



O Princípio da Insignificância

(In) aplicabilidade na fase do inquérito policial nos delitos de furto

Rui Carlos Dipp Júnior



A presente obra tem como tema o princípio da insignificância. Trata-se de uma monografia jurídica que visa a investigar a aplicabilidade ou inaplicabilidade do referido princípio na fase do inquérito policial nos delitos de furto usando como linha de abordagem o método hipotético-dedutivo. Nesse rumo, o objetivo desta pesquisa é verificar se é possível a aplicação do princípio da insignificância ainda na fase investigativa pelo Delegado de Polícia, já que frequentemente casos que envolvem furtos bagatelares somente têm tido um desfecho nas mãos do Poder Judiciário, ou seja, percorrem todas as possíveis fases do processo penal chegando até mesmo ao Supremo Tribunal Federal. Para alcançar os objetivos o trabalho é construído através do método de pesquisa predominantemente bibliográfica, livros e periódicos da área de ciências criminais. A pesquisa mostra que ainda não há legislação específica autorizando a aplicação plena do princípio da insignificância pela autoridade policial apesar de haver entendimento de que isso é salutar para o Direito Penal. A pesquisa revela também que a última palavra continua sendo do Poder Judiciário, não obstante haja todo um avanço doutrinário e jurisprudencial pelo qual se afasta a tipicidade da conduta pelo princípio da insignificância nos casos de furtos bagatelares. Ademais, aguarda-se uma nova reforma no Código Penal Brasileiro, o que indica que o debate ainda permanecerá em aberto.



O Princípio da Insignificância

Direção Editorial

Lucas Fontella Margoni

Comitê Científico

Prof. Me. Renato Fioreze

Universidade de Passo Fundo (UPF)

Prof. Me. Daniel da Silveira Menegaz

Universidade de Passo Fundo (UPF)

Prof.^a Dr.^a Gabriela Werner Oliveira

Universidade de Passo Fundo (UPF)

O Princípio da Insignificância

**(In) aplicabilidade na fase do
inquérito policial nos delitos de furto**

Rui Carlos Dipp Júnior



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.behance.net/CaroleKummecke>

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

DIPP JÚNIOR, Rui Carlos

O Princípio da Insignificância: (in) aplicabilidade na fase do inquérito policial nos delitos de furto [recurso eletrônico] / Rui Carlos Dipp Júnior -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019.

77 p.

ISBN - 978-85-5696-683-4

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Delegado de Polícia; 2. Direito Penal; 3. Furto; 4. Inquérito policial; 5. Princípio da insignificância;
I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Dedico este trabalho aos meus familiares, em especial aos meus pais Rui Carlos Dipp e Andiara Portela Dipp; à minha amada Cassia Franken de Abreu e Lima a qual esteve presente em todos os momentos da minha trajetória ao longo da graduação.

Agradeço a Deus e a todos os meus professores, em especial ao meu orientador Prof. Me. Renato Fioreze e ao Prof. Dr. Felipe Cittolin Abal.

“Cada homem tem a sua maneira de ver; e o mesmo homem, em épocas distintas, vê diversamente os mesmos objetos.”

Cesare Beccaria

Sumário

Introdução	15
1.....	17
Do princípio da insignificância	
1.1 Noções introdutórias.....	17
1.2 Origem, conceito e natureza jurídica	23
1.3 Fundamentos - princípios correlatos	27
2	35
Do crime de furto: análises e reflexões	
2.1 Aspectos históricos, sociais e jurídicos.....	35
2.2 Da crise do sistema prisional brasileiro	40
2.3 Do crime de furto e do princípio da insignificância no projeto de reforma do Código Penal.....	45
3	51
Da (in) aplicação do princípio da insignificância nos delitos de furto pela autoridade policial	
3.1 Da atuação da autoridade policial.....	51
3.2 Da aplicação do princípio da insignificância pela autoridade policial	56
3.3 Efeitos práticos de aplicação do princípio da insignificância	63
Conclusão.....	71
Referências	75

Introdução

Este trabalho de pesquisa monográfica tem como tema o princípio da insignificância o qual delimitou-se a dissertar acerca de sua (in) aplicabilidade na fase do inquérito policial nos delitos de furto pela autoridade policial.

Para tanto apresenta como problematização a possibilidade ou não de aplicação concreta do princípio bagatelar na atuação do Delegado de Polícia diante de furtos irrelevantes. Muitas destas situações somente estão tendo um desfecho após todo um trâmite processual penal, chegando, em alguns casos, na mais alta corte do país, ou seja, ao Supremo Tribunal Federal.

Os debates jurídicos sobre esse tema são de suma importância para todos os operadores do direito, juristas e estudantes, bem como para toda a sociedade, porque caso o princípio em pauta fosse aplicado já pela autoridade policial, a própria Polícia Judiciária, o Ministério Público e o Poder Judiciário teriam mais tempo para enfrentarem situações realmente pertinentes de Direito Penal. Dessa forma, justifica-se a necessidade da presente pesquisa.

Malgrado exista o princípio da insignificância, muitas pessoas ainda são condenadas penalmente no Brasil por crimes irrelevantes para o Direito Penal. Assim é necessário investigar discussões sobre o tema, contrastar diferentes opiniões dos juristas, sopesar as vantagens e desvantagens de sua aplicação nas diferentes fases do processo penal e discutir a imprescindibilidade ou não de legislação específica sobre a sua aplicabilidade e competência.

A linha de abordagem escolhida para esta pesquisa refere-se ao método hipotético-dedutivo. Dessa forma o texto abordará o assunto a partir de uma pergunta e de duas hipóteses. No direito processual penal brasileiro é possível a aplicação do princípio da

insignificância ainda na fase investigativa pela autoridade policial em relação aos crimes de furto?

A primeira hipótese é negativa, porque cabe ao Poder Judiciário, e não à Polícia Judiciária, o julgamento desses casos. Já quanto à segunda, a suposição é afirmativa, porque o furto de bagatela apresenta-se atípico tanto para o Delegado de Polícia como para o Juiz de Direito.

Nesse sentido, o objetivo desta monografia é verificar se é possível a aplicação do princípio da insignificância ainda na fase investigativa pelo Delegado de Polícia. Para buscar respostas optou-se pela utilização de um método de procedimento instrumental de pesquisa predominantemente bibliográfica, livros e periódicos da área de ciências criminais.

No primeiro capítulo serão abordadas noções introdutórias acerca do princípio da insignificância, destacando-se inicialmente conceitos e funções do bem jurídico-penal, além da origem, conceito e natureza jurídica sobre o princípio em pauta. Ademais serão enfatizados outros princípios que possuem relação com este, em especial o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

No segundo capítulo, serão descritos aspectos históricos, sociais e jurídicos sobre o crime de furto. Além disso trará reflexões e informações sobre a crise do sistema prisional brasileiro e relacionará o crime de furto e o princípio da insignificância no projeto de reforma do Código Penal Brasileiro.

Por fim, o terceiro capítulo irá reunir debates em torno da (in) aplicabilidade do princípio da insignificância na atuação da autoridade policial, isto é, pelo Delegado de Polícia, ainda na fase do inquérito policial em relação aos crimes de furto. Tratará, portanto, de aprofundar a problematização do tema com a finalidade de buscar respostas às hipóteses formuladas neste trabalho.

Do princípio da insignificância

1.1 Noções introdutórias

O princípio da insignificância denota, nas palavras de Capez (2011a, p. 29) que “O Direito Penal não deve preocupar-se com bagatelas, do mesmo modo que não podem ser admitidos tipos incriminadores que descrevam condutas incapazes de lesar o bem jurídico”.

Por essa razão, ao dissertar acerca do princípio da insignificância em decorrência de sua possibilidade de aplicação ou não já na fase do inquérito policial pela autoridade policial nos delitos de furto, torna-se necessário antes de tudo descrever alguns aspectos introdutórios de Direito Penal, principalmente no que diz respeito ao bem jurídico-penal, ao próprio Direito Penal que se encontra imerso num Estado Democrático de Direito, além de sua função ético-social. Somente assim o princípio da insignificância poderá ser melhor contextualizado no âmbito desse importante ramo jurídico, já que o mesmo, para ser compreendido, necessita de bases e fundamentos essenciais para lhe darem sustentação ao presente estudo.

O primeiro aspecto introdutório a ser abordado refere-se à noção de bem jurídico-penal.

Ao dissertar sobre o conceito e funções do bem jurídico-penal, Prado (In: Bem Jurídico-Penal e Constituição) diz que seu conceito na doutrina é impreciso e repleto de discussões. Ao citar Lampe, Prado diz que:

[...] originariamente, com base na mais pura tradição neokantiana, de matiz espiritualista, procura-se conceber o bem jurídico como

valor cultural [...]. Os bens jurídicos têm como fundamento valores culturais que se baseiam em necessidades individuais. Essas se convertem em valores culturais quando são socialmente dominantes. E os valores culturais transformam-se em bens jurídicos quando a confiança surge necessitada de proteção jurídica (1997, p. 41).

Nesse sentido, compreende-se o porquê de muitas condutas que antes eram consideradas delitos hoje não mais o são, pois os valores culturais de uma sociedade são dinâmicos. Por exemplo, concepções de ordem religiosa ou costumes sofrem modificações ao longo dos tempos. Além disso, para Prado (1997, p. 28), atualmente existe “o postulado de que o delito constitui lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico” o que representa uma das bases da teoria do delito, o que de fato é pressuposto como limites ao poder punitivo Estatal. Com isso é possível inferir que se o delito praticado não resultar realmente lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, logo não há que se falar em crime.

Ao encontro dessa linha de pensamento pode-se supor que em casos de pequenos furtos, como os que acontecem diariamente – furto de bonés de pequeno valor, barras de chocolate, pote de iogurte etc – é possível afastar a tipicidade penal porque não há lesão ao bem jurídico ou este não é significativo, ou seja, relevante, porém “essa insignificância só pode ser valorada através da *consideração global* da ordem jurídica” (BITENCOURT, 2008, p. 21, grifos do autor).

Para Gomes (2009, p. 215), podem ser considerados também os seguintes exemplos de crimes bagatelares: “Furto de uma carteira (R\$ 80,00), de uma faca e de cadeados (R\$ 86,00), de um pacote de arroz, de um alicate, de um violão, de um cobertor, de uma camisa, de uma jaqueta”, casos estes os quais já tiveram, consoante o referido autor, o reconhecimento do princípio da insignificância pelo Supremo Tribunal Federal.

Ainda trazendo conceitos de bem jurídico, agora num sentido objetivista, Welzel *apud* Prado diz que esse autor compreende o bem jurídico como um bem fundamental para o corpo social ou da pessoa

humana e, por ter relevância social, necessita de proteção jurídica (1997, p. 42). Disso decorre que, nas palavras de Prado, “Daí, ser o delito formado de um desvalor da ação e de um desvalor do resultado” (1997, p. 42). Pois bem, em qualquer um dos exemplos de furto trazidos por Gomes, tal como o de um pacote de arroz, não há dúvida de que a atitude é passível de censura, mas terá realmente produzido um resultado realmente danoso quando praticado, exemplificativamente, contra um supermercado?

Disso resulta que:

O que faz o Direito Penal é estabilizar esses valores ético-sociais da atitude interna de uma forma característica e tendo em conta determinados limites que são precisamente os dos princípios da legalidade e da proteção de bens jurídicos. Somente respeitando esses limites podem ser justificados os mandatos e proibições que impõe o Direito Penal e se pode esperar que seja ele o que a teoria da prevenção geral positiva pretende: exemplo e garantia dos valores ético-sociais da atitude interna (PRADO, 1997, p. 42 - 43).

Lição que pode ser extraída dessa citação é de que os bens jurídicos são valores, e mais do que isso, são valores ético-sociais. Tanto é que Roxin, citado por Prado, afirma que os bens jurídicos são requisitos indispensáveis para a existência em comum e que merecem proteção penal, tais como a vida, a integridade física, a liberdade de atuação, a propriedade (1997, p. 45). É por isso que ao analisar as palavras de Cunha Luna, Prado (1997, p. 47) traz as seguintes considerações:

[...] o bem jurídico não é somente um bem da sociedade, mas um bem social, que é, ao mesmo tempo, bem individual. A contraposição do individual e do social, ora considerando o indivíduo como meio ou fim da sociedade, ora considerando a sociedade como meio ou fim do indivíduo, não encara, em seus devidos termos, a unidade dialética do individual e do social, esquecendo que o indivíduo está em função da sociedade tanto quanto a sociedade está em função do indivíduo.

Enfim, na análise conceitual de bem jurídico, Prado compreende *ipsi literis* que “O objeto material não é uma característica comum a qualquer delito, pois só tem relevância quando a consumação depende de uma alteração da realidade fática ou do mundo exterior” (1997, p. 47).

Ainda, consoante Prado (1997, p. 48 – 50), o bem jurídico tem quatro funções principais. A primeira diz respeito à função de garantia servindo assim como limitadora à tarefa dos legisladores aos quais só podem tipificar como crimes condutas graves que causem dano ou põem em perigo um bem jurídico. A segunda função é chamada de teleológica ou interpretativa, desse modo é compreendida como um critério de interpretação a toda conduta tipificada como crime ao procurar delimitar seu sentido e alcance aos próprios fins de amparo de determinado bem jurídico. A terceira função é a individualizadora na qual leva em conta a gravidade do dano causado ao bem jurídico para que se chegue então a uma justa medida na aplicação da pena. E por fim, Prado traz a quarta função do bem jurídico, chamada de função sistemática, porque cada tipo penal previsto na parte especial do Código Penal encontra-se dentro de uma determinada classificação de grupos de bens jurídicos os quais se quer tutelar.

Logo, compreender o bem jurídico é pressuposto para compreender o Direito penal, que é conceituado nas palavras de Capez (2011a, p. 19) como:

[...] o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos mais graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e descrevê-los como infrações penais, cominando-lhes, em consequência, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerais necessárias à sua correta aplicação.

Ao introduzir sua obra sobre *Tratado de Direito Penal, Bitencourt* (2008, p. 1) afirma que “falar de Direito Penal é falar, de alguma forma de violência” e ainda na mesma página diz:

Quando as infrações aos direitos e interesses do indivíduo assumem determinadas proporções, e os demais meios de controle social mostram-se insuficientes ou ineficazes para harmonizar o convívio social, surge o *Direito Penal* com sua natureza *peculiar de meio de controle social formalizado*, procurando resolver conflitos e suturando eventuais rupturas produzidas pela desinteligência dos homes (BITENCOURT, 2008, p. 1, grifos do autor).

Para esse mesmo autor “O Direito penal apresenta-se como *um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes – penas e medidas de segurança*” (BITENCOURT, 2008, p. 2, grifos do autor). Porém, ficar adstrito somente às palavras da lei não é suficiente, sob pena de se cometer injustiças, daí porque o Direito Penal também é entendido como uma Ciência Penal de tal modo que:

Esse conjunto de normas e princípios, devidamente sistematizados, tem a finalidade de tornar possível a convivência humana, ganhando aplicação prática nos casos ocorrentes, observando rigorosos princípios de justiça. Com esse sentido, recebe também a denominação de *Ciência Penal*, desempenhando igualmente uma função criadora, liberando-se das amarras do texto legal ou da dita *vontade estática do legislador*, assumindo seu verdadeiro papel, reconhecidamente valorativo e essencialmente crítico, no contexto da modernidade jurídica (BITENCOURT, 2008, p. 2, grifos do autor).

Ainda como Ciência Penal, e em busca da justiça, objetiva esclarecer

[...] a razão, a essência e o alcance das normas jurídicas, de forma sistemática, estabelecendo critérios objetivos para sua imposição e evitando, com isso, o arbítrio e o casuísmo que decorreriam da ausência de padrões e da subjetividade ilimitada da sua aplicação. Mais ainda, busca a justiça igualitária como meta maior, adequando os dispositivos legais aos princípios constitucionais sensíveis que os regem, não permitindo a descrição como infrações

penais de condutas inofensivas ou de manifestações livres a que todos têm direito, mediante rígido controle de compatibilidade vertical entre a norma incriminadora e princípios como o da dignidade da pessoa humana (CAPEZ, 2011a, p. 19).

Por isso, sem os requisitos de interpretação jurídica pautados em um sistema jurídico penal inserido dentro do Estado Democrático de Direito, bastaria apenas seguir literalmente o que está escrito na lei sem se dar ao trabalho de sopesar princípios constitucionais penais, e em decorrência disso, simplesmente condenar à prisão pessoas que tenham cometido crimes de furto de ínfima consequência e de escassa reprovabilidade, tais como os exemplos supracitados por Luiz Flávio Gomes. Daí porque surge na doutrina a discussão sobre a função ético-social do Direito Penal em face de bens jurídicos tutelados.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, Delmanto *et al* (2010, p. 77), ao relacionar lei penal e liberdade diz o seguinte:

Ao lado de buscar a manutenção da paz social mediante a punição de condutas que ofendam bens juridicamente relevantes, de acordo com a Constituição da República (teoria constitucional do bem jurídico), como a vida, a liberdade, a dignidade e o patrimônio dos cidadãos, o meio ambiente, o sistema financeiro, os direitos do consumidor, como também a existência do próprio Estado, das suas instituições, inclusive a arrecadação tributária etc., a lei penal tem função de garantia. E não há paradoxo nenhum, já que, ao Estado, a punição dos culpados por práticas criminosas, a fim de proteger a harmonia do tecido social, é tão importante quanto a proteção dos inocentes e a imposição de limites claramente fixados ao poder-dever de punir. A função garantista do Direito Penal exsurge, assim, da própria tipificação das condutas consideradas delituosas, bem como das espécies e dos limites de suas penas, evitando-se a surpresa, o arbítrio e a desproporcionalidade, que são incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

Logo, a visão do Direito Penal deve estar abarcada dentro desse contexto, pois “Sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, por reflexo, seu direito penal há de ser legítimo, democrático

e obediente aos princípios constitucionais que o informam, passando o tipo penal a ser uma categoria aberta” (CAPEZ, 2011a, p. 25). Dessa forma urge sempre questionar o conteúdo de todo e qualquer delito praticado sem se olvidar dos princípios constitucionais que fazem parte desse Estado Democrático de Direito, sob pena de se ferir a própria função de garantia do Direito Penal supracitada por Delmanto.

Realizadas essas questões introdutórias de Direito Penal, resta agora adentrar mais especificamente no âmbito do princípio da insignificância.

1.2 Origem, conceito e natureza jurídica

Com relação à origem, conceito e natureza jurídica do princípio da insignificância, não há muita celeuma na doutrina.

Sendo um dos princípios limitadores do poder punitivo estatal, o princípio da insignificância, de acordo com Bitencourt (2008, p. 20 - 21, grifos do autor),

[...] foi cunhado pela primeira vez por Claus Roxin em 1964 [...] partindo do velho adágio latino *minima non curat praetor* [e significa que] é imperativa uma *efetiva proporcionalidade* entre a *gravidade* da conduta que se pretende punir e a *drasticidade da intervenção estatal*.

Igualmente, o autor refere-se ainda a outra expressão que também é utilizada, qual seja, princípio de bagatela, esta qualificada por Klaus Tiedemann (BITENCOURT, 2008, p. 20 - 21).

Para descrever o presente princípio, Capez utiliza as duas expressões, insignificância ou bagatela, e segundo ele, sua origem encontra-se também no Direito Romano *in verbis*:

[...] originário do Direito Romano, e de cunho civilista, tal princípio funda-se no conhecido brocardo *de minimis non curat praetor*. Em 1964 acabou sendo introduzido no sistema penal por Claus Roxin,

tendo em vista sua utilidade na realização dos objetivos sociais traçados pela moderna política criminal (2011a, p. 29).

Silva (In: Teoria da Insignificância do Direito Penal Brasileiro, 2005, p. 425, disponível em www.revistadoatribunais.com.br, acesso em 29 ago 2013), ao abordar a origem histórica do princípio da insignificância, entende que apesar de a posição majoritária da doutrina defender a sua origem no velho brocardo romano acima descrito,

[...] o Princípio da insignificância não tem origem romana, pois a máxima *mínima non curat praetor* era desconhecida no Direito Romano antigo, uma vez que se coaduna melhor com o pensamento liberal e humanista dos jusfilósofos do Renascimento. As razões que levam a esse entendimento são que a referida máxima, ou qualquer outra enunciação semelhante, não se encontra no *Corpus Juris Civilis*, nem em outra fonte romana antiga, bem como não é citada pelos comentaristas do Direito Romano (SILVA, 2005, disponível em www.revistadoatribunais.com.br, acesso em 29 ago 2013).

Mesmo assim, sendo ou não de origem romana, o velho adágio acima descrito não retira a essência do significado do princípio da insignificância, qual seja, de que o Direito Penal não deve se preocupar com ninharias.

Embora o presente princípio em estudo seja aplicado no âmbito do Direito Penal, Masson (2013, p. 25), assim como Capez, também entende que sua origem é do Direito Civil *in verbis*:

O princípio da insignificância ou da criminalidade de bagatela surgiu no Direito Civil, derivado do brocardo *de minimus non curat praetor*. Em outras palavras, o Direito Penal não deve se ocupar de assuntos irrelevantes, incapazes de lesar o bem jurídico legalmente tutelado. Na década de 70 do século passado, foi incorporado ao Direito Penal pelos estudos de Claus Roxin (MASSON, 2013, p. 25).

Pelas origens e conceitos trazidos pelos supracitados autores, percebe-se que apesar do mesmo ter tido como marco o ano de 1964,

com o igual sentido pelo qual é conhecido atualmente, foi somente na década seguinte que o princípio da insignificância passou a fazer parte do Direito Penal. Destarte demonstra ser um fenômeno recente ao menos do ponto de vista de sua aplicação.

Com relação à natureza jurídica do princípio da insignificância, Silva (2005) aduz tratar-se de:

[...] um autêntico princípio jurídico decorrente da concepção garantista do Direito Penal moderno, que buscando proteger os valores máximos do Estado de Direito Democrático [...] exige como pressuposto de justificação da pena criminal uma concreta ofensa ao bem jurídico atacado (SILVA, 2005, disponível em www.revistadostribunais.com.br, acesso em 29 ago 2013).

Para esse autor, o princípio da insignificância é um instrumento de interpretação, de cunho restritivo ao tipo penal, porque não basta meramente a tipicidade formalmente descrita no Código Penal ou outras leis penais para que haja crime, mas que de fato a conduta tenha sido materialmente relevante a ponto de provocar uma lesão ao bem jurídico-penal.

Bitencourt (2008, p. 279) afirma que “Frequentemente, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material”. Nesse caso afasta-se a tipicidade penal, ou seja, não há crime.

Capez, (2008, p. 29) relata o entendimento do Superior Tribunal de Justiça na qual vai no mesmo sentido de Bitencourt, ou seja, afastar o fato típico, logo sua natureza jurídica é de exclusão da tipicidade nos delitos de bagatela.

Com relação a julgados pelo Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que não são poucos, alguns critérios são adotados por suas jurisprudências na aplicação do princípio da insignificância que, segundo Brandão, em seu artigo intitulado *O crime de furto e o princípio da insignificância* (In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 86, mar 2011. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em: 31 mar 2013) “são:

a) [...] a conduta do agente [com] grau mínimo de ofensividade; b) quando ocorrer ausência da periculosidade social da sua ação; c) [...] comportamento com grau insignificante de reprovabilidade; d) [inexpressiva] lesão jurídica”. Tudo isso, consoante Capez (2011a, p. 29 – 30), serve para aferir a tipicidade material do delito.

Ao adentrar na natureza jurídica desse princípio, Masson (2013, p. 25) afirma que “Este princípio, calcado em valores de política criminal, funciona como causa de exclusão da tipicidade, desempenhando uma interpretação restritiva do tipo penal”. E, além disso, aqueles quatro critérios de aplicação adotados pela Suprema Corte são para Masson (2013, p. 25) pressupostos objetivos para o emprego do mesmo e afirma o seguinte:

Para o Supremo Tribunal Federal, a mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica constituem os requisitos de ordem objetiva autorizadores da aplicação desse princípio (MASSON, 2013, p. 25).

Contudo, consoante esse autor, não bastam somente os pressupostos objetivos, é necessário examinar ainda os pressupostos subjetivos, por isso segue esclarecendo que “o reduzido valor patrimonial do objeto material não autoriza, por si só, o reconhecimento da criminalidade de bagatela. Exigem-se também requisitos subjetivos” (MASSON, 2013, p. 25). Nesse sentido:

Cumpra destacar que não há valor máximo [...] a limitar a incidência do princípio da insignificância. Sua análise há de ser efetuada levando-se em conta o contexto em que se deu a prática da conduta, especialmente a importância do objeto material, a condição econômica da vítima, as circunstâncias do fato e o resultado produzido, bem como as características pessoais do agente (MASSON, 2013, p. 26).

Por tudo isso que foi exposto, quando uma pessoa comete um delito de furto, tal qual como tipificado no art. 155 do Código Penal “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”, preenchendo dessa maneira todos os elementos que compõem esse tipo penal, não há dúvidas que aconteceu uma conduta tipificada como crime na lei penal, mas num primeiro momento apenas formalmente típico, porque que se materialmente preencher os requisitos objetivos e subjetivos que permitem a aplicação do princípio da insignificância se estará diante de um fato típico materialmente irrelevante. Assim é que Masson compreende o assunto:

Com a caracterização desse princípio, opera-se tão somente a tipicidade formal, isto é, adequação entre o fato praticado pelo agente e a lei penal incriminadora. Não há, entretanto, tipicidade material, compreendida como a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado (MASSON, 2013, p. 26 - 27).

Por derradeiro, num primeiro momento pode-se inferir que por si só o fato típico apenas do ponto de vista formal não é suficiente para a análise justa no caso de crimes bagatelares, porque há de se analisar também o fato típico do ponto de vista material, o que pode possibilitar assim a exclusão do mesmo, e sem fato típico material não se terá crime algum cometido.

1.3 Fundamentos - princípios correlatos

Definir princípios é importante. Consiste, consoante Masson (2013, p. 21 - 22), de “valores fundamentais que inspiram a criação e a manutenção do sistema jurídico [e no Direito Penal] têm a função de orientar o legislador ordinário, no intuito de limitar o poder punitivo estatal mediante a imposição de garantias aos cidadãos”.

Masson (2013, p. 21) cita uma clássica definição de princípio, de autoria de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo (MELLO *apud* MASSON, 2013, p. 21).

No Brasil, que é um Estado Democrático de Direito, o princípio fundamental é o da dignidade de pessoa humana o qual serve de norte a todo o Direito Penal, de modo que tudo que for contrário a esse princípio deve ser rechaçado. O enquadramento de uma conduta que seja contrário ao referido princípio, tal como ajustar o tipo de furto a subtração de objetos insignificantes, é o mesmo que não selecionar comportamentos humanos que de fato provocam um verdadeiro dano ao bem jurídico a ponto de ser objeto persecução penal (CAPEZ, 2011a, p. 25 – 26).

Humberto Ávila, citado por Pedro Lenza (2012, p. 146), explica que:

[...] um sistema não pode ser composto somente de princípios, ou só de regras. Um sistema só de princípios seria demasiado flexível, pela ausência de guias claros de comportamento, ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E um sistema só de regras, aplicadas de modo formalista, seria demasiado rígido, pela ausência de válvulas de abertura para o amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos. Com isso se quer dizer que, a rigor, não se pode dizer nem que os princípios são mais importantes do que as regras, nem que as regras são mais necessárias do que os princípios. Cada espécie normativa desempenha funções diferentes e complementares, não podendo sequer conceber uma sem a outra, e a outra sem a uma (ÁVILA *apud* LENZA, 2012, p. 146).

Pela citação acima, é possível inferir que a aplicação isolada de uma regra descrita no Código Penal não é suficiente para se buscar a justiça em cada caso concreto e que a aplicação de princípios desvinculada plenamente das regras também não é suficiente. Por essa razão, ambos, regras e princípios são igualmente importantes na ordem jurídica. Assim, uma aplicação pura e simples com o olhar voltado estritamente para a regra ensejaria uma condenação criminal por crime bagatela simplesmente pelo fato de a conduta do agente se amoldar formalmente ao tipo penal incriminador, mas um olhar mais atento ao fato e com base nos princípios penais, talvez possa se afastar completamente a conduta praticada pelo sujeito de maneira que crime algum possa ter ocorrido.

Segundo Welzel *apud* Bitencourt (2008, p. 7 - 8), o Direito Penal possui duas funções, uma de cunho ético-social e outra de cunho preventivo. A primeira função refere-se à proteção de bens jurídicos realmente fundamentais, com significação social, a fim de estabilizar um juízo ético-social da comunidade que ao violar um bem jurídico tutelado sofrerá uma responsabilização criminal servindo então de pressuposto à segunda função, ou seja, preventiva, uma espécie de freios aos impulsos criminológicos do indivíduo. Porém não pode ser imposta ao cidadão qualquer pena, porque esta “deve manter-se dentro dos limites do Direito Penal do fato e da proporcionalidade, e somente poder ser imposta mediante um procedimento cercado de todas as garantias jurídico-constitucionais (BITENCOURT, 2008, p. 9)”.

Impor uma pena privativa de liberdade a um cidadão que tenha praticado o delito de furto de coisas visivelmente bagatelares pode ser algo extremamente injusto, pois significa ir de encontro contra a todo um sistema jurídico penal constitucional defendido pelo Estado Democrático de Direito, pois o Direito Penal é muito mais rigoroso que o fato praticado pelo agente, a ponto de ferir a dignidade da pessoa humana ao submetê-lo aos rigores desse ramo jurídico.

Assim, Capez afirma que “Do Estado Democrático de Direito parte o princípio da dignidade da pessoa humana, orientando toda a formação do Direito Penal” (2011a, p. 25). Desse princípio, previsto expressamente no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, se originam outros princípios penais que segundo Capez os mais importantes são: “legalidade, insignificância, alteridade, confiança, adequação social, intervenção mínima, fragmentariedade, proporcionalidade, humanidade, necessidade e ofensividade” (2011a, p. 27). Ao se referir a tais princípios, Capez (2011a, p. 28) usa a expressão “Princípios penais limitadores decorrentes da dignidade humana”, enquanto Bitencourt (2008, p. 10) prefere as palavras “princípios limitadores do poder punitivo estatal” e servem como “freios ou limites que resguardam os invioláveis direitos fundamentais do cidadão” (2008, p. 10).

Presume-se que “A função da norma é a proteção de bens jurídicos a partir da solução dos conflitos sociais, razão pela qual a conduta somente será considerada típica se criar uma situação de real perigo para a coletividade” (CAPEZ, 2011a, p. 28). Por isso, uma conduta que envolva mera subtração de um pote de margarina foge a um conceito apenas formal de crime, porque materialmente não traz risco a valores fundamentais da sociedade.

Como visto, ao ser considerado pelos autores um dos princípios limitadores do poder punitivo estatal, o princípio da insignificância ou da bagatela, de construção doutrinária, é aplicado no sistema penal por relacionar-se a outros princípios de direito mesmo não havendo legislação específica consoante o pensamento de Salvador José Barbosa Júnior, Sandro Marcelo Paris Franzoi, Nara Cibele Neves Morgado (2007, p. 35 – 36):

Por não ter previsão legal, não tem conceito determinado em lei, vez que se encontra apenas implícito na Constituição Federal através dos valores consagrados pela Carta Magna, entre eles a proteção à vida, à liberdade e à dignidade da pessoa humana. Atento a isso, e em nome da segurança jurídica, tanto a jurisprudência quanto a doutrina trataram de elaborar critérios

razoáveis de delimitação de condutas que devem ser enquadradas como insignificantes, sempre focadas nos princípios que norteiam o direito penal (JÚNIOR, FRANZOI, MORGADO, 2007, p. 35 – 36).

Nesse sentido, é de suma importância compreender que o princípio da insignificância não está isolado no ordenamento jurídico, suas bases e valores se relacionam a outros princípios. Por essa razão, para esses autores o princípio da insignificância tem como fundamento de aplicação aquilo que é de mais particular ao direito penal, ou seja, a sua fragmentariedade e subsidiariedade, ambas vinculadas ao princípio da intervenção mínima, bem como o da proporcionalidade entre o fato existente e a solução penal mais adequada cuja abstração legal não é capaz de perceber (JÚNIOR, FRANZOI, MORGADO, 2007, p. 36).

Pelo princípio da intervenção mínima o direito penal deve ser a última esfera do Direito recomendada quando se trata do direito de punir estatal, já que é a mais gravosa de todas. Sua relação com o princípio da insignificância é evidente, pois o Direito Penal é realmente necessário para punir pequenos furtos os quais nem sequer lesam o bem jurídico? Bitencourt (2008, p. 13) afirma o seguinte sobre o princípio da intervenção mínima:

[...] também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a *criminalização* de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade (BITENCOURT, 2008, p. 13, grifos do autor).

Outro princípio que tem forte relação com o princípio da insignificância é o princípio da proporcionalidade. O Direito Penal é muito pesado e pode-se mostrar demasiadamente excessivo se aplicado a determinadas condutas humanas, que embora do ponto de vista ético-social sejam reprováveis, se apresentariam ao caso de maneira muito desproporcional na aplicação de uma sanção penal. Assim é que, nas palavras de Bitencourt:

O campo de abrangência, e por que não dizer de influência do *princípio da proporcionalidade*, vai além da simples confrontação das conseqüências que podem advir da aplicação de leis que não observam o dito princípio. Na verdade, modernamente a aplicação desse princípio atinge inclusive o exercício imoderado de poder, inclusive do próprio poder legislativo no ato de legislar (BITENCOURT, 2008, p. 25, grifos do autor).

O princípio da insignificância vincula-se ao princípio da fragmentariedade pelo fato de que “o Direito Penal não deve sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, mas tão-somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes” (BITENCOURT, 2008, p. 15). Consoante Bitencourt (2008, p. 14), esse princípio deriva de outros dois princípios, quais sejam, o da intervenção mínima – já abordado – e o da reserva legal ou da legalidade.

[...] pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-a como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida (BITENCOURT, 2008, p. 11).

O caráter de subsidiariedade do Direito Penal é corolário também do princípio da intervenção mínima, ambos derivados da dignidade da pessoa humana. Capez, no mesmo sentido de Bitencourt diz (2011a, p. 38 – 39) “o ramo penal só deve atuar

quando os demais campos do Direito, os controles formais e sociais tenham perdido a eficácia e não sejam capazes de exercer essa tutela”. Ainda consoante ele (2011a, p. 39) “A intervenção mínima e o caráter subsidiário do Direito Penal decorrem da dignidade humana, pressuposto do Estado Democrático de Direito, e são exigência para a distribuição mais equilibrada da justiça”.

Por tudo que foi afirmado pelos autores, não resta dúvida de que o princípio mais importante é o da dignidade da pessoa humana o qual possui relação com todos os demais princípios jurídicos.

Para Marcelo Novelino (2012, p. 375) “a DPH é o *valor constitucional supremo* que irá informar a criação, a interpretação e a aplicação de toda a ordem normativa constitucional”. Esse autor compreende a dignidade humana como um princípio no sentido de “impor aos poderes públicos a proteção da dignidade e a promoção dos valores, bens e utilidades indispensáveis a uma vida digna” (NOVELINO, 2012, p. 379).

Ao falar sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, Alexandre de Moraes (2008, p. 22) afirma que:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais (MORAES, 2008, p. 22).

Assim sendo, a relação do princípio da dignidade da pessoa humana com o princípio da insignificância é manifesta, porque este está abarcado por aquele e a análise do tipo penal de furto diante de delitos bagatelares deve merecer significante dose de interpretação por parte de todo e qualquer operador do direito no caso concreto, sob pena dos princípios limitadores do poder punitivo estatal estarem fadados ao insucesso instaurando-se assim a injustiça.

Do crime de furto: análises e reflexões

2.1 Aspectos históricos, sociais e jurídicos

Estefam (2012, p. 378 - 379) esclarece que ao longo na história do direito – dos tempos do Direito Romano aos dias atuais - vários conceitos e critérios sobre o crime de furto foram adotados antes de se chegar ao sistema jurídico moderno, sendo a tradição da punição do furto muito antiga. Hodiernamente, o crime de furto está previsto no art. 155 do Código Penal e consiste em “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”, cuja pena é de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Porém, ao longo dos tempos, a punição para esse crime já foi muito mais dura, como esclarece o referido autor, tais como “[...] pena capital, a mutilação até a punição de penas meramente pecuniárias” (2012, p. 379).

Nesse sentido, a Lei das XII Tábuas reprimia o delito de furto e até mesmo condenava à morte quem fosse apanhado furtando à noite. Consoante Bitencourt (2010, p. 30, grifos do autor):

*A Lei das XII Tábuas já punia o crime de furto, distinguindo-o em manifesto e não manifesto. Ocorria o *furtum manifestum* quando o agente era surpreendido em flagrante delito, praticando a ação ou no lugar em que esta fora praticada. As penas aplicadas eram as próprias da época, quais sejam, de *natureza corporal* para o furto manifesto e *pecuniárias* para o furto não manifesto. A própria Lei das XII Tábuas previa que o ladrão podia ser morto se fosse surpreendido durante furto noturno.*

Comparando isso ao Código Penal Brasileiro, na situação fática acima descrita, obviamente a pena de morte não mais subsiste, e o mesmo prescreve no § 1º do art. 155, em relação à reclusão de 1 (um) a 4 (anos), e multa, que “A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno”.

Interessante ressaltar o que afirma Magalhães Noronha *apud* Bitencourt acerca de quem costumasse cometer esse delito, pois segundo o mesmo, geralmente é uma pessoa de casta ínfima e na maioria dos casos trata-se do crime do necessitado (2010, p. 30).

O Código Penal Brasileiro diz no art. 155, § 2º que “Se o criminoso 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 aplicar somente a pena de multa”. Já o § 4º, IV, do mesmo dispositivo, prevê o furto qualificado onde a punição é de reclusão de dois a oito anos, além de multa, quando o delito é praticado em concurso de agentes.

Prado (2005, p. 406 – 407) leciona que o furto é praticado em todas as sociedades, da antiguidade aos tempos atuais, e traz como exemplos a legislação mosaica, o Alcorão, o Código de Hamurabi e o Código de Manu, todos evidenciando uma inquietação daqueles povos remotos ao tentar coibir esse delito, mormente através de castigos corporais como amputação de mãos, a morte ou a restituição do objeto furtado pelo dobro ou mais da coisa subtraída.

Contudo, nem sempre o furto foi tratado como um ilícito penal tal qual é compreendido hoje, pois Prado ensina que:

No Direito Romano, o furto era tratado, de início, como delito privado, sendo que, posteriormente, a Lei das XII Tábuas passou a disciplinar a sua repressão, distinguindo o furto em *manifesto*, em que o agente era surpreendido em flagrante delito, e *não-manifesto*, em que não estava presente tal circunstância. Os romanos avançaram no estudo da subtração de bem alheio e distinguiram o furto da rapina (furto qualificado/roubo), que era o apossamento violento das coisas (PRADO, 2005, p. 407, grifos do autor).

A expressão furto tem origem na palavra *furtum* ao qual é derivada do latim *ferre*, significando subtração material, *subreptio*, tal como sustenta Prado (2005, p. 408) ao abordar as classificações do furto pelos romanos *in verbis*:

Em Roma, o delito de *furtum* era ordinariamente classificado em: a) furto comum, sobretudo, de bens particulares; b) furto entre cônjuges (*actio rerum amotarum*); c) furto de bens estatais (*peculatus*) ou divinos (*sacrilegium*); d) furto de colheitas; e) furto qualificado da época imperial e f) furto de heranças. Esta classificação romana, de grande abrangência, evidencia a proximidade existente entre os delitos autônomos de furto, furto qualificado, roubo, apropriação indébita, estelionato, e o traço comum consistente na apropriação ilícita do bem de outro. A palavra *furtum* deriva da latina *ferre*, com a qual se designava a subtração material (*subreptio*) (PRADO, 2005, p. 408).

Mais tarde, ao tempo do império, as punições se tornaram ainda mais rigorosas para determinados casos, tais como – exemplificativamente - o furto de gado, o furto de grande monta, sendo que neste ou autores eram enforcados ou jogados às feras, como relata Prado (2005, p. 408):

Ao tempo do império foram adotadas sanções mais severas para alguns casos qualificados: o *plagium*, o *sacrilegium*, o *arbigeatus* (furto de gado), o furto com rompimento de obstáculo (*effactarius*), o *fur banearius* (furto nos locais onde se tomava banho) e o furto de grande monta, em que o agente se chamava *expilator* (considerados crimes extraordinários, sujeitando os autores à força ou exposição a feras). Contudo, apesar do avanço na legislação romana, no tempo de Justiniano, diante da prática do furto, o ofendido podia escolher entre a ação civil (*actio*) e o procedimento criminal (*crimen*) (PRADO, 2005, p. 408).

Interessante observar que, segundo a citação acima, a vítima é quem optava pelo procedimento a ser seguido, seja na esfera civil ou criminal, o que não acontece hoje devido ao fato que o crime de furto previsto no Código Penal Brasileiro é um delito que enseja a

promoção da ação penal pública incondicionada através do Ministério Público como dispõe o art. 129, I da Constituição Federal c/c o art. 24 do Código de Processo Penal, isto é, independe de autorização do ofendido para que haja o oferecimento da denúncia.

Ainda segundo Prado (2005, p. 408), foi com o juriconsulto Paulo que o furto foi mais bem compreendido, como se denota nas palavras do autor *in verbis*:

[...] o furto só foi concebido ontologicamente a partir do estudo procedido pelo juriconsulto Paulo, que o definia da forma seguinte: [...] “*furtum est concrectatio rei fraudulosa*”. Apareceram então a *conrectatio* (a apreensão da coisa, porém os romanos consideravam como objeto de furto a própria pessoa humana, se fosse livre), a *res aliena* e o *animus lucri faciendi*, como elementos que a doutrina passou a utilizar com frequência. A *conrectatio* era entendida não só como a *amortio rei* ou subtração com deslocamento material da coisa de seu lugar, como também sua posse ilegal. O *furtum* exigia *conrectatio*, *animus furandi*, coisa móvel e que se verificasse *invito domino* (PRADO, 2005, p. 408).

Até o presente momento os conceitos de furto e de roubo se mesclavam. Sua diferenciação aparece no Direito Germânico que, segundo Prado (2005, p. 408 – 409) o mesmo define furto como “a subtração clandestina de uma coisa que se encontra sob custódia alheia, enquanto [roubo] era enfocado como subtração pública da coisa”. Ainda segundo esse autor:

As penas para o furto nas leis germânicas eram basicamente pecuniárias. Posteriormente, as Capitulares cominaram rigorosas reprimendas públicas contra o furto, determinando o enforcamento do ladrão, caso fosse surpreendido em flagrante. Também a Capitular 779 preceituava que o ladrão deveria ser enforcado, no terceiro furto (Prado, 2005, p. 409).

Já com relação ao sistema italiano existente ao longo da idade média Prado relata que:

Na doutrina italiana medieval, a subtração era entendida como um tocar a coisa, uma ação externa visível, mas independente da ruptura da custódia ou posse e o distanciamento espacial da coisa. Integra o conceito de *furtum*, a apropriação indébita, o *furtum usus* e o *furtum possessionis*. Exigia-se sempre o dolo e era admitida a autoria mediata (PRADO, 2005, p. 409).

Na lição de Prado (2005, p. 409), nos tempos em que o Brasil ainda era colônia de Portugal, o exagero das punições pelo crime de furto também não foi diferente em comparação a outras legislações, já que a morte fazia parte das leis da época como explica o autor *in verbis*:

No Brasil colonial, como sucedera na maioria das legislações, o furto foi exacerbadamente punido, como por exemplo nos forais portugueses, onde a reincidência autorizava a pena de morte. As Ordenações Afonsinas condicionavam a não execução da pena de morte ao pagamento do anoveado ao pé da força [sic]. As Ordenações Filipinas, a seu turno, disciplinavam com igual severidade o delito de furto [...] (PRADO, 2005, p. 409).

No Código Criminal do Império, além da prisão, o condenado era obrigado a trabalhar, além de pagar multa (Prado, 2005, p. 410). Porém, ainda segundo esse autor, o Código Penal de 1890 só previu a pena de prisão e multa, ou seja, não mais havia trabalho forçado. Naquele código o furto era capitulado como *Dos crimes contra a propriedade*, e no de 1890 como *Dos crimes contra a propriedade pública e a particular* (PRADO, 2005, p. 410).

A atual descrição do crime de furto é a do legislador de 1940 na qual descreve no Código Penal Brasileiro no art. 155 o seguinte: “Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”. Na opinião de Prado, esta descrição em relação ao tipo formal de furto é a mais acertada, pois consoante este “O legislador de 1940 [...] suprimiu a expressão *contra a vontade de seu dono*, por se tratar de circunstância intrínseca à conduta delitativa aqui examinada, cuidando-se de

elemento implícito do tipo *supra* (2005, p. 410, grifos do autor). Expressão esta constante nos dois códigos anteriores.

Assim, observa-se a longa trajetória histórica do delito de furto e o quanto o mesmo continua em evolução nas diferentes legislações. O rigor em sua punição foi abrandado. Apesar de ainda persistir a pena de privação da liberdade e também de multa, muito antes mesmo da redação do artigo 5º, XLVI, a, da atual Carta Magna, já não era mais possível punir o autor de um delito de furto com a morte.

2.2 Da crise do sistema prisional brasileiro

Corrigir um criminoso é uma das preocupações das políticas criminais, mas ao se examinar a pena de prisão do modo em que esta se apresenta hoje no sistema prisional brasileiro, através de uma notável e impressionante população carcerária, é possível inferir que isso de nada ajuda na recuperação de um delinquente tendo em vista a precariedade na qual esse sistema se apresenta.

A população carcerária no Brasil, consoante dados do Departamento Penitenciário Nacional referentes a dezembro de 2012 (DEPEN, disponível em: www.mj.gov.br/depen. Acesso em: 31 out. 2013), é de 548.003 presos, sendo que 195.036 são provisórios e 218.242 estão no regime fechado. Número bem acima do total de vagas, que é de 310.687.

Comparando-se esses dados com o ano de 2016 – mês de junho -, observa-se um aumento relevante em relação a esses números, pois conforme demonstra o DEPEN (2017, p. 7), o Brasil possui uma população prisional de 726.712 pessoas, com um déficit de vagas de 358.663. Frisa-se que o total de vagas no sistema prisional, de acordo com esta última estatística, é de 368.049. Com esses índices, é possível supor que a crise que o sistema penal vem enfrentando só piorou nos últimos anos.

Trata-se de uma conjuntura de longa data. Ao abordar a superlotação dos presídios brasileiros, ainda na primeira década deste século, Porto (2008, 21), afirmava o seguinte: “São 345 mil

mandados de prisão expedidos e não cumpridos, em um país em que são praticados mais de 1 milhão de crimes por ano”. Nessa ocasião, ao citar dados do DEPEN, Porto observou, inclusive, que:

[...] o Brasil possui 175 estabelecimentos prisionais em situação precária, sendo necessária a construção de mais 130 prisões para que não haja superlotação, a um custo médio de US\$ 15 milhões de dólares para cada unidade prisional construída (PORTO, 2008, p. 21).

A superlotação dos presídios brasileiros e sua precariedade ficam ainda mais evidentes pelo próprio desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. As condições do cárcere impõem aos presos um verdadeiro sufocamento resultante de um depósito de pessoas em espaços ínfimos nas celas dos presídios. Verifica-se essa conjuntura quando Porto aduz que:

A Lei de Execução Penal define que deve ser reservado a cada preso do sistema penitenciário um espaço de seis metros quadrados. Segundo dados fornecidos pela Fundação Joaquim Nabuco, condenados cumprem pena em presídios de Belo Horizonte (MG) em espaços de 30 centímetros quadrados. É comum, em estabelecimentos penitenciários brasileiros, presos se revezarem para dormir, ou amarrarem seus corpos às grades já que o espaço interno da cela não permite que todos se deitem ao chão ao mesmo tempo (PORTO, 2008, p. 21 - 22).

Com certeza isso não é um meio justo de recuperar um criminoso. A pena de prisão da maneira que se apresenta hoje se distancia do ideal de reabilitação do preso, porque o castigo é muito mais severo do que a própria ideia de ressocialização, como se percebe nas palavras de Bitencourt (2008, p. 447 - 448):

Quando a prisão se converteu na principal resposta penológica, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a *reforma do delinqüente*. Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser um meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que,

dentro de certas condições, seria possível *reabilitar* o delinqüente. Esse otimismo inicial desapareceu e atualmente predomina uma certa atitude pessimista, que já não se têm muitas esperanças sobre os resultados que se possa conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o *objetivo ressocializador* da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se faz à prisão refere-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado (BITENCOURT, 2008, p. 447 – 448, grifos do autor).

Através da problemática superlotação e da utopia da ressocialização, o exagero do encarceramento em massa, segundo Porto (2008, p. 22) “tem ocasionado a morte de detentos face à propagação de doenças contagiosas, como a tuberculose, entre a população carcerária”, o que converte de forma factual a pena privativa de liberdade à pena de morte, a qual é vedada pela Carta Magna. Se a prisão não se mostra eficiente para os delinquentes mais graves, muito menos se mostra útil para a sociedade quando a pena de prisão é imposta àqueles os quais furtaram coisas insignificantes.

Dessa maneira, ao se observar que ao longo da história sempre houve forte tendência pela punição, mormente pela pena de prisão, atualmente, no Brasil, com a falência do sistema prisional e o excesso de prisão em massa, um debate sobre a punição de muitos crimes de bagatela se faz necessário, tendo em vista que os autores Bottini, Oliveira, Papa, Ribeiro (2012, p. 124), após também analisarem dados do Departamento Penitenciário Nacional, afirmam que o princípio em pauta não decorre apenas de uma conduta em que haja meramente um desvalor de resultado, mas sim “decorre de uma constatação política e prática: o encarceramento em massa é inviável sob a perspectiva de seu custo econômico e baixo benefício social” (2012, p. 124).

Logo, as expressões usadas, ainda na mesma página pelos supracitados autores - interpretação humanista e garantista - na aplicação do princípio da insignificância, não são o único fundamento, pois:

A insustentabilidade econômica da política da prisão em massa, e os custos sociais e políticos da manutenção de estabelecimentos sem estrutura para abrigar os detentos, justificam a adoção de políticas de redução desse contingente” (BOTTINI; OLIVEIRA; PAPA; RIBEIRO, 2012, p. 124).

Ainda sobre a política de minimização carcerária, eles esclarecem que:

E boa parte dessas políticas tem como objetivo afastar a prisão daqueles condenados por crimes menos graves, em geral crimes patrimoniais praticados sem violência ou grave ameaça, menos traumáticos do ponto de vista da estabilização social, mas que representam um percentual significativo da população carcerária (BOTTINI; OLIVEIRA; PAPA; RIBEIRO, 2012, p. 124).

Indo ao encontro disso, Brutti (2007, p. 14) aduz que:

O instituto do princípio da insignificância caracteriza-se como apoio eficaz para a descriminalização, sendo claro seu valor na compreensão e interpretação das normas penais, avalizando a equiparação da lei penal à dinâmica social. Essa idéia proporciona gênese a uma modificação na nossa estrutura científico-penal atual.

Por tudo isso, é possível inferir que, ao relacionar uma interpretação mais humana e garantista no direito penal com fatores de ordem econômica para manutenção de um sistema penitenciário superlotado, o princípio da insignificância nada há de insignificante. Pelo contrário, torna-se repleto de sentidos na medida em que sua correta aplicação pode evitar até mesmo a “banalização” do direito penal, expressão esta usada por Masson (2013, p. 36).

Logo, para Brutti, a aplicação do princípio em discussão não é fator de geração de impunidade *in verbis*:

Ao avesso do que suscitam alguns, a aplicabilidade do princípio da insignificância não gera impunidade, mas sim reflete a verdadeira garantia da função do direito penal. Trata-se de um aparelho de

interpretação restritiva, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial, a proposição político-criminal da imperatividade de descriminalização de condutas que, não obstante formalmente típicas, não atingem de forma relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal (BRUTTI, 2007, p. 14)

Ao refletir acerca do cárcere nos dias atuais e demonstrando que o mesmo não se revela justo, Bitencourt (2008, p. 448) leciona que:

Atualmente domina a convicção de que o encarceramento, a não ser para os denominados *presos residuais*, é uma injustiça flagrante, principalmente porque entre eles não se incluem os agentes da *criminalidade não convencional* (os criminosos de colarinho branco). O elenco de penas do século passado não satisfaz mais. A pena privativa de liberdade, que atingiu seu apogeu na segunda metade do século XIX, enfrenta sua decadência antes mesmo que esse século termine. Mas as reprovações, no entanto, em seu início, se fazem somente contra as penas de curta duração [...] (BITENCOURT, 2008, p. 448 - 449).

Apesar da Reforma Penal de 1984 ter sido positiva ao ir ao encontro de uma política de desencarceramento, somente isso não se revela suficiente para resolver o problema da crise no sistema prisional na atualidade, porque aspectos políticos, sociais e econômicos também influenciaram esse caos.

Entretanto, se perdeu a oportunidade de prever expressamente na parte geral do Código Penal Brasileiro o princípio da insignificância, o que demonstra por tudo o que foi exposto que sua aplicação no sistema penal brasileiro se revela útil e adequado à nova realidade social. Ao falar sobre as novidades dessa reforma, Bitencourt diz o seguinte:

A Reforma Penal de 1984, sob o comando do admirável Ministro Francisco de Assis Toledo, tentou seguir essa política criminal liberal, adotando, entre outras inovações, modernas alternativas à pena privativa de liberdade, como as penas restritivas de direitos, além de revitalizar a pena de multa com o sistema dias-multa, além

de transformar o velho *sursis* em um instituto eficaz e sério (BITENCOURT, 2008, p. 449, grifo do autor).

Sendo assim, em apertada síntese, a pena privativa de liberdade deve ser a última alternativa em se tratando de crimes bagatelares.

2.3 Do crime de furto e do princípio da insignificância no projeto de reforma do Código Penal

Apesar da Reforma Penal de 1984 não ter previsto expressamente o princípio da insignificância na Parte Geral do Código Penal Brasileiro, atualmente está tramitando no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado n. 236, de 2012, de autoria do Senador José Sarney e tendo como presidente da comissão de juristas o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Gilson Dipp. Finalmente se prevê de forma expressa a inclusão do referido princípio no texto legal, além de inserir mudanças significativas em relação ao delito de furto. Trata-se assim de uma nova reforma no Código Penal Brasileiro ao qual é apelidada de Novo Código Penal (SENADO, disponível em senado.gov.br. Acesso em: 02 nov. 2013).

O PLS, nº 236 vai ao encontro de uma política criminal que visa ao desencarceramento e a uma tentativa de aliviar o sistema prisional, pois segundo notícia o Superior Tribunal de Justiça (Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 02 nov. 2013) acerca da proposta da comissão de juristas que está organizando o projeto *in verbis*:

Dados do Departamento Penitenciário Nacional, do Ministério da Justiça, revelam que há mais de 65 mil pessoas presas por furto. A idéia da comissão é promover uma “descarcerização”. O presidente da comissão, ministro Gilson Dipp, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), classificou de degradante a situação carcerária no Brasil (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2012. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em: 02 nov. 2013).

A primeira observação que deve ser considerada é que o furto previsto no art. 155 do PLS nº 236, 2012 dispõe que “Subtrair, para si

ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena – prisão, de seis meses a três anos”. Ou seja, menos rigor do que dispõe o atual Código Penal, que é de um a quatro anos, além de multa (CP, art. 155). Isso se deve ao fato de que, consoante o Superior Tribunal de Justiça, se quer “possibilitar a suspensão condicional do processo no caso de réus primários” (Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 02 nov. 2013).

No § 1º do mesmo dispositivo do referido projeto de lei em comento, preconiza-se que “Equipara-se à coisa móvel o documento de identificação pessoal, a energia elétrica, a água ou gás canalizados, o sinal de televisão a cabo ou internet ou item assemelhado que tenha valor econômico”. Dessa maneira, pelo menos a princípio, é possível deduzir que parece existir um paradoxo com a política criminal de desencarceramento e de descriminalização, tendo em vista que com isso se busca ampliar o rol de coisas móveis suscetíveis de furto.

Se o furto for praticado durante o repouso noturno, também se estará diante de caso de aumento de pena como está previsto no PLS n.º 236, 2012, em se § 2º, III do art. 155 que expõe “A pena aumenta-se de um terço até a metade se o crime é cometido: [...] III – durante o repouso noturno”. No atual Código Penal está previsto para a mesma situação causa de aumento de pena, porém tendo como limite um terço (CP, art. 155, § 1º).

Além desse caso específico – durante o repouso noturno - o rol de causas de aumento de pena é maior, tal como PLS n.º 236, 2012, “se o crime é cometido: I – com abuso de confiança ou mediante fraude; II – com invasão de domicílio; [...] IV – mediante destreza; ou V – mediante o concurso de duas ou mais pessoas”. Logo, em relação ao inciso IV do referido dispositivo, tal situação deixa de ser furto qualificado (CP, art. 155, § 4º) o que implicará uma despenalização notável, pois atualmente, nestes casos, o furto qualificado prevê pena de reclusão entre dois a oito anos.

Outra alteração que merece consideração diz respeito ao art. 155, § 3º, I que diz “se o agente é primário e for de pequeno valor a coisa subtraída, o juiz aplicará somente a pena de multa”. Logo, se

está diante de mais uma tentativa de despenalização, visto que para o mesmo caso o atual Código Penal, art. 155, § 2º, dispõe que “Se o criminoso 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 aplicar somente a pena de multa”. Assim, não caberá mais pena privativa de liberdade no Novo Código Penal no presente caso.

O § 3º, II do art. 155 do PLS nº 236, 2012, traz outra novidade ao dispor que “No caso do *caput* e dos parágrafos anteriores: II - se houver reparação do dano pelo agente, aceita pela vítima, até a sentença de primeiro grau, a punibilidade será extinta”. Trata-se então de uma forma de extinção de punibilidade específica aos casos de furto e nas circunstâncias descritas, o que mais uma vez denota uma vontade política para a descarcerização.

Uma alteração de grande relevo trazido pelo PLS nº 236, 2012 é de que o delito de furto simples passará a ser promovido mediante ação penal pública condicionada à representação, diferentemente do que ocorre hoje, ou seja, mediante ação penal pública incondicionada. Diz o art. 155, § 3º, III, PLS nº 236, 2012 *ipsi literis* “somente se procederá mediante representação”. Na ação penal pública condicionada à representação, consoante leciona Capez (2011b, p. 163):

O Ministério Público, titular dessa ação, só pode a ela dar início se a vítima ou seu representante legal o autorizarem, por meio de uma manifestação de vontade. [...] sem a permissão da vítima, nem se quer poderá ser instaurado inquérito policial (CAPEZ, 2011b, p. 163).

Com relação ao crime de furto qualificado, não mais existe multa, mas tão somente pena de prisão de dois a oito anos tal como dispõe o art. 155, § 4º, PLS nº 236, 2012: “A pena será de dois a oito anos se a subtração: I - for coisa pública ou de domínio público; II - ocorrer em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou calamidade pública; ou III - for de veículo automotor com a finalidade de

transportá-lo para outro Estado ou para o exterior”. Dessa maneira, não mais será furto qualificado quando o crime for cometido com destruição ou rompimento de obstáculo, abuso de confiança, mediante fraude, escalada ou destreza, com emprego de chave falsa, mediante concurso de duas ou mais pessoas (CP, art. 155, §4º).

Entretanto, é notável uma diminuição de pena quando se trata de comparar o art. 155, § 5º, CP com o art. 155, § 4º, III, PLS nº 236, 2012, porque neste a pena por furto de veículo automotor com a finalidade de levá-lo para outro Estado ou país terá uma pena menor do que a atual, ou seja, de dois anos a oito anos, enquanto que naquele – hoje – a pena é de reclusão de três a oito anos. Mais uma vez é possível inferir um abrandamento da punição em pauta.

Outro anseio do legislador refere-se à confecção do art. 155, § 5º, PLS nº 236, 2012, furto com uso de explosivo, tendo em vista o grande número de caixas eletrônicos destruídos ao longo dos últimos anos, já que o mesmo dispõe que “Se houver emprego de explosivo ou outro meio que cause perigo comum, a pena será de quatro a dez anos”. Trata-se de uma tentativa de acompanhar a dinamicidade social. Ressalta-se que tal disposição legal já se encontra no atual Código Penal, art. 155, § 4º- A, incluída pela Lei. n. 13.654, de 2018.

E por último, em relação ao crime de furto, mais uma vez o PLS nº 236, 2012, em ser art. 156, apresenta menor rigor punitivo, porque segundo o mesmo, ao tipificar o furto de coisa comum diz que “Subtrair o condômino, co-herdeiro, para si ou para outrem, a quem legitimamente a detém, a coisa comum, cujo valor exceda a sua quota: Pena – prisão, de três meses a um ano, ou multa”. Além disso, o mesmo dispositivo em seu parágrafo único diz que “Somente se procede mediante queixa”, isto é, através de ação penal privada que nas palavras de Capez (2011b, p. 179) “É aquela em que o Estado, titular exclusivo do direito de punir, transfere a legitimidade para a propositura da ação penal à vítima ou a seu representante legal”. Pois bem, na atual sistemática do Código Penal, a pena para o delito de furto de coisa comum é o dobro, e somente

se procede por intermédio de representação, ou seja, ação penal pública condicionada à representação da vítima.

Com relação ao crime de furto e o princípio da insignificância, este não aparece juntamente com aquele na Parte Especial, Título II, Crimes Contra o Patrimônio do PLS nº 236, 2012, mas sim se manifesta na Parte Geral do Novo Código Penal, Título II, do Crime, art. 28, § 1º quando o mesmo traz as possibilidades de exclusão do fato criminoso. Logo, segundo o *caput* do referido dispositivo “Não há fato criminoso quando o agente o pratica: I – no estrito cumprimento do dever legal; II – no exercício regular de direito; III – em estado de necessidade; ou IV – em legítima defesa”.

Até aí, nada de novo. A novidade refere-se ao fato que o princípio da insignificância e seus requisitos vêm expressos no § 1º ao dispor que, da mesma forma, inexistirá “fato criminoso quando cumulativamente se verificarem as seguintes condições: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; c) inexpressividade da lesão jurídica provocada”.

Disso decorrem duas observações: a) tais requisitos vão ao encontro da doutrina e também da jurisprudência do STF, que agora se mostram na reforma do Código Penal através do PLS nº 236, 2012 de forma expressa em lei; e b) pela posição do mesmo na Parte Geral do Novo Código Penal, é possível inferir que tal princípio não só será aplicado aos crimes de furto, e sim para todos os delitos em que se revelar passível de se pôr em prática no caso concreto, desde que, por óbvio, estejam preenchidos todos aqueles pressupostos.

Paralelamente ao PLS n. 236, de 2012, importa destacar que existe o Projeto de Lei n. 6667/2006 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019) que se encontra em trâmite e que, inclusive, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, em 25 de junho de 2019, aprovou a inclusão do princípio da insignificância do atual Código Penal brasileiro, Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

Nesse rumo, justificando a importância da existência do referido princípio de forma expressa em diploma legislativo, o PL n. 6667/2006 apresenta o seguinte:

O princípio da insignificância possibilita que a jurisdição penal considere os delitos de bagatela como sendo fatos atípicos, posto que são irrelevantes e, por conseguinte, destituídos de qualquer valoração a merecer tutela penal. São ações aparentemente típicas, mas de tal modo inexpressivas e insignificantes que não merecem a reprovabilidade penal.

Desse modo, conclui-se que o princípio da insignificância é um critério geral interpretativo de exclusão da tipicidade. É uma máxima orientada ao exegeta que ao analisar a tipicidade deve verificar se o dano afetou significativamente o bem jurídico a ponto de ser imprescindível a aplicação de reprimenda penal.

Ocorre, porém, que a despeito de sua inequívoca importância para a aplicação do direito penal, o princípio da insignificância não consta de nenhum diploma legal do sistema jurídico brasileiro.

Nessa perspectiva, verifica-se hodiernamente a coexistência de dois projetos de leis. Não obstante, o princípio da insignificância, a ser inserto tanto no Novo Código Penal Brasileiro como na atual lei penal em vigor, está chegando para suprir aquela lacuna então relegada pela Reforma Penal de 1984.

Por derradeiro com essas alterações legislativas em relação ao crime de furto, bem como a consequente inclusão do princípio da insignificância no Novo Código Penal pelo PLS n. 236, 2012, a meta da descarcerização em massa terá continuidade, pelo menos em relação à essa espécie de tipificação penal. Ademais, isso possibilitará - em muitas situações de furto simples - a aplicação do *abolitio criminis*, que na lição de Capez é uma conjuntura (2011a, p.74) na qual uma “lei posterior deixa de considerar um fato como criminoso” o que implica a extinção da punibilidade do agente.

Da (in) aplicação do princípio da insignificância nos delitos de furto pela autoridade policial

3.1 Da atuação da autoridade policial

Tendo esta pesquisa monográfica o espoco de dissertar acerca da aplicabilidade do princípio da insignificância na fase investigativa pela Polícia Judiciária, urge que se teçam breves considerações no que diz respeito à atuação do delegado de polícia e de seu poder discricionário.

Primeiramente, segundo Mirabete *apud* Capez (2011b, p. 109), “a Polícia é uma instituição de direito público destinada a manter a paz pública e a segurança individual”. Para complementar tal conceito, os autores Távora e Alencar afirmam o seguinte: “A polícia tem a incumbência de preservar a paz social e intervir nos conflitos mediante atividade investigativa tendente a apurar infrações que venham ocorrer” (TÁVORA; ALENCAR, 2011, p. 89).

Por conta disso é que a polícia divide-se em administrativa e judiciária, sendo que a polícia administrativa ou de segurança possui “caráter eminentemente preventivo, visa, com o seu papel ostensivo de atuação, impedir a ocorrência de infrações. Ex.: a Polícia Militar dos Estados-membros (TÁVORA; ALENCAR, 2011, p. 90)”. Por outro lado, a polícia judiciária atua primordialmente na investigação dos delitos, como explicam Távora e Alencar (2011, p. 90):

De atuação repressiva, que age, em regra, após a ocorrência de infrações, visando angariar elementos para a apuração da autoria e constatação da materialidade delitiva. Neste aspecto, destacamos o papel da Polícia Civil que deflui do art. 144, § 4º, da CF, *verbis*:

‘às polícias civis, dirigidas por delegados de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares’. No que nos interessa, a polícia judiciária tem a missão primordial de elaboração do inquérito policial. Incumbirá ainda à autoridade policial fornecer às autoridades judiciárias as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos; realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público; cumprir os mandados de prisão e representar, se necessário for, pela decretação de prisão cautelar.

Corroborando com os autores acima acerca da atuação da polícia judiciária, na qual nos Estados-membros fica a cargo da policial civil; e no âmbito federal, à polícia federal, Capez (2011b, p. 109) leciona que a polícia judiciária:

[...] atua quando os atos que a polícia administrativa pretendia impedir não foram evitados. Possui a finalidade de apurar as infrações penais e suas respectivas autorias, a fim de fornecer ao titular da ação penal elementos para propô-la. Cabe a ela a consecução do primeiro momento da atividade repressiva do Estado.

Trata-se, portanto, de dar início à persecução criminal, o que ocorre, mormente, através de um inquérito policial. Destarte:

A persecução criminal para a apuração das infrações penais e sua respectiva autoria comporta duas fases bem delineadas. A primeira, preliminar, inquisitiva [...]. A segunda, submissa ao contraditório e à ampla defesa, é denominada de fase processual (TÁVORA; ALENCAR, 2011, p. 90).

A afirmativa acima se mostra um tanto incompleta, porque a primeira fase da persecução criminal não é de todo inquisitiva, pois se fosse, não haveria o contraditório e nem meios do suspeito de se defender, apesar de ser identificada por essa denominação. Afinal de contas, o Brasil adota o tipo de processo penal acusatório o qual Capez (2011b, p. 82) diz ter as seguintes características: “É contraditório,

público, imparcial, assegura ampla defesa; há distribuição das funções de acusar, defender e julgar a órgãos distintos”.

O inquérito policial é de extrema importância na persecução criminal, pois o mesmo, nas palavras de Távora e Alencar (2011, p. 90):

[...] vem a ser o procedimento administrativo, preliminar, presidido pelo delegado de polícia, no intuito de identificar o autor do ilícito e os elementos que atestem a sua materialidade (existência), contribuindo para a formação da opinião delitiva do titular da ação penal, ou seja, fornecendo elementos para convencer o titular da ação penal se o processo deve ou não ser deflagrado.

Há de se ressaltar que, logicamente, o inquérito policial não tem como destinatário apenas o Ministério Público, - nos casos de ação penal pública, por ser titular desta -, já que o mesmo também assume relevo ao ter:

[...] como destinatário mediato o juiz, que se utilizará dos elementos de informação nele constantes, para o recebimento da inicial e para a formação do seu convencimento quanto à necessidade de decretação de medidas cautelares” (CAPEZ, 2011b, p. 109).

Outro ponto interessante que deve ficar esclarecido relaciona-se à palavra “judiciária” a qual poderia num primeiro instante trazer certa confusão, já que a polícia judiciária não está vinculada ao Poder Judiciário, e sim ao Poder Executivo, tal como está disposto do art. 144, § 6.º, da Constituição Federal de 1988 ao dispor que as polícias civis se subordinam aos Governadores de Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. Para evitar dúvidas, Capez (2011b, p. 110) explica que a denominação judiciária significa “função auxiliar à justiça”, por essa razão polícia judiciária.

O Delegado de Polícia exerce função auxiliar à justiça, e uma vez iniciado o inquérito policial por entender haver justa causa, evidenciando assim o seu poder discricionário, o mesmo não pode

ser arquivado pela autoridade policial, mas somente pelo magistrado, como leciona Capez (2011b, p. 143) *in verbis*:

A autoridade policial, incumbida apenas de colher os elementos para a formação do convencimento do titular da ação penal, não pode arquivar os autos de inquérito (CPP, art. 17), pois o ato envolve, necessariamente, a valoração do que foi colhido. Faltando a justa causa, a autoridade policial pode (aliás, deve) deixar de instaurar o inquérito, mas, uma vez feito, o arquivamento só se dá mediante decisão judicial, provocada pelo Ministério Público, e de forma fundamentada, em face do princípio da obrigatoriedade da ação penal (art. 28). O juiz jamais poderá determinar o arquivamento do inquérito, sem prévia manifestação do Ministério Público.

Com isso é possível inferir que na atual sistemática da persecução penal no direito brasileiro, recebendo a autoridade policial a notícia crime de um delito de furto, via de regra, o mesmo deverá ser investigado, o que dá ensejo à abertura de inquérito policial, o que poderá viabilizar por parte do Ministério Público a promoção de uma ação penal pública incondicionada. Todavia, como ficaria essa situação perante o Delegado de Polícia quando este se encontra diante de um furto bagatelar? Um inquérito policial deverá ser realmente aberto devido ao respeito ao formalismo da lei e ao princípio da oficiosidade?

Segundo Capez (2011b, p. 76), o princípio da oficiosidade significa que “Os órgãos incumbidos da persecução criminal devem proceder *ex officio*, não devendo aguardar provocação de quem quer que seja”. Isso nos casos de ação penal pública incondicionada, que é a maioria dos casos, como se infere das palavras de Távora e Alencar (2011, p. 59) ao afirmarem que pelo princípio da oficiosidade “A atuação oficial na persecução penal, como regra, ocorre sem necessidade de autorização”.

Essas questões são importantes, porque examinar a possibilidade de aplicação do instituto do princípio da insignificância aos pequenos delitos de furto ainda pela Polícia Judiciária pelas

razões já apresentadas é conveniente, já que é o próprio Delegado de Polícia, através de sua discricionariedade e agindo com cautela, é que inicialmente vai restringir a liberdade de um indivíduo (direito este previsto constitucionalmente), ou seja, com o mesmo dever de cuidado que um Juiz de Direito possui diante de um caso concreto (BRUTTI, 2007, p. 18). Para dissertar sobre a discricionariedade do Delegado de Polícia esse autor diz que:

As autoridades policiais, por suposto, constituem-se agentes públicos com labor direto frente à liberdade do indivíduo. É da essência das suas decisões, por isso, conterem inseparável discricionariedade, sob pena de cometerem-se os maiores abusos possíveis, quais sejam, aqueles baseados na letra fria da lei, ausentes de qualquer interpretação mais acurada, separadas da lógica e do bom senso (BRUTTI, 2007, p. 18).

Fica claro na citação acima que o Delegado de Polícia, tal como os Magistrados e Promotores de Justiça, também é um intérprete do direito, e é por isso que Brutti (2007, p. 17 - 18) defende que:

Deontologicamente, inobscurece de o delegado de polícia apreciar com a devida prudência o direito à liberdade do indivíduo, em todas aquelas hipóteses de extrema excepcionalidade. Toda a atividade policial, por sua natureza, em tese, possui o condão de tolher o direito à liberdade do indivíduo. Esse direito fundamental é, de fato, princípio constitucional, compreendendo ele uma das chaves de todo o nosso sistema normativo. Por isso, precisa ser visto como critério maior, mormente no campo penal. Se é pacífico que o próprio Estado-juiz não pode olvidar de observar com a máxima cautela esse direito constitucional, também o deve ser pela Autoridade Policial, pois não é fadado a esta cometer abusos manifestos contra os direitos da pessoa humana, sob o argumento de que não lhe é conferido pela norma competência para se levar a efeito, de acordo com o seu discernimento, a medida mais adequada ao caso concreto.

Dessa maneira, ao Delegado de Polícia também lhe é conferido bom senso, afinal de contas, o mesmo presta um serviço à sociedade

a qual encontra-se abarcada por um Estado Democrático de Direito, com todas as garantias constitucionais. Não é possível admitir uma interpretação meramente literal para toda e qualquer situação que se depare a autoridade policial, pois se este falhar, falha o próprio processo penal já na sua origem. Destarte, segundo ensina o autor em análise, Brutti (2007, p. 18), “A fundamentação plausível deve ser elemento sempre unificado ao ato discricionário da autoridade policial. Mencionado ato sempre será legítimo, se devidamente fundamentado”.

Logicamente, todo o agir da atividade policial deve ter fundamentação, coerência, não deve haver abusos ou frouxidão, afinal, ele também é um operador do direito.

3.2 Da aplicação do princípio da insignificância pela autoridade policial

A partir de agora passa-se a trazer reflexões acerca da aplicabilidade pelo delegado de polícia do princípio da insignificância nos delitos de furto cuja hipótese se apresenta num primeiro momento em situações de flagrante delito. Desse modo, como a autoridade policial deveria proceder estando diante de um caso concreto de delito bagatelar?

Brutti (2007, p. 20) defende que “Há hipóteses em que a insignificância da ofensa ao bem jurídico tutelado não justifica édito condenatório e muito menos, então, encarceramento prévio ao início da ação penal”. O autor está se referindo a casos de furto famélico, na qual a prisão não tem razão de existir, a não ser se o mesmo se repetisse de forma insistente.

Por isso é que o autor segue dizendo que:

O desiderato da custódia cautelar é retirar de circulação sujeitos que, pela sua conduta irregular, oferecem risco à sociedade. Em síntese, o risco, inexoravelmente, precisa abalar a ordem pública, quer seja pela intensidade da ofensa, quer seja pela reiteração de um conjunto de ofensas. Há, dessarte, que se tratar desigualmente os desiguais.

Assim, pois, encarcerar-se, por meio de prisão em flagrante, o autor de um homicídio ou de um roubo é atitude equânime com a gravidade de referidas ofensas (BRUTTI, 2007, p. 20).

Quem comete um homicídio não pode ter o mesmo tratamento de quem furta um desodorante no supermercado. Por essa razão Brutti (2007, p. 20) pensa que:

Se é bem certo, e verdadeiramente provável, que em infrações materialmente atípicas, devido à insignificância da ofensa ao bem jurídico tutelado, o relaxamento da prisão ocorrerá inexoravelmente, percebe-se que aquele primeiro ato (prisão) levado a cabo pela Polícia Judiciária indistintamente, tanto em relação aos crimes graves como em relação aos materialmente atípicos, é tratar igual situações absolutamente desiguais.

Disso pode-se inferir que Brutti, a princípio, não é a favor de prender em flagrante um sujeito que comete furtos bagatelares, como todas aquelas situações já exemplificada neste trabalho, mormente por Luiz Flávio Gomes. Porém, se as condutas se repetirem de modo a se perder a barreira da insignificância trazendo a desordem social, a prisão em flagrante deverá ser procedida. Assim, a tolerância a esses delitos não deve ser perpétua.

Aqui mais uma vez pode-se afirmar a necessidade da discricionariedade do delegado de polícia, tanto é que Brutti (2007, p. 21) declara ser “sustentável [...] que a autoridade policial possa, por meio de sua discricionariedade ínsita, não lavrar flagrante acerca de infrações que são, em tese, materialmente atípicas”.

Embora Brutti defenda a não incidência de prisão em flagrante nesses casos específicos, segundo Masson (2013, p. 36) o STF tem o entendimento de que o princípio da insignificância somente pode ser reconhecido pelo Poder Judiciário na análise do caso concreto. Dessa forma a autoridade policial é obrigada a efetuar, por exemplo, a prisão em flagrante. Logo, se somente o Poder Judiciário é quem pode reconhecer o princípio da insignificância estando diante de um caso concreto, é o mesmo que

reconhecer que o delegado de polícia deve seguir um sentido literal da lei, o que implica negar a capacidade interpretativa desse operador do direito.

Apesar disso, Masson vai ao encontro de Brutti ao defender que é possível sim a aplicação do princípio da insignificância pela autoridade policial, já que ao discordar desse posicionamento do STF, o mesmo aduz que “o princípio da insignificância afasta a tipicidade do fato. Logo, se o fato é atípico para a autoridade judiciária, também apresenta igual natureza para a autoridade policial (2013, p. 36)”. Dessa forma, complementando a mesma linha de raciocínio, o referido autor acredita que a não aplicação do princípio da insignificância pode em muitos casos vulgarizar o direito penal (2013, p. 36).

Outro ponto importante é que, conquanto o inquérito policial tenha como uma de suas características ser mera peça de informação, porque, de acordo com Capez (2011b, p. 120), “não é fase obrigatória da persecução penal, podendo ser dispensado caso o Ministério Público ou o ofendido já disponha de elementos suficientes para a propositura da ação penal”, crê-se que isso raramente ocorre, tanto é que Brutti (2007, p. 21) diz que:

A Polícia Judiciária abarca, praticamente, a totalidade absoluta das infrações penais levadas ao conhecimento dos Órgãos Públicos. Salvo raríssimas exceções, até mesmo aquelas comunicações levadas ao conhecimento dos representantes do Ministério Público, são todas encaminhadas à Polícia Judiciária, a fim de que esta, sim, apure os fatos por meio do procedimento pertinente. Em assim sendo, percebe-se que o mundo da ilicitude só chega aos olhos dos julgadores porque são levados ao seu conhecimento pelos órgãos policiais. Em outras palavras, a Polícia é responsável, com exclusividade praticamente absoluta, pela recepção das notícias criminais, elaboração dos instrumentos apuratórios adequados e remessas suas à apreciação do Judiciário.

Acredita-se que a sociedade clama por justiça, mas não em relação ao chamado “ladrão de galinha”, e sim naqueles casos

relevantes, tal qual um homicídio, uma lesão corporal etc. Preocupar-se com ninharias é inchar um sistema processual penal já inchado, tanto que muitos delitos são prescritos ainda dentro da delegacia devido ao grande número de demandas. Dessa maneira, o poder discricionário do delegado de polícia agiria como um filtro, porque do mesmo modo que a aplicação do velho adágio latino *minima non curat praetor*, pelo qual o juiz não deve se preocupar com ninharias, se apresenta útil à sociedade, à autoridade policial também se manifestaria proveitosa. Portanto, o Poder Judiciário não é o único intérprete do direito, e seguir esse pensamento é perpetuar o problema da ineficácia da celeridade processual e da carcerização em massa a qual tem se mostrado inútil diante da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância já pela autoridade policial. Tudo isso é possível inferir pelo o que aduz Brutti (2007, p. 21, grifo do autor) *in verbis*:

Surge, então, em decorrência desse vultoso, verdadeiramente incomensurável e invencível fardo, problemática irrefutável, mas pouco discutida em nossos dias atuais, qual seja: “grande parte das comunicações de ocorrências policiais acabam vindo as suas prováveis penas em abstrato prescrevendo-se nos próprios órgãos policiais”.

De tempos em tempos, e esta tem sido a prática, ao atingir-se número considerável de feitos prescritos em um Distrito Policial, convencionam-se determinado acordo entre delegado de polícia e Promotor de Justiça locais e remetem-se citados cadernos apuratórios, em lotes, à apreciação do *Parquet*, a fim de que este requeira seu arquivamento ao juízo competente. Incontáveis procedimentos, instaurados ou não, já prescritos, encontram esse destino em nossa Administração Pública.

Levar um caso bagatela até as últimas consequências processuais penais, diante do quadro que se apresenta no Brasil, conforme os dados trazidos no capítulo 2, realmente contribui para à ineficácia do princípio da celeridade processual que se estende desde a fase do inquérito policial até a sentença final transitada em

julgado. Destarte urge uma solução citada por Brutti (2007, p. 23) a qual sugere uma legalização dessa faculdade discricionária à autoridade policial o que evitaria a instauração de inquérito policial para fatos materialmente atípicos, o que não acarretaria qualquer espécie de prejuízo à sociedade e se daria da seguinte forma:

Essa sistemática processual sintética concretizar-se-ia por meio de uma verdadeira faculdade a ser concedida legalmente à autoridade policial, quer pela norma federal, como se disse acima, quer, ao menos, em decorrência de acordos a nível estadual, em que esta não necessitaria instaurar inquéritos policiais acerca de delitos materialmente atípicos, remetendo-se, de qualquer forma, os seus registros respectivos de ocorrências policiais à apreciação dos Promotores de Justiça competentes. Na hipótese de estes discordarem de um ou de outro critério seletivo adotado pelo delegado de polícia, restituíriam, então, os autos à delegacia de polícia, a fim de ver-se instaurado o procedimento policial a respeito (BRUTTI, 2007, p. 23)

E Brutti considera que isso não se trata meramente de tentar poupar a atividade laboral da polícia que já está tão defasado por condições físicas e humanas de trabalho. Por isso defende, que através desse sistema proposto, “Estar-se-ia, isto sim, valorizando o ínfimo lapso temporal que a própria sociedade dispõe para a perseguição dos casos graves, pois aquela só existe pela razão desta” (2007, p. 23).

Na mesma página o autor sustenta ainda que isso possibilitaria maior celeridade ao processo penal e ao próprio serviço prestado pela autoridade policial em relação aos crimes de maior relevo, até porque, segundo Brutti (2007, p.23) “Verdadeiramente, os Órgãos Policiais, já tão defasados de pessoal e de condições materiais variadas, estão sempre premidos pelo exíguo e insuficiente lapso temporal destinado ao esquadrinhamento das ilicitudes [...] de maior urgência social”.

Nesse sentido, instaurar um inquérito policial para investigar um furto insignificante é demasiadamente inútil para própria

sociedade a qual sairá prejudicada, porque segundo Capez (2011b, p. 112), “A finalidade do inquérito policial é a apuração de fato que configure infração penal e a respectiva autoria para servir à ação penal ou às providências cautelares”. Távora e Alencar (2011, p. 90) complementam que “o inquérito também contribui para a decretação de medidas cautelares no decorrer da persecução penal, onde o magistrado pode tomá-lo de base para proferir decisões ainda antes de iniciado o processo”.

Urge ressaltar, nessa linha de pensamento, que a ação penal pública incondicionada só terá início caso o promotor de justiça entenda haver justa causa, geralmente através das informações obtidas do árduo inquérito policial. Caso contrário, os autos do inquérito serão arquivados pelo juiz a pedido do *parquet*. É também por isso que Brutti justifica a aplicação do princípio da insignificância pela autoridade policial, valorizando assim cada hora, dia e momento do labor da atividade da Polícia Judiciária, do Ministério Público e dos Magistrados com o que realmente importa, mas essa realidade ainda se apresenta difícil, o que se pode supor das palavras de Brutti (2007, p. 23):

[...] há barreiras ainda intransponíveis (*sic*) para a sua real aplicação. Como exemplo dessa problemática que se apõe à confecção de sistemáticas mais simplificadas acerca de questões menos complexas está o que gira em torno dos delitos de menor potencial ofensivo abarcados pela Lei dos Juizados Especiais Criminais. Com efeito, é realidade facilmente observada em comarcas de primeira entrância a exigência da confecção, mesmo nas infrações abarcadas pelos Juizados Especiais Criminais, de praticamente um trabalhoso inquérito policial, não se abrindo mão de oitivas detalhadas, previamente à audiência, de todos os envolvidos e de todas as testemunhas. Em assim não sendo, o termo respectivo baixa do Juízo competente, após requerimento do Ministério Público, a fim de ser complementado.

Decorrência disso é o fato de que a Polícia Judiciária acaba tendo que escolher casos que têm menos chances de serem

prescritos, porque a Administração Pública não fornece meios e recursos adequados para que a autoridade policial possa atender com qualidade toda a demanda a qual ele se depara. E mesmo que houvesse condições materiais para isso, haveria na verdade uma bola de neve, porque nem o Ministério Público e nem o Poder Judiciário dariam conta de tudo que chega à delegacia de polícia. Brutti (2007, p. 24) explica que:

[...] ainda que, hipoteticamente falando, fosse possível se dar conta da totalidade dos procedimentos em trâmite em sede de Polícia Judiciária, fosse pelo provimento de um incontável e devaneado número de servidores novos, surgiria então, outra problemática tão séria quanto à primeira: os Órgãos do Ministério Público e do Poder Judiciário, pelas suas condições materiais e número de pessoal existente, jamais teriam, nem de longe, condições de apreciar devidamente a carga incomensurável de trabalhos que lhe adviriam de tudo isso. A propósito, mesmo com o ritmo atual de remessas de procedimentos policiais a juízo, é público e notório que o número de prescrições da pretensão punitiva do Estado nas entrâncias judiciárias é realidade consuetudinária.

Por isso é que o princípio da insignificância apresenta-se, em tese, aplicável pela autoridade policial. Consequência disso é que a prisão em flagrante em caso de furto simples de ninharias (boné, chocolate, etc.) não teria cabimento, porém um registro do fato com remessa do mesmo ao *parquet* ainda se faria necessário, tal como aduz Brutti (2007, p. 25):

[...] é razoável que, além de rechaçar-se a possibilidade de aplicação de prisão em flagrante, também se possa eliminar o trâmite de todo um inquérito policial, [...] apenas registrar-se-ia o fato, apreender-se-ia o instrumento e, qualificadas as partes, remeter-se-iam os autos à apreciação do Ministério Público, titular da ação penal.

Portanto, se o princípio da insignificância fosse aplicado pela autoridade policial, seria possível deduzir que a efetivação da prisão

em flagrante se apresentaria ilegal diante de tais fatos bagatelares, porque na verdade não há crime, pois o princípio em pauta, como já se discutiu, afasta a tipicidade da conduta. Por outro lado, defender a inaplicabilidade do princípio da insignificância nesse atual momento da persecução penal, é prolongar todos os problemas já debatidos, como por exemplo, injustiça social, prescrição de crimes graves, carcerização em massa, ineficácia da celeridade processual etc.

3.3 Efeitos práticos de aplicação do princípio da insignificância

De forma mais atualizada, Luiz Flávio Gomes (2013), explica em maiores detalhes a aplicação do princípio da bagatela, suas consequências e efeitos penais e processuais penais ao longo da persecução penal, o que contribui para esclarecer principalmente o foco desta monografia, qual seja: sobre a (in) aplicabilidade do princípio da insignificância na fase do inquérito policial nos delitos de furto.

Nas situações de prisão em flagrante, Gomes (2013, p. 102) afirma que:

[...] 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 da lavratura 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).

A citação acima esclarece então que, mesmo considerando não existir crime, deve haver a condução do sujeito da infração bagatelar para que se efetive ao menos um registro do fato. Isso vai ao encontro do que disse anteriormente Brutti o qual também defende

que deve haver um registro pela autoridade policial. Entretanto, tal registro não implica em auto de prisão em flagrante, e sim, deve-se por analogia ao art. 69 da Lei 9.099/1995, aplicar idêntica regra, ou seja, a elaboração de um termo circunstanciado, como diz Gomes (2013, p. 102): “Se na infração penal de menor potencial ofensivo não se lavra flagrante [...], aplica-se a mesma regra para a infração bagatelar”.

Neste momento surge um ponto crucial que já se pode inferir desta pesquisa monográfica, isto é, não deve existir inquérito policial para infrações bagatelares. Destarte, nesta fase da persecução penal que daria ensejo ao inquérito policial, o mais adequado é fazer uso do termo circunstanciado. Afinal de contas, diferentemente do inquérito policial, moroso, trabalhoso e mais minucioso, o termo circunstanciado é, segundo Capez (2011b, p. 119):

[...] um simples boletim de ocorrência circunstanciado, lavrado pela autoridade policial (delegado de polícia), [...] no qual constará uma narração sucinta dos fatos, bem como a indicação da vítima, do autor do fato e das testemunhas, em número máximo de três [...]. Lavrado o termo, este será imediatamente encaminhado ao Juizado de Pequenas Causas Criminais, com competência para julgamento das infrações de menor potencial ofensivo.

Desse modo, se estaria dando maior efetividade ao princípio da celeridade processual, porque o termo circunstanciado, como lecionam Távora e Alencar (2011, p. 128), “é uma peça despida de rigor formal, contendo breve e sucinta narrativa que descreve sumamente os fatos e indica os envolvidos e eventuais testemunhas, devendo ser remetido, *incontinenti*, aos Juizados Especiais Criminais”.

Portanto o delegado de polícia não prenderá em flagrante o suspeito de infração bagatelar, apesar de ter que registrar o fato em um termo circunstanciado e obrigando-se também a fundamentar esse ato procedimental, como aduz Gomes (2013, p. 102) *in verbis*:

Cabe à autoridade policial tomar todas as providências citadas (elaboração do TC, não recolhimento ao cárcere, aplicando-se analogicamente o art 304, 1º, do CPP, porque não resulta fundada a suspeita contra o preso etc.). Impõe-se que a autoridade policial fundamente sua decisão nesse sentido. De qualquer modo, sabe-se que seu posicionamento não vincula o Ministério Público nem o juiz. O registro do fato (em um TC) é fundamental para que o Ministério Público possa pedir o seu arquivamento (arquivamento das peças de informação, conforme o CPP, art. 28).

Pela citação acima fica claro que na fase investigatória o delegado de polícia não dá a última palavra sobre o assunto que envolve o princípio da insignificância, o que torna a aplicação do princípio da insignificância apenas como fundamento para não prender em flagrante o suspeito por se tratar de simples infração bagatela. Isso significa que o mesmo não pode ficar omissos diante desses casos e meramente liberar o infrator sem que não haja qualquer consequência de índole processual. Por isso o princípio da insignificância tem valor para a autoridade policial somente no sentido de não prender o suspeito, mas jamais de não fazer sequer um registro.

Num primeiro momento isso poderia até merecer críticas negativas, porque não há muito sentido em se levar adiante algo que já está fadado ao possível pedido de arquivamento pelo Ministério Público não havendo assim processo penal, já que “ninguém pode ser processado por fato insignificante. O correto, portanto, em razão da atipicidade penal do fato, é arquivar o caso logo no princípio. A autoridade policial lavra o TC e o Promotor de justiça pede o arquivamento” (GOMES, 2013, p. 103).

Se a autoridade deve assim proceder, em casos de flagrante delito, o encaminhamento do suspeito ao cárcere se constitui medida demasiadamente ilegal, o que pode vislumbrar o relaxamento da prisão em flagrante se esta vier realmente a se efetivar. Flagrante ou não flagrante, há de se fazer o boletim de ocorrência circunstanciado para que este em outro momento seja

arquivado pelo Juiz a pedido do Promotor de Justiça. Porém “não tem pertinência nenhuma medida coercitiva contra o autor do fato (indiciamento, prisão preventiva etc.). Tudo deve ser registrado [...] para que haja posterior arquivamento (GOMES, 2013, p. 102 – 103)”.

Ainda segundo Gomes (2013, p. 103), duas atitudes que seriam incorretas precisam ser evitadas pela autoridade policial diante da aplicabilidade do princípio da insignificância, como esclarece o autor:

[...] a primeira consiste em não fazer absolutamente nada diante de um fato insignificante; a segunda consistiria na lavratura de auto de prisão em flagrante e eventual recolhimento do agente ao cárcere. Nem oito nem oitenta. Nem omissão nem abuso. Uma postura incorreta: decidir o caso e arquivá-lo de plano. Autoridade policial não diz a última palavra sobre a atipicidade. Essa tarefa é do juiz. Ela não pode, de outro lado, arquivar nenhum procedimento investigativo (CPP, art. 17). A autoridade policial não pode substituir o juiz (de acordo com o ordenamento jurídico vigente). Bem que, no futuro, tudo recomenda que a própria autoridade policial cuide desses assuntos. Por ora, no entanto, falta base legal para isso.

Interessante colocação acima faz o referido autor, que apesar de entender impossível para o delegado de polícia decidir de forma absoluta sobre a aplicação plena do princípio da insignificância por fatos bagatelares que se apresentam diretamente a ele, Gomes deixa evidente que uma legislação que autorizasse a autoridade policial nesses casos seria adequada diante do quadro que se apresenta na atualidade, já que não há suporte na lei para isso.

Destarte, um furto insignificante não tem seu desfecho na delegacia, deve seguir adiante, de modo que se o Promotor de Justiça entender que há justa causa pode denunciar o acusado ou pedir o arquivamento. Gomes (2013, p. 104), entende que se o Promotor denunciar fato que se evidencia atípico, “Cabe ao juiz absolver o réu sumariamente, nos termos do art. 397, III, do CPP”. Mais uma vez a não aplicação do princípio da insignificância pela autoridade policial

na fase investigativa se apresenta inútil à economia processual, porque todo jurista sabe que o fato é atípico desde a sua origem, ou seja, não há crime.

Não havendo absolvição sumária pelo juiz, Gomes (2013, p. 104) afirma o seguinte:

Cabe *habeas corpus* para trancar a ação penal por falta de justa causa (CPP, arts. 647 e 648, I). E se o processo já está em andamento: o melhor caminho é abrir mão de todas as provas prontamente e partir de imediato para a sentença (absolutória). Caso isso não seja feito: cabe *habeas corpus* (desde logo) para trancar a ação penal.

A justa causa “Consiste na ausência de qualquer elemento indiciário da existência do crime ou de sua autoria” (CAPEZ, 2011b, p. 203). Não há justa causa para que se promova uma ação penal pública incondicionada por furto bagatelar. É por essa razão que o *habeas corpus* deve ser utilizado nesses casos, porque o mesmo é um “Remédio judicial que tem por finalidade evitar ou fazer cessar a violência ou a coação à liberdade de locomoção decorrente de ilegalidade ou abuso de poder” (CAPEZ, 2011b, p. 814).

Urge no direito brasileiro, mormente pela cultura positivista, uma legislação que contemple de forma efetiva a aplicação do princípio da insignificância, porque:

Em virtude da ausência de critérios legais claros e definitivos, nota-se, na aplicação do direito, patentes desigualdades (que chocam o homem comum e colocam a Justiça em descrédito). Há juízes que admitem a insignificância e outros que não; há juízes que levam em conta só o desvalor do resultado e outros que exigem também o desvalor da ação e da culpabilidade (confundindo conceitos, inclusive); a falta de critérios legais nesse âmbito é fator de grande discricionariedade ao juiz (recorda-se: quanto mais discricionários os poderes do juiz, mais facilmente pode-se chegar a atos arbitrários e discriminatórios) (GOMES, 2013, p. 106).

Pela citação acima fica visível que há insegurança jurídica pela falta de legislação em torno do princípio da insignificância. Não é pelo simples fato de existir uma infração bagatelar que nada vai acontecer ao sujeito do delito, porque a palavra final é do juiz, que aplica ou não tal princípio, e se o magistrado for insensível e extremamente literal na aplicação do direito ao caso concreto, o processo penal poderá ter um desfecho trágico, qual seja: a condenação do réu por um furto bagatelar, isto é, condenação por algo que a doutrina e jurisprudência entendem não ser crime. Afinal de contas, consoante Gomes (2013, p. 106):

Sempre que presentes os requisitos da bagatelaridade própria [...], não é caso de se iniciar nenhum procedimento penal ou consensual. Nessa hipótese, o correto é pedir o arquivamento da investigação (afastando-se a aplicação do Direito penal); o arquivamento, em razão de se tratar de uma infração bagatelar própria, terá como fundamento o princípio da insignificância (que é causa suprallegal de exclusão da tipicidade).

Quando um furto simples é insignificante, não há crime, todavia, um registro do fato é necessário, porque diante de consecutivas condutas reiteradas, tal situação passa a ter maior importância para o Direito Penal, pois não é possível aceitar que um mesmo agente cometa todos os dias infrações bagatelares e, tendo como consequência, o caso sempre considerado como fato atípico. Urge uma legislação pontual sobre isso (GOMES, 2013, p. 112).

Em casos de reiteração cumulativa Gomes (2013, p. 112 – 113) explica que:

[...] parece-nos muito acertado afirmar que a multirreincidência (de algo em princípio irrelevante) pode elevar o fato para patamar relevante, deixando de ter validade o princípio da insignificância. Em outras palavras, quando o agente pratica reiteradas condutas que, somadas, não geram um resultado insignificante (sim, bastante expressivo), deixa de ter pertinência o princípio que estamos estudando. [...] Empregado que trabalha como caixa de um estabelecimento comercial e que furta, diariamente, pequena

quantidade de dinheiro. Para o efeito da pena e da aplicação do princípio da insignificância temos que considerar o todo como fato único (GOMES, 2013, p. 112 – 113).

No exemplo acima, o caso diz respeito a uma mesma vítima. Porém, quando fato insignificante é cometido hoje, tal como um furto de um desodorante, e dias depois o agente comete novo furto, por exemplo, de um pacote de folhas de ofício, trata-se de reiteração cumulativa. Nesses casos aplica-se o princípio da insignificância por serem consideradas situações sem contato, separadas. Gomes (2013, p. 113) denomina isso de multirreincidência ou reiteração cumulativa e leciona o seguinte:

[...] essa é a situação de quem pratica vários fatos insignificantes, porém, não contra a mesma vítima nem de forma cumulativa. São fatos desconectados no tempo. Furta uma caneta esferográfica hoje, um DVD no mês seguinte etc. Para nós, considerando que os fatos são insignificantes e isolados (ou seja: não cumulativos), não há impedimento para a incidência do princípio da insignificância, que conta com critérios objetivos. Isso já foi debatido no STJ (e no STF) várias vezes. Não há norma expressa. Tudo fica, então, ao sabor da postura ideológica do julgador em cada caso concreto. Os que adoram a ideologia punitivista da segurança afastam a insignificância. Os que são adeptos da ideologia humanista da equidade acolhem a insignificância.

Estando-se diante de um só fato insignificante cometido por réu reincidente, deve-se aplicar o princípio em questão, porque segundo Gomes (2013, p. 115):

[...] cuidando-se de fato único, não há como negar a incidência do princípio da insignificância, que deve ser regido por critérios objetivos. [O] fato de o réu ser reincidente não pode ser critério impeditivo para a incidência do princípio da insignificância, que é objetivo. Para a sua aplicação não contam os dados pessoais do agente, sim as peculiaridades do caso concreto. O fato é insignificante (ou não) independentemente das condições pessoais do agente (maus antecedentes, reincidência etc.). Dessa forma é que

o juiz deve analisar o fato. Essa é a regra geral. A jurisprudência, no entanto, continua oscilante (GOMES, 2013, p 115).

Esse antagonismo de decisões judiciais é que gera insegurança jurídica, talvez pelo no afã de se desejar coibir a prática reiterada de pequenos furtos insignificantes, ou por outro lado, do desejo de se pensar um direito penal mais próximo da dignidade da pessoa humana. Enquanto o princípio da insignificância for fruto somente da arte jurisprudencial e da doutrina, sem que haja legislação sobre o tema, tanto em nível de direito material como em nível de direito processual, a problemática se perpetuará.

Portanto, na atual sistemática brasileira de persecução penal, a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância pela autoridade policial na fase investigativa é restrita, justamente por não haver suporte legal. Essa restrição se dá pelo fato de que o delegado de polícia deve adotar um posicionamento de não abrir um inquérito policial para a apuração de uma infração bagatelar a qual é substituída por um termo circunstanciado. Nesse sentindo a prisão em flagrante não deve ser realizada, pois se for, será ilegal. De qualquer modo, enquanto não houver mudanças na legislação, a última palavra sobre o princípio da insignificância a cada caso concreto continua sendo do Poder Judiciário, embora haja entendimento de que seria de bom tom que o próprio delegado de polícia resolvesse situações envolvendo os casos de furtos insignificantes, o que se aguarda em leis futuras.

Conclusão

Este trabalho teve como escopo verificar acerca da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância ainda na fase do inquérito policial pela autoridade policial nos crimes de furtos.

No primeiro capítulo a pesquisa apontou a necessidade de que o Direito Penal não deve ser preocupar com coisas que não possuem relevância dentro desse ramo jurídico, como por exemplo, um furto de um simples boné, de uma barra de chocolate. Assim o bem jurídico-penal a ser protegido é somente aquele cuja importância tenha realmente significado e que seja merecedor de proteção jurídico-penal, tal como a integridade física das pessoas, a vida, a saúde, um patrimônio relevante.

Por esse motivo, a interpretação do Direito Penal deve sempre ser contextualizada, imersa no Estado Democrático do Direito, principalmente sob a luz dos princípios constitucionais penais, porque a interpretação literal das leis pode levar à condenação pessoas cujos furtos cometidos são de insignificante reprovabilidade e consequências sociais.

Nesse sentido é que surge o princípio da insignificância ou da bagatela, que tem como finalidade limitar o poder punitivo do Estado, cuja essência é de que o Direito Penal não deve preocupar-se com ninharias. Ademais, a pesquisa demonstrou que o princípio da insignificância tem como natureza jurídica ser um norte de interpretação a qual restringe a aplicação do Direito Penal, já que não basta existir um fato formalmente típico, isto é, meramente descrito em lei. Nesse diapasão deve-se questionar também se o fato é materialmente típico, significativo para que haja em tese um delito.

A esse propósito enfatizou-se que o princípio mais importante de todos é o da dignidade da pessoa humana e que o princípio da

insignificância está relacionado diretamente ao mesmo. Decorrência disso é que qualquer regra em direito não deve ser interpretada de forma isolada, já que a não observância de todos os princípios num Estado Democrático de Direito pode ensejar o cometimento de injustiças, mormente o de privar uma pessoa de sua liberdade pelo cometimento de furtos bagatelares.

Nesse rumo, no segundo capítulo deste trabalho mostrou-se que o crime de furto sempre foi alvo de reprimendas ao longo da história do direito em todas as sociedades, tendo menor ou maior relevância em cada contexto cultural e social, cujas punições oscilaram entre penas corporais, de morte, pecuniárias, privação da liberdade, trabalhos.

No Brasil, o delito de furto atualmente encontra-se previsto no Código Penal Brasileiro desde 1940 em seu artigo 155 ao qual dispõe pena de prisão e multa, punições estas mais leves em relação a tudo que já ocorreu ao longo dos tempos.

Todavia, o sistema prisional brasileiro está em crise, tal como a superlotação dos presídios brasileiros, sua precariedade, de tal sorte que o atual sistema não recupera ninguém e vai contra ao princípio da dignidade da pessoa humana. Malgrado existe a pena, a ressocialização apresenta-se uma quimera.

Outro ponto importante da pesquisa diz respeito à Reforma Penal de 1984, porque nesta, ainda que tenha sido positiva por ir ao encontro de uma política criminal de desencarceramento, perdeu a oportunidade para já inserir no Código Penal Brasileiro o princípio da insignificância de forma expressa, o que contribuiu ainda mais para a falência desse sistema prisional. A despeito disso, destaque-se que neste momento também se encontra em discussão no Congresso Nacional a adição do princípio da insignificância, por meio do Projeto de Lei 6667/2006, no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal.

Ainda nesse capítulo, foi abordado o projeto de lei do Senado n. 236, de 2012. Nesse projeto, indo ao encontro da doutrina e da jurisprudência, está previsto de forma expressa o princípio da

insignificância ao qual tem como escopo uma política criminal de desencarceramento ao qual servirá de base não apenas para os delitos de furto, mas sim para todos os delitos cometidos em que forem verificados a mínima ofensividade da conduta do agente, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento, além de inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Ademais, foram apontadas significativas mudanças em relação ao delito de furto ao quais se destacam: a) a tendência por menor rigor punitivo; b) a ação penal pública será condicionada à representação; c) a extinção da punibilidade do agente antes da sentença final transitada em julgado quando houver reparação do dano, aceita pela vítima.

O terceiro capítulo, que reuniu debates em torno da (in) aplicabilidade do princípio da insignificância na atuação do Delegado de Polícia ainda na fase investigativa em relação aos crimes de furto, aprofundou a problematização do tema com a finalidade de buscar respostas às hipóteses formuladas para este trabalho.

Destarte, em relação às hipóteses desta pesquisa, de ser possível ou impossível a aplicação do princípio da insignificância pela autoridade policial na fase do inquérito policial em relação aos crimes de furto bagatelares, a referida capitulação revelou que a celeuma ainda permanece.

Nesse sentido a pesquisa revelou que, caso o delegado aja com bom senso, e desde que fundamente todos os seus atos, não há óbices para que o mesmo aplique o princípio da insignificância nos delitos de furto. Ademais, essa autoridade policial também é um intérprete do direito, tal como um Juiz de Direito ou o Promotor de Justiça. Se o fato é atípico para o Poder Judiciário, também o é para a Polícia Judiciária.

Enfatizou-se que a aplicação do princípio da insignificância nessas situações evitaria a banalização do Direito Penal. Igualmente, tornaria a justiça mais célere, de modo que todo o aparato da persecução criminal dirigiria o seu foco não para os “ladrões de galinha”, e sim para todos aqueles casos aos quais realmente têm relevância para o *jus puniendi* do Estado.

Foi constatado que a aplicação do princípio da insignificância pela autoridade policial é vantajosa para a sociedade, porque implicaria menos injustiça social, menores índices de prescrição da pretensão punitiva para crimes graves, menor população carcerária, a justiça andaria mais rápida.

Entretanto, este estudo relatou que, embora o posicionamento prevalecente seja de que não é possível a aplicação do princípio da insignificância pela autoridade policial na fase investigativa pela autoridade policial, o princípio bagatelar gera alguns efeitos na atuação do Delegado de Polícia, ou seja, há aplicação restrita do referido princípio por esse operador do direito.

Nesse rumo, se demonstrou que jamais deixará de existir consequências processuais penais em casos bagatelares. Malgrado o Delegado de Polícia deva atuar no sentido de nunca efetuar a prisão em flagrante, nunca deve existir inquérito policial, mas sim termo circunstanciado – em analogia à lei dos juizados especiais criminais –, para que haja ao menos registro dos fatos.

Concluiu-se que o furto bagatelar não tem seu desfecho final na delegacia de polícia, pois deve-se seguir o processo penal com todas as suas possíveis facetas, inclusive com possibilidades de condenações penais. Não obstante, há tendência pela doutrina em se admitir de forma plena a aplicação do princípio da insignificância pela autoridade policial aos delitos de furto, mas desde que aja normatização sobre o assunto. Afinal de contas, enquanto não houver base legal, quem dá a última palavra é sim o Poder Judiciário, nem que para isso esses casos tenham que chegar até o Supremo Tribunal Federal, tal como absurdamente acontece hoje.

Por derradeiro, é importante aduzir que este trabalho não se exaure aqui, até mesmo porque, com a esperada aprovação e entrada em vigor do “Novo Código Penal” – projeto de lei do Senado n. 236, de 2012 –, novos rumos, caminhos e debates se abrirão em torno da relação existente entre o princípio da insignificância, o furto e a autoridade policial.

Referências

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, volume 1 : parte geral**. 13. ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, volume 3: parte especial**. 6. ed. rev. atual.e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz; OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de; PAPA, Douglas de Barros Ibarra; RIBEIRO, Thaísa Bernhardt. **A confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: análise estatística de julgados**. Revista Brasileira de Ciências Criminas, ano 20, vol. 98, 2012, p. 117 – 148.
- BRANDÃO, Sara. **O crime de furto e o princípio da insignificância**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 86, mar 2011. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9217. Acesso em: 31 mar. 2013.
- BRASIL. **Código Penal. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 02 jul. 2019.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15/12/2018.
- BRASIL. Câmara dos deputados. **Projeto de Lei n. 6667/2006**. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=315741>. Acesso em: 02 jul. 2019.
- BRASIL. Senado Federal. **PLS – Projeto de Lei do Senado, Nº 236 dz 2012**. Disponível em www.senado.gov.br. Acesso em: 02 nov. 2013.

BRUTTI, Roger Spode. **O Princípio da Insignificância Frente ao Poder Discricionário do Delegado de Polícia**. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, vol. 7, n. 41, 2007, p. 7 - 27.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120)**. 15. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. – 18. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

DELMANTO, Celso; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. **Código Penal Comentado: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar**. 8. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). Disponível em: www.mj.gov.br/depem. Acesso em: 31 out. 2013.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN** Atualização – junho de 2016 / organização, Thandara Santos; colaboração, Marlene Inês da Rosa *et al.* Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. 2017. Disponível em https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf/view. Acesso em: 02 jul. 2019.

ESTEFAN, André. **Direito penal, volume 2: parte especial (arts. 121 a 183)**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

JÚNIOR, Salvador José Barbosa; FRANZOI, Sandro Marcelo Paris; MORGADO, Nara Cibele Neves. **Breves anotações do Princípio da Insignificância**. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, vol. 7, n. 41, 2007, p. 28 - 41.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Insignificância: É preciso Ir ao STF para Vê-lo Reconhecido**. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, vol. 10, n. 56, 2009, p. 215 - 216.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 3. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. – (Coleção direito e ciências afins ; v. 1).

- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado – Parte geral – vol. 1**. 7.^a ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.
- MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado – Parte especial – vol. 2**. 5.^a ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.
- MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. – 3 ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2006.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. – 23. ed. – São Paulo: Atlas, 2008.
- NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. – 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.
- PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. – 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 2 : parte especial : arts. 121 a 183**. – 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- PORTO, Roberto. **Crime Organizado e Sistema Prisional**. 1. ed. – 2. Reimpr. – São Paulo: Atlas, 2008.
- SILVA, Ivan Luiz da. **Teoria da Insignificância do Direito Penal Brasileiro**. Revista dos Tribunais, vol. 841, p. 425, nov. 2005. Disponível em www.revistadostribunais.com.br. Acesso em: 29 ago. 2013.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Novo Código Penal: processo por furto dependerá de representação da vítima**. Notícia. 2012. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em: 02 nov. 2013.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. - 6º Ed. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPODIVM. 2011.