

Organizadores:

BRUNO TAUFNER ZANOTTI

Doutorando e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Especialista em Direito Público pela FDV. Professor de Direito Constitucional e Direito Penal. Professor do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Público da Faculdade Estácio de Sá. Professor do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Associação Espírito-Santense do Ministério Público. Professor de cursos preparatórios para concurso público. Delegado da Polícia Civil do Estado do Espírito Santo. Coautor do livro "Delegado de Polícia em Ação: Teoria e Prático no Estado Democrático de Direito" e autor do livro "Controle de Constitucionalidade para Concursos", ambos pela Editora Juspodivm. Cofundador do site www.pensodireito.com.br e colunista do site www.delegados.com.br.

CLEOPAS ISAÍAS SANTOS

Mestre e Doutorando em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia na Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB e outras instituições de graduação e pós-graduação. Pesquisador da Fundação de Amparo à Pesquisa e Desenvolvimento Científico do Maranhão - FAPEMA. Delegado de Polícia.

Autores:

AMÉRICO BEDÊ JUNIOR	LEONARDO MARCONDES MACHADO
BRUNO TAUFNER ZANOTTI	PATRÍCIA TOLOTTI RODRIGUES DONATI
CLEOPAS ISAÍAS SANTOS	PEDRO IVO DE SOUSA
FELIPE ASENSI	RICARDO JACOBSEN GLOECKNER
FRANCISCO SANNINI NETO	RODOLFO QUEIROZ LATERZA
FREDERICO VALDEZ PEREIRA	SANDRO LUCIO DEZAN
GUSTAVO SENNA	THIAGO FABRES
HIGOR VINICIUS NOGUEIRA JORGE	WALTER BARBOSA BITTAR

TEMAS AVANÇADOS DE POLÍCIA JUDICIÁRIA

2015

 EDITORA
JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

na investigação ficariam desprotegidos, o que, sem dúvida, também prejudicaria o futuro processo, colocando em risco, inclusive, a concretização da justiça.

Diante do exposto, entendemos que o parecer do Ministério Público não pode condicionar a decretação de medidas cautelares provenientes de representações do Delegado de Polícia, sendo que os entendimentos contrários prejudicam a investigação criminal e colocam em risco a própria função das Polícias Judiciárias, ameaçando, outrossim, o correto exercício do direito de punir pertencente ao Estado. Isso não significa, todavia, que o *Parquet* não possa se manifestar sobre a necessidade das medidas, pelo contrário. Como fiscal da lei, é até recomendável que o Ministério Público se manifeste, mas em um contexto opinativo, sem que isso possa vincular de qualquer forma a decisão do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

- BRASILEIRO DE LIMA, Renato. *Manual de Processo Penal*. Vol.I. 2ª Ed. Niterói: Impetus, 2012.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Lei 12.403 Comentada – Medidas Cautelares, Prisões Provisórias e Liberdade Provisória*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013.
- CONCEIÇÃO, Frabrício de Santis. *Fiança: atribuição do delegado de polícia sob o prisma da 'função judicial'*. Disponível em: <http://www.delegados.com.br/pecas-juridicas/fianca-atribuicao-do-delegado-de-policia-sob-o-prisma-da-funcao-judicial>. Acesso em 01/07/2014.
- DUTRA SANTOS, Marcos Paulo. *O Novo Processo Penal Cautelar*. Salvador: Juspodivm, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2010.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional*. 3ª.ed.São Paulo: RT, 2009.
- MENDONÇA, Andrey Borges. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 10ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- PRADO, Geraldo. *Medidas Cautelares no Processo Penal – Prisões e suas alternativas*. Coordenação: Og Fernandes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- SANNINI NETO, Francisco. *Polícia Judiciária e a Devida Investigação Criminal Constitucional*. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/franciscosannini/2013/10/09/policia-judiciaria-e-a-devida-investigacao-criminal-constitucional/>. Acesso em 25.04.2014.
- _____. *Medidas Cautelares podem ser Concedidas pelo Delegado de Polícia*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/24122/medidas-cautelares-podem-ser-concedidas-pelo-delegado-de-policia>. Acesso em 25.04.2014.

CAPÍTULO 8

FLAGRANTES DE BAGATELA: CONSIDERAÇÕES SOBRE A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO DELEGADO DE POLÍCIA

Leonardo Marcondes Machado¹

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. A POLÍCIA: BREVE DIÁLOGO SOBRE ORDEM PÚBLICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS; 3. A POLÍCIA DE INVESTIGAÇÃO E O DELEGADO DE POLÍCIA COMO GARANTES DA LIBERDADE; 4. SISTEMA PENAL MINIMALISTA; 5. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA; 6. FLAGRANTES DE BAGATELA; 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS; 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo versa sobre o reconhecimento e aplicação do princípio da insignificância pelo delegado de polícia, especialmente nos “flagrantes de bagatela”, com o fim de exclusão da natureza criminosa do fato e, por conseguinte, do próprio cárcere, a partir de uma visão democrática e constitucional da “função policial judiciária”.

A ideia surge da enorme repercussão prática do tema em contraposição à ínfima produção doutrinária brasileira sobre o assunto. Os casos reais são diversos, mas poucos são os autores que se debruçaram sobre a temática. O debate, portanto, é premente.

2. A POLÍCIA: BREVE DIÁLOGO SOBRE ORDEM PÚBLICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Polícia, na visão clássica, sempre foi identificada como o órgão estatal incumbido da manutenção da ordem pública pelo uso legítimo da força. Representa, tradicionalmente, controle, violência, seletividade e dominação.

Bittner² afirma que “o papel da polícia é enfrentar todos os tipos de problemas humanos quando (e na medida em que) suas soluções tenham a possibilidade de exigir (ou fazer) uso da força no momento em que estejam ocorrendo”.

1 Mestrando em Direito do Estado pela UFPR, Especialista em Ciências Penais pela UNISUL/IPAN, Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal na ACADEPOL/SC e na FCJ/SC, Delegado de Polícia Civil de Santa Catarina.

2 BITTNER, E. As funções da polícia na sociedade moderna: uma revisão dos fatores históricos, das práticas atuais e dos possíveis modelos de polícia. In: *Aspectos do Trabalho Policial*. São Paulo: EdUSP, 2003, p. 136.

Não é diferente o conceito de Klockars³, segundo o qual “polícia são as instituições ou indivíduos que recebem do Estado o direito de usar, em geral, a força coercitiva em seu território”.

A mesma lição é repetida, entre nós, por Júlio Fabbrini Mirabete⁴: “a Polícia é uma instituição de direito público destinada a manter a paz pública e a segurança individual”.

Aliás, a própria Constituição de 1988 limitou-se a afirmar que à polícia destina-se a missão de tutela da segurança pública mediante a “preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio” (art. 144, *caput*, CF).

Ocorre que esse modelo policial fundado na ideia de manutenção irrestrita da ordem pública serviu (e ainda tem servido), por vezes, como mera agência de controle ou manipulação social. Marimon⁵ destaca que “o Estado, por meio do monopólio legítimo da violência, tem, nas suas instituições policiais, a sua *longa manus* de controle social, por meio da disciplina e da vigilância, amparado pela lei que ele mesmo redigiu através dos Poderes constituídos”.

O que é, afinal, a ordem pública? De que ordem se trata? O que faz uma polícia de manutenção da ordem pública em regimes neoliberais? O discurso de ordem pública é tradicionalmente explicado por ideais de tranquilidade social ou harmonia coletiva. Afirma-se que o objetivo é evitar perturbações ou desordem. Outro fim declarado seria o de assegurar a integridade das estruturas sociais.

De modo sucinto, poderíamos afirmar que, em primeiro lugar, o discurso é construído por categorias vagas, que tudo permitem, inclusive abusos com ares de legalidade. De outro lado, contribuir para a perpetuação do atual modelo social implica puro reforço às desigualdades flagrantes de um “capitalismo tardio”. Em nome de “ordem pública”, tem-se verdadeira prática de criminalização da pobreza.

Nesse sentido, diz Siqueira Castro⁶ que “a atuação do aparelho repressor do Estado, desnaturado pela elitização de suas finalidades, aprofunda a todo instante as discriminações sociais e econômicas, fazendo com que os cidadãos insuspeitos e com fachada de médio e alto poder aquisitivo sejam os sujeitos de direito das políticas de segurança pública, enquanto os excluídos da riqueza e prestígio sejam, de ordinário, o objeto da ação policial”.

Parece-nos urgente repensar esse cenário. É preciso enxergar a polícia a partir de outros fundamentos e sustentar um papel garantidor ao invés de

3 KLOCKARS, Carl B. *The Idea of Police*. Sage: Thousand Oaks, California, 1985, p. 12.

4 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 35.

5 MARIMON, Saulo Bueno. *Policinando a Polícia: A Corregedoria-Geral de Polícia Civil do Rio Grande do Sul (1994-2004)*. 1 ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 49.

6 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*. São Paulo: Forense, 2003, p. 267.

simplesmente controlador. No lugar de “ordem pública”, talvez melhor “direitos fundamentais”. A nossa proposição tem uma só finalidade: (re)discutir a matriz sistêmica para alterar a realidade (prática).

A polícia, no Estado Democrático de Direito, deve ser promotora da dignidade da pessoa humana, garantidora dos direitos fundamentais do cidadão. Conforme o mestre lusitano Manuel Valente,⁷ “a Polícia é ou deve ser, hoje, um garante da liberdade do cidadão face às ofensas ilícitas concretizadas e produzidas quer por outrem quer pelo próprio Estado”.

A atuação policial deve buscar validade e legitimação constitucional democrática, em especial nos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil. É preciso falar em cidadania (art. 1º, I, CF) e dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) no processo de construção de “uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I, CF), sem pobreza (art. 3º, III, CF), sem marginalização (art. 3º, III, CF), sem preconceitos (art. 3º, IV, CF) e sem discriminação (art. 3º, IV, CF).

3. A POLÍCIA DE INVESTIGAÇÃO E O DELEGADO DE POLÍCIA COMO GARANTES DA LIBERDADE

Inúmeras são as classificações (e também as divergências) sobre os órgãos policiais no Brasil. A terminologia utilizada é a mais variada possível: polícia de segurança ou de proteção x polícia criminal; polícia preventiva ou ostensiva x polícia repressiva ou investigativa; polícia administrativa x polícia judiciária etc.

Apesar de toda a controvérsia em torno do tema, o que nos interessa neste tópico é abordar a finalidade dos órgãos policiais de investigação preliminar, em especial a polícia civil estadual e federal, bem como o papel desempenhado pelo delegado de polícia em sua atividade de coordenação.

O delegado de polícia é identificado pelo ordenamento jurídico brasileiro como a autoridade responsável pela direção da chamada “polícia judiciária” ou “polícia investigativa”. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 144, § 4º, afirma que as polícias civis serão “dirigidas por delegados de polícia de carreira”. Por semelhante modo, dispõe o Código de Processo Penal de 1941, em seu art. 4º, *caput*, que “a polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições”.

A lição comum, que pode ser encontrada em qualquer manual de direito policial ou processual penal, inclusive com respaldo em alguns dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, é a de atribuir à polícia judiciária ou investigativa (e ao próprio delegado de polícia) a função de defesa social. E, para tanto, insistem nas ideias de “combate ao crime” e “restauração da ordem e paz públicas”.

7 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Teoria Geral do Direito Policial*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 39.

Frederico Marques⁸, por exemplo, ensina que cabe à autoridade policial judiciária “a tarefa de coligir o que se fizer necessário para a restauração da ordem jurídica violada pelo crime, em função do interesse punitivo do Estado”. De igual modo, afirma Capez⁹ que “cabe a ela (polícia judiciária) a consecução do primeiro momento da atividade repressiva do Estado”.

Transforma-se a polícia investigativa (e o próprio delegado) em simples instrumento repressivo, que deve atuar na “guerra contra a criminalidade”, mediante o uso da força necessária para a restauração da segurança coletiva.

Giorgio Agamben, em reflexão atualíssima, alerta para o risco dessa obsessão por segurança à própria democracia. Afirma que “a segurança está entre aquelas palavras com sentidos tão abrangentes que nós nem prestamos mais muita atenção ao que ela significa. Erigido como prioridade política, esse apelo à manutenção da ordem muda constantemente seu pretexto (a subversão política, o terrorismo...), mas nunca seu propósito: governar as populações”.¹⁰

É evidente que “segurança tornou-se um conceito simbólico”, “um fim em si mesmo”, que tem servido como justificativa ao sacrifício de “reais direitos de liberdade”, conforme ensina Peter-Alexis Albrecht.¹¹

A manutenção irrestrita da ordem (neoliberal), nesse cenário de guerra, reclama uma política criminal de intervenção máxima e, por óbvio, de garantias mínimas em relação ao (escolhido) inimigo (social). Não sem motivo que as formulações teóricas de Günther Jakobs, professor da Universidade de Bonn, com a sua tese sobre “Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht” (“Direito penal do cidadão e Direito penal do inimigo”), ganham cada vez mais espaço no Brasil.

Ocorre que esse modelo policial de combate não se justifica diante dos princípios elementares de um Estado (que se pretenda) Democrático de Direito. Admitir esta “imagem bélica, legitimante do exercício do poder punitivo por via da absolutização do valor segurança, implica aprofundar sem limite algum o que o poder punitivo provoca inexoravelmente, que é a debilitação dos vínculos sociais horizontais (solidariedade, simpatia) e o reforço dos verticais (autoridade, disciplina)”.¹²

Ao contrário, a função de polícia judiciária no Estado Constitucional só pode ser orientada para a tutela de direitos fundamentais invioláveis da pessoa. Por

8 MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. 1. 2 ed. Campinas: Millennium, 2000, p. 160.

9 CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 112.

10 AGAMBEN, Giorgio. *Uma Cidadania Reduzida a Dados Biométricos: como a obsessão por segurança muda a democracia*. *Jornal Le Monde Diplomatique Brasil*. Disponível em: <http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1568>. Acesso em 15.08.2014.

11 ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o Direito Penal*. 01 ed. Tradução de Jua-rez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 4.

12 ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. v.1. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 59.

óbvio, nesse pano de fundo que deve ser interpretada também a figura do delegado de polícia - civil estadual ou federal -, como primeiro órgão estatal de promoção das liberdades constitucionais. E por que a primazia? A primazia decorre da própria estrutura do sistema de persecução criminal, que atribui ao delegado a responsabilidade pela presidência dos procedimentos administrativos oficiais e legais de investigação prévia (termo circunstanciado e inquérito policial). A autoridade policial é, invariavelmente, a primeira face estatal no sistema de instrução preliminar do caso penal. Antes mesmo do controle ministerial e judicial, emerge a presença do delegado de polícia.

Não se pode esquecer que a polícia judiciária, muito embora não figure expressamente no capítulo das funções essenciais à justiça (arts. 127 a 135, CRF/1988), assim o é implicitamente, na medida em que, por meio de sua atividade investigativa preliminar, fortalece a estrutura do sistema constitucional acusatório.¹³

A investigação policial traduz, em verdade, nítida função garantidora, já que busca impedir processos penais infundados.¹⁴ Segundo Aury Lopes Júnior, é “absolutamente imprescindível ao processo penal”, sob pena de torná-lo irracional e desvinculado do modelo constitucional.¹⁵

Imperioso, contudo, que a investigação preliminar seja, de fato, conduzida com absoluto respeito à dignidade da pessoa humana. Não se pode confundir investigação criminal com política de segurança pública. É preciso recuperar o local da investigação enquanto método de reconstrução histórica possível de um suposto caso penal sempre com observância integral das garantias fundamentais.

Em suma, é justamente nesse espaço democrático que pensamos no delegado de polícia como função essencial de garantia da liberdade e de redução da (inevitável) dor gerada pelo sistema criminal.

4. SISTEMA PENAL MINIMALISTA

A intervenção mínima (“nulla lex poenalis sine necessitate”), enquanto princípio constitucional implícito (art. 5º, §2º, CF) decorrente da inviolabilidade do direito à liberdade (art. 5º, *caput*, CF) e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF),¹⁶ apresenta-se como tentativa democrática de racionalização do sistema penal, a partir de uma visão crítica e redutora de danos.

13 NICOLITTI, André. *Manual de Processo Penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 71.

14 RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 71.

15 LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 09 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 264.

16 MEROLLI, Guilherme. *Fundamentos Críticos de Direito Penal: dos princípios penais de garantia*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 274.

Não é o ideal. Não resolve todas as questões inerentes ao exercício do poder punitivo estatal, contudo aparece como alternativa factível para a diminuição da dor - própria do espaço penal.

A ideia fundamental consiste em limitar o âmbito penal, principalmente pela consideração de seus efeitos danosos e deletérios ao indivíduo. Afinal de contas, "o direito penal, enquanto mais gravoso instrumento de poder estatal, só pode ser utilizado para as finalidades e dentro dos limites que lhe forem reconhecidos pela teoria de legitimação do estado".¹⁷

Segundo Zaffaroni e Pierangeli, "ante a constatação de que em toda a sociedade existe o fenômeno dual 'hegemonia-marginalização', e que o sistema penal tende, geralmente, a torná-lo mais agudo, impõe-se buscar uma aplicação das soluções punitivas da maneira mais limitada possível. Igualmente, a constatação de que a solução punitiva sempre importa num grau considerável de violência, ou seja, de irracionalidade, além da limitação de seu uso, impõe-se, na hipótese em que se deva lançar mão dela, a redução, ao mínimo, dos níveis de sua irracionalidade".¹⁸ Explicam, ainda, que no contexto latino-americano apresenta-se um argumento de reforço em favor da mínima intervenção do sistema penal: a característica de países periféricos que "sofrem os efeitos do injusto jushumanista de violação do direito ao desenvolvimento".¹⁹

Não se pode intervir na liberdade de alguém por qualquer motivo. A "utilização do direito penal não pode ser legitimada por meros desconfortos que ameacem o indivíduo ou meras imperfeições da organização social".²⁰ A pena criminal representa um ato de violência estatal cuja legitimidade (formal) depende do que se pretende tutelar (bem jurídico afetado e tipo de ofensa), bem como da inexistência de outros mecanismos sancionadores menos radicais no caso concreto (instrumentos não-penais).

Logo, o direito penal apenas deve atuar em face das condutas mais gravosas aos bens jurídicos essenciais ao convívio em sociedade. A intervenção penal deve ser a mínima necessária, segundo juízo de fragmentariedade (da tutela dos bens jurídicos/tipo de lesão) e de subsidiariedade (quanto aos demais instrumentos de controle social, inclusive outras espécies de intervenção jurídica).

A fragmentariedade consiste em a tutela penal recair apenas sobre parte (ou fragmento) dos ataques a certos bens protegidos. Diante do total (ou todo)

17 SCHUNEMAN, Bernd. *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 89.

18 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 74.

19 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pp. 74, 75.

20 SCHUNEMAN, Bernd. *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 75.

de bens jurídicos protegidos caberá a intervenção penal somente em face daqueles considerados essenciais à manutenção do bom convívio social e quando severamente lesionados ou ameaçados concretamente de lesão. O direito penal, como diria Sebastian Soler, não corporifica um sistema exaustivo, e sim descontínuo de proteção de bens jurídicos.²¹

Consoante reconhecido pelos Tribunais brasileiros, "o Direito Penal não protege todos os bens jurídicos feridos, mas tão-somente aqueles mais importantes".²²

Opera-se com a fragmentariedade, segundo Regis Prado,²³ "uma tutela seletiva do bem jurídico, limitada àquela tipologia agressiva que se revela dotada de indiscutível relevância quanto à gravidade e intensidade da ofensa. Esse princípio impõe que o Direito Penal continue a ser um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente".²⁴

Quanto à subsidiariedade, tem-se que o Direito Penal deve ser o último sistema de proteção de bens jurídicos, tendo lugar apenas quando da ineficácia de todos os demais mecanismos de controle social. A tutela penal é naturalmente subsidiária, nunca primária. É a própria ideia de *ultima ratio*.

O raciocínio é bastante singelo: se houver medidas não penais capazes de tutelar suficientemente determinado bem jurídico não há motivo para a intervenção criminal. O espaço penal surge da insuficiência de outros instrumentos de controle social, formais (direito civil, direito administrativo, direito trabalhista etc) ou informais (família, comunidade, amigos, escola etc).

Na mesma linha, Roxin afirma que o direito penal somente pode ser chamado a intervir quando "falhem outros meios de solução social do problema. Por isso que se denomina a pena como a '*ultima ratio* da política social' e se define sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos".²⁵

A subsidiariedade decorre de "imperativo político-criminal proibitivo do excesso".²⁶ Explica Maurach²⁷ que não há motivo para aplicação de "recurso mais

21 SOLER, Sebastian. *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: TEA, 1951, t. 2, p. 164-165.

22 TRF 5ª Região, Terceira Turma, ACR n. 2234, Processo n. 9905370943/CE, Rel. Des. Fed. Geraldo Apolinário, j. em 11.11.1999, DJ de 19.12.1999, p. 1.038.

23 PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. v. 1. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 120.

24 PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. v. 1. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 120.

25 ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. t. 1. 1 ed. Tradução e notas por Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editora Civitas, 1997, p. 65.

26 QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: parte geral*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 29.

27 MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Tradução de Juan Córdoba Rod. Barcelona: Ed. Ariel, 1962, p. 31.

grave quando se obtém o mesmo resultado através de um mais suave: seria tão absurdo e reprovável criminalizar infrações contratuais civis quanto cominar ao homicídio tão-só o pagamento das despesas funerárias”.

Enfim, a intervenção penal deve ser mínima. Se o controle social por meio do direito penal ainda é (e talvez por muito tempo será) uma realidade inegável, necessário que ao menos sejam respeitadas as noções de fragmentariedade e subsidiariedade.

5. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O princípio da insignificância, introduzido oficialmente no sistema penal moderno por Claus Roxin, em meados dos anos 1960, representa importante instrumento de minimização dos abusos punitivos. Trata-se de princípio político-criminal que, informado pela máxima latina *de minima non curat praetor*, busca o afastamento da utilização desmedida e desnecessária das sanções penais.

Conforme as palavras de Roxin,²⁸ por meio da insignificância “permite-se, na maioria dos tipos, excluir desde logo danos de pequena importância”. Estabelece que o crime implica necessária ofensa grave, isto é, relevante ao bem jurídico. Não se trata de qualquer tipo de lesão. A mínima ofensividade, portanto, não justifica responsabilização penal.

Sustenta Rui Stoco²⁹ que “as infrações de nonada, que nenhuma repercussão ou desequilíbrio social apresentam, devem ser tratadas em outro plano, através de mecanismos de coibição diversos daqueles de natureza penal-aflitiva”.

A insignificância (ou batagela) constitui causa supralegal de exclusão da tipicidade (material). Opera com a superação da ideia meramente formal de tipicidade, entendida como simples correspondência entre a conduta humana e a fórmula incriminadora (pura subsumção comportamento/tipo legal). Ganha importância a dimensão material da tipicidade – corretora da amplitude formal – com as noções de ofensividade e relevância social pelo desvalor da conduta e do resultado.

Carlos Vico Manãs define o princípio da insignificância “como instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas, que, embora formalmente típicas,

28 ROXIN, Claus. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. Tradução Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Editora Espanhola, 1972, p. 52.

29 STOCO, Rui. *Princípio da Insignificância nos Crimes Contra a Ordem Tributária* in Escritos em Homenagem a Alberto Silva Franco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 376.

não atingem de forma socialmente relevantes os bens jurídicos protegidos pelo direito penal”.³⁰

A bagatela relaciona-se com uma visão material ou conglobante³¹ da tipicidade, atuando como “vetor interpretativo do tipo penal”.³² Destaca a preocupação em excluir da incidência penal os casos que, muito embora formalmente típicos, não representam verdadeira afetação do bem jurídico (logo: ausente o prejuízo social).

O Supremo Tribunal Federal³³ reconhece que para “a incidência da norma penal não basta a mera adequação formal do fato empírico ao tipo legal. É preciso que a conduta delituosa se contraponha, em substância, ao tipo em causa”. Portanto, “admite-se, em tese, a atipicidade da conduta quando não adequada aos postulados materiais da norma penal incriminadora”.³⁴

Não há dúvida que, por força do princípio da insignificância, o fato nímio ou de ínfimo significado é atípico, seja porque não há desaprovação da conduta (conduta insignificante), seja porque não há um resultado jurídico desvalioso (resultado ínfimo), seja por ambos os motivos.³⁵

Vale lembrar que o STF, em conhecido voto do Ministro Celso de Mello,³⁶ estabeleceu alguns critérios de aplicação do princípio da insignificância, a saber: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação, c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Os referidos critérios, no entanto, têm sido objeto de (severa) crítica por parte da doutrina. Paulo Queiroz³⁷ é enfático nesse ponto: “os requisitos são tautológicos. Sim, porque se mínima é a ofensa, então a ação não é socialmente perigosa; se a ofensa é mínima e a ação não perigosa, em consequência, mínima ou nenhuma é a reprovação; e, pois, inexpressiva a lesão jurídica. Enfim, os su-

30 MAÑAS, Carlos Vico. *O Princípio da Insignificância como Excludente de Tipicidade no Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 81.

31 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 400: “[...] o juízo de tipicidade não é um mero juízo de tipicidade legal, mas que exige um outro passo, que é a comprovação da tipicidade conglobante, consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem normativa”.

32 STF, Primeira Turma, HC 84.424/SP, Rel. Min. Carlos Britto, j. em 07.12.2004, DJ de 07.10.2005.

33 STF, Primeira Turma, HC 92.411/RS, Rel. Min. Carlos Britto, j. em 12.02.2008, DJe 83 de 08.05.2008.

34 STF, Primeira Turma, HC 92364/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 02.10.2007, DJe 126 de 18.10.2007.

35 GOMES, Luiz Flavio. *Princípio da Insignificância e Outras Excludentes de Tipicidade*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 26.

36 STF, Segunda Turma, HC 84.412/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 19.10.2004, DJ de 19.11.2004.

37 QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: parte geral*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 63.

postos requisitos apenas repetem a mesma ideia por meio de palavras diferentes, argumentando em círculo”.

Deveras, a polêmica atual tem ficado por conta dos limites da insignificância. Em que pesem as divergências, parece-nos claro que os balizamentos fundamentais giram em torno da lesividade ao bem jurídico, vedada qualquer análise sobre as características ou o histórico criminal do autor, uma vez que operamos com um direito penal do fato (e não do sujeito).

6. FLAGRANTES DE BAGATELA

Os “flagrantes de bagatela” são uma realidade diária do sistema penal brasileiro. Inúmeras pessoas são conduzidas todos os dias, às delegacias de polícia, em “flagrante delito”, por situações manifestamente insignificantes. O que fazer? O delegado de polícia pode (ou não) aplicar o princípio da insignificância e, portanto, afastar o cárcere diante de ninharias?

A resposta, em verdade, não demanda grande esforço hermenêutico. É evidente que o delegado de polícia não só pode como deve garantir a liberdade em situações de bagatela. Não pode haver “auto de prisão em flagrante delito” se não há crime. Ninguém pode ser preso se o fato não constitui ilícito penal. O princípio da insignificância exclui justamente a natureza criminosa do fato, uma vez que afasta a tipicidade (material). Abusivo mesmo seria o delegado prender ou investigar alguém por fato atípico.

Merolli, com absoluta razão, afirma que, “em face de qualquer caso concreto que em tese comporte a aplicação do princípio da insignificância, não deve o delegado de polícia sequer instaurar inquérito policial, já que, ao presidir a peça informativa do processo penal, compete-lhe apenas recolher dados para a elucidação da autoria e materialidade referentes a fatos materialmente típicos (art. 4º/ CPP)”.³⁸

Sublinhe-se que a discussão versa sobre o primeiro elemento do conceito analítico de fato punível.³⁹ A insignificância trata de categoria primária para a formação do injusto penal: a tipicidade. Se o delegado não puder avaliar sequer a tipicidade (formal e material) do caso, perde todo sentido a regra prevista no art. 304, *caput* e § 1º, do CPP, que atribui à autoridade policial nítida função de controle das garantias - penais e processuais penais - na lavratura do auto de prisão em flagrante e privação da liberdade do conduzido.

O art. 304, § 1º, do CPP, é cristalino no sentido de que a prisão em flagrante apenas terá lugar quando o delegado de polícia se convencer de fundada suspei-

38 MEROLLI, Guilherme. *Fundamentos Críticos de Direito Penal: dos princípios penais de garantia*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 319.

39 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal - Parte Geral*. 5 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 72.

ta criminosa em face do conduzido. Como pode haver suspeita válida se o fato não constitui crime? A suspeição por fatos (materialmente) atípicos não legitima qualquer espécie de cerceamento da liberdade. Imaginar o contrário significaria violação frontal aos princípios da reserva legal, da presunção de inocência e da excepcionalidade da prisão.

Nicolitt explica que “o delegado tem o poder-dever de fazer o primeiro juízo de tipicidade quando se coloca diante da notícia-crime, podendo, assim, deixar de lavrar o flagrante, bem como de instaurar inquérito policial, fundamentando tal postura no princípio da insignificância”.⁴⁰

A mesma orientação é perfilhada por Nucci, *in verbis*: “Ora, se o delegado é o primeiro juiz do fato típico, sendo bacharel em Direito, concursado, tem perfeita autonomia para deixar de lavrar a prisão em flagrante se constatar a insignificância do fato. Ou, se já deu início à lavratura do auto, pode deixar de recolher ao cárcere o detido. Lavra a ocorrência, enviando ao juiz e ao Ministério Público para avaliação final, acerca da existência - ou não - da tipicidade”.⁴¹

É importante ressaltar que a prerrogativa (ou dever-poder) do delegado de polícia em reconhecer a natureza bagatelar do fato em nada impede que o titular do direito de ação, divergindo do entendimento firmado pela autoridade policial, resolva apresentar pretensão acusatória em juízo naquele caso. É sabido que não existe qualquer vinculação na espécie. Contudo, é necessário respeitar sempre a autonomia valorativa de cada um dos órgãos estatais que atuam no sistema de justiça criminal (polícia judiciária, ministério público e magistratura). Mesmo porque inexistente hierarquia entre esses órgãos. Todos são carreiras jurídicas com assento constitucional. E, acima de tudo, deveriam todos empreender medidas para a redução do arbítrio punitivo.

Vale referir, mais uma vez, as lições do eminente magistrado e professor André Nicolitt: “A função do delegado de polícia não pode resumir-se a um juízo de tipicidade legal ou formal, tendo que ser alargada ao juízo de tipicidade material e, mesmo, conglobante. Entendimento diverso retira o significado e a importância que a Constituição deu à atividade de polícia judiciária, cujas atribuições foram definidas por ela, que exigiu, inclusive, a estruturação em carreira do cargo de Delegado de Polícia”.⁴²

40 NICOLITT, André. O delegado de polícia e o juízo de tipicidade: um olhar sob a ótica da insignificância. In: CASARA, Rubens R. R.; LIMA, Joel Corrêa de (org). *Temas para uma Perspectiva Crítica do Direito: homenagem ao Professor Geraldo Prado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 130.

41 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 546. No mesmo sentido: SANINI NETO, Francisco. *Inquérito Policial e Prisões Provisórias: teoria e prática de polícia judiciária*. 01 ed. São Paulo: Ideias&Letras, 2014, pp. 202-206.

42 NICOLITT, André. O delegado de polícia e o juízo de tipicidade: um olhar sob a ótica da insignificância. In: CASARA, Rubens R. R.; LIMA, Joel Corrêa de (org). *Temas para uma Perspectiva Crítica do Direito: homenagem ao Professor Geraldo Prado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 130.

Outros (inúmeros) argumentos e autores poderiam ser citados, a fim de justificar tamanha obviedade, porém a natureza sintética deste trabalho obriga-nos a limitar a discussão naquilo que julgamos essencial. Sabemos, no entanto, que a decisão de acolher (ou não) essa tentativa de minimização da violência penal depende muito mais da orientação político-criminal de cada um dos operadores do sistema do que de qualquer lógica argumentativa formal.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este singelo artigo nunca teve qualquer pretensão além de anunciar obviedades – tão caras ao sistema penal. É bem verdade que sustentar o óbvio penal, em uma era dominada por mantras punitivistas, recebidos e repetidos acriticamente, é quase um ato revolucionário.

Nesse sentido, dizer “obviedades revolucionárias” sobre os “flagrantes de bagatela”, em um Estado Democrático de Direito, significa resistir, isto é, zelar pelo dever constitucional e democrático da polícia judiciária, por intermédio do delegado de polícia, de atribuir efetividade ao princípio da insignificância como instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana e de limitação da dor própria ao sistema penal.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Uma Cidadania Reduzida a Dados Biométricos: como a obsessão por segurança muda a democracia*. *Jornal Le Monde Diplomatique Brasil*. Disponível em: <http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1568>. Acesso em 15.08.2014.
- ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o Direito Penal*. 01 ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BITTNER, E. As funções da polícia na sociedade moderna: uma revisão dos fatores históricos, das práticas atuais e dos possíveis modelos de polícia. In: *Aspectos do Trabalho Policial*. São Paulo: EdUSP, 2003.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*. São Paulo: Forense, 2003.
- GOMES, Luiz Flavio. *Princípio da Insignificância e Outras Excludentes de Tipicidade*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- KLOCKARS, Carl B. *The Idea of Police*. Sage: Thousand Oaks, California, 1985.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 09 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

- MAÑAS, Carlos Vico. *O Princípio da Insignificância como Excludente de Tipicidade no Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- MARIMON, Saulo Bueno. *Policinando a Polícia: A Corregedoria-Geral de Polícia Civil do Rio Grande do Sul (1994-2004)*. 1 ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. I. 2 ed. Campinas: Millennium, 2000.
- MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Tradução de Juan Córdoba Rod. Barcelona: Ed. Ariel, 1962.
- MEROLLI, Guilherme. *Fundamentos Críticos de Direito Penal: dos princípios penais de garantia*. São Paulo: Atlas, 2014.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- _____. O delegado de polícia e o juízo de tipicidade: um olhar sob a ótica da insignificância. In: CASARA, Rubens R. R.; LIMA, Joel Corrêa de (org). *Temas para uma Perspectiva Crítica do Direito: homenagem ao Professor Geraldo Prado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 127-131.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. v. 1. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: parte geral*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. t. 1. 1 ed. Tradução e notas por Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editora Civitas, 1997.
- ROXIN, Claus. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. Tradução Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Editora Espanhola, 1972.
- SANINI NETO, Francisco. *Inquérito Policial e Prisões Provisórias: teoria e prática de polícia judiciária*. 01 ed. São Paulo: Ideias&Letras, 2014.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – Parte Geral*. 5 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.
- SCHUNEMAN, Bernd. *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SOLER, Sebastian. *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: TEA, 1951, t. 2.

STOCO, Rui. *Princípio da Insignificância nos Crimes Contra a Ordem Tributária in Escritos em Homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

VALENTE, Manual Monteiro Guedes. *Teoria Geral do Direito Policial*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. v.1. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PARTE III

TEMAS ESPECÍFICOS DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL