

Flagrantes de bagatela: mais um caso de prisão sem delito

12/02/2019



De antemão, uma lembrança da realidade. Segundo relatório final da

CPI do Sistema Carcerário, apresentado pela Câmara dos Deputados Federais em 2009, tem-se que inúmeros presos estão “apodrecendo em estabelecimentos desumanos e violentos por crimes (*sic*) simples como furto de latas de leite, de peças de roupas, dívida ou por ameaça”[1].

Em sua grande maioria, consequência dos chamados “flagrantes de bagatela”, uma realidade diária do sistema penal brasileiro. Inúmeras pessoas são conduzidas todos os dias, às delegacias de polícia, em “flagrante delito”, por situações manifestamente insignificantes. Conduzidas e, ao final, encarceradas.

A pergunta, no entanto, que surge é bastante simples: não é possível que se faça nada diferente? Algo distinto da operatividade irrefletida da grande massa dos atores do sistema penal. Em outras palavras: o delegado de polícia não poderia reconhecer a insignificância criminal e, portanto, afastar o cárcere diante de ninharias penais?

A resposta, em verdade, não demanda grande esforço hermenêutico. É evidente que o delegado de polícia não só pode como deve garantir a liberdade em situações de bagatela[2]. Não pode haver “auto de prisão em flagrante delito” se não há crime. Ninguém pode ser preso se o fato não constitui injusto penal. O princípio (ou critério) da insignificância exclui justamente a natureza criminosa do fato, uma vez que afasta a tipicidade (material). Abusivo mesmo seria o delegado prender alguém por fato atípico.

Não há dúvidas “ser da autoridade policial o primeiro juízo acerca do fato”[3], a fim de decidir pela lavratura (ou não) do auto de prisão em flagrante, bem como pela custódia (ou não) do

conduzido[4]. O encarceramento não pode consistir em “ato automático” do delegado de polícia pela mera notícia de eventual ilícito penal trazida pelo condutor[5]. Indispensável uma “concreta verificação fático-jurídica do estado de flagrância” a ser realizada pela autoridade policial[6].

Vale lembrar que a presente discussão versa justamente sobre um dos elementos fundamentais do conceito analítico de fato punível[7]. A insignificância incide sobre categoria primária à formação do injusto penal, qual seja, a tipicidade. Sabe-se que “a tipicidade completa não é apreciada quando o comportamento em questão não representar um dano considerável ao bem jurídico, mesmo que presentes todos os elementos descritos no tipo legal de crime”[8]. Em resumo, é da atividade interpretativa do fato típico que se trata. Nada aquém ou além.

Nesse sentido, é claro que “a função do delegado de polícia não pode resumir-se a um juízo de tipicidade legal ou formal, tendo que ser alargada ao juízo de tipicidade material e, mesmo, conglobante”, segundo afirma Nicolitt[9]. Até mesmo porque essa análise interpretativa diz respeito a juízo de valoração indispensável sobre a notícia crime, repita-se, ainda na esfera da tipicidade penal.

É absolutamente impossível que o delegado de polícia, enquanto primeiro intérprete penal, faça vista grossa à insignificância, que constitui exatamente “uma forma de interpretação da norma proibitiva”, visando “excluir do âmbito da tipicidade, mais precisamente, do processo de imputação, aquelas condutas que produzam resultados inestimáveis para a lesão ou o perigo de lesão do bem jurídico”[10].

O reconhecimento da “inexpressividade da lesão” e, por conseguinte, afastamento da intervenção penal[11] não se apresenta como mera faculdade do agente público, mas, sim, como dever ético-social em consonância com o Estado de Direito. O delegado de polícia que assim atua apenas demonstra que tem ciência do papel que lhe cabe na investigação preliminar enquanto filtro de contenção da irracionalidade potencial do sistema persecutório criminal[12].

Se o delegado não puder avaliar sequer a tipicidade (formal e material) do caso, perde todo sentido a regra prevista no artigo 304, *caput* e parágrafo 1º, do CPP, que atribui à autoridade policial nítida função de controle das garantias — penais e processuais penais — na lavratura do auto de prisão em flagrante e privação da liberdade do conduzido.

O artigo 304, parágrafo 1º, do CPP, é cristalino no sentido de que a prisão em flagrante apenas terá lugar quando o delegado de polícia se convencer de fundada suspeita criminosa em face do conduzido. Como pode haver suspeita válida se o fato não constitui crime? A suspeição por fatos (materialmente) atípicos não legitima qualquer espécie de cerceamento da liberdade. Imaginar o contrário, em que pese lastimável julgado do STJ nessa linha[13], significaria violação frontal aos princípios da reserva legal, da presunção de inocência e da excepcionalidade da prisão.

Não por outro motivo deve-se assegurar ao delegado de polícia “que disponha de atribuição para fazer os juízos necessários ao sentido apropriado da tipicidade no marco contemporâneo” [14]. Entendimento diverso não apenas retira o significado e a importância que a Constituição confere à atividade de polícia judiciária (artigo 144) e à própria carreira (jurídica) do Delegado de Polícia[15] (artigo 4 do CPP e artigo 2º da Lei 12.830/13), mas, acima de tudo, retroalimenta

uma cultura processual penal autoritária e legitimadora da violência do poder punitivo.

É importante ressaltar que a prerrogativa (ou dever-poder) do delegado de polícia em concluir, de maneira fundamentada, pela atipicidade do fato por ausência de expressividade da lesão ao bem jurídico protegido em nada impede que o titular do direito de ação, divergindo do entendimento firmado pela autoridade policial, resolva apresentar em juízo pretensão acusatória naquele caso concreto. É sabido que não existe qualquer vinculação na espécie. Contudo, é necessário respeitar sempre a autonomia valorativa de cada um dos órgãos estatais que atuam no sistema de Justiça criminal (polícia judiciária, Ministério Público e magistratura). Mesmo porque inexistente hierarquia entre esses órgãos. Todos são carreiras jurídicas com assento constitucional. E, acima de tudo, deveriam todos empreender medidas para a redução do arbítrio punitivo.

Outros (inúmeros) argumentos e autores poderiam ser citados, a fim de justificar tamanha obviedade, porém a natureza sintética desta coluna obriga-nos a limitar a discussão naquilo que parece essencial. Ao fim e ao cabo, percebe-se que o aceite (ou não) dessa tentativa de minimização da violência penal depende muito mais da orientação político-criminal de cada um dos operadores do sistema do que de qualquer lógica argumentativa formal.

Isso, é claro, sem falar no (espúrio) jogo de interesses classistas em torno do monopólio de (poder) dizer o direito no caso concreto que sempre transita ao longo do campo penal para além dos enunciados propriamente jurídico-normativos. Não raras vezes, o maior (e verdadeiro) empecilho das grandes “questões controvertidas” do Direito Processual Penal.

[1] BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. *CPI Sistema Carcerário*. Brasília: Edições Câmara, 2009, p. 49.

[2] Nesse sentido: CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Aplicação do Princípio da Insignificância pelo Delegado de Polícia. In: ANSELMO, Márcio Adriano; BARBOSA, Ruchester Marreiros; CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; GOMES, Rodrigo Carneiro; MACHADO, Leonardo Marcondes. *Investigação Criminal pela Polícia Judiciária*. 01 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 47-53 / LOPES JR., Aury. *Controle da Insignificância pela Polícia e de Não Realização da Prisão em Flagrante em caso de Manifesta Causa de Exclusão da Ilícitude*. Disponível em: <

http://www.adpf.org.br/adpf/admin/painelcontrole/materia/materia_portal.wsp?tmp.edt.materia_codigo

>. Publicado em 11 de dezembro de 2014. Acesso em 4/2/2019 / MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2018, pp. 48-49 / MEROLLI, Guilherme. *Fundamentos Críticos de Direito Penal: dos princípios penais de garantia*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 319 / MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. *Prisão em Flagrante Delito Constitucional*. São Paulo: Salvador: Jus Podivm, 2018, pp. 250-256 / MORAIS DA ROSA, Alexandre; KHALED JÚNIOR, Salah. *Neopenalismo e Constrangimentos Democráticos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, pp. 69-72 / NICOLITT, André. O delegado de polícia e o juízo de tipicidade: um olhar sob a ótica da insignificância. In: CASARA, Rubens R. R.; LIMA, Joel Corrêa de (org). *Temas para uma Perspectiva Crítica do Direito: homenagem ao Professor Geraldo Prado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 127-131 / NUCCI, Guilherme de Souza.

Manual de Processo Penal e Execução Penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 545-546 / SANINI NETO, Francisco. *Inquérito Policial e Prisões Provisórias: teoria e prática de polícia judiciária*. 01 ed. São Paulo: Ideias&Letras, 2014, pp. 202-206.

[3] GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, Liberdade e as Cautelares Alternativas ao Cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 57.

[4] “Nem sempre, porém, haverá lugar sua custódia. Pode acontecer que, pelos esclarecimentos prestados, a autoridade verifique, *v.g.*, não ter havido crime e sim apenas um ilícito civil; que não é o capturado autor do crime; que se acha extinta a punibilidade (*novatio legis* etc.) e outras causas ou circunstâncias” (NORONHA, Edgard de Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 164).

[5] MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 379.

[6] CHOUKR, Fauzi Hassan. *Prisão e Liberdade na Etapa Investigativa*. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; VASCONCELOS, Eneas Romero de (Coord.). *Polícia e Investigação no Brasil*. 1 ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 185.

[7] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – Parte Geral*. 5 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 72.

[8] BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Lições Fundamentais de Direito Penal*. 03 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 217.

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

[10] TAVARES, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito*. 01 ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 228.

[11] BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. 01 ed. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 64-65.

[12] MORAIS DA ROSA, Alexandre; KHALED JÚNIOR, Salah. *Neopenalismo e Constrangimentos Democráticos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 70.

[13] STJ – Quinta Turma – HC n. 154949/MG – Rel. Min. Felix Fischer – j. em 03.08.2010 – DJe de 23.08.2010: “Logo, a declaração de atipicidade do crime de furto por esta Corte não retira a legalidade da ordem de prisão efetuada pelos policiais militares, pois, no momento da prisão em flagrante do paciente, havia a presunção de cometimento do crime contra o patrimônio. Cumpre asseverar que a observância do princípio da insignificância no caso concreto é realizada a posteriori, pelo Poder Judiciário, analisando as circunstâncias peculiares de cada caso”.

[14] MORAIS DA ROSA, Alexandre; KHALED JÚNIOR, Salah. *Neopenalismo e Constrangimentos Democráticos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 70.

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

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2019-fev-12/academia-policia-flagrantes-bagatela-prisao-delito/>