



O princípio da insignificância e a audiência de custódia: (im)possibilidade de reconhecimento da atipicidade do fato em sede da apresentação

Principle of insignificance and custody hearing: (im)possibility of recognizing of exclusion of the “material typicality” of a conduct during the presentation

El principio de indigencia y la audiencia de custodia: (im)posibilidad de reconocer la atipicidad del hecho durante la presentación

 DOI: <https://doi.org/10.17655/rdct.2024.e0004>



Carla Lima Vianna ¹

 Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

 <https://orcid.org/0009-0001-7681-4145>

Daniel Diamantaras de Figueiredo ²

 Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

 <http://lattes.cnpq.br/0615447396347665>

 <https://orcid.org/0000-0002-5957-8881>

1 Defensora Pública no Estado do Rio de Janeiro. | Email: carla.lima@defensoria.rj.def.br

2 Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Subcoordenador do Núcleo de Audiência de Custódia da DPRJ. Mestre em Ciências Criminais pela Universidade de Lisboa. Membro do Conselho Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Processual Penal. | Email: daniel.figueiredo@defensoria.rj.def.br

RESUMO:

No julgamento da APDF 347, o STF declarou o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro e como uma medida para reduzir a calamidade reconhecida estabeleceu a necessidade de implementação da norma contida no artigo 7º item 5 da CADH, para que todas as pessoas presas passassem por audiência de custódia de forma a aferir a legalidade e a necessidade da prisão cautelar, dentre outras finalidades. De outro giro, a aferição da tipicidade da conduta a partir da expressividade da ofensa ao bem jurídico e sua repercussão na criminalidade contemporânea pela percepção do aumento do volume de casos dos crimes de bagatela provocou a reflexão acerca da possibilidade de que se definisse a questão jurídica apresentada já em sede de audiência de custódia. O objetivo do presente estudo é a reflexão sobre se há limite para que, no exame da legalidade da prisão, o juiz da custódia reconheça a atipicidade material da conduta em virtude da insignificância da lesão produzida e determine o arquivamento do feito, com a solução da lide penal. Pesquisas recentes da Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro, a partir de dados coletados pelo Núcleo de Audiências de Custódia, ilustram o reflexo da pobreza como fator criminógeno e apontam o resultado das lides inauguradas para a responsabilização penal dos que cometem os crime de furto em que se poderia considerar como tese defensiva a insignificância. Apesar de haver previsão para que se promova o arquivamento do feito em audiência de custódia (art. 8º, Resolução CNJ 213/2015), instado a se manifestar em um caso específico, considerada a atipicidade material da conduta em audiência de custódia, assentou o STF que a competência do juiz da custódia não é exauriente com relação aos fatos que levaram à prisão do indivíduo, porém a conclusão pode ser diversa quando órgão julgador acumular competências para a audiência de custódia e julgamento do mérito da causa.

PALAVRAS-CHAVE:

Princípio da Insignificância. Atipicidade. Audiência de custódia. Arquivamento.

ABSTRACT:

In the judgment of APDF 347, the Federal Supreme Court declared the unconstitutional state of affairs of the Brazilian penitentiary system and as a measure to reduce the recognized calamity, it established the need to implement the norm contained in article 7 item 5 of the American Convention on Human Rights, so that all arrested people must be presented to the custody hearing to assess the legality and need for precautionary detention, among other purposes. From another perspective, measuring the adjustment of the fact to the penal law whether the conduct is based on the expressiveness of the offense to the legal good and its repercussion on contemporary crime due to the perception of the increase in the volume of cases of petty crimes, provoked reflection on the possibility of defining the issue presented during the custody hearing. The objective of the present study is to reflect on whether there is a limit so that, when examining the legality of the arrest, the custody judge recognizes the substantial not adjustment of the conduct due to the insignificance of the injury caused and determines the archiving of the case, with the solution of the criminal proceedings. Recent research by the General Public Defender's Office of the State of Rio de Janeiro, based on data collected by the Custody Hearings Center, illustrates the reflection of poverty as a criminogenic factor and points to the results of the proceedings initiated for the criminal liability of those who commit crimes of theft in which insignificance could be considered a defensive thesis. Although there is a provision to promote the archiving of the case in custody hearing (art. 8 of Resolution CNJ 213/2015), urged to speak out in a specific case, considering the material atypicality of the conduct in custody hearing, the STF affirmed that the competence of the custody judge is not exhaustive in relation to the facts that led to the individual's arrest, however the conclusion may be different when the judge accumulates powers for the custody hearing and judgment on the merits of the case.

KEYWORDS:

Insignificance. Exclusion of the material typicality. Custody hearing. Closure investigation.

RESUMEN:

En la sentencia de la APDF 347, el STF declaró el estado de cosas inconstitucional del sistema penitenciario brasileño y como medida para reducir la calamidad reconocida estableció la necesidad de implementar la norma contenida en el artículo 7 inciso 5 de la CADH, por lo que todas las personas privadas de libertad se sometieran a una audiencia de custodia con el fin de evaluar la legalidad y necesidad de la prisión preventiva, entre otros fines. Desde otra perspectiva, medir la tipicidad de la conducta a partir de la expresividad de la infracción al bien jurídico y su repercusión en la delincuencia contemporánea debido a la percepción del aumento en el volumen de casos de delitos menores provocó una reflexión sobre la posibilidad de definir la cuestión legal presentada durante la audiencia de custodia. El objetivo del presente estudio es reflexionar sobre si existe un límite para que, al examinar la legalidad de la detención, el juez de custodia reconozca la atipicidad material de la conducta por la insignificancia del daño causado y determine el archivo del caso, con la solución del proceso penal. Una investigación reciente de la Defensoría General del Estado de Río de Janeiro, basada en datos recopilados por el Centro de Audiencias de Custodia, ilustra el reflejo de la pobreza como factor criminógeno y apunta a los resultados de los procesos iniciados por la responsabilidad penal de quienes que cometen delitos de hurto en los que la insignificancia podría considerarse una tesis defensiva. Si bien existe una disposición para promover el archivo de la causa en audiencia de detención (art. 8, Resolución CNJ 213/2015), insta a pronunciarse en un caso específico, considerando la atipicidad material de la conducta en audiencia de detención, el STF que La competencia del juez de custodia no es exhaustiva en relación con los hechos que motivaron la detención del individuo, sin embargo la conclusión puede ser diferente cuando el órgano juzgador acumula competencias para la audiencia de custodia y sentencia de fondo del caso.

PALABRAS CLAVE:

Insignificancia. Atipicidad. Audiencia de custodia. Archivado.



1. Introdução

A audiência de custódia é um imperativo convencional trazida pela Convenção Americana dos Direitos Humanos (art. 7º, n. 5) e Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (art. 9º, n. 3), pela Resolução CNJ 213/2015 e, mais recentemente, pelo art. 310 e art. 287 do Código de Processo Penal (alteração pela Lei 13.964/19), este último com relação ao cumprimento de mandado de prisão.

O Supremo Tribunal Federal também teve uma participação importante em prol da concretização da audiência de custódia com a análise da Reclamação Constitucional 29.303, a partir da qual impôs a necessidade da audiência para toda modalidade de prisão temporária, preventiva, flagrante e em decorrência de débito alimentar.

Com o sistema carcerário brasileiro definido pelo STF como um “estado de coisas inconstitucional” (ADPF 347/DF³), pela constante e estrutural violação de direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade, a audiência de custódia passa a ser um importante filtro na porta de entrada para que apenas aqueles casos mais graves ingressem no sistema.

Nessa toada, surge a possibilidade de alegar quando da apresentação dos custodiados, se for o caso, o princípio da insignificância (ou bagatela) como tese defensiva e como uma forma de evitar o ingresso de pessoas cujas condutas não possuem uma tipicidade material.

Aliás, muitos destes indivíduos que cometem crimes contra o patrimônio, normalmente se relaciona a alguma questão de subsistência, desemprego e reprodução da violência através da mídia (Cervini, 1995).

A proposta deste estudo é, pois, analisar a incidência do princípio da insignificância em casos apresentados nas audiências de custódia, apresentando um panorama estatístico destes casos e qual(is) a(s) consequência(s) jurídica(s) na

3 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 347/DF, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 18/03/2020, DJe 01/07/2020.

hipótese de aceitação pelo juízo do referido princípio, respondendo algumas indagações: é possível reconhecer o princípio da insignificância na audiência de custódia? Sendo reconhecido e utilizado como fundamento, seria possível reconhecer a atipicidade da conduta em razão da insignificância nesta modalidade de audiência? Se sim, seria caso de arquivamento da persecução penal ou configuraria a coisa julgada?



2. Princípio da Insignificância

Os casos mais comuns identificados nas audiências de custódia do Rio de Janeiro relacionados ao princípio da insignificância são de furto (art. 155, CP), especialmente quanto a produtos alimentícios, bebidas, higiene pessoal e metais.

Antes de analisarmos os números constantes de registros e pesquisas da Defensoria Pública, cabe destacar que este princípio enseja a exclusão da tipicidade quando a conduta não implica relevante lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico (Vico Mañas, 2003).

Segundo Carlos Vico Mañas (2003),

[...] o princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, **não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material**, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, o que consagra o postulado da fragmentariedade do direito penal". Esclarece, outrossim, que o princípio em análise baseia-se "na concepção material do tipo penal, por meio da qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevante os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal. (Vico Mañas, 2003, p. 56-81)

Sob uma perspectiva interpretativa, portanto, a insignificância tem relação com a ofensividade, de forma que o direito penal vai incidir apenas quando houver uma afetação mínima do bem jurídico (Martinelli; Schmitt, 2021, p. 324).

4

Assim, pode-se afirmar que o referido princípio é uma causa de exclusão da tipicidade material.⁵ (LUZ, 2012, p. 209). Vale lembrar que o direito penal deve ser sempre a *última ratio* para resolver um problema social (Hilgendorf; Valerius, 2019, p. 45; Stratenwerth, 2005, p. 23) e a insignificância vincula-se aos postulados da intervenção mínima do direito penal e da fragmentariedade.

De acordo com o Carlos Vico Mañas, “é instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, consentânea, portanto, com a garantia constitucional da legalidade” (Vico Mañas, 2003, p. 150). Trata-se de uma construção doutrinária e jurisprudencial, não havendo previsão legal deste princípio no ordenamento jurídico brasileiro (Gomes, 2010, p. 65).⁶

Pois bem. O STF, a partir do julgamento do HC 84.412, Rel. Min. Celso de Mello, j. 19/10/2004, DJU 19/11/2004 estabeleceu quatro critérios para aplicação do princípio da insignificância: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. O STJ também vem decidindo neste mesmo sentido (AgRg no HC 906414/DF, 5ª Turma, REI. Min. Riberito Dantas, j. 19/08/2024, DJe 23/08/2024).

É comum na jurisprudência analisar os maus antecedentes e reincidência do indivíduo para fins da análise da periculosidade social, bem como se o crime (por ex. de furto) ocorreu na forma qualificada, o que pode ensejar um maior desvalor da conduta e, ainda, se o valor do bem furtado ultrapassa 10% do

4 MARTINELLI, João Paulo. SCHMITT DE BEM, Leonardo. Direito Penal, parte geral: lições fundamentais. 6. ed. Belo Horizonte, São Paulo: editora D'Plácido, 2021, p. 324.

5 Para uma análise mais dogmática do princípio, cf. LUZ, Yuri Corrêa. Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. Revista de Direito GV, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 203-234, jan/jun 2012, p. 209.

6 Há quem diga que no Código Penal Militar haveria tal previsão no art. 209, §6º (“No caso de lesões levíssimas, o juiz pode considerar a infração como disciplinar”) e art. 240, §1º (Se o agente é primário e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou considerar a infração como disciplinar...Grifado). Cf. GOMES, Luís Flávio. O princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade. 2. ed. São Paulo: RTRevista dos Tribunais, 2010, p. 65.

salário mínimo⁷ ou se os bens foram recuperados (inexpressividade da lesão jurídica provocada).

Impende salientar que, no tocante à recuperação dos bens pela vítima, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Tema Repetitivo nº 1.205 assentou a tese que a "restituição imediata e integral do bem furtado não constitui, por si só, motivo suficiente para a incidência do princípio da insignificância".



3. Dados produzidos pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro nas audiências de custódia ⁸

Para fins de análise dos possíveis casos em que caberia a aplicação do princípio da insignificância, foi feito um corte limitando aos casos de furto, muito embora se saiba que tal princípio possa incidir sobre outros crimes.

Em pesquisa publicada pela Defensoria Pública, foram separados alguns grupos envolvendo prisões por furto, quais sejam:

a) água/energia/gás: diz respeito a todos os casos em que foram encontradas ligações clandestinas de água, energia elétrica e gás;

b) alimentos/bebidas/itens de higiene: engloba todos os casos em que foi constatada a suposta ocorrência de furto de itens vendidos em supermercados, mas também em outros estabelecimentos comerciais, como bares, restaurantes, açougues, atacadões, lojas de conveniência etc. (alimentos em geral, bebidas alcoólicas, produtos de limpeza, balas e guloseimas) e farmácias (desodorantes, lenços umedecidos, fraldas, protetores solares, cremes faciais, produtos para cabelos, medicamentos, aparelhos de barbear etc.);

c) aparelho celular: furto de aparelhos celulares, tanto na rua quanto no transporte público e estabelecimentos comerciais;

7 STJ, AgRg no AREsp 2283304/SC, 5ª Turma, Min. Rel. Ribeiro Dantas, j. 27/04/2023, DJe 03/05/2023. STJ, AgRg no AREsp 1.538.022/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, j. em 03/03/2020, DJe 12/03/2020.

8 Esse capítulo contou com a colaboração da Diretoria de Estudos e Pesquisa de Acesso à Justiça da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro que publicou a pesquisa com os dados

d) dinheiro: furtos de dinheiro em espécie, em caixas eletrônicos e mediante uso de cartão de crédito da vítima;

e) eletrodomésticos/eletroeletrônicos: compreende situações em que os objetos furtados eram aparelhos eletrônicos ou eletrodomésticos, como computador, notebook, televisão, geladeira, ventilador, aparelho de som e aparelhos celulares, quando em conjunto com outros eletrônicos, seja em estabelecimentos comerciais ou residências.

f) metais: cabos de energia, telefonia, rede, fibra ótica, fios de cobre e outros objetos de alumínio como portões, placas de ferro e de bronze, calhas metálicas, conexão de mangueiras de incêndio, dormentes ferroviários, grades e tampas de bueiro;

g) objetos pessoais: itens como bolsas, mochilas e carteiras contendo dinheiro e outros objetos pessoais, como cartões de crédito e de débito, documentos, fones de ouvido, óculos, aparelho celular, bem como cordões, anéis e outros objetos retirados do interior de veículos ou na rua;

h) transporte: veículos, motocicletas, bicicletas, assim como peças desses meios de transporte, quais sejam, baterias, rodas, estepes, cabo de vela e outros objetos relacionados, como capacete e frente de aparelho de som;

i) vestuário: roupas e calçados furtados de estabelecimentos comerciais;

j) tentativa: agrupa os casos em que não foi possível saber o que seria furtado, pois as pessoas acusadas foram abordadas antes de ter a posse de algum objeto;

k) diversos: relaciona todos os objetos que não se enquadraram nas categorias acima, ou se enquadraram, mas traziam duas ou mais categorias (por exemplo, aparelho celular e veículo).

Dentre esses grupos, esse estudo foca naqueles cujos bens se relacionam a gêneros alimentícios, bebidas, higiene pessoal e metais, porquanto em regra os valores de tais bens não são expressivos. Aliás, são os maiores números constatados de pessoas apresentadas por crime de furto.

Figura 1: Furto de bens

Água/energia/gás	141
Alimentos/bebidas/itens de higiene	943
Celular	487
Dinheiro	115
Diversos	492
Eletrodomésticos/eletroeletrônicos	167
Ferramentas	31
Metais	1.026
Objetos pessoais	193
Tentativa	93
Transporte	361
Vestuário	118
Sem informação	8
Total	4.175

Como se pode ver pela figura acima, o furto de bens classificados como “metais” deram ensejo a 1.026 (mil e vinte e seis) ocorrências, seguido pelos itens “alimentos/bebidas/itens de higiene”. Tais fatos ocorreram em maior número em mercado, supermercado, mercearia e farmácia.

Figura 2: Furto cujos bens foram “alimentos/bebidas/itens de higiene” (N=943)

Açougue/frigorífico	4
Armazém	2
Banca de jornal	2
Bar	3
Caminhão	12
Clube	2
Depósito de bebidas	4
Distribuidora/transportadora	2
Estabelecimento comercial	9
Farmácia	125
Galpão	2
Igreja	1
Loja	75
Mercado/supermercado/mercearia	683
Padaria	3

Com relação às 943 ocorrências de furto cujos bens foram “alimentos/bebidas/itens de higiene” (figura 1), 241 correspondem a bens de valor até 10% do salário mínimo (equivalente a 25,6%).

Em muitos destes casos, após a audiência de custódia, o princípio da insignificância foi aplicado, ensejando arquivamento do inquérito policial a pedido do Ministério Público, rejeições de denúncia, trancamento da ação penal, absolvição sumária, absolvições etc.

Figura 3: Decisão final após a audiência de custódia

Decisão final	Quant.	Motivo
Arquivamento inquérito policial	38	Aplicação princípio da insignificância (36)
		Crime impossível (1)
		Estado de necessidade/furto famélico (1)
Rejeição da denúncia	7	Aplicação princípio da insignificância (6)
		Ausência de prova da autoria delitiva (1)
Absolvição sumária	13	Aplicação princípio da insignificância (13)
Trancamento ação penal	3	Aplicação princípio da insignificância (3)
Extinção da punibilidade	6	Óbito (5)
		Cumprimento condições <i>sursis</i> (1)

Ainda dentro do grupo “alimentos/bebidas/itens de higiene”, 159 de 943 referem-se a bens de até 20% do salário mínimo (16,7%).

Das 60 decisões analisadas pela pesquisa da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 56,7% geraram condenação, ao passo que, em 22 delas foi reconhecido o princípio da insignificância (36,6%). Importante frisar que, muitos casos de condenação, os bens, possuíam valores de até 20% do salário mínimo, contudo, em razão de reincidência e anotações criminais na maioria dos casos (v. figura 4) foi afastado o princípio.

Figura 4: Decisão final e aplicação do princípio da insignificância

Decisão final	Quant.	Motivo
Arquivamento inquérito policial	10	Aplicação princípio da insignificância (10)
Rejeição da denúncia	2	Aplicação princípio da insignificância (2)
Absolvição sumária	5	Aplicação princípio da insignificância (5)
Extinção da punibilidade	3	Óbito (2)
		Cumprimento ANPP (1)
Condenação	34	Ausência de previsão legal afasta princípio da insignificância (2)
		Reincidência/anotações criminais (22)
		Valor não é irrisório (5)
		Outro (1)
		Sem informação (4)
Absolvição	6	Ausência de prova da autoria delitiva (1)
		Aplicação princípio da insignificância (5)



4. Da consequência do reconhecimento do princípio da insignificância na audiência de custódia

A título de ilustração, considerando os 241 casos referentes a furtos de bens com valor até 10% do salário-mínimo, 202 indivíduos receberam a liberdade provisória, com ou sem fiança, ou com ou sem medida cautelar diversa da prisão, o que equivale a 83,8%.

Partindo desse mote, verifica-se que na grande parte dos casos que envolvem furtos de ínfimo valor, as pessoas são colocadas em liberdade (seja por concessão da liberdade provisória, seja por relaxamento da prisão), valendo destacar que nem sempre com menção expressa ao princípio da insignificância nos fundamentos da decisão pelo juízo da audiência de custódia.

Nesse ínterim, não se pode olvidar das perguntas indicadas na introdução deste breve estudo: é possível reconhecer o princípio da insignificância na audiência de custódia? Sendo reconhecido e utilizado como fundamento, seria possível reconhecer a atipicidade da conduta em razão da insignificância nesta modalidade de audiência? Se sim, seria caso de arquivamento da persecução penal ou configuraria a coisa julgada?

É sabido que a autoridade judicial deve seguir algumas etapas para a tomada de decisão na audiência de apresentação. Resumidamente, primeiro, deve analisar a legalidade e regularidade do flagrante, incluindo seus aspectos formais. Após, tipificar a conduta narrada no auto de prisão em flagrante (APF), mantendo ou alterando a tipificação da autoridade policial para, então, avaliar se medidas cautelares diversas são suficientes e adequadas para o caso e, em caso negativo, se debruçar sobre a necessidade da prisão.

Dentro desse processo decisório, cabe também ao magistrado averiguar, além da tipicidade formal, se o fato é materialmente típico. O reconhecimento da atipicidade material do fato leva ao relaxamento da prisão, haja a vista a ausência de tipicidade da conduta.

Nada obstante, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em estudo de análise de casos em audiência de custódia, verificou que há decisões que não relaxam a prisão ao constatar o preenchimento dos requisitos jurisprudenciais do princípio da insignificância, mas afastam a necessidade da prisão provisória, salientando que a hipótese de relaxamento é aquela que mais se aproxima dos objetivos e valores da Resolução CNJ 213/2015. A saber:

Nada obstante, sem adentrar a análise meritória neste momento, possa ser reconhecida, pelo juiz natural, a ausência da lesividade da conduta do autuado **pela pouca expressão do prejuízo suportado pela vítima, pouca periculosidade social da ação, bem assim reduzido grau de reprovabilidade e mínima ofensividade**, vetores entendidos por autorizadores do reconhecimento do princípio da insignificância, segundo o STF. É neste sentido que vem decidindo o STJ: “PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FEMINICÍDIO TENTADO. PRISÃO PREVENTIVA. CONVERSÃO DO FLAGRANTE DIRETAMENTE PELO JUIZ. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 310 DO CPP. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO DESPROVIDO. (RHC 74700 MG 2016/0213522-2. T5/QUINTA TURMA. Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS)”. (...) **O *periculum libertatis* não está presente, tanto por ser insignificante a lesão provocada no patrimônio da vítima** como por não existir nenhum dado concreto que, numa análise perfunctória, indique pela probabilidade de cometimento de novos delitos por parte do autuado. Grifado

É de se notar que há casos trazidos pelo CNJ, no mencionado estudo, que sequer reconhecem a possibilidade de aplicação da insignificância no momento processual da custódia, em clara afronta ao entendimento dos tribunais superiores.

Inicialmente ratifico a homologação do flagrante já contida nos autos pelo tipo legal estabelecido nos autos (Art. 155 c/c art. 14, II, ambos do Código Penal), tendo em vista que não há fato novo nessa audiência capaz de provocar a mudança dos seus fundamentos. O flagrante ocorreu de forma legal, conforme o art. 302, III, do CPP. Destarte, **entendo que não cabe, pelo menos nesse momento processual, o relaxamento do flagrante por aplicação do princípio da insignificância**, haja vista que para fins de aplicação do referido princípio devem ser analisados, a par do valor econômico do bem, também a reprovabilidade da conduta do imputado.

Ademais, impende salientar que, sendo caso de relaxamento da prisão – ilegal –, é possível que se promova o arquivamento do inquérito policial no próprio juízo da custódia, conforme a Resolução CNJ 213/2015.

Nesse sentido, vale transcrever os artigos trazidos pela citada Resolução.

Art. 8º. (...)

IX – após a oitiva da pessoa presa, o juiz deferirá ao Ministério Público e à defesa técnica, nesta ordem, perguntas compatíveis com a natureza do ato, sem relação com o mérito da causa, **permitindo-lhes em seguida requerer**: (redação dada pela Resolução n. 562, de 3.6.2024)

b) o **arquivamento do inquérito policial**, se for o caso, sendo vedada a apreciação da matéria por juiz ou juíza plantonista (redação dada pela Resolução n. 562, de 3.6.2024). Grifado

Art. 8º-A. (...)

§4º Proferida a decisão que resultar no relaxamento da prisão em flagrante, na concessão da liberdade provisória com ou sem a imposição de medida cautelar ou, **quando determinado, o imediato arquivamento do inquérito**, a pessoa presa em flagrante delito será prontamente colocada em liberdade e será informada sobre seus direitos e obrigações, sem necessidade de retorno à carceragem do local onde ocorrem as audiências (redação dada pela Resolução n. 562, de 3.6.2024). Grifado

Como se vê, a Resolução expedida pelo CNJ autoriza que seja feito pedido de arquivamento e que este seja determinado em sede de audiência de apresentação. Desta forma, nos casos anteriormente analisados de furto de bagatela, nos quais há uma ausência de tipicidade material, é plenamente possível, desde logo, promover-se o arquivamento do APF.

Por outro lado, o STF, no julgamento do HC 157.306 , entendeu que a decisão dada pelo juízo da custódia é baseada em mero juízo de verossimilhança, limitando-se a apurar a regularidade da prisão e que eventual reconhecimento da atipicidade do fato restringe-se apenas aos aspectos da prisão em flagrante, não sendo caso de formação de coisa julgada material.

O caso tratava de pessoa presa em flagrante em razão da suposta prática dos crimes de associação criminosa (art. 288, CP) e corrupção de menores (244-B, Lei

8.069/90), na época de manifestações políticas. Apesar de não se tratar de um crime semelhante ao analisado neste estudo (furto), fato é que o STF abordou a questão da atipicidade reconhecida na audiência de custódia. Com efeito, no caso concreto, o juiz da custódia relaxou a prisão das pessoas apresentadas por entender pela atipicidade das condutas, tendo em vista que estariam apenas reunidos pacificamente para participar da manifestação.

Posteriormente, o Ministério Público apresentou denúncia contra estas pessoas e a defesa impetrou Habeas Corpus para trancar a ação penal, sob o fundamento de que o juiz, ao entender que a conduta da paciente era atípica –, portanto, prisão ilegal –, e diante da ausência de recurso por parte do Ministério Público em face da decisão de relaxamento, a situação estaria consolidada, obstaculizando a apresentação de denúncia.

No julgamento, entendeu a Corte que o órgão julgador apontou a atipicidade dos fatos como fundamento para desnecessidade da prisão cautelar, não sendo óbice à atuação posterior do Ministério Público, que é o titular da ação penal, de apresentar denúncia com relação a esses fatos.

O relator, Min. Fux, sustentou que não há uma cognição exauriente na audiência de custódia com relação aos fatos que levaram à prisão do indivíduo, sob pena de ferir o devido processo legal e violar o sistema acusatório. Em outras palavras, restou assentado no voto do relator que há uma “ausência de espaço cognitivo, no âmbito da audiência de custódia, acerca do mérito de eventual ação penal, sendo descabida e, necessariamente desprovida de efeitos, qualquer valoração realizada pelo órgão jurisdicional acerca do juízo de mérito”.

Contudo, há que se fazer uma ponderação. O STF analisou um caso em que a audiência de custódia foi realizada pelo juízo plantonista que careceria de competência jurisdicional para adentrar ao mérito do feito – ou seja, não foi pelo juízo natural. Diferente seria o caso em que a audiência fosse feita pelo juízo competente que, caso reconheça a atipicidade do fato já poderia prosseguir com o arquivamento quando suscitado pelas partes, especialmente pelo titular da ação penal com atribuição da *opinio delicti*.

Assim, é bem verdade que o STF não impôs óbice ao reconhecimento da atipicidade na audiência de custódia com imediato arquivamento da persecução penal quando se tratar de audiência realizada pelo juízo competente.

Desta forma, ao que parece, a previsão normativa da Resolução CNJ 213/2105 sobre o arquivamento, em tese, serviria para audiências de custódia que ocorrem no próprio juiz natural.

Não é este o caso do Estado do Rio de Janeiro, em que as audiências de apresentação são realizadas em centrais de audiências de custódia, sendo designados juízes que não são os juízes naturais da causa. Neste caso, a questão, de fato, fica mais complexa porque nem o Ministério Público atuante na audiência de custódia teria atribuição para promover o arquivamento, tampouco o juiz teria competência para realizar o controle desse arquivamento, na forma do art. 28 do CPP.

Diante disso, não há qualquer notícia de que algum caso tenha sido arquivado em audiências desta modalidade no Rio de Janeiro, sendo que, acatado como argumento a atipicidade material em razão da insignificância, as decisões dos juízes se dividem em relaxamento da prisão e liberdade provisória com ou sem imposição de medidas cautelares diversas da prisão.



5. Conclusão

Com a imposição convencional, das normas pátrias e da jurisprudência de realização da audiência de custódia para apresentação da pessoa presa a uma autoridade judicial, este momento, entre outras funções, é um importante filtro na porta de entrada para que apenas aqueles casos mais graves ingressem no sistema.

Nesse contexto, foi visto que muitas pessoas são presas em casos de furtos de bens com valor de até 10% ou 20% do salário mínimo, mormente em delitos de furto referentes a bens de higiene pessoal, bebidas, alimentos e metais, porém são colocadas em liberdade seja por relaxamento da prisão, seja pela desnecessidade da prisão. Constatou-se, ainda que, em diversos destes casos, foi reconhecida atipicidade material diante da incidência do princípio da insignificância, após as audiências de custódia, ensejando arquivamento do

inquérito, rejeição da denúncia, absolvição sumária ou absolvições no mérito. Por outro lado, os dados constantes da pesquisa da Defensoria Pública mostraram que, em muitos outros casos, não foi reconhecido o referido princípio durante o trâmite processual, sob fundamento de reincidência ou anotações criminais.

Restou demonstrado, pois, a possibilidade de suscitar como tese a ausência de tipicidade material da conduta em sede das audiências de apresentações das pessoas presas e o reconhecimento por parte do juízo da custódia. A consequência da aplicação de tal princípio mostrou-se diverso em alguns casos, havendo quem decida pelo relaxamento da prisão – hipótese mais consonante com as diretrizes do CNJ –, ao passo que outros entendem pela desnecessidade da prisão.

Quanto à possibilidade de reconhecer a atipicidade material da conduta que pode gerar o arquivamento da persecução penal, averiguou-se que há previsão normativa na Resolução CNJ 213/2015, no entanto o STF entende que não seria possível proceder com arquivamento em sede de audiência de custódia, muito embora seja utilizado como fundamento opinativo na decisão a atipicidade da conduta.

Vale lembrar, contudo, que o julgado analisado se refere à hipótese de audiência realizada por juízo plantonista, razão pela qual seria absolutamente incompetente para apreciar o mérito do caso, estando limitado à análise da regularidade da prisão. Logo, é lícito concluir que a previsão constante da referida Resolução se mantém incólume, caso a audiência seja feita pelo juiz natural.



CONFLITO DE INTERESSE

Nenhum declarado



REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Manual sobre tomada de decisão na audiência de custódia: parâmetros gerais**. Coordenação de Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi et al. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Manual sobre tomada de decisão na audiência de custódia: parâmetros para crimes e perfis específicos**. Coordenação de Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi, et al.. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020.

CERVINI, Raul. **Os processos de descriminalização**, tradução da 2. ed. espanhola. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GOMES, Luís Flávio. **O princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 2. ed. São Paulo: editora RT, 2010.

HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. **Direito Penal: parte geral**. Tradução: Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

LUZ, Yuri Corrêa. Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. **Revista de Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 203-234, jan/jun. 2012.

STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal. Parte general I: el hecho punible**. Tradução: Manuel Cancio Meliá, Marcelo A. Sancinetti. Madrid: Thomson Civitas, 2005.

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

VICO MAÑAS, Carlos. Princípio da insignificância: excludente da tipicidade ou da ilicitude: *In: Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco.* São Paulo: RTRevista dos Tribunais, 2003.



Correspondence address:

Daniel Diamantaras de Figueiredo
Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro - Sede Administrativa
Avenida Marechal Câmara, 314 - CEP 20020-080 - Centro, RJ
E-mail: daniel.figueiredo@defensoria.rj.def.br

Enviado para submissão:

17/07/2024

Aceito após revisão:

05/09/2024

Publicado no Fluxo Contínuo

17/09/2024