

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BAGATELA PELO DELEGADO DE POLÍCIA NO CASO DE REITERAÇÃO DELITIVA

BRITO, Sérgio Antônio de¹

Resumo:

O presente objetiva analisar a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância pelo Delegado de Polícia no caso de reiteração criminosa, segundo o atual entendimento doutrinário sobre o tema, com destaque da função social relevante desempenhada pelo referido agente público como primeiro garantidor dos direitos fundamentais. Para tanto, será necessário realizar uma breve análise dos princípios que permeiam a criação do princípio da insignificância (ou bagatela), a partir da importante função do Delegado de Polícia na atualidade, os vetores constitucionais que norteiam a atividade de tal agente público e quais as conseqüências da aplicação (ou não) da bagatela pela autoridade policial.

Palavras-chave: *Princípio da Insignificância; Delegado de Polícia; reiteração criminosa.*

IMPLEMENTATION OF THE PRINCIPLE OF BAGATELA BY POLICE CHIEF IN THE CASE OF DELIVERANT REITERATION

Abstract:

This paper aims to analyze the possibility of applying the principle of insignificance by the Police Delegate in the case of criminal reiteration, according to the current doctrinal understanding on the subject, highlighting the relevant social function performed by the said public agent as the first guarantor of fundamental rights. To do so, it will be necessary to make a brief analysis of the principles that permeate the creation of the principle of insignificance (or trifle), from the important role of the Police Delegate today, the constitutional vectors that guide the activity of such public agent and which consequences of the application (or not) of the bagatelle by the police authority.

Keywords: *Principle of Insignificance; Police Delegate; criminal reiteration.*

1 Delegado de Polícia do Departamento de Polícia Civil do Estado do Paraná.

Introdução:

O Princípio da Insignificância vem ganhando crescente importância na doutrina e na jurisprudência, consistindo em importante baluarte do Direito penal da atualidade.

Por muito tempo contentou-se com um legalismo exacerbado, doentio amor à literalidade dos tipos penais, fazendo do Direito penal não a *ultima ratio*, mas a *prima ratio*.

Hodiernamente, com os avanços decorrentes do aprofundamento cada vez maior do estudo do direito penal, paulatinamente vemos brotar esperanças para um futuro melhor no âmbito da aplicação da legislação penal, principalmente com a aplicação do importante Princípio da Insignificância ou Bagatela.

Os operadores do direito penal não mais se contentam com a mera tipicidade formal, vale dizer, com o simples enquadramento do fato ilícito ao tipo penal. Doravante há que se caminhar um passo adiante, a fim de aquilatar se a conduta é capaz de lesionar o bem jurídico penal tutelado.

Tal evolução vem ao encontro de importantes princípios do Direito penal que por muitas vezes foram olvidados, entre os quais, Princípio da Intervenção Mínima, Princípio da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos, Princípio da Fragmentariedade, Princípio da Ofensividade, Princípio da Proibição de Excesso de Proteção e, ainda, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Ainda convém contemplar o Princípio da Razoabilidade, em se tratando de aplicação do Princípio da Insignificância.

Sob esse prisma, procurar-se-á trazer à baila questão que há muito tem despertado interesse e questionamento, dada a suma relevância prática para a aplicação da legislação penal.

Trata-se, desse modo, em definir se o Delegado de Polícia, na condição de garantidor dos direitos fundamentais do cidadão, pode e deve aplicar o princípio da bagatela a fatos que lhe são apresentados quando a conduta não ofender, de forma relevante, o bem jurídico tutelado pela norma penal, conquanto seja reiterada a prática da conduta típica.

Para tanto, será feita uma breve análise dos fundamentos que deram origem ao princípio da bagatela, a iniciar-se pelos princípios que sustentam sua origem e aplicação.

A seguir, frisar-se-á a suma importância da atuação do Delegado de Polícia como primeiro garantidor dos direitos fundamentais do cidadão, na medida em que este será o responsável por aferir, no caso concreto, acerca da presença dos requisitos legais da tipicidade material no caso concreto, influenciando diretamente num dos principais direitos individuais, o direito de locomoção, à liberdade.

1. O delegado de polícia como primeiro garantidor dos direitos fundamentais do cidadão:

Inicialmente, cumpre lembrar que vivemos em um Estado Constitucional de Direito, sob o império da lei, de modo que toda a autoridade desta decorre e ninguém está livre de curvar-se a seus mandamentos, de modo a garantir a todos, com igualdade, o respeito aos direitos e garantias fundamentais assegurados na Lei Maior.

Embora um tanto relegado pela doutrina clássica, a extrema relevância da função exercida pelo Delegado de Polícia tem sido cada vez mais reconhecida, pois tal agente público age como a primeira barreira estatal para conter os excessos que eventualmente possam ser cometidos contra direitos e garantias fundamentais no âmbito da aplicação do instrumento jurídico mais agressivo e temido por todos: o Direito Penal (*a ultima ratio regis*).

Basta imaginar, por exemplo, a situação de um sujeito capturado pela polícia ostensiva e levado à presença da autoridade policial sob a alegação de prática de tráfico de drogas. Caberá, contudo, ao delegado competente decidir se estão presentes os elementos típicos descritos no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 ou se a conduta configura mero uso de drogas, descrito no artigo 28 da Lei de Drogas. A decisão da autoridade policial em tais casos assume extrema delicadeza e demanda minuciosa análise de todos os elementos probatórios apresentados, porquanto poderá ensejar a

imediate prisão (tráfico) ou soltura do condenado mediante termo de compromisso de comparecimento aos Juizados Especiais Criminais (uso).

Nessa mesma senda, a legislação nacional outorgou ao delegado de polícia a atribuição de fixar fiança na hipótese de infração penal cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos, consoante artigo 322 do Código de Processo Penal, o que abrange uma imensa gama das mais comuns infrações penais apenadas entre 2 e 4 anos de privativa de liberdade, ressaltando que as infrações cuja pena seja de até 2 anos são de competência dos Juizados Especiais Criminais e não geram flagrante nem fiança, apenas termo circunstanciado (Lei nº 9.099/1995).

Não há dúvida que tais atribuições do delegado de polícia possuem estreita relação com o direito de ir e vir do investigado, ao mesmo tempo em que influirá diretamente na (in)eficiente proteção esperada da norma penal incriminadora em face aos bens jurídicos objeto de tutela. Desse modo, ao decidir pela prisão do investigado quando não presentes os requisitos legais, estará o delegado ofendendo o direito de ir e vir do indivíduo; se, por outro lado, decidir pela ausência de enquadramento penal de determinada conduta (ou enquadramento em conduta de menor gravidade), quando era devido o tratamento mais rigoroso sob o ponto de vista criminal, estar-se-á violando a exigência constitucional de proteção eficiente da norma penal.

Não se deve olvidar, nesse sentido, que a legislação tem, paulatinamente, reconhecido o caráter jurídico e primordial da função da autoridade policial no contexto de tutela imediata dos direitos fundamentais em face à violação aos bens jurídicos mais caros.

Segundo expressamente reconhecido pela Lei nº 12.830/2013, cargo de delegado de polícia também possui natureza jurídica, além de policial, exigindo-se para o ingresso na carreira o bacharelado em Direito (artigos 2º e 3º).

Nesse sentido, assevera Nucci, que o Delegado de Polícia é o primeiro juiz do fato.² Por conseguinte, impõe-se igualmente reconhecer que o Delegado de Polícia está

2 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal – 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 545.

investido no poder-dever de decidir, no caso concreto que lhe seja apresentado, acerca da tipicidade material da conduta, especialmente acerca da aplicação do princípio da bagatela, sob pena de afronta aos mais elementares direitos e garantias fundamentais constitucionalmente tutelados, com destaque para o direito à liberdade de locomoção (ir e vir), legalidade e à dignidade da pessoa humana.

Segundo Castro, a persecução penal deve respeitar as liberdades públicas do cidadão, humanizando-se a função punitiva do Estado. Nesse sentido, para o autor o Estado-Investigação constitui-se em um meio cuja finalidade consiste na garantia de direitos fundamentais, sendo o postulado da dignidade o norte para o Poder Público³. Inclusive Ferrajoli abertamente defende que os Delegados devem ter asseguradas as mesmas garantias já conferidas aos magistrados, da extrema relevância de suas atividades, uma vez que são os primeiros juízes para o fato.⁴

Por conseguinte, o inquérito policial não pode ser visto sob a ótica exclusiva da preparação do processo penal direcionado exclusivamente ao Ministério Público, mas como instrumento de garantia do cidadão contra apressadas e infundadas acusações, sob a presidência de autoridade com conhecimento jurídico e policial.

Nesse contexto, emerge o delegado de polícia como “*primeiro garantidor da legalidade e da Justiça*” (ministro Celso de Mello, STF, HC 84.548, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ21/06/2012), ao qual incumbe adotar postura impessoal e isonômica na busca da verdade sobre o fato que lhe for apresentado.

Impõe-se, assim, a atuação do delegado de polícia civil na apuração da tipicidade, inclusive material, dos fatos apresentados perante sua unidade policial, inclusive para reconhecer a atipicidade no caso de incidência do princípio da insignificância, haja vista não se justificar a movimentação da custosa máquina do

3 CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Missão da Polícia Judiciária é buscar a verdade e preservar direitos fundamentais. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-14/academia-policia-missao-policia-judiciaria-buscar-verdade-garantir-direitos-fundamentais>. Acesso em 03/07/2018.

4 FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. São Paulo: RT, 2002, p. 617.

Ministério Público e do Poder Judiciário para infrações penais que não afetem de forma relevante os bens jurídicos tutelados.

2. Princípios correlatos à insignificância:

Falar em Princípio da Insignificância traz à tona diversos outros importantes princípios correlatos, pois são corolários daquele, orbitam aquela como os planetas orbitam o sol.

Destacam-se os princípios da intervenção mínima, da fragmentariedade, da subsidiariedade, da proporcionalidade (vedação de excesso), da exclusiva proteção de bens jurídicos (da lesividade ou ofensividade) e da dignidade da pessoa humana.

Desse modo, segundo Adjair Cintra, o princípio da insignificância "*decorre de outros princípios, eis que não está expressamente positivado em nosso ordenamento. Mais especificamente, decorre dos princípios da ofensividade, da intervenção mínima, da fragmentariedade e da proporcionalidade.*"⁵

Citados vetores possuem matiz constitucional e, desse modo, devem guiar o intérprete da legislação penal, a fim de que na atribuição da conduta de descaminho possua alguns parâmetros seguros para não ultrapassar a barreira das garantias e liberdades

O presente artigo abordará os principais princípios que sustentam a aplicação do princípio da insignificância, dando relevo ao Direito Penal como última barreira para proteção dos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade.

5 CINTRA, Adjair de Andrade. Aplicabilidade do Princípio da Insignificância aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos. 2011. 198 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo (USP), São Paulo. 2011, p. 62.

2.1 Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos (da lesividade ou ofensividade):

Segundo tal princípio, o direito penal não serve para tutelar a moralidade, funções governamentais, a religião ou uma ideologia. Sua missão é tutelar bens jurídicos, como a vida, a integridade física, a liberdade sexual, o meio ambiente, etc.⁶

Desse modo, não se afigura lícito criminalizar estados individuais e/ou ideológicos, como ser católico, protestante, budista, homossexual, a título exemplificativo, pois tais condutas não ofendem bens jurídicos penais, pois são mera expressão da individualidade do indivíduo.

Dessa forma, a pluralidade possui embasamento na Constituição Federal, ao eleger como objetivo fundamental a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, inciso IV).

Também nesse sentido, caminha a vedação de criminalização de condutas que não importem em dano relevante a bem jurídico tutelado pela norma penal, como ditado pelo Princípio da Insignificância.

Rogério Greco⁷, citando Nilo Batista, divide em quatro as vertentes do princípio da lesividade:

- a) proibição de incriminações que digam respeito a uma atitude interna do agente;
- b) proibição de incriminações de comportamentos que não excedam ao âmbito do próprio autor;
- c) proibição de incriminações de simples estados ou condições existenciais;
- d) proibição de incriminações de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.

6 GOMES, Luiz Flávio. E-book. Princípios Constitucionais Penais à luz da Constituição e dos Tratados Internacionais. Cuiabá: Livronet: 2015, p. 14.

7 GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio: Uma Visão Minimalista do Direito Penal. 4.ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 78.

Além disso, não é qualquer bem jurídico que merece proteção pelo direito penal, mas somente aqueles constitucionalmente consagrados como dignos de tutela, considerada a Lei Maior como um todo unitário, pois toda a criação, interpretação e execução das leis deve orientar-se, primordialmente, a partir da Constituição⁸.

Conforme bem esclarece Luiz Flávio Gomes, não é necessária a previsão expressa do bem jurídico no texto constitucional. Segundo o autor, é fundamental que o bem jurídico não conflite com os valores que a Constituição contempla o que chama de "*quadro axiológico constitucional*".⁹ Ainda segundo Gomes, ninguém pode ser punido pelo que pensa e pelo que é, o que chama de princípio da materialização do fato¹⁰, o que nada mais é do que uma das nuances do princípio da ofensividade.

2.2 Princípio da Intervenção Mínima:

Tal princípio está umbilicalmente atrelado ao princípio da insignificância, porquanto prega que o direito penal deve ser utilizado como a *ultima ratio*, quando falharem as demais barreiras impostas pelo ordenamento jurídico para proteção do bem jurídico penal.

Em suma, não deve ocorrer a banalização da criação de tipos penais, algo quiçá olvidado pelos legisladores pátrios, grande parte dos quais acredita na criminalização como panacéia para curar o desrespeito à lei.

Também opera como limitação do poder punitivo estatal, impondo que somente os bens jurídicos mais importantes e necessários ao convívio em sociedade sejam objeto da tutela penal.

Porém, entendemos que o princípio da intervenção mínima também é dirigido ao julgador como vetor orientador na aplicação do princípio da bagatela, pois é evidente que este igualmente propugna a tipificação material apenas de condutas que possam

8 PRADO, Luiz Régis. Bem jurídico-penal e Constituição. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 53.

9 GOMES, Luiz Flávio. E-book. Princípios Constitucionais Penais à luz da Constituição e dos Tratados Internacionais. Livronet. 2015, p. 14.

10 GOMES, Luiz Flávio. *idem*. p. 55.

efetivamente causar lesão relevante para bens jurídicos penais importantes e necessários para a vida em sociedade.

2.3 Princípios da Fragmentariedade e Subsidiariedade:

Segundo Gomes, o princípio da intervenção mínima possui duas facetas: a fragmentariedade (o direito penal não protege todos os bens jurídicos de todas ofensas) e a subsidiariedade (sempre que outros meios de tutela forem igualmente eficazes, o direito penal não pode ser utilizado).¹¹

Para o citado autor, o princípio da insignificância tem como fundamento a fragmentariedade do direito penal, mas não é exatamente a mesma coisa que intervenção mínima, senão uma manifestação dela.¹²

Greco pontua que não há necessidade de fazer uso do direito penal se os demais ramos do direito demonstrarem que são fortes o suficiente na proteção de determinados bens, pois a drástica intervenção do direito penal somente deve ser levada a efeito excepcionalmente, pois o processo penal e a pena tem caráter estigmatizante, prejudicando inclusive a família dos acusados/condenados. Há situações em que o direito administrativo, por exemplo, possui força até superior e mais eficaz que o direito penal, em razão de sua pronta eficácia, máxime em face do poder de polícia da Administração e dos atributos inerentes aos atos administrativos (auto-executoriedade e presunção de legitimidade).¹³

Assim, rememora-se a tradicional metáfora de que o direito penal deve constituir-se em "*um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente*"¹⁴, a representar o caráter fragmentário do direito penal, tão esquecido hodiernamente pelo legislador pátrio.

11 GOMES, Luiz Flávio. E-book. Princípios Constitucionais Penais à luz da Constituição e dos Tratados Internacionais. Cuiabá: Livronet. 2015, p. 15.

12 GOMES, Luiz Flávio. *idem*.

13 GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio: Uma Visão Minimalista do Direito Penal. 4.ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 73.

14 PRADO, Luiz Régis. Curso de direito penal brasileiro, v. 1: parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 84.

2.4 Princípio da Proporcionalidade:

A própria nomenclatura de tal princípio nos traz bem a ideia básica de seu significado. Com evidência a partir do Iluminismo contra os desmandos dos monarcas absolutistas, na esfera do direito penal da atualidade a proporcionalidade vem assumindo duas dimensões importantes: 1) A resposta penal não pode ser abusiva, excessiva, além da necessária à tutela do bem jurídico. 2) A tutela penal não pode ser deficiente quando necessária para a proteção de determinados bens jurídicos.

Tais diretrizes fundamentais e de natureza constitucional devem servir como norte não apenas para o legislador, mas também para os aplicadores da lei penal (magistrados, promotores, juízes, policiais).

Beccaria concluiu sua célebre obra *Dos Delitos e das Penas* propondo maior proporcionalidade das penas da época, que possuem caráter cruel e infamante.

Segundo o autor, para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcional ao delito e determinada pela lei¹⁵.

A proporcionalidade nasce como ferramenta fundamental para conter o exercício arbitrário do direito penal, devendo ser observada tanto pelo legislador como pelo aplicador da legislação criminal.

Conquanto não tenha previsão expressa, o princípio da proporcionalidade decorre de outros encartados na Carta Magna, a exemplo do princípio da individualização da pena, embora não seja um mecanismo de verificação simples.

Assim, o princípio da proporcionalidade emerge como importante instrumento para limitação do poder punitivo do Estado em favor do cidadão, pois a cominação de penas, seja no plano legislativo (abstrato) ou concreto (poder jurisdicional), redundaria na invalidade do ato, pois, como salientado, o princípio possui respaldo constitucional.

Nesse sentido, o Princípio da Proporcionalidade também serve como fundamento ao Princípio da Insignificância, já que este o realiza concretamente quando

15 BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução de Flório de Angelis. Bauru: Edipro, 1997, p.104.

incide sobre condutas penalmente insignificantes (atípicas) em função da desproporcionalidade entre o fato imputado e a resposta penal a essa prática¹⁶.

2.5 Princípio da dignidade da pessoa humana:

Como é cedido, o princípio da dignidade da pessoa humana constitui um dos principais pilares de todo nosso sistema jurídico, não apenas no âmbito do direito penal. De acordo do o inciso III do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a dignidade da pessoa humana constitui um fundamento do Estado Democrático de Direito que é a República Federativa do Brasil.

Com a positivação de tal princípio, reconheceu-se no texto legal que o indivíduo é o fim do ordenamento jurídico, não este um fim em si mesmo, de modo que somente condutas que ameacem o violem de forma relevante bens jurídicos penais justificam a atuação do direito penal em desfavor do autor da conduta (*ultima ratio*).

Sabe-se que a pena, como resposta à prática de um crime, não viola o princípio da dignidade da pessoa humana desde que limitada pela sua função retributiva.

Contudo, conforme esclarece Cintra, em tese de doutorado sobre o princípio da insignificância, se a conduta praticada pelo agente foi de insignificante risco ou lesividade ao bem jurídico, qualquer resposta estatal penal que restrinja qualquer de seus direitos fundamentais ocasionará uma compressão injustificada e desproporcionada, que acaba por se consubstanciar em lesão à dignidade da pessoa humana¹⁷.

Nesse raciocínio, uma lesão insignificante só poderia ser punida com uma pena insignificante e, como nenhuma sanção criminal pode ser considerada insignificante, tais condutas não poderão sofrer as consequências penais.

16 SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da insignificância no direito penal. 2.ed., Curitiba: Juruá, 2012.

17 CINTRA, Adjair de Andrade. Aplicabilidade do Princípio da Insignificância aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos. 2011. 198 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo (USP), São Paulo. 2011, p. 67.

3. Princípio da insignificância:

Para Hans Welzel, o princípio da adequação social seria suficiente para afastar do direito penal certas lesões insignificantes. Porém, tal princípio não era capaz de explicar todas as situações que não deveriam ser abrangidas pelo tipo penal, pois embora não usassem de forma relevante nenhum bem jurídico penal, não se pode dizer que eram socialmente adequadas ou aceitas.¹⁸

Por isso, o princípio da insignificância foi formulado por Claus Roxin e decorre da parêmia *minima no cura praeter* (o pretor não pode se ocupar de coisas pequenas), a indicar na atualidade que o direito penal não deve ser chamado a intervir quando a ação ou omissão, embora formalmente típica, não gere lesão ou risco de lesão relevantes a um bem jurídico penal¹⁹. Em tais casos a conduta deve ser considerada materialmente atípica, pois não lesionou de modo significativo o bem jurídico penal tutelado. Tal princípio relaciona-se à proporcionalidade, pois deve haver proporção entre a conduta que se deseja punir e a drasticidade da intervenção penal. Relaciona-se, ainda, à intervenção mínima, pois afasta do direito penal condutas que podem ser resolvidas em outras áreas do direito ou mesmo no âmbito da comunidade, sem os estigmas do processo criminal.

Vincula-se ainda à subsidiariedade, pois reserva ao direito penal a tutela dos casos de mais graves, quando os demais ramos não forem capazes de salvaguardar o bem jurídico.

O princípio da insignificância pode ser definido como instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal; por intermédio dele é possível alcançar a proposição político-criminal de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevante bens jurídicos protegidos pelo direito penal.²⁰

18 TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 133.

19 PRADO, Luiz Régis. Curso de direito penal brasileiro, v. 1: parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 86.

20 VICO MAÑAS, Carlos. O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 80-81.

Diante de tais considerações, observamos que tal princípio busca afastar a tipicidade de situações descritas na norma penal como típicas (tipicidade formal), mas que o legislador não objetivava enquadrar quando da criação da descrição típica, pois se tratam de lesões insignificantes ou levíssimas ao bem jurídico objeto da norma penal.

O princípio da insignificância apenas afasta a tipicidade material no âmbito direito penal, não impedindo que a conduta seja objeto de punição administrativa ou reparação civil, a depender do caso concreto, se for cabível, ante a independência entre as esferas penal, civil e administrativa, ressalvado os casos expressos em lei em sentido contrário - artigo 935 do Código Civil, relativamente à existência do fato e autoria decididos no Juízo Criminal, com repercussão no Juízo Cível.

Após passar pela evolução do conceito de tipo segundo as escolas do positivismo e finalismo, ponderando a respeito dos princípios da intervenção mínima, fragmentariedade, subsidiariedade e legalidade, Mañas afirma que o princípio da insignificância possui natureza jurídica de causa supralegal de exclusão de tipicidade, de acordo com a concepção material desta.²¹

Desse modo, ousamos discordar daqueles que pretendem situar o princípio da insignificância como causa de exclusão da culpabilidade, pois tal visão destoa dos fundamentos doutrinários que deram origem ao instituto.

Adotamos, assim, o entendimento segundo o qual o princípio da insignificância atua diretamente sobre a tipicidade material do crime, pois não se pode admitir que o princípio da insignificância como causa de exclusão da antijuridicidade (tornaria lícita a conduta até para a esfera cível, por exemplo) ou da culpabilidade, acolhendo o presente trabalho a posição majoritária da doutrina e do Supremo Tribunal Federal.

Não se trata de preciosismo ou purismo doutrinário, mas de entender o direito penal como um sistema coerente com suas teorias basilares, sob pena de desvirtuamento da razão de ser dos institutos penais.

21 VICO MAÑAS, Carlos. Princípio da insignificância: excludente de tipicidade ou da ilicitude? In: Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 150.

Revista da Escola Superior de Polícia Civil - DPC-PR e-INSS: 2595-556X

Rua Tamoios, nº 1.200 - Vila Izabel - Curitiba/PR—CEP: 80.320-290

Fone: (41) 3270-1650 - fax: 3243-5324

e-mails: espc.revista@pc.pr.gov.br e espc@pc.pr.gov.br

O STF reconheceu a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância no direito pátrio, para afastar a tipicidade material, assim como fixou critérios objetivos para tanto: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada (HC nº 84.412/SP, Rel. Min. Celso de Mello).

3.1 Reiteração Criminosa:

É tarefa fácil para o aplicador do direito encontrar nos manuais o conceito de reincidência para efeitos penais, porquanto o conceito é legal, vale dizer fixado legalmente no artigo 63 do Código Penal brasileiro, segundo o qual ocorre quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Não se considera para reincidência, entretanto, registros anteriores se a pena houver sido extinta há mais de 05 (cinco), nos termos do artigo 64 do Código Penal.

Contudo, não apenas a reincidência impede a aplicação do instituto da insignificância. A jurisprudência ora fala em reiteração delitiva, ora em habitualidade, ora em contumácia ou mesmo reiteração criminosa, expressões que dizem pouco.

Porém, é possível perceber que para o Superior Tribunal de Justiça e para o Supremo Tribunal Federal a reiteração delitiva, habitualidade ou contumácia, como preferir, abrangem boletins de ocorrência, representações penais, procedimentos administrativos, inquéritos policiais e ações penais em andamento.

Ora, não é difícil perceber que a abertura conferida à tais expressões causa certa perplexidade ao operador do direito, na medida em que o agente é chamado a responder pela prática delituosa com base em registros policiais, procedimentos e processos que não se sabe exatamente seu conteúdo e resultado, sem poder se valer da aplicação do instituto da insignificância.

Ocorre que em nosso País vivemos sob o pálio da Constituição Federal de 1988, que consagra a presunção de inocência como um dos valores fundamentais de nosso

ordenamento jurídico, conquanto não seja absoluto, conforme veio a demonstrar a admissão de execuções provisórias após a decisão de segundo grau.

Assim, afigura-se questionável considerar como delinquente habitual (ou seja, quem comete crimes com habitualidade ou faz do crime seu meio de vida) quem possui em seu desfavor boletim de ocorrência, responde a inquérito policial ou ação criminal simplesmente porque em tais casos não há falar na existência de efetivo julgamento da conduta imputada.

O inquérito em si nada mais representa do que investigação criminal que pode ser arquivada sem nenhum efetivo elemento contra o investigado. Do mesmo modo, ações penais não julgadas nada comprovam em face do acusado. A seu turno, o boletim de ocorrência por si só não comprova a versão dos fatos nele narrada muitas vezes por terceiro que sequer presenciou os acontecimentos.

Como bem salienta Trigueiros, "*o Boletim de Ocorrência (BO) é mera peça informativa, lavrada a partir da notícia de prática delituosa levada unilateralmente pela parte ao conhecimento da autoridade policial. Faz prova apenas da notitia criminis, mas não do crime [...]*"²²

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu que o boletim de ocorrência "*é peça instrumental que contém mera transcrição das informações prestadas pela vítima, mostrando-se sem mais, dado com imprestabilidade eficácia probatória*"²³, até porque serão os elementos coligidos no inquérito que darão suporte a eventual futura ação penal.

Nesse diapasão, ao se equiparar registros policiais e administrativos a verdadeiras sentenças condenatórias transitadas em julgado para o fim de afastar a aplicação do princípio da bagatela, sem considerar a particularidade de cada inquérito, cada processo administrativo, cada ação penal em andamento, cada registro policial, estar-se-á certamente ferindo fatalmente o princípio constitucional da presunção de inocência e agindo de forma temerária, porque não parece razoável considerar

22 TRT 2ª Região – 4ª T. – RO nº 02022-2002-444-02-00 – j. 21.03.06 – m.v.

23 Apelação Cível nº 2006.029983-2, 4ª Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Monteiro Rocha.
Revista da Escola Superior de Polícia Civil - DPC-PR e-INSS: 2595-556X
Rua Tamoios, nº 1.200 - Vila Izabel - Curitiba/PR—CEP: 80.320-290
Fone: (41) 3270-1650 - fax: 3243-5324
e-mails: espc.revista@pc.pr.gov.br e espc@pc.pr.gov.br

criminoso habitual quem possui mais de um registro criminal ou administrativo anterior, ainda que seja um mero inquérito policial.

Na verdade, a utilização de habitualidade criminosa ou reiteração delitiva para abranger inquéritos ou procedimentos administrativos faz soar um alerta ao investigado, pois as liberdades individuais parecem estar em risco diante de uma imprecisão terminológica inaceitável.

Do mesmo modo, há quem defenda que o direito penal norteador pelo fato não se coaduna com interpretações voltadas ao sujeito investigado (direito penal do autor), seu passado, vale dizer, a conduta é típica em si, não dependendo para tanto da referência a registros de fatos semelhantes praticados pelo investigado.

Segundo Cintra, para a configuração do delito cuja entidade típica demande a cumulatividade do dano, a conduta deve ser uma prática já reiterada, e que já esteja causando lesão ao bem jurídico, ou cujo risco de lesão seja efetivo, e não uma simples previsão abstrata de lesão, sob pena de punir-se o agente por ato de terceiros²⁴

Não é demais salientar que, no âmbito da aplicação da pena, não se podem considerar em desfavor do acusado ações penais em andamento e inquéritos policiais, mas apenas sentenças condenatórias transitadas em julgado. Pelas mesmas razões, considerar boletins de ocorrência, inquéritos policiais, procedimentos administrativos fiscais e ações penais em andamento para vedar a aplicação do princípio da insignificância configura situação irrazoável e desproporcional, pois, repita-se, não se pode fazer juízo apriorístico do teor e resultado de tais procedimentos e processos para causar prejuízo na situação jurídico-penal do agente, em detrimento do princípio da presunção legal de inocência e da dignidade da pessoa humana.

Na verdade, a fixação de critérios de habitualidade e reiteração criminosa para vedar a aplicação do princípio da insignificância somente atinge o criminoso bagatelar, pois tal critério não é capaz de afetar de modo relevante os grandes criminosos que faturam alto com o crime organizado. Vale dizer, tais critérios de vedação à bagatela

24 CINTRA, Adjair de Andrade. *Aplicabilidade do Princípio da Insignificância aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos*. 2011. 198 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo (USP), São Paulo. 2011.

apenas aumentam o caráter seletivo do direito penal em desfavor da população menos favorecida, abarrotando o sistema criminal de processos contra pessoas socialmente vulneráveis, contribuindo cada vez mais para a falência do sistema já assoberbado e lotação das cadeias e presídios com os chamados "*ladrões de galinha*".

O direito penal do autor exsurge no momento em que se considera não apenas o fato para aferir a tipicidade da conduta, mas também o histórico do agente (registros anteriores) a fim de submetê-lo ou não às agruras do processo penal e da pena respectiva, sem considerar as peculiaridades de tais registros, em verdadeira afronta a presunção legal de inocência.

Não obstante o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal em contrário, a doutrina esclarece que a bagatela deve tomar como base apenas o desvalor da ação e do resultado, não se imiscuindo no âmbito de elementos que mais dizem respeito à culpabilidade e não da tipicidade material.

Ivan Luiz da Silva, estudioso do tema, leciona que no reconhecimento da conduta típica penalmente insignificante deve ser empregado o modelo clássico de determinação, realizando-se assim, uma avaliação dos índices de desvalor da ação e desvalor do resultado da conduta realizada, para se aferir o grau quantitativo-qualitativo de sua lesividade em relação ao bem jurídico atacado²⁵.

Desse modo, observa-se que a reiteração delitiva não deve ser determinante único para exclusão da aplicação do princípio da insignificância, devendo ser agregados outros fatores, como possível ocorrência de continuidade delitiva, eventual violência ou ameaça ou se o crime efetivamente configura meio de vida do autor.

Conclusão:

Após essa breve incursão em tão fascinante matéria, que ainda desperta tantos calorosos debates no seio da doutrina e dos tribunais, é possível afirmar que o princípio da insignificância, embora de aplicação crescente, ainda merece aperfeiçoamento no âmbito legislativo e jurisprudencial, de modo a afastar o atual cenário de insegurança

25 SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da insignificância no direito penal. 2.ed., Curitiba: Juruá, 2012, p.157.
Revista da Escola Superior de Polícia Civil - DPC-PR e-INSS: 2595-556X
Rua Tamoios, nº 1.200 - Vila Izabel - Curitiba/PR—CEP: 80.320-290
Fone: (41) 3270-1650 - fax: 3243-5324
e-mails: espc.revista@pc.pr.gov.br e espc@pc.pr.gov.br

jurídica para o jurisdicionado, especialmente no que diz respeito ao delito de descaminho.

Foi possível constatar, ademais, que a reiteração criminosa e a insignificância podem e devem ser analisadas pela autoridade policial, uma vez que esta possui formação jurídica e destaca-se como o primeiro garantidor dos direitos fundamentais em face de possíveis ilegalidades decorrentes da persecução criminal, especialmente na situação de captura em suposto flagrante delito.

Para tanto, cabe à autoridade policial avaliar o cabimento da aplicação do princípio da bagatela observando os parâmetros estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal, porém não descartando por completa a aplicação em todos casos em que se traga à tona possível reiteração delitiva, porquanto tal conceito é impreciso e pode gerar desproporcional atuação do Direito Penal.

Deve assim, o delegado de polícia, considerar também outros elementos que possam indicar se determinado investigado tem como meio de vida a prática delitiva reiterada de pequenos delitos, trazendo à sua atuação maior eficácia na garantia dos direitos fundamentais do cidadão, seja da vítima que não sofrerá com a impunidade de condutas penalmente relevantes, seja do autor que não será responsabilizado criminalmente de modo excessivo e desproporcional.

Referências Bibliográficas:

ACKEL FILHO, Diomar. *O Princípio da insignificância no direito penal*. Revista jurisprudencial do tribunal de alçada criminal de São Paulo. São Paulo, n. 94, p. 72-77., abr.jun 1988.

ALBUQUERQUE DE MELLO. *A matriz constitucional, e não axiomática, dos princípios implícitos de Direito Penal*. Ciências Penais. São Paulo, v.3, p. 159-175, jul./dez. 2005.

ASSIS, Machado de. *Contos Escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARALDI, Carlos Ismar. *Teoria da insignificância penal*. Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Mato Grosso do Sul, n. 6, jan. 1994.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução de Flório de Angelis. Bauru: Edipro, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 22.ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Ebook. *Tratado de direito penal: parte especial -22.ed.*, São Paulo: Saraiva, 2012. Vol. 5.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de; RIBEIRO, Thaísa Bernhardt. *A confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: análise estatística de julgados*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 20, n. 98, p. 117-148, out. 2012.

BRUTTI, Roger Spode. *O princípio da insignificância e sua aplicabilidade pela polícia judiciária*. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 850, n. 545, p. 377-497, ago. 2006.

CINTRA, Adjair de Andrade. *Aplicabilidade do Princípio da Insignificância aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos*. 2011. 198 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo (USP), São Paulo. 2011.

EUGÊNIO, Edgar Marques. *O princípio da insignificância e a habitualidade delitiva do crime de descaminho sob a perspectiva do STF e STJ*. Revista Tributária e de Fianças Públicas. São Paulo, vol. 110, p. 153-184, mai./jun. 2013.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. São Paulo: RT, 2002, p. 617.

GIULIAN, Jorge da Silva. *Análise crítica do uso repressivo dos aparelhos de controle social na tríplice fronteira*. 2016. 231 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2016.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. *Delito de bagatela: princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato*. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 789, n. 347, p. 619-642, out. 2010.

GOMES, Luiz Flávio. *Tendências político-criminais quanto à "criminalidade de bagatela"*. Revista brasileira de ciências criminais. São Paulo, número especial de lançamento. Revista dos Tribunais, 1992.

GOMES, Luiz Flávio. E-book. *Princípios Constitucionais Penais à luz da Constituição e dos Tratados Internacionais*. Livronet. 2015.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal - Volume 1 - Parte Geral*. 18. ed. Niterói: Impetus, 2016.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal - Volume 4 - Parte Especial*. 11. ed. Niterói: Impetus, 2015.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: Uma Visão Minimalista do Direito Penal*. 4.ed. Niterói: Impetus, 2009.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Missão da Polícia Judiciária é buscar a verdade e preservar direitos fundamentais. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-14/academia-policia-missao-policia-judiciaria-buscar-verdade-garantir-direitos-fundamentais>. Acesso em 03/07/2018.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Contrabando: Uma revisão de seus fundamentos teóricos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

JESUS, Damásio Evangelista. *Código Penal Anotado*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

JUNIOR, José Paulo Baltazar. *Crimes Federais*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal* – 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 545.

OLIVEIRA, Maria Helena de Castro. *O princípio da insignificância e suas repercussões*. Revista da ESMAPE – Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco. vol. 4, n.10, julho/dezembro – 1999. Recife: ESPAPE, 1999.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro*. 256f. (Dissertação de Mestrado em Direito Penal). São Paulo, Faculdade de Direito - USP, 2012.

Ordenações Filipinas, Ed. Fundação Calouste Gulbenkian. Rio de Janeiro, 1870.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. *A objetividade do princípio da insignificância*. Boletim IBCCRIM, ano 9, nº 109, dezembro de 2001.

PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 1: parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

QUEIRÓZ, Carlos Alberto Marchi de. *A autoridade policial e o princípio da insignificância*. Revista Jurídica, n. 212, jun./ 1995.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. André Luis Callegari, Nereu José Giacomelli (org. e trad.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SANGUINÉ, Odone. *Observações sobre o princípio da insignificância*. Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre, n. 1, p. 36-50, jan./mar. 1990. v. 3.

SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. 2.ed., Curitiba: Juruá, 2012.

STEFAM, André. *Direito Penal - Volume 4*. São Paulo: Saraiva, 2011.

STOCO, Rui. *Princípio da insignificância os crimes contra a ordem tributária*. In: Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 370-386.

VICO MAÑAS, Carlos. *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Princípio da insignificância: excludente de tipicidade ou da ilicitude?* In: Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 143-150.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

YAROCHEWSKY, Leonard Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.