

**WILSON LUIZ PALERMO FERREIRA**

**PERCEÇÃO DOS  
ASPECTOS ANALÍTICOS  
DO DELITO**

na atuação concreta do  
**DELEGADO DE POLÍCIA**

**2<sup>a</sup>** | revista,  
edição | atualizada  
e ampliada

2021

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

# 2

## O DELEGADO DE POLÍCIA E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 2.1. INTRODUÇÃO

No capítulo anterior foi possível notar uma abrangência geral sobre o papel do Delegado de Polícia e o lapidamento deste conceito, situando a importância da história do direito no estudo. A importância deste papel cresce, na medida em que a sociedade angaria direitos que devem ser resguardados pelos agentes públicos direta ou indiretamente envolvidos, por exemplo, no sistema de garantias, quando da aplicação da pena àquele que pratica crime.

A CRFB/88<sup>100</sup> traz, em seu bojo, farta cartela de direitos e garantias fundamentais que muitas vezes acaba sendo esquecida, ou relegada em segundo plano, como se não fossem dotadas de importância (ou não fossem tidas como prioridade). Mas a CRFB/88<sup>101</sup> é fruto de uma ruptura com o

---

100. Cf. nota 01.

101. Cf. nota 01.

regime militar outrora vigente, e pelo menos nesse caso reflete a intenção de fornecer ampliação no rol de tais direitos e garantias.

Acompanhando essa tendência de proteção, em sendo representantes do Estado, os agentes públicos devem funcionar como verdadeiros tutores dos preceitos constitucionais, mormente no campo penal e processual penal, em que se está tratando de pontos nodais que tangenciam ou refletem diretamente na liberdade de locomoção do indivíduo. Neste ponto de vista deve sobressair a atuação do Delegado de Polícia, reconhecido como o primeiro garantidor dos direitos fundamentais.

Desta primeira análise surge a necessidade de identificar esses direitos, determinar sua origem e seus titulares, as teorias que os circundam, e os sistemas de proteção, bem como traçar o paralelo com os aspectos filosóficos ilustrando os pilares do direito de punir, de modo a revelar a obrigatoriedade de coexistência, culminando com as noções de liberdade e de exercício desta.

A doutrina ilustra um vasto rol de princípios que norteiam a aplicação do sistema de penas no direito brasileiro. Como forma de iniciar a compreensão do presente capítulo, serão destacados os axiomas trazidos por Luigi Ferrajoli que sintetizam as bases epistemológicas da teoria do direito penal.

## **2.2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE LIMITAÇÃO DAS PENAS E DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA NO DIREITO BRASILEIRO**

### **2.2.1. Princípios configuradores do sistema de garantias**

De acordo com Luigi Ferrajoli, o sistema de garantias é responsável por asseverar que à imposição de uma pena, deve ter sido cometido um fato, previsto legalmente como crime, e que venha a gerar danos a

terceiros e seja caracterizado por “uma conduta humana exterior provocada por uma pessoa culpável”.<sup>102</sup>

Obviamente, como o próprio nome de tal sistema propõe, o sujeito deve ter a possibilidade de ser submetido a uma acusação, perante um juiz imparcial mediante a utilização de processo público com contraditório.

Para Ferrajoli, existiriam onze categorias do direito penal material e do direito processual penal: pena, delito, lei, necessidade, ofensividade, conduta, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa. Tais categorias simbolizam pré-requisitos sem os quais não seria possível atribuir, de forma legítima, a sanção penal.

A partir dessa análise, constituem-se os dez axiomas do garantismo penal:

- *nulla poena sine crimine* (somente pode haver aplicação de pena quando houver efetiva prática de determinada infração penal);
- *nullum crimen sine lege* (a infração penal deverá estar expressa em lei);
- *nulla lex (poenalis) sine necessitate*: (faz menção ao direito penal mínimo, na medida em que a lei penal somente deve impor comportamentos ou proibi-los mediante absoluta necessidade);
- *nulla necessita sine iniuria* (somente serão proibidos os comportamentos que venham a atingir bens jurídicos de terceiros);
- *nulla iniuria sine actione* (os comportamentos devem ser exteriorizados mediante uma ação);
- *nulla actio sine culpa* (somente as ações culpáveis podem ser objeto de reprovação);

---

102. FERRAJOLI, Luigi, apud CARVALHO, Salo de, op. cit., nota 29, p. 251.

- *nulla culpa sine iudicio* (adoção de um sistema acusatório, com a presença de um juiz imparcial e que seja competente);
- *nullum iudicium sine accusatione* (deve haver juiz, mas este não deve ser confundido com aquele responsável pela acusação);
- *nulla accusatio sine probatione* (o ônus da prova deve estar sujeito à acusação, não podendo ser transferido ao acusado);
- *nulla probatio sine defensione* (deve ser assegurada a ampla defesa ao acusado).

Estes axiomas sintetizam a teoria do direito penal, por sua vez estruturada em teoria da lei penal (princípio da legalidade e princípio da necessidade); teoria do delito (princípio da lesividade e princípio da culpabilidade) e teoria da pena (princípio da reprovação e princípio da prevenção), bem como a teoria do processo penal (princípio do devido processo legal, princípio da inércia da jurisdição, princípio do contraditório e princípio da ampla defesa).

### **2.3. DIREITOS FUNDAMENTAIS. CONCEITO E GENERALIDADES**

À guisa de proêmio, direitos fundamentais podem ser conceituados como “direitos subjetivos, assentes no direito objetivo, positivados no texto constitucional, ou não, com aplicação nas relações das pessoas com o Estado ou na sociedade”<sup>103</sup>. São tanto uma categoria especial de direitos subjetivos, quanto elementos constitutivos do direito objetivo<sup>104</sup>.

---

103. MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 499.

104. GRIMM, Dieter, apud MORAES, Guilherme Peña de, op. cit., nota 103, p. 499.

Por força destas considerações iniciais, deve-se levar em consideração os dois aspectos, com as perspectivas pertinentes. Na visão subjetiva, os direitos fundamentais têm a capacidade de conferir aos seus titulares “a pretensão a que se adote um determinado comportamento, positivo ou negativo, em respeito à dignidade da pessoa humana”<sup>105</sup>. Já em relação à faceta objetiva, tais direitos asseguram a composição da ordem jurídica, sendo tal assertiva inerente à própria condição de legitimação do Estado de Direito.

Ultrapassadas tais premissas, cumpre salientar que, em se tratando da localização de tais normas no direito positivo brasileiro, o artigo 5º, § 2º, da CRFB/88<sup>106</sup>, veicula sua enumeração.

Porém, este próprio dispositivo legal informa que tal previsão não é taxativa, apenas exemplificativa, eis que ainda que haja direitos previstos na Constituição, estes não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Sem pretender adentrar em comentários sobre as possíveis origens das teorias que cercam a gênese dos direitos fundamentais, sejam elas históricas, filosóficas ou mesmo sociais, em que pese o posicionamento da teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da Constituição Alemã, que Robert Alexy descreve como sendo “uma teoria acerca de determinados direitos fundamentais positivos vigentes”<sup>107</sup>, pode ser destacado, também, que os direitos humanos devam ser considerados como fundamentais, pois equiparar-se-iam em termos de relevância aos já mencionados direitos fundamentais positivos, mesmo sem o serem no texto constitucional.

---

105. MORAES, Guilherme Peña de, op. cit., nota 103, p. 499.

106. Cf. nota 01.

107. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 32. Título original: *Theorie der Grundrechte*.

Isto acontece pelo fato de que os direitos humanos assentam suas bases sob a forma de acordos internacionais, além de tratados e convenções, funcionando como uma espécie de embrião, uma categoria preexistente legitimadora e informadora dos direitos fundamentais<sup>108</sup>.

Sob a titularidade de qualquer pessoa, seja ela brasileira, estrangeira ou ainda, apátrida, física ou jurídica (salvo aqueles direitos que dependam de ação humana, tais como liberdade de religião ou crença), os direitos fundamentais previstos na Carta Magna Brasileira podem ser exercidos por estes<sup>109</sup>, ressalvadas hipóteses específicas, como a prevista no artigo 222, *caput* e parágrafos 1º e 2º, da CRFB/1988<sup>110</sup>.

Sob a ótica essencial, dada a percepção subjetiva dos direitos humanos fundamentais, Jorge Câmara pondera que a inserção destes direitos no campo subjetivo de cada um é feita independentemente da vontade deste, bem como se pode afirmar que a defesa constitucionalmente projetada para eles também independe de iniciativa dos seus titulares. Tais direitos são inerentes à condição humana,<sup>111</sup> razão pela qual o Delegado de Polícia deve zelar para que sejam observados e respeitados.

---

108. MORAES, Guilherme Peña de, op. cit., nota 103, p. 500.

109. Ibidem. p. 500 et seq.

110. Versa o presente: Art. 222. *“A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 36, de 2002); § 1º Em qualquer caso, pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverá pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 36, de 2002); § 2º A responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, em qualquer meio de comunicação social”.* (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 36, de 2002). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 08 ago. 2020.

111. CÂMARA, Jorge Luis, op. cit., nota 98, p. 104.

## 2.4. JUSTIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Basicamente, há três teorias que buscam justificar a existência dos direitos fundamentais. São elas a teoria realista, as teorias juspositivistas e as teorias jusnaturalistas.

Guilherme Peña, citando Norberto Bobbio, assevera que:

A teoria realista, elaborada por Norberto Bobbio, defende que a justificação racional dos direitos humanos consiste em questão secundária ou resolvida, a partir da proclamação da Declaração Universal dos Direitos do Homem pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948<sup>112</sup>.

As teorias juspositivistas, por sua vez, lideradas por Hans Kelsen e Herbert Hart, asseveram que “há impossibilidade de justificação racional dos direitos humanos, a partir da consideração de que a positivação seria recoberta de natureza constitutiva”<sup>113</sup>.

Havendo subdivisão nestas teorias juspositivistas em normativista (engendrada por Kelsen) e analítica (capitaneada por Hart), na primeira situação poder-se-ia afirmar que eventual norma somente é válida na medida em que tenha sido produzida de maneira determinada por outra norma. Isto ocorre, pois de acordo com Kelsen a unidade da ordem jurídica é fruto da relação de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida em consonância com outra norma, se apoiar sobre a que lhe é imediatamente superior<sup>114</sup>.

---

112. BOBBIO, Norberto, apud MORAES, Guilherme Peña de, op. cit., nota 103, p. 504.

113. Ibidem. p. 504.

114. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1990. p. 240.



Com relação à teoria juspositivista analítica, através dos estudos de Herbert Hart, Peña percebe a validade das regras que prescrevem direitos humanos através da sua pertinência ao sistema que foi estabelecido pela regra de reconhecimento, e esta funciona como ponto de partida do ordenamento jurídico<sup>115</sup>.

No que tange ao entendimento das teorias jusnaturalistas, lideradas, entre outros, por Nicolai Hartmann, Max Scheler, o ponto base parte do princípio de que há impossibilidade de uma justificação racional dos direitos humanos. Isto se deve à constatação de que a positivação, como defendido em outras teorias, estaria revestida de natureza declaratória<sup>116</sup>.

O estudo de tais autores baseou-se em descrever “uma ordem de valores, princípios e regras que possuem validade universal, objetiva e absoluta, a despeito da experiência dos indivíduos e de sua consciência valorativa”<sup>117</sup>.

Da mesma forma que ocorre com as teorias juspositivistas, também há divisão na sistematização das teorias jusnaturalistas. Assim, de acordo com o que prescreve a teoria jusnaturalista objetiva, Pená de Moraes, traz os ensinamentos de Max Scheler para afirmar que se trata de uma ordem de princípios, regras e valores que possuem validade absoluta, objetiva e universal, a despeito da consciência valorativa e da experiência que os indivíduos tenham<sup>118</sup>.

Noutro diapasão, ainda no contexto das teorias jusnaturalistas, Ronald Dworkin trata da teoria subjetiva, ao asseverar que a justiça, sobre o aspecto da equidade, traz em seu bojo um direito natural de todas as

---

115. HART, Herbert, apud MORAES, Guilherme Peña de, op. cit., nota 103, p. 505.

116. MORAES, Guilherme Peña de, op. cit., nota 103, p. 505.

117. MORAES, Guilherme Peña de, loc. cit.

118. SCHELER, Max, apud MORAES, Guilherme Peña de, op. cit., nota 103, p. 505.

peças à igualdade de consideração ou respeito. Tais pessoas possuem este direito enquanto seres humanos capazes de elaborar projetos e fazer justiça<sup>119</sup>.

Ainda no contexto jusnaturalista, mas sob a faceta intersubjetiva, no que diz respeito aos direitos humanos, através dos conhecimentos de Jürgen Habermas, pode-se afirmar que estes institucionalizam as condições de comunicação para a formação da vontade política racional, ou seja, tais direitos são concebidos como uma resposta consequente à pergunta sobre como institucionalizar as condições de comunicação do procedimento democrático<sup>120</sup>.

Isto posto, delimitada inicialmente a base epistemológica acerca da justificação dos direitos fundamentais perante a doutrina, passa-se ao estudo das características destes direitos.

## 2.5. CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Guilherme Peña<sup>121</sup> cita três principais características dos direitos fundamentais. São elas a inalienabilidade, a historicidade e relatividade. Na primeira situação, a da inalienabilidade, significa dizer que os direitos fundamentais não podem ser dispostos através da alienação ou da renúncia, que simbolizam institutos de disposição jurídica, tampouco podem ser objeto de disposição material, através dos institutos do abandono e destruição da coisa<sup>122</sup>.

---

119. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 281.

120. HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro*. 1ª ed. São Paulo: Loyola, 2002. p. 280.

121. MORAES, Guilherme Peña de, op. cit., nota 103, p. 506.

122. MORAES, Guilherme Peña de, loc. cit.

Assim, Peña, citando Carlos Alberto Maluf afirma que há nulidade nos negócios jurídicos que, por ilicitude do objeto, “importem transmissão, a qualquer título, dos direitos fundamentais que visem resguardar a vida biológica, assim como a integridade moral e física”<sup>123</sup>.

No que tange à historicidade, pode-se afirmar que, conforme a sociedade se transforma, os direitos fundamentais também estão sujeitos a modificações, razão pela qual esta evolução será consignada através de gerações, dimensões ou gestações. São baseadas nos três grandes valores disseminados pela Revolução Francesa, quais sejam, liberdade, igualdade e fraternidade.

Nesse sentido, Peña, citando José Joaquim Gomes Canotilho, demonstra que as principais dimensões dos direitos fundamentais são definidas da seguinte forma:

A primeira gestação é identificada pelo estabelecimento de um dever de omissão, de forma que os direitos de liberdade são satisfeitos por uma abstenção, em atenção à esfera de ação própria, inibidora da atuação do Estado Liberal. A segunda gestação é individualizada pelo estreitamento de um dever de ação, de modo que os direitos de igualdade são solucionados por uma prestação, em atendimento às necessidades sociais, econômicas ou culturais, para a realização da vida em todas as suas potencialidades, por parte do Estado Social. A terceira gestação é informada pela fraternidade ou solidariedade, tal como os direitos à comunicação, desenvolvimento, meio ambiente equilibrado e sadio, paz mundial e proteção do patrimônio artístico e cultural, em ordem a possibilitar a defesa internacional dos direitos humanos<sup>124</sup>.

---

123. MALUF, Carlos Alberto, apud MORAES, Guilherme Peña de, op. cit., nota 103, p. 506.

124. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, apud MORAES, Guilherme Peña de, op. cit., nota 103, p. 507.

Assim, pode-se afirmar que a primeira dimensão dos direitos fundamentais consagra as liberdades públicas, civis e políticas, conhecidas como liberdades negativas. São exemplos a vida, a propriedade, a liberdade e direitos à nacionalidade e políticos, dentre outros.

Já em relação à segunda dimensão dos direitos fundamentais, é marcada a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, consubstanciando os direitos sociais, econômicos e culturais que envolvem prestações positivas. Como exemplos, podem ser mencionados a saúde, educação, os direitos dos trabalhadores etc.

A terceira dimensão protege os direitos difusos relacionados ao espírito de solidariedade do mundo pós-guerra. Os exemplos que podem ser demonstrados são a proteção ao meio ambiente e a proteção ao patrimônio público, histórico e cultural.

No que concerne à quarta dimensão dos direitos fundamentais, Paulo Bonavides indica que é relativa à globalização da economia<sup>125</sup>. Eliana Calmon, por sua vez, atribui à quarta dimensão o aspecto de fazer menção à manipulação do patrimônio genético, o que incluiria, entre outros, a manipulação de embriões e a mudança de sexo através de intervenção médica<sup>126</sup>.

Por fim, sob o prisma da relatividade, serão trabalhados aspectos fenomenológicos ligados à ponderação do conflito que pode existir mediante a colisão de direitos fundamentais.

Guilherme Peña, citando Pedro Frederico Caldas, aduz que as vertentes a serem trabalhadas quanto à colisão dos direitos fundamentais são em sentido estrito, quando:

---

125. BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 222.

126. CALMON, Eliana. *Dimensões do Direito Contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: IOB, 2001. p. 79.

o exercício de determinado “direito fundamental conflita com o de outro, idêntico ou não, por parte de titular diverso, como, por exemplo, a liberdade artística, intelectual, científica ou de comunicação – art. 5º, inc. IX – pode confrontar-se à vida privada, honra ou imagem – art. 5º, inc. X<sup>127</sup>.

Por outro lado, pode ser trabalhada a hipótese de haver colisão entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais, em que se observa:

o exercitamento de um direito fundamental conflita com a necessidade de preservação de bens jurídicos protegidos constitucionalmente, como, por exemplo, a propriedade – art. 5º, inc. XXII – pode contrastar-se ao patrimônio cultural – art. 216, § 1º, da CRFB, no caso de tombamento de coisas<sup>128</sup>.

Noutro giro, em se tratando agora não mais de colisão, mas de restrição de certos direitos fundamentais, Peña, citando Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, destaca que:

é bipartida em restrição “por lei”, procedida pelo legislador, em face da existência de reserva legal explícita, e restrição “com base em uma lei”, promovida pelos intérpretes do texto constitucional, frente à inexistência de reserva legal expressa, que não se confundem com a limitação, dado que aquelas são referentes ao exercício das faculdades inerentes ao conteúdo, ao passo que esta já integra o conteúdo do direito fundamental<sup>129</sup>.

---

127. CALDAS, Pedro Frederico, apud MORAES, Guilherme Peña de, op. cit., nota 103, p. 509.

128. Ibidem. p. 509.

129. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de, apud MORAES, Guilherme Peña de, op. cit., nota 103, p. 509.