

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**SEGURANÇA PÚBLICA BRASILEIRA E APLICAÇÃO DO
PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO DELEGADO DE
POLÍCIA**

ALAN PINHEIRO DE PAULA

Itajaí-SC, junho de 2018.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

SEGURANÇA PÚBLICA BRASILEIRA E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO DELEGADO DE POLÍCIA

ALAN PINHEIRO DE PAULA

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título
de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Orlando Luiz Zanon Júnior

Itajaí-SC, junho de 2018.

AGRADECIMENTOS

À Coordenação, aos Professores, aos Funcionários do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí e notadamente ao Orientador e Professor Orlando Luiz Zanon Junior, pela paciência ao longo deste caminho acadêmico e por oportunizar a apresentação desta Dissertação de Mestrado.

Ao meu amigo David Queiroz, pelo incentivo e pela participação em importantes passagens da minha vida.

Por fim, aos meus amigos e mestrandos André Bermudez e Loren Tazioli, pela contribuição significativa na conclusão desta trajetória acadêmica.

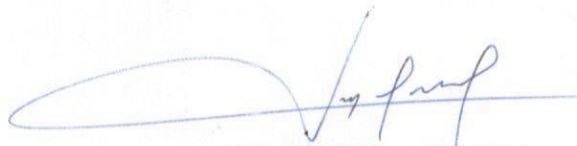
DEDICATÓRIA

À Caroline, pessoa que sempre me apoiou, aos meus pais Antonio e Joana e aos meus filhos Felipe e Alana.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, junho de 2018.

A handwritten signature in blue ink, consisting of a large, sweeping loop followed by a series of connected, stylized letters.

Alan Pinheiro de Paula

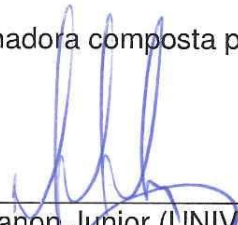
Mestrando

Esta Dissertação foi julgada APTA para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.



Professor Doutor Paulo Márcio da Cruz
Coordenador/PPCJ

Apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos Professores



Doutor Orlando Luiz Zanon Junior (UNIVALI) - Membro



Doutor Matheus Felipe de Castro (UFSC) – Membro



Doutor Gilson Jacobsen (UNIVALI) – Membro

Itajaí(SC), 16 de julho de 2018

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
BNMP	Banco Nacional de Mandados de Prisão
CE	Constituição Estadual
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CP	Código Penal
COM	Código Penal Militar
CPP	Código de Processo Penal
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
EC	Emenda Constitucional
HC	Habeas Corpus
IPL	Inquérito Policial
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça

ROL DE CONCEITOS

Ativismo judicial.

Postura proativa dos órgãos jurisdicionais que, por meio de uma hermenêutica jurídica expansiva, busca concretizar as normas constitucionais, em razão da omissão das funções legislativa e executiva.

Conflito de normas.

Situação qualificada pela presença de duas ou mais normas jurídicas conflitantes, válidas e aplicáveis a uma situação casuística, que pode ser superada pela adoção dos critérios quantitativos e qualitativos.

Delegado de Polícia.

Autoridade investida em cargo público, responsável pela condução das investigações e providências tomadas na fase investigativa, visando à reunião de elementos informativos acerca da materialidade de infração penal e correspondente autoria.

Direitos fundamentais.

Normas jurídicas que estabelecem direitos e garantias aos indivíduos, restrições e imposições ao Poder Público, consagrados no ordenamento jurídico constitucional para reconhecer a dignidade da pessoa humana em todas as suas dimensões.

Normas

Estruturas fundamentais do Direito dotadas de preceitos e valores que integram o ordenamento jurídico, que acabam formando um padrão de regulamentação de determinado comportamento ou procedimento.

Princípios

Metanormas de valor genérico e abstrato, que conduzem a compreensão do ordenamento jurídico, sua aplicação e integração, além da inspiração de novas normas. São mandados que objetivam a normas diante das possibilidades fáticas e jurídicas.

Princípio da insignificância.

Instituto que possibilita o afastamento da tipicidade penal da conduta, a partir do

reconhecimento casuístico da irrelevância da conduta e da lesão ocasionada à sociedade. Também denominado de crime de bagatela próprio, é reconhecido a partir do desvalor e da desproporção do resultado, conforme as balizas estabelecidas pela jurisprudência..

Regras

Espécies normativas que devem ser cumpridas de forma integral, na forma como são prescritas.

Segurança pública

Atividade desenvolvida pelo Poder Público visando à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, à prevenção e repressão da criminalidade e ao regular funcionamento das instituições democráticas. É estruturada constitucionalmente pelos órgãos especializados de acordo com os interesses e níveis federativos.

SUMÁRIO

RESUMO	p.11
ABSTRACT	p.12
INTRODUÇÃO	p.13
1 PRINCIPIOLOGISMO E SUA VALORAÇÃO NORMATIVA	p.15
1.1 PENSAMENTO E CONTEXTUALIZAÇÃO NOS PARADIGMAS DA CIÊNCIA JURÍDICA	p.15
1.2 REGRAS E PRINCÍPIOS COMO NORMAS JURÍDICAS	p.24
1.3 FÓRMULAS QUALITATIVAS E SOBREPUJAMENTO DE TENSÃO	p.26
1.4 MULTIFUNCIONALIDADE	p.33
1.5 PRÁTICA EFETIVA DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	p.37
2 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SUA REPERCUSSÃO NA TEORIA DO CRIME	p.44
2.1 GÊNESE, PERSPECTIVA PRINCIPIOLÓGICA E MATERIALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	p.45
2.2 NATUREZA JURÍDICA E INFRAÇÕES BAGATELARES	p.49
2.3 CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	p.55
2.4 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	p.59
2.5 A RETÓRICA DA (IN)SEGURANÇA JURÍDICA	p.62
3 SEGURANÇA PÚBLICA BRASILEIRA E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO DELEGADO DE POLÍCIA	p.66
3.1 CONCEITO, ELEMENTOS E MODELO DE SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL	p.66
3.2 PRIVAÇÃO DE LIBERDADE NO BRASIL E ATUAL CENÁRIO PRISIONAL	p.73
3.3 ATRIBUIÇÕES LEGAIS DO DELEGADO DE POLÍCIA	p.79
3.4 INQUÉRITO POLICIAL, FLAGRANTE DELITO E PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	p.83
3.5 SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS E PERSPECTIVA ISOMÉTRICA	p.90
CONSIDERAÇÕES FINAIS	p.95
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	p.101

RESUMO

A presente Dissertação está inserida na linha de pesquisa de Constitucionalismo e Produção do Direito. O trabalho é composto por três capítulos e tem como objetivo científico analisar a (im)possibilidade de aplicação do princípio da insignificância pelo delegado de polícia na fase policial. Para essa finalidade, foram levantadas diversas considerações doutrinárias, bem como sedimentada jurisprudência dos Tribunais brasileiros acerca da temática. Verifica-se positivamente desde que mediante análise recognitiva, decisão fundamentada e balizada nos paradigmas jurisprudenciais. No primeiro capítulo, é compreendido o principiologismo e correspondente valoração normativa, a partir da contextualização dos princípios nos paradigmas da ciência jurídica, suas funções e efetividade na concretização dos direitos fundamentais. Em seguida, passa-se notadamente ao estudo do princípio da insignificância, sua repercussão na teoria do crime, natureza jurídica, critérios que balizam sua aplicação e breve reflexão acerca da retórica da (in)segurança jurídica no que diz respeito ao seu reconhecimento. O terceiro capítulo se dedica ao enfoque da segurança pública brasileira e à aplicação do princípio da insignificância pelo delegado de polícia, com algumas considerações no que tange ao “modelo de segurança pública” no Brasil e ao atual cenário prisional do País. São descritas também as atribuições do delegado de polícia na presidência do inquérito policial e do flagrante delito, bem como o reconhecimento do princípio da insignificância neste momento da persecução penal e sua perspectiva na sistemática de freios e contrapesos. Nas considerações finais, é apresentado o relatório extraído da pesquisa, especialmente no sentido de se confirmarem ou não as hipóteses que no início foram formuladas. A Dissertação baseia-se no método dedutivo, sendo utilizadas das técnicas da pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Princípio da insignificância. Delegado de polícia. Jurisprudência. Segurança Pública. Persecução penal.

ABSTRACT

The present Dissertation is part of the line of research Constitutionalism and Production of Law. The work comprises three chapters, and its scientific purpose is to analyze the (im)possibility of applying the principle of insignificance by the chief police officer in the investigation stage. For this purpose, several doctrinal considerations were studied, as well as the well-grounded jurisprudence from the Brazilian courts on the subject. As a positive aspect, it was noted that when the decision is made through recognitive analysis, it is based and supported by the jurisprudential paradigms. The first chapter focuses on principiology and the corresponding regulatory appraisal, based on a contextualization of the principles in the paradigms of legal science, its functions, and its effectiveness in implementing fundamental rights. We then focus on the study of the principle of insignificance, its impact on the theory of crime, its legal nature, the criteria that support its application, and a brief reflection on the rhetoric of legal (in)security in relation to its recognition. The third chapter focuses on Brazilian public security and the application of the principle of insignificance by the chief police officer, with some considerations on the “public security model” in Brazil and the current prison scenario of the country. We also mention the duties of the chief police officer when heading the police investigation, and the blatant offence, as well as the acknowledgment of the principle of insignificance at this moment of the criminal prosecution and its perspective in the systematic of checks and balances. In the final considerations, we present the report of the survey, and whether or not the initial hypothesis was confirmed. This dissertation is based on the deductive method, with the use of bibliographic and document surveys.

Keywords: *Principle of insignificance. Chief Police Officer. Jurisprudence. Public Security. Criminal Prosecution.*

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - Univali.

O seu escopo científico é analisar a (im)possibilidade de aplicação do princípio da insignificância pelo Delegado de Polícia. Para a pesquisa foi levantada a hipótese de aplicação do princípio da insignificância pelo delegado de polícia na primeira fase da persecução penal, desde que mediante análise recognitiva, despacho fundamentado e alicerçado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente dissertação, de forma sintetizada, em três capítulos.

Principia-se, no Capítulo 1, a abordagem do principiologismo e sua valoração normativa, tratando do pensamento e contextualização do tema nos paradigmas da ciência jurídica. O estudo parte do entendimento doutrinário de que regras e princípios são espécies de normas jurídicas e, havendo tensão normativa, compreendidos os métodos de o sobrepujamento e determinadas fórmulas qualitativas. Neste capítulo ainda é evidenciado o caráter multifuncional dos princípios e, por fim, trata da efetividade e concretização dos direitos fundamentais.

O Capítulo 2, por sua vez, tratará do princípio da insignificância e sua repercussão na teoria do crime, trazendo à tona a gênese, a perspectiva principiológica e a materialização do referido princípio para, somente então, analisar sua natureza e repercussões jurídicas. Ainda, especifica os critérios de aplicação do princípio da bagatela, conforme a doutrina e a jurisprudência pátria, ressaltando o entendimento jurisprudencial sedimentado sobre o assunto. Finalizando o segundo capítulo, uma retórica da (in)segurança jurídica é verificada em caso de aplicação do princípio em análise.

Por fim, o Capítulo 3 dedica-se à segurança pública brasileira e a aplicação do princípio da insignificância pelo delegado de polícia. Para tanto,

conceitua “modelo de segurança pública” no Brasil, trazendo seus elementos, para então, tratar da privação de liberdade no Brasil e a situação do cenário prisional atual. São descritas as atribuições do delegado de polícia na condução do inquérito policial, na apreciação do flagrante delito e no reconhecimento do princípio da insignificância. Verifica-se a análise do sistema de freios e contrapesos e a atuação da autoridade policial neste complexo, quanto à aplicação do princípio da bagatela.

O presente relatório de pesquisa se encerra com as considerações Finais, nas quais são apresentados aspectos destacados da Dissertação, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a possibilidade da aplicação do princípio da bagatela pelo delegado de polícia.

O método a ser utilizado na fase de Investigação será o dedutivo¹ e na fase de tratamento de dados o cartesiano². Salienta-se que, durante a pesquisa foram também tidas como base as Técnicas de Categoria³, da Pesquisa Bibliográfica e do Referente⁴.

Nesta Dissertação, as categorias principais estão grafadas com a letra inicial em maiúscula e os seus conceitos operacionais são apresentados no texto ou em rodapé quando mencionadas pela primeira vez, além de anteriormente apresentados no rol de abreviaturas e siglas⁵.

¹ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12 Ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 86.

² PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12 Ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 87-88

³ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12 Ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 34

⁴ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12 Ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 61

⁵ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12 Ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 61

CAPÍTULO 1

PRINCIPIOLOGISMO E SUA VALORAÇÃO NORMATIVA

1.1 PENSAMENTO E CONTEXTUALIZAÇÃO NOS PARADIGMAS DA CIÊNCIA JURÍDICA

A primeira seção deste capítulo busca trazer uma abordagem terminológica de princípio e descrever sua conjuntura nos paradigmas que regeram a Ciência Jurídica, de modo a evidenciar sua relevância na construção do Direito.

O vocábulo princípio deriva do latim “*principium*” e traz a ideia começo, ponto de partida, como momento ou local em que algo tem origem. Pode ser compreendido como proposição que lhe serve de base⁶, algo que predomina na constituição de um corpo orgânico⁷.

A conceituação de princípio é abordada por Luño⁸, em alusão a Genaro R. Carrió, o qual examina com especial interesse a dimensão dos princípios como metanormas ou normas de segundo grau, que se dirigem a indicar como devem ser interpretadas, aplicadas e integradas as normas de primeiro grau.

Na análise de Luño, a aceitação dos princípios do direito como metanormas se insere no que se pode considerar como seu significado metodológico, em que aparecem entendidos como regras orientadoras para o conhecimento, para a interpretação e para a aplicação das restantes normas jurídicas, isto é, como *principia cognoscendi*⁹.

Ademais, em outras ocasiões, a expressão “princípios do direito” tem um sentido primordialmente ontológico, como *principia essendi* ao que remete o ordenamento jurídico em qualidade de fontes normativas. Por fim, afirma o autor

⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3 ed. Curitiba: Positivo, 2004. p. 1631.

⁷ FIGUEIREDO, Cândido de. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em: <http://dicionario-aberto.net/dict.pdf>. Acesso em: 15/01/2018. p. 1637. Acesso em: 15/11/2017.

⁸ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 10. ed. Madrid: Tecnos (grupo Anaya S.A), 2010. p. 294. Tradução pelo autor

⁹ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 10. ed. Madrid: Tecnos (grupo Anaya S.A), 2010. p. 296. Tradução pelo autor

espanhol que os princípios gerais do direito podem ser entendidos também, em sua dimensão axiológica, axiomas ou postulados éticos que devem inspirar todo o ordenamento jurídico, em outras palavras, como *los prima principia*. Estas três dimensões de consideração dos princípios jurídicos não devem ser entendidas como compartimentos separados¹⁰.

Os princípios, notadamente no plural, em síntese, servem de base a toda espécie de ação, apontando, desta forma, a conduta a ser vista em qualquer operação jurídica¹¹.

Sem embargo, indicam o ponto de partida do próprio direito, sendo valores dotados de força de determinação na elaboração normativa, influenciando desde a fase de positivação até a aplicação do Direito. Neste sentido, não se confundem com Normas Jurídicas, mas sim como modalidades de fontes jurídicas¹².

Nesta mesma linha, considera-se como declarações normativas, tendo em vista que, por meio dos princípios, o ordenamento jurídico é orientado, compreendido, aplicado, integrado e inovado. São estruturais para o sistema científico, seja pela sua revelação ou comprovação, como também por razões pragmáticas¹³.

Em sentido contrário, trazendo entendimento minoritário na doutrina, Lenio Streck¹⁴ se posiciona no sentido de que os princípios não são valores:

Desse modo, a partir da Crítica Hermenêutica do Direito estabeleci cinco princípios-padrões interpretativos como suportes epistêmicos. Princípios não devem ser vistos como um conjunto de *topoi* argumentativos, nem como componentes de uma hermenêutica (jurisprudencialista) baseada na tópica ou na nova retórica (por todos, lembremos Theodor Viehweg e Chaïm Perelman), ou, ainda, dependentes, para a sua aplicação, das fórmulas para resolver “casos difíceis” (é o caso, v.g., da ponderação de valores, que não

¹⁰ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 10. ed. Madrid: Tecnos (grupo Anaya S.A), 2010. p. 297. Tradução pelo autor

¹¹ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 447.

¹² ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. 2 ed. Curitiba: Prismas. 2015. p. 170.

¹³ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p 37.

¹⁴ “Da Jurisprudência dos Valores os teóricos brasileiros tomaram emprestada a tese fundante – a de que a Constituição é uma ordem concreta de valores, sendo o papel do intérprete o de encontrar e revelar esses interesses ou valores”. In: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 48.

escapa às fortíssimas críticas advindas de autores que vão de Friedrich Müller a Jürgen Habermas). **Princípio é, assim, condição de possibilidade de qualquer interpretação, estando presente, de forma transcendental, em cada relação regra-princípio (por isso, não há distinção estrutural entre regra e princípio).** Por isso, o princípio funciona como um acentuado grau de “blindagem” contra os desvios hermenêuticos (conveniências políticas, argumentos morais, etc.). Talvez o principal problema da compreensão do princípio esteja em localizá-lo ou confiná-lo no plano analítico, como se fosse uma regra “com adereços” e “comandos de otimização”. E, à medida que essa circunstância, segundo determinadas leituras, leva à “abertura” da interpretação e ao aumento do poder discricionário do intérprete, tem-se, inexoravelmente, um segundo problema: o enfraquecimento da autonomia do direito diante de discursos “corretivos” que, assim compreendido o papel de abertura dos princípios, “penetram” nestas “frestas”, configurando a aludida correção interpretativa com fulcro na moral, na economia, na política, etc. (STRECK, Lenio. *Comentários à Constituição do Brasil*). **Na mesma linha, a (simples) equiparação dos princípios a valores significa negar a historicidade da compreensão. Somente podemos falar no conteúdo dos princípios constitucionais quando nos apropriamos do horizonte histórico hermeneuticamente correto.** No caso, p. ex., do *due process of law*, sua determinação concreta na decisão judicial não poderá obedecer às simples opiniões e aos preconceitos do intérprete-juiz, mas, sim, prestar contas a uma carga histórica complexa que se arrasta no tempo histórico¹⁵. (grifou-se)

Longe de qualquer intromissão no campo de suas funcionalidades, inegável reconhecer também que os princípios agem no campo da limitação e do controle da atuação do Poder Público em relação aos indivíduos. Assim, eventual intervenção administrativa deve ser reconhecida como manifestação para satisfazer o interesse público¹⁶, devendo a lei e o ato administrativo respeitar os limites de um princípio.

Em relação ao poder punitivo, por exemplo, diversos princípios objetivam limitar a atuação estatal, como o da legalidade, pelo qual nenhuma ação pode ser considerada infração penal, sem que antes não haja um tipo declarando a ilicitude do ato e respectiva pena. Neste âmbito, os princípios balizam o legislador para a produção e formatação dos tipos penais.

Para Aristóteles, na concepção valorativa, o princípio mais acertado à

¹⁵ STRECK, Lenio. **Hermenêutica constitucional**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Acesso em 12/06/2018. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/18/edicao-1/hermeneutica-constitucional>

¹⁶ BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. 11 ed. Brasília: UNB, 1983. p. 13.

determinada situação fática consiste naquele que não admite equívocos, ao mais conhecido e não ao apenas suposto. Irrefutavelmente, o princípio a ser invocado em determinado caso não pode ser uma pura hipótese, tornando-se, assim, o princípio mais seguro à decisão mais acertada¹⁷.

Muito embora atribuída desta densa carga valorativa, os princípios jurídicos nem sempre tiveram a importância conferida hodiernamente. O Direito enquanto ciência descreve uma evolução histórica normativa em distintas fases paradigmáticas. Ainda que levantadas diversas doutrinas setoriais, foram dois os principais destaques científicos, o jusnaturalismo e o juspositivismo em sua ampla concepção¹⁸.

Na fase do direito natural, a normatividade principiológica se revestia de um espírito metafísico, caracterizada por uma ordem jurídica comumente válida e superior a qualquer prescrição estatal. Aqui, os princípios se situam no campo da inteira abstração e sem normatividade prática, em que pese sua inspiração nos postulados de justiça¹⁹.

Segundo Tomás de Aquino:

“[...] lo que es natural es imutable e idéntico para todos. Mas em las cosas humanas no se halla nada semejante, porque todas las reglas del derecho humano fallan en ciertos casos y no tienen fuerza em todas partes”²⁰.

Com a derrocada do referido modelo, diante da questão da insegurança jurídica e do desarranjo na separação das funções, vem à tona o direito positivo. Nesta fase, o conhecimento científico passou a reconhecer o Direito apenas nas regulações estatais. No positivismo puro de Hans Kelsen, a ciência jurídica deve ser liberta de qualquer influência metafísica ou sociológica, restringindo-se apenas

¹⁷ ARISTOTELES. **Metafísica**. Tradução de Giovanni Reale. São Paulo: Loyola, 2002. III, 5, 1005 a 6-28. p. 141.

¹⁸ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. 2 ed. Curitiba: Prismas. 2015. p. 64.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1999. p. 262.

²⁰ AQUINO, Santo Tomás de. 1995. **Suma de teología**. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1995. Edição dirigida por los Regentes de Estudios de las Provincias Dominicanas em España. p. 471.

àquelas positivadas pelo Estado²¹.

Para Ronald Dworkin o positivismo tem como esqueleto algumas poucas proposições centrais e organizadoras, sendo esses preceitos chaves formulados da seguinte maneira:

(a) O direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público. (...)

(b) O conjunto dessas regras jurídicas é coextensivo com “o direito”, de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma regra dessas (porque não existe nenhuma que pareça apropriada ou porque as que parecem apropriadas são vagas ou por alguma outra razão), então esse caso não pode ser decidido mediante a “aplicação do direito”. (...)

(c) Dizer que alguém tem uma “obrigação jurídica” é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa. (...) ²².

Assim, consagrada pela objetividade científica, houve uma exclusão dos princípios pelo positivismo, que consagrou somente a validade das regras, sendo utilizados os tão somente “princípios gerais do direito” para preenchimento de lacunas.

Com o fim da Segunda Grande Guerra, verificou-se o início das críticas ao positivismo jurídico, considerado, para alguns autores, o responsável por justificar as barbáries praticadas pelo nazista. Nesse sentido, para Radbruch:

Ordens são ordens, é a lei do soldado. A lei é a lei, diz o jurista. No entanto, ao passo que para o soldado a obrigação e o dever de obediência cessam quando ele souber que a ordem recebida visa a prática dum crime, o jurista, desde que há cerca de cem anos desapareceram os últimos jusnaturalistas, não conhece exceções deste género à validade das leis nem ao preceito de obediência que os cidadãos lhes devem. A lei vale por ser lei, e é lei sempre que, como na generalidade dos casos, tiver do seu lado a força para se fazer impor. Esta concepção da lei e sua validade, a que chamamos Positivismo, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas. Torna equivalentes, em última análise, o direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda estará também o primeiro”²³.

²¹ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 1.

²² Dworkin, Ronald. **Levando Direitos a Sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. pp. 27-28.

²³ Radbruch, Gustav. **Cinco minutos da Filosofia do Direito**. In: Filosofia do Direito. 5 ed.

A partir deste momento histórico, o modelo formalista passou a ser atacado, sendo difundido que seu caráter neutro e imaculado, em relação à moralidade, teria sido conivente com o holocausto²⁴.

Em sentido contrário, no que tange a esses ataques, a imputação das atrocidades nazistas ao positivismo jurídico estaria embasada em insustentáveis premissas²⁵, sendo tais acusações levianas.

Ferrajoli, ao abordar os princípios em um posicionamento neopositivista, admitiu a inserção de princípios no texto legal, com a inserção de critérios axiológicos. Colhe-se da obra de Ferrajoli:

Quanto a característica do constitucionalismo jurídico, uma norma é válida e vigente somente se seu conteúdo não contrasta com os princípios e direitos fundamentais estabelecidos pela constituição²⁶.

Neste norte, o jusnaturalismo está ligado a uma norma pelo qual ele existe diretamente por seu conteúdo (monoestático), por se considerar intrinsecamente justo, razoável e baseado em precedentes, práticas consuetudinárias ou similares. Já o positivismo jurídico é o caráter positivo e nomodinâmico conferido ao direito, conforme o qual uma norma existe e é válida somente por sua forma legal de produção²⁷.

Nesse contexto, a crise do positivismo começa com a necessidade de se estabelecer a conexão do direito com outros discursos sociais - política, ética, economia, etc. - foi então que surgiu a corrente pós-positivista. No aspecto político, as teorias pós-positivistas recusam a alegação de "neutralidade" axiológica do discurso do direito²⁸. Ou, como afirma Figueroa, o pós-positivismo é um novo pensamento jusfilosófico, o qual impõe limites valorativos àquele que aplica o direito,

Coimbra: Armênio Amado, Editor, Sucessor Coimbra, 1974. p. 415.

²⁴ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006. p. 257.

²⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil – Ley, derechos, justicia**. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2008. p. 72.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris: **Teoría del derecho y de la democracia**. 2. Teoría de la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2013. p. 40. Tradução pelo autor.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris: **Teoría del derecho y de la democracia**. 2. Teoría de la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2013. p. 39. Tradução pelo autor.

²⁸ CÁRCOVA, Carlos María. **Las Teorías Jurídicas Post Positivistas**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. p. 68.

pretendendo ser uma correção do sistema²⁹.

Como expõe Marcos Leite Garcia³⁰, a sociedade atual se encontra na era do constitucionalismo contemporâneo, o que vem sendo denominado de diversas formas como: pós-positivismo, neoconstitucionalismo, constitucionalismo ético, constitucionalismo garantista ou mesmo Democracia Constitucional, terminologia mais abrangente – cuja controvérsia, como demonstra Garcia, pode ser mais aprofundada na obra de Pietro Sanchís³¹ -, e, nesta era, os vetores que regem todo o sistema de normas são valores de direitos fundamentais.

Assim, ressalta-se que os princípios desempenham papel fundamental nos argumentos que sustentam as decisões a respeito de direitos e obrigações jurídicos particulares, sendo que, depois que o caso é decidido, ele passa a ilustrar uma regra particular, como no exemplo trazido por Dworkin em que “um assassino não pode beneficiar-se do testamento da vítima”³².

Importante definição é a feita por Esser, na década de 1950, na qual os princípios (“*Grundsatz*”), diferentemente das normas (regras), não contêm diretamente ordens, mas somente fundamentos, isto é, critérios justificadores de uma ordem. Os princípios não possuem uma ordem vinculada estabelecida de maneira direta, senão que apenas fundamentos para que essa seja determinada³³.

Ainda quanto ao conceito de princípio, tem-se que estes podem ser concebidos como “mandamentos de otimização”, os quais podem ser satisfeitos em diversos graus e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação independe apenas das possibilidades fáticas, mas inclusive das possibilidades jurídicas. O

²⁹ FIGUEROA, Alfonso García. ***Criaturas de la moralidad: una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos***. Madrid: Trotta, 2009a. pp. 201-251. Tradução do autor

³⁰ GARCIA, Marcos Leite. AS ORIGENS DEMOCRÁTICAS DO PODER CONSTITUINTE: A TEORIA DE EMMANUEL-JOSEPH SIEYÈS E A REVOLUÇÃO FRANCESA. In: GARCIA, Marcos Leite; ABREU, Pedro Manoel; OLIVIERO, Maurizio (Org.). **ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO AMBIENTE TRANSNACIONAL ASSIMÉTRICO**. 02. ed. Itajaí: Univali, 2016. p. 80-104. Coleção principiologia constitucional e política do direito.

³¹ PRIETO SANCHÍS, Luis. ***El constitucionalismo de los derechos: Ensayos de filosofía jurídica***. Madrid: Trotta, 2013. 309 p.

³² DWORKIN, Ronald. **Levando Direitos a Sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. ps. 46.

³³ ESSER, Josef. ***Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts***, 4 ed., Tübingen, 1990, p. 51.

âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes³⁴.

Para o autor:

O modelo puro de regras fracassa em todas as três formas de regulação dos direitos fundamentais consideradas acima. É possível supor que esse modelo é insuficiente também para as outras formas de regulação encontradas na Constituição alemã. O modelo puro de princípios foi rejeitado porque ele não leva a sério as regulações adotadas pela Constituição. Quando duas formas puras e antagônicas não são aceitáveis, deve-se considerar a possibilidade de uma forma mista ou combinada, ou seja, de um modelo combinado. Um tal modelo é o modelo de regras e princípios, que surge da ligação entre um nível de princípios e um nível de regras³⁵.

O pós-positivista Konrad Hesse, opondo-se à concepção restrita de Hans Kelsen, embora reconheça a dificuldade de definir o que vem a ser o Direito, reconhece a importância na adequada compreensão do que são princípios e do que são regras, sendo imprescindível uma relação harmônica³⁶.

Nesta fase, finalmente os princípios alcançam sua verdadeira importância, sendo reconhecidos com “*status*” de norma jurídica, ou seja, “(...) (1) as regras e princípios são duas espécies de normas; (2) a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas”³⁷. Dotados agora de força normativa, sua inobservância consequentemente ofensa não apenas a determinado mandamento, mas sim ao sistema jurídico assim considera.

Nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra³⁸.

³⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 90.

³⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. pp. 121-135.

³⁶ HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho constitucional**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 48.

³⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 1160.

³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista

Corroborando com este entendimento, explica Canotilho:

(...) as <<regras>> e os <<princípios>>, para serem ativamente operantes, necessitam de procedimentos e processos que lhes deem operacionalidade prática (Alexy: *Regel/Prinzipien/Prozedur-Modell des Rechtssystems*): o direito constitucional é um sistema aberto de normas e princípios que, através de processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, iniciativas dos cidadãos, passa de uma *law in the books* para uma *law in action* para uma <<living constitution>>³⁹.

Neste sentido, a existência de regras e princípios passa a permitir a compreensão do direito constitucional como sistema aberto⁴⁰. Um modelo jurídico formado apenas por regras caracterizaria um sistema fechado, com disciplina legal exaustiva de todas as situações, alcançando a segurança, mas impedindo a incidência do Direito nas mais variadas situações fáticas.

A distinção das teorias do direito natural e do direito positivo, no que concerne aos princípios jurídicos, é curiosamente tratada na tragédia tebana Antígona. Este drama é marcado pela insistência de Antígona, que resolve invocar a existência de uma lei natural em detrimento de Creonte, que positiva uma lei contrária ao direito natural.

Na referida trama, após a desgraça ocorrida na peça teatral Édipo Rei, seus quatro filhos (Etéocles, Polínice, Antígona e Ismênia) selam um acordo de revezamento pelo poder. Todavia, Etéocles, o primeiro a suceder ao trono, recusa-se a ceder o lugar a Polínice, o qual se revolta, alia-se a outra província e trava uma batalha contra próprio irmão. O conflito acabou com a morte dos dois, sendo o trono assumido por Creonte, tio dos herdeiros. Diante deste incidente, Creonte determina que o cadáver de Polínice não receba as mesmas honrarias fúnebres de Etéocles, pois aquele teria desafiado sua própria pátria.

Como desfecho, Antígona, protagonista da peça, ao considerá-la contrária à crença antiga de que todo homem devia ter seu devido sepultamento, descumpre a determinação imposta. Assim, Creonte determina a seu filho Hemon a execução

dos Tribunais, 1986. p. 230.

³⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 1163

⁴⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 1126.

de Antígona, mas, apaixonado por ela, Hemon cumpre a sentença e se suicida em seguida, desgraçando a governança de Creonte. Conclui-se, a partir deste desfecho, pela censura de cada uma das posições quando extremadas⁴¹.

Feitas essas considerações introdutórias, serão considerados os princípios, juntamente com as regras, como espécies normativas, sendo detalhadas suas distinções nas teorias quantitativas e qualitativas.

1.2 REGRAS E PRINCÍPIOS COMO NORMAS JURÍDICAS

Como visto na seção anterior, o processo de reconhecimento normativo dos princípios varia de acordo com os modelos que regem o Direito. Enquanto no direito natural os princípios eram concebidos como metafísicos, no direito positivo passaram a ser dotados de normatividade.

Tratam-se, neste subitem, os princípios e as regras como sendo parte das normas. No entanto, este entendimento possui antíteses, a exemplo de Dworkin, que traz outros critérios normativos.

Para o autor americano, a diferença entre os princípios e as regras é de natureza lógica, pois se distinguem quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão⁴².

Postas essas considerações, analisa-se a posição doutrinária adotada nesta pesquisa de que normas ou são princípios ou são regras, diferenciando-se a partir da colaboração do hermenêuta⁴³. A preocupação desta seção agora é analisar a distinção dessas espécies normativas e seu critério quantitativo de consideração.

Tem-se que, tradicionalmente são utilizados os critérios de generalidade e abstração. Quanto a este, os princípios são dotados de um grau mais elevado de

⁴¹ SÓFOCLES. **Antígona**. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/antigone.pdf>. Acesso em: 19/12/2017.

⁴² DWORKIN, Ronald. **Levando Direitos a Sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. ps. 41

⁴³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 55.

abstração do que as regras. Funcionalmente, os princípios são vagos e indeterminados, já as regras autoaplicáveis. Com pressuposto no ideal de justiça, os princípios instituem padrões juridicamente vinculantes, enquanto as regras podem irradiar vinculação apenas funcionalmente⁴⁴.

No que tange à generalidade, são normas gerais aquelas universais em relação aos destinatários. Buscando uma distinção meramente quantitativa entre princípios e regras neste sentido, aqueles seriam dotados de maior grau de generalidade em detrimento das regras.

Nesse sentido, Atienza e Manero:

*En nuestra opinión, los principios en sentido estricto pueden formularse siempre como enunciados que correlacionan casos con soluciones, pero eso no quiere decir que, desde esta perspectiva, no exista ninguna diferencia entre reglas y principios. La diferencia estriba en que los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada. Con ello queremos decir que mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas: no se trata sólo de que las propiedades que constituyen las condiciones de aplicación tengan una periferia mayor o menor de vaguedad, sino de que tales condiciones no se encuentran siquiera genéricamente determinadas. El tipo de indeterminación que aqueja a los principios es, pues, más radical que el de las reglas (aunque, desde luego, entre uno y otro tipo de indeterminación puede haber casos de penumbra)*⁴⁵.

Ainda na tradicional corrente positivista, diante da ausência de uma regra aplicável ao caso concreto, ou quando indeterminada a regra aplicável, o hermenêuta deve tomar uma decisão discricionária, criando assim uma solução nova para o caso concreto, sendo o sistema jurídico constituído apenas por regras. Não obstante, esse modelo constituído exclusivamente por regras o torna insuficiente para a solução dos “hard cases”⁴⁶.

Longe de uma metodologia infalível, torna-se imprecisa e vaga a adoção desses critérios como fatores distintivos entre princípios e regras. As fórmulas da generalidade e da abstração seriam insuficientes para identificar uma regra dotada

⁴⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 1124.

⁴⁵ ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Sobre Principios e reglas**. DOXA, Alicante, 1991. n° 10. p. 108.

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando Direitos a Sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 127.

de maior grau de generalidade e abstração do que um próprio princípio.

Essa aparente graduação de generalidade e abstração dos princípios não exclui, porém, possibilidade de seu reconhecimento em relação às regras, sendo uma distinção inconsistente. As diferenças entre regras ficam mais evidentes a partir da interpretação e aplicação das normas, diante de um enfoque funcional e não apenas estrutural⁴⁷, sendo este um enfoque débil⁴⁸.

Não se pode de forma absoluta atribuir aos princípios grau de generalidade e às regras qualidade concreta. Aclarando esse pensar, o suporte fático restrito dos princípios não os impedem de delimitação quando aos seus efeitos.

Verificada essa indicação, por exemplo, no art. 3º, III, também do Texto Constitucional, que aponta como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais⁴⁹. Aqui, conquanto haja certa variação, há determinações quantitativas razoavelmente precisas, seja por organizações internacionais ou pela comunidade acadêmica, para delimitar quais as situações de pobreza, estando distante de uma imprecisão semântica⁵⁰.

Neste panorama, superando a imprecisão referida, serão destacadas na próxima subseção as propostas qualitativas.

1.3 FÓRMULAS QUALITATIVAS E SOBREPUJAMENTO DE TENSÃO

Analisando os princípios e regras como espécies normativas, no entanto, em relação à funcionalidade e não apenas no que se refere à estrutura, necessária a compreensão de uma distinção qualitativa, ideal do modelo pós-positivismo. Para

⁴⁷ VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. São Paulo: Saraiva (Série IDP), 2009. p. 131.

⁴⁸ VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. São Paulo: Saraiva (Série IDP), 2009. p. 130.

⁴⁹ BRASIL. **Constituição Federal**. Art. 3º, III. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18/12/2017.

⁵⁰ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2013. p. 18.

esta teoria, diferentemente de comandos imediatamente descritivos e característicos das regras, princípios são normas que reconhecem certos valores ou que apontam objetivos comuns a serem alcançados pelos meios adequados⁵¹.

Para Dworkin, regras e princípios, como espécies de normas jurídicas, possuem estruturas lógicas distintas. Enquanto os princípios são consagrados de uma dimensão de relevância, nas regras esta característica é ausente.

Na concorrência entre princípios, o hermeneuta deve resolver eventual conflito levando em consideração o peso de cada um. Distante de uma solução exata, o juízo de que um princípio é mais relevante que outro será controverso⁵² e, havendo tensão, o hermeneuta deve levar em consideração a relatividade de cada um, buscando a prevalência de um em relação ao outro⁵³.

A distinção entre princípios e regras é de natureza lógica, variando em relação à natureza da orientação que apresentam. Se determinada situação prevista em uma regra ocorre, esta será válida e aplicada. Quando não verificado este contexto, simplesmente a regra não tem incidência, não contribuindo, desta forma, em nada para a decisão, sendo inválida, a não ser que uma seja exceção à outra. Para as regras vale a lógica do tudo ou nada⁵⁴.

Como já mencionado, para Dworkin, no que tange à distinção entre regras e princípios, ou a regra é válida devendo ser aplicada ou não, dita regra do tudo ou nada, os princípios devem ser considerados de acordo com sua valoração e não quanto à validade.

Considerados os princípios e regras como espécies normativas, para Alexy, estes são os que ordenam que algo seja realizado em seu maior alcance,

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 240, 1-42, abr/jun, 2005. p. 13.

⁵² DWORKIN, Ronald. **É o direito um sistema de regras?**. *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, RS v.34, n.92, p. 119-158, set./dez, 2001. p. 133

⁵³ DWORKIN, Ronald. **Levando Direitos a Sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. pp. 42-43.

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. **É o direito um sistema de regras?**. *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, RS, v.34, n.92, p. 119-158, set./dez. 2001. p. 130.

dentro das possibilidades de fato e de direito, em graus variados⁵⁵. Assim, considerando as circunstâncias dentro das possibilidades jurídicas de cada caso, os princípios podem ser reconhecidos em graus variados.

As regras, em contrapartida, são determinações no domínio da situação fática e juridicamente possível⁵⁶. Destarte, as regras, como normas jurídicas, ou são satisfeitas ou não, nem mais nem menos, apresentando-se como razões definitivas.

Considerando as características determinantes de cada espécie normativa, insuficiente na distinção entre regra e princípio entender os princípios como normas mais abstratas ou mais genéricas que as regras. Pelo critério qualitativo distintivo de princípios e regras, aqueles são mandamentos de otimização e estas razões definitivas⁵⁷.

Nessa vertente, os princípios, como reconhecedores de direitos, apresentam repercussão na medida da apreciação da situação fática; enquanto as regras, também como reconhecedoras de direitos, possuem incidência integral na medida em que sua validade é identificada.

Para Virgílio Afonso da Silva:

O principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das regras, garantem-se direitos (ou se impõe deveres) definitivos, ao passo que no caso dos princípios são garantidos direitos (ou são impostos deveres) “prima facie”⁵⁸.

Canotilho⁵⁹ também diferencia regra de princípios através dos seguintes critérios:

a) *Grau de abstração*: os princípios são normas com grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida.

⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 90.

⁵⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 91.

⁵⁷ ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2 ed. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 162.

⁵⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**, São Paulo: Malheiros, 2009. p. 45.

⁵⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. ps. 1160/1161

b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa.

c) *Caráter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza estruturante ou com papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema de fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).

d) *“Proximidade” da ideia de direito*: os princípios são “standards” juridicamente vinculantes radicados nas exigências de “justiça” (Dworking) ou na “ideia de direito” (Larenz); as regras podem ser vinculadas com um conteúdo meramente funcional.

f) *Natureza normogenética*: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.

Assim, os princípios jurídicos são normas jurídicas impositivas de uma optimização, as quais são compatíveis com diversos graus de concretização, consoante o condicionalismo fático e jurídico. As regras são normas que prescrevem imperativamente uma existência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não cumprida (nos termos de Dworking: *applicable in all-or-nothing fashion*)⁶⁰.

A convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky) e a de regras é antinómica. Os princípios coexistem, as regras antinómicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem exigências de optimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à “lógica do tudo ou nada”), consoante seu peso e a ponderação de outros princípios

⁶⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. ps. 1161

eventualmente conflitantes⁶¹.

Por fim, as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exata medida de suas prescrições, nem mais nem menos⁶².

Havendo conflito entre regras, deve ser introduzida em uma delas uma cláusula de exceção para dirimir eventual conflito. Reconhecido o conflito quando mais de uma regra for aplicável a determinada situação fática, o aplicador do direito deve se valer de uma cláusula de exceção que dirima tal conflito, não sendo possível que dois juízos contraditórios entre si sejam válidos.

Constatada a aplicabilidade de duas regras contraditórias entre si, sem que o conflito possa ser superado pela introdução da cláusula de exceção, uma das regras deve ser declarada inválida⁶³.

Para Robert Alexy:

Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. [...] Ou uma norma jurídica é válida ou não é. Se uma regra é válida e aplicável a um caso concreto, isso significa que também sua consequência jurídica é válida. Não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever ser contraditórios entre si sejam válidos, em um determinado caso, se se constata a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas e contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida.⁶⁴

O ordenamento jurídico pátrio, em algumas ocasiões, pode apresentar um conflito de regras, problemática esta conhecida como antinomia. Na seara penal, buscando solucionar esta inconveniência, pode ser adotado, por exemplo, o critério da especialidade. Pode ser considerada uma norma penal especial, em relação a outra geral, quando naquela forem reunidos todos os elementos desta, acrescidos

⁶¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. ps. 1161

⁶² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. ps. 1161

⁶³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 92.

⁶⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 92.

de alguns especializantes. Toda ação, neste caso, que se amolda a um tipo de delito especial, também incide em um tipo previsto no tipo geral, não sendo o inverso verdadeiro⁶⁵.

Por meio deste critério, exemplificando, os crimes qualificados constituem preceitos especiais em relação aos não qualificados. Inegável, neste caminho, que os elementos constitutivos do tipo penal correspondente ao crime de infanticídio⁶⁶, também se encontram presentes no delito de homicídio⁶⁷. Todavia, ainda que no campo da abstração, sem que haja um caso concreto paradigmático, é possível reconhecer a norma especial possivelmente aplicável.

Em contrapartida, havendo colisão de princípios, isso não significa que um princípio deva ser declarado, nem tampouco introduzido como cláusula de exceção. Deveras, neste caso, um dos princípios prevalecerá em detrimento de outro, sob determinadas condições⁶⁸. Desta forma, enquanto o conflito de regras se evidencia no plano da validade, ou seja, em abstrato, o de princípios se revela no campo da existência, portanto, no caso concreto.

Esta compreensão de Alexy acerca da prevalência de um princípio em detrimento de outro, está relacionada ao reconhecimento de pesos diferentes aos ditos princípios, sendo a colisão de princípios resolvida por meio da técnica da ponderação. Toda essa ideia de otimização pode ser expressa pelos três princípios que integram o princípio da proporcionalidade: o da proporcionalidade em sentido estrito, o da necessidade e o da adequação.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito consiste na ponderação entre benefícios e perdas pela adoção de determinada medida, que, segundo Alexy, identifica-se com a técnica da ponderação. O princípio da necessidade corresponde à escolha, entre os meios que possibilitam a realização de

⁶⁵ JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, trad. Mir Puig e Muñoz Conde, Barcelona: Bosch, 1981, p.1035, apud Cezar Roberto Bitencourt, Manual de direito penal: parte geral, v. 1, p. 130.

⁶⁶ BRASIL. **Código Penal**. Art. 123: “Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena - detenção, de dois a seis anos”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 07/01/2018.

⁶⁷ BRASIL. **Código Penal**. Art. 121: “Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 07/01/2018.

⁶⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 93/94.

um princípio, daquele que menos repercute em outro princípio. O princípio da adequação consiste na realização de um exame sem comparações com outras hipóteses, considerado adequado se o meio empregado alcançar o objetivo pretendido.

Essa compreensão ficou evidenciada no julgamento do *habeas corpus* 82424, oportunidade que o Supremo Tribunal Federal buscou o sopesamento de um princípio em face de outro diante das circunstâncias do caso concreto. Nesse julgado, estava em jogo o direito à liberdade de expressão de um lado e a dignidade da pessoa humana, no que tange à proteção de práticas racistas e preconceituosas, de outro.

Um editor gaúcho foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pela prática de crime de racismo⁶⁹. De acordo com a acusação, os livros vendidos pelo editor traziam mensagens racistas, discriminatórias e preconceituosas contra o povo de origem judaica. A defesa, por sua vez, sustentou a inexistência do crime de racismo e alegou que o livreiro exerceu sua liberdade de expressão⁷⁰.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, manteve a condenação imposta pelo Tribunal de segunda instância. Votaram pelo indeferimento do *habeas corpus* os ministros Maurício Corrêa, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Carlos Veloso, Nelson Jobin, Ellen Gracie, César Peluso e Sepúlveda Pertence, sendo vencidos os votos dos ministros Moreira Alves, Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio⁷¹.

Diante do conflito de liberdades igualmente protegidas pelo ordenamento constitucional, entendeu-se, no caso, a prevalência da dignidade da pessoa humana, no que concerne à proteção de práticas racistas, em detrimento da

⁶⁹ BRASIL. **Lei nº 7.716/1989**. Art. 20, § 1º. “Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm. Acesso em 07/01/2018.

⁷⁰ BRASIL. **Constituição Federal**. Art. 5º, IX, Constituição Federal, “IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 07/01/2018.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 82424**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=82424&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 07/01/2018.

liberdade de expressão. Nota-se que não ficou indicada uma preferência abstrata por um dos princípios envolvidos, mas sim uma prevalência concreta.

A aplicação da proporcionalidade na solução do conflito entre princípios, porém, não está impune às críticas. Uma das controvérsias gira em torno da inconsistência metodológica, já que a ponderação não corresponde a um método que permita um controle objetivo, conferindo ao juiz certa discricionariedade muitas vezes implacável.

A ponderação pode ocorrer de modo irrefletido, tendo em vista a possibilidade de o julgador decidir de forma arbitrária entre diferentes bens ou valores, formulando conclusões seguindo ordens de precedência e padrões consuetudinários⁷².

Relutando à adoção da sistemática supra na superação de conflito entre princípios, deve ser mencionado que a ponderação pode ensejar a relativização dos direitos fundamentais, reduzindo-os ao plano de valores⁷³.

Mesmo diante das considerações expostas, a ponderação se mostra necessária decorrente do caráter de normas abertas atribuídos aos direitos fundamentais. No entanto, inegável que o aplicador do direito deve se valer dentro de alguns limites, no sentido de ser evitado um instrumento antidemocrático, do reconhecimento da vontade de uma entidade composta por uma minoria não eleita⁷⁴.

Analisado a sistemática qualitativa na compreensão de regras e princípios como espécies normativas, será trabalhado na próxima sessão o caráter multifuncional dos princípios.

1.4 MULTIFUNCIONALIDADE

Compreendido no sistema jurídico como espécie normativa, os princípios

⁷² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 321.

⁷³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 321.

⁷⁴ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 151.

exercem diferentes papéis no que diz respeito a sua estrutura ocupacional, devendo ser mencionadas as funções fundamentadora, interpretativa e de fonte subsidiária.

Na função fundamentadora, o princípio é tido como mandamento nuclear de um sistema⁷⁵, estrutura a ordem jurídica servindo de base para todas as relações jurídicas relacionadas.

Neste panorama, para J. J. Gomes Canotilho, no ordenamento jurídico, os princípios são normas de natureza fundamental, tendo em vista sua posição hierárquica na sistemática das fontes jurídicas ou à sua importância estruturante da ordem jurídica. Os princípios consistem em “*standards*” na concepção de justiça ou na ideia de direito⁷⁶.

Os princípios atuam como viga mestra do sistema, arrimo do poder constituinte originário⁷⁷. Servem como base das decisões políticas e revelam os valores que inspiram a fonte de produção jurídica e a estruturação do próprio Estado. Nesta lógica, como estruturantes do ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Republicana traz em seu artigo inaugural os fundamentos do Estado brasileiro, elencando em seu rol a dignidade da pessoa humana⁷⁸.

A função fundamentadora consagra aos princípios uma força derogatória, pois, além de estruturar determinado ordenamento jurídico, acabam por excluir todas as normas que a ela se contraponham⁷⁹. Ainda na perspectiva fundamentadora, cabe reconhecer aos princípios dimensão diretiva, pois acabam impondo ao Poder Público a concretização de tarefas e programas impostos normativamente por uma Constituição.

⁷⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986., p. 230

⁷⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 166/167.

⁷⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1999. p. 251.

⁷⁸ BRASIL. Constituição Federal. Art. 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 10/01/2018.

⁷⁹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 67.

Neste sentido, a própria Constituição Republicana traz diversos objetivos fundamentais a serem observados pelo Estado. Deste modo, sua normatividade irradia ao Estado a adoção de determinadas providências a serem alcançadas, no âmbito de qualquer dos Poderes instituídos e de todas as unidades federativas⁸⁰.

Na função interpretativa, o princípio passa a ser empregado como fonte do Direito, norteando o hermeneuta na compreensão da sistemática do ordenamento jurídico. Os princípios constitucionais correspondem às normas eleitas pelo poder constituinte originário, com fundamentos ou qualificações essenciais do ordenamento instituído⁸¹.

Nesta seara, num viés hermenêutico constitucional, atuam os princípios como vetores para o entendimento e alcance das normas constitucionais e demais normas infraconstitucionais. Vale dizer que, abstratamente como regra, o intérprete muitas vezes é levado a compreender determinado princípio contra o próprio texto da lei, na formulação de uma decisão mais adequada de acordo com o caso concreto.

Na inteligência deste dispositivo, pode ser mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei nº 8.072/1990⁸², que proibia a progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes previstos como hediondos e seus equiparados.

A Suprema Corte deferiu o *habeas corpus* 82959 impetrado por um condenado a doze anos e três meses de reclusão pela prática de crime hediondo.

⁸⁰ BRASIL. **Constituição Federal**. Art. 3º: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 10/01/2018.

⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 141.

⁸² BRASIL. **Lei nº 8.072/1990**. Art. 2º, § 1º, redação original: “A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”. Revogado pela Lei nº 11.464/2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm. Acesso em 10/01/2018.

No caso, a defesa alegou violação ao princípio da individualização da pena^{83 84}.

De acordo com o voto do relator ministro Marco Aurélio, a garantia de individualização da pena inserida no rol dos direitos individuais, abrange também a execução da pena aplicada e, desta forma, não se mostra adequado afastar a possibilidade de progressão de regime do apenado⁸⁵.

Por derradeiro, na função supletiva ou integradora, os princípios operam no preenchimento de eventuais lacunas apresentadas no ordenamento jurídico. Embora não haja consenso acerca do seu conceito ou de sua existência, lacuna corresponde à inexistência de uma norma para dispor sobre determinada situação fática.

Inegavelmente, lacuna consiste na ausência de uma regra determinada, que deveria estar prevista no ordenamento jurídico⁸⁶. Ainda que possa ser reconhecida situação aqui descrita, o sistema jurídico se imuniza de possíveis lacunas, por meios do emprego de diversos recursos previstos em lei.

Em decorrência do princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional⁸⁷, cabe ao Estado-juíz conferir uma resposta efetiva, sendo cumprida a função social do sistema jurídico. No plano infraconstitucional, o próprio ordenamento jurídico pátrio prevê a utilização dos denominados princípios gerais do direito como instrumento de integração normativa⁸⁸.

⁸³ BRASIL. **Constituição Federal**. Art. 5º, XLVI, “a lei regulará a individualização da pena [...]”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 10/01/2018

⁸⁴ BRASIL. **Lei nº 7.210/1984**. Art. 5º: “Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em 10/01/2018.

⁸⁵ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=82959&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 10/01/2018.

⁸⁶ LARENZ apud LEMKE, Nardim Darcy. **Lacunas no sistema jurídico e as concepções não positivistas da norma**. Revista Jurídica: Universidade Regional de Blumenau, Centro de Ciências Jurídicas. Santa Catarina, Ano 9, n. 18, p. 9-40, jul./dez, 2005. pp. 10-11.

⁸⁷ BRASIL. **Constituição Federal**. Art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 10/01/2018.

⁸⁸ BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657/1942**. Art. 4º, do Decreto-lei nº 4657: “Quando a lei for omissa, o juiz

Em sentido contrário, parte da doutrina refuta o entendimento da existência de lacunas, pois cada norma jurídica que regula determinados atos é amparada por outra norma implicitamente nela contida⁸⁹.

Há ainda corrente compreendendo que o reconhecimento da função supletiva ou integradora dos princípios estaria superado. Tendo os princípios natureza normativa, a aceitação de sua atividade integradora seria o mesmo que colocá-los em um “*status*” de inferioridade normativa, o que não é admitido.

Sendo os princípios espécies de norma jurídica, não seria salutar reconhecê-los como meros acessórios interpretativos. São enunciados que evidenciam as mais variadas conquistas sociais, estando ou não previstos expressamente, aplicando-se a todas as situações de fato.

Neste diapasão, Paulo Bonavides leciona:

[...] de antiga fonte subsidiária em terceiro grau nos Códigos, os princípios gerais, desde as derradeiras Constituições da segunda metade deste século, se tornaram fonte primária de normatividade, corporificando do mesmo passo na ordem jurídica os valores supremos ao redor dos quais gravitam os direitos, as garantias e as competências de uma sociedade constitucional⁹⁰.

Abordada a multifuncionalidade dos princípios, serão tratados na próxima seção alguns aspectos sobre o ativismo judicial na concretização dos direitos fundamentais como dogmática do pós-positivismo.

1.5 PRÁTICA EFETIVA DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A partir da concepção traçada pela normatividade dos princípios, foi demonstrada a sistemática jurídica e a possibilidade de o aplicador do direito, a partir de fatos concretos, encontrar a solução mais adequada diante de uma demanda de fato. Em consequência disso, verifica-se uma maior efetividade na atuação dos órgãos judiciais na concretização dos direitos fundamentais.

decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em 10/01/2018.

⁸⁹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**, 1995, p. 209.

⁹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1999. p. 254.

Para Habermas, o Tribunal Constitucional deve se restringir ao processo de criação democrática do direito, não podendo, desta forma, imiscuir-se nas questões de ordem ativista de direitos materiais. O Tribunal Constitucional tem a missão de primar que os indivíduos disponham de meios harmônicos para se relacionar com seus problemas e as formas de dirimi-los⁹¹.

A locução “ativismo”, de acordo com sua acepção, pode ser compreendida de diversas maneiras⁹². Na vertente da ciência do Direito, pode ser concebida como atuação da função jurisdicional além das atribuições ordinárias que lhe são conferidas.

A doutrina não é uníssona quanto ao conceito de ativismo judicial. Pode ser reconhecida como medida associada a uma participação mais efetiva da atividade jurisdicional na concretização dos direitos constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros poderes⁹³.

Mesmo sendo a interpretação judiciária uma criação por si só, o ativismo judicial é caracterizado pela maior intensificação dessa criatividade, fenômeno este típico do século atual⁹⁴.

Nesta vertente, o instituto em análise pode ser entendido como atuação proativa de interpretação da Constituição, no intento de reconhecer os direitos fundamentais nela prescritos.

Como salienta Dieter Grimm:

A crescente importância dos tribunais no último século tem sua principal razão no ativismo judicial. Os juízes conquistam cada vez mais terreno que

⁹¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e a validade**. Tradução Flávio Breno Siebeneichler. 2 volumes. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro v. 2, 1997. p. 99.

⁹² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3 ed. Curitiba: Positivo, 2004. p. 194.

⁹³ BARROSO, Luís Roberto. JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, São Paulo, p.1-29, jul. 2012. Semestral. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2018.

⁹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores**. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 21/22.

era formalmente reservado à decisão política ou à auto-regulação social⁹⁵.

Ordinariamente, a expressão ativismo judicial é utilizada como sinônimo de judicialização da política. No entanto, tecnicamente, são institutos distintos, sendo imprescindível a compreensão dos diferentes significados.

Como observado na sessão anterior, sinteticamente, o ativismo judicial consiste na função jurisdicional além dos limites previstos no ordenamento jurídico, com o escopo de efetivar os direitos fundamentais.

Diverso do ativismo judicial, a judicialização da política não consiste numa alternativa da função jurisdicional na resolução de um conflito, mas sim na invasão do direito sobre questões relativas às políticas públicas. Desta forma, diante da falência das demais funções públicas, a função exercida pelo Juiz é dotada, por vezes, de certo protagonismo que, em tese, resulta em decisões que deveriam ser tomadas pela Administração Pública.

A judicialização da política é evidenciada a partir do momento em que questões sociais de cunho político são levadas ao Judiciário, para que ele dirima conflitos e mantenha a paz, por meio do exercício da jurisdição⁹⁶.

Mesmo diante da imprescindibilidade da atuação jurisdicional em determinados casos, a doutrina reconhece o perigo do ativismo judicial demasiado, caracterizado pela incisiva intervenção nas funções tipicamente legislativa e executiva.

De acordo com Lenio Streck:

O perigo que o ativismo judicial representa para a representação política, até porque uma ofensa à Constituição por parte do Poder Judiciário é sempre mais grave do que qualquer outra desferida por qualquer dos outros Poderes, porque é ao Judiciário que cabe sua guarda⁹⁷.

Neste entendimento, a desmedida implementação das políticas públicas

⁹⁵ GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 17.

⁹⁶ FILHO, José dos Santos Carvalho, **Ativismo Judicial e Política**, Revista Jurídica Consulex. Seção Ciência Jurídica em Foco. Edição 307, de 30/10/2010.

⁹⁷ STRECK, Lenio. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Revista Consultor Jurídico, 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acesso em: 13 de janeiro de 2018.

pelo Poder Judiciário, cuja atuação é caracterizada pela nota da imprecisão metodológica, consagra em suas decisões certa instabilidade e indeterminação normativa de um sistema jurídico aberto⁹⁸.

Os principais entraves sobre a natureza da democracia são reconhecidos em torno dos órgãos judiciais no reconhecimento da inconstitucionalidade dos atos dos outros órgãos do governo⁹⁹.

Corolário do sentido estrito de Estado de Direito, todos os poderes públicos estão sujeitos à lei, não apenas em relação à forma, mas também com relação ao seu conteúdo¹⁰⁰.

Recentemente no Brasil, o instituto do ativismo judicial tem se apresentado em determinadas ocasiões, suscitando discussões envolvendo desde operadores do direito, políticos até a própria sociedade em geral.

Neste contexto, ficou clarividente um perfil de ativismo judicial do Superior Tribunal Eleitoral e do próprio Supremo Tribunal Federal ao estabelecerem os parâmetros do instituto da fidelidade partidária. Este fato só foi possível diante da inércia da atividade legislativa acerca do tema e de um certo apelo da sociedade brasileira¹⁰¹.

O presente entendimento jurisprudencial modificou significativamente a concepção político-eleitoral brasileiro, a partir da mudança de paradigmas que determinaram a perda do mandato por infidelidade partidária.

O ativismo judicial no âmbito das políticas públicas também na seara da saúde, quando configurada violação flagrante ao mínimo existencial. Na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, buscou-se uma postura ativa da

⁹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Metodologia fuzzy e camaleões normativos na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais**. In: Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. pp. 99-101.

⁹⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 135.

¹⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del Estado de Derecho**. Tradução de Pilar Allegue. In: CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo (s), Madrid: Trotta, 2003, p. 13.

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de segurança no 26.602/DF**, de 4 outubro de 2007. Relator: Ministro Eros Grau. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 17 out. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms26602CB.pdf>. Acesso em: 13 de janeiro de 2018.

Em virtude do princípio da separação dos poderes, cabe ao Poder Executivo a execução das leis orçamentárias, a definição das políticas públicas e a escolha das prioridades a serem realizadas, não cabendo, desta forma, ao Judiciário interferir nessa atividade discricionária do gestor administrativo.

Diante do regime de governo democrático adotado no Brasil, a efetividade dos direitos fundamentais exige a aplicação de instrumentos adequados conforme a realidade de cada sistema.

O direito às condições mínimas de uma existência humana digna integra diversos preceitos constitucionais. Ausente o mínimo existencial, cessa-se a possibilidade de convivência humana.

Invoca-se, então, o princípio da reserva do possível, que traz consigo a ideia de que os recursos financeiros e orçamentários condicionam a efetividade dos direitos fundamentais, recursos estes que são capazes de realizar aquilo que a Constituição determina como dever prestacional do Estado no plano dos fatos¹⁰⁶.

Para Canotilho, não obstante se falar da efetivação dos direitos fundamentais dentro de uma reserva do possível, é necessário ter ciência da dependência quanto aos direitos econômicos, sociais e culturais, sendo que referida efetivação não se reduz a um simples “apelo” ao legislador. Existe uma verdadeira imposição constitucional, legitimadora de transformações econômicas e sociais na medida em que estas forem necessárias para a efetivação desses direitos¹⁰⁷.

Sobre a reserva do possível, leciona Regina Ferrari:

Ao se analisar a dificuldade de efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição, sob a alegação da reserva do possível, na medida em que a realização de tais direitos depende da provisão econômica, surge a questão relativa à possibilidade de se exigir em juízo, diretamente, o objeto dos direitos constitucionalmente previstos e, dentro deste contexto, a necessidade, a partir de critérios da razoabilidade e proporcionalidade, de se estabelecer o que se entende como o mínimo,

2006. p. 251.

¹⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 287

¹⁰⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 478

para considerar sua efetivação. Surge, então, a ideia de mínimo existencial, como argumento para embasar a exigibilidade dos direitos sociais¹⁰⁸.

Seguindo um modelo de justiça, em que os homens instituem um contrato social, fica determinada a observância de princípios básicos de funcionamento da sociedade e de distribuição social, sendo o mínimo existencial um princípio constitucional¹⁰⁹.

Diante de uma tensão entre a reserva do possível e o mínimo existencial, a questão deve ser sanada conforme a doutrina da ponderação. A reserva parlamentar em matéria orçamentária não é absoluta e, desta forma, oportuno que os direitos fundamentais tenham mais peso que as razões de política financeira¹¹⁰. Importante salientar também que mínimo existencial não se restringe apenas às condições de sobrevivência física do indivíduo, mas também às condições relacionadas a dignidade da pessoa humana.

Quanto ao princípio da separação dos poderes, a jurisprudência tem posição firmada no sentido de que não há obstáculo para a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. Não há o que se falar na intervenção e violação do princípio da separação dos poderes diante da concretização dos direitos fundamentais à boa vontade do administrador público.

Equivocado pensar que a separação dos poderes, concebido como instrumento de assegurar os direitos fundamentais, poderia obstar a realização de direitos sociais, por exemplo, diante da inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político¹¹¹.

Com base na supremacia da dignidade humana, o próprio Supremo Tribunal Federal reconhece, de forma sedimentada, a legitimidade constitucional do

¹⁰⁸ FERRARI, Regina M. M. Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 783

¹⁰⁹ RAWLS, John. Liberalismo Político. México. **Fundo de Cultura Econômica**. 1995. p. 47/48.

¹¹⁰ ALEX, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 26.

¹¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.389.952-MT**. Relator Ministro Herman Benjamin, 3 de junho de 2014. Informativo 543. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/informativo-tribunal,informativo-543-do-stj-2014,49511.html>. Acesso em: 15 de janeiro de 2018.

Judiciário na efetivação de políticas públicas¹¹².

Desta maneira, admissível ao Judiciário atuar de forma afirmativa e efetivar a aplicação de preceito constitucional para a concretização dos direitos fundamentais, para o reconhecimento de uma existência digna.

A seguir será investigado o objeto central deste trabalho, ou melhor, a compreensão do princípio da insignificância e seus desdobramentos.

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 592581**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>. Acesso em 15 de janeiro de 2018.

CAPÍTULO 2

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SUA REPERCUSSÃO NA TEORIA DO CRIME

2.1 GÊNESE, PERSPECTIVA PRINCIPIOLÓGICA E MATERIALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Compreendida a relação entre a lesão efetiva e grave a um bem jurídico protegido e a necessidade de intervenção penal, incontroverso o reconhecimento do princípio da insignificância. Em relação a sua origem, parte da doutrina remonta sua aparição ainda no Direito Romano, quando as questões insignificantes eram ou, pelo menos, deveriam ser desprezadas pelo pretor, ideia representada no brocardo “*de minimis non curat praetor*”¹¹³. No entanto, alguns doutrinadores negam sua gênese no direito romano em razão da ausência de previsão nas compilações dos principais glosadores.

Na década de 60, o princípio da insignificância foi inserido na doutrina alemã por Claus Roxin, notadamente no Direito Penal em razão de sua natureza fragmentária, valendo-se do brocardo romano aludido apenas ilustrativamente e não para justificar sua fonte¹¹⁴. Alguns doutrinadores sustentam que o princípio da insignificância teve sua gênese no início do século XX, precisamente em 1903, por meio de Fran von Liszt¹¹⁵.

O princípio da insignificância encontra arrimo nos demais princípios do Direito Penal, com eles não podendo ser confundido. Pelo princípio da intervenção mínima, por exemplo, o poder de punir estatal só deve intervir nas ofensas graves e em relação aos bens jurídicos primordiais, restando aos outros ramos do direito as

¹¹³ ACKEL FILGO, Diomar. **Revista de Jurisprudência do TACrim**, v.94, abr./jun. 1998.

¹¹⁴ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no Direito Penal**: análise à luz das Leis 9.099/95 (Juizados Especiais Criminais), 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) e da jurisprudência atual. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. pp. 86-87.

¹¹⁵ SILVA, Ivan Luiz. **Princípio da insignificância no direito penal**. Curitiba: Juruá Editora, 2004. p. 87.

perturbações de menor relevância¹¹⁶.

Segundo a teoria da adequação social, ainda que subsumida ao tipo legal de crime, não será típica se for socialmente reconhecida ou adequada. Distante de uma causa de justificação, a ação seria socialmente adequada quando realizada dentro de um contexto de normalidade social. Nesta linha, pelo princípio da fragmentariedade, o Direito Penal apenas deve proteger os bens jurídicos fundamentais para a manutenção da sociedade, sendo os ilícitos penais uma parte dos bens tutelados.

Sem dúvida, o Direito Penal, como a última “*ratio*”, somente deve operar diante da insuficiência dos outros ramos do Direito na proteção dos bens jurídicos mais relevantes, seja no âmbito individual ou social¹¹⁷.

Nessa ótica dispõe Beccaria:

O interesse geral não é apenas que se cometam poucos crimes, mas ainda que os crimes mais prejudiciais à sociedade sejam os menos comuns. Os meios de que se utiliza a legislação para impedir o crime devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais frequente. Deve, portanto, haver uma proporção entre os crimes e as penas¹¹⁸.

Diante de sua forma agressiva de interferência, o Direito Penal deve sim manter uma reserva quanto à tutela dos bens jurídicos mais relevantes e das lesões intoleráveis aos bens jurídicos mais valiosos.

O princípio da insignificância não apresenta conceituação na Constituição ou no Código Penal, motivo pelo qual encontra certa relutância acerca de sua existência. Todavia, a ausência de definição legal e, principalmente, de balizadores objetivos para sua aplicação não podem servir de motivo para o seu não conhecimento.

O direito positivo é a base pela qual o intérprete deve extrair seu sentido e alcance, enunciando juízos e proposições variáveis. A partir da abstração da norma, o legislador busca estabelecer um evento independente de sua materialização, não

¹¹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975. pp. 59-60.

¹¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. vol. 1. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

¹¹⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 6. ed. São Paulo: Martin Claret Ltda, 2000. p. 65.

havendo como selecionar todos os fatos humanos indesejados. Desta forma, necessário que o hermeneuta se escore em princípios na realização de sua atividade valorativa.

Na lição de Carlos Vico Mañas:

Ao realizar o trabalho de redação do tipo penal, o legislador apenas tem em mente os prejuízos relevantes que o comportamento incriminado possa causar à ordem jurídica e social. Todavia, não dispõe de meios para evitar que também sejam alcançados os casos leves. O princípio da insignificância surge justamente para evitar situações dessa espécie, atuando como um instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com significado sistemático político-criminal da expressão da regra constitucional do *nullum crimen sine lege*, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal¹¹⁹.

O princípio da insignificância vem sendo reconhecido e aplicado pela doutrina e jurisprudência, notadamente, em relação aos crimes patrimoniais. Porém, inequívoca sua incidência em crimes de outra natureza, como será visto a seguir. Sua repercussão não corresponde por si só a impunidade do autor do fato, sujeitando-se ele a outras formas punitivas, seja na seara cível ou até mesmo administrativa. O fato de não incidir o Direito Penal não quer dizer que não houve ilícito.

A ausência de sua previsão na legislação penal comum também não enseja a negativa se sua existência, pois o ordenamento jurídico deve ser compreendido como a corroboração de regras positivadas e princípios, que podem ser explícitos ou implícitos¹²⁰.

Não obstante, analisando o ordenamento jurídico sistematicamente, denota-se a materialização do referido princípio na legislação penal especial militar, tanto em relação ao bem jurídico a incolumidade corporal ou saúde, quanto em relação ao patrimônio.

No que diz respeito às lesões corporais levíssimas, a própria legislação prevê a possibilidade de o juiz considerar a infração apenas como disciplinar¹²¹. Em

¹¹⁹ TACRIM/SP - Ap. Criminal nº 998.197 - rel. Vico Mañas, j. 27.03.96.

¹²⁰ GOMES, Luiz Flavio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pp. 22-26.

¹²¹ BRASIL. **Código Penal Militar**. Art. 209, § 6º: No caso de lesões levíssimas, o juiz pode

que pese o legislador penal militar não ter definido o conceito ou amplitude acerca da lesão corporal levíssima, caberá ao intérprete, dentro de seu convencimento pessoal balizado pelo princípio da razoabilidade, definir seu alcance.

No mesmo sentido, o Código Penal Militar permitiu ao juiz considerar determinadas infrações, em tese, penais, como meramente administrativas, como fez no delito de furto atenuado¹²², na apropriação indébita¹²³, no estelionato e nas outras fraudes¹²⁴, na receptação dolosa¹²⁵ e na culposa¹²⁶, no dano atenuado¹²⁷ e na emissão de cheque sem provisão de fundos¹²⁸.

Nesta vertente, atendendo ao princípio da proporcionalidade, a insignificância da conduta ou do resultado pode ensejar outra resposta jurídica que não a penal, por meio do Direito Administrativo Disciplinar, como exposto no caso mencionado.

Considerado como princípio, a aplicação do princípio da insignificância deve ser reconhecida não apenas nas lesões corporais ou em determinados delitos patrimoniais na seara castrense, mas ainda em outros delitos que expressamente

considerar a infração como disciplinar. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm. Acesso em 08/02/2018.

¹²² BRASIL. **Código Penal Militar**. Art. 240, § 1º: § 1º Se o agente é primário e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou considerar a infração como disciplinar. Entende-se pequeno o valor que não exceda a um décimo da quantia mensal do mais alto salário mínimo do país. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm. Acesso em 08/02/2018.

¹²³ BRASIL. **Código Penal Militar**. Art. 250: Nos crimes previstos neste capítulo, aplica-se o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 240. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm. Acesso em 08/02/2018.

¹²⁴ BRASIL. **Código Penal Militar**. Art. 253: Nos crimes previstos neste capítulo, aplica-se o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 240. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm. Acesso em 08/02/2018.

¹²⁵ BRASIL. **Código Penal Militar**. Art. 254. Parágrafo único: Nos crimes previstos neste capítulo, aplica-se o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 240. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm. Acesso em 08/02/2018.

¹²⁶ BRASIL. **Código Penal Militar**. Art. 255. Parágrafo único: Se o agente é primário e o valor da coisa não é superior a um décimo do salário mínimo, o juiz pode deixar de aplicar a pena. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm. Acesso em 08/02/2018.

¹²⁷ BRASIL. **Código Penal Militar**. Art. 260. Nos casos do artigo anterior, se o criminoso é primário e a coisa é de valor não excedente a um décimo do salário mínimo, o juiz pode atenuar a pena, ou considerar a infração como disciplinar. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm. Acesso em 08/02/2018.

¹²⁸ BRASIL. **Código Penal Militar**. Art. 313. 2º Ao crime previsto no artigo aplica-se o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 240. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm. Acesso em 08/02/2018.

não o prevejam, como no caso nas infrações contra outros bens jurídicos comuns, até mesmo contra a Administração Pública¹²⁹.

Visto sua materialização legislativa, o princípio da insignificância deve ser considerado a partir de seu conceito normativo, exigindo do intérprete sua valoração. Tem-se, desta forma, sua materialização jurisprudencial, diante de uma adequada inteligência do Direito Penal não tão restrito à norma em seu aspecto puramente formal¹³⁰.

A função jurisdicional passa a protagonizar o papel de analisar cada caso, como exemplo o delito de furto que, embora abstratamente configure uma figura típica, pode apresentar no caso concreto um objeto material insignificante e, efetivamente, não ter a mesma correspondência a outra ocorrência de mesma natureza.

Nesta linha, em abundância vem a jurisprudência reconhecendo a infração de bagatela nos mais variados casos, desde a lesão corporal na direção de veículo automotor até nos crimes contra a ordem tributária, não se restringindo, destarte, aos delitos patrimoniais. Nesta linha, serão analisados na próxima seção deste capítulo diversos casos concretos, bem como os respectivos pressupostos para sua aplicação.

Por derradeiro, não poderia ser esquecida a materialização no âmbito administrativo do princípio, quer na atuação do Ministério Público que promove o arquivamento do inquérito policial ou do delegado de polícia que deixa de indiciar ou de lavrar um auto de prisão em flagrante nas denominadas infrações de bagatela.

2.2 NATUREZA JURÍDICA E INFRAÇÕES BAGATELARES

Neste capítulo, será analisado o princípio da insignificância e sua incidência na contextualização na teoria do crime. Preliminarmente, a doutrina costuma apontar os conceitos material, formal e analítico no que tange ao conceito e

¹²⁹ ROTH, Ronaldo João. **O Princípio da insignificância e o Direito Penal Militar**. Revista de Estudos e Informações – Justiça militar de Minas Gerais. Nº 21, março de 2008, págs. 30 a 38.

¹³⁰ GOMES, Luiz Flavio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 19.

a compreensão do crime.

A consideração de seu conceito na concepção material está relacionada ao bem jurídico tutelado. A partir desse entendimento, o legislador estabelece um critério político-criminal sobre o que o Direito Penal deve ou não punir¹³¹. Nesse sentido, crime corresponde uma conduta proibida e sujeita a uma pena, tendo em vista a agressão de um bem jurídico tutelado.

Na perspectiva formal, crime consiste na violação de uma lei penal incriminadora, ou seja, do ponto de vista legislativo, em obediência do princípio da reserva legal. Preocupando-se com o aspecto meramente nominar, crime nada mais é do que a conduta contrária ao direito e submetida a uma cominação penal¹³².

Por fim, na perspectiva analítica, basicamente o conceito de crime se divide em duas acepções distintas, a bipartida e a tripartida. Para a primeira, crime é um fato típico e antijurídico e, para a segunda, é um fato típico, jurídico e culpável. Esses conceitos são influenciados pelas distintas teorias causalista, finalista e funcionalista.

Conforme a teoria causalista, a incidência típica penal é valorada apenas em seu aspecto objetivo, sem qualquer influência normativa. Aqui, basta a análise do nexos causal entre a ação e o seu resultado, reduzindo-se o Direito Penal a um catálogo de tipos penais¹³³. A conduta humana deve assim integrar a estrutura do tipo do crime, sendo a ação algo natural, não havendo qualquer distinção entre uma conduta intencional ou acidental. No causalismo, não há qualquer relevância na relação psíquica entre o agente e o resultado.

De acordo com a teoria finalista, a conduta corresponde a um comportamento voluntário e consciente dirigido a uma finalidade, sendo ação uma conduta final e não meramente causal. Sem ignorar o causalismo, Hans Welzel

¹³¹ ROXIN, Claus, p. 51 apud GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 4 ed, p. 39.

¹³² PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1983. p. 2.

¹³³ BELING, Ernest Von. **Esquema de derecho penal, la doctrina del delito-tipo**. Coleccion clásicos del derecho, análisis de Carlos M. de Elía. Tradução da 11ª Ed. 1930: Sebastián Soler, Buenos Aires, 2002. pp. 73-74.

acresceu o elemento finalidade, considerando o dolo e a culpa na tipicidade e não mais na culpabilidade¹³⁴.

Na teoria funcionalista, a resolução de uma questão criminal não se restringe apenas aos aspectos ontológicos, mas, também, em concepções de política criminal. Neste sentido, Claus Roxin, por meio de uma análise funcional, propôs a substituição do tipo objetivo causal pela criação de um risco não permitido pela norma jurídica¹³⁵.

Para Roxin, a questão do injusto não pode estar conectada apenas a um tipo completamente neutro em sua valoração, mas sim a um juízo legislativo de desvalor das disposições penais concretas¹³⁶. A natureza do princípio da insignificância não é pacificada na doutrina, que diverge acerca de qual elemento do crime estaria afastada a tipicidade, antijuridicidade ou até mesmo a culpabilidade.

Parte da doutrina reconhece o princípio como excludente de antijuridicidade, por não ser uma conduta socialmente danosa. Diomar Ackel Filho, relacionado a essas considerações, compreendeu a insignificância em seu sentido absoluto e relativo, estando afastada a tipicidade material na primeira e a antijuridicidade na segunda¹³⁷.

Neste entendimento, sendo considerada a distinção entre fato típico e antijuridicidade, inadequado considerar tal princípio como excludente deste substrato do crime, uma vez que a antijuridicidade representa o desacordo da conduta com o ordenamento jurídico. Logo, um fato insignificante na instância penal também o seria nos outros ramos do direito, o que não pode ocorrer.

Numa breve ilustração, praticada uma conduta em estado de necessidade e compreendido o princípio da insignificância como excludente de antijuridicidade, o

¹³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte geral 1. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 402.

¹³⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raul, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**, volume 1, parte geral. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. P. 352.

¹³⁶ ROXIN, Claus. Teoria del tipo penal. **Tipos abiertos y elementos de del deber jurídico**. Buenos Aires, Argentina: De Palma, 1979. p. 268.

¹³⁷ ACKEL FILHO, Diomar, **O princípio da insignificância no direito penal**, in **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**, v. 94, abril-unho/1998, p. 72-77.

autor poderia se isentar não apenas da responsabilidade penal, mas eventualmente perante a jurisdição cível ou até mesmo no âmbito administrativo, o que não acontece. Neste caso, basta imaginar que, afastando a antijuridicidade, uma eventual vítima patrimonial não poderia impedir que qualquer pessoa subtraísse seu bem de valor ínfimo e nem ao menos poderia exigir o ressarcimento na esfera cível.

Não sendo, desta forma, excludente de antijuridicidade, o princípio da insignificância passaria a repercutir em outro substrato do conceito analítico do crime. Segundo Jesús-Maria Sánchez, os delitos de bagatela são aqueles que, ainda que formalmente típicos, não são merecedores da reprimenda penal¹³⁸, havendo, neste caso, o afastamento da culpabilidade. Seguindo esta via, há tipicidade a partir do momento a conduta apresenta os elementos do tipo, porém, tratando-se de um fato irrelevante, não seria adequada a aplicação da sanção¹³⁹.

De acordo com a doutrina prevalente e com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, resta afastada a tipicidade em seu conteúdo material e não a culpabilidade. Sendo o fato insignificante atípico, não se justifica a análise da culpabilidade do agente, devendo, a partir desta síntese, ser reconhecida a insignificância ainda que o autor possua (maus) antecedentes¹⁴⁰.

¹³⁸ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión, in *Estudios Penales y Criminológicos*, v. 25, 2005, p. 333.

¹³⁹ CORNEJO, Abel. Teoría de la insignificancia. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997. p. 73.

¹⁴⁰ Entendimento consolidado do STF: Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. RECEPÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REPROVABILIDADE DA CONDUTA. NÃO INCIDÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para se caracterizar hipótese de aplicação do denominado “princípio da insignificância” e, assim, afastar a retribuição penal, é indispensável que a conduta do agente seja marcada por ofensividade mínima ao bem jurídico tutelado, reduzido grau de reprovabilidade, inexpressividade da lesão e nenhuma periculosidade social. 2. Nesse sentido, a aferição da insignificância como requisito negativo da tipicidade envolve um juízo de tipicidade conglobante, muito mais abrangente que a simples expressão do resultado da conduta. Importa investigar o desvalor da ação criminosa em seu sentido amplo, de modo a impedir que, a pretexto da insignificância apenas do resultado material, acabe desvirtuado o objetivo a que visou o legislador quando formulou a tipificação legal. Assim, há de se considerar que “a insignificância só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa” (Zaffaroni), levando em conta também que o próprio legislador já considerou hipóteses de irrelevância penal, por ele erigidas, não para excluir a tipicidade, mas para mitigar a pena ou a persecução penal. 3. O caso envolve a prática do crime de receptação mediante entrega de substância entorpecente, comportamento dotado de intenso grau de reprovabilidade, dados os bens jurídicos envolvidos, o que impede a aplicação do princípio da insignificância. 4. Recurso improvido. (RHC 126980, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 03/11/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-234 DIVULG 19-11-2015 PUBLIC 20-11-2015)

No campo da tipicidade formal, é analisada apenas a subsunção do fato à norma, pouco se valendo o intérprete de analisar a relevância ou a repercussão da conduta, como exemplo a subtração de um bem de ínfimo valor em um mercado, que caracteriza, em tese, o delito de furto. Já por meio da análise da tipicidade material, deve ser considerado se da conduta houve relevante e intolerável lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico protegido.

Desta forma, não se pode reconhecer que a simples adequação formal do fato ao tipo incriminador, tipicidade formal, seja suficiente para responsabilização penal do agente. O fato só terá importância penalmente se ofende um bem jurídico protegido e relevante, sendo desproporcional, neste caso, a incidência criminal¹⁴¹.

Conforme lição de Francisco Assis de Toledo acerca do tema:

A tipicidade não se esgota na subsunção formal do fato ao tipo, a descrição típica deve ser lesiva a um bem jurídico. Assim, afirma-se que o comportamento humano para ser típico, não só deve ajustar-se formalmente a um tipo legal de delito, mas também ser materialmente lesivo a bens jurídicos, ou ética, ou socialmente reprovável¹⁴².

De acordo com a doutrina e jurisprudência majoritárias, a tipicidade formal deve ser estudada harmonicamente com a tipicidade material, não bastando, por si só, a adequação de um fato à norma incriminadora. Indispensável a valoração no caso concreto, que, a partir resultado jurídico, possibilite o afastamento da incidência criminosa pelo intérprete.

Partindo da concepção de que infração bagatelar é aquela conduta cuja ofensa ao bem jurídico é mínima, a doutrina ainda a subdivide em infração bagatelar própria e imprópria.

A infração bagatelar própria é a assim denominada em razão da sua irrelevância penal, pois não há desvalor da ação ou um relevante desvalor do resultado jurídico ou ainda ambos¹⁴³. Nesse tipo de infração, tem-se a aplicação do

¹⁴¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** – Parte Geral. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 53-54.

¹⁴² TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 119.

¹⁴³ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.21.

princípio da insignificância, devido à ausência de relevante desvalor entre a conduta, o resultado, ou em relação aos dois e desde que observados certos vetores reconhecidos pela jurisprudência, conforme será exposto na seção seguinte.

Como corolário da infração bagatelar própria, afirma-se o entendimento jurisprudencial acerca da aplicação do princípio da insignificância. Por meio de *habeas corpus* 119.672/SP, por exemplo, a paciente foi presa em flagrante e condenada à pena de 4 (quatro) meses de reclusão pela suposta prática do crime de tentativa de furto, pois tentou subtrair um pacote de fraldas, avaliado em R\$ 45,00 (quarenta e cinco reais) de um comércio. Segundo acórdão proferido pela primeira turma do Supremo Tribunal Federal, a ordem foi concedida, sendo trancada a ação penal em razão da atipicidade da conduta¹⁴⁴.

Já a infração bagatelar imprópria é a que se origina com relevante carga valorativa para o direito penal, porém, caracterizada pela desnecessidade da pena no caso concreto¹⁴⁵. Neste caso, não se tem aplicado o princípio da insignificância.

Pode ser apontado agora o caso da subtração mediante violência ou grave ameaça a pessoa, o delito de roubo. Por tratar-se de crime complexo, no qual o tipo penal tem como elementos constitutivo do tipo também a integridade pessoal, não há o que se falar no reconhecimento da insignificância, ainda que o bem subtraído tenha valor ínfimo. Neste sentido, no agravo de instrumento 557.972-1/MG, a segunda turma do Supremo Tribunal Federal reconheceu inaplicável o princípio da insignificância, a demonstrar que não apenas o patrimônio deve ser protegido, mas também a pessoa¹⁴⁶.

De qualquer forma, aceito nos mais variados tipos penais, a aplicação do princípio da insignificância se reveste como causa de afastamento da tipicidade

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 119672**. Disponível em: file:///C:/Users/Convidado/Downloads/texto_228717355.pdf. Acesso em 27/02/2018.

¹⁴⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 29.

¹⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 557.972 AgR**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=374130>. Acesso em 27/02/2018.

penal, desde de que causado danos ínfimos. Como instrumento de política criminal, na seção a seguir, serão abordados os vetores jurisprudenciais de aplicação do seu reconhecimento.

2.3 CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

A aplicação do princípio da insignificância não se dá no plano abstrato, pois, conforme explanado a seção anterior, não se torna suficiente a análise do tipo em seu sentido formal. A partir das especificidades de um caso concreto, é que o intérprete poderá mensurar as repercussões jurídicas e sociais e decidir acerca de sua aplicação ou não.

A irrelevância de determinada conduta é considerada não só no que tange à importância do objeto material violado, mas, notadamente, em relação à lesão produzida. A partir de agora, serão apresentadas diversas jurisprudências do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, com a compreensão inclusive dos critérios de adoção do crime de bagatela.

De acordo o acervo jurisprudencial da citada Corte, o primeiro julgado a reconhecer o princípio da insignificância é apontado no *habeas corpus* nº 66.869-1/PR, da segunda turma do Supremo Tribunal Federal. No ano de 1988, em votação unânime, os ministros decidiram arquivar uma ação penal em razão de uma pequena lesão corporal causada na condução de veículo automotor¹⁴⁷.

Mesmo não tendo sido invocado expressamente tal princípio no acórdão, a Suprema Corte afirmou seu reconhecimento na instância inferior. Ao final da decisão, buscando ainda justificar sua admissão, foi mencionado que o processamento de ações penais acerca de infrações de mínima acabam abarrotando o Poder Judiciário.

Conforme acórdão proferido no *habeas corpus* nº 84.412-0/SP, também pela segunda turma, no ano de 2004, foram estabelecidos os critérios para o reconhecimento do crime de bagatela, servindo a decisão de paradigma para as

¹⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC nº 66.869-1/PR**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102215>. Acesso em 02/03/2018.

decisões posteriores não penas da Suprema Corte, mas também dos demais órgãos do Poder Judiciário.

Nesta decisão paradigmática, segundo o Supremo Tribunal Federal:

O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Tal postulado considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público em matéria penal¹⁴⁸.

O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo, no âmbito penal, somente se justifica quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais. Em especial naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade¹⁴⁹.

Neste julgado, foram reconhecidos quatro requisitos objetivos que, na prática, acabam se revelando de determinado grau de subjetividade, haja vista as inúmeras situações fáticas. Por esta razão, não torna tão simples sua aplicação, gerando certa celeuma doutrinária e jurisprudencial.

No que diz respeito à mínima ofensividade da conduta do agente, revelada na alínea “a” da jurisprudência mencionada, deve ser analisada a conduta realizada pelo autor do fato, distanciando o intérprete, neste momento, da lesão sofrida pelo ofendido. Inegável a existência de lesão ao dever no injusto, mas haverá

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 84.412-0/SP**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79595>. Acesso em 02/03/2018.

¹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 84.412-0/SP**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79595>. Acesso em 02/03/2018.

violação quando o bem jurídico for gravemente afetado¹⁵⁰.

Cezar Roberto Bitencourt ensina que o princípio da ofensividade, num Estado Democrático de Direito, apresenta uma dupla função no Direito Penal. A primeira delas, a função político-criminal, dotada de caráter preventivo informativo, devendo orientar a elaboração dos diplomas legislativos. A segunda, a função interpretativa, surgindo quando da possível aplicação na norma penal no caso concreto¹⁵¹.

Neste primeiro critério, busca-se, partir da conduta infracional, mensurar a graduação do seu potencial lesivo. Se em grau mínimo a lesividade, preenchido o primeiro critério objetivo para o reconhecimento do afastamento da tipicidade.

Em relação a nenhuma periculosidade social da ação, como segundo critério apontado na alínea “b” da referida jurisprudência, não haverá tipicidade se não houver violação material ao bem jurídico. O crime, por si só, corresponde a uma prática desprezível e indesejada pela sociedade.

Todavia, este critério deve ser analisado casuisticamente, como no caso da inaplicabilidade da insignificância em se tratando da apreensão de pequena quantidade de drogas, mas para a mercancia. Irreconhecível este princípio na prática de crimes hediondos e assemelhados, notadamente no delito de tráfico de drogas, sendo o delito de perigo abstrato, contra a saúde pública. Irrelevante, para esse fim, a quantidade de droga apreendida com o autor que, no caso, equivalia a apenas 0,2 gramas de crack¹⁵².

Considerada a alteridade como pressuposto da intervenção penal, divergente o entendimento jurisprudencial acerca do porte de droga para consumo pessoal em irrisória quantidade. Aqui, não se evidencia periculosidade social, mas

¹⁵⁰ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *Teoria Del delito*. Buenos Aires. Ediar: 1973. p. 226.

¹⁵¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. vol. 1. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 22.

¹⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 155.391-ES**. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=11729877&num_registro=200902348819&data=20100927&tipo=91&formato=PDF. Acesso em 05/03/2018.

apenas em detrimento da saúde do próprio usuário¹⁵³.

Como penúltimo critério apontado na alínea “c” do precedente em questão, exige-se para o reconhecimento da insignificante o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento. A partir desse vetor, deve o intérprete apreciar a culpabilidade do agente, fazendo, desta forma, um juízo de valor acerca da necessidade ou não da imposição de pena.

Aqui, a análise valorativa deve recair sobre as condições pessoais do agente, critério indissociável do caso concreto, oportunidade que o próprio Supremo Tribunal Federal já deixou de aplicar a insignificância no caso de furto de um aparelho de telefone celular por um militar, figurando como vítima outro militar. Isso se deve ao fato de um aguerrido cometer tal delito em pleno serviço, desrespeitando, não apenas a tutela patrimonial, mas também a administração militar e as instituições de seu País¹⁵⁴.

Como último critério mencionado na alínea “d”, tem-se a inexpressividade da lesão jurídica provocada, devendo ser analisado o caso específico e não considerado o bem jurídico abstrato. Indubitavelmente, a partir deste vetor, o intérprete deve mensurar o desvalor do resultado e, sendo ele ínfimo, corroborado com os outros critérios, autorizada a aplicação do princípio da insignificância.

Nesta direção, o próprio Supremo Tribunal Federal deixou de aplicar o princípio diante de crime de moeda falsa. No caso concreto, foi colocada em risco a credibilidade da fé pública e o sistema financeiro no que diz respeito a emissão de cédulas fraudulentas, independentemente da quantidade ou volume da falsificação, que o caso, correspondia a dez cédulas cada uma com valor de R\$ 5,00 (cinco reais)¹⁵⁵.

¹⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 110.475/SC**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1819257>. Acesso em: 05/03/2018.

¹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 94.649-6/RJ**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=553779>. Acesso em: 14/03/2018.

¹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 93.251-7**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=542935>. Acesso em:

Estes foram os vetores apresentados pela Suprema Corte na compreensão da aplicação do princípio da insignificância. No entanto, as controvérsias jurídicas não se tornaram pacificadas, devendo a análise recair especificamente caso a caso. Além do mais, não pode ser deixado de lado o fato de a decisão precedente ser datada de 2004.

Muito embora se tratem de critérios objetivos, clarividente que o critério “reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento” está relacionado à culpabilidade do agente, critério consideravelmente subjetivo. Aqui vale a crítica doutrinária acerca de possível aplicação do direito penal do autor¹⁵⁶.

Deve ser salientado que os vetores analisados estabelecem balizas ao intérprete, sem esgotar outros elementos de análise do caso concreto de acordo com o valor da ação e do resultado. Na seção a seguir, serão abordados recentes julgados do Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação do princípio, com as correspondentes considerações.

2.4 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Como apontado na seção anterior, não é de hoje que o princípio da insignificância vem sendo reconhecido pelo Poder Judiciário, notadamente, pelo Supremo Tribunal Federal. Muito embora mencionado o precedente paradigmático no *habeas corpus* nº 84.412-0/SP, a primeira decisão da Suprema Corte nesse sentido foi observada no *habeas corpus* nº 66.869-1/PR, de 1988.

Foi impetrado o remédio constitucional pelo paciente em face de um acidente automobilístico, no Estado do Paraná, que resultou pequenas lesões à vítima. Sob a alegação de falta de justa causa para o início da persecução penal, foi invocado o afamado princípio da insignificância, no entanto, denegada a ordem pelo

14/03/2018.

¹⁵⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do inimigo: (ou inimigos do direito penal)**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12636-12637-1-PB.pdf>. Acesso em 14/03/2018.

Tribunal de Alçada do Estado do Paraná¹⁵⁷.

Sob relatoria do Ministro Aldir Passarinho, diante da superficialidade da lesão, foi concedido o argumento noticiado no “*writ*”, sendo trancada a ação penal correspondente.

Clarividente o reconhecimento da insignificância nos delitos patrimoniais, especificamente nos pequenos delitos de furto. A título de exemplo, a Segunda Turma da Suprema Corte, no ano de 2015, por decisão unânime, concedeu a ordem do *habeas corpus* nº 126866/MG, para cassar a decisão do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, reconhecendo o princípio da insignificância¹⁵⁸.

No presente caso, o impetrante havia sido condenado à pena de 2 anos e 4 meses de reclusão pela prática do crime de furto qualificado, tendo como objeto material do crime a sucata de peças automotivas avaliadas em R\$ 4,00 (quatro reais). Ainda que diante do concurso de agentes e pelo fato de o autor já ter sido condenado anteriormente pela prática do crime de homicídio, a Suprema Corte afastou a tipicidade material, alegando as naturezas diversas das infrações, o que não obstaría a concessão do *habeas corpus*.

No mesmo sentido, diante da subtração de cinco livros da biblioteca da universidade federal no Ceará. Segundo fundamentação da ministra relatora Rosa Weber, o baixo valor dos livros e por terem sido todos recuperados, sem qualquer prejuízo, desta forma, ao acervo da biblioteca, a conduta foi considerada minimamente ofensiva¹⁵⁹.

Neste contexto, recentemente o Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo a aplicação da insignificância nos crimes em detrimento dos mais variados bens jurídicos. Em matéria de aplicação deste princípio ao delito de

¹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC nº 66.869-1/PR.** Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102215>. Acesso em 27/03/2018.

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.866/MG.** Disponível em: file:///C:/Users/Convidado/Downloads/texto_307066765.pdf. Acesso em 27/03/2018.

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 116.754.** Disponível em: file:///C:/Users/Convidado/Downloads/texto_189069177.pdf. Acesso em 27/03/2018.

descaminho, o entendimento da Suprema Corte se consolida na avaliação da tipicidade da conduta em relação ao “quantum” objetivamente estipulado como parâmetro para a atuação do fisco em matéria de execução fiscal, ou seja, o valor do tributo devido.

De relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, em 2017, foi sedimentado que o princípio da insignificância deve ser aplicado ao delito de descaminho quando o valor sonegado for inferior ao estabelecido no art. 20 da Lei nº 10.522/2002¹⁶⁰, com as devidas atualizações regulamentares do Ministério da Fazenda. Em que pese a citada Lei aludir expressamente a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), para que a Fazenda Pública hoje inicie a execução fiscal, a tolerância é de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). No caso concreto, o valor dos tributos federais iludidos não excedia o patamar de R\$ 5.800,00 (cinco mil e oitocentos reais), sendo concedida a ordem¹⁶¹.

Numa viragem de bem jurídico tutelado, pode-se afirmar a aplicação do princípio abordado em detrimento do bem jurídico meio ambiente. Flagrado com doze camarões e uma rede de pesca fora das especificações legais, no Estado de Santa Catarina, foi o paciente condenado à pena de um ano e dois meses de detenção, pela prática de pesca proibida¹⁶². No entanto, em sede de *habeas corpus*, foi a ordem de *habeas corpus* concedida pela segunda turma do Supremo Tribunal Federal, diante da ausência de razoabilidade a imposição de sanção penal¹⁶³.

Em razão do princípio da alteridade do Direito Penal, também já foi

¹⁶⁰ BRASIL. **Lei nº 10.522/2002**. Art. 20, “caput”: Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). (Redação dada pela Lei nº 11.033, de 2004). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/2002/L10522.htm. Acesso em 27/03/2018.

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 136843 MG**. Disponível em: file:///C:/Users/Convidado/Downloads/texto_312925470.pdf. Acesso em 08/04/2018.

¹⁶² BRASIL. Lei nº 9.605/1998. Art. 34, “caput”: “Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente: Pena - detenção de um ano a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem: [...] II - pesca quantidades superiores às permitidas, ou mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos [...]”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9605.htm. Acesso em 08/04/2018.

¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 112.563 SC**. Disponível em: file:///C:/Users/Convidado/Downloads/texto_114662662.pdf. Acesso em 08/04/2018.

aplicado o princípio da insignificância em razão do porte ilegal de ínfima quantidade de entorpecente para consumo pessoal¹⁶⁴.

Na ótica pragmática, não podem ser simplesmente ignoradas as repercussões e consequências fático-jurídicas da persecução penal, de acordo com o uso da razoabilidade e da proporcionalidade¹⁶⁵. O ordenamento jurídico não pode negar que a privação de liberdade só se justifica quando imprescindível à própria incolumidade das pessoas e dos bens jurídicos em geral. O Direito Penal não deve se ocupar de condutas que produzem resultado, cujo desvalor não represente, por isso mesmo, prejuízo de relevo, seja ao titular do bem violado ou à integridade da ordem social. Esse desvalor só pode ser aferido no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade.

2.5 A RETÓRICA DA INSEGURANÇA JURÍDICA

No cenário dos direitos fundamentais, a segurança jurídica visa a garantir que os instrumentos estatais sejam suficientes para a aplicação da norma substantiva¹⁶⁶. Em sua concepção instrumental, segurança jurídica consiste na forma de consagrar ao cidadão seus direitos e deveres em relação ao Estado.

Indissociável a segurança do indivíduo, no sentido de organizar suas relações jurídicas, sendo os princípios da segurança e da proteção à confiança elementos do Estado de Direito¹⁶⁷. A segurança pode ter como escopo reconhecer os direitos preestabelecidos pelo Estado, figurando como destinatária a pessoa, seja em sua acepção individual¹⁶⁸, como em relação à melhoria da condição de

¹⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 110475**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28110475%2E+OU+110475%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hf2c9jy>. Acesso em 08/04/2018.

¹⁶⁵ POSNER, Richard. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 299.

¹⁶⁶ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. 1 ed.. Santa Catarina: SAFE – FABRIS, 1998. p. 38.

¹⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed.. São Paulo: Almedina, 2003. p. 252.

¹⁶⁸ BRASIL. **Constituição Federal**. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 08/04/2018.

determinados grupos sociais¹⁶⁹.

Para o efetivo reconhecimento o instituto, a tutela pretendida em uma demanda jurídica é submetida à apreciação do intérprete. A “*contrario sensu*”, a insegurança jurídica pode ser considerada como a incerteza quanto a busca pela justiça, consubstanciada principalmente pela arbitrariedade dos julgadores, valendo-se da discricionariedade imprecisa e demasiadamente abrangente.

Mediante o emprego indiscriminado dos princípios, a discricionariedade e o subjetivismo podem fazer com que o intérprete e principalmente o julgador se utilize dos princípios da forma que melhor lhe convier. Com relação ao princípio da insignificância, no entanto, sua aplicação parte de uma construção dogmática e visa a atender os anseios da sociedade moderna, de forma casuística e proporcional.

Na visão demasiadamente legalista, pode o intérprete deixar de aplicá-lo sob o pretexto de banalizar determinadas condutas e até mesmo o próprio Direito Penal. Num viés positivista, os casos difíceis devem ser sanados pelo intérprete a partir da omissão normativa, não tendo os princípios lugar onde as regras estiverem claramente presentes.

Longe do encerramento deste assunto, não há o que se falar na banalização de determinadas condutas criminosas em consequência do reconhecimento do princípio da insignificância. Na análise dos critérios apontados pela jurisprudência, notadamente pela Suprema Corte, a incidência do princípio da insignificância exige uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto.

Nesse sentido, a própria Suprema Corte afastou a repercussão do princípio da insignificância em relação à importação de nove cartelas do medicamento Atenix, contendo cibutramina na composição, classificada como

¹⁶⁹ BRASIL. **Constituição Federal**. Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 08/04/2018.

substância psicotrópica pela Anvisa, decorrendo daí a expressividade da lesão ao bem jurídico: saúde pública¹⁷⁰.

Na mesma vertente, no que tange ao bem jurídico protegido, o próprio Supremo Tribunal Federal impossibilitou a aplicação da insignificância em relação à falsificação de documento, cuja objetividade jurídica se refere à fé pública, com a circulação de documento contrafeito. No caso, discutiu-se tipicidade da conduta do paciente que alterou informação constante de atestado médico, capaz de ludibriar empresa pública com a qual matinha vínculo¹⁷¹.

Em que pese os tribunais aceitarem o princípio da insignificância não apenas relacionado aos delitos patrimoniais, oportuno lembrar sua inaplicabilidade nas infrações penais envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher. Este entendimento tem arrimo na expressiva ofensividade, periculosidade social, reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica causada, devendo, neste caso, recair o direito penal¹⁷².

Na inteligência desta compreensão, o Superior Tribunal de Justiça, dada a relevância penal da conduta, afastou a consagração da insignificância nas infrações envolvendo violência doméstica e familiar, figurando como vítima mulher, não implicando a reconciliação do casal atipicidade material da conduta ou desnecessidade de pena.

A incidência de uma norma penal não se satisfaz pela simples adequação formal do caso concreto ao tipo delituoso. É necessário que a conduta se contraponha materialmente ao tipo penal. O princípio da insignificância, distante está de promover o ideal de impunidade, devendo, obviamente, ser balizado em critérios objetivos e no princípio da proporcionalidade.

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 133.234 – PR**. Disponível em: file:///C:/Users/Convidado/Downloads/texto_309543118.pdf. Acesso em 08/04/2018.

¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 133.226 AgR**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/CTJ_Direito_Penal.pdf. Acesso em 08/04/2018.

¹⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 589: É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticadas contra a mulher no âmbito das relações domésticas, julgado em 13/09/2017, DJe 18/09/2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?materia=%27DIREITO%20PENAL%27.mat>. Acessado em 08/04/2018.

Não é a pretensão do princípio estudado ensejar a sensação de impunidade, muito menos legitimar condutas, em tese, criminosas. O fato de, em determinadas ocasiões, restar-se afastada a tipicidade penal nas infrações bagatelares, em nada obsta a repercussão de outras vias, como cíveis, administrativas ou trabalhistas por exemplo. Empregar a insignificância não retira a natureza ilícita da conduta. O que não se justifica é a aplicação do Direito Penal¹⁷³.

No próximo capítulo, será apresentado o modelo de segurança pública brasileiro; os órgãos de segurança pública, em especial a polícia judiciária e a discricionariedade do delegado de polícia na primeira fase da persecução penal.

¹⁷³ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. P.32.

CAPÍTULO 3

SEGURANÇA PÚBLICA BRASILEIRA E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO DELEGADO DE POLÍCIA

3.1 CONCEITO, ELEMENTOS E MODELO DE SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL

Segurança, como condição de tranquilidade, produz-se pela prevenção ou repressão de riscos, ao conjunto de fatores necessários para a construção do bem-estar coletivo. A definição da segurança pode ser apresentada a partir da absorção do risco e do bem-estar¹⁷⁴.

O risco como probabilidade de perigo, deve ser destacado na concepção ampla de segurança, fenômeno este atinente à projeção de um sinistro indesejável e provável. Ao assumir a existência de um dano eventual e incerto, necessário equacionar todas as perspectivas voltadas ao seu impedimento ou, pelo menos, redução.

O risco e o perigo são institutos abstratos, construções racionais, potencialmente decorrentes de outros, quer da ação humana ou de circunstâncias naturais. No contexto, o fato danoso apenas é real no exato momento em que se concretiza¹⁷⁵.

Antes do período moderno, cataclismos, guerras e outros infortúnios eram acontecimentos alheios à possibilidade de controle do indivíduo. Com o passar do tempo e avanço da tecnologia e principalmente da difusão das informações, a atividade humana passou a observar o futuro e os consequentes riscos, tanto na órbita natural quando derivada de sua própria conduta.

¹⁷⁴ LUÍS FILIPE JORGE DE ALMEIDA GUERRA (Portugal) (Comp.). **Clarificando o Conceito de Segurança**. Politeia: Revista do Instituto de Ciências Policiais e Segurança Interna, Lisboa. 2015., v. 1, p.123.

¹⁷⁵ DEAN, Mitchell – *Risk, Calculable and Incalculable in AAVV – Risk and Social Cultural Theory: New Directions and Perspectives* (Ed. Deborah Lupton) Cambridge University Press, Cambridge. 1999. p. 131.

Atualmente, decifrar a possível ocorrência de um dano e suas repercussões corresponde à compreensão do risco, cujo impacto atinge diferentes dimensões, como sociais, culturais, políticas, jurídicas e econômicas¹⁷⁶. Desta forma, a análise dos riscos e a construção de proteções contra as mais variadas “inseguranças” evidenciam ainda mais as vulnerabilidades sociais. A edificação de proteções ocasiona a sensação de insegurança pela potencialização das fragilidades que, de certo modo, causa a percepção de que “estar protegido é estar ameaçado”¹⁷⁷.

Em outra vertente, bem-estar denota a sensação de segurança, conforto e serenidade, a partir da equivalência entre as demandas sociais e a disponibilidade de recursos. Neste caminho, as necessidades humanas devem obedecer a uma ordem, a partir das mais básicas para as mais supérfluas, como uma hierarquia natural.

Na medida em que o indivíduo busca uma necessidade, outra de patamar inferior já deve ter sido alcançada, como condição lógica. De acordo com a Pirâmide de Maslow, as necessidades essenciais estariam em primeiro lugar, as fisiológicas, indissociáveis à sobrevivência humana, como a alimentação e o abrigo. Em seguida, as de segurança, pertinentes às de proteção contra possíveis ameaças e perigos em geral. Depois, as sociais, ligadas ao desejo de aceitação e participação coletiva até a aprovação coletiva, como condição de autoestima. Por derradeiro, as mais elevadas seriam as de autorrealização, a qual significada que o indivíduo deve alcançar sua completude e desenvolver-se de forma constante¹⁷⁸.

A segurança passa a ser perspectivada como necessidade multidimensional, na proporção que resulta no controle dos riscos, sendo estes presentes nos mais diversos planos e intrínsecas a vida humana. Desta maneira, o reconhecimento da segurança e, em contrapartida, a ausência do medo, pode ser promovido por meio da redução do número e da gravidade das ameaças que

¹⁷⁶ EKBERG, Merryn (2007) – *The Parameters os the Risk Society: a Review and Exploration in “Current Sociology”*. VOL. 55 n° 3, Sage. p. 343.

¹⁷⁷ CASTEL, Robert – *Lómsécurité Sociale: Qu’est-ce qu’être protegé? La Republique dès Ideés/Seuil*. 2003. p. 6.

¹⁷⁸ MASLOW, Abraham. *Motivation and Personality*. Harper & Row, Publishers, Inc. 1970. p. 72.

circundam a sociedade¹⁷⁹.

No seguimento jurídico e no que diz respeito à incolumidade social, o reconhecimento e afirmação da segurança pública é indissociável à convivência pacífica de toda a sociedade. Diante de um conjunto normativo, toda e qualquer organização política espera que os indivíduos coexistam e ajam dentro de um determinado padrão.

Em ampla concepção, todavia, utópico imaginar tal situação diante de uma diversidade de comportamentos e de personalidades. Neste panorama, necessária a instituição de um sistema adequado para reprimir e reprimir violações.

Conforme disposição do único artigo do Capítulo III, que integra o Título V, da Constituição Republicana, segurança pública é tratada preliminarmente como dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, devendo ser exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas¹⁸⁰. Irrefutável sua natureza de direito fundamental, figurando a segurança notadamente como direito social, na perspectiva amplíssima do próprio texto da Constituição¹⁸¹.

Conceito positivado e semelhante ao modelo pátrio pode ser encontrado na legislação portuguesa:

A segurança interna é a actividade desenvolvida pelo Estado para garantir a ordem, a segurança e a tranquilidade públicas, proteger pessoas e bens, prevenir e reprimir a criminalidade e contribuir para assegurar o normal funcionamento das instituições democráticas, o regular exercício dos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos e o respeito pela

¹⁷⁹ LUÍS FILIPE JORGE DE ALMEIDA GUERRA (Portugal) (Comp.). **Clarificando o Conceito de Segurança**. Politeia: Revista do Instituto de Ciências Policiais e Segurança Interna, Lisboa. 2015., v. 1,

¹⁸⁰ BRASIL. **Constituição Federal**. Art. 144, “caput”: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 06.05.2018”.

¹⁸¹ BRASIL. **Constituição Federal**. Art. 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 06.05.2018”.

legalidade democrática¹⁸².

Manifesto que todas as pessoas são responsáveis pela segurança pública e não apenas dos entes públicos. O constituinte, embora tenha incumbido ao Estado o dever principal, não exime os indivíduos de zelar pela segurança pública um dos outros.

A própria Suprema Corte reconheceu o direito à segurança como prerrogativa indisponível, garantida a partir do desempenho de políticas públicas. Cabe ao Poder Público a instituição de condições propiciadoras do seu efetivo acesso, sendo possível ao Judiciário determinar sua implementação, quando inadimplente a Administração Pública¹⁸³.

Conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

O conceito jurídico de ordem pública não se confunde com incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144 da CF/1988). Sem embargo, ordem pública se constitui em bem jurídico que pode resultar mais ou menos fragilizado pelo modo personalizado com que se dá a concreta violação da integridade das pessoas ou do patrimônio de terceiros, tanto quanto da saúde pública (nas hipóteses de tráfico de entorpecentes e drogas afins)¹⁸⁴.

No viés histórico, com o resgate da democracia, a segurança pública no Brasil foi prevista com uma nova roupagem. Com a implementação do regime militar na década de sessenta, foi instalado um modelo ditatorial de governo e, o que deveria ser implementado em caráter meramente provisório, foi levado por praticamente duas décadas.

Durante esse hiato não democrático, os órgãos que deveriam ser garantidores de direitos, atuavam de forma opressora, quer por métodos investigativos aflitivos ou por perseguições políticas. Na época, o que se tinha era o instituto da segurança nacional, cujo objetivo se balizava na defesa do Estado e na

¹⁸² PORTUGAL. **Lei nº 53/2008**, de 29 de agosto de 2008. Aprova a Lei de Segurança Interna. **Artigo 1º**. Lisboa, Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/453479/details/maximized>>. Acesso em: 06 maio 2018.

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 559.646**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624471>. Acesso em: 06.05.2018.

¹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 102065**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=616782>. Acesso em: 06.05.2018.

manutenção da ordem política e social.

Não é por acaso que, no aspecto topográfico, os direitos individuais na Carta Política vigente em 1969 estavam dispostos depois da organização do Estado, dos Poderes e da própria defesa nacional¹⁸⁵. Nesse panorama, a inquestionável supremacia do Executivo federal se sobrepunha aos direitos e garantias dos indivíduos, sendo justificado qualquer tipo de repressão, ainda de desmedida, sob o pretexto de proteção da ordem pública.

Ainda na década de oitenta, com o apoio de diversos políticos, artistas, atletas, entre outras personalidades midiáticas, houve a eclosão de um movimento denominado “Diretas já”, que clamava por eleições diretas para a presidência da República. Vários eventos, como o crescimento descontrolado da inflação, a dívida externa demasiada, índice preocupante de desemprego e a instabilidade econômica, fizeram que os próprios militares admitissem uma transição para um regime democrático. A mesma década ficou marcada pela eleição indireta para Presidente, formação de uma assembleia constituinte e promulgação da Constituição Republicana, que perdura até os dias atuais.

Visando a sua efetivação, o constituinte elencou como órgãos de segurança pública a polícia federal, a polícia rodoviária federal, a polícia ferroviária federal, as polícias civis, as polícias militares e os corpos de bombeiros militares¹⁸⁶. A forma federativa de Estado adotada no Brasil enseja essa variedade de órgãos de segurança pública, tanto na esfera federal como dos Estados-membros e do Distrito Federal.

No que tange às atribuições das policiais, pertinente à distinção entre as polícias administrativas e judiciárias no modelo brasileiro de polícia. A polícia administrativa é objeto do direito administrativo, caracterizada pela sua natureza preventiva e incumbida de evitar que atos lesivos aos bens jurídicos ocorram. Já a

¹⁸⁵ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em 06.05.2018.

¹⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.827**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621461>. Acesso em: 06.05.2018.

polícia judiciária opera na repressão e consequente responsabilização dos infratores¹⁸⁷.

A polícia judiciária não se confunde com a atividade ostensiva, mas, investigativa. Muito embora estruturada no Poder Executivo, tem suas atribuições previstas na legislação processual penal com o predomínio do caráter repressivo, visando à apuração de infrações penais e a correspondente autoria. Dentre os órgãos de segurança pública, a polícia federal, dentre outras atribuições, exerce as funções de polícia judiciária da União¹⁸⁸. Já nos Estados e no Distrito Federal, essa atividade é desempenhada pelas polícias civis¹⁸⁹.

As polícias rodoviária e ferroviária, como órgãos da União, exercem o policiamento das rodovias e ferrovias federais, respectivamente^{190 191}. Ainda que esta última instituição esteja prevista expressamente na Constituição, encontra-se fadada ao esvaziamento, uma vez privatizadas as ferrovias brasileiras desde a década de noventa.

As polícias militares e os corpos de bombeiros militares, por derradeiro, como instituições dos Estados e do Distrito Federal, como forças e auxiliares do

¹⁸⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 731.

¹⁸⁸ BRASIL. **Constituição Federal**. Art. 144, § 1º: “A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:” [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 12.05.2018.

¹⁸⁹ BRASIL. **Constituição Federal**. Art. 144, § 4º: “Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 12.05.2018.

¹⁹⁰ BRASIL. **Constituição Federal**. Art. 144, § 2º: “A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 12.05.2018.

¹⁹¹ BRASIL. **Constituição Federal**. Art. 144, § 3º: “A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 12.05.2018.

Exército, atuam no patrulhamento ostensivo e na preservação da ordem pública¹⁹².

Além dos órgãos elencados taxativamente¹⁹³, a Constituição prevê expressamente a possibilidade de os municípios criarem guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, de acordo com disposto em lei¹⁹⁴. No entanto, conforme dicção constitucional, as atividades de policiamento ostensivo são restritas às polícias militares.

Aliás, como já foi mencionado, não podem as guardas municipais ser consideradas órgãos de segurança pública, a não ser que o Texto constitucional seja modificado, tendência esta já esperada em proposta de emenda da Câmara dos Deputados¹⁹⁵.

Atualmente, no entanto, é crescente a atuação das guardas municipais no panorama da segurança pública, fato este relacionado ao elevado índice de criminalidade principalmente nas grandes metrópoles. Nos últimos anos, com a edição do Estatuto Geral das Guardas, foi reconhecida às entidades a proteção municipal preventiva¹⁹⁶.

Neste cenário, ainda que as instituições venham ganhando espaço, alguns dispositivos do referido Estatuto são objeto de ação direta de

¹⁹² BRASIL. **Constituição Federal**. Art. 144, § 5º: “Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 12.05.2018.

¹⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1.182**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201359> Acesso em 12.05.2018

¹⁹⁴ BRASIL. **Constituição Federal**. Art. 144, § 8º: “Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 12.05.2018.

¹⁹⁵ BRASIL. **Proposta de Emenda Constitucional nº 275/2016**, de 16 de novembro de 2016. Inclui a guarda municipal entre os órgãos de segurança pública. Brasília, Aguardando Constituição de Comissão Temporária pela Mesa. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2117201>. Acesso em: 12 maio 2018.

¹⁹⁶ BRASIL. **Lei nº 13.022/2014**. Art. 2º: “Incumbe às guardas municipais, instituições de caráter civil, uniformizadas e armadas conforme previsto em lei, a função de proteção municipal preventiva, ressalvadas as competências da União, dos Estados e do Distrito Federal”. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2117201>. Acesso em 12.06.2018

inconstitucionalidade¹⁹⁷. Sob a alegação de que não caberia à União legislar sobre guardas municipais e sim às câmaras locais, o processo encontra-se pendente de julgamento. Todavia, inegável que as guardas vêm cada vez mais ganhando destaque na sistemática de segurança pública.

Segurança pública há de ser efetivada mediante o envolvimento de diversas instâncias de discussão, estudos técnicos, com incidência em setores mais diversos da sociedade. Diferentemente de atuações reducionistas apenas por determinada pasta executiva ou por ideais frágeis e perfunctórios.

O poder de polícia, como função típica de Estado, é instituto jurídico voltado para resguardar a coexistência social, por meio de relações jurídicas regulamentadas entre o Poder Público e os indivíduos¹⁹⁸. Essa atividade estatal consiste na limitação do exercício dos direitos pessoais em razão da prevalência do interesse público¹⁹⁹.

Na próxima seção, será feita uma breve análise sobre o cumprimento da pena privativa de liberdade no Brasil e apresentada séria problemática no sistema carcerário atual.

3.2 PRIVAÇÃO DE LIBERDADE NO BRASIL E ATUAL CENÁRIO PRISIONAL

A pena, em seu sentido amplíssimo, corresponde a uma consequência imposta pela prática de uma infração. Atualmente, no âmbito penal brasileiro, é o desdobramento natural imposta pelo Estado diante de uma infração penal²⁰⁰, ou seja, o meio pelo qual o Estado, atribuído do “Jus Puniendi”, aplica o preceito secundário do tipo penal, diante de uma conduta típica, antijurídica e culpável.

Desde o período mais remoto da história, necessária a adoção de

¹⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5156**. Relator: MIN. GILMAR MENDES. Brasília, 16 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5156&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

¹⁹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 81.

¹⁹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 103-104.

²⁰⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 4. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004. p. 532.

restrições pessoais, como contraprestação às regras comuns violadas. As punições revelavam caráter eminentemente sacral, amparadas em fatores sobrenaturais e inexplicáveis cientificamente, denominada fase da vingança divina.

No livro Levítico 5,17:

"Se alguém pecar, fazendo o que é proibido em qualquer dos mandamentos do Senhor, ainda que não o saiba, será culpado e sofrerá as consequências da sua iniquidade²⁰¹.

Sequencialmente, a humanidade vivenciou o período em que a responsabilização do transgressor era sancionada pela própria coletividade. A questão de justiça, numa perspectiva reducionista, passa a ser concebida como questão entre o bem e o mal²⁰².

Como proposta severa e desproporcional de estabelecer a vingança, a Lei de Talião se apresenta sem qualquer baliza ou proporção entre o ilícito e o respectivo castigo. A máxima "olho por olho, dente por dente" repercutiu por longa data desde a Idade Antiga até a Idade média²⁰³.

No século XVIII, a partir do período conhecido como iluminismo e das ideias de Beccaria, passou a ecoar a voz da necessidade de tratamento do infrator como indivíduo, que, dotado de direitos e garantias, não poderia ser mais tratado de forma desproporcional. Sustentava o autor que o juiz deveria executar o silogismo entre a lei como premissa maior e a ação como menor²⁰⁴.

Nesta seção, daqui em diante, serão perspectivadas as teorias a respeito desta temática e a afirmação de que a possibilidade de aplicação de determinadas penas está intrinsecamente ligada ao Estado de Direito. O "jus puniendi" além da

²⁰¹ BÍBLIA SAGRADA. Levíticos, 5:17. Disponível em: <https://www.bible.com/pt/bible/211/LEV.5.NTLH>. Acesso em 28 de julho de 2018.

²⁰² BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução de Lúcia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo Martins Fontes, 2005. p. 85.

²⁰³ DIAS, Jorge de Figueiredo. Questões fundamentais do Direito Penal Revisitadas. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999. p. 92.

²⁰⁴ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução de Lúcia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo Martins Fontes, 2005. p. 22.

visão do soberano, deve prestar reverência ao texto da lei²⁰⁵, uma progressão ao princípio da legalidade, como instrumento assecuratório dos direitos individuais.

Historicamente, como já mencionado, a pena era concebida como mecanismo de retribuir ao condenado o agravo por ele causado, em virtude de uma infração cometida. Contudo, no Estado de Direito, o exercício do “*jus puniendi*” se subordina necessariamente aos princípios e regras expressos em uma Constituição. Posteriormente, surge o caráter preventivo e a preocupação em reinserir o apenado à sociedade.

A razão de punir do Estado, para a teoria absoluta, encontra-se na retribuição, equivalendo-se ao injusto cometido²⁰⁶. Já para a teoria relativa, decorrente da batizada escola positiva, a pena possui a função de prevenção geral e especial, e ainda busca a ressocialização do apenado. Aqui, além da punição em razão de uma infração cometida, o Estado busca a reinserção do infrator ao convívio social²⁰⁷.

Não é novidade alguma afirmar que qualquer medida aflitiva imposta pelo Poder Público acaba assumindo determinado papel. De acordo com a Criminologia Clássica, pode ser atribuída à pena, ou castigo, uma tendência preventiva puramente dissuasória. Já prevenção especial positiva, a pena assume a finalidade de evitar que o apenado volte a cometer novas infrações²⁰⁸.

No garantismo penal levantado pelo Ferrajoli, depreende-se que:

(...) o modelo garantista do direito penal mínimo pressupõe doutrinas formalistas do delito e concepções utilitárias da função da pena e das proibições penais, ainda que não necessariamente no sentido inverso. Estes nexos entre doutrinas filosóficas da justificação do direito penal e modelos ou sistemas normativos de direito penal são os que conferem relevância prática às primeiras e os que serão analisados agora.

(...) falar de função da pena - retributiva, reeducativa ou preventiva - corre o

²⁰⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Lígia M. Pondé Vassalto. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 99.

²⁰⁶ COSTA JR, Paulo José da. **Direito Penal Curso Completo**, 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 117.

²⁰⁷ FALCONI, Romeu. **Lineamentos de Direito Penal**, 3ª edição, São Paulo: editora Ícone, 2002, p. 249.

²⁰⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Penas e medidas alternativas à prisão: doutrina e jurisprudência**. 2. Ed. vol. 1. Ver., Atual. e Ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 40.

risco de resultar irreal, não por defeito das funções, mas, antes mesmo, do meio que estas funções deveriam assegurar. Os sistemas punitivos modernos se encaminham - graças às suas contaminações policiais e à quebra, mais ou menos excepcional, das suas formas garantistas - para uma transformação em sistemas de controle sempre mais informais e sempre menos penais, de tal modo que a crise do direito penal, ou seja, daquele conjunto de formas ou garantias que o distinguem de outras formas de controle social mais ou menos selvagens e disciplinares, é o verdadeiro problema penal da nossa época. Talvez a verdadeira utopia de hoje não seja a alternativa ao direito penal, mas, sim, o próprio direito penal e as suas garantias, não o abolicionismo, mas o garantismo, mesmo se inevitavelmente parcial e imperfeito²⁰⁹.

No Brasil, são vários os dispositivos que disciplinam o tema, com o objetivo de declarar a dignidade da pessoa humana como diretriz e de instrumentalizar eventuais violações, no entanto, passa-se longe da realidade atual.

O princípio da legalidade da pena, disposto expressamente no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, é de observância necessária na sistemática do cumprimento das penas²¹⁰. Destarte, apenas as leis podem indicar as penas de cada delito e que o direito de estabelecer leis penais não pode ser senão da pessoa do legislador que representa a sociedade²¹¹. Assim, substancialmente, a pena implica a restrição de um objeto jurídico, porém, formalmente, vincula-se a reserva legal.

Ainda relacionado aos direitos e garantias fundamentais, a própria Constituição em seu artigo 5º proíbe as penas cruéis²¹², garante ao preso o respeito à integridade física e moral²¹³, a individualização da pena²¹⁴, dentre outras regras humanitárias de cumprimento de pena.

²⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Tradução por Norberto Bobbio. pp. 142 e 276

²¹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 5º, XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acessado em 18.05.2018.

²¹¹ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Tradução Torrieri Guimarães. 6ª ed. São Paulo: Martin Claret Ltda, 2000. p. 20.

²¹² BRASIL. **Constituição Federal**. Art. 5º, XLVII: “não haverá penas: [...] e) cruéis”.

²¹³ BRASIL. **Constituição Federal**. Art. 5º, XLIX: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acessado em 18.05.2018.

²¹⁴ BRASIL. **Constituição Federal**. Art. 5º, XLVI: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: [...]”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acessado em 18.05.2018.

Nos termos do que dispõe a legislação penal brasileira, no Direito Penal, as penas podem ser privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa²¹⁵. Esta por sua vez, objeto da presente seção, vem prevista no preceito secundário de cada tipo incriminador, variando na medida da gravidade da conduta e do bem jurídico tutelado.

Neste rumo, mesmo privado de sua liberdade de locomoção, o preso conserva os demais direitos adquiridos enquanto indivíduo, quando não relacionados a sua própria restrição. Todavia, no cenário brasileiro atual, ao invés de a prisão conter a violência, parece estimulá-la, convertendo-se em instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidade²¹⁶.

A realidade é que o sistema prisional atual não passa de grandes depósitos de pessoas em condições sub-humanas, submetidas a situações degradantes e cruéis. Segundo o Departamento Penitenciário Nacional, o Brasil tem o sexto maior índice de presos por 100 (cem) mil habitantes, equivalendo sua população carcerária a 689.098 (seiscentos e oitenta e nove mil e noventa e oito) presos²¹⁷ e um número de vagas equivalente a menos de 400.000 (quatrocentas mil), correspondendo a um déficit de vagas de quase 300.000 (trezentas mil)²¹⁸.

Além disso, verifica-se uma acelerada evolução da população carcerária no Brasil, pois, conforme o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, no ano de 2000, a população carcerária correspondia a 232.755 (duzentos e trinta e dois mil e setecentos e cinquenta e cinco) presos²¹⁹. Consequentemente pode-se afirmar que, em 14 (quatorze) anos, a população carcerária por pouco não triplicou.

²¹⁵ BRASIL. **Código Penal**. Art. 32: As penas são: “I – privativas de liberdade; II – restritivas de direito; III – multa”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 18.08.2018.

²¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 157.

²¹⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Dados das inspeções nos estabelecimentos penais. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php. Acesso em 28 de julho de 2018.

²¹⁸ BRASIL. Ministério da Justiça. **Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Dezembro de 2014**. Disponível em: http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf. Acessado em 15 de janeiro de 2018. p. 18.

²¹⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Dezembro de 2014**. Disponível em: http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf. Acessado em 15 de janeiro de 2018. p. 19.

Com referência aos dados acima, uma população prisional desta magnitude demanda um sistema de encarceramento estruturado em políticas públicas adequadas, o que não se verifica no sistema prisional pátrio.

O Brasil enfrenta hoje um verdadeiro abandono do sistema prisional. O que deveria servir de instrumento de ressocialização, funciona na verdade como escola do crime, devido à forma como é tratado pelo Estado e pela sociedade²²⁰.

Além da restrição do direito de ir e vir e outros direitos umbilicalmente relacionados, os presos são privados de outros direitos fundamentais, evidenciada, assim, violação aos direitos humanos.

Conforma lição de Rogério Greco:

Por mais que o Estado tenha o poder/dever de fazer valer o seu ius puniendi, este deverá ser levado a efeito preservando-se, sempre, os direitos inerentes à pessoa, que não cederam em virtude da prática da infração penal. Assim, por exemplo, se alguém for condenado a uma pena de privação de liberdade por ter praticado determinado crime, somente esse direito é que será limitado através do ius puniendi, vale dizer, o direito de ir, vir e permanecer aonde bem entenda. Os demais, a exemplo da sua dignidade, intimidade, honra, integridade física e moral etc., devem ser preservados a todo custo²²¹.

No País, conforme dados estatísticos extraídos do Ministério da Justiça, não é raro encontrar estabelecimentos prisionais superlotados. Os presos, ao invés de cumprirem pena, são castigados e maltratados física e moralmente. Logo, a tão esperada ressocialização não passa de sofrimento, humilhação e ilegalidades, podendo-se afirmar que a cadeia preserva a mente do sentenciado²²².

Ademais, inexistem dados precisos, até o momento, acerca de importantes índices sobre o tema, tais como: quantidade de foragidos, mandados de prisão pendentes de julgamento, quantidade de presos provisórios e definitivos. Referidas informações deveriam constar no Banco Nacional de Monitoramento de

²²⁰ ASSIS, Rafael Damaceno de. **A realidade atual do sistema penitenciário Brasileiro**. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos908/a-realidade-atual/a-realidade-atual.shtml>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2018. p. 2.

²²¹ GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação da liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 25.

²²² VARELLA, Drauzio. **Estação Carandiru**. 2.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 20.

Prisões²²³, o qual, entretanto, não foi alimentado com todos os dados²²⁴.

No capítulo a seguir, serão elencadas, de modo meramente exemplificativo, as atribuições do Delegado de Polícia no modelo brasileiro de segurança pública.

3.3 ATRIBUIÇÕES LEGAIS DO DELEGADO DE POLÍCIA

Como já enunciado na primeira seção deste capítulo, às polícias federal e civis incumbe a apuração das infrações penais e respectiva autoria, denominadas polícias judiciárias. A policial federal destina-se à apuração de determinadas infrações penais previstas em lei²²⁵, bem como as de interesse da União. As polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, são atribuídas das infrações penais pertinentes aos Estados e ao Distrito Federal, exceto militares, como exposto alhures.

Na seara da polícia judiciária, o delegado de polícia, profissional de formação jurídica, exerce as providências necessárias para apuração de uma infração, mediante a reunião de elementos de informação relacionados à correspondente autoria. Cabe ao delegado de polícia deliberar acerca das diligências a serem realizadas, sem, contudo, violar direitos e garantias fundamentais.

Ilustrativamente, no Estado de Santa Catarina, o cargo de delegado de polícia exerce atribuição essencial à função jurisdicional do Estado e à defesa da

²²³ A presidente do CNJ e do Supremo Tribunal Federal (STF), ministra Cármen Lúcia, apresentou na manhã de quarta-feira (12/7/17) o Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP 2.0) a um grupo de juízes de todo o país que atuam na execução penal. A nova tecnologia *on-line* vai incorporar em um único cadastro nacional do Poder Judiciário os dados pessoais, informações sobre a condenação e, principalmente, a situação de todos os presos perante a Justiça. Em poucos cliques, as autoridades saberão instantaneamente se a pessoa é foragida ou não. (Fonte: BRASÍLIA. Agência Cnj de Notícias. Conselho Nacional de Justiça (Ed.). CNJ apresenta novo sistema digital para cadastro de presos e foragidos. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85075-sistema-digital-do-cnj-vai-cadastrar-presos-e-foragidos-da-justica>>. Acesso em: 13 abr. 2018).

²²⁴ Pesquisa feita diretamente no website do BNMP, através do endereço eletrônico <<http://www.cnj.jus.br/bnmp/#!/pesquisar>>

²²⁵ BRASIL. Lei nº 10.446/2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10446.htm. Acesso em: 21.05.2018.

ordem jurídica²²⁶, sendo-lhe assegurada independência funcional pela livre convicção nos atos de polícia judiciária²²⁷.

As diligências necessárias às atividades do delegado de polícia encontram previsão exemplificativa na Legislação Processual Penal²²⁸, desde a verificação preliminar das informações até a conclusão do procedimento policial. Tomando conhecimento da prática de infração penal, por exemplo, deverá a autoridade dirigir-se ao local dos fatos, providenciando sua preservação para a realização da perícia criminal.

Buscando reunir conjunto de elementos de informação, ao delegado de polícia compete a apreensão de objetos relacionados com o fato, a eventual oitiva do ofendido, de testemunhas e do suposto autor. Na dita fase policial, o interrogatório será realizado na medida do possível como na fase judicial²²⁹, sendo assegurado ao investigado seu direito de permanecer em silêncio e de não responder perguntas que lhe forem formuladas²³⁰, bem como o direito de entrevista previa e reservada com seu defensor²³¹.

²²⁶ SANTA CATARINA. **Constituição Estadual**. Art. 106, § 4º: “O cargo de Delegado de Polícia Civil, privativo de bacharel em Direito, exerce atribuição essencial à função jurisdicional do Estado e à defesa da ordem jurídica, vedada a vinculação a quaisquer espécies remuneratórias às demais carreiras jurídicas de Estado”. Disponível em: http://www.alesc.sc.gov.br/portal_alesc/sites/default/files/CESC%202017%20-%2072%20a%2074%20emds.pdf. Acessado em: 21.05.2018.

²²⁷ SANTA CATARINA. **Constituição Estadual**. Art. 106, § 5º: “Aos Delegados de Polícia Civil é assegurada independência funcional pela livre convicção nos atos de polícia judiciária”. Disponível em: http://www.alesc.sc.gov.br/portal_alesc/sites/default/files/CESC%202017%20-%2072%20a%2074%20emds.pdf. Acessado em: 21.05.2018.

²²⁸ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Art. 6º: “Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: [...]”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 21.05.2018.

²²⁹ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Art. 6º, V: “[...] a autoridade policial deverá: [...] V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura; [...]”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso: 21.05.2018.

²³⁰ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Art. 186: “Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso: 21.05.2018.

²³¹ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Art. 185, § 5º: “Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência

A investigação preliminar consiste no conjunto de atividades investigativas exercido por órgãos de atribuição legal específica e de modo repressivo. A partir do levantamento das circunstâncias cognitivas na fase policial, torna-se possível a persecução penal, evitando-se, assim, ações penais temerárias²³².

Apontadas as razões jurídicas do convencimento da autoridade policial, evidenciando-se a materialidade delitiva e respectiva autoria, procederá ao ato formal de indiciamento, mediante análise técnico-jurídica do fato. Embora a natureza jurídica e repercussão do indiciamento seja instituto de enorme relevância, ainda suscitam diversas polêmicas. Recentemente, passou a vigor a lei sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia, promovendo um avanço nesse sentido.

Juridicamente, o indiciamento funciona como uma das etapas da formação da culpa na primeira fase da persecução penal, quando os elementos informativos do inquérito policial levam o delegado de polícia formar sua convicção de autoria acerca da prática de uma infração criminal, caracterizado pelo processo de filtragem da purificação, aperfeiçoamento, conhecimento e certeza²³³.

A partir do reconhecimento da provável autoria delituosa na fase policial, o indiciamento corresponde ao reconhecimento pelo Estado de que há apontamentos convergentes sobre a responsabilidade penal²³⁴. Esse juízo indiciário que denota provável autoria, decorre de ato administrativo privativo do delegado de polícia, conforme legislação vigente²³⁵.

Ademais, conforme doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de acordo com o sistema acusatório, equivocada requisição judicial ou do

do Fórum, e entre este e o preso". Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso: 21.05.2018.

²³² QUEIROS, David. **A permeabilidade do processo penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 31-32.

²³³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**, 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 280.

²³⁴ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto de Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 120.

²³⁵ BRASIL. **Lei nº 12.830/2012**. Art. 2º, § 6º: O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm. Acesso em 26.05.2018.

Ministério Público para que o delegado de polícia proceda ao indiciamento policial²³⁶. Sendo o indiciamento ato administrativo de natureza privativa, sua promoção por outra autoridade, que não a policial, viola a separação orgânica das funções.

Entendimento doutrinário divergente sustenta a pouca utilidade prática do indiciamento policial, uma vez que sua formalização não vincula a propositura da ação penal pelo órgão acusador²³⁷. Inegável, no entanto, o constrangimento a que se sujeita o indiciado, configurando a persecução penal um sistema escalonado²³⁸, progressivo ou regressivo de culpabilidade, tendo seu início na fase da investigação²³⁹.

No mesmo raciocínio, o indiciamento não viola o princípio do estado de presunção de inocência, haja vista que não induz a um juízo de culpabilidade, mas, apenas indicação provável de um infrator.

Como consequência do indiciamento, sob o aspecto formal, terá o indiciado seu nome inserido no banco de dados dos órgãos policiais. Juridicamente, a partir de indicativos de autoria, poderão ser decretadas medidas cautelares pessoais, dentre elas a própria prisão preventiva.

Basta verificar a inteligência da lei de lavagem de dinheiro, fruto de recente atualização, que previu o afastamento das funções de servidor público quando indiciado, até que o juiz autorize fundamentadamente seu retorno²⁴⁰.

No mesmo sentido, o indiciamento policial pode repercutir na seara do indivíduo no que diz respeito à aquisição de arma de fogo, uma vez que, para essa finalidade, deve o interessado comprovar sua idoneidade mediante a apresentação

²³⁶BRASIL. STF. HC 115.015-SP. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4499239>. Acesso em: 26.05.2018.

²³⁷ CHOUKR Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. São Paulo: RT, 1995, p. 142-145.

²³⁸ SANNINI NETO, Francisco. **Indiciamento: ato privativo do Delegado de Polícia**. Jus Brasil, 2014. Disponível em: <http://franciscosannini.jusbrasil.com.br/artigos/121943720/indiciamento-ato-privativo-do-delegado-de-policia>. Acesso em: 26.05.2018.

²³⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**, 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 234.

²⁴⁰ BRASIL. **Lei nº 9.613/1998**. Art. 17-D: "Em caso de indiciamento de servidor público, este será afastado, sem prejuízo de remuneração e demais direitos previstos em lei, até que o juiz competente autorize, em decisão fundamentada, o seu retorno". Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm. Acesso em: 26.05.2018.

de diversas certidões e da ausência de inquéritos policiais em seu desfavor²⁴¹.

Já em relação à Lei Antidrogas, a partir do ato formal de indiciamento, pode ser reconhecida a distinção entre o usuário e o traficante de drogas, a partir de determinados requisitos, como exemplo diversos indiciamentos em desfavor do investigado, o que faz sugerir a mercancia em determinadas situações.

Nos termos do art. 28, § 2º, da Lei 11.343/2006:

Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente²⁴².

Logo, tratando-se de um ato administrativo formal, indispensável que seja arrimado em decisão fundamentada e responsável pelo delegado de polícia, diante das diversas consequências suportadas pelo indiciado.

Na próxima seção, serão abordados aspectos relacionados ao inquérito policial, ao auto de prisão em flagrante delito e o reconhecimento do princípio da insignificância na primeira fase da persecução penal.

3.4 INQUÉRITO POLICIAL, FLAGRANTE DELITO E PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Na sistemática processual penal, o delegado de polícia atua na primeira fase da persecução penal, reunindo elementos informativos para subsidiar eventual ação penal. Operando de forma imparcial, clarividente a discricionariedade do delegado de polícia de acordo com sua apreciação no caso concreto.

Em situações hipoteticamente flagranciais e durante a realização de diligências policiais, o delegado de polícia deve apreciar as informações e tomar a

²⁴¹ BRASIL. **Lei nº 10.826/2003**. Art. 4º: “Para adquirir arma de fogo de uso permitido o interessado deverá, além de declarar a efetiva necessidade, atender aos seguintes requisitos: I - comprovação de idoneidade, com a apresentação de certidões negativas de antecedentes criminais fornecidas pela Justiça Federal, Estadual, Militar e Eleitoral e de não estar respondendo a inquérito policial ou a processo criminal, que poderão ser fornecidas por meios eletrônicos [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/l10.826.htm. Acesso em 21.05.2018.

²⁴² BRASIL. **Lei nº 11.343/2006**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em 26.05.2018.

decisão mais oportuna de acordo com sua discricionariedade. Decorrente desse atributo, terá que decidir sobre a conveniência de sua prática, atendendo a todas as circunstâncias relacionadas a sua atividade administrativa, o bem comum²⁴³.

Conforme a Legislação Processual Penal, a investigação preliminar é, em regra, formalizada no caderno indiciário denominado inquérito policial, procedimento este instruído pela polícia judiciária. A terminologia, neste caso, é determinada em razão do órgão encarregado da atividade.

Segundo Aury Lopes Junior, seria mais adequada a terminologia “instrução preliminar”, referindo-se ao fundamento e à natureza da atividade realizada, ou seja, aos dados de fato e os elementos de informação para eventual ação penal²⁴⁴.

A própria jurisprudência da Suprema Corte já reconheceu a existência de direitos do investigado no inquérito policial, longe de tratá-lo como mero objeto de investigação, como outrora já sustentado pela doutrina.

Conforme entendimento jurisprudencial, o cerceamento da defesa do indiciado no inquérito policial pode repercutir na própria ação penal, sendo o “*habeas corpus*” instrumental adequado para respeitar as prerrogativas de defesa, ainda que na primeira fase da persecução penal. A partir do feixe de direitos individuais reconhecido ao indiciado, passa ele a ser interessado principal no procedimento investigativo²⁴⁵.

O início de uma provável ação penal decorre, na maioria das vezes, de um inquérito policial instruído pelo delegado de polícia. Estando a ação penal condicionada à existência da materialidade delituosa e de indicativos de autoria, não pode o inquérito ser instaurado sem o mínimo lastro probatório.

²⁴³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 14 ed. pp. 143-144 - Revista dos Tribunais.

²⁴⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 38.

²⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 82.354**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpup/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79033>. Acesso 26.05.2018.

Desta maneira, a partir da justa causa é que a coação se torna lícita²⁴⁶. Diante da flagrante ausência de falta de justa causa, como exemplo a tipicidade do delito e, sendo instaurado inquérito policial, é clarividente o abuso, sendo o trancamento do procedimento investigativo.

A legislação vigente no Brasil²⁴⁷ determina que a ação penal só pode ser promovida quando convergentes as condições²⁴⁸ consistentes em legitimidade *ad causam* e justa causa, esta última caracterizada pelo trinômio adequação (via processual correta), punibilidade concreta (ausência de causa extintiva da punibilidade) e indicativos de materialidade e autoria (*fumus commissi delicti*), conforme.

Marques²⁴⁹ explica que a legitimação para agir (*legitimatío ad causam*) refere-se à titularidade ativa e passiva e trata-se da pertinência subjetiva da ação. Continua o autor, tratando de legitimidade passiva *ad causam*:

Falta legitimação passiva *ad causam* quando sanção penal alguma pode ser imposta, no delito que a acusação descreve, à pessoa a quem lhe atribui a sua prática. É o que ocorre com os casos de imunidade parlamentar, e com os fatos praticados por menores de 18 anos²⁵⁰.

Especificamente para a legitimidade ativa, cabe assinalar que a ação penal de iniciativa pública incondicionada pode ser proposta pelo Ministério Público,

²⁴⁶ NORONHA, Magalhães. Curso de Direito Penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 414..

²⁴⁷ **Art. 129, I, da CRFB:** São funções institucionais do Ministério Público: promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; **art. 395, II e III, do CPP:** A denúncia ou queixa será rejeitada quando: II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal ou faltar justa causa para o exercício da ação penal; e **art. 397 do CPP:** Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato, a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade, que o fato narrado evidentemente não constitui crime ou extinta a punibilidade do agente.

²⁴⁸ “O direito de ação, embora autônomo e abstrato, está conexo, instrumentalmente, a uma pretensão, pelo que se liga a uma situação jurídica concreta sobre a qual deve incidir a prestação jurisdicional invocada. Por esse motivo, a *jus actionis* subordina-se a condições que se relacionam com a pretensão a ser julgada. Chamam-se *condições da ação* os elementos e requisitos necessários para que o juiz decida o mérito da pretensão, aplicando o direito objetivo a uma situação contenciosa”. MARQUES, José Frederico. **Elementos do Direito Processual Penal**. 2. tiragem. Campinas: Millennium Editora, 2003. p. 323

²⁴⁹ MARQUES, José Frederico. **Elementos do Direito Processual Penal**. 2. tiragem. Campinas: Millennium Editora, 2003. p. 356

²⁵⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos do Direito Processual Penal**. 2. tiragem. Campinas: Millennium Editora, 2003. p. 357

conforme artigo 129, I, da Constituição²⁵¹ e artigo 24 do CPP²⁵². O *Parquet* igualmente detém legitimidade quando o direito de ação for condicionado e houver requisição do Ministro da Justiça ou a representação do ofendido ou seu representante legal, na forma do já mencionado art. 24 do CPP.

De outro lado, a ação penal de iniciativa privada cabe ao ofendido ou seus representantes ou sucessores, consoante art. 30 da Legislação Processual²⁵³. A ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública somente cabe quando o órgão acusador permanecer inerte, ou seja, deixar de exercer a pretensão acusatória ou pedir o arquivamento no prazo legal, nos termos do art. 29 do mesmo Diploma²⁵⁴.

A legitimidade passiva, por sua vez, depende da presença de requisitos mínimos de autoria e de imputabilidade, considerando a prova colhida na fase de investigação.

A justa causa, de outro lado, é caracterizada pelo trinômio adequação (via processual adequada), punibilidade concreta (ausência de causa extintiva da punibilidade) e indicativos de materialidade e autoria (*fumus commissi delicti*), para fins de justificar a formulação da pretensão acusatória, com a finalidade de sancionar o denunciado ou querelado, conforme arts. 395, II²⁵⁵, e 397²⁵⁶ do CPP.

²⁵¹ BRASIL. **Constituição Federal**. Art. 129, I: São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

²⁵² BRASIL. **Código de Processo Penal**. Art. 24: Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

²⁵³ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Art. 30: Ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo caberá intentar a ação privada.

²⁵⁴ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Art. 29: Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

²⁵⁵ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Art. 395: A denúncia ou queixa será rejeitada quando: III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

²⁵⁶ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Art. 397: Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou IV - extinta a punibilidade do agente.

Assim, para Mirabete²⁵⁷ “só há legitimação para agir no processo penal condenatório quando existir *fumus boni iuris* que ampare a imputação.

Não se desconhece a tese dos doutrinadores que importam outras condições da ação de cunho civilista ao processo penal, a exemplo da possibilidade jurídica do pedido e do interesse de agir²⁵⁸. Assim, conclui-se que:

Tem concluído a doutrina entre as causas de rejeição da denúncia ou queixa, por falta de condição exigida pela lei (falta de interesse de agir), a inexistência de indícios no inquérito ou peças de informação que possam amparar a acusação. É realmente necessário que a inicial venha acompanhada de um mínimo de prova para que a ação penal tenha condições de viabilidade, caso contrário *não há justa causa* para o processo²⁵⁹.

Postas as considerações sobre a justa causa, analisa-se o papel da Autoridade Policial. Sendo o Delegado de Polícia o primeiro garantidor da legalidade do procedimento de investigação preliminar, a instauração de inquérito policial visando à apuração de fatos claramente atípicos caracteriza constrangimento ilegal. A norma jurídica, em perspectiva ordenada, corresponde a uma reposta única e irrepetível a partir de determinada situação social, mediante uma construção interpretativa.

O aplicador do direito, ao compreender que determinada norma jurídica se mostra inadequada para a resolução de determinada situação fática, deve respeitar a força imposta pelos elementos de determinação, procurando, no entanto, elaborar a norma que apresente as melhores consequências sistêmicas²⁶⁰.

Diante dessa assimilação, não cabe ao Delegado de Polícia, de forma leviana, a instauração de procedimento policial em razão de uma denúncia apócrifa ou de uma “*notitia criminis*” sem qualquer arrimo probatório, sem antes proceder às diligências verificadoras. O direito penal, como “*ultima ratio*”, deve tutelar os bens

²⁵⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal interpretado**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 43

²⁵⁸ LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. 4 ed. Salvador: Juspodium, 2016. p. 198-206

²⁵⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal interpretado**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 43

²⁶⁰ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. 2 ed. Curitiba: Prismas. 2015. p. 199.

jurídicos na sua maior relevância, abstendo-se, desta forma, de questões sem significância fática ou jurídica.

Ao ser submetida a notícia de fato ao delegado de polícia, notadamente a de cognição imediata, ou seja, aquela em que se toma conhecimento em virtude de suas funções, como exemplo, um registro de ocorrência ou requerimento do ofendido, deverá o operador do direito verificar a presença ou não dos vetores estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal, como analisado alhures.

Se entender que o fato é materialmente atípico, diante do reconhecimento do princípio da insignificância, caberá ao Delegado de Polícia instauração de inquérito policial para apuração dos elementos de informação. De forma recognitiva, os fundamentos serão colacionados no relatório conclusivo e as peças remetidas ao Ministério Público, detentor da “*opinio delicti*”.

Nesta vertente, a aplicação da norma se distancia de uma verdade absoluta e se aproxima de uma mera probabilidade, na medida em que o intérprete busca uma construção normativa mais adequada à espécie. Destarte, na lição de Orlando Zanon, a interpretação não se resume a um silogismo ou a uma ponderação de bens jurídicos dedutivamente, mas sim diante da conformação das diversas fontes jurídicas nos mais diversificados casos concretos²⁶¹.

A instauração de inquérito policial repercute severamente na esfera de dignidade daquele que figurar como “investigado”²⁶². No entanto, em se tratando de informações tendentes ao reconhecimento do citado princípio, o procedimento policial servirá justamente como instrumento de preservação dos direitos de personalidade do investigado.

Cumprir citar o caráter fragmentário do direito penal moderno, devendo ser tutelados apenas os bens jurídicos de maior relevo. Justificável a efetiva movimentação da máquina estatal somente em relação aos casos que impliquem

²⁶¹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. 2 ed. Curitiba: Prismas. 2015. p. 210.

²⁶² HOUKR, Fausi Hassan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.7.

lesões de real gravidade²⁶³, devendo, em sentido contrário, o delegado de polícia concluir o procedimento investigativo sem indiciamento sugerido arquivamentos dos autos.

Não de forma diferente, deverá o delegado de polícia proceder ao tomar conhecimento de um fato em situação flagrancial. No ordenamento jurídico brasileiro, são duas as espécies de prisão admitidas, as cautelares e a definitiva, sendo a privação de liberdade do indivíduo medida excepcional²⁶⁴.

No que diz respeito a sua natureza jurídica, não há unanimidade entre a doutrina. Como providência condicionada ao “*fumus comissi delicti*”, a partir do cometimento da infração penal e ao “*periculum in libertatis*”, justificado pelo devido processo legal, a prisão em flagrante apresenta natureza de medida cautelar de segregação provisória²⁶⁵. No entanto, diante da cessação da prisão em flagrante com a pretensa decisão judicial que a pode convertê-la em prisão preventiva ou na concessão da liberdade provisória, ela se reveste de natureza de medida pré-cautelar²⁶⁶.

A determinação da prisão em flagrante cabe ao delegado de polícia que, longe de qualquer critério de oportunidade e conveniência, adota o critério da adequação e da legalidade²⁶⁷. De acordo com sua convicção jurídica, deve fazer juízo de valor quanto à existência da tipicidade penal, tanto na vertente formal, quanto material.

Como autoridade administrativa, cabe ao delegado de polícia a exposição dos motivos, ou seja, a fundamentação na qual é enunciado o tipo penal e os fatos

²⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 239928/MG**. Relator: Min. MARILZA MAYNARD. **Dou.** Brasília, 29 ago. 2013. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre="carater+fragmentario+do+direito+penal"&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=)>. Acesso em: 12 maio 2018.

²⁶⁴ BRASIL. **Constituição Federal**. Art. 5º, LXI: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso: 31.05.2018.

²⁶⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2008. p. 295.

²⁶⁶ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Direito penal** - 12.ed. Rev. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. - (Coleção elementos do direito; v. 7/ coordenação Darlan Barroso, Marcos Antonio Araujo Junior). p. 192.

²⁶⁷ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 252.

em que o agente se arrimou para decidir. A enunciação da relação de pertinência lógica entre a situação fática e a norma faz transparecer aquilo que o agente apresenta como causa do ato administrativo²⁶⁸.

Da mesma forma como no indiciamento, a lavratura do auto de prisão em flagrante se reveste de ato administrativo vinculado, havendo única providência a ser tomada pelo delegado de polícia perante situação objetivamente identificável. Imprescindível a exposição de motivos de forma clara e precisa, longe de uma referência vazia ou logomaquia²⁶⁹.

Portanto, diante de uma apresentação de ocorrência flagrancialmente atípica, seja no plano material ou formal, deverá o delegado de polícia proceder à instauração de inquérito policial para compreensão dos fatos de forma balizada, utilizando os paradigmas jurisprudenciais. Após compreensão recognitiva acerca dos elementos de informação obtidos, procederá a remessa das peças e correspondentes fundamentações ao Ministério Público para conhecimento, sem que isso acarrete qualquer sanção de natureza penal ou disciplinar.

Na última seção desse trabalho, será abordado o sistema de filtros na sistemática de segurança pública e controle judicial.

3.5 SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS E PERSPECTIVA ISOMÉTRICA

A temática separação de poderes é objeto de inúmeras considerações ao longo da história que, no período iluminista, passou considerar a necessidade de atribuir as distintas funções estatais a diferentes órgãos e pessoas, para formação do Estado Moderno²⁷⁰, modelo este que busca evitar a concentração do “*imperium*” nas mãos de uma só autoridade, ideal este relutante às monarquias absolutas da época.

Sem qualquer análise mais aprofundada, o princípio da separação dos

²⁶⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 380.

²⁶⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 277.

²⁷⁰ MONTESQUIEU, Barão de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 165.

poderes ou das funções, uma vez que o poder do Estado seria uno e não fracionado, destaca a ideia de “controle”. É, de certa forma uma interferência salutar, pelo qual um poder passa a balizar a atuação de outro, dentro de suas competências constitucionais, haja vista a proposição de coexistência harmônica entre si.

A inteligência de que cada poder possa ser submetido a um controle pressupõe a interligação de decisões e a clarividente distribuição constitucional de tarefas. Esse ideal homogêneo e equilibrado de forças visa a evitar uma sobreposição de uma função ou poder, em detrimento de outro.

Devido ao dinamismo em relação às suas atividades, foi concebido o mecanismo de freios e contrapesos, desenvolvido inicialmente na Inglaterra no século XVIII. Batizado alhures de sistema “*checks and balances*” devido a sua origem, a Constituição Republicana de 1988 o previu expressamente, estabelecendo independência e harmonia entre às funções legislativa, executiva e judiciária²⁷¹.

Alexandre de Moraes trata da separação dos Poderes:

A Constituição Federal, visando, principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, prévio a existência dos Poderes do Estado e da Instituição do Ministério Público, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controle recíprocos, sempre como garantia de perpetuidade do Estado democrático de Direito²⁷².

O autor enuncia que a célebre “separação dos Poderes” é a divisão segundo o critério funcional, consistindo na distinção de três funções estatais: legislação (Legislativo), administração (Administrativo) e jurisdição (Judiciário), que devem ser atribuídas à três órgãos, os quais devem ser autônomos entre si, conforme já esboçado por Aristóteles, na obra “*Política*”, detalhada por John Locke posteriormente (*Segundo Tratado do Governo Civil*) e, por fim, consagrada na obra

²⁷¹ BRASIL. **Constituição Federal**. Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 31.05.2018.

²⁷² MORAS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 423.

Espírito das Leis de Montesquieu²⁷³.

A própria Constituição consolidou esse princípio como cláusula pétrea, impedindo até mesmo que seu próprio texto seja atualizado na preterição de uma função em relação à outra²⁷⁴, medida esta intrínseca em um Estado Democrático.

Agora, analisando esta sistemática na atividade voltada à segurança pública, deve ser compreendida a perspectiva existente em relação às atribuições das polícias federal, civis e militares, do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Como visto anteriormente, o delegado de polícia, na qualidade de autoridade administrativa, serve de filtro contra acusações infundadas. Diante de uma “*notitia criminis*” imediata ou coercitiva, deve apurar as informações e, de forma assecuratória, instaurar procedimento policial adequado e, não havendo evidências acerca da materialidade delituosa, remeter os autos ao órgão acusador sem proceder ao indiciamento policial²⁷⁵.

Nesta ótica, a autoridade policial exerce o crivo de contenção da irracionalidade do sistema penal, assumindo o papel de primeira barreira²⁷⁶. O princípio da insignificância, diante de sua natureza alhures tratada, não poderia deixar de ser compreendido e aplicado pelo delegado de polícia, todavia, de forma prudente a partir de uma reconhecimento acerca de seus requisitos²⁷⁷.

O reconhecimento do crime de bagatela na dita fase policial em nada interfere na atuação do Ministério Público quanto à titularidade da ação penal.

²⁷³ MORAS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 423.

²⁷⁴ BRASIL. **Constituição Federal**. Art. 60, § 4º: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado [...]”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 31.05.2018.

²⁷⁵ LOPES JR, Aury e GLOECKNER, Ricardo. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. P.109.

²⁷⁶ KHALED JR, Salah H.; ROSA, Alexandre Morais da. **Delegados relevantes e lesões insignificantes: a legitimidade do reconhecimento da falta de tipicidade material pela autoridade policial**. Justificando. 25 nov. 2014.

²⁷⁷ KHALED JR., Salah H.; ROSA, Alexandre Morais da. **Delegados relevantes e lesões insignificantes: a legitimidade do reconhecimento da falta de tipicidade material pela autoridade policial**. Justificando. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2014/11/25/delegados-relevantes-e-lesoes-insignificantes-legitimidade-reconhecimento-da-falta-de-tipicidade-material-pela-autoridade-policial/>. Acesso em: 23.out.2017.

Reconhecido pela autoridade policial o princípio da insignificância e consequente afastamento da tipicidade material do delito, em nada obsta o promotor de oferecer a denúncia, muito embora a “*opinio delicti*” só se justifique diante da tipicidade material da infração.

Da mesma forma, essa postura não repercute em relação ao controle externo realizado pelo Ministério Público na atividade policial²⁷⁸, sendo quimérica qualquer irregularidade na discordância entre as decisões e fundamentos do delegado de polícia e do órgão acusador, fato este salutar no atual cenário democrático.

Distante de uma visão reducionista, oportuna é a compreensão das funções administrativa, do órgão acusador e judiciária, de forma sistemática no viés aqui abordado.

No que tange à ação penal de iniciativa pública, o Ministério Público, na qualidade de “*dominus litis*”, só deve iniciar a ação penal desde que o fato narrado constitua fato, em tese, ilícito e subsumível a um tipo penal. Além disso, deve haver uma presunção de que seja o correspondente autor e a indicação de provas a respeito da pretensão punitiva.

O oferecimento da peça acusatória, por si só, é suficiente para ocasionar uma depreciação moral, motivo pelo qual sua formalização se submete ao controle de órgão jurisdicional, que pode proferir sua rejeição ou proceder alguma correção. Por este motivo é necessária a demonstração de lastro informativo que materialize a infração e delineie indícios de autoria.

Da mesma forma, a própria sentença judicial, via de regra, está sujeita a um reexame, ou seja, uma apreciação por outro órgão de jurisdição hierarquicamente superior àquele prolator²⁷⁹. Esse corresponde ao controle exercido

²⁷⁸ BRASIL. **Constituição Federal**. Art. 129: “São funções institucionais do Ministério Público: [...] VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar [...]”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 31.05.2018.

²⁷⁹ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios Fundamentais: Teoria Geral dos Recursos**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 41.

pelo próprio judiciário, possibilitando a análise mais aprofundada do litígio.

Neste sentido leciona Antônio Carlos de Araújo Cintra:

Mas o principal fundamento para a manutenção do princípio do duplo grau é de natureza política: nenhum ato estatal pode ficar imune aos necessários controles. O Poder Judiciário, principalmente onde seus membros não são sufragados pelo povo, é, dentre todos, o de menor representatividade. Não o legitimaram as urnas, sendo o controle popular sobre o exercício da função jurisdicional ainda incipiente em muitos ordenamentos, como o nosso. É preciso, portanto, que se exerça ao menos o controle interno sobre a legalidade e a justiça das decisões judiciárias. Eis a conotação política do princípio do duplo grau de jurisdição²⁸⁰.

Nesta perspectiva, inócua a atuação do delegado de polícia ao instaurar um procedimento policial, seja um auto de prisão em flagrante ou inquérito policial, diante de um fato manifestamente atípico ou sem o mínimo de lastro probatório. “*Mutatis mutandi*”, tem-se aqui o mesmo desgaste moral ao indiciado ou autuado em relação àquele denunciado temerariamente.

Consoante ao princípio da isonomia, espera-se dos órgãos policiais, do Ministério Público e judiciais atuação simétrica, diante de uma compreensão sistêmica da separação dos poderes, funcionando, neste modelo, o delegado de polícia como primeira autoridade de controle.

²⁸⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.81.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo científico da presente pesquisa foi analisar a (im)possibilidade de aplicação do princípio da insignificância pelo Delegado de Polícia, sendo, para referida finalidade, levantadas duas hipóteses: a) não é possível a aplicação do princípio da insignificância pela Autoridade Policial, em razão da falta de previsão legal; e b) é possível a aplicação do princípio da insignificância pelo Delegado de Polícia, tendo em vista não produzir efeito a atuação da Autoridade Policial ao instaurar um procedimento policial diante de um fato manifestamente atípico ou sem o mínimo de lastro probatório, sob os quais aplica-se o princípio em comento.

Iniciando a pesquisa, buscou-se fazer uma abordagem terminológica de princípio e descrever sua conjuntura nos paradigmas que regeram a Ciência Jurídica, tendo em vista que a existência de regras e princípios passa a permitir a compreensão do direito constitucional como sistema aberto, evidenciando sua relevância na construção do Direito.

No desenvolver do conteúdo, estudou-se a concepção dos princípios e regras como espécies de normas jurídicas, diferenciando-se, para fins da presente análise, as principais visões doutrinárias, seja em função do grau de abstração, da determinabilidade e da fundamentalidade presente no sistema das fontes do direito. A “proximidade” da ideia de direito e sua natureza normogenética são evidenciadas por J. J. Gomes Canotinho, Virgílio Afonso da Silva, Ronald Dworkin e Robert Alexy, sem olvidar das tendências atuais da Suprema Corte brasileira.

Deste estudo conclui-se que os princípios jurídicos são normas jurídicas impositivas de uma otimização, as quais são compatíveis com diversos graus de concretização, consoante o condicionalismo fáticos e jurídicos e que sua convivência é conflitual (*Zagrebelsky*), o que enseja a utilização de sopesamento em caso de colisão.

Ainda, foram destacados os diferentes papéis na estrutura ocupacional dos princípios no sistema jurídico, quais sejam, funções fundamentadora - consistem em “*standards*” na concepção de justiça ou na ideia de direito, ou seja, atuam como viga mestra do sistema -, interpretativa – fonte do direito, norteador o hermenêuta

na compreensão da sistemática do ordenamento jurídico - e fonte subsidiária - operam no preenchimento de eventuais lacunas apresentadas no ordenamento jurídico, em decorrência do princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, o que, no entanto, para parte da doutrina referida função seria colocar os princípios em um “*status*” de inferioridade normativa, o que não é admitido.

Finalizando o primeiro capítulo, tratou-se da prática efetiva de concretização dos direitos fundamentais. Com utilização dos princípios, há maior efetividade na atuação dos órgãos judiciais e consequente concretização destes direitos. Foram colocados os pensamentos de Habermas, Barroso, Cappelletti, Dworkin, Ferrajoli e Streck sobre o ativismo judicial, que contrapõe a mera judicialização da política (questões sociais de cunho político são levadas ao Judiciário) e o princípio da reserva do possível (que traz a ideia de que os recursos financeiros e orçamentários condicionam a efetividade dos direitos fundamentais).

Em suma, o ativismo judicial vem sendo bastante aplicado no Brasil, como é observado em vários precedentes destacados neste trabalho, fundamentando-se na ideia de que é admissível ao Judiciário atuar de forma afirmativa e efetivar a aplicação de preceito constitucional para a concretização dos direitos fundamentais, para o reconhecimento de uma existência digna.

Assim, passou-se ao estudo do princípio da insignificância e sua repercussão na teoria do crime. A origem deste princípio, para parte da doutrina, é do Direito Romano, quando as questões eram tidas como insignificantes ou, pelo menos, deveriam ser desprezadas pelo pretor, (“*de minimis non curat praetor*”), para outra parte da doutrina, teria sua gênese no início do século XX, precisamente em 1903, por meio de Fran von Liszt.

O princípio da insignificância não apresenta conceituação na Constituição ou no Código Penal, no entanto, vem sendo reconhecido e aplicado pela doutrina e jurisprudência em delitos de diversas naturezas e, mais notadamente, em relação aos crimes patrimoniais. Ainda assim, denota-se a materialização do referido princípio na legislação penal especial militar, tanto em relação ao bem jurídico a incolumidade corporal ou saúde, quanto em relação ao patrimônio.

Quanto à natureza jurídica do princípio da bagatela, apontaram-se os conceitos material, formal e analítico do conceito de crime, sendo que, neste último, foram demonstradas as teorias bipartida e tripartida, concomitantemente com a teoria casuística e finalista. Conclui-se que o princípio da insignificância – irrelevância penal - afasta a tipicidade material, tornando o fato atípico. Logo, a valoração no caso concreto, a partir do resultado jurídico, possibilita o afastamento da incidência criminosa pelo intérprete.

Entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a aplicação do princípio da insignificância deve ser conformada com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal. Necessária se faz a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Quanto à (in)segurança jurídica possivelmente advinda da aplicação do princípio em análise, observa-se que não é a pretensão do princípio estudado provocar sensação de impunidade, muito menos legitimar condutas, em tese, criminosas. O fato de, em determinadas ocasiões, restar-se afastada a tipicidade penal nas infrações bagatelares, em nada obsta a repercussão de outras vias, como cíveis, administrativas ou trabalhistas por exemplo. Empregar a insignificância não retira a natureza ilícita da conduta. O que não se justifica é a aplicação do Direito Penal.

No último capítulo foi estudado o modelo de segurança pública no Brasil para, então, analisar a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância pela Autoridade Policial. Na sua essência, segurança corresponde a uma condição de tranquilidade que se produz pela prevenção ou repressão de riscos, ao conjunto de fatores necessários para a construção do bem-estar coletivo – absorção do risco e do bem-estar.

Após abordagem da evolução história da segurança pública no sistema constitucional brasileiro, bem como a distinção entre as polícias administrativas e

judiciárias, foi realizada breve análise sobre o cumprimento da pena privativa de liberdade no Brasil e apresentada séria problemática no sistema carcerário atual.

Desde a evolução da sistemática do cumprimento da pena, busca-se uma reprimenda humanizada e em conformidade com os princípios constitucionais correspondentes. No Brasil, são vários os dispositivos que disciplinam o tema, com o objetivo de declarar a dignidade da pessoa humana como diretriz e de instrumentalizar eventuais violações.

No entanto, segundo o Departamento Penitenciário Nacional, o Brasil tem o sexto maior índice de presos por 100 (cem) mil habitantes, equivalendo sua população carcerária a 622.202 (seiscentos e vinte e dois mil e duzentos e dois) presos e um número de vagas equivalente a 371.884 (trezentos e setenta e um mil, oitocentos e oitenta e quatro), correspondendo a um déficit de vagas de 250.318 (duzentos e cinquenta mil, trezentos e dezoito).

Além de tudo isso, verifica-se um acelerado crescimento da população carcerária no Brasil, pois, conforme o levantamento nacional de informações penitenciárias, no ano de 2000, a população carcerária correspondia a 232.755 (duzentos e trinta e dois mil e setecentos e cinquenta e cinco) presos. Consequentemente pode-se afirmar que, em 14 (quatorze) anos, a população carcerária por pouco não triplicou.

Neste sentido, o Brasil enfrenta hoje um verdadeiro abandono do sistema prisional. O que deveria ser um instrumento de ressocialização, funciona na verdade como escola do crime, devido à forma como é tratado pelo Estado e pela sociedade.

Ciente da situação atual do Brasil, analisa-se as atribuições do Delegado de Polícia. Ilustrativamente, no Estado de Santa Catarina, o cargo de delegado de polícia exerce atribuição essencial à função jurisdicional do Estado e à defesa da ordem jurídica, sendo-lhe assegurada independência funcional pela livre convicção nos atos de polícia judiciária.

Buscando reunir conjunto de elementos de informação, ao delegado de polícia compete a apreensão de objetos relacionados ao fato, a eventual oitiva do

ofendido, de testemunhas e do suposto autor. A investigação preliminar consiste no conjunto de atividades investigativas exercido por órgãos de atribuição legal específica e de modo repressivo. Após o levantamento das circunstâncias cognitivas, há a indicação do provável infrator, por meio do indiciamento, o qual não vincula a propositura de ação penal pelo acusador.

Ainda assim, a partir do reconhecimento da provável autoria delituosa na fase policial, o indiciamento corresponde ao reconhecimento pelo Estado de que há apontamentos convergentes sobre a responsabilidade penal. Esse juízo indiciário que denota provável autoria, decorrente de ato administrativo privativo do delegado de polícia, conforme legislação vigente.

Salienta-se, quanto ao inquérito policial e a aplicação do princípio bagatelar, se entender que o fato é materialmente atípico, diante do reconhecimento do princípio da insignificância, caberá ao delegado de polícia a instauração de procedimento policial pertinente e, a partir da reconhecimento das infrações, concluir as diligências e, fundamentadamente, remeter os autos ao órgão acusador sem indiciamento policial.

Diante da fragmentariedade do Direito Penal e identificado o princípio da insignificância, não se mostra razoável iniciar a persecução por fato sem relevância jurídica. A instauração de inquérito policial repercute severamente na esfera de dignidade daquele que figura como “investigado”.

A instauração frenética de inquéritos policiais e sem qualquer sopesamento, numa visão consequencialista, acarreta ônus financeiro ao erário público, num viés unicamente formalista, que já deveria ter sido superado no século passado.

No mesmo sentido é o que se verifica com os casos de flagrante delito. Diante de uma apresentação de ocorrência flagrantemente atípica, seja no plano material ou formal, deverá o delegado de polícia proceder à remessa das peças e fundamentações ao Ministério Público para conhecimento, sem que isso acarrete qualquer sanção.

Ressalta-se que o reconhecimento do crime de bagatela em nada interfere na atuação do Ministério Público quanto à titularidade da ação penal, uma vez que, mesmo diante do reconhecimento pela autoridade da insignificância e consequente afastamento da tipicidade material do delito, em nada obsta o promotor oferecer a denúncia, muito embora a “*opinio delicti*” só se justifique diante da compreensão não meramente formal da tipicidade, mas também material.

Neste norte, como conclusão deste trabalho, tem-se como inócuo o indiciamento policial ou a lavratura de auto de prisão em flagrante diante de um fato manifestamente atípico, seja no que tange a sua tipicidade formal, quanto material.

Diante do exposto, retoma-se a hipótese levantada no início da pesquisa, para sobre ela assentar sobre a possibilidade de o delegado de polícia reconhecer o princípio da insignificância na primeira fase da persecução penal, seja no inquérito policial decorrente de “*notitia criminis*” imediata ou coercitiva.

Por fim, imperioso ressaltar que esta Dissertação não teve a pretensão de esgotar o assunto ora debatido, mas teve por fim contribuir para o debate e servir de estímulo ao prosseguimento de novas pesquisas sobre o Tema.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ACKEL FILGO, Diomar. **Revista de Jurisprudência do TACrim**, v.94, abr./jun. 1998.

ACKEL FILHO, Diomar, **O princípio da insignificância no direito penal**, in **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**, v. 94, abril-unho/1998.

ALEXY, Robert. ***El concepto y la validez del derecho***. 2 ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

AQUINO, Santo Tomás de. 1995. ***Suma de teología***. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1995. Edição dirigida por *los Regentes de Estudios de las Provincias Dominicanas em España*.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ARISTOTELES. **Metafísica**. Tradução de Giovanni Reale. São Paulo: Loyola, 2002. III, 5, 1005 a 6-28.

ASSIS, Rafael Damaceno de. A realidade atual do sistema penitenciário Brasileiro. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos908/a-realidade-atual/a-realidade-atual.shtml>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2018.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. ***Sobre Principios e reglas***. DOXA, Alicante, 1991. n° 10.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, São Paulo, p.1-29, jul. 2012. Semestral. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 240, 1-42, abr/jun, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 6. ed. São Paulo: Martin Claret Ltda, 2000.

BELING, Ernest Von. **Esquema de derecho penal, la doctrina del delito-tipo**. Colección clásicos del derecho, análisis de Carlos M. de Elía. Tradução da 11ª Ed. 1930: Sebastián Soler, Buenos Aires, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. vol. 1. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte geral 1. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 402.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. 11 ed. Brasília: UNB, 1983.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1999.

BRASIL. Constituição (1969). **Emenda Constitucional nº 01**, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF, 20 out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 06 maio 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 dez. 2017.

BRASIL. Decreto-lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. **Código de Processo Penal Militar**. Brasília, 21 out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm>. Acesso em: 08 fev. 2018.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília, SC, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 07 jan. 2018.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 21 maio 2018.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657**, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, 09 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). Ministério da Justiça. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: Dezembro de 2014. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. 80 p. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.446**, de 08 de maio de 2002. Dispõe sobre infrações penais de repercussão interestadual ou internacional que exigem repressão uniforme, para os fins do disposto no inciso I do § 1º do art. 144 da Constituição. Brasília, DF, 09 maio 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10446.htm>. Acesso em: 21 maio 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.522**, de 19 de julho de 2002. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/2002/L10522.htm>. Acesso em: 22 jul. 2002.

BRASIL. **Lei nº 10.826**, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Brasília, DF, 23 dez. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.826.htm>. Acesso em: 21 fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF, 24 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 26 maio 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.830**, de 20 de junho de 2013. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Brasília, DF, 21 jun. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm>. Acesso em: 26 maio 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013**. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Brasília, DF, 21 jun. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm>. Acesso em: 12 maio 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.022**, de 08 de agosto de 2014. Dispõe sobre o Estatuto Geral das Guardas Municipais. Brasília, DF, 11 ago. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13022.htm>. Acesso em: 12 jun. 2018.

BRASIL. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7210.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. **Lei nº 7.716**, de 05 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF, 06 jan. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7716.htm>. Acesso em: 07 jan. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.072**, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, DF, 26 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.613**, de 03 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília, DF, 04 mar. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l9613.htm>. Acesso em: 26 maio 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.650**, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF, 13 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm>. Acesso em: 08 abr. 2018.

BRASIL. **Proposta de Emenda Constitucional nº 275/2016**, de 16 de novembro de 2016. Inclui a guarda municipal entre os órgãos de segurança pública. Brasília, Aguardando Constituição de Comissão Temporária pela Mesa. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2117201>>. Acesso em: 12 maio 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 239928/MG**. Relator: Min. MARILZA MAYNARD. Dou. Brasília, 29 ago. 2013. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre="carater+fragmentario+do+di+reito+penal"&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=)>. Acesso em: 12 maio 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.389.952-MT**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 03 de junho de 2014. DOU. Brasília, . Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/informativo-tribunal,informativo-543-do-stj-2014,49511.html>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 589**. Brasília, 18 set. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5156**. Relator: MIN. GILMAR MENDES. Brasília, 16 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5156&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº**

1.182. Relator: Min. Eros Grau. Brasília. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266686>>. Acesso em: 12 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.827.** Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621461>>. Acesso em: 06 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 557.972.** Relator: Min. Ellen Graice. Brasília. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=374130>>. Acesso em: 27 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45.** Relator: MIN. CELSO DE MELLO. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.866/MG.** Brasília. Disponível em: <file:///C:/Users/Convidado/Downloads/texto_307066765.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 124.306/RJ**, de 16 de agosto de 2016. Relator Ministro Roberto Barroso. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 17 de março de 2017. Disponível em Mandado de segurança no 26.602/DF, de 4 outubro de 2007. Relator: Ministro Eros Grau. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 17 out. 2008a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28124306%2E+OU+124306%2EACMS%2E%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/hlu6obq>. Acesso em 15 de janeiro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 102.065.** Relator: Min. Ayres Brito. Brasília. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=616782>>. Acesso em: 06 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 110.475/SC.** Brasília. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1819257>>. Acesso em 05/03/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 112.56-SC.** Brasília. Disponível em: <file:///C:/Users/Convidado/Downloads/texto_114662662.pdf>. Acesso em 08/04/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 115.015-SP.** Relator: MIN. TEORI ZAVASCKI. Brasília, DF, 27 de agosto de 2013. DOU. Brasília. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4499239>>.

Acesso em: 25 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 116.754**. Brasília. Disponível em: <file:///C:/Users/Convidado/Downloads/texto_189069177.pdf>. Acesso em 27/03/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 119.672**. Disponível em: <file:///C:/Users/Convidado/Downloads/texto_228717355.pdf>. Acesso em 27/02/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 133.043**. Disponível em: <file:///C:/Users/Convidado/Downloads/texto_309543022.pdf>. Acesso em 08/04/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 133.226 AgR**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/CTJ_Direito_Penal.pdf>. Acesso em 08/04/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 133.234 – PR**. Disponível em: <file:///C:/Users/Convidado/Downloads/texto_309543118.pdf>. Acesso em 08/04/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 136.843 MG**. Disponível em: <file:///C:/Users/Convidado/Downloads/texto_312925470.pdf>. Acesso em 08/04/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.354**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79033>>. Acesso 26.05.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82424**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=82424&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 07/01/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82959**. Relator: MIN. MARCO AURÉLIO. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=82959&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 93.251-7**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=542935>>. Acesso em 14/03/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 94.649-6/RJ**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=553779>>. Acesso em 14/03/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº nº 84.412-0/SP**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79595>>. Acesso em 02 março 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de segurança nº 26.602/DF**, de 4 outubro de 2007. Relator: Ministro Eros Grau. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 17 out. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms26602CB.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 559.646**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624471>>. Acesso em 06 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 592.581**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>>. Acesso em 15 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 126980**. Relator: Min. TEORI ZAVASCKI. Dou. Brasília, 20 nov. 2015. Disponível em: <[http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(RHC+126980\)&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yd32rcI5](http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(RHC+126980)&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yd32rcI5)>. Acesso em: 29 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC nº 66.869-1/PR**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102215>. Acesso em 02 março 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC nº 66.869-1/PR**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102215>>. Acesso em 27/03/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 657718/MG**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 28 de setembro de 2016. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo841.htm#Direito à saúde e dever de o Estado fornecer medicamento – 2](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo841.htm#Direito%20à%20saúde%20e%20dever%20de%20o%20Estado%20fornecer%20medicamento)>. Acesso em: 13 jan. 2018.

BRASÍLIA. Agência Cnj de Notícias. Conselho Nacional de Justiça. **CNJ apresenta novo sistema digital para cadastro de presos e foragidos**. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85075-sistema-digital-do-cnj-vai-cadastrar-presos-e-foragidos-da-justica>>. Acesso em: 13 abr. 2018.

BRASÍLIA. Banco Nacional de Mandados de Prisão. Conselho Nacional de Justiça (Org.). **BNMP**. 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/bnmp/#/pesquisar>>. Acesso em: 13 abr. 2018.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Stf (Ed.). **Glossário Jurídico:** Princípio da Insignificância. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/>>. Acesso em: 13 abr. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Metodologia fuzzy e camaleões normativos na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais**. In: Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores**. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

CÁRCOVA, Carlos Maria. **Las Teorías Jurídicas Post Positivistas**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

CASTEL, Robert – ***L'insécurité Sociale: Qu'est-ce qu'elle protège? La République des Ideés/Seuil***. 2003.

CHOUKR Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. São Paulo: RT, 1995.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CORNEJO, Abel. **Teoria de la insignificância**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.

COSTA JR, Paulo José da. **Direito Penal Curso Completo**, 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 2000.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DEAN, Mitchell – ***Risk, Calculable and Incalculable in AAVV – Risk and Social Cultural Theory: New Directions and Perspectives*** (Ed. Deborah Lupton) Cambridge University Press, Cambridge. 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Conflito de normas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DWORKIN, Ronald. **É o direito um sistema de regras?**. Estudos Jurídicos, São Leopoldo, RS , v.34, n.92 , p. 119-158 , set./dez, 2001.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando Direitos a Sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

EKBERG, Merryn (2007) – *The Parameters os the Risk Society: a Review and Exploration in “Current Sociology”*. VOL. 55 n° 3, Sage.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ESSER, Josef. **Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts**, 4 ed., Tübingen, 1990.

FALCONI, Romeu. **Lineamentos de Direito Penal**, 3º edição, São Paulo: editora Ícone, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del Estado de Derecho**. Tradução de Pilar Allegue. In: CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo (s), Madrid: Trotta, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris: **Teoría del derecho y de la democracia**. 2. Teoria de la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Tradução por Norberto Bobbio.

FERRARI, Regina M. M. Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3 ed. Curitiba: Positivo, 2004.

FIGUEIREDO, Cândido de. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em: <http://dicionario-aberto.net/dict.pdf>. Acesso em: 15/01/2018. Acesso em: 15/11/2017.

FIGUEROA, Alfonso García. **Criaturas de la moralidad: una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos**. Madrid: Trotta, 2009a.

FILHO, José dos Santos Carvalho, **Ativismo Judicial e Política**, Revista Jurídica Consulex. Seção Ciência Jurídica em Foco. Edição 307, de 30/10/2010.

GARCIA, Marcos Leite. AS ORIGENS DEMOCRÁTICAS DO PODER CONSTITUINTE: A TEORIA DE EMMANUEL-JOSEPH SIEYÈS E A REVOLUÇÃO FRANCESA. In: GARCIA, Marcos Leite; ABREU, Pedro Manoel; OLIVIERO, Maurizio (Org.). **ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO AMBIENTE TRANSNACIONAL ASSIMÉTRICO**. 02. ed. Itajaí: Univali, 2016. p. 80-104. Coleção

principiologia constitucional e política do direito.

GOMES, Luiz Flávio. **Penas e medidas alternativas à prisão: doutrina e jurisprudência**. 2. Ed. vol. 1. Ver., Atual. e Ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do inimigo: (ou inimigos do direito penal)**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12636-12637-1-PB.pdf>>. Acesso em 14/03/2018.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 4. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004.

GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação da liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e a validade**. Tradução Flávio Breno Siebeneichler. 2 volumes. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro v. 2, 1997.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho constitucional**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HOUKR, Fausi Hassan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

JESCHECK, **Tratado de derecho penal**, trad. Mir Puig e Muñoz Conde, Barcelona: Bosch, 1981, p.1035, apud Cezar Roberto Bitencourt, Manual de direito penal: parte geral, v. 1.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Direito penal** - 12.ed. Rev. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. - (Coleção elementos do direito; v. 7/ coordenação Darlan Barroso, Marcos Antonio Araujo Junior).

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KHALED JR., Salah H.; ROSA, Alexandre Moraes da. **Delegados relevantes e lesões insignificantes: a legitimidade do reconhecimento da falta de tipicidade material pela autoridade policial**. Justificando. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2014/11/25/delegados-relevantes-e-lesoes-insignificantes-legitimidade-reconhecimento-da-falta-de-tipicidade-material-pela->

autoridade-policial/>. Acesso em: 23.out.2017.

LARENZ apud LEMKE, Nardim Darcy. **Lacunas no sistema jurídico e as concepções não positivistas da norma**. Revista Jurídica: Universidade Regional de Blumenau, Centro de Ciências Jurídicas. Santa Catarina, Ano 9, n. 18, p. 9-40, jul./dez, 2005.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. 4 ed. Salvador: Juspodium, 2016.

LOPES JR, Aury e GLOECKNER, Ricardo. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**, 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no Direito Penal**: análise à luz das Leis 9.099/95 (Juizados Especiais Criminais), 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) e da jurisprudência atual. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LUÍS FILIPE JORGE DE ALMEIDA GUERRA (Portugal) (Comp.). **Clarificando o Conceito de Segurança**. Politeia: Revista do Instituto de Ciências Policiais e Segurança Interna, Lisboa. 2015., v. 1.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 10. ed. Madrid: Tecnos (grupo Anaya S.A), 2010.

MARQUES, José Frederico. **Elementos do Direito Processual Penal**. 2. tiragem. Campinas: Millennium Editora, 2003.

MASLOW. Abraham. **Motivation and Personality**. Harper & Row, Publishers, Inc. 1970.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 14^a ed., Revista dos Tribunais.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 230

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso de. **Suprema Corte brasileira e o exercício de suas atribuições constitucionais**: Notícias STF. 2010. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=165752>>. Acesso em: 13 abr. 2018.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. 1ª Ed.. Santa Catarina: SAFE – FABRIS, 1998.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal interpretado**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MONTESQUIEU, Barão de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios Fundamentais: Teoria Geral dos Recursos**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NORONHA, Magalhães. **Curso de Direito Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12 Ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1983.

PORTUGAL. Lei nº 53/2008, de 29 de agosto de 2008. Aprova a Lei de Segurança Interna. Lisboa, Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/453479/details/maximized>>. Acesso em: 06 maio 2018.

POSNER, Richard. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **El constitucionalismo de los derechos: Ensayos de filosofía jurídica**. Madrid: Trotta, 2013. 309 p.

QUEIROS, David. **A permeabilidade do processo penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

RADBRUCH, Gustav. **Cinco minutos da Filosofia do Direito**. In: Filosofia do Direito. 5 ed. Coimbra: Armênio Amado, Editor, Sucessor Coimbra, 1974.

RAWLS, John. Liberalismo Político. México. **Fundo de Cultura Econômica**. 1995.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia Compacto de Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Direito Penal não dá mais do que se pede e engana quem quer ser enganado**. Revista Consultor Jurídico, 15 ago. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-ago-15/limite-penal-direito-penal-nao-engana-quem-enganado>>. Acesso em: 31.05.2018.

ROTH, Ronaldo João. **O Princípio da insignificância e o Direito Penal Militar**. Revista de Estudos e Informações – Justiça militar de Minas Gerais. Nº 21, março de 2008.

ROXIN, Claus, p. 51 apud GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 4 ed, p. 39.

ROXIN, Claus. Teoria del tipo penal. **Tipos abiertos y elementos de del deber jurídico**. Buenos Aires, Argentina: De Palma, 1979. p. 268.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión, in *Estudios Penales y Criminológicos*, v. 25, 2005.

SANNINI NETO, Francisco. **Indiciamento: ato privativo do Delegado de Polícia**. Jus Brasil, 2014. Disponível em: <http://franciscosannini.jusbrasil.com.br/artigos/121943720/indiciamento-ato-privativo-do-delegado-de-policia>. Acesso em: 26.05.2018.

SANTA CATARINA. **Constituição Estadual**. Art. 106, § 4º: “O cargo de Delegado de Polícia Civil, privativo de bacharel em Direito, exerce atribuição essencial à função jurisdicional do Estado e à defesa da ordem jurídica, vedada a vinculação a quaisquer espécies remuneratórias às demais carreiras jurídicas de Estado”. Disponível em: <http://www.ale.sc.gov.br/portal_alesc/sites/default/files/CESC%202017%20-%2072%20a%2074%20emds.pdf>. Acessado em: 21.05.2018.

SÃO PAULO. **Delegacia Geral de Polícia. Portaria nº 18**. Art. 2º, § 1º. Disponível em: <https://www.imprensaoficial.com.br/DO/BuscaDO2001Documento_11_4.aspx?link=/1998/executivo%2520secao%2520i/novembro/27/pag_0003_767ALR6CMDFKAE6PJQKLRQ5F5U.pdf&pagina=3&data=27/11/1998&caderno=Executivo%20I&paginaordenacao=10003>. Acesso em: 31.05.2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2 . ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SILVA, Ivan Luiz. **Princípio da insignificância no direito penal**. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**, São Paulo: Malheiros, 2009. p. 45.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**, São Paulo: Malheiros, 2009.

SÓFOCLES. Antígona. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/antigone.pdf>>. Acesso em: 19/12/2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica constitucional**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Acesso em 12 de jun. 2018. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/18/edicao-1/hermeneutica-constitucional>.

STRECK, Lenio. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Revista Consultor Jurídico, 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em: 13 jan. 2018.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1986.

VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. São Paulo: Saraiva (Série IDP), 2009.

VARELLA, Drauzio. **Estação Carandiru**. 2.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

VICO MAÑAS, Carlos. **O Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade no Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugênio Raul, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**, volume 1 parte geral. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. ***Teoría Del delito***. Buenos Aires. Ediar: 1973.

ZAGREBELSKY, Gustavo. ***El derecho dúctil – Ley, derechos, justicia***. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2008.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. ***Teoria Complexa do Direito***. 2 ed. Curitiba: Prismas. 2015.