de Aparecida de Goiânia não souberam distinguir tipicidade material da tipicidade formal, outros 27% demonstraram conhecimento relativo do assunto, entretanto, somente 46% souberam conceituar tais institutos jurídicos.

Tipo legal não é a mesma coisa que tipo penal. Subsunção formal não é adequação típica material. O Direito penal já não se coaduna com a dogmática formalista do século XX. Por força do princípio da intervenção mínima nem toda ofensa ao bem jurídico merece sanção penal. Os critérios de política criminal (intervenção mínima, por exemplo) fazem parte do Direito penal (Roxin). Esse é o novo Direito penal, que se mostra antagônico frente ao Direito penal formalista e literalista do século passado.

Segundo às teorias apontadas duas são as hipóteses de insignificância no Direito penal: (a) insignificância da conduta; (b) insignificância do resultado.

Para melhor elucidar podemos verificar que no delito de arremesso de projétil (CP, art. 264: "Arremessar projétil contra veículo, em movimento, destinado ao transporte público por terra, por água ou pelo ar: pena – detenção de 1 a 6 meses"), quem arremessa contra um ônibus em movimento uma bolinha de papel pratica uma conduta absolutamente insignificante. Outro exemplo interessante que justifica a aplicação da doutrina aqui esplanada é encontrado no delito de inundação (CP, art. 254: "Causar inundação, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem: pena – reclusão de 3 a 6 anos, no caso de dolo, ou detenção de 6 meses a 2 anos, no caso de culpa"), quem joga um copo d'água numa represa de 10 milhões de litros de água pratica uma conduta absolutamente insignificante.

Segundo a teoria finalista da ação o crime é definido como o fato típico, antijurídico e culpável. A inovação proposta pelas teorias da imputação objetiva de Roxin e constitucionalista da ação de Luiz Flávio Gomes, é a humanização do Direito Penal através do reconhecimento da relevância do elemento empírico essencial de cada comportamento humano.

Depreende-se da pesquisa de campo que a despeito de 55% dos Delegados entender que a falta da tipicidade material desconstitui o crime, 73% afirmaram que a tipicidade formal é suficiente para a lavratura do Auto de Prisão em Flagrante. Apenas 9% afirmaram que a falta da tipicidade material desconstitui o crime, sendo que 36% não têm certeza sobre a desconstituição. De outro lado, 9% dos entrevistados não souberam dizer se a tipicidade formal por si só é suficiente para a lavratura do auto e 18% concordaram que a tipicidade formal isolada não dá base à autuação.

4.2 O que é insignificante não pode ser objeto de ação do Direito Penal

Procurando referência da questão do princípio da significância com divulgação pela imprensa, encontramos uma reportagem publicada pela revista ISTOÉ n. 1702, de 15.05.02, p. 44 na qual Madi Rodrigues noticiou: Izabel tem 38 anos. É empregada doméstica. Subtraiu do seu patrão uma cebola, uma cabeça de alho e um tablete de caldo de carne. Total da subtração: R\$ 4,00. O delegado de polícia (Márcio Barros de Campos) lavrou a prisão em flagrante e disse: "Ela vai responder por furto sim. O flagrante está perfeito". Tal resposta foi motivo de críticas ao trabalho da Polícia Civil, uma vez que a razoabilidade evidencia que o que é insignificante não deve ser resolvido pelo Direito penal. O furto de uma cebola e uma cabeça de alho só é formalmente típico, não, porém, materialmente. Está, portanto, fora do Direito

penal. Deve ser solucionado com o direito trabalhista, civil etc., jamais com o instrumento mais terrível com que conta o sistema de controle social.

Nas hipóteses acima elencadas, o risco criado (absolutamente insignificante) não pode ser imputado à conduta (teoria da imputação objetiva em conjugação com o princípio da insignificância). Estamos diante de fatos atípicos.

No delito de furto (CP, art. 155), quem subtrai uma cebola e uma cabeça de alho, que totaliza R\$ 4,00, pratica uma conduta relevante (há desvalor da ação) mas o resultado jurídico (a lesão) é absolutamente insignificante (não há desvalor do resultado). Também nessa hipótese o fato é atípico. Não há incidência do Direito penal.

A grande preocupação que poderia sugerir a teoria tem o ponto central em uma questão: Mas ficaria impune o autor do fato insignificante? Não. Devem recair sobre ele todas as sanções civis (indenização), trabalhistas (despedida do empregado, quando o caso) etc. O que não se justifica é a aplicação do Direito Penal. Segundo bem assinalou o professor Luiz Flávio Gomes (2002, *online*):

Não devemos utilizar o canhão para matar um passarinho! Os tribunais brasileiros estão reiterando decisões acatando o princípio da insignificância fundado na falta da tipicidade material. Ninguém pode ser processado por isso. O correto, portanto, em razão da atipicidade penal do fato, é arquivar o caso logo no princípio. O delegado faz um simples boletim de ocorrência e o promotor pede o arquivamento. E se o promotor denunciar? Cabe ao juiz rejeitar a denúncia, com base no art. 43, I, do CPP ("a denúncia ou queixa será rejeitada quando o fato narrado evidentemente não constituir crime"). (GOMES, Luiz Flávio. Prisão por furto de uma cebola. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002, *online*)

Apresentado um caso semelhante aos Delegados entrevistados (flagrante de furto de 3 canetas no valor de R\$4,00 de um Supermercado), 55% lavrariam o Auto de Prisão em Flagrante, enquanto que 45% registrariam Boletim de Ocorrência.

No que se relaciona com a admissibilidade do princípio da insignificância no Direito penal já não há o que se discutir. Dos fatos mínimos (dos delitos de bagatela) não deve cuidar o juiz (*minima non curat praetor*). Esse importante princípio, já aplicado no tempo do direito romano e recuperado depois da segunda guerra por Roxin (GOMES, 2002, *online*, *apud* Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, em JUS, 1964, p. 373 e ss.), vem sendo reconhecido amplamente pelos juízes e tribunais, especialmente nos delitos de descaminho, furto etc.

Consequências práticas: ninguém pode ser preso em flagrante por fato absolutamente insignificante (por ser atípico).

Apenas 27% dos Delegados entrevistados conhecia a Teoria da Imputação Objetiva de Claus Roxin, 37% não tinha nenhuma informação a respeito do tema e, 36% apresentou apenas conhecimento superficial.

4.3 O Direito Penal Finalista se apresenta como etapa evolutiva já ultrapassada e inadequada na solução de conflitos sociais de ordem criminal.

É fato notório que a prisão em flagrante de Izabel é fruto de um equívoco. O ensino jurídico em nosso país está a quem das transformações sociais da atualidade. A inovação do ensino jurídico deve priorizar a atualização quanto às transformações do fato social. O Direito Penal Brasileiro está preso aos conceitos vigentes ainda no período da Segunda Guerra Mundial. É importante ressaltar que o delegado agiu da forma como agiu porque aprendeu na faculdade ser um legalista positivista. Esse modelo de ensino jurídico (e de Direito penal) já morreu, segundo as palavras do professor Luiz Flávio Gomes:

Mas se já morreu, porque o delegado continua lavrando flagrante no caso do furto de uma cebola? A resposta é simples: morreu, mas ainda não foi sepultado! O modelo clássico e proveito de Direito penal é como elefante: dar tiros nele é fácil, difícil será sepultar o cadáver.

O delegado, o juiz e o promotor que seguem o velho e ultrapassado modelo de Direito penal (formalista, legalista), no máximo aprenderam o Direito penal do finalismo (que começou a ficar decadente na Europa na década de 60 exatamente por ser puramente formalista). Apesar disso, ainda é o modelo contemplado (em geral) nos manuais brasileiros e é o ensinado nas faculdades de direito.

Nosso ensino jurídico (no âmbito penal) está atrasado em mais de três décadas. Depois do finalismo de Welzel três novas etapas de evolução no delito já ocorreram: (a) a teoria racional-final de Roxin; (b) a teoria funcionalista sistêmica de Jakobs; (c) teoria constitucionalista do delito[...] (GOMES, Luiz Flávio. Prisão por furto de uma cebola . Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002, online)

A sociedade e a mídia são veementemente críticas da ação de Delegados de Polícia que efetuam a prisão em flagrante fundada em condutas formalmente típicas, mas desprovidas de materialidade típica. Estes profissionais não podem ser vistos como veículos da injustiça e da truculência, ademais, não podem fechar os olhos para o verdadeiro sentido da lei por receio de ousar a interpretá-la além dos limites gramaticais.

Levar ao cárcere pessoas que, a título de exemplo, furtaram cebolas, uma capa de celular, que cortaram uma lasca de árvore da flora protegida para fazer chá, não atende aos clamores de justiça soerguidos pela sociedade brasileira. O Direito Penal não é a solução para

todos os males do desequilíbrio social. Não é com a prisão que a sociedade brasileira resolverá os problemas sócio-econômicos do país.

Questionados sobre a justiça e se a prisão do autor do furto das canetas, na hipótese apresentada, atenderia ao interesse social, 100% dos Delegados da Central de Flagrantes afirmaram categoricamente que "não".

Não havendo a tipicidade material comprovada, então, não há crime. Muito menos justifica uma prisão em flagrante.

4.4 A incerteza quanto à tipicidade material do fato e a prisão em flagrante

A incerteza, a dúvida quanto à autoria ou quanto à materialidade do delito resulta na impossibilidade da lavratura do Auto de Prisão em Flagrante. Esta medida por ser mais gravosa, uma vez que cerceia de imediato a liberdade do indivíduo, não pode estar fundamentada em mera suspeita.

A pesquisa de campo apontou a unanimidade dos Delegados da Central de Flagrantes do 2º DP no caso de haver dúvida sobre a tipicidade do fato apresentado à Central de Flagrantes: 100% dos Delegados manifestaram no sentido da não lavratura do Auto de Prisão em Flagrante, preferindo o Registro de Ocorrência e a instauração de Inquérito Policial por portaria.

Quando a incerteza recai na própria existência do crime a questão deve ser analisada com extrema cautela, uma vez que, no momento da lavratura do auto de prisão em flagrante, a possibilidade de incidir comandos de direito constitucional da liberdade pode ocorrer e devem ser respeitados e ainda preponderar sobre quaisquer outros comandos jurídicos. Em um Estado democrático de direito não pode haver espaço para o rigorismo cego e autoritário da parêmia "*in dubio pro societati*" como reação automática da Polícia Civil.

4.5 O poder discricionário da autoridade policial

A atividade desenvolvida pelo Delegado de Polícia está intrinsecamente vinculada ao direito constitucional de liberdade. O Delegado de Polícia é o primeiro receptor do caso em concreto, sendo-lhe compelido pelo ordenamento jurídico agir com cautela e prudência ante a íntima proximidade das suas atribuições para com o direito fundamental da liberdade.

Cabe ao Delegado de Polícia apreciar com a devida prudência o direito à liberdade do indivíduo, em todas aquelas hipóteses em que for possível a sua restrição, que são

hipóteses de extrema excepcionalidade. Toda a atividade policial, por sua natureza, em tese, possui o condão de tolher o direito à liberdade do indivíduo. Esse direito fundamental é, de fato, princípio constitucional, compreendendo ele uma das chaves de todo o nosso sistema normativo. Por isso, precisa ser visto como critério maior, mormente no campo penal.

Tratando de tema semelhante, o Delegado de Polícia, Roger Spode Brutti, em sua obra "O princípio da Insignificância e sua aplicabilidade pela Polícia Judiciária" (2005, online) concluiu:

E se é pacífico que o próprio Estado-juiz não pode olvidar de observar com a máxima cautela esse direito constitucional, também o deve ser pela Autoridade Policial, pois não é fadado a esta cometer abusos manifestos contra os direitos da pessoa humana, sob o argumento de que não lhe é conferido pela norma competência para se levar a efeito, de acordo com o seu discernimento, a medida mais adequada ao caso concreto... As Autoridades Policiais, por suposto, constituem-se agentes públicos com labor direto frente à liberdade do indivíduo. É da essência das suas decisões, por isso, conterem inseparável discricionariedade, sob pena de cometerem-se os maiores abusos possíveis, quais sejam, aqueles baseados na letra fria da Lei, ausentes de qualquer interpretação mais acurada, separadas da lógica e do bom senso.

À semelhança do ato jurisdicional, o ato administrativo praticado pelo Delegado de Polícia deve ter fundamentação plausível, uma vez que, esta é elemento sempre unificado ao ato discricionário da Autoridade Policial. Mencionado ato será sempre legítimo, se devidamente fundamentado. De fato, dentro do nosso ordenamento encontra-se o princípio elementar da proporcionalidade, com raiz na lógica e no bom senso, exigindo-se que o *decisum* respectivo seja como já foi dito fundamentado, à luz do princípio do livre convencimento motivado.

O crime requer para sua existência não somente a tipicidade formal (a adequação do fato à letra da lei), mas, também, a tipicidade material (a efetiva e relevante lesão ao bem jurídico). Faltando o requisito da tipicidade material o fato sai da esfera do Direito Penal e repousa em outros estatutos do Direito tais como a Reparação Civil, Responsabilidade Administrativa, reclamação trabalhista, execução fiscal etc.

A Teoria da Imputação Objetiva dispensa critérios baseados na subjetividade do intérprete ou do aplicador da lei, e traz para o mundo dos fatos a fonte de informações necessárias à responsabilização do autor de um delito. A responsabilização em um primeiro momento é feita de forma objetiva, uma vez que, pela criação de um risco proibido ele causou lesão ou perigo de lesão juridicamente relevante ao bem jurídico penalmente tutelado. Aí se dá a análise da conduta perpetrada pelo autor quanto ao seu grau de ofensividade. Ademais é

verificada a modificação na situação jurídica do ofendido quanto à gravidade da lesão ou do risco de lesão que veio a sofrer.

4.6 A interpretação da norma penal segundo o princípio da lesividade.

A lei penal deve ser entendida e aplicada segundo a transformação social. Verifica-se que a interpretação da lei penal levando-se em conta os elementos empíricos dispensa uma gama de fatos formalmente típicos sem relevância jurídica material, os quais saem da sua esfera. O instituto do princípio da insignificância caracteriza-se como apoio eficaz para a descriminação, sendo claro seu valor na compreensão e interpretação das normas penais, avalizando a equiparação da lei penal à dinâmica social. Essa idéia proporciona gênese a uma modificação na nossa estrutura científico-penal atual.

A intervenção penal só será legítima, pois, se houver lesividade. Um método de interpretação puramente gramatical já não possui mais o condão de se promover justiça social. O Delegado de Polícia, Roger Spode Brutti citou Maurício Antônio Ribeiro Lopes, em sua susomencionada obra que corrobora esse raciocínio ao afirmar:

Através do princípio da lesividade, só pode ser penalizado aquele comportamento que lesione direitos de outrem e que não seja apenas um comportamento pecaminoso ou imoral; o direito penal só pode assegurar a ordem pacífica externa da sociedade e além desse limite não está legitimado e nem é adequado para a educação moral dos cidadãos. As condutas puramente internas ou individuais, que se caracterizem por ser escandalosas, imorais, esdrúxulas ou pecaminosas, mas que não afetem nenhum bem jurídico tutelado pelo Estado, não possuem a lesividade necessária para legitimar a intervenção penal.(BRUTTI, 2005, online, *apud* LOPES)

Os referidos doutrinadores apontam com maestria que os direitos fundamentais devem ser a base para a proporcionalidade da incidência do Direito Penal. O princípio da ofensividade - *nullum crimen sine iniuria* -, como postulado político-criminal nuclear que emana do conjunto axiológico-normativo do Estado Constitucional de Direito, ancorado nos direitos fundamentais deve levar em consideração o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos. Desse modo, passa a ofensividade constituir a essência do modelo de delito (de injusto) compreendido como fato (típico) "objetivamente" ofensivo, é dizer, fato merecedor da sanção penal porque causou uma lesão ou perigo de lesão ao bem tutelado.

Surgiu para o tipo penal, então, o próprio fato material. De tal modo, foi possível a constatação de uma tipicidade material tão importante quanto àquela formal, senão até mais formidável por comportar a idéia de danosidade social.

Nem sempre, o crime formalmente típico é materialmente típico. A verificação da tipicidade material cabe no primeiro momento da prisão em flagrante ao Delegado de Polícia. Às vezes, ocorrem dúvidas quanto a configuração da tipicidade material, neste caso o Auto de Prisão não pode ser lavrado. O princípio constitucional de liberdade deve prevalecer, entretanto, isto não significa que a investigação sobre a conduta perpetrada tenha encerrado.

A aplicação do princípio da insignificância não traduz que o autor de um pequeno furto ficará impune. O ato perpetrado com tipicidade formal deverá ser investigado, entretanto, com a finalidade de se verificar se aquela conduta é praticada de forma contumaz e se ela tem relevância no contexto social a exigir uma reprimenda do Direito Penal.

4.7 A discricionariedade e a lavratura do auto de prisão em flagrante

Consubstanciando a questão dos atos administrativos principalmente quanto à conveniência de sua prática o administrativista Hely Lopes Meirelles ensina:

Tanto nos atos vinculados como nos que resultam da faculdade discricionária do Poder Público, o administrador terá de decidir sobre a conveniência de sua prática, escolhendo a melhor oportunidade e atendendo a todas as circunstâncias que conduzam a atividade administrativa ao seu verdadeiro e único objetivo – o bem comum. (Meirelles, 1993, p.143/144).

Para o fim de elucidar a aplicação do juízo de valor exercido pelo Delegado de Polícia quanto à lavratura do Auto de Prisão em flagrante houve uma decisão importante do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. A referida decisão evidencia a legitimidade do Delegado de Polícia para decidir entre autuar em flagrante ou não. Consta do Julgamento catalogado na RT 679/351, onde os julgadores concluíram que a determinação da lavratura do auto de prisão em flagrante pelo delegado de polícia não se constitui em um ato automático, a ser por ele praticado diante da simples notícia do ilícito penal pelo condutor. Em face do sistema processual vigente, o Delegado de Polícia tem o poder de decidir da oportunidade ou não de lavrar o flagrante.

Por ocasião desse *decisum* colegiado, fica clara a faculdade do Delegado de Polícia em, nas hipóteses de flagrante delito, levar a efeito, conforme o seu juízo de valor, a melhor decisão que lhe surgir a consciência, vertendo para a lavratura do auto ou não, consoante sua apreciação daquilo que for mais conveniente e oportuno diante do caso em concreto.

Segundo as respostas apresentadas pelos Delegados entrevistados nesta pesquisa, se o Delegado optar por não lavrar o Auto de Prisão em Flagrante, e preferir Registrar o Boletim de Ocorrência para instauração de Inquérito Policial por portaria: 9% afirmaram estar o Delegado cometendo crime de prevaricação, 18% cometendo falta funcional e, 73% nenhuma das hipóteses acima em vista da discricionariedade do ato.

Não há dúvidas quanto a importância de atender os princípios constitucionais garantidores da liberdade individual. O poder Estatal deve se ater de cometer abusos em nome de uma interpretação fria da lei por parte de seus operadores. Expressando idêntico entendimento afirmou o Delegado de Polícia Paulista:

O encarceramento da pessoa humana é medida extremada e, dentro de um sistema jurídico obviamente pautado pela lógica e pelo bom senso, com regras legais postas ao julgador, a fim de serem interpretadas em harmonia umas com as outras, com princípios para a solução de eventuais antinomias e, até mesmo, anomias, não se pode aceitar como crível que se leve a efeito pela Polícia, e seja referendado pelo Judiciário, atos desvirtuados de uma mínima lógica... Há hipóteses em que a insignificância da ofensa ao bem jurídico tutelado não justifica édito condenatório e muito menos, então, encarceramento prévio ao início da ação penal (isso, se esta, de fato, vier a ser proposta pelo parquet). (BRUTTI, 2005, *online*)

O efeito principal da aplicação do princípio da insignificância na primeira fase da persecução penal é evitar a lavratura do Auto de Prisão em flagrante, entretanto, deverá ser registrado um boletim de ocorrência que poderá ensejar a abertura de Inquérito Policial iniciado por portaria do Delegado de Polícia.

Solicitada a opinião dos entrevistados se a Polícia Civil deve prender em flagrante mesmo se o objeto for de nenhuma expressividade econômica, como uma simples caneta usada, 64% disseram não e 36 % disseram sim.

4.8 Circunstâncias objetivas e subjetivas do caso concreto devem ser consideradas de forma a não dar ensejo à impunidade.

No entanto, na aplicação do princípio da insignificância, deve-se utilizá-lo com cautela, considerando insignificante apenas aquilo que realmente o é, sendo que há a necessidade de serem observadas as circunstâncias objetivas e subjetivas que envolvem o caso concreto, impedindo-se que seu conteúdo possa vir a ser uma porta aberta à impunidade.

A incidência da insignificância exclui a tipicidade, mas só pode ser estabelecida mediante consideração conglobada da norma. Em outras palavras:

O fato torna-se irrelevante, em virtude da presença de todos os requisitos bagatelares (resultado, conduta e culpabilidade bagatelares), tornando-se a pena desnecessária. Sua dispensa, nesse caso, não chega a afetar o seu aspecto preventivo geral. (GOMES, 2001, p.10)

Ao avesso do que suscitam alguns, a aplicabilidade do princípio da insignificância não gera impunidade, mas sim reflete a verdadeira garantia da função do Direito Penal. Trata-se de um aparelho de interpretação restritiva, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial, a proposição político-criminal da imperatividade de descriminalização de condutas que, não obstante formalmente típicas, não atingem de forma relevante os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal.

Questionados sobre se o ilícito insignificante deve ou não ser investigado 80% dos Delegados da Central de Flagrantes foram uníssomos em afirmar que a investigação deve ser feita, 20% apenas, responderam não ter certeza sobre a sua necessidade.

Ocorrendo um pequeno furto, a título de ilustração cito o furto de algumas cebolas e temperos por uma empregada doméstica, a vítima solicita a ação da polícia que culmina com a prisão em flagrante da autora. Em seguida, a autora é levada presa até a Delegacia de Polícia. Não há dúvidas quanto à materialidade do delito ou quanto a autoria, assim, como não há dúvidas quanto à situação de flagrância. Na aplicação do princípio da insignificância, surpreendida no furto de gêneros alimentícios e condimentos, a empregada, não será levada à cela da cadeia pública e nem encaminhada para o sistema prisional que já se encontra no seu limite máximo há tempos. As providências preliminares consistem na lavratura do Boletim de Ocorrência, na apreensão da "res furtiva", na avaliação e entrega desta ao legítimo proprietário e, por fim, a possível instauração de Inquérito Policial via portaria. A investigação servirá para verificar se aquela conduta é reiterada de forma a colocar em risco a paz e a tranqüilidade da comunidade em que a autora encontra-se inserida. Concluindo-se que aquele fato perpetrado é isolado, não afetando a comunidade, relata-se o Inquérito e remete-o ao judiciário.

4.9 A legitimidade do Delegado de Polícia para dirimir hipóteses de cabimento do princípio da insignificância

Questionados sobre a legitimidade do Delegado de Polícia para a aplicação do princípio da insignificância quando da prisão em flagrante 64% dos entrevistados negaram a legitimidade, 18% reconheceram a legitimidade e 18% não posicionaram a respeito.

Nem sempre o fato levado à Delegacia de Polícia constitui ilícito penal, e assim, cabe ao Delegado de Polícia verificar cautelosamente se a questão se trata de ilícito penal ou não. Consequentemente, as partes interessadas serão orientadas a procurar o órgão competente para a solução da questão controversa, caso contrário, a autoridade formaliza a prisão em flagrante ou indícia a parte infratora em Inquérito Policial.

O Delegado de Polícia não tem poder jurisdicional e sim poderes administrativos que pela relevância, reflete diretamente na liberdade de quem esteja sendo investigado. O Poder de Polícia, por sua vez, é o engenho de frenagem de que dispõe a Administração Pública, para conter os abusos do direito individual. Por meio desse mecanismo, que é característico de toda Administração, o Estado (em significado amplo: União, Estados e Municípios) limita a atividade dos particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social.

Convém distinguirmos, neste ponto, a polícia administrativa da polícia judiciária. A polícia administrativa é aquela que incide sobre bens, direitos ou atividades, ao passo que a polícia judiciária incide sobre as pessoas. Desse modo, poder de polícia judiciária é privativa da Polícia Civil, enquanto que o poder de polícia administrativa difunde-se por todos os órgãos administrativos, de todos os Poderes e entidades públicas. A título de exemplo, quando a autoridade apreende uma carta de motorista por infração de trânsito, exercita ato de polícia administrativa. Agora, quando prende o motorista por infração penal, pratica, então, o ato de polícia judiciária.

Em face da apresentação do autor de um crime à Delegacia de Polícia cabe ao respectivo Delegado analisar e, fundamentadamente, concluir se o princípio da insignificância deve ser aplicado ou não. Esta decisão não tem efeito jurisdicional, e sim, administrativo, porquanto necessária é a valoração da prisão no aspecto da proporcionalidade da ofensividade da conduta e da gravidade do resultado com a necessidade do cerceamento da liberdade do investigado.

Segundo a pesquisa de campo, 55% dos Delegados da Central de flagrantes do 2º DP de Aparecida de Goiânia, alguma vez deixou de autuar alguém em flagrante com fundamento no princípio da insignificância, sendo que 45% afirmaram jamais ter aplicado o princípio.

4.10 A reiteração da conduta delitiva: descon sideração do princípio da insignificância

A razoabilidade é princípio intrínseco a todo ato praticado com equidade, assim, não se pode conceber o exagero da ação de investigar, e admitir a prisão em flagrante em delitos apenas formalmente típicos, os quais, à primeira vista, podem até constituir objetos de outras esferas do direito. Em furtos famélicos, ou de itens de ínfimo valor em supermercados (como um barbeador descartável, um desodorante, etc.), v.g., não se justifica a prisão do sujeito, a menos que reiteradas de maneira intolerável. Os pequenos delitos reiterados importunam a ordem social e por isso devem ser coibidos, e assim, exigem que haja investigação pela Polícia Civil daquele ato que, aparentemente singular, sem relevância jurídica material para o caso específico, mas que no contexto social, pela reincidência passa a ter relevância jurídica e social.

De fato, em um regime democrático de direito, deve ser considerado o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção. Há de ser observada, em cada caso concreto, a individualização da pena.

O encarceramento do indivíduo não é um fim em si mesmo, mas uma consequência, donde há de ser observado um nexos, um liame entre a ação considerada antijurídica e a natureza ou intensidade da resposta estatal.

Se o furto de um pequeno objeto, tal como um lápis, é irrelevante do ponto de vista da tipicidade material, entretanto não o é, se a conduta de furtar lápis for reiterada dentro de um grupo social a tal ponto de perturbar a ordem e a tranqüilidade públicas. O desiderato da custódia cautelar é retirar de circulação sujeitos que, pela sua conduta irregular, oferecem risco à sociedade. Em síntese, o risco, inexoravelmente, precisa abalar a ordem pública, quer seja pela intensidade da ofensa, quer seja pela reiteração de um conjunto de ofensas. Há, destarte, que tratarmos desigualmente os desiguais. Assim, pois, encarcerar-se, por meio da prisão em flagrante, o autor de um homicídio ou de um roubo é atitude equânime com a gravidade de referidas ofensas. Todavia, ainda em hipóteses como as acima aludidas, o autor, momentos após a prisão, poderá sair do cárcere, por meio do relaxamento da sua custódia pelo Juízo competente, caso não estejam presentes os requisitos da manutenção preventiva da sua prisão, fulcro no que dispõe o art. 312 do Código de Processo penal.

Não se pode olvidar que cabe ao Delegado de Polícia ao recepcionar a questão que envolva tipicidade material irrelevante exercer o juízo de valor. Não se pode tratar indistintamente os casos da vida real quando a liberdade de um ser humano está em risco. Não é difícil concluir que em infrações materialmente atípicas, devido à insignificância da ofensa ao bem jurídico tutelado, o relaxamento da prisão ocorrerá inexoravelmente. Percebe-se que aquele primeiro ato (prisão) levado a cabo pela Polícia Judiciária indistintamente, tanto em

relação aos crimes graves como em relação aos materialmente atípicos, é tratar de forma igual situações absolutamente desiguais.

A conclusão a que podemos chegar é que interessa ao Estado Democrático de Direito, desde o princípio de sua ação na apuração de delitos, respeitar o direito constitucional da liberdade:

Assim, é sustentável, à luz do sistema jurídico pátrio, que é um conjunto de leis e de princípios que se entrelaçam sob a égide dos ditames maiores lançados pela nossa Constituição Federal, que a Autoridade Policial possa, por meio da sua discricionariedade ínsita, não lavrar flagrante acerca de infrações que são, em tese, materialmente atípicas... O decisor de valoração a ser levado a efeito pela Autoridade Policial bastará que contenha fundamentação razoável, fulcro no princípio da persuasão racional, como, de resto, é a atribuição de todos aqueles que levam a efeito atos administrativos em geral. (BRUTTI, 2005, *online*)

4.11 O princípio da insignificância deve ser aplicado quando da prisão em flagrante, contudo, não dispensa a investigação policial quanto ao fato e o seu agente.

A legitimidade do Delegado de Polícia se restringe apenas na decisão de proceder ao auto de prisão em flagrante.

O Delegado de Polícia não pode deixar de proceder a investigação de um fato tido como formalmente típico. À primeira vista, pela pouca ofensividade ou irrelevante prejuízo à vítima, pode até parecer não ter tipicidade material, entretanto, a investigação deve ser feita e verificar se aquele ato aparentemente singular não esta sendo reiterado e tendo proporção social a exigir reprimenda penal.

À par da grande contribuição para este trabalho dos excertos da obra do Delegado de Polícia Roger Spode Brutti (O princípio da insignificância e sua aplicabilidade pela Polícia Judiciária . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 899, 19 dez. 2005), existem alguns pontos divergentes com o desenvolvimento desta pesquisa. Conclui que, verificado que o fato é atípico, precariamente vale, para o deslinde da questão, a personalidade do réu, inclusive porque, na ocasião da tipicidade, o Direito Penal é um direito do fato e não do autor. Por fim, ressalta BRUTTI que, sendo assim, inconveniente qualquer check-up da personalidade do acusado quando se debater acerca do princípio da insignificância.

Não é pelo fato de ser o fato atípico que está justificado a sua não investigação. É cediço que nas Delegacias de Polícias constantemente chegam ocorrências de suicídio. Pela relevância material e jurídica do suicídio, apesar de não ser formalmente típico, investigações são realizadas para confirmar a veracidade das informações e checar se realmente a ocorrência se trata simplesmente de um suicídio ou de um homicídio camuflado.

A deliberada destruição da própria vida é um ato penalmente irrelevante, mas requer providências policiais para se apurar se não houve homicídio com simulação de suicídio ou crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio... a vida humana é indisponível, sendo ineficaz o consentimento da vítima, mesmo no caso de pedido expresso e formal de quem sofre e quer morrer. Por esse motivo, a eutanásia e a ortotanásia são punidas, embora com certo abrandamento (ROCHA, 2003, p. 144).

O legislador deixou a competência para o exercício do juízo de valor sobre a lavratura ou não do auto de prisão em flagrante ao Delegado de Polícia. Na dúvida quanto à materialidade do delito ou quanto a autoria o Delegado não autua, e assim, na dúvida se o fato apresentado possui além da tipicidade formal a tipicidade material, deverá exercer o juízo de valor, podendo desta forma, não autuar em flagrante, entretanto, o fato deverá ser registrado e a investigação deverá ser procedida no sentido de colher evidências quanto à tipicidade material. A investigação levará em consideração elementos empíricos que dará ao Ministério Público elementos suficientes para propor a ação penal como medida coerente na reprimenda do ilícito perpetrado.

O juízo de valor exercido pelo Delegado de Polícia na aplicação do princípio da insignificância, não deixará de chegar ao conhecimento da autoridade judiciária e nem da fiscalização do Ministério Público, conquanto, estará devidamente registrado, e tais informações serão encaminhadas com sucinta investigação às autoridades competentes.

4.12 Procedimentos policiais sumários

Não atende ao interesse social manter e custear, mesmo que temporariamente, o autor de um fato insignificante para a esfera criminal. A finalidade social da lei deve preponderar àquele que se apegue ao processualismo e se esquece do ser humano, destinatário final de todo o ordenamento jurídico. O princípio da insignificância é um tema atual e de grande importância no mundo jurídico, e, já não pode mais ser olvidado pelo Estado democrático de direito, mormente na esfera penal, nas mais diversas entrâncias e instâncias, incluindo-se a administrativa, porque, em primeiro lugar, afeta a liberdade; em segundo, porque a sociedade sempre clama por uma justiça mais célere, mais ágil e, conseqüentemente, mais justa.

A Polícia Judiciária é responsável pela primeira resposta penal à sociedade. A evidência do tema tratado, onde se defende a importância da aplicação de vanguarda do princípio da insignificância já na atividade policial, estampa-se como um tema de manifesta

relevância jurídica, não só pela sua aparente lógica, mas também em decorrência de ser assunto novel em nossa doutrina.

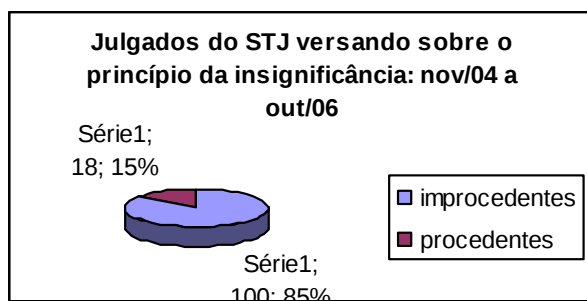
A garantia constitucional de que o cidadão não será preso há não ser em flagrante delito ou por mandado de prisão em virtude de decisão judicial fundamentada é que se faz necessário que o juízo de valor quanto à aplicação do princípio da insignificância seja feito pelo Delegado de Polícia, uma vez que é ele o primeiro receptor do caso na primeira fase da persecução penal.

Se no decorrer da investigação ficar evidenciado que a conduta perpetrada pelo investigado não é isolada, e sim, conduta reiterada, e se, no decorrer da investigação verificar-se o prejuízo à ordem pública, nada impede a representação pela prisão preventiva.

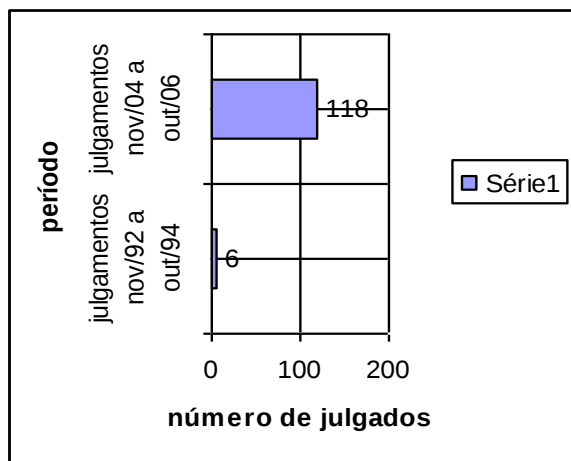
Não se justifica o temor de alguns Delegados de Polícia em aplicar o princípio da insignificância, uma vez que o zelo pela garantia constitucional da liberdade do cidadão jamais pode ser tido como prevaricação ou mesmo desídia funcional. A investigação deve ser feita normalmente sem que haja a injustiça de uma prisão decorrente de uma conduta que certamente será reconhecida como insignificante na esfera judicial.

4.13 Recentes julgados dos tribunais recepcionando a aplicação do princípio da insignificância na primeira fase da persecução penal

O Superior Tribunal de Justiça tem em seus arquivos 305 julgados que tratam do princípio da insignificância no período de Novembro de 1992 até Outubro de 2006. Houve 118 julgados no período correspondente a Novembro de 2004 a Outubro de 2006, sendo que 18 deles procedentes no acolhimento do princípio:

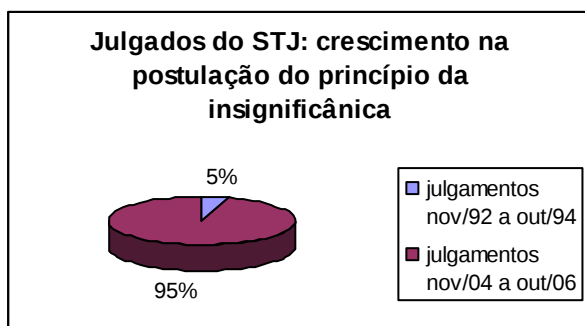


Fonte: Pesquisa Documental (2006) Gráfico 1



Fonte: Pesquisa Documental (2006) Gráfico 2

Assim, podemos calcular que neste período, 15% das ações digladiadas na Douta Corte Superior, referentes ao princípio da insignificância, obtiveram êxito no seu acolhimento. No período de Novembro de 1992 a Outubro de 1994 apenas 6 processos discutiram a aplicação do princípio. Destarte, no decorrer de pouco mais de duas décadas houve um crescimento considerável na postulação da tese:



Fonte: Pesquisa Documental (2006) Gráfico 3

No aspecto estatístico confrontando os dados entre os períodos citados, chegamos à conclusão de que, os julgamentos de Novembro/92 a Outubro/94 resultaram em apenas 5%. Em Novembro/2004 a Outubro/2006 o acréscimo de julgamentos foi de 95% , isto como base na soma dos processos que abordaram o princípio da insignificância nesses dois períodos.

A decisão que determina o arquivamento de inquérito policial, por atipicidade da conduta, pela falta da tipicidade material, tem força de coisa julgada material, conforme recente julgado do STJ em 07/03/06:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DESCAMINHO. ARQUIVAMENTO. INQUÉRITO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

REAVALIAÇÃO DO TRIBUTO. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. COISA JULGADA MATERIAL. RECURSO PROVIDO. O trancamento por atipicidade do fato, baseado na aplicação do princípio da insignificância, considerando um dado valor, que, posteriormente, se descobre equivocado, obsta a reabertura da ação e o oferecimento da denúncia. A decisão que determina o arquivamento de inquérito policial, por atipicidade da conduta, tem força de coisa julgada material. Recurso provido para determinar o trancamento da ação penal. (RHC 18.099/SC, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, SEXTA TURMA, julgado em 07.03.2006, DJ 27.03.2006 p. 333).

A verificação da lesividade mínima da conduta é apta a torná-la atípica. Assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça em recentíssimo julgado datado de 19/09/06:

CRIMINAL. RESP. TENTATIVA DE FURTO SIMPLES. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE RELEVÂNCIA PENAL. RECURSO DESPROVIDO. I. A aplicação do princípio da insignificância requer o exame das circunstâncias do fato e daquelas concernentes à pessoa do agente, sob pena de restar estimulada a prática reiterada de furtos de pequeno valor. II. A verificação da lesividade mínima da conduta, apta a torná-la atípica, deve levar em consideração a importância do objeto material subtraído, a condição econômica do sujeito passivo, assim como as circunstâncias e o resultado do crime, a fim de se determinar, subjetivamente, se houve ou não relevante lesão ao bem jurídico tutelado. III. Hipótese em que, além de se tratar de bem de valor reduzido, as circunstâncias e o resultado do crime demonstram a ausência de relevância penal da conduta, da qual não resultou lesividade econômica ou social. IV. Recurso desprovido. (REsp 832.044/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 19.09.2006, DJ 16.10.2006 p. 428)

Uma importante decisão do TJ/RS foi divulgada pela mídia e refletiu a relevância do tema para os aplicadores do direito. Ademais, o acórdão que trata da aplicação do princípio da insignificância no furto de algumas abóboras foi proferido de forma acalorada pelo relator:

É possível, para a felicidade deles, que os membros do Ministério Público não tenham serviço suficiente e podem "brincar" de recorrer das decisões desta e de outras Câmaras, o que é bastante inconveniente para nós desembargadores que, como é sabido, estamos com excesso de trabalho... No caso em exame (e somos obrigados a discutir a subtração de poucas abóboras, meus Deus!), o acórdão, como se verá infra analisou os fundamentos jurídicos aplicáveis à insignificância e concluiu por sua aplicação. Não houve nenhuma omissão, a não ser que os autores da petição de embargos, "porque não tem nada a fazer e o ócio cansa", querem o impossível: dispositivos legais a respeito. (Apelação-crime **nº70006845879**, do **TJ/RS**).

A teoria da Imputação Objetiva de Roxin bem como a teoria constitucionalista da ação, vem sendo gradativamente adotada pelos tribunais do país.

A adoção do princípio da insignificância traz à luz de recentes julgados dos tribunais, a proporcionalidade entre a reprimenda Estatal e a relevância da conduta tida por criminosa.

Muitas vezes os fundamentos das decisões que recepcionam o princípio da insignificância em instâncias superiores são ricos em críticas a ação desatualizada do sistema de persecução penal uma vez que além do desrespeito à liberdade constitucional, contribuem para sobrecarregar ainda mais o sistema judiciário.

Digno de nota foram os fundamentos de uma sentença prolatada pelo juiz Rafael Gonçalves de Paula nos autos nº 124/03 - 3ª Vara Criminal da Comarca de Palmas/TO, ao decidir o caso do furto de duas melancias:

Para conceder a liberdade aos indiciados, eu poderia invocar inúmeros fundamentos: os ensinamentos de Jesus Cristo, Buda e Ghandi, o Direito Natural, o princípio da insignificância ou bagatela, o princípio da intervenção mínima, os princípios do chamado Direito alternativo, o furto famélico, a injustiça da prisão de um lavrador e de um auxiliar de serviços gerais em contraposição à liberdade dos engravatados que sonégam milhões dos cofres públicos, o risco de se colocar os indiciados na Universidade do Crime (o sistema penitenciário nacional),...

Poderia sustentar que duas melancias não enriquecem nem empobrecem ninguém.

Poderia aproveitar para fazer um discurso contra a situação econômica brasileira, que mantém 95% da população sobrevivendo com o mínimo necessário.

Poderia brandir minha ira contra os neo-liberais, o consenso de Washington, a cartilha demagógica da esquerda, a utopia do socialismo, a colonização européia,....

Poderia dizer que George Bush joga bilhões de dólares em bombas na cabeça dos iraquianos, enquanto bilhões de seres humanos passam fome pela Terra – e aí, cadê a Justiça nesse mundo?

Poderia mesmo admitir minha mediocridade por não saber argumentar diante de tamanha obviedade. (SANTOS, 2006, *online*).

Pela aplicação do princípio da insignificância os tribunais estão consolidando o entendimento de que não havendo a tipicidade material, a par da formal, o fato deixa de ser crime, mesmo porque estaria faltando um dos elementos de sua definição legal. O tipo penal, na visão inovadora de juristas nacionais, não admite a ausência dos seus elementos empíricos.

5. CONCLUSÃO

Este trabalho apresenta uma análise da aplicação do Princípio da Insignificância, fundada na teoria de Claus Roxin sobre a Imputação Objetiva e Tipicidade Material, pela Central de Flagrantes do 2º Distrito Policial de Aparecida de Goiânia-GO. Foi dado enfoque especial à questão da lavratura do Auto de Prisão em Flagrante com a demonstração de dados referentes à complexidade do tema e do Direito correlacionado. A importância do tema objeto desta pesquisa é relevante no aspecto prático. Não existe até o presente momento, na Polícia Civil do Estado de Goiás, posicionamento quanto à aplicação do princípio da insignificância.

Verifica-se que há uma carência de estudos e debates a respeito da aplicação do princípio da insignificância frente aos trabalhos da Polícia Judiciária, ademais, não se pode olvidar a necessária exploração do tema como meio gradativo de aprimoramento dos mecanismos estatais de persecução penal. Hodiernamente, não cabe à Polícia Judiciária somente exercer a atividade repressiva contra o crime, mas, sobretudo garantir, desde o início da persecução penal, o direito constitucional de liberdade do investigado quando evidenciados os seus pressupostos. Nesta seara de atuação a autoridade policial deverá exercer juízo de valor sobre o caso concreto. Deve averiguar se o ato perpetrado possui somente tipicidade formal, irrelevante para esfera criminal sancionadora da liberdade, caso em que deverá deixar de lavrar o auto de prisão em flagrante.

Roxin analisou a combinação entre o normativismo e a referência empírica e concluiu que a virada do finalismo para os dados ontológicos levou a desenvolvimentos em parte corretos e em parte errôneos. Isto se deve ao fato de que todas as categorias do sistema do direito penal se baseiam em princípios reitores normativos e político-criminais, contudo, não contém a solução para os problemas encontrados na realidade fática. Deve, entretanto, os referidos princípios serem aplicados à "matéria jurídica" subsidiada aos dados empíricos para ao final se adequar à realidade. Esse procedimento, já numa perspectiva político-criminal leva a ação finalista ser considerada carente de complementaridade por outros dados empíricos. Fica evidenciado pela doutrina de Roxin que o Direito penal existe para cumprir determinados fins, existe em função desses fins, que são retratados nos princípios político-criminais da intervenção mínima, da exclusiva proteção de bens jurídicos, ofensividade, etc. As regras que fundamentam a teoria funcionalista são: a) a criação ou incremento de um risco proibido relevante; b) conexão direta entre esse risco e o resultado jurídico (o risco deve se realizar no resultado) e c) que esse resultado esteja no âmbito de proteção da norma. A imputação objetiva é um conjunto de regras e princípios que procura descobrir se o fato pode ser imputado ao agente, independentemente do seu dolo (do seu estado anímico ou subjetivo).

Geograficamente a cidade de Aparecida de Goiânia constitui área de intensa expansão populacional e proporcionalmente, vem apresentando traços marcantes dos desequilíbrios sócio-econômicos que refletem diretamente no índice de criminalidade. A Central de Flagrantes do 2º Distrito Policial é constituída de quatro grupos formados respectivamente por um Delegado de Polícia, escrivães e agentes. Apesar de ter sua circunscrição territorial definida, na verdade, ela abrange todos os sete Distritos Policiais da comarca de Aparecida de Goiânia, inclusive, às de competência das Delegacias Especializadas, da mulher, criança e adolescente, tóxico e homicídio. De acordo com a

pesquisa de campo realizada 64% dos Delegados da Central de Flagrantes afirmaram conhecer o princípio da insignificância sendo que, 27% afirmaram ter conhecimento superficial da matéria e 9% não souberam informar nenhum dado referente aos fundamentos teóricos pertinentes. Nesta pesquisa 27% dos Delegados de Polícia que atuam direta ou indiretamente na Central de Flagrantes do 2º Distrito Policial de Aparecida de Goiânia não souberam distinguir tipicidade material da tipicidade formal, outros 27% demonstraram conhecimento relativo do assunto, entretanto, somente 46% souberam conceituar tais institutos jurídicos.

A incerteza, a dúvida quanto à autoria ou quanto à materialidade do delito resulta na impossibilidade da lavratura do Auto de Prisão em Flagrante. Esta medida por ser mais gravosa, uma vez que cerceia de imediato a liberdade do indivíduo, não pode estar fundamentada em mera suspeita. A pesquisa de campo apontou a unanimidade dos Delegados da Central de Flagrantes do 2º DP no caso de haver dúvida sobre a tipicidade do fato apresentado à Central de Flagrantes: 100% dos Delegados manifestaram no sentido da não lavratura do Auto de Prisão em Flagrante, preferindo o Registro de Ocorrência e a instauração de Inquérito Policial por portaria. Quando a incerteza recai na própria existência do crime a questão deve ser analisada com extrema cautela, uma vez que, no momento da lavratura do auto de prisão em flagrante, a possibilidade de incidir comandos de direito constitucional da liberdade pode ocorrer e devem ser respeitados e ainda preponderar sobre quaisquer outros comandos jurídicos.

Em um Estado democrático de direito não pode haver espaço para o rigorismo cego e autoritário da parêmia "*in dubio pro societati*" como reação automática da Polícia Civil. À semelhança do ato jurisdicional, o ato administrativo praticado pelo Delegado de Polícia deve ter fundamentação plausível, uma vez que, esta é elemento sempre unificado ao ato discricionário da Autoridade Policial. Mencionado ato será sempre legítimo, se devidamente fundamentado. De fato, dentro do nosso ordenamento encontra-se o princípio elementar da proporcionalidade, com raiz na lógica e no bom senso, exigindo-se que o *decisum* respectivo seja como já foi dito fundamentado, à luz do princípio do livre convencimento motivado.

O Delegado de Polícia não tem poder jurisdicional e sim poderes administrativos que pela relevância, reflete diretamente na liberdade de quem esteja sendo investigado. O Poder de Polícia, por sua vez, é o engenho de frenagem de que dispõe a Administração Pública, para conter os abusos do direito individual. Por meio desse mecanismo, que é característico de toda Administração, o Estado (em significado amplo: União, Estados e

Municípios) limita a atividade dos particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social. Questionados sobre a legitimidade do Delegado de Polícia para a aplicação do princípio da insignificância quando da prisão em flagrante verificou-se que: 64% dos entrevistados negaram a legitimidade, 18% reconheceram a legitimidade e 18% não posicionaram a respeito, entretanto, digno de nota foi constatar que 55% deles já deixaram de autuar em flagrante com fundamento neste mesmo princípio.

O Delegado de Polícia não pode deixar de proceder a investigação de um fato tido como formalmente típico. À primeira vista, pela pouca ofensividade ou irrelevante prejuízo à vítima, pode até parecer não ter tipicidade material, entretanto, a investigação deve ser feita e verificar se aquele ato aparentemente singular não esta sendo reiterado e tendo proporção social a exigir reprimenda penal. O efeito principal da aplicação do princípio da insignificância na primeira fase da persecução penal é evitar a lavratura do Auto de Prisão em flagrante, entretanto, deverá ser registrado um boletim de ocorrência que poderá ensejar a abertura de Inquérito Policial iniciado por portaria do Delegado de Polícia. Questionados sobre se o ilícito insignificante deve ou não ser investigado 80% dos Delegados da Central de Flagrantes foram uníssonos em afirmar que a investigação deve ser feita, 20% apenas, responderam não ter certeza sobre a sua necessidade.

O juízo de valor exercido pelo Delegado de Polícia na aplicação do princípio da insignificância, não deixará de chegar ao conhecimento da autoridade judiciária e nem da fiscalização do Ministério Público, conquanto, estará devidamente registrado, e tais informações serão encaminhadas com sucinta investigação às autoridades competentes. Se no decorrer da investigação ficar evidenciado que a conduta perpetrada pelo investigado não é isolada, e sim, conduta reiterada, e se, no decorrer da investigação verificar-se o prejuízo à ordem pública, nada impede a representação pela prisão preventiva.

O Superior Tribunal de Justiça tem em seus arquivos 305 julgados que tratam do princípio da insignificância no período de Novembro de 1992 até Outubro de 2006. Houve 118 julgados no período correspondente a Novembro de 2004 a Outubro de 2006, sendo que 18 deles procedentes no acolhimento do princípio. No aspecto estatístico confrontando os dados entre os períodos citados, chegamos à conclusão de que, os julgamentos de Novembro/92 a Outubro/94 resultaram em apenas 5%. Em Novembro/2004 a Outubro/2006 o acréscimo de julgamentos foi de 95% , isto como base na soma dos processos que abordaram o princípio da insignificância nesses dois períodos.

Através da aplicação do princípio da insignificância os tribunais estão consolidando o entendimento de que não havendo a tipicidade material, a par da formal, o fato

deixa de ser crime, mesmo porque estaria faltando um dos elementos de sua definição legal. O tipo penal, na visão inovadora de juristas nacionais, não admite a ausência dos seus elementos empíricos.

Levar ao cárcere pessoas que furtaram cebolas, uma capa de celular, que cortaram uma lasca de árvore da flora protegida para fazer chá, não atende aos clamores de justiça soerguidos pela sociedade brasileira. O Direito Penal não é a solução para todos os males do desequilíbrio social. Não é com a prisão que a sociedade brasileira resolverá os problemas sócio-econômicos do país. Não havendo a tipicidade material comprovada, então, não há crime. Muito menos justifica uma prisão em flagrante.

THE INSIGNIFICANCE PRINCIPLE'S APPLICATION BY THE CENTRAL OF INSTANT PRISON OF THE 2º POLICE DEPARTMENT – APARECIDA DE GOIÂNIA-GO.

ABSTRACT

This work analyses the application of the Insignificance Principle to the Claus Roxin Theory with respect to Objective Imputation and Criminal Statutes by the Second Police Department in Aparecida de Goiania-GO., Brazil, during 2006. The uncertainty or doubt, which relates to the crime authorship, as well as that which relates to the existence of a crime, results in the impossibility of instant prison registry. The main application of the Insignificance Principle's effect on the first phase of the criminal procedure is to avoid instant prison registry, whereas, the case has to be officially reported. Despite the lack of prison registry there remains an opportunity to open a formalized investigation by the competent officer. Not having the essential elements required by the Criminal Statutes, though, is the basis of this idea. With some uncertainty, there is no crime, much less a justification for instant incarceration.

Key-words: crime, insignificance, criminal statute, instant prison and investigation.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Pesquisa de Jurisprudência**. Critério de pesquisa: insignificância. Disponível em:

http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=insignificância. Acesso em: 01 nov. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 832.044/RS**, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 19.09.2006, DJ 16.10.2006 p. 428

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 18.099/SC**, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, SEXTA TURMA, julgado em 07.03.2006, DJ 27.03.2006 p. 333.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação-crime nº70006845879**, do TJ/RS. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1016, 13 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8251>>. Acesso em:  01 nov. 2006.

GOMES, Luiz Flávio; **Direito Penal: Parte Geral: Teoria constitucionalista do delito**. São Paulo: RT, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. **Delito de Bagatela: princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato**. Salvador, revista Diálogo Jurídico, vol. 1, n. 1.2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Prisão por furto de uma cebola**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3068>>. Acesso em:  23 out. 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 14ª ed., Revista dos Tribunais 1993.

REVISTA ISTO É. São Paulo, 1976 – mensal. **Presa por uma cebola**. ISTOÉ n. 1702, de 15.05.02.

ROCHA, Luiz Carlos, **Investigação Policial: teoria e prática**. Bauru, SP: EDIPRO, 2ª. ed. ver. ampl., 2003.

ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ROXIN, Claus; **Normativismo, política criminal e dados empíricos da dogmática penal**. Porto Alegre, 2004. Disponível em:

<http://www.ielf.com.br/webs/IELFNova/cursos/prog_intensivo_penal.cfm>. Acesso em 01/06/06

SANTOS, Nunisvaldo dos. **Aberrações na aplicação da lei penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1016, 13 abr. 2006. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8251>>. Acesso em:  01 nov. 2006.