



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

ROBERVAL NUNES FERNANDES

**O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NA FASE PRÉ-PROCESSUAL: DA
IMPOSSIBILIDADE DE PRISÃO EM FLAGRANTE POR CRIME DE BAGATELA**

FORTALEZA

2014

ROBERVAL NUNES FERNANDES

**O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NA FASE PRÉ-PROCESSUAL: DA
IMPOSSIBILIDADE DE PRISÃO EM FLAGRANTE POR CRIME DE BAGATELA**

Trabalho de Conclusão de Curso a ser apresentado no Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará (UFC), como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral

FORTALEZA

2014

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

F363p

Fernandes, Roberval Nunes.

O princípio da insignificância na fase pré-processual: da impossibilidade de prisão em flagrante por crime de bagatela / Roberval Nunes Fernandes. – 2014.
60 f. : enc. ; 30 cm.

Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2014.

Área de Concentração: Direito Penal e Processual Penal.

Orientação: Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral.

1. Princípio da insignificância. 2. Flagrante delito - Brasil. 3. Inquérito policial. I. Cabral, Gustavo César Machado (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

CDD 343.126

ROBERVAL NUNES FERNANDES

**O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NA FASE PRÉ-PROCESSUAL: DA
IMPOSSIBILIDADE DE PRISÃO EM FLAGRANTE POR CRIME DE BAGATELA**

Trabalho de Conclusão de Curso a ser apresentado no Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará (UFC), como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em : ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestranda: Camilla Karla Barbosa Siqueira
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestrando: Duílio Rocha Lima
Universidade Federal do Ceará (UFC)

AGRADECIMENTOS

A Deus por ter me dado saúde e força para superar as dificuldades.

A Universidade Federal do Ceará, seu corpo docente, direção e administração que oportunizaram a janela que hoje vislumbro um horizonte superior, eivado pela acendrada confiança no mérito e ética aqui presentes.

Ao meu orientador Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral, pelo suporte dado por sua presteza e atenção e pelas suas correções e incentivos.

Aos meus pais, Silvânia Maria Nunes Fernandes e Francisco Evaldo da Silva Fernandes pelo amor, incentivo e apoio incondicionais.

E a todos familiares e amigos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

RESUMO

Este trabalho trata do princípio da insignificância, sua fundamentação histórica e constitucional, sua definição, características principais e seus efeitos, principalmente, sua aplicação na fase pré-processual, tanto na investigação criminal como nas medidas cautelares, especificamente na prisão em flagrante, determinando a impossibilidade de se aplicar tal medida prisional contra o autor de crime de bagatela. Este trabalho tenta trazer um norte para a aplicação da insignificância, como tal princípio não está previsto expressamente no direito brasileiro, sua aplicação é muitas vezes mitigada e quando utilizado, não há uma homogeneidade em sua aplicação, este é o objetivo desse trabalho traçar uma linha definida sobre o tema, tentando juntar os conceitos e formular um entendimento, o mais uniforme possível, sobre a aplicação desse relevante princípio. Para isso analisaremos o que relevantes autores falam do tema, suas definições e conceitos que ajudam a entender a insignificância, também analisaremos a jurisprudência em especial a da Corte Constitucional, vendo como o STF delimitou este princípio, analisou sua aplicação, por fim, traremos nossa opinião juntando os conceitos aqui definidos para chegar ao nosso entendimento sobre o tema. Não se espera com este trabalho esgotar todo o tema já tão discutido por grandes juristas mas sim traçar um ponto de partida para que analisando as definições sobre o tema possa ter uma noção mais clara sobre o princípio da insignificância e sua aplicação.

Palavras-chave: Direito Penal. Fase pré-processual. Princípio da Insignificância. Prisão em flagrante por crime de bagatela.

ABSTRACT

This work deals with the principle of insignificance, its historical and constitutional reasons, its definition, key features and their effects, especially its application in the pre-processing phase, both in criminal and in precautionary measures, specifically in prison in the act, determining the inability to apply such measure against the prison author of crime trifle. This work trying to bring a north to the application of insignificance, as such principle is not expressly provided for in Brazilian law, its application is often mitigated and when used, there is no uniformity in its application, this is the aim of this study to draw a line defined on the subject, trying to put the concepts and formulate an understanding, as uniform as possible, on the application of this important principle. For this we analyze the relevant authors who speak of the subject, its definitions and concepts that help to understand the insignificance, we also analyze the jurisprudence in particular the Constitutional Court, the STF delineated seeing how this principle, the analyzed application, finally, we will bring. We believe joining the concepts defined here to get to our understanding of the subject. Not expected with this work already exhausted the whole subject as discussed by great jurists but draw a starting point for analyzing the definitions on the subject may have a clearer idea about the principle of insignificance and its application.

Keywords: Criminal Law. Pre-processing phase. Principle of insignificance. Arrest in the act by crime trifle.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
-------------------------	-----------

1 - DOS CONCEITOS INTRODUTÓRIOS.

1.1 A Unidade do Ordenamento Jurídico; a Função do Direito Penal neste Ordenamento.....	09
1.2. Os Princípios da intervenção mínima e seus subprincípios.....	11
1.3. Da Teoria do Crime, tipicidade material e formal, antejuridicidade e culpabilidade.....	14
1.3.1 Definição de Crime.....	14
1.3.2 Da Tipicidade Formal, Material e da Tipicidade Conglobante.....	16

2 – DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

2.1 Origem histórica	18
2.2 Princípio da Insignificância no direito brasileiro.....	19
2.3 Definição jurisprudencial para o Princípio da Insignificância.....	20
2.4 Princípio da Insignificância; subdivisão infração bagatelar própria e imprópria.....	24
2.5 Sinopse sobre o princípio da Insignificância.....	28

3 - DA INVESTIGAÇÃO POLICIAL E AS MEDIADAS CAUTELARES

3.1. Da Investigação Policial.....	29
3.2. As prisões cautelares , seus requisitos e peculiaridades.....	34
3.3. Princípio da Proporcionalidade e as medidas cautelares	38
3.4. Das prisões cautelares.....	40
3.4.1 Da prisão temporária.....	40
3.4.2 Da prisão preventiva	42
3.4.3 Da prisão em flagrante	44

4 - DA IMPOSSIBILIDADE DA PRISÃO EMFLAGRANTE POR CRIME DE BAGATELA.

4.1 . Fundamentos do Princípio da Insignificância	48
4.2. Da importância da distinção em infração bagatelar própria e imprópria	49
4.3. Da punibilidade da infração bagatelar própria.....	50
4.4. Da Atuação do delegado quando o inquérito tratar de Infração bagatelar própria.....	51
4.5 Da Inconstitucionalidade da prisão em flagrante da infração bagatelar própria.....	52
4.6 Da atuação do delegado diante de um flagrante de infração bagatelar própria.....	54
4.7 Da não aplicação do " <i>in dubio pro societate</i> ".....	56
CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
REFERÊNCIAS	59

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo trazer à baila a problemática da aplicação do Princípio da Insignificância ou Bagatela, sua fundamentação, definição e como a doutrina e jurisprudência vêm tratando do tema, principalmente, quanto a sua aplicação na fase pré-processual, especificamente no inquérito policial, definindo, quais os efeitos desse princípio nesta fase .

Desta feita, preliminarmente será feita uma análise sobre os conceitos básicos para o entendimento da insignificância. Sua função no ordenamento jurídico, sua fundamentação principiológica constitucional, e seu papel como excludente de tipicidade. Depois será definido o referido princípio analisando suas subdivisões e vendo como a doutrina e a jurisprudência, em especial do Supremo Tribunal Federal (STF), explica e aplica tal princípio.

Logo após, será apresentada uma explanação sobre a fase pré-processual, como deve ser realizada, quais os princípios que a regem. Além de como deve ser visto tal processo a luz do novo direito constitucional, fundamentado nos princípios da dignidade da pessoa humana.

Por fim, será feito uma análise acerca da aplicação do Princípio da Insignificância ou Bagatela na fase pré-processual, principalmente no Inquérito Policial, como contrapor o princípio do “*In Dubio pro Societate*” e as novas garantias constitucionais. Analisando, por fim, como deve agir o Delegado, caso reconheça de pronto a insignificância, impedindo a prisão em flagrante delito, com base neste princípio.

1 - DOS CONCEITOS INTRODUTÓRIOS

1.1 A Unidade do Ordenamento Jurídico; a Função do Direito Penal neste Ordenamento.

O conjunto de normas de um país, sejam advindas de um processo legislativo ou consuetudinárias, sejam organizadas em códigos ou espasas, são, em verdade, um todo ordenado, suas partes embora distintas subsistem e interagem entre si, formando o chamado ordenamento jurídico. Quanto mais complexa a sociedade maior a diversidade de normas que ela conterà, normas essas que gravitam em torno de uma unidade, como preleciona o renomado autor Norberto Bobbio em seu livro Teoria do Ordenamento Jurídico:

A complexidade do ordenamento, sobre a qual chamamos a atenção até agora, não exclui sua *unidade*. Não poderíamos falar de ordenamento jurídico se não o tivéssemos considerado algo de unitário. Que seja unitário um ordenamento simples, isto é, um ordenamento em que todas as normas nascem de uma única fonte, é facilmente compreensível. Que seja unitário um ordenamento complexo deve ser explicado. Aceitamos aqui a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico, elaborada por Kelsen. Essa teoria serve para dar uma explicação da unidade de um ordenamento jurídico complexo. Seu núcleo é que as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano. Há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a norma fundamental que da unidade a todas as outras normas, isto é, faz das normas espalhadas e de várias proveniências um conjunto unitário que pode ser chamado “ordenamento”.

A norma fundamental é o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico. Sem uma norma fundamental, as normas de que falamos até agora constituiriam um amontoado, não um ordenamento. Em outras palavras, por mais numerosas que sejam as fontes do direito num ordenamento complexo, tal ordenamento constitui uma unidade pelo fato de que, direta ou indiretamente, com voltas mais ou menos tortuosas, todas as fontes do direito podem ser remontadas a uma única norma¹.

Não é o objetivo deste trabalho discutir a hierarquização das normas nem definir em termos filosóficos e jurídicos o conceito de norma fundamental, basta pra os fundamentos

¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6 ed. : Editora Universidade de Brasília, 1995. pgs. 48 e 49.

deste trabalho entender que a Constituição Federal e seus princípios fundamentais regem o ordenamento jurídico brasileiro, estando no ápice da pirâmide normativa, e que o princípio maior que se equipararia a definição kelseniana de norma fundamental, no nosso ordenamento, é o princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Desta forma, as várias normas do nosso ordenamento tem sua fundamentação maior na Constituição Federal, que por sua vez tem como base o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. As Normas infraconstitucionais são vassalãs da Constituição embora tenham seu grau de singularidade e independência, assim surgem as normas Trabalhistas, normas de Direito Civil, normas de Direito Tributário e é claro as normas de Direito Penal .

Guilherme de Souza Nucci define o Direito Penal: " É o conjunto de normas jurídicas voltado à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação."² Assim, dentro do ordenamento jurídico as normas de Direito Penal ou simplesmente o Direito Penal como define autor é a arma mais poderosa do Estado, usada para combater apenas as condutas mais reprováveis definidas em lei, e cuja sanção exerce o maior grau de intervenção do Estado na vida de seus cidadãos, em alguns países pode chegar a intervir no direito à vida do indivíduo, no Brasil, apenas sua liberdade, por um certo período de tempo, pode ser afetada.

Devido a essa força do direito penal e para proteger os cidadãos de uma intervenção desmedida do estado em sua liberdade e autonomia, é que a Constituição elencou princípios e normas protetoras, que determinam, não só o grau desta intervenção, ou seja até que ponto pode o estado intervir no particular e com que meios, mas principalmente, quando esta intervenção será necessária, quando deve o estado usar sua força mais repressiva, no caso o direito penal, ou quando deve deixar que os outros ramos do direito atuem dirimindo as questões de forma menos gravosa.

² NUCCI, Guilherme de Souza . **Manual de Direito Penal**- 7ed –São Paulo: revista dos tribunais , 2011.

1.2 Princípios da Intervenção Mínima e corolários: Fragmentariedade , Subsidiariedade e Ofensividade. Direito Penal como "*ultima ratio*".

A Constituição Federal determinou em seu artigo 5º quais são os direitos fundamentais e determinou em seu artigo 1º, inciso III, que a dignidade da pessoa humana é fundamento maior do Estado Democrático de Direito. No entanto o direito penal, quando atua atinge diretamente estes direitos fundamentais, para restringir esse poder de intervenção do estado nos direitos do cidadão é que surge o princípio da Intervenção Mínima, que não está expresso na Carta Magna, mas pode ser inferido através da interpretação de seus dispositivos, este é o entendimento de Luiz Luisi:

A Constituição Federal, ao proclamar, em seu art. 5º, que os direitos à liberdade, à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade são invioláveis e colocar, no art. 1º, inciso III, como fundamento do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, permite-nos deduzir nesses princípios expressos o da intervenção mínima, pois somente se admite a restrição ou privação de tais direitos, com a aplicação de sanções, se for necessário proteger os direitos fundamentais do homem.³

Para regular tão poderosa intromissão estatal nos direitos fundamentais surge o princípio da Intervenção Mínima e seus princípios corolários ou sub-princípios que são a subsidiariedade , fragmentariedade e ofensividade, que são chamados de implícitos, pois embora não estejam expressos na Carta Constitucional sua presença se percebe quando da interpretação em conjunto dos dispositivos constitucionais, vejamos como são definidos .

Dentro do ordenamento jurídico o Direito Penal, por ser o auge da força estatal, capaz de tirar do indivíduo sua liberdade e confiná-lo longe da sociedade, deve ser a última medida ou "*ultima ratio*", usada apenas quando as demais áreas do direito não forem capazes de atuar. Essa característica é chamada de Subsidiariedade Penal.

Luiz Luisi apresenta fundamentos para essa premissa:

³ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 40.

O Estado deve evitar a criação de infrações penais insignificantes, impondo penas ofensivas à dignidade humana. Tal postulado encontra-se implícito na Constituição Federal, que assegura direitos invioláveis como a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade, bem como colocando como fundamento do Estado democrático de direito a dignidade da pessoa humana. Daí ser natural que a restrição ou privação desses direitos invioláveis somente se torne possível, caso seja estritamente necessária a imposição da sanção penal, para garantir bens essenciais ao homem.⁴

Um princípio irmão da subsidiariedade é a fragmentariedade, na verdade, eles são lados opostos da mesma moeda, dois pontos de vista sobre o mesmo fato. Que o Direito Penal é apenas um componente da engrenagem chamada Ordenamento Jurídico, e como tal tem sua função específica. Não cabe ao direito penal tutelar toda e qualquer lesão ao bem jurídico, pelo contrário o Direito Penal deve ser a exceção, as questões mais simples devem ser resolvidas por meio de indenizações cíveis ou punições administrativas, só os casos mais graves devem ser levados a égide do Direito Penal, Guilherme de Souza Nucci define fragmentariedade a partir do vocábulo fragmento: "*Fragmento é apenas parte de um todo, razão pela qual o direito penal deve ser visto no campo dos atos ilícitos, como fragmentário, ou seja, deve ocupar-se das condutas mais graves, verdadeiramente lesivas à vida em sociedade, passíveis de causar distúrbios de monta à segurança pública e à liberdade individual*".

Por fim, o Princípio da lesividade ou ofensividade, o último sector da Intervenção Mínima, atua mais na criação dos tipos penais incriminadores, porém serve para mensurar também a necessidade da manutenção de um tipo penal já vigente, direcionando o legislador penal. Preleciona esse princípio que deve o direito penal incriminar apenas condutas efetivamente lesivas, que causem um dano sensível ao bem jurídico tutelado, conforme preleciona Anabela Miranda Rodrigues:

Na verdade, na mais recente definição de bem jurídico, independentemente da diversidade de formulações, o ponto de partida é o de que o bem jurídico possui natureza social e o de que o direito penal só deve intervir para prevenir danos

⁴ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. e LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 40.

sociais e não para salvaguardar concepções ideológicas ou morais ou realizar finalidades transcendentess⁵.

Desta feita, o princípio da ofensividade determina que os tipos penais incriminadores têm que tutelar situações fáticas que geram dano ou ao menos risco de danos significativos ao bem jurídico, não bastando que a conduta seja abstratamente reprovável ou seja ideologicamente ou moralmente condenáveis, se de fato não tiverem o condão de causar dano significativo ao bem jurídico tutelado pela norma.

Depois de definido o ordenamento jurídico como uma unidade e a função do direito penal neste ordenamento, passando pelos princípios que regulam a atuação do direito penal como força estatal, limitando quais os casos que o direito penal deva ser chamado a atuar, porém antes de adentrar no tema mais central deste trabalho, faz-se mister definir também o que é crime, embora sem se aprofundar demais nas celeumas e debates infundáveis que permeiam esta matéria.

1.3 Da Teoria do Crime, da Tipicidade, Formal e Material, da Antijuridicidade, da Culpabilidade

1.3.1 Definição de Crime

A definição de crime como óbvio não é algo que advenha da natureza, é, em verdade, uma criação social, variando de acordo com a época o local e o grupo social em que ocorre, nas palavras de Michel Foucault: "é verdade que é a sociedade que define, em função de seus interesses próprios, o que deve ser considerado como crime: este, portanto, não é natural"⁶. Assim o que é crime em determinada época em determinado país pode não vir a ser em outro ou mesmo, algo que é crime em determinado local, pode deixar de sê-lo com o transcorrer do tempo.

⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**. Coimbra. Coimbra Editora. pag 268.

⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir. Nascimento da prisão**, 25ª Edição, Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2002.

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci, definindo crime: “É a Concepção da sociedade sobre o que pode e deve ser proibido, mediante a aplicação de sanção penal. É, pois, a conduta que ofende um bem juridicamente tutelado, merecedora de pena”⁷.

Esta definição no entanto é apenas a definição material de crime, como aquela conduta que agride um bem jurídico tutelado pela sociedade, na forma de uma conduta penal incriminadora ou seja um tipo penal, cuja transgressão acarreta uma penalidade. Porém esta definição não basta para a análise deste trabalho, é preciso adentrar na definição da ciência do direito sobre o crime, sua definição analítica, dissecando o crime para chegar nas partes que o compõe, chegando assim a um maior entendimento da sua amplitude.

Na definição analítica de crime é onde há maior divergência doutrinária, quantos aos componentes do crime, quanto aos seus efeitos. Há várias correntes e teorias que tentam explicar o crime e suas partes componentes, sem nos atermos a disputas doutrinárias que não são parte do objeto central deste trabalho.

Adotamos, portanto, a teoria tripartite, que define crime, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci: “ em uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade), contrária ao direito (antijuridicidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor (culpabilidade)⁸”.

Dentre os que adotam a corrente tripartite, há duas grandes vertentes os Causalistas e os Finalistas, a primeira entende que o dolo e a culpa estão na culpabilidade, para eles a conduta não deve sofrer valoração, sendo apenas ação ou omissão voluntária e consciente sem adentrar no âmbito da intenção. Já a segunda corrente entende que o dolo e a culpa devem fazer parte da tipicidade, sendo típica a conduta omissiva ou comissiva, consciente que visa realizar uma finalidade. Ou seja, para esta teoria toda ação humana busca um fim, um objetivo.

Nos filiamos à segunda corrente, portanto para o prosseguimento deste trabalho adotaremos a corrente que diz que crime é fato típico, antijurídico e culpável e que o dolo e a

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza . **Manual de Direito Penal**, 7ed, São Paulo: revista dos tribunais , 2011.

⁸ BRASIL, Art. 155, do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal.

culpa, fazem parte da tipicidade, como valoradores da conduta humana em busca de um objetivo finalístico.

1.3.2. Da Tipicidade Formal, Material e da Tipicidade Conglobante

Embora fosse necessário, para melhor entendimento, um pequeno recorte sobre teoria do crime, faz-se mister para esse trabalho definir tipicidade, principalmente quanto sua subdivisão em tipicidade Formal e Material.

Tipicidade Formal é quando a conduta praticada por um indivíduo se enquadra perfeitamente, em um tipo penal, ou seja, em um enunciado, que descreve uma conduta, anteriormente definida e expressa por via de lei. Vejamos o exemplo do Código Penal brasileiro:

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa⁸

Neste caso, quem subtrair dolosamente, para si ou para outrem, coisa móvel que não lhe pertença, se enquadrará formalmente na conduta descrita, e estaria sujeito às penalidades prescritas, no caso, reclusão de um a quatro anos e multa .

Ocorre que não basta uma análise meramente formal da tipicidade, como já foi visto os princípios do direito penal da Mínima Intervenção e seus corolários aduzem que o direito penal não trata de toda lesão ao bem jurídico, mas apenas daqueles que tem maior grau de reprovabilidade e que tem o condão de causar lesão sensível e significativa ao bem jurídico tutelado, vejamos um exemplo prático:

E se uma pessoa rouba um frasco de perfume, cujo valor não chega a 20 reais, ela de fato subtraiu coisa móvel, um perfume, dolosamente, para seu uso, sendo que o perfume não lhe pertencia. Este fato é claramente típico.

Porém a lesão ao bem jurídico não foi faticamente relevante, pois o valor econômico do bem não é capaz de gerar um dano significativo ao bem jurídico protegido, no caso o patrimônio do particular, que teve sua propriedade usurpada.

Nem vale a pena insurgir contra o agente o dispendioso aparato punitivo estatal, quando o dano causado é tão ínfimo e incapaz de gerar lesão ou ao menos um risco de dano relevante ao bem jurídico tutelado.

Portanto, o exemplo citado, é um caso em que a conduta embora formalmente típica não é materialmente típica.

Na doutrina tradicional, bastava para fins de tipicidade que a conduta fosse formalmente típica, que se enquadrasse em um modelo penal predefinido, não importando se tal conduta era efetivamente lesiva ao bem jurídico, seguindo a risca os ditames do brocado latino: “*Fiat iustitia et pereat mundus*”, na tradução livre: faça-se a justiça ainda que o mundo pereça.

No Direito Penal moderno pautado nos princípios constitucionais, dentre os quais se destaca o da dignidade da pessoa humana, não cabe mais tal assertiva, a justiça não é um fim em si mesma é um meio de apaziguar as relações sociais, não vale nada, se para conquistar um ideal abstrato de justiça, se sacrifique toda uma gama de relações e interações sociais. Portanto para o direito penal moderno vale mais o brocado: “*Fiat iustitia ne pereat mundus*” na tradução livre: faça-se a justiça, para que o mundo não pereça, frase atribuída a Hegel.

Assim, justiça como conceito meramente abstrato não tem sentido, a justiça é um meio de equilibrar as relações sociais, apaziguando-as e tornando as relações humanas perenes.

Essa nova visão referente à tipicidade, pode ser entendida, nas palavras de Rogério Sanches Cunha: “A tipicidade penal deixou de ser mera subsunção do fato a norma, abrigando também juízo de valor, consistente na relevância da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado”⁹.

Destarte, no moderno direito penal deve se investigar se a conduta praticada pelo agente força suficiente para atingir o bem jurídico resguardado pela norma.

⁹ CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: Parte Geral. Petrópolis: Juspodivm, 2013, v. único, p. 225.

Eugênio Raúl Zaffaroni, aprimorou este entendimento moderno sobre a tipicidade criando o que ele chama de teoria da tipicidade conglobante. Nessa teoria a tipicidade seria uma junção de tipicidade formal e da tipicidade conglobante, a segunda sendo uma junção entre tipicidade material, capacidade de lesão ao bem jurídico, e antinormatividade, que seja o ato não determinado ou incentivado pela lei, assim também não seria um típico penal, atos que se enquadrem na descrição normativas, mas no entanto, são permitidas ou são ordenadas por legislações de outros ramos do direito¹⁰.

Depois de um pequeno introito dos conceitos essenciais para o melhor entendimento do objeto central deste trabalho, chegamos à parte onde analisaremos o princípio da insignificância ou bagatela, sua fundamentação e definição, sua atuação como excludente da tipicidade, suas subdivisões e como a doutrina e jurisprudência vem definindo e aplicando tal princípio.

2 – DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

2.1 Origem Histórica

A origem do Princípio da Insignificância ou Bagatela é muito discutida pelos doutrinadores, para alguns, dentre os quais figura, Diomar Acker Filho, o embrião de tal princípio remontaria o direito romano, por meio do brocardo: “*minima non curat praetor*”¹¹.” em tradução livre: o pretor (magistrado) não cuida de coisas pequenas.

Assim, o ditame que o magistrado não se ocuparia e relevaria os pequenos casos seria o início remoto do atual princípio da insignificância.

Embora o direito romano fosse, em vários aspectos, muito desenvolvido, não havia em definitivo uma base argumentativa doutrinária sobre tal princípio, limitando-se apenas a esta

¹⁰ Cf. ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: Parte Geral. 8 ed. São Paulo: RT, 2009

¹¹ ACKER FILHO. diomar, **O princípio da Insignificância no Direito Penal**, in REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL DE SÃO PAULO, v. 94, 1988.

prescrição, constituindo mais uma máxima do que um princípio de direito devidamente embasado legal e doutrinariamente ¹².

Outros autores entendem ser a origem do Princípio da insignificância ou Bagatela mais recente, remontando o começo do século XX, principalmente, depois das duas grandes guerras mundiais.

Quando a situação econômica e social estava totalmente desgastada, com o alto nível de desemprego, inflação galopante e escassez de produtos essenciais. Nesse contexto, vários pequenos furtos foram realizados, com pouco valor patrimonial, tendo sido amplamente difundida a não penalização destes atos, quando se restringiam, meramente, a lesões patrimoniais de pouca monta. A doutrina Alemã chamou este atos de: Delitos de Bagatela , no alemão (*Bagatelldelikte*) ¹³.

2.2 Princípio da Insignificância no direito brasileiro.

Depois de uma pequena análise sobre a origem do princípio da insignificância, deve-se analisar sua regularização no direito brasileiro, seus fundamentos normativos, doutrinários e jurisprudenciais .

Inicialmente, deve-se salientar que não há previsão expressa do princípio da insignificância na legislação brasileira, não havendo menção no Código Penal, nem na legislação extravagante, ressalvadas as exceções previstas no Código Penal Militar, o artigo 209, § 6º, veja-se :

Art. 209. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

§ 6º No caso de lesões levíssimas, o juiz pode considerar a infração como disciplinar.

¹² DIREITO PENAL AMBIENTAL, aplicação do princípio da insignificância. *TrabalhosFeitos.com*. Retirado em 07, 2012, de <http://www.trabalhosfeitos.com/ensaios/Direito-Penal-Ambiental-Aplica%C3%A7%C3%A3o-Do/299046.html>

¹³ CELIDONIO, Celso. O princípio da Insignificância. Revista Direito Militar. Brasília: Senado Federal, vol. 3, n. 16.

E também o artigo 240, § 1º do mesmo diploma legal:

Art. 240. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, até seis anos.

§ 1º Se o agente é primário e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou considerar a infração como disciplinar. Entende-se pequeno o valor que não exceda a um décimo da quantia mensal do mais alto salário mínimo do país.¹⁴

Em ambos os casos, o juiz pode considerando levíssima a lesão corporal, no caso do artigo 209, e de pequeno valor a coisa furtada, no caso do artigo 240, para considerar a infração como meramente disciplinar, ou seja, fora das égides do Código Penal Militar, o que adaptando-se ao direito não-militar equivaleria a uma sanção meramente administrativa.

2.3 Definição jurisprudencial para o Princípio da Insignificância

Fora as duas exceções anteriormente citadas, não há qualquer outra menção ao princípio da insignificância na legislação brasileira. No entanto a doutrina penal e a jurisprudência vêm aceitando plenamente a aplicação desse princípio. Nas palavras de Luiz Flávio Gomes: “ O problemático nessa área (já) não parece ser a admissão do princípio da insignificância (isso é algo que a doutrina assim como a jurisprudência brasileira mais atualizada já vem superando há algum tempo)”¹⁵.

Não é a admissão pela doutrina e pelos tribunais, que é o problema central do princípio da insignificância, mas sim sua definição, quais são os parâmetros usados para

¹⁴ BRASIL, Arts. 209, § 6º e 240, § 1º do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar.

¹⁵ GOMES, Luiz Flávio. Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade. 2 ed. São Paulo: RT. 2010 p. 28.

defini-lo, quando se deve usar ou não tal princípio, e quais os limites da sua extensão e aplicação.

Durante muito tempo, vários julgados divergiam quanto aos critérios que seriam usados para a definição dos casos de bagatela, isso até o STF, por meio do (HC 84.412-SP, rel. Min Celso de Mello) definir os parâmetros legais para a adoção de tal princípio.

São quatro os parâmetros definidos pelo Ministro em seu julgado:

- 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;*¹⁶

faz-se mister analisar agora a definição de cada um desses parâmetros e discutir sua aplicação, tanto individualmente quanto em conjunto.

Inicialmente, deve se entender cada uma das bases definidas do referido julgado do STF. A primeira, a) *mínima ofensividade da conduta*, aduz, para que a conduta do agente tenha em si um mínimo de lesão ao bem jurídico. A segunda, b) *nenhuma periculosidade social da ação*, ou seja, que a ação não represente um perigo para a coletividade. A terceira, c) *reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento do agente*, determina que o comportamento não tenha, em análise, um índice elevado de rejeição social, sendo, até certo ponto, aceitável, se não, ao menos compreensível. Por fim, d) *inexpressividade da lesão jurídica provocada*, ou seja que o resultado da ação não seja capaz de lesionar, de forma significativa, o bem jurídico tutelado.

Luiz Flávio Gomes analisando os parâmetros definidos no HC, conjuntamente, define que três deles versam sobre a irrelevância da conduta e o outro fala da inexpressividade do resultado, então ele faz a seguinte pergunta: “ Temos que necessariamente conjugar todos os

¹⁶ BRASIL, Supremo tribunal federal, 2ª Turma, HC 84.412-0. São Paulo. Rel. Min. Celso de Mello. 19.10.2004

quatro vetores ou podemos desmembrar, para reconhecer a insignificância em razão só do desvalor da conduta ou só do desvalor do resultado ? ¹⁷”

Essa é uma questão muito importante, que a jurisprudência ainda não respondeu, nada no referido (HC 84.412-SP, rel. Min Celso de Mello), determina se os parâmetros apontados devem ser analisados individualmente ou somente estando um deles presente já pode ser caracterizado a bagatela. No silêncio do STF, Luiz Flávio Gomes entende, que se estiver presente apenas um dos requisitos definidos, pode sim, ser aplicado o princípio da insignificância, veja explicação:

Apesar de todas as polêmicas, de acordo com nossa opinião, podemos e devemos distinguir a insignificância da conduta da do resultado (o tema será aprofundado mais abaixo). Quando uma conduta é indiscutivelmente insignificante, ainda que o resultado seja relevante, não há como incidir o Direito penal. É o exemplo do copo d’água (que será analisado mais abaixo). Às vezes o resultado é que é absolutamente insignificante (é o exemplo da subtração do palito de fósforo, que será focado a seguir). E pode ainda haver insignificância tanto da conduta como do resultado (culpa levíssima com lesão corporal absolutamente ínfima por exemplo).

Há situações em que falta o desvalor da conduta; em outras falta o desvalor do resultado; e ainda há um terceiro grupo em que faltam ambos os desvalores. Nos três não se pode afastar, de plano, a incidência do princípio da insignificância. Os critérios vetores desse princípio, admitidos pelo STF, como se vê, devem ser bem compreendidos. Vejamos: 1. Numa inundação dolosa (muito grave), quem ajuda o autor do fato (intencional) com o derramamento de um copo d’água não pode ser punido como coautor. Um copo d’água que é agregado a 10 milhões de litros d’água não significa absolutamente nada. O desvalor da ação, nesse caso, é absolutamente indiscutível. Ainda que o delito (inundação) tenha sido devastador (tendo prejudicado dezenas de moradores e propriedades vizinhas) a ação absolutamente ínfima do agente (copo d’água) afasta a incidência do direito penal. 2. Quem subtrai uma cebola (ou um palito de fósforo) pratica uma conduta desvalorada (o ato de subtrair é altamente desvalorado), porém, o resultado jurídico é absolutamente ínfimo (falta portanto o desvalor do resultado, falta um ataque intolerável ao bem jurídico). Aqui estamos diante de um caso em que só o desvalor do resultado jurídico é ínfimo. Mesmo assim, não há como deixar de aplicar o princípio da insignificância, apesar do desvalor da ação.

3. Num acidente de trânsito em que o agente atua com culpa levíssima e, ademais, gera uma lesão totalmente insignificante, não há como afastar a incidência desse princípio. Neste caso temos a combinação de ambos os desvalores: da ação e do resultado. Nem a ação foi grave nem o resultado foi relevante. Nesse terceiro grupo também não há como deixar de aplicar o princípio da insignificância. ¹⁸

¹⁷ GOMES, Luiz Flávio. Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade. 2 ed. São Paulo: RT. 2010 p. 22.

¹⁸ GOMES, Luiz Flávio. Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade. 2 ed. São Paulo: RT. 2010. Pags. 22 e23.

Conforme a explicação supracitada, tanto a falta de real capacidade ofensiva na conduta, como a falta dela no resultado, como a falta em ambos, devem ser levadas em conta, individualmente em cada caso concreto. Seria um erro esperar que todos os casos de bagatela, se enquadrem perfeitamente nos quatro moldes definidos pela Corte Suprema. Sob um preço de ver praticamente minguados os efeitos de tão importante princípio, pois a rigidez que lhe foi imposta não faz jus a dinamicidade dos casos que a vida prática reserva. Faz-se mister aplicar a insignificância, apenas quando o fato tiver reprovabilidade em sua conduta, porém o resultado não seja expressivo ou quando for reprovável o resultado, porém sua conduta não tiver a menor capacidade ofensiva. Assim, por óbvio, deve se aplicar, também, tal princípio quando ambas, tanto a conduta quanto o resultado forem ínfimos. Tudo de acordo com a análise do caso concreto¹⁹.

Vale ressaltar que os vetores definidos pelo STF são mais criteriosos quanto à conduta, que quanto ao resultado. Para o resultado basta que esse seja inexpressivo ao bem jurídico, no entanto, quanto à conduta, esta deve ser pouco ofensiva, com reduzida reprovabilidade e que não gere perigo à sociedade.

Portanto, quando falamos da irrelevância da conduta temos que conjugar os três vetores determinados pela Corte Suprema. Para que a conduta seja irrelevante e possa ser abarcada pelo princípio da insignificância ainda que o resultado seja expressivo.

Ela deve ser minimamente ofensiva ao bem jurídico com baixa reprovabilidade e principalmente não deve ter periculosidade social. Este último vetor é deveras importante, pois se a conduta representar por si só um risco a sociedade, ainda que não gere um resultado lesivo, não pode ser abarcada pela insignificância.

Por essa razão é que os delitos que usam violência ou grave ameaça não são abrangidos pela insignificância, por que apenas a violência perpetrada para conseguir um objetivo já traz em si um grave risco a paz social, ainda que nada de mais grave advenha dela.

Assim, entendemos de forma um pouco diversa do citado autor Luiz Flávio Gomes, pois embora para nos, possa se aplicar a bagatela quando apenas a conduta ou apenas o resultado forem insignificantes, sempre em ambos os casos faz-se necessária a análise da

¹⁹ Cf. GOMES, Luiz Flávio. Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade. 2 ed. São Paulo: RT. 2010

periculosidade social da ação, para nos, se a conduta, mesmo que o resultado for inexpressivo, trazer em si periculosidade social, não se pode aplicar a insignificância.

Em resumo, entende-se ser possível a aplicação desmembrada dos vetores definidos pelo STF para a aplicação da insignificância, podendo aplicar tal princípio se o resultado for inexpressivo, embora a conduta não o seja totalmente, ou caso o resultado seja expressivo embora a conduta não tenha lesividade. Mas em ambos os casos o vetor referente a periculosidade social da conduta deve ser analisado. Ele por si só tem o condão de excluir a aplicação da bagatela, veja o exemplo:

No caso supracitado do furto de um perfume, no valor de 20 reais, a conduta é ofensiva, é reprovável, mas possui periculosidade social, referente apenas ao bem patrimonial sem maiores possibilidades de danos fora da esfera patrimonial, sendo seu resultado ínfimo. Portanto, aplica-se a insignificância por inexpressividade do resultado.

Entretanto, se o mesmo perfume foi roubado à mão armada de uma loja, essa conduta foi ofensiva, reprovável, porém, com um alto nível de periculosidade social, que supera o âmbito patrimonial. A ação do agente portando a arma de fogo, foi por si só, um risco à sociedade, digamos que ninguém foi ferido, nem sequer um tiro foi disparado, somente foi levado o perfume no valor de vinte reais. O resultado continua ínfimo, todavia, o perigo social trazido pela ação do agente tem o condão de afastar a bagatela.

Portanto, para nós deve-se analisar os parâmetros do HC, quanto a conduta e quanto o resultado, porém se na conduta existir periculosidade social, ainda que o dano seja irrelevante, resta afastada a aplicação do princípio da bagatela.

2.4 Princípio da Insignificância: subdivisão infração bagatelar própria e imprópria

O doutrinador Luiz Flávio Gomes, define que os crimes em que se aplica o princípio da insignificância ou bagatela, que ele chama de infrações bagatelares ou delitos de bagatela, tem uma subdivisão. Antes de falar da classificação ele explica a utilização terminológica, determine que este vocábulo infração bagatelar não está rigorosamente correto, pois se o fato não é materialmente típico, pois a utilização do princípio da insignificância retira sua

tipicidade material, não se pode falar em infração e nem em crime , porém devido ao uso já disseminado de tais termos optou-se por manter tal terminologia ²⁰. Tendo definido a escolha da terminologia, ele classifica as infrações bagatelares em próprias e impróprias, tal classificação se mostra muito importante, não sendo apenas mera distinção doutrinária, saber se no caso concreto se trata de infração de bagatela própria ou imprópria, nos leva a saber qual princípio deve ser aplicado no caso, e embora os resultados possam coincidir algumas vezes, em geral as diferenças mostram-se relevantes. veja a definição do autor para infração bagatela própria:

Infração bagatela própria: é a que já nasce sem nenhuma relevância penal, por que não há (um relevante) desvalor da ação (ausência de periculosidade na conduta, falta de reprovabilidade da conduta, mínima ofensividade ou idoneidade) ou um relevante desvalor do resultado jurídico(não se trata de ataque grave ou significativo ao bem jurídico, que mereça a incidência do direito penal) ou ambos. ²¹ .

Portanto, a infração bagatela própria é aquela que já nasce irrelevante ao direito penal, ou seja não tem o condão de na ação ou no resultado gerar dano relevante ao bem jurídico, sendo atípica, na verdade, materialmente atípica a conduta.

No entanto, há também a infração bagatela imprópria, embora tenham muitas semelhanças entre si, sua diferenciação é de suma importância, pois apresenta uma fundamentação principiológica diversa o que acarreta diferenças significantes quando da aplicação pelo magistrado. Vejamos sua definição:

Infração bagatela imprópria: é a que nasce relevante para o Direito penal (por que há desvalor da conduta bem como desvalor do resultado), mas depois se verifica que a incidência de qualquer pena no caso concreto apresenta-se totalmente desnecessária (princípio da desnecessidade da pena conjugado como princípio da irrelevância penal do fato)²².

²⁰ Cf. GOMES, Luiz Flávio. Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade. 2 ed. São Paulo: RT. 2010.

²¹ GOMES, Luiz Flávio. Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade. 2 ed. São Paulo: RT. 2010, p. 21.

²² GOMES, Luiz Flávio. Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade. 2 ed. São Paulo: RT. 2010, p. 29.

É importantíssima esta distinção, a infração bagatelar imprópria, é aquela que nasce relevante para o direito penal, mas por vários fatores, relativos à conduta, aos antecedentes, dentre outros, acaba por torna desnecessária, à posteriori, a aplicação da pena. O exemplo mais clássico é o perdão judicial, que no Brasil só pode ser concedido, se expressamente previsto em lei, porém há outros fatores para que ensejam a não aplicação da pena como enumera Luiz Flávio Gomes: “ ínfimo desvalor da culpabilidade, ausência de antecedentes criminais, reparação dos danos, reconhecimento da culpa, colaboração com a justiça, o fato do agente ter sido processado, o fato de ter sido preso ou ter ficado preso por um período”²³.

Destaque-se, que, o princípio que rege a infração bagatelar imprópria não é o princípio da insignificância, mas os princípios correlatos da irrelevância penal do fato e da desnecessidade da pena. Nesses casos o magistrado analisa fatores como: comportamento do agente, sua colaboração com as autoridades, reparação do dano causado. Além de levar em conta as condições pessoais do agente, bons antecedentes, condição social, reconhecimento da culpa, arrependimento, dentre outros, podendo ao final da instrução o magistrado decidir que é desnecessária a aplicação da pena

Quanto ao princípio da irrelevância penal do fato, este só pode ser reconhecido se não for, anteriormente, reconhecido a insignificância, pois no caso da insignificância não há tipicidade material, portanto não há ilícito penal, não há crime e não deve o mesmo ser processado, deve o Direito penal ceder espaço para que os outros ramos do direito atuem. O princípio da irrelevância do fato, ocorre quando fato é relevante desde seu nascedouro, porém quando do final, torna-se desnecessária aplicação da pena.

Vide síntese que o próprio Luiz Flávio Gomes faz, para que se possa entender melhor a distinção:

Do exposto infere-se: infração bagatelar própria = princípio da insignificância; infração bagatelar imprópria = princípio da irrelevância penal do fato. Não há como se confundir a infração bagatelar própria (que constitui fato atípico - falta tipicidade material) com a infração bagatelar imprópria (que nasce relevante para o Direito penal). A primeira é puramente objetiva. Para a segunda importam os dados do fato

²³ GOMES, Luiz Flávio. Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade. 2 ed. São Paulo: RT. 2010, p. 30.

assim como uma certa subjetivização, porque também são relevantes para ela o autor, seus antecedentes, sua personalidade etc.²⁴

É mister revelar que a jurisprudência não distingue, em via de regra, estas duas infrações, aplicando erroneamente a insignificância para ambas, colocando na mesma vala jurídica duas situações fáticas diversas, sem mesmo atentar para suas peculiaridades e características distintivas.

A distinção é salutar, pois a infração bagatelar própria não prescinde de uma grande carga de interpretação subjetiva do magistrado, basta que se analise a incapacidade lesiva da ação e ou do resultado para que perceba estar-se diante dela, e como o fato é atípico o Direito penal deve o mais breve possível ser afastado, pois seria um dano grave, que o agente tivesse que suportar toda a carga processual, tendo sua vida exposta, sua honra maculada, bem como o fundado receio de ter sua liberdade cerceada, por um erro do magistrado ou seu excesso de rigor.

Na infração bagatelar imprópria, o processo penal não deve ser afastado de pronto, em verdade ele é necessário, na maioria dos casos, somente ao final do decurso dele é que o juiz com base nos antecedentes do réu, seu comportamento, ajuda prestada à justiça, e até mesmo reparação de danos posterior, pode, neste caso, com um elevado grau de subjetividade, decidir pela desnecessidade da aplicação da pena.²⁵

De fato, o direito brasileiro vem sofrendo com esta falta de distinção, pois nossa corte suprema o STF, tem, mais comumente do que desejado, de se manifestar sobre casos de bagatela, roubo de galinhas, de perfumes, dentre outros, questões que deveriam ter sido resolvidas, no máximo, nos tribunais de segunda instância.

A questão é deveras importante, em geral há uma tendência extremamente punitiva no país, muito devido a situação de violência vivenciada nas grandes cidades, porém não há

24

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade. 2 ed. São Paulo: RT. 2010, p. 31.

25 GOMES, Luiz Flávio. Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade. 2 ed. São Paulo: RT. 2010, p. 31.

ganho social nenhum em encarcerar alguém que furta galinhas, junto com criminosos de maior periculosidade.

Mesmo a reincidência, que em geral, tem segundo a jurisprudência majoritária, o condão de excluir a aplicação do princípio da insignificância, pois aumentaria a reprovabilidade da conduta do agente, não pode ser vista como fator absoluto para determinar a inaplicabilidade de tal princípio.

Como vimos, se o caso for de infração bagatelar própria, resta claramente excluída a tipicidade material, ou seja, o fato é atípico, portanto fora da seara penal, deve portanto o caso ser cuidado por outros ramos do direito, por exemplo o Direito civil, via indenização de perdas e danos ou o Direito Administrativo por meio de suas sanções próprias, como perda de cargos, se for o caso. No caso de reincidência, deve se analisar a gravidade do caso concreto, como defendemos só a irrelevância do resultado já pode, ser suficiente para a aplicação do princípio da insignificância, claro como afirmamos, se a periculosidade da ação for baixa, ainda que reiterada, é cabível a aplicação deste princípio.

2.5 Características gerais sobre o princípio da Insignificância

Portanto, resumindo o que fora dito, quando o caso for de infração bagatelar própria, conforme definição dada por Luiz Flávio Gomes, aplicar-se-á o princípio da insignificância por meios dos paradigmas definidos pela Corte Constitucional, por meio do (HC 84.412-SP, rel. Min Celso de Mello), que são:

- 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;²⁶*

²⁶ BRASIL, Supremo tribunal federal, 2ª Turma, HC 84.412-0. São Paulo. Rel. Min. Celso de Mello. 19.10.2004

Salientando, que para nós, estes paradigmas não precisam ser aplicados sempre em conjunto, pode ser levado em conta, apenas a inexpressividade da lesão jurídica provocada, que leva em consideração o resultado do ato. Também pode se aplicar levando em conta os requisitos da mínima ofensividade da conduta, nenhuma periculosidade social da ação e reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento, que levam em consideração a ação do agente, seu “*modus operandi*” . Lembrando que sempre será necessária uma perscrutação quanto à periculosidade social da ação, pois mesmo que ínfimo o resultado, se apenas a ação do agente tiver o condão de gerar perigo substancial de dano à sociedade, resta excluída a aplicação da insignificância.

Havendo o preenchimento de todos os requisitos a cima, estaremos diante de um caso de bagatela, e neste caso, o ato praticado embora eivado de tipicidade formal, ou seja, embora se encaixe em um tipo legal penal acusatório, não terá a tipicidade material ou seja, não afetará de forma significativa o bem jurídico tutelado, sendo considerado um atípico penal, embora possa ser um ilícito para os outros ramos direito.

Assim, o direito penal deve ser afastado por força dos princípios constitucionais da Intervenção Mínima e seus princípios corolários ou sub-princípios que são a subsidiariedade , fragmentariedade e ofensividade, que corroboram e fundamentam a atuação e aplicação do princípio da insignificância ou bagatela.

3 - DA INVESTIGAÇÃO POLICIAL E AS MEDIADAS CAUTELARES

3.1 Da Investigação Policial

Definidos os conceitos do princípio da insignificância, volta-se para a fase pré-processual, fase onde ocorre a investigação policial. Na verdade a fase pré- processual tem o intuito de formar a convicção do Ministério Público de que há lastro probatório para iniciar o processo judicial.

A Constituição Federal determina quem se responsabilizará pela persecução dos crimes, em seu artigo 144 § 4, vide transcrição:

Art. 144. A segurança pública, dever do estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida pela preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares. (...)

§ 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.²⁷

Portanto, conforme retirado do texto constitucional, ressalvado a competência militar e da justiça federal, a competência para investigação dos crimes , em geral o maior volume deles, fica a cargo da policia civil, na pessoa do delegado de policia que preside a investigação, em geral, através do Inquérito Policial. Onde é formada a chamada “*opinio delicti*,” , ou seja, onde o Ministério Público forma sua opinião sobre a necessidade de iniciar o processo judicial.

Definição interessante faz, o Manual de Formação em Direitos Humanos para as Forças policias, sobre a investigação policial:

A investigação do crime constitui a primeira etapa fundamental da administração da justiça. Trata-se do meio pelo qual aqueles que são acusados de um crime podem ser levados a comparecer perante a justiça a fim de determinar a sua culpabilidade ou inocência. É também essencial para o bem-estar da sociedade, pois o crime causa sofrimento entre a população e compromete o desenvolvimento econômico e social. Por estas razões, a conduta das investigações criminais de forma eficaz e em conformidade com a lei e com os princípios éticos é um aspecto extremamente importante da atividade policial.²⁸

²⁷ BRASIL, Art. 144, incisos e § 4º da Constituição Federal do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

²⁸ DIREITOS HUMANOS , Manual de Formação em Direitos Humanos para as Forças policias, p. 80.

Então, sendo o inquérito policial o principal instrumento para a levar a cabo a investigação dos delitos, desvendando o autor ou autores da infração, trazendo a baila, as circunstâncias do ilícito, bem como gerando a convicção necessária para que o titular da ação, em norma, o Ministério Público, possa iniciar o processo judicial, que pode vir a culminar com a prisão do acusado e sua condenação.

Vale salientar, que para ser iniciada a “*persecutio criminis*” estatal, ou seja o processo judicial, faz-se mister a convicção da existência do delito e no mínimo a suspeita da autoria, se estes requisitos não forem comprovados, faltará o que se chama de justa causa, para a propositura da ação. Portanto, é salutar que a investigação penal deslinde esses fatos, sob pena de ficar inviável o início da ação penal e a punição dos responsáveis pelo delito.

A investigação criminal, principalmente, através do Inquérito policial, tem algumas características importantes, onde destaca-se o caráter inquisitorial e sigiloso, vejamos cada uma destas características.

Nas palavras de Tourinho Filho, quando fala do caráter inquisitorial do inquérito policial:

pois nele não existe a figura do contraditório, e a autoridade dirige as investigações como bem quiser, isto é, sem um procedimento prévio a ser obedecido. Basta frisar, por exemplo, que a Autoridade Policial pode ouvir vinte testemunhas ou apenas duas, tudo dependendo do caso concreto. O indiciado – pretense autor do fato típico – não é um sujeito de direitos perante a Autoridade Policial, mas sim, objeto da investigação, apenas devendo ser respeitadas sua integridade física e moral, tanto isso é exato que pode sugerir a realização desta ou daquela diligência, que fica ao prudente arbítrio da Autoridade Policial.²⁹

Portanto, o inquérito policial, não tem obrigatoriamente o contraditório, pois nesta fase o Delegado se preocupa, no deslinde do possível fato típico, não cabe a parte indiciada contestar as provas produzidas, e nesta fase, o Delegado tem grande poder e autonomia pois ele decide os rumos das investigações, determinando quais provas serão colhidas e quais serão dispensadas, mas isso não significa que os direitos do inquirido deixaram de existir, na verdade os direitos referentes a incolumidade física e moral ainda resistem, além de que, o

²⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Prática de Processo Penal. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 3 e 4.

juiz pode sempre exercer controle de qualquer abuso de poder por parte da Autoridade Policial.

A segunda característica, o sigilo, está, justamente, para resguardar a imagem dos inquiridos, pois neste momento as provas ainda estão sendo colhidas e a autoria e a materialidade do crime ainda estão sendo apuradas, também para resguardar a própria investigação, pois caso houvesse publicidade, os interessados poderiam destruir e ocultar provas, interferindo no andamento das investigações, diferente do processo judicial que, por regra, é público, o inquérito policial, em geral, é sigiloso.

Conforme preleciona o artigo 20 do Código de Processo Penal:

Art.20, A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade³⁰.

É claro, este sigilo não é absoluto e nem pode ser usado, como desculpa para atos autoritários do Delegado, também não pode ser negada para a defesa técnica, por advogado constituído e regularizado na ordem e ou defensor público, informações contidas no processo que sejam relevantes para defesa.

O Código de Processo Penal Militar, tem, sabiamente, um artigo ressaltando a atuação do defensor e a possibilidade deste obter informações do inquérito, vide:

Art. 16. O inquérito é sigiloso, mas seu encarregado pode permitir que dele tome conhecimento o advogado do indiciado³¹.

No Direito penal não militar, essa celeuma demorou a ser resolvida, precisamente até 02 de fevereiro de 2009, quando o STF, atendendo aos preceitos constitucionais da ampla

³⁰ BRASIL, Art. 20, do Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

³¹ BRASIL, Art. 16, do Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969 (Código de Processo Penal Militar).

devesa e do contraditório, além de uma forte pressão por parte da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) , editou a Súmula Vinculante nº 14, vide seu enunciado:

Súmula vinculante nº 14. É direito do defensor, no interesse do representante, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa ³².

Portanto, a Corte Constitucional do país, determinou que quando for relevante para o direito de defesa, o sigilo do inquérito policial será mitigado, desta forma, esta resguardou mesmo durante o inquérito policial o direito de ampla defesa, conquanto que o indiciado seja assistido por advogado inscrito nos quadros da ordem e ou defensor público constituído.

Vale ressaltar que este acesso às provas produzidas, não significa acesso irrestrito, pois há provas que não podem ser do conhecimento do advogado ou defensor do inquirido, sob pena de torna infrutíferas tais investigações, são os casos dos mandados de apreensão de coisas e ou pessoas, interceptações e escutas telefônicas, gravações ambientais e gravação e apreensão de dados computadorizados. Tais intervenções devem ser realizadas em sigilo para que a aparte envolvida não destrua ou oculte provas e torne infrutífera a investigação, vale ressaltar, também, que tais intervenções por adentrarem em direitos fundamentais (direito à honra, à imagem, à privacidade, à intimidade) só podem ser realizadas por ordem judicial. ³³

Outra característica importante da fase de investigação policial, com enfoque no inquérito policial, é que nesta fase vigora o princípio do "*in dubio pro societate*", diferentemente da fase processual onde vige o principio oposto do "*in dubio pro reo*".

Pois, como já fora dito, a investigação penal tem um propósito simples, a formação da "*opinio delicti*", por parte do titular da ação, em geral o Ministério Público. No entanto, para que seja formada esta convicção da necessidade da propositura da ação, deve o Membro do MP estar convicto da existência de fato criminoso, porém tal certeza, não é exigida quanto a autoria, bastando lhe apenas um mínimo de provas, ou seja, neste caso, se houver dúvida

³² STF, Pleno, Súmula Vinculante nº 16, de 02 de fevereiro de 2009.

³³ Cf. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal . 17ª ed. São Paulo: Atlas. 2013.

quanto a autoria, não prevalece a inocência, como na fase processual, mas sim o suposto interesse social de ver esta autoria desvendada, por tanto deve ser feita a denúncia e deixar que durante o processo o indivíduo prove ou não sua inocência.

Vide o que aduz Marcio Ferreira Rodrigues Pereira, em seu artigo intitulado: Acusar ou não acusar ? Eis a questão... O *in dubio pro societate* como forma perversa de lidar com a dúvida no processo penal:

O “princípio” do *in dubio pro societate* é costumeiramente invocado por vasto setor da comunidade jurídica em, pelo menos, dois momentos específicos da *persecutio criminis*: no ato de recebimento da inicial penal e na fase de pronúncia no procedimento do júri. Tanto em um como em outro momento, uma das ideias fundamentais representadas pelo referido “princípio” é a seguinte: a dúvida quanto à autoria da infração penal que, normalmente, milita em prol do réu (*in dubio pro reo*), nessas situações especiais, resolve-se a favor da sociedade (da acusação, portanto). Note-se, de plano, que só se cogita da regra do *in dubio pro societate* quando está em jogo a autoria da infração penal. Dito em outros termos: não há que se falar *em in dubio pro societate* quando o que está em questão é a materialidade do fato. É que, neste particular, exige-se que o magistrado esteja convencido de que o fato existiu, tanto para receber a inicial penal, quanto para pronunciar o acusado. Desse modo, seja pela via do exame de corpo de delito, seja por meio de outra prova apta a demonstrar a materialidade do fato, o certo é que, repita-se, é preciso estar convencido quanto à existência de um fato com aparência de criminoso.³⁴

Dessa forma, a fase pré-processual, não vigora a presunção de inocência, mas sim o interesse de ver desvendado a autoria do fato criminoso. O que é necessário para o oferecimento da denúncia, são os meros indícios referentes a autoria, e como tal, deve ser o objetivo, que direcionará todo o processo de investigação criminal, ou seja, ao final da investigação criminal, esta deve conter a certeza e descrição do fato tido como criminosos e indícios que, provoquem ao menos dúvida, quanto a autoria . Este último requisito a doutrina chama de suporte probatório mínimo. O autor Afrânio Silva Jardim, em seu livro Direito Processual Penal, o define :

O suporte probatório mínimo para o regular exercício da ação penal (ou, simplesmente, "justa causa") é, por muitos considerada a quarta condição da ação penal(além das tradicionais: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade de parte e

³⁴ PEREIRA, Marcio Ferreira Rodrigues . Acusar ou não acusar ? Eis a questão... O *in dubio pro societate* como forma perversa de lidar com a dúvida no processo penal . Disponível em <periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/.../6541>. Acesso em: 15 de outubro de 2014.

interesse de agir). Significa a presença de elementos razoáveis, idôneos de prova, que sejam aptos a deflagrar uma ação penal contra alguém.³⁵

Tais características, são importante para entender a investigação policial e a atuação do delegado como condutor desta investigação, esta possibilidade de suporte probatório mínimo, induz também outro efeito, que o inquérito só será arquivado, quando haja prova robusta da não existência do crime ou de que o autor agiu protegido por uma excludente de ilicitude e culpabilidade.

Vale ressaltar que o Delegado não pode arquivar o inquérito policial por decisão única sua ele deve, ao final, realizar um relatório, que é meramente opinativo, para o Ministério Público, fazendo um resumo da investigação, descrevendo o fato criminoso, determinando os possíveis autores e dando a classificação jurídica ao fato, também deve ser realizadas as provas necessárias para determinar a materialidade dos crimes, como exames de corpo de delito, laudos cadavéricos, perícias em geral .

Este resumo final feito pelo delegado não vincula o membro do Ministério Público, podendo este pedir o arquivamento ou denunciar o réu, pedir novas diligências, se achar que o Inquérito policial foi mal conduzido ou realizar uma nova classificação do crime divergente da que foi feita pelo delegado.

É salutar informar que, mesmo O Ministério Público pugnando pelo arquivamento do Inquérito Policial, este vai para o juiz que acata ou não o arquivamento, caso ele não acate o Inquérito é enviado para o Procurador Geral de Justiça , no caso da justiça estadual, e este dará a palavra final pelo arquivamento ou não do inquéri

3.2 As prisões cautelares , seus requisitos e peculiaridades.

³⁵ JARDIM, Afrânio Silva. Direito processual penal. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, pp. 95 e 169.

Depois de analisadas algumas características e procedimentos da investigação policial, em especial o inquérito policial, passamos a outro importante ponto deste trabalho que é falar sobre as prisões cautelares, em especial, a prisão em flagrante delito.

Neste tema, analisaremos, “*en passant*”, as características e requisitos das prisões cautelares e focaremos, principalmente, na prisão em flagrante, daremos enfoque também na atuação do Delegado na realização deste tão importantes atos de persecução estatal.

Primeiramente, vale salientar que este assunto passou por uma grande mudança legislativa recente, depois de um longa tramitação no Congresso Nacional, foi aprovado e promulgada a Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, que entrou em vigor em 4 de julho do mesmo ano.

Esta nova lei, estabeleceu definitivamente o caráter cautelar das prisões antes do transito em julgado, ou seja a prisão ante de sentença condenatória transitada em julgado, será sempre a exceção, a regra é a aplicação do princípio de presunção de inocência e o agente respondendo ao processo em liberdade, Também foram criadas novas medidas cautelares não encarceradoras, que podem ser impostas substitutivamente ao cárcere, tais como: comparecimento periódico em juízo, proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, monitoração eletrônica, dentre outras.³⁶

Tal mudança, demonstra mais uma vez o desejo do legislador penal para que a presunção de inocência seja, implementada durante toda a fase de persecução estatal e para que este princípio seja o regente de toda atuação penal e processual penal.

Vejamos as palavras de Eugênio Pacelli de Oliveira, que corrobora tal entendimento:

O princípio da inocência, ou da culpabilidade, cuja origem mais significativa pode ser referida à Revolução Francesa e a queda do Absolutismo, sob a rubrica da presunção de inocência, recebeu tratamento distinto por parte de nossa constituinte de 1988. A nossa Constituição, com efeito, não fala em nenhuma presunção de inocência, mas da afirmação dela, como valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo penal ou da persecução penal, abrangendo, assim, tanto a fase

³⁶ Cf. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal . 17ª ed. São Paulo: Atlas. 2013.ps. 493 e 507

investigatória(fase pré-processual) quanto a fase processual propriamente dita(ação penal) ³⁷.

Portanto, a Constituição Federal não mencionou diretamente o princípio da presunção ou situação de inocência, não, ao menos, diretamente, mas deixou claro através de outros dispositivos a serem interpretados conjuntamente, que este princípio existe e que deve reger a atuação do estado, quando da persecução penal.

Vejamos o artigo 5º da Constituição Federal, em seus incisos LVII e LXI:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; ³⁸

Como visto, da interpretação dos artigos anteriores, é clara a existência do princípio da presunção de inocência, e esta reforma veio transmitir ao Código de Processo Penal, feito e promulgado durante a ditadura de Getúlio Vargas, no longínquo ano de 1941, onde o pensamento era de presunção de culpabilidade e que o acusado tinha a todo custo provar ser inocente, o ideário já a muito contido no texto constitucional, que era negado pelos tradicionalistas defensores do ideal de segurança a qualquer preço.

Faz-se mister ressaltar que a mudança atinge justamente a maior arma de persecução do estado, que é a prisão, antes de transitado o julgamento e condenado o indivíduo . Tornando esses atos a exceção, torna-se a liberdade a regra, não só isso cria-se meios menos gravosos para que a medida cautelar seja efetivada, tais como as citadas medidas não

³⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal . 17ª ed. São Paulo: Atlas. 2013.ps. 497.

³⁸ BRASIL,Art. 5º, incisos LVII e LXI da Constituição Federal do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

encarceradoras, que torna ainda mais excepcionais as medidas de prisão, pois nela vê-se o maior turbamento por parte do estado dos direitos fundamentais do cidadão.

Pois durante a prisão cautelar o indivíduo responde por algo que não é comprovado, ou seja, sua liberdade está sendo retirada em prol de uma suspeita, caso essa suspeita seja infundada e ao final do processo o agente seja inocentado, como calcular o dano causado pelo tempo que ele ficou preso, por isso, essas medidas devem ser usadas apenas em casos explícitos e estritamente necessários, quando nenhuma outra medida for eficiente.

Vejamos, a nova redação do artigo 283do Código de Processo Penal, dada pela Lei nº 12.403/1:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença penal condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.³⁹

Portanto, a nova redação como vimos salienta um ponto importante, a necessidade de decisão escrita e fundamentada por parte da autoridade judicial competente, para que seja possível a prisão, antes do transito em julgado. Não bastando, para prisão, um mero arbítrio do juiz ou uma valoração abstrata da gravidade do ato praticado para ensejar a prisão, faz-se necessário que o juiz determine os requisitos que ensejaram tal prisão, e a forma escrita torna pública os motivos para que possa ser atacada pela defesas em sede de "*Habeas Corpus*".

3.3 Princípio da Proporcionalidade e as medidas cautelares .

³⁹ BRASIL, Art. 283, do Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

Saber que as medidas cautelares em especial a encarceradoras, devam ser usadas apenas excepcionalmente, não basta, faz-se mister saber qual critério usar, quando nos depararmos com casos que ensejam o uso de tais medidas, como iremos sopesar em quais casos pode-se valer ou não das prisões cautelares.

Bem, não há, é claro, uma forma pronta, que possa ser usada sempre, com efetivo grau de acerto, não há panaceias no direito, deve se analisar o caso concreto, suas circunstâncias e peculiaridades, deve se usar um certo grau de subjetividade, sempre presente em qualquer decisão, para chegar a uma decisão mais acertada.

Os pressupostos das medidas cautelares, são as expressões latinas “*fumus boni iuris*” e “*periculum in mora*”, que representam a plausibilidade do direito requerido e o perigo que o decurso do tempo trará a implementação deste direito. No direito penal temos uma variação desses brocardos o “*fumus comissi delicti*” e o “*periculum in libertatis*”, que se traduzem em plausibilidade da ocorrência de fato tido como delituoso e o perigo de deixar o agente em liberdade.⁴⁰

Embora importantes, esses brocardos servem mais como norte para a determinação das cautelares, principalmente, após a reforma, que enfatizou o caráter excepcional de tais medidas. Faz-se necessário um parâmetro mais claro para a utilização destas medidas.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 282, incisos I e II, com redação dada pela Lei 12.403/11, determina parâmetros para a aplicação das medidas cautelares, vide transcrição:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

⁴⁰ Cf. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal . 17ª ed. São Paulo: Atlas. 2013.p. 501

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.⁴¹

Como é possível auferir do texto supracitado, há duas palavras-chaves que a nova redação do Código de Processo Penal quis explicitar, são essas Adequação e Necessidade, tais postulados são fundamentais para entender a aplicação das medidas cautelares, mais especificamente as de prisão.

Essas palavras estão contidas em um outro princípio constitucional implícito o princípio da Proporcionalidade. A Proporcionalidade fora postulada como o mecanismo para dirimir conflitos entre princípios que, em virtude do caso concreto viessem a se chocar, este mecanismo auxiliaria na escolha de qual princípio deveria ser aplicado em detrimento de outro.

No entanto tal mecanismo, principalmente os da Adequação e Necessidade podem ser transplantados para dirimir os casos de aplicação ou não das medidas cautelares, visto que essas, principalmente as encarceradoras, afetam de forma drásticas os direitos fundamentais previsto na constituição, em prol, de uma pretensa segurança processual e pública.

Portanto, faz-se mister que o aplicador de tais medidas pondere seu uso, através de um mecanismo apto a solucionar conflitos principiológicos, pois quando se aplica tais medidas, em ultimo caso, esta se ponderando do afastamento de princípios fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana, em busca de uma da resolução de conflitos e da paz social. E a própria lei já da parâmetros interpretativos, erigindo a Necessidade e Adequação como vetores para a aplicação das medidas cautelares.

Vamos fazer uma pequena análise sobre o princípio da Proporcionalidade, sem entretanto ter a menor intenção de esgotar tão importante tema já discutido por grandes juristas e ainda hoje fonte de muitos debates.

A doutrina mais recente entende que o princípio da proporcionalidade se subdivide em três princípios corolários ou subprincípios que são Adequação, Necessidade e Proporcionalidade em sentido estrito.

⁴¹ BRASIL, Art. 282, incisos I e II do Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

Nas palavras de Marcelo Lima Guerra, definido adequação necessidade e proporcionalidade em sentido estrito respectivamente :

Na primeira; deve-se buscar uma exata correspondência entre meios e fins, no sentido de que os meios empregados sejam logicamente compatíveis com os fins adotados e que sejam praticamente idôneos para buscar o atingimento desses fins. A necessidade; impõe uma avaliação dos próprios meios, na perspectiva dos prejuízos eventualmente resultante deles. A Proporcionalidade impõe uma avaliação global da situação, na qual se faça uma correspondência jurídica entre meios e fins, no sentido de estabelecer as vantagens e desvantagens do emprego dos meios, à luz de outros fins envolvidos na questão.⁴²

Portanto, a Adequação determina que uma medida que se preste a restringir direitos deve ser idônea para a obtenção do objetivo pretendido, ou seja, deve ser capaz de obter o resultado finalístico perseguido. Desta forma deve se analisar se os meios empregados são capazes de realizar o fim desejado.

A Necessidade , por sua vez, aduz que deve ser analisado se a medida adequada é a menos gravosa para a realização do mesmo fim, ou seja dentre as varias medidas possíveis, todas idôneas a realizar este fim, qual a que gera menos danos, obtendo é claro o mesmo resultado.

Por fim, A proporcionalidade em sentido estrito faz uma análise global, para saber se vale a pena a aplicação desta mecanismo, deve ser analisado, na situação fática, se os benefícios da aplicação superam os malefícios, ou seja se o bônus supera o ônus.

Desta forma, quanto a análise das medidas cautelares, com enfoque nas prisionais, os conceitos anteriormente definidos são de muita ajuda, quando da utilização ou não de tais medidas e quais medidas devem ser utilizadas, em especial, os conceitos definidos no Código de Processo Penal da Adequação e Necessidade.

O primeiro analisará se a medida é idônea a realização do fim pretendido, se a medida cautelar é capaz de obter a finalidade desejada de acordo com a previsão legal, o Segundo analisará se a medida escolhida é a menos danosa ao agente, tendo prevalência , dentre duas medidas igualmente eficazes a que menos adentrar nos direitos fundamentais do agente e, por

⁴² GUERRA, Marcelo Lima. Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil. São Paulo:Revista dos Tribunais . 2003. ps. 92.

fim, deve o aplicador da medida, ver sé o caso e grave a ponto de valer-se da aplicação destas medidas, se no geral, haverá mais bônus que ônus, ou seja se o ganho obtido suporta as perdas correspondentes.

3.4 Das prisões cautelares.

Agora analisar-se-á as prisões cautelares em espécie , deve-se realizar uma visão geral básica sobre a prisão preventiva e temporária, que dará mais enfoque na prisão em flagrante, que é um dos temas centrais deste trabalho.

3.4.1 Da prisão temporária.

A prisão temporária, tem como objetivo resguardar a investigação policial, nas palavras de Eugênio Pacelli de Oliveira: " Foi justamente a preocupação com a complexidade das investigações de determinadas infrações penais, mais gravemente apenadas, a responsável pela elaboração da Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, que cuida da prisão temporária".⁴³

Portanto, só é cabível tal modalidade de prisão cautelar quando do curso da investigação policial, ainda na fase de inquérito Policial, não sendo cabível tal medida, quando já proposta a ação penal.

Justamente por manter o indivíduo preso, ainda na fase investigatória, esta medida tem prazo máximos previsto pela própria lei, que é de cinco dias prorrogáveis apenas uma vez, por igual período, caso seja o crime previsto no rol dos crimes hediondos, lei 8.072/90, este prazo previsto na própria lei de crimes hediondos é de trinta dias prorrogável, também apenas uma vez por igual período.⁴⁴

⁴³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal . 17ª ed. São Paulo: Atlas. 2013.p. 544 .

⁴⁴ Mais informações vide: Art 2º e seguintes, Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989 e Art 2º §4º da Lei 8.072 de 25 de julho de 1990.

Os requisitos para a prisão Temporária estão contidos no artigo 1º da Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989, presentes em seus três incisos, Eugênio Pacelli de Oliveira faz importante resumo deste incisos:

No inciso I, afirma-se que caberá a prisão temporária "*quando imprescindível para as investigações do inquérito policial*". No inciso II, a referência é feita "*quanto o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade*". E, finalmente, no inciso III, caberá a temporária "*quando houver fundada razões, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes*": arrolando, a seguir inúmeras infrações penais, tendo por característica comum o fato de serem infrações mais gravemente apenadas, muitas das quais incluídas entre os crimes hediondos ou equiparados.⁴⁵

3.4.2 Da prisão preventiva.

A prisão preventiva, também, tem o condão de resguardar a investigação policial, no entanto é mais abrangente resguardando todo o processo persecutório estatal, ou seja tanto a fase pré-processual quanto após a propositura da ação penal. conforme preleciona Fernando da Costa Tourinho Filho: "prisão preventiva é aquela medida restritiva da liberdade determinada pelo Juiz, em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal, como medida cautelar, seja para garantir eventual execução da pena, seja para preservar a ordem pública, ou econômica, seja por conveniência da instrução criminal."⁴⁶

Portanto, tal medida só pode ser realizada por decisão fundamentada do magistrado, e devido o seu grau de prejudicialidade, não pode ser imposta acima dos limites legais, deve o juiz se ater a letra da lei, sem possibilidade de interpretação extensiva do texto legal.

Eugênio Pacelli de Oliveira aduz pela excepcionalidade de tal medida, determinado que: "por trazer como consequência a privação de liberdade antes do trânsito em julgado,

⁴⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal . 17ª ed. São Paulo: Atlas. 2013.p. 545 e546 .

⁴⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal.10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

somente se justifica enquanto e na medida em que puder realizar a proteção da persecução penal, em todo o seu *iter* procedimental ,e, mais quando se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade".⁴⁷

A prisão preventiva tem três modalidades: a autônoma, previstas nos artigos 311, que pode ser decretada a qualquer momento durante qualquer fase do processo. Esta é a prisão preventiva propriamente dita para sua aplicação só são necessários os seus requisitos legais. Aquela decorrente de prisão em flagrante que foi convertida para preventiva, caso esteja presente os requisitos da preventiva, esta modalidade está contida no art. 310 inciso II. E a que adveio do descumprimentos de qualquer medida cautelar, prevista 282 parágrafo 4º e no parágrafo único do artigo 312.

Ambos os artigos citados no parágrafo anterior são do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 12.403, de 04 de maio de 2011.

Dentre as questões envolvendo a prisão preventiva o fato mais controverso está nos requisitos para sua aplicação, por envolver termos demasiado genéricos e que nem mesmo a doutrina e a jurisprudência chegam a um acordo sobre sua definição. Controvérsias a parte, como o tema central deste trabalho não é se aprofundar na definição dos requisitos para a aplicação desta medida cautelar, vamos nos ater, apenas, a expor tais requisitos sem adentrar na celeuma que os cerca, pois o objetivo deste trabalho é apenas expor um pequeno resumo sobre a prisão preventiva, passando então a dar enfoque ao tema mais central deste trabalho que é a prisão em flagrante .

Os requisitos da prisão preventiva estão contidos no artigo 312 do Código de Processo Penal, vide transcrição:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.⁴⁸

⁴⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal . 17ª ed. São Paulo: Atlas. 2013.p. 550 .

⁴⁸ BRASIL Art. 312, do Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). vide também arts. 311, 310 inciso II, e 282 parágrafo 4º e 312 parágrafo único.

Além do já citado caso de descumprimento de qualquer das medidas cautelares ,vale apenas ressaltar que este descumprimento deve ser injustificado, caso haja uma justificação plausível e aceitável não faz-se necessário tal medida.

3.4.3 Da prisão em flagrante .

O artigo 301 do Código de Processo Penal aduz:

Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. ⁴⁹:

Este é o primeiro artigo do capítulo II, intitulado Da prisão em flagrante, e ele estende o poder de prender em flagrante a qualquer um do povo, e impõe o dever às autoridades competentes. Tão importante é esta modalidade de prisão que qualquer cidadão querendo pode fazê-lo, mas antes é necessário entender o que é de fato a situação de flagrante delito .

Julio Fabbrini Mirabete define : "(...) flagrante é uma qualidade do delito, é o delito que está sendo cometido, praticado, é o ilícito patente, irrecusável, insofismável, que permite a prisão do seu autor sem mandado por ser considerado a "certeza visual do crime".⁵⁰

A definição do citado autor é muito salutar , embora a lei preveja casos em que não sem tem toda a certeza quanto a autoria do delito, nem mesmo o agente que efetuou a prisão em flagrante realmente presenciou visualmente a ocorrência do fato.

Vejamos o artigo 302 que em seus incisos dá a definição legal de flagrante:

⁴⁹ BRASIL, Art. 301, do Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

⁵⁰ MIRABETE. Julio Fabbrini. Processo Penal. 18º ed. São Paulo: Atlas. 2008. p. 347.

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.⁵¹

Ao analisarmos os artigos percebemos que há quatro situações de flagrante, a primeira, fala da que ocorre quando o indivíduo está cometendo o crime, ou seja o terceiro se depara com o agente ainda no decurso do ato delitivo, no meio do "*iter criminis*", ou seja o crime ainda não foi exaurido. a segunda descreve o flagrante após o exaurimento do crime, ou seja, o crime acabou de ser cometido. Estas modalidades são chamadas pela doutrina de flagrante próprios.

As outras duas modalidades mais controversas, são chamadas de flagrante impróprios, o inciso III traz o flagrante quando, alguém, a autoridade policial, o ofendido ou um terceiro, que não tenham presenciado o ato criminosos, mas que tenham chegado, logo após, ao cometimento do mesmo, entra em perseguição ao agente, estando este em situação de que possa presumir que este seja o autor.

Valemo-nos novamente da definição de Julio Fabbrini Mirabete, que define o vocábulo, logo após, previsto no texto legal:

Deve entender que o "logo após" do dispositivo é o tempo que ocorre entre a prática do delito e a colheita de informações a respeito da identificação do autor, que passa a ser imediatamente perseguido após essa rápida investigação procedida por policiais ou particulares. Por isso, se tem entendido que não importa se a perseguição seja iniciada por pessoa que se encontrava no local ou pela polícia diante comunicação telefônica ou radiofônica. Deve-se ter em conta, porém, que tal situação não se confunde com uma demorada investigação a respeito dos fatos.⁵²

⁵¹ BRASIL, Art. 302, do Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

⁵² MIRABETE. Julio Fabbrini. Processo Penal. 18º ed. São Paulo: Atlas. 2008. p. 376.

Quanto a chamada "em situação que faça presumir ser ele o autor", não existe uma definição precisa para isso, deve-se analisar a situação fática e ver as circunstâncias que indiquem a autoria do delito, mas é mister salientar que essas circunstâncias não podem prescindir de uma análise probatória demasiado demorada, deva e ser feita no momento da perseguição, não uma demorada investigação subsequente, sob pena de qualquer investigação ser considerada flagrante.

A quarta e última modalidade de é uma espécie de flagrante impróprio que para alguns é classificado como flagrante presumido, nesse caso o agente é encontrado logo depois do ato com armas, objetos ou papéis, instrumentos para o crime ou o objeto do próprio crime, a partir das quais se faça presumir ser ele o autor do crime, as considerações feitas para o inciso III servem também para este. Eugênio Pacelli de Oliveira aduz ser este tipo de prisão em flagrante uma redundância, podendo muito bem estar contida no inciso anterior, vide transcrição:

Ora, veja-se bem: estar na posse (ou detenção) de "instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da ação" é exatamente o mesmo que dizer "em situação que faça presumir ser ele o autor da infração", conforme regra do flagrante impróprio (art.302, III). Enquanto no primeiro caso se declina uma situação específica, no segundo se faz referência a uma situação genérica, que, por isso mesmo abrange as demais.⁵³:

Agora que analisamos as modalidades da prisão em flagrante, faz-se mister entender qual o sentido dela, ou seja quais os objetivos a função da desta modalidade tão salutar de medida cautelar, por que ela é abrangente ao ponto de ser permitida até ao homem do povo, efetua-la .

A primeira e mais importante função do mecanismo do flagrante está em tentar evitar a consumação do crime, tanto que o artigo 301 do código penal, diz ser dever dos agentes policiais prender quem esteja praticando o crime e for flagrado e mais facultou a qualquer um do povo, que querendo, pode efetuar a prisão. Assim esta claro que o objetivo primordial da prisão em flagrante é evitar os efeitos danosos do crime, se não for possível evitar ao menos minimizar tais efeitos.

⁵³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal . 17ª ed. São Paulo: Atlas. 2013.p. 533 e 534.

Tanto é assim que a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XI, determina ser asilo inviolável a residência do cidadão, mas faculta a possibilidade desta ser invadida sem o consentimento do proprietário em caso de flagrante, vide transcrição:

Art. 5º (...)

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de **flagrante delito** ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;⁵⁴ (grifo nosso)

Destarte, resta clara a importância do flagrante delito para a prevenção de crimes e amenização de seus efeitos danosos, embora seja primordial, esta não é a única função do flagrante delito, há também outra função importante, mais voltada para a persecução estatal, nas palavras de Eugênio Pacelli de Oliveira: "De outro lado, já mais conectada aos interesses da persecução penal, a prisão em flagrante revela-se extremamente útil e proveitosa no que se refere à qualidade e à idoneidade da prova colhida imediatamente após a prática do delito."⁵⁵

Assim, a segunda função é permitir que a investigação se depare com as provas ainda muito recentes, pois o ato criminoso estava ocorrendo ou acabou de ocorrer, assim pode se ter maior precisão na investigação, aumentando e muito a chances de acerto quanto a autoria do delito.

É claro que quanto, maior o tempo decorrido entre o acontecimento e a colheita das provas, menor a certeza que estas imprimirão, pois o tempo se encarrega de apagar os vestígios, de encobrir as pegadas, de tornar vagas as memórias. O flagrante delito permite que estas provas sejam colhidas o mais próximo possível do momento em que ocorreram, tornando a prova o mais próximo possível da realidade dos fatos.

Tendo sido feita esta pequena explanação sobre as medidas cautelares, com enfoque nas medidas prisionais, podemos passar para o ponto mais central do trabalho relacionado os

⁵⁴ BRASIL, Art. 5º, inciso XI da Constituição Federal do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

⁵⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal . 17ª ed. São Paulo: Atlas. 2013.p. 541.

conceitos até aqui desenvolvidos de prisão em flagrante como princípio da insignificância onde será discutido os efeitos deste princípio nesta medida cautelar .

4- DA IMPOSSIBILIDADE DA PRISÃO EMFLAGRANTE POR CRIME DE BAGATELA.

4.1 Fundamentos do Princípio da Insignificância

Como vimos, anteriormente, o princípio da Insignificância ou bagatela não está expresso na constituição, no entanto, tanto a doutrina como a jurisprudência entendem estar este princípio implícito, sendo diretamente relacionado ao princípio da intervenção mínima e seus princípios correlatos ou subprincípios da subsidiariedade, fragmentariedade e ofensividade, pois a nossa Constituição elencou como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana, e listou em seu artigo 5º os direitos fundamentais que devem ser preservados e garantidos, portanto, somente em casos de relevância do dano e, seguindo a tramitação prevista na lei, é que esses direitos podem ser atingidos.

A constituição também determinou que a persecução penal será regida pela presunção de inocência, nos dizeres do artigo 5º, inciso LVII, ninguém será tido como culpado antes da sentença penal condenatória, em todas as suas fases, tanto na fase pré-processual quanto depois de proposta a ação penal.

A própria modificação legislativa, que enfatizou o caráter excepcional das medidas cautelares. A Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, também quis implementar tanto o princípio da intervenção mínima quanto da presunção de inocência, tornando as medidas prisionais, excepcionais e criando novas medidas cautelares diferente de prisão, ela permitiu que o encarceramento fosse utilizado apenas quando o ato fosse grave e não houvesse outra medida menos gravosa apta a corrigi-lo.

Por último, vimos que o princípio da proporcionalidade também deve ser observado durante toda a persecução estatal, em especial, no uso das medidas cautelares encarceradoras, antes de aplicar tais medidas deve-se analisar a adequação, se o meio eleito é adequado para a

obtenção de determinado fim, e se é necessário, se não há um meio menos gravoso, capaz de gerar o mesmo resultado final.

Portanto, toda essa base principiológica nos faz entender que, o princípio da insignificância deva ser aplicado também na fase pré-processual. muito comum é vermos a insignificância reconhecida ao final do processo casos que, muitas vezes, não deveriam ter sido proposta nem mesmo a ação penal. O indivíduo passa por um processo dispendioso e atentatório a sua imagem e honra para ao final ver reconhecida uma situação fática que já era notória desde a fase de investigação.

4.2 Da importância da distinção em infração bagatelar própria e imprópria.

Como já foi visto, Luiz Flávio Gomes conceitua duas espécies de infrações bagatelares as próprias e imprópria, sob a primeira recai o princípio da insignificância sobre a segunda o da irrelevância penal.

Tal distinção é muito importante, pois a infração bagatelar própria, aquela que "*prima facie*", já é um irrelevante penal, ou seja nasce irrelevante para o direito, nela se aplica o princípio da insignificância, que tem o condão de excluir a tipicidade material do tipo, ou seja, embora formalmente típica, ela não afeta de forma significativa o bem jurídico tutelado.

Corrobora tal entendimento as palavras de Luiz Flávio Gomes:

O fato insignificante (em razão da exiguidade penal da conduta ou do resultado) é formalmente típico, mas não materialmente. Importa recordar, por conseguinte, que a tipicidade formal(composta de conduta, resultado naturalístico, nexo de causalidade e adequação do fato à letra da lei) já não esgota toda a globalidade da tipicidade penal, que ainda requer a dimensão material (que compreende dois juízos distintos: desaprovação da conduta e desaprovação do resultado jurídico).⁵⁶

⁵⁶ GOMES, Luiz Flávio. Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade. 2 ed. São Paulo: RT. 2010, ps. 74 e75.

Diferentemente do que ocorre com a infração bagatelar imprópria, esta nasce relevante para o direito, no entanto, por questões inerentes a características pessoais do agente ou por sua conduta, acaba tornando desnecessária aplicação da pena. No caso, se aplica os princípios correlatos da Irrelevância penal do fato e da desnecessidade de aplicação da pena, cuja fundamentação legal está prevista no artigo 59 do Código Penal, vide transcrição:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Portanto, a infração bagatelar imprópria, nasce relevante para o direito, e no decorrer do processo, por fatores pessoais e da conduta do agente, torna-se desnecessário a aplicação da pena. Desta forma este fato é típico, pertence a seara do direito penal, devendo ser investigado e processado, pois, em geral, só ao final da instrução processual é que a desnecessidade de aplicação da pena fica comprovada.

4.3 Da punibilidade da infração bagatelar própria.

Uma importante questão, está relacionada a punibilidade da chamada infração bagatelar própria, vimos que este fato foge da alçada do direito penal, então esta ação restará impune .

Luiz Flávio Gomes, faz a si mesmo a pergunta esta pergunta, que deve ser a pergunta que fazem também muitos aplicadores do direito, vejamos a resposta dele :

(...) Não. O fato insignificante não constitui um ilícito penal, mas é um ilícito. Deve recair sobre seu autor todas as sanções cabíveis: civis (indenização), trabalhista (despedida do emprego quando for o caso), sociais (admoestações), administrativas etc. O que não se justifica é a aplicação do Direito penal (em fatos absolutamente

destituídos de significado penal). Não podemos Utilizar um canhão para matar um passarinho! (Jescheck).(...) ⁵⁷

Portanto, a infração bagatelar própria não ficará impune, só não pertence a seara do direito penal, devendo os outros ramos dos direito, atuarem por meio de suas sanções próprias.

4.4 Da Atuação do delegado quando o inquérito tratar de Infração bagatelar própria.

Assim, defendemos que o delegado de polícia caso se depare, durante o inquérito, com um fato de infração bagatelar própria, deverá, pugnar pelo arquivamento do feito, sua conduta, se assim o fizer, não será desidiosa com a investigação, pois este tem autonomia para determinar o curso das investigações. Entendendo ser o caso de aplicação do princípio da insignificância, este deve pugnar pelo arquivamento explicitando as razões, em geral, os fatos do ilícitos que o levaram a tal conclusão.

Pugnado pelo arquivamento o delegado, visto que este não pode por decisão exclusiva sua extinguir o inquérito, devendo o mesmo seguir para o Ministério Público, que também deve pugnar pelo arquivamento, seguindo para o juiz que deve aceitar o pedido feito pelo "Parquet".

Caso o Ministério Público não aceite a aplicação da insignificância e ofereça a denuncia. Pode o juiz recusar, o caso seguirá para o Procurador Geral de Justiça, no caso da justiça estadual ou para Câmara de Coordenação e Revisão, justiça federal, onde se decidirá sobre o arquivamento do feito.

Vale ressaltar, que o delegado pugnando pelo arquivamento do feito estará exercendo uma primeira análise jurídica do fato, sem contudo, como foi exposto, vincular a decisão do Ministério Público ou do magistrado, deve o delegado para tanto fazer minuciosa descrição

⁵⁷ GOMES, Luiz Flávio. Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade. 2 ed. São Paulo: RT. 2010, p. 32.

do fato e fundamentar suficientemente sua decisão pelo arquivamento. Pois esta fundamentação mostrará que o delegado não agiu com desídia, mas sim exarou seu entendimento sobre o caso.

4.5 Da Inconstitucionalidade da prisão em flagrante da infração bagatelar própria.

Vimos, anteriormente, como deve agir o delegado caso se depare com um inquérito policial já instaurado, onde haja um caso de infração bagatelar própria, aplicando-se assim o princípio da insignificância.

Mas como deve ele se portar caso se depare com a ocorrência de um fato que configure uma infração bagatelar própria ? deve dar voz de prisão prendendo o agente em flagrante delito?

Entendemos que não, primeiramente, porque se o caso for uma infração bagatelar própria, está deve ser reconhecida “*prima facie*” como algo irrelevante ao direito penal, é um fato atípico e como tal o agente não pode sofrer cerceamento de liberdade por fato que não configura crime.

Como vimos, embora formalmente típico, o crime de bagatela, ao qual se aplica o princípio da insignificância é materialmente atípico, insignificante desde seu nascedouro, podendo ser confundido com crime por um leigo, mas devendo ser reconhecido por quem conhece o direito.

O delegado é a autoridade diretora das investigações, e conhece o direito, devendo reconhecer a aplicação do princípio da insignificância, não lavrando o auto de prisão em flagrante.

Também é importante salientar que a Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995,(lei dos juizados cíveis e criminais), em seu artigo 69 ,paragrafo único, impede a prisão em flagrante dos chamados crimes de menor potencial ofensivo, de que trata a referida lei, vide transcrição:

Art. 69 (...)

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima⁵⁸:

Portanto a referida lei exclui da prisão em flagrante quem cometa os chamados crimes de menor potencial ofensivos, que são aqueles que a pena máxima não ultrapassa dois anos, conforme artigo 61 da mesma lei, vide transcrição:

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. ⁵⁹

O ordenamento não é um amontoado de leis, desorganizadas e independentes entre si, mas sim um conjunto de leis que interagem e devem sempre ser interpretadas como um conjunto, buscando uma unidade de entendimento, para que não haja contradições que gerem divergência de aplicação e insegurança jurídica.

Portanto, seria uma incongruência, determinar que os autores de crimes de menor potencial ofensivo não pudessem ser presos em flagrantes, já que são típicos penais, preenchendo todos os requisitos do crimes, Tipicidade formal e material, antijuridicidade e culpabilidade, apenas estando a pena cominada para esses tipos igual ou inferior a dois anos.

Enquanto, o agente da infração bagatela própria, que é um fato atípico, sem relevância para o direito penal, restaria preso em flagrante delito, seria realmente uma total incongruência, e uma interpretação nesse sentido vai contra o que está estipulado na Constituição Federal, que escolheu como seu fundamento a dignidade da pessoa humana e

⁵⁸ BRASIL, Art. 69º, parágrafo único da lei 9.099 de 26 de setembro de 1995.

⁵⁹ BRASIL, Art. 61º, parágrafo único da lei 9.099 de 26 de setembro de 1995.

instituiu em seu artigo 5º, caput, que todos são iguais perante a lei e que esta garantido a inviolabilidade do direito a liberdade, vide transcrição:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

Também é esse o entendimento de Luiz Flávio Gomes, vejamos o que o autor diz:

Prisão em flagrante: ninguém pode ser preso em flagrante por uma infração bagatelar própria, que constitui fato absolutamente insignificante (por se tratar de fato atípico -atipicidade material). Desde que o agente seja surpreendido praticando o fato, cabe a sua captura e ele será conduzido à presença de uma autoridade exclusivamente para o efeito do lavramento de um termo circunstanciado (TC). É preciso registrar o fato de alguma maneira para que, posteriormente possa haver arquivamento. Mas jamais esse agente ficará "preso", ou seja, jamais deve ser recolhido ao cárcere(porque estamos diante de um fato atípico). De outro lado não se deve lavrar o auto de prisão em flagrante. Se na infração penal de menor potencial ofensivo, não se lavra flagrante (art.69 da lei 9.099/1995), aplica-se a mesma regra para a infração bagatelar.⁶⁰:

4.6 Da atuação do delegado diante de um flagrante de infração bagatelar própria.

Desta feita, não se deve lavrar o auto de prisão, pois conforme vimos, o fato é atípico, deve o indivíduo, que for pego praticando uma infração bagatelar própria, ser recolhido a autoridade que lavrará um termo circunstanciado, para que o ato seja registrado, e esta reconhecerá a insignificância, não recolhendo-o ao cárcere, por aplicação de forma analógica do artigo 304, § 1º, do CPP, vide transcrição:

Art. 304(...)

⁶⁰ GOMES, Luiz Flávio. Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade. 2 ed. São Paulo: RT. 2010, p. 101.

§ 1º Resultando das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja.⁶¹

Pois não resultará da análise das circunstâncias, fundada suspeita contra o conduzido pois o fato é atípico, também seria possível, a aplicação analógica pró réu, do supracitado artigo 69, da lei 9.099/95, que exclui a prisão em flagrante para os autores de crimes de menor potencial ofensivo. Deve o delegado fundamentar sua decisão com base no que fora exposto.

Tal conduta demonstra-se mais acertada, um meio termo, entre não fazer nada, omitir-se e aplicar uma prisão em flagrante que seria totalmente desproporcional, para um fato que é atípico, portanto a lavratura do termo circunstanciado, dará um grau de publicidade ao ato, mas não imporá a ele medida desnecessária e desproporcional.

Este é o entendimento de Luiz Flávio Gomes:

Duas posturas devem ser evitadas pela autoridade policial: a primeira consiste em não fazer absolutamente nada diante de um fato insignificante; a segunda consistiria na lavratura de um auto de prisão em flagrante e eventual recolhimento do agente ao cárcere. Nem oito nem oitenta. Nem omissão nem abuso. Uma outra postura incorreta: decidir o caso e arquivá-lo de plano. Autoridade policial não dá última palavra sobre a atipicidade.

Portanto à autoridade policial cabe fundamentar a não aplicação da prisão em flagrante, lavando o termo circunstanciado, e comunicar ao Ministério Público, como a decisão daquele não vincula o Parquet, este pode prosseguir no intuito punitivo, fazendo a denúncia, nesse caso cabe ao juiz, não receber, e enviar ao Procurador geral de justiça ou a Câmara de Coordenação e Revisão, caso seja na justiça federal, se ainda assim for decidido pela denúncia, pode de o juiz absolver sumariamente o réu, com base no artigo 397, inciso III do Código de processo Penal por tratar-se de fato notoriamente atípico, vide transcrição:

Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:

⁶¹ BRASIL, Art. 304, § 1º do Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou

Vale ressaltar que, a qualquer momento do processo pode ser aplicado o princípio da insignificância, ainda que em sede recursal.

4.7 Da não aplicação do "*in dubio pro societate*".

É comum que alguns doutrinadores e a própria jurisprudência entenda que na fase investigatória vigora o princípio do "in dubio pro societate", que fundamentaria a prisão em flagrante delito por crimes de bagatela (infração bagatelar própria), e a instituição de inquérito policial e a denuncia por parte do Ministério Público, para que no processo penal o individuo provasse sua real inocência.

No entanto, tal princípio, se é que podemos chamá-lo assim, não encontra guarida na Constituição Federal, que institui, pelo contrário, que durante toda a persecução penal vigorará o princípio da presunção de inocência, conforme previsto no artigo 5º, inciso LVII, o que mantém a aplicação deste suposto princípio é uma necessidade punitiva que acho que a prisão resolve os problemas sociais, literalmente varrendo-os para debaixo dos panos.

No entanto, ainda que fosse aplicável este princípio, o "*in dubio pro societate*" só vigora quanto a autoria, não quanto a materialidade dos fatos. A justa causa penal, um dos requisitos para o recebimento da denuncia, art. 395 III do código de Processo Penal aduz ser a justa causa , condição para o recebimento da denuncia.

Mas esta justa causa se refere a um lastro probatório, que permita o inicio da ação penal, para isso faz necessário a certeza da materialidade do fato e uma dúvida quanto a autoria.

No caso, do princípio da insignificância, não há questão quanto a autoria, mas sim quanto a materialidade do ato, que é materialmente atípico, assim ainda que haja provas quanto a autoria, o fato é atípico não configurando crime, e o "in dubio pro societate" não pode ser aplicado quanto à dúvida, que no caso é certeza, for relativa a materialidade do fato.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término da presente investigação, espera-se ter conseguido passar uma noção geral acerca dos fundamentos principiológicos da insignificância, sem os quais seria impossível compreender a sua aplicação e os seus efeitos, bem como, uma análise de suas origens históricas e sua fundamentação legal dentro do direito brasileiro, inclusive passando pelo importante definição feita pela Corte Constitucional Brasileira, por meio do HC 84.412-0. (São Paulo. Rel. Min. Celso de Mello), que definiu os parâmetros jurisprudenciais para a aplicação do princípio da insignificância.

Viu-se também, uma análise importante da classificação feita por Luiz Flávio Gomes, que define as chamadas infrações bagatelares próprias, que estão sob a égide do princípio da insignificância e as chamadas infrações bagatelares impróprias, que embora apresentem características similares com a anterior, tem fundamentação principiológica diversa, o que gera efeitos práticos também diversos. Foi mostrado que tal distinção é deveras importante para a aplicação correta da insignificância, pois o costume de nossa jurisprudência é colocar todas mesma vala jurídica, como se fossem situações similares. Discorreu-se sobre os efeitos do princípio da insignificância e da forma como este afeta a tipicidade material do fato, tornando-o um atípico penal, afastando completamente a atuação punitiva do direito penal. No entanto, restando o ato como ilícito para os outros ramos do direito, devendo cair, sobre o agente que lhe deu causa, todas as sanções cabíveis previstas pelas outras áreas do direito.

Também, tratou-se da fase pré-processual, analisamos suas características, os princípios que a regem, dando maior enfoque na investigação policial e nas medidas cautelares, sendo tais fases as mais importantes antes da propositura da ação. Analisamos o princípio da presunção de inocência dentro da investigação e o princípio do “*in dubio pro societate*”, contrapondo estes dois princípios opostos e analisando qual deles tem fundamentação Constitucional. Foram vistas também as medidas cautelares sua fundamentação e um pequeno resumo de suas características, analisamos a reforma feita nesta área, por meio da Lei 12.403 de 04 de maio de 2011, sua importância diante de tornar excepcionais as cautelares prisionais e criando outras medidas menos onerosas, Analisamos também, como a proporcionalidade pode ser útil na aplicação de tais medidas, ajudando a

aplicar em cada caso a que melhor se adequar ao fim pretendido e a mais necessária, ou seja, a menos gravosa aos direitos fundamentais.

Por fim, analisou-se a aplicação do princípio da insignificância na fase pré-processual, tanto quando já houver sido instaurado o inquérito policial, como quando se deparar a autoridade policial com um fato de flagrante, de crime de bagatela (infração bagatelar própria), foi defendido, no primeiro, caso que deve ser pedido arquivamento pelo delegado, assim como pelo Ministério Público, e acatado pelo juiz. Quanto ao segundo, reconheceu-se impossível a prisão em flagrante delito do agente que cometa crime de bagatela (infração bagatelar própria), visto que atípico o fato, assim como fato do artigo 69, da Lei 9.099/95, já excluir a aplicação dessa medida cautelar prisional para os crimes de menor potencial ofensivo, pena menor igual a dois anos. Portanto permitir tal prisão de infrações bagatelares seria um incongruência. Por fim explicou-se a não aplicação do chamado princípio do "*in dubio pro societate*", nos casos de aplicação da insignificância.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6 ed. : Editora Universidade de Brasília, 1995.

BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em< www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. > Acesso em 10 de outubro de 2014.

BRASIL, do Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em< www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. > Acesso em 10 de outubro de 2014.

BRASIL, do Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. Disponível em< www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. > Acesso em 10 de outubro de 2014.

BRASIL, do Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. Disponível em< www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. > Acesso em 10 de outubro de 2014.

BRASIL, Constituição Federal do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em< www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. > Acesso em 10 de outubro de 2014.

BRASIL, Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995. Disponível em< www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. > Acesso em 10 de outubro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma, HC 84.412-0. Relator: MELLO, Celso de. Publicado no DJ de 19-10-2004. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81733>.> Acesso em 20 de outubro de 2014.

CELIDONIO, Celso. **O princípio da Insignificância**. Revista **Direito Militar**. Brasília: Senado Federal, vol. 3, 1999.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. Petrópolis: Juspodivm, 2013, v. único.

DIREITOS HUMANOS e aplicação da lei, **Manual de Formação em Direitos Humanos para as Forças policiais**, 2009.

DIREITO PENAL AMBIENTAL, **aplicação do princípio da insignificância**. *TrabalhosFeitos.com*. Disponível em <<http://www.trabalhosfeitos.com/ensaios/Direito-Penal-Ambiental-Aplica%C3%A7%C3%A3o-Do/299046.html>> Acesso em 15 de outubro de 2014.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir. Nascimento da prisão**, 25ª Edição, Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 2 ed. São Paulo: RT. 2010.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais . 2003.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

MIRABETE. Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18º ed. São Paulo: Atlas. 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza . **Manual de Direito Penal**. 7ed –São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal** . 17ª ed. São Paulo: Atlas. 2013.

PEREIRA, Marcio Ferreira Rodrigues . **Acusar ou não acusar ? Eis a questão... O *in dubio pro societate* como forma perversa de lidar com a dúvida no processo penal** . Disponível em <periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/.../6541> Acesso em: 15 de outubro de 2014.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**. Coimbra. Coimbra Editora, 1998.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de Processo Penal**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: Parte Geral**. 8 ed. São Paulo: RT, 2009.