



DIREITO PENAL EQUILIBRADO E A APLICAÇÃO PELO DELEGADO DE POLÍCIA

Alexandre Henrique Leme Silva¹

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo central demonstrar e discutir o tema do Direito Penal Equilibrado atrelado à atuação do Delegado de Polícia no exercício da função de Polícia Judiciária demonstrando que a utilização dos princípios norteadores do denominado Direito Penal Equilibrado acarreta maior eficiência e eficácia no combate à criminalidade e o prestígio do Poder Estatal Punitivo estatal evitando mover toda a máquina pública em casos de menor relevo social.

PALAVRAS CHAVE: Direito Penal Equilibrado. Delegado de Polícia. Princípios. Aplicação.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo central demonstrar e discutir o tema do Direito Penal Equilibrado atrelado ao exercício da Polícia Judiciária notoriamente por meio da atuação Delegado De Polícia. Vale lembrar que o intuito não é esgotar totalmente o tema, tendo em vista que tal assunto é vastíssimo e necessita de um alcance mais profundo.

O Direito Penal Equilibrado é um modelo de direito ligado intimamente a uma política criminal equilibrada, isto é, propugna a intervenção mínima do Direito Penal na solução dos conflitos sociais e a Polícia Judiciária dirigida pelo Delegado de Polícia é uma ferramenta essencial para aplicação dessa filosofia.

Com efeito, o Direito Penal Equilibrado está calcado em alguns princípios que excluem a tipicidade material ou excluem a ilicitude das condutas que subsumem ao tipo penal, não violando o ordenamento jurídico, bem como em outros princípios penais importantes.

¹ Delegado de Polícia do Estado de São Paulo. Advogado Licenciado. Foi Cadete do Curso de Formação de Oficiais da PMMG. Realizou o Curso de Formação para Juiz Leigo do TJ/RS. Foi Conciliador no TJ/SP. Foi Estagiário do Ministério Público Estadual e Federal. E-mail: alemesilva@gmail.com



Desse modo, o Delegado de Polícia deve conhecer os seguintes princípios: intervenção mínima, insignificância, adequação social, lesividade, proporcionalidade, fragmentariedade, subsidiariedade, legalidade, dignidade da pessoa humana, dentre outros.

Ademais, a política minimalista citada afasta tanto a tese do anti-liberalismo penal que abusa do direito de punir do Estado quanto à tese da liberdade selvagem que pretende excluir o Direito Penal do sistema jurídico representada pelos autores abolicionistas.

Nos dias atuais, em razão de vários fatores que serão expostos mais adiante, cada vez mais o Direito Penal perde o seu caráter de *ultima ratio* em detrimento da *prima facie* (*prima ratio*) ou pelo menos tentam mitigar àquela função originária concebida ao Direito Penal, porém cabe ao Delegado de Polícia como primeiro garantidor dos direitos fundamentais do indivíduo evitar injustiças na seara criminal atuando com cautela e razoabilidade.

Assim sendo, frente às mazelas acarretadas pelo crescimento da criminalidade, a resposta ofertada pelo Estado vem sempre por meio da árdua alteração na legislação criminal, muitas vezes preocupada mais com a natureza retributiva da pena, deixando de verificar o ordenamento jurídico-penal sistematicamente, o que gera a ineficácia no combate ao crime e, por conseguinte, a famigerada sensação de impunidade que permeia a sociedade.

Além disso, no aspecto dogmático, desenvolveremos de maneira sucinta e abreviada a tese da tipicidade conglobante do doutrinador Eugênio Zaffaroni, bem como do garantismo penal integral, a fim de demonstrar que esses prismas contribuem significativamente para o Direito Penal Equilibrado e para a atuação do Delegado de Polícia.

1. DIREITO PENAL EQUILIBRADO, DIREITO PENAL DO EQUILÍBRIO OU DIREITO PENAL MÍNIMO

A título de esclarecimento optamos por designar a denominação direito penal equilibrado ao invés do Direito Penal Mínimo ou do Direito Penal do Equilíbrio expressão esta cunhada por Rogério Greco, a fim de afastar a ideia de uma aplicação mínima no sentido pejorativo e leigo da palavra, ou seja, se houvesse um direito penal médio e optássemos por um direito penal mínimo.



Ultrapassada essa fase, avante ao tema, como forma de buscar o equilíbrio entre a doutrina do abolicionismo penal que sustenta o fim do direito penal e o movimento de lei e ordem que amplia o direito penal, aparece em tela o direito equilibrado que norteia todo o pensamento do garantismo penal integral que será exposto em breve, corroborando a tutela de bens jurídicos imprescindíveis ao convívio social, de modo a garantir os direitos inerentes ao indivíduo antes de aplicar a sanção penal, bem como a proteção da sociedade em face do crime e protegendo a sociedade. Tal escola é baseada nos seguintes princípios: dignidade da pessoa humana, intervenção mínima, lesividade, adequação social, insignificância, individualização da pena, responsabilidade pessoal, proporcionalidade, limitação das penas, culpabilidade e legalidade.

2. DIREITO PENAL MÁXIMO

Em outro diapasão, surge o movimento lei e ordem baseado em um Direito Penal meramente simbólico, com a ampliação legislativa da matéria penal, a qual entra muitas vezes em colisão, resultado da incongruência do legislador, que esquece ou ignora por desconhecimento o papel imprescindível da sistematização do ordenamento jurídico-penal, sobretudo ao esquecer-se dos princípios constitucionais estampados na Constituição Federal.

A política criminal conhecida como Tolerância Zero² foi criada no início da década de 90 do século passado. Iniciou-se em Nova York, visando efetivamente varrer das ruas à criminalidade que assolava o mencionado estado americano. Porém, tal movimento sofreu diversas críticas por ser um programa cujo principal objetivo era coibir a expansão de crimes, de modo que a população marginalizada e pobre era excluída do corpo social em detrimento de uma maior segurança às classes mais favorecidas, utilizando-se do direito penal como forma de proteção de bens jurídicos gerais e abstratos voltados apenas à população mais abastada.

Nesse sentido, Leonardo Sica³:

² GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio, op.cit., p. 14.

³ SICA, Leonardo. Direito Penal de Emergência e alternativas à prisão, p. 77.



“O terreno fértil para o desenvolvimento de um direito penal simbólico é uma sociedade amedrontada, acuada pela insegurança, pela criminalidade, e pela violência urbana”.

Embora não se possa negar o considerável grau de intimidação que o direito penal apresenta, não podemos esquecer que tal ramo do direito é ineficaz como único meio de conter o avanço da criminalidade, tanto é verdade que os delitos continuam a acontecer a cada dia, com maior intensidade.

Luiz Flávio Gomes⁴ critica a política criminal de lei e ordem:

“Apesar de tantas leis punitivas, o que mais importa saber é que a criminalidade não diminuiu. De acordo como os dados do IBGE, de 2010, a taxa de mortes por homicídio no país aumentou de 19,2 em 1992 para 25,4 em 2007, para cada 100 mil habitantes. Aumento de 32%! Pesquisa revelada pelo índice de Homicídios na Adolescência-IHA (pesquisa em 267 municípios com mais de 100 mil habitantes) dá conta de que entre 2006 e 2012, serão assassinados mais de 33 mil adolescentes no Brasil. A política punitivista (leis com mais rigor penal) não é efetiva (é enganosa). Já passou da hora de nós todos nos conscientizarmos de que, em matéria de política criminal, o Brasil, com o populismo penal, está no caminho errado!”.

3. DIREITO PENAL DO INIMIGO

A maior expressão desse direito penal simbólico surgiu na primeira metade da década de 80 do século XX, sustentada pelo catedrático Gunther Jakobs, que posteriormente em 1999, teria denominado a sua teoria de Direito Penal do Inimigo. (Funcionalismo normativista).

Em linhas gerais, o direito penal seria dividido em dois prismas: o primeiro consiste no tratamento dado ao cidadão, aguardando o comportamento ilícito deste, de modo a incidir a aplicação da lei penal. Por outro lado, o tratamento dado ao inimigo, tido como uma verdadeira ameaça a própria existência do Estado, devendo puni-lo severamente, sobretudo os comportamentos prévios.

Vale lembrar as lições de Manuel Cancio Meliá, crítico ferrenho do direito penal do inimigo, que descreve três características centrais em que se debruça o pensamento de

⁴ GOMES, Luiz Flávio. A mídia e o populismo penal. Disponível em: <www.lfg.com.br>. Acesso em 04 de Junho de 2011.

Jakobs: amplo adiantamento da punibilidade; penas desproporcionalmente altas e supressão ou relativização das garantias processuais.

4. PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO PENAL EQUILIBRADO

4.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A origem de tal princípio é antiga, porém seu estudo e aplicação remontam o período iluminista denominado século das luzes. Os séculos XVII e XVIII foram fundamentais não apenas ao efetivo reconhecimento de tal valor, mas também para ratificar a dignidade da pessoa humana como um valor a ser respeitado por todas as pessoas.⁵

Vale dizer que o conceito de dignidade da pessoa humana é vago e impreciso, de maneira que não é adequado defini-lo precisamente, mesmo porque sua definição sofre mudanças temporais e espaciais.

Assim, apenas analisando o caso concreto saberemos se houve ou não efetiva violação do princípio da dignidade da pessoa humana, assim como ocorre com o princípio da proporcionalidade que será mais adiante desenvolvido.

Embora seja de difícil conceituação podemos definir, a rigor, que a dignidade da pessoa humana integra a própria condição humana, de modo que seus valores são considerados irrenunciáveis e inalienáveis. As penas cruéis e as investigações alheias as garantias processuais violam o princípio em comento.

4.2 Princípio da Intervenção Mínima do Direito Penal

É uma das vigas mestras do Direito Penal Equilibrado. Por sua vez, tal princípio deveria ser seguido num momento anterior à criação do tipo penal, ou seja, pelos legisladores. O princípio da intervenção mínima apresenta dois prismas distintos, quais sejam: primeiro, deve ser analisado como um princípio que serve de norte para o legislador quando da criação ou revogação dos tipos penais; segundo, constatada a denominada

⁵ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das penas*. 4. ed. São Paulo: Ed. MartinClaret, 2010, p.71.



natureza subsidiária do Direito Penal, devendo ser vista como a *ultima ratio* de intervenção do Estado. Infelizmente no Brasil esse princípio é renegado por nossos legisladores que muitas vezes desconhecem a importância desse postulado, assim, cabe ao Delegado de Polícia analisar tal princípio no momento da análise jurídica dos fatos.

Desse modo, percebe-se que o primeiro prisma se baseia na teoria do bem jurídico, de maneira que a finalidade do Direito Penal é proteger os bens mais importantes e necessários ao convívio social, assim, apenas e tão-somente os bens de maior relevo merecerão a atenção e a resposta por meio desta seara penal, por exemplo, nos crimes de homicídio, seqüestro, roubo. As respostas para estes delitos devem ser feitas por meio das sanções penais, já que o bem jurídico tutelado são vitais para a sociedade e não há outra intervenção mais adequada do que as leis penais, pelo menos nos dias atuais e o Delegado de Polícia deve ter uma postura mais protetora da sociedade.

Existe, portanto, liberdade política na escolha dos bens que merecerão a tutela penal. Porém, tal liberdade está regada e limitada pela observação dos princípios penais fundamentais.⁶

O segundo prisma se refere à intervenção subsidiária do direito penal, uma vez que tal ramo do Direito se mostrou e se mostra extremamente drástico e terrível. Assim sendo, a interferência deste Direito só será viável caso os outros ramos do ordenamento jurídico forem ineficazes ou insuficientes para a proteção do bem jurídico.

Esse raciocínio se faz presente na visão minimalista do Direito Penal, tendo em vista que se os outros ramos do ordenamento jurídico não demonstrarem que são adequados e efetivos na proteção de determinados bens, é preferível que tal proteção seja corroborada em detrimento da drástica intervenção do Direito Penal com suas conseqüências maléficas em todos os sentidos.

De acordo com as precisas lições de Enrique Cury Urzúa⁷,

O Direito Penal é secundário ou subsidiário, porque a pena somente deve ser aplicada quando o ataque ao bem jurídico não pode sancionar-se de maneira apropriada através dos meios de protegê-lo de que dispõem os outros ramos do ordenamento jurídico. A pena é, pois, um recurso de *ultima ratio*. O mesmo se deve dizer das medidas de segurança e

⁶ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio*, op.cit., p. 72.

⁷ URZÚA Enrique Cury. *Derecho Penal-Parte Generale*. Editorial: Pontificia Universidad Católica de Chile. p.54-55.

correção. Este caráter secundário ou subsidiário do Direito Penal é uma consequência das tendências político-criminais do presente, inspiradas no princípio da humanidade.

No mesmo sentido, afirma Roxin⁸ que o Direito Penal é tão-somente:

A última dentre todas as medidas protetoras que se devem considerar, quer dizer, que somente pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema – como a ação civil [...], as sanções não penais, etc. Por isso, se denomina a pena como a ultima ratio da política social e se define sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos.

Paulo de Souza Queiroz⁹ a seu tempo, afirma:

O Direito Penal deve ser, enfim, a extrema ratio de uma política social orientada para a dignificação do homem. Semelhante intervenção há de pressupor, assim, o insucesso das instâncias primárias de prevenção e controle social, família, escola, trabalho etc., e de outras formas de intervenção jurídica, civil, trabalhista, administrativa. Vale dizer: a intervenção penal, quer em nível legislativo, quando da elaboração das leis, quer em nível judicial, quando da sua aplicação concreta, somente se justifica se e quando seja realmente imprescindível e insubstituível.

4.3 Princípio da Lesividade ou Ofensividade

O princípio da lesividade (*nullum crimen sine injuria*), correspondente ao quarto axioma proposto por Ferrajoli, no Sistema Garantista, revela que somente as condutas lesivas aos bens jurídicos de terceiros ou alheios são consideradas criminosas de maneira que não poderá haver incriminação de condutas que não ofendam bem jurídico de outrem, por exemplo, automutilação, suicídio tentado, dano à coisa própria.

Vale ressaltar as quatro orientações desenvolvidas por Nilo Batista, quais sejam¹⁰: proibição de incriminação que digam respeito a uma atitude interna do agente; proibição de incriminações de comportamentos que não excedam ao âmbito do próprio autor; proibição de incriminações de simples estados ou condições existenciais; proibição de incriminações de condutas desviadas que não viola qualquer bem jurídico.

⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penale - Parte General*. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 65.

⁹ QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008, p. 125.

¹⁰ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito*. Editora Revan, pp. 92-94.



Desse modo, o Direito Penal só deve proibir condutas que extrapolem a seara do próprio agente, ou seja, que afetem bens jurídicos de terceiros. Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes¹¹, assevera:

Uma vez que se concebe que a ofensividade é condição necessária, ainda que não suficiente, da intervenção penal e que o delito é expressão de uma infração ao Direito (lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido), tem relevância ímpar exigir do legislador a descrição do fato típico como uma ofensa a um determinado e específico bem jurídico.

Por sua vez, o princípio da lesividade deve ser conjugado com outros princípios, a saber: intervenção mínima, adequação social, insignificância, entres outros. Assim, a criação dos tipos penais deve pautar pela observância desses princípios e cabe ao Delegado de Polícia aplicar o direito observando tais princípios.

Diante desse quadro, os delitos de perigo abstrato são muito questionados, pois não há efetiva lesão ao bem jurídico, mas mera presunção de que certas condutas podem afetar a terceiros, o que não legitima a atuação do Direito Penal. Da mesma maneira ocorre com a contravenção penal de vadiagem. Porém, é importante notar que crimes de perigo abstrato como porte ilegal de arma de fogo e tráfico de drogas geram danos irreparáveis para sociedade devendo, inclusive, ter uma resposta estatal mais rígida inclusive para o primeiro delito mencionado.

Nesse contexto, Nilo Batista¹² diz:

O mesmo fundamento veda a punibilidade da autolesão, ou seja, a conduta externa que, embora vulnerando formalmente um bem jurídico, não ultrapassa o âmbito do próprio autor, como exemplo o suicídio, a automutilação e o uso de drogas. No Brasil, (...) incrimina o uso de drogas, em franca oposição ao princípio da lesividade e às mais atuais recomendações político-criminais.

Discordamos, porém, do autor mencionado quanto ao o crime previsto no artigo 28 da lei 11.343/2006 relativo ao consumo de drogas. Em que pese correntes doutrinárias sustentarem que a conduta praticada pelo agente não excede a seara do próprio usuário, entendemos que é um problema eminentemente de saúde pública, porém a

¹¹ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. Editora RT, p.35.

¹² BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito*, op.cit., pp. 92-93.



descriminalização ainda não seria um melhor caminho, salvo se o Estado conseguisse implantar políticas públicas efetivas para os usuários dependentes, tendo em vista que o usuário de droga sustenta todo o comércio de drogas.

Desta feita, o princípio em tela deverá nortear o legislador, a fim de que tão-somente aquelas condutas que excedam a pessoa do agente, bem como afetem bens de importância possam vir a ser vedadas pelo Estado por meio do Direito Penal (*Jus Puniendi*) e o Delegado de Polícia deve ter essa consciência e não ser um mero operador formal do direito.

4.4 Princípio da Adequação Social

O princípio da adequação social foi desenvolvido pelo professor alemão Hans Welzel e contribui tanto como princípio orientador do legislador quanto para a criação ou para a revogação dos fatos penalmente típicos, assim como instrumento de interpretação dos tipos penais.

Hans Welzel¹³ explica:

Na função dos tipos de apresentar o modelo de conduta proibida se põe de manifesto que as formas de condutas selecionadas por eles têm, por uma parte, um caráter social, quer dizer, estão referidas à vida social, mas, por outra parte, são precisamente inadequadas a uma vida social ordenada. Nos tipos penais se faz patente a natureza social e ao mesmo tempo histórica do Direito Penal: assinalam as formas de conduta que se apartam gravemente das ordenações históricas da vida social.

Isto repercute na compreensão e interpretação dos tipos, que por influência da doutrina da ação causal eram demasiado restritas, enquanto se via a essência do tipo em lesão causais dos bens jurídicos.

Com efeito, os costumes estão intimamente ligados ao princípio em tela, pois traduzem o comportamento da sociedade em determinada época, assim, servirão de norte, também, para o intérprete no momento de aplicar o direito no caso concreto, de modo que os modelos de conduta aparentemente proibidos ou impostos pela lei penal estejam em consonância com as aspirações sociais. Caso contrário, o legislador estaria influenciando a população a cometer crimes, o que é impensável e inadmissível em pleno século XXI.

¹³ WELZER, Hans. *Derecho penal alemán*, 4. ed. Editorial jurídica do Chile, 2011, p. 66.



Por exemplo, o crime de ato obsceno previsto no artigo 233 do Código Penal deve ser interpretado de modo mais flexível do que era no momento de sua criação, ou seja, na década de 40 do século XX. Assim, atualmente, um homem que beija sua namorada em público não pode ser acusado de cometer tal crime, salvo se afrontar incisivamente a comunidade em que vive, o que dificilmente ocorre nos dias atuais. No metro de São Paulo é comum ver casais se beijando discretamente sem alarde e sem constranger as outras pessoas, inclusive casais homossexuais.

Desse modo, o Delegado de Polícia deve aplicar o princípio da adequação social, pois é imprescindível para que não sejam proibidas condutas que já estejam perfeitamente assimiladas pela sociedade evitando que tal fato seja encaminhado desnecessariamente para juiz e este afastar a tipicidade do fato depois de movida toda a máquina pública desperdiçando recursos públicos.

Eis as lições de Assis Toledo¹⁴:

A ação socialmente adequada está desde o início excluída do tipo, porque se realiza dentro do âmbito de normalidade social, ao passo que a ação amparada por uma causa de justificação só não é crime, apesar de socialmente inadequada, em razão de uma autorização especial para a realização da ação típica”.

3.5 Princípio da Insignificância

O estudo do princípio em tela será desenvolvido no capítulo referente à tipicidade conglobante.

3.6 Princípio da Proporcionalidade

Os estudos acerca da pena proporcional não são recentes. Desde o século XVIII, sobretudo com a obra magna de Cesare Beccaria¹⁵ intitulada “Dos delitos e das penas” criada no ano de 1764, as discussões vêm ocorrendo constantemente, ora evoluindo, ora regredindo.

¹⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. Editora Saraiva, São Paulo, pp. 131-132.

¹⁵ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das penas*, op.cit., p.69.



Vale lembrar que o Código de Hamurabi (elaborado pelo rei Hamurabi em 1700 a.C) foi o primeiro que nos apresentou uma noção mínima de proporcionalidade, ainda que o famoso brocardo olho por olho e dente por dente não cumprisse satisfatoriamente o princípio em tela.

Sem sombra de dúvidas um dos mais fecundos problemas do Direito Penal atual é encontrar, justamente, a verdadeira pena proporcional ao delito praticado, principalmente quando se observa sanções alternativas à pena privativa de liberdade. Entendemos, por exemplo, que a pena de homicídio culposo (1 ano a 3 anos)¹⁶ é baixa, tendo em vista que o bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico é a vida. Já a pena do furto simples¹⁷ é de 1 a 4 anos de prisão, o bem jurídico protegido é o patrimônio que deveria ser menos importante que a vida do indivíduo. Além disso, a pena mínima do crime de corrupção e do furto qualificado é a mesma ainda que o crime de corrupção (crime contra a administração pública) seja mais grave do que o crime de furto (crime contra o patrimônio). São apenas dois exemplos de várias incongruências do ordenamento jurídico penal brasileiro.

Com efeito, a elaboração do raciocínio ideal que considera a austeridade da pena conforme a gravidade do delito é difícil e complicada, ainda mais no atual momento de inflação legislativa no campo penal, tendo em vista que cada tipo merecerá a sua comparação no ordenamento jurídico-penal.

Nesse sentido Nilo Batista, Eugênio Zaffaroni, Alagia e Slokar¹⁸:

já que é impossível demonstrar a racionalidade da pena, as agências jurídicas devem, pelo menos, demonstrar que o custo em direitos da suspensão do conflito mantém uma proporcionalidade mínima como o grau de lesão que tenha provocado. Temos aí o princípio da proporcionalidade mínima da pena com a magnitude da lesão. Com esse princípio não se legitima a pena como retribuição, pois continua sendo uma intervenção seletiva do poder que se limita a suspender o conflito sem resolvê-lo e, por conseguinte, conserva intacta sua irracionalidade. Simplesmente se afirma que o Direito Penal deve escolher entre irracionalidades, deixando passar as de menor conteúdo; o que ele não pode é admitir que a essa natureza irracional do exercício do poder punitivo se agregue um dado de máxima irracionalidade, por meio do qual sejam afetados bens jurídicos de uma pessoa em desproporção grosseira com a lesão que ela causou.

¹⁶ Código Penal Brasileiro, artigo 121 terceiro Parágrafo.

¹⁷ Código Penal Brasileiro, artigo 155.

¹⁸ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro, Editora Revan, 2003, pp. 230-231.



À luz do Direito Penal Equilibrado, entendemos que o princípio da proporcionalidade deve ser abordado, também, na sua dupla função, ou seja, como proibição do excesso e proibição da insuficiência estatal. Assim, a visão garantista deve sempre permear as mentes legislativas e judiciárias, além de servir de norte para o Delegado de Polícia, afim de que os direitos e garantias fundamentais não sejam violados ou não observados, porém o garantismo integral deve prevalecer sobre o garantismo hiperbólico monocular que será apresentado posteriormente.

Por outro lado, o Estado tem o dever constitucional de oferecer segurança e implantar minimamente as políticas públicas e sociais básicas para o bem estar social, o que está longe de acontecer, pois se o Estado fizer sua parte certamente o Direito penal não seria tão empregado como ocorre atualmente, de tal sorte que sua natureza subsidiária e fragmentária seria realmente aplicada como defende a mais abalizada doutrina e jurisprudência atual.

3.7 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade é a viga mestra dos principais sistemas jurídicos atuais e o cerne do sistema garantista desenvolvido por Ferrajoli. Esse princípio está estampado no artigo 5º, inciso XXXIX (não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal), da Constituição Federal, bem como no artigo 1º do Código Penal Brasileiro (não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal).

Vários autores entendem que a origem do princípio da legalidade se deu a denominada Magna Carta no ano de 1215, ao tempo do rei João Sem Terra. Por outro lado, autores como Cobo Del Rosal e Vives Antón entendem que o princípio da legalidade é fruto da criação do pensamento iluminista com o advento da Revolução Francesa.

Ferrajoli¹⁹ afirma:

No estado de direito o princípio da sujeição não só formal como também material da lei (ordinária) à lei (constitucional) possui um valor teórico geral, do qual resulta a diferente estrutura lógica das implicações mediante as quais formulamos o princípio de mera e o estrita legalidade.

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão, Teoria do Garantismo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro, Ed. RT, 2006, p. 307.



Esta sujeição substancial concretiza-se nas diferentes técnicas garantistas por meio das quais o legislador e os demais poderes públicos são colocados a serviço, por meio de proibições ou obrigações impostas sob pena de invalidade, das tutelas ou satisfação dos diferentes direitos da pessoa.

Ademais, apenas ter lei não significa que o indivíduo estará protegido do poder estatal, de modo que é preciso observar outros subprincípios, quais sejam *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*, *nullum crimen nulla poena sine lege scripta*, *nullum crimen nulla poena sine lege stricta* e *nullum crimen nulla poena sine lege certa*, a seguir explicados.²⁰

A lei penal deve ser elaborada antes do fato delitivo, a fim de coibir qualquer tipo de arbítrio por parte do Estado. A lei deve estar positivada para impedir a incriminação pautada nos costumes. Assim, o costume no Brasil não define o que é crime e nem comina pena.

Alguns entendem que o costume pode revogar uma infração penal, entendendo, por exemplo, que o jogo do “bixo” foi revogado pelo costume. Entretanto, a corrente majoritária com a qual concordamos entende que uma lei só poderá ser revogada por outra lei.

Em outro diapasão, o costume interpretativo é aceito e utilizado pela maioria da doutrina, a fim de extrair da norma seu real sentido, por exemplo, o termo repouso noturno previsto no artigo 155 § 1º, do Código Penal é relativo, pois depende do lugar em que o crime foi cometido. O repouso noturno na cidade de São Paulo ocorre num período diferente do repouso noturno numa cidade do interior.

Além disso, a lei penal deve ser estrita, ou seja, não pode permitir a analogia incriminadora (analogia *in malam partem*), uma vez que violaria a segurança jurídica e permitiria o arbítrio do poder estatal. Por outro lado, é permitida a analogia em favor do acusado, denominada analogia *in bonam partem*, conforme a doutrina e a jurisprudência majoritária.

Por fim, a lei penal deve ser de fácil compreensão para facilitar o entendimento de todos para que as pessoas captem o real sentido da norma incriminadora. Ainda o legislador deve ser preocupar sobremaneira com o princípio da taxatividade visando sempre coibir a ambigüidade da lei penal.

²⁰ GRECO, Rogério. *Direito penal do Equilíbrio*, op.cit. p. 124.



Desse modo, a interferência do Direito Penal na sociedade será diminuída, já que todos esses elementos deverão ser rigorosamente cumpridos juntamente com os demais princípios expostos e, portanto, o Direito Penal Equilibrado será enaltecido e aplicado cotidianamente sem deixar de lado, por óbvio, a proteção à sociedade.

4. GARANTISMO PENAL INTEGRAL

O Garantismo Penal desenvolvido por Luigi Ferrajoli é sem dúvida uma contribuição para a limitação do poder estatal em prol do indivíduo que está numa situação de hipossuficiência nessa relação, portanto, os direitos e garantias fundamentais devem ser preservados e aplicados diariamente.

Por outro lado, o garantismo penal integral segundo a visão apresentada por Douglas Fischer²¹, revela que o Estado tem o dever de proteger não só os direitos individuais, mas também os coletivos e o dever de cumprir suas funções constitucionais notoriamente previstas nos artigos III, X, XI e XXIV, da Constituição Federal. Desse modo, discordamos com as posições doutrinárias e jurisprudenciais que interpretam o garantismo penal apenas na prevalência dos direitos individuais (pode parecer contraditório com o tema do Direito Penal Equilibrado) sobre os demais direitos e princípios constitucionais de conotações coletivas como à segurança pública e a paz pública.

Desse modo, o garantismo penal integral visa proteger não só bens jurídicos individuais,²² mas também os direitos coletivos que também são considerados fundamentais e assegurados pelo que o Estado, por exemplo, promovendo segurança pública ao cidadão, conforme previsto na Constituição Federal e em vários Tratados Internacionais. O Estado não aplica as políticas públicas voltadas para a sociedade, de modo que contribui para o aumento da criminalidade.

Essa omissão é relevante e deveria ser sanada. Porém, os legisladores preferem criar novos tipos penais ou aumentar a pena para crimes específicos enquanto os crimes de colarinho branco continuam com penas baixas, a fim de mascarar a ausência Estatal, pois é

²¹ FISCHER, Douglas. *Garantismo Penal Integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais*. Revista da Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n°28, mar.2009, p. 20. Disponível em: <http://revistadoutrina.trf4.jus.br/edição028/Douglas_fischer.html>.

²² FISCHER, Douglas. *Garantismo Penal Integral*, op.cit., p.32.



mais fácil criar um novo tipo penal ou aumentar à pena (o custo é menor) do que estabelecer uma política social consistente e que invista na população mais carente.

Vale lembrar que o imposto sobre grandes fortunas (IGF) está previsto na Constituição Federal desde 1988, mas até hoje não foi instituído pelos nossos representantes e não há debates profundos acerca disso.

Dessa forma, cabe ao Delegado de Polícia como primeiro guardião da sociedade protegê-la e não poderá deixar de atuar em flagrante o criminoso sob o argumento de que o Estado não forneceu políticas públicas, já que a segurança pública é um direito constitucional e deve ser garantido pelo Estado.

5. PRINCÍPIO DA TIPICIDADE CONGLOBANTE (BREVE NOÇÃO)

O princípio da tipicidade conglobante foi desenvolvido pelo argentino Eugênio Zaffaroni. Atualmente, a tipicidade penal é compreendida pela junção entre tipicidade formal (leia-se forma do crime) e tipicidade conglobante diferentemente da doutrina clássica que entendia que a tipicidade penal era apenas a tipicidade formal, ou seja, a subsunção do fato à norma.²³

Assim, a tipicidade conglobante exige que no caso concreto o aplicador do direito, leia-se, também, Delegado de Polícia, observe não só a tipicidade material (leia-se conteúdo do crime), na qual será realizada a análise e a aplicação do princípio da insignificância, por exemplo, mas também a antinormatividade da conduta perpetrada pelo agente, ou seja, a conduta não pode ser nem imposta e nem fomentada pelo Estado. (ex: oficial de justiça, cárcere privado).

Zaffaroni adverte: O tipo penal se compõe do tipo penal (adequação da conduta à individualização predominantemente descritiva feita no preceito legal, com seu aspecto objetivo e subjetivo) e do tipo conglobante (que requer a lesão ou colocação em perigo do bem jurídico tutelado mediante a comprovação da antinormatividade pela contradição da conduta com a norma, conglobada com as restantes do ordenamento que integra).

²³ Sobre o conceito de tipicidade conglobante cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2001, p. 461 e ss.



Ademais, a tipicidade penal opera como corretivo da tipicidade legal, ou seja, reduz à verdadeira dimensão da proibição da norma, a fim de deixar de fora da tipicidade penal àquelas condutas que somente são alcançadas pela tipicidade legal, mas que o ordenamento normativo não proíbe, precisamente porque as ordena ou as fomenta ou não as pode alcançar, por exceder o poder repressivo do Estado ou por ser insignificante sua lesividade.

Diante desse panorama, a doutrina mais abalizada se manifestou acerca da aplicação do Princípio da Insignificância, pelo qual não deve o Direito Penal ocupar-se com a criminalidade de bagatela, ou melhor, fato de bagatela.

Nesse sentido é o ensinamento de Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli²⁴:

A insignificância da afetação exclui a tipicidade, mas só pode ser estabelecida através da consideração conglobada da norma: toda a ordem normativa persegue uma finalidade, tem um sentido, que é a garantia jurídica para possibilitar uma coexistência que evite a guerra civil (a guerra de todos contra todos). A insignificância só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa, e, portanto, à norma em particular, e que nos indica que essas hipóteses estão excluídas de seu âmbito de proibição, o que não pode ser estabelecido à simples luz de sua consideração isolada.

Francisco de Assis Toledo²⁵ professa na mesma linha:

Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas.

Note-se que a gradação qualitativa e quantitativa do injusto, referida inicialmente (supra, n. 123), permite que o fato penalmente insignificante seja excluído da tipicidade penal, mas possa receber tratamento adequado – se necessário – como ilícito civil, administrativo etc., quando assim o exigirem preceitos legais ou regulamentares extrapenais. Aqui, mais uma vez, se ressaltam a maior amplitude e a anterioridade da ilicitude em relação ao tipo legal de crime.

²⁴ PIERANGELI, José; ZAFFARONI, Eugenio. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, pp. 564-565.

²⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. op.cit., pp. 133-134.



Assim, a tipicidade conglobante é de extrema importância para evitar a falta de lógica e a contradição no sistema normativo, pois uma conduta não pode ser lícita no civil e ser ao mesmo tempo ilícita no penal. Assim sendo, o direito deve manter a coerência e a unidade na sua aplicação.

Por fim, cabe ressaltar que o princípio da insignificância é amplamente aceito e aplicado pelos Tribunais Superiores (STF e STJ). Porém, entendemos que tal princípio deve ser aplicado não só pelos juízes, mas também pelo Delegado de Polícia observando, por óbvio, os quatro requisitos essenciais, quais sejam: a mínima ofensividade da conduta, total ausência de periculosidade social da ação, ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressiva lesão jurídica descaracterizando a tipicidade material e, portanto, a infração penal.

Assim sendo, o Delegado de Polícia pode deixar de lavrar o auto de prisão em flagrante em virtude da aplicação do princípio da insignificância, pois em determinadas situações a aplicação da norma penal de caráter geral será desproporcional e sem razoabilidade, já que a conduta praticada pelo agente, apesar de formalmente típica, pode ser penalmente insignificante como no clássico exemplo de furto de alimentos e objetos que não causam lesão ao bem jurídico, desde a conduta não seja reiterada pelo agente.

Ademais, entendemos que o Delegado de Polícia também pode deixar de atuar em flagrante delito quem tenha praticado o fato amparado por uma excludente de ilicitude clara e evidente, tendo em vista que não constitui crime pela análise fática e jurídica realizada pelo Delegado de Polícia, ou seja, para qualquer das correntes doutrinárias acerca do conceito analítico do crime, quais sejam teoria bipartida, tripartida, quadripartida ou pentapartida, figuram como requisitos mínimos do conceito de crime a conduta típica e antijurídica, ou seja, o Delegado de Polícia seguindo sua convicção jurídica entende que a exclusão da ilicitude ou antijuridicidade elimina o crime.

Já nos casos em que há dúvida sobre a excludente de ilicitude recomenda-se lavrar o auto de prisão em flagrante e deixar para o Judiciário deliberar.

Por fim, vale lembrar que o Delegado De Polícia representa ou apresenta para alguns a Polícia Civil e para tal possui atribuições constitucionais, legais e regulamentares conferidas pelo artigo 144, § 4º, da Constituição Federal, artigo 140 da Constituição Estadual Paulista, artigos 4º e seguintes do Código de Processo Penal, bem como da lei 12.830/13, entre outros dispositivos, de modo que a legislação pátria corroborou o Delegado De Polícia



como um operador do direito com convicção jurídica e independência funcional para o exercício dos atos de Polícia Judiciária e, portanto, o Delegado não pode ter receio de aplicar direito segundo sua convicção, desde que fundamentadamente e com razoabilidade.

CONCLUSÃO

Tentamos demonstrar de forma sucinta e abreviada a importância e a relevância da aplicação do Direito Penal Equilibrado nos dias atuais principalmente na atuação do Delegado De Polícia no exercício de Polícia Judiciária. O abolicionismo penal e o Direito Penal Máximo são correntes extremistas e pecam justamente pelo fato de não procurarem um equilíbrio em suas postulações. O primeiro defende a extinção do Direito Penal por conta da sua drástica intervenção (o que concordamos em parte), bem como pela sua seletividade, de maneira que os outros ramos do ordenamento jurídico, tais como Direito Civil, Administrativo, Tributário conseguem resolver todos os problemas sociais. Apesar de razoável o argumento trazido por essa escola crítica, não concordamos integralmente com suas postulações, tendo em vista que o Direito Penal ainda é necessário e imprescindível para proteger bens jurídicos extremamente importantes, por exemplo, a vida humana.

O segundo postula uma intervenção demasiada do Direito Penal no bojo da sociedade, de modo a proteger bens jurídicos não tão importantes, o que descaracteriza a finalidade precípua do Direito Penal. Assim, buscando sopesar essas duas correntes antagônicas defendemos em todo o trabalho a aplicação do Direito Penal Equilibrado, ou seja, a aplicação do Direito Penal apenas e tão somente para tutelar os bens jurídicos mais importantes da sociedade (sabemos que definir quais os bens mais importantes não é tarefa das mais fáceis).

Além disso, o caráter subsidiário do direito penal deve ser prestigiado, de modo que deverá ser aplicado em última análise, ou seja, o Direito Penal é a derradeira trincheira no combate aos comportamentos indesejáveis na sociedade e o Delegado de Polícia deve ser o primeiro garantidor dos direitos fundamentais e humanos e aplicar o direito penal com cautela e razoabilidade.

Nesse contexto, somos a favor da revogação e da não recepção constitucional de algumas contravenções penais como, por exemplo, a vadiagem, semelhante ao que ocorreu



na Alemanha, pois as contravenções não tutelam bens jurídicos imprescindíveis e que merecem tutela penal, sendo, aliás, elaboradas na década de 1940, ou seja, em outro contexto social e econômico brasileiro.

Ainda, a título de exemplo, entendemos que dirigir parcialmente embriagado não deveria ser considerado crime (artigo 304 do CTB), salvo se o risco for concreto, não só pelo fato de violar o princípio da ofensividade, mas também pelo fato de existir outros ramos do Direito que intervenham de modo mais incisivo e eficaz, por exemplo, atribuindo uma multa de 5 mil reais para quem fosse autuado, podendo ser aumentada conforme a capacidade econômica do agente. Além disso, uma boa política educacional seria um auxílio importante para solucionar a questão.

Em outro diapasão, a lei 12.403/11 denominada lei das prisões cautelares vem de encontro com os postulados do Direito Penal Equilibrado, tendo em vista que as prisões cautelares são, de fato, medidas de exceção que devem ser utilizadas para os crimes mais graves e corriqueiros como o roubo, extorsão, tráfico de drogas, homicídio, bem como para os crimes de colarinho branco bastante em voga e explorado pela mídia por conta da Operação Lava-Jato e seus desdobramentos.

Com efeito, o direito penal equilibrado busca minorar de modo racional a enorme quantidade de processo que tramita na Justiça Penal. Vale lembrar que isso não é uma desculpa para diminuir o número de processos como afirmado por alguns, pelo contrário, o direito penal deve ser valorizado e aplicado quando realmente for imprescindível. Esse excesso de processos atrapalha significativamente a resolução dos litígios mais importantes e graves que permeiam a sociedade, os quais merecem mais atenção por parte dos operadores do direito em detrimento de outros processos que nem deveriam estar nas “prateleiras penais” principalmente nas Delegacias de Polícias que estão repletas de termos circunstanciados e inquéritos policiais desnecessários por conta de uma inflação legislativa penal.

A resolução dos processos penais cujo cerne é insignificante, por exemplo, algumas contravenções penais, contribuem apenas para melhorar a estatística estatal, mascarando o real objetivo do direito penal que, a saber, busca proteger os bens jurídicos mais importantes e vitais para a sociedade.

Além disso, no terreno dogmático, a teoria da tipicidade conglobante auxilia na implantação do direito penal equilibrado, pois considera que a tipicidade penal é formada



pela tipicidade formal (subsunção do fato a norma) acrescida da tipicidade conglobante que é a tipicidade material (lesão efetiva do bem jurídico) somada com a antinormatividade (conduta não fomentada ou não imposta pelo estado). Desse modo, por exemplo, o policial que alveja o criminoso que está prestes a matar a vítima não será processado criminalmente evitando todo o processo penal que fatalmente teria como desfecho a absolvição do acusado fundamentada na excludente de ilicitude, qual seja legítima defesa de terceiros, a qual o próprio Delegado de Polícia poderia aplicar, pois este é um operador do direito com convicção jurídica gabaritada.

Ademais, o garantismo penal negativo chamado também de hiperbólico monocular (hiperbólico porque é desproporcional e monocular porque protege apenas os direitos individuais) contribui, em partes, para o Direito Penal do Equilíbrio. Porém, o garantismo penal integral que também apresenta a vertente do garantismo positivo que consiste na obrigação do Estado de fornecer as condições mínimas de convivência e respeito para com os cidadãos, além de ter o dever de proporcionar, em especial segurança pública para uma sociedade acuada e carente em vários aspectos.

Nesse contexto, é fundamental que o Estado se preocupe com a sociedade mais carente para evitar a resposta estatal por meio do direito penal, ou seja, políticas públicas eficazes e sérias são imprescindíveis para a harmonia social. Isso porque compartilhamos a idéia de que a melhor política criminal ainda é uma boa política social.

Todavia, sabemos que isso não ocorre a contento no Brasil, o que resta para nós, portanto, defender uma política criminal equilibrada capitaneada pela figura da Autoridade Policial que diuturnamente se depara com as mazelas sociais no balcão das delegacias brasileiras principalmente nos plantões onde se debruça com diversas situações caóticas nas quais o direito penal não é a principal ferramenta para resolvê-la.

Diante de tudo que foi exposto, entendemos que o Direito Penal Equilibrado é uma expressão de justiça social e racionalidade, de modo que deverá ser pensado e aplicado não só pelos legisladores e julgados, mas também pelo Delegado de Polícia que é o primeiro garantidor da legalidade e da justiça perante a sociedade, conforme ratificado pelo atual ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, conclui-se: Resolver os problemas sociais com o direito penal não é a excelência suprema; a excelência suprema consiste em resolver os problemas sociais sem



ser preciso aplicar o direito penal e o Delegado de Polícia deve se preocupar com tal problemática, mas, claro, sem deixar de amparar o cidadão do bem.²⁶

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. v. I, 2. ed. Rio de Janeiro, Editora Revan, 2003.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das Penas*. 4. ed. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.

FISCHER, Douglas. *Garantismo Penal Integral*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n° 28, março/2009.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. Editora RT, p. 35.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e crítica*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. Ed. Malheiros, 2004.

PIERANGELI, José; ZAFFARONI, Eugenio. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal – Parte Geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008.

QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e Proporcionalidade*. Revista Brasileira de Ciências Criminais 47/2004.

²⁶ TZU, Sun. *A arte da Guerra*. 1. ed. São Paulo: Editora Goldenbooks, 2007, prefácio.



SICA, Leonardo. *Direito Penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

ROXIN, Claus. *Derecho penal – Parte general*. Madrid : Editorial Civitas, 1997.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. Editora Saraiva, São Paulo.

TZU, Sun. *A arte da Guerra*. 1. ed. São Paulo: Editora Goldenbooks, 2007, prefácio.

URZÚA Enrique Cury. *Derecho Penal-Parte Generale*. Editorial: Pontificia Universidad Católica de Chile.

WELZER, Hans. *Derecho penal alemán*. 4. ed. Editorial jurídica do Chile, 2011.

ZAFFARONI, EUGÊNIO RAÚL. *Direito Penal Brasileiro – I*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.