

Questões Prementes do Direito Penal: Breve reflexão sobre o Direito Policial¹

Pressing Criminal Law Issues:
Brief Reflection on Police Law

BERNADETE LIMA DOMINGUES²

bernadetedomingues@yahoo.com.br

GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845

Volume XXII · 1st July Julho – 31st December Dezembro 2021 · pp. 70-75

DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXII.2.6>

Submitted on November 10th, 2020 . Accepted on July 14th, 2021

Submetido em 10 de Novembro, 2020 . Aceite a 14 de Julho, 2021

RESUMO A Polícia exerce papel essencial e constitucional na defesa e garantia dos direitos e liberdades fundamentais. A liberdade, direito natural e princípio constitucional, é sobreposta à segurança, igualmente, tida como bem jurídico vital. Impõe-se buscar um novo equilíbrio do Direito Penal, dentro da dimensão axiológica e teleológica da CRP, a conjugar o imperativo da segurança com a consideração aos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE Direito penal; Polícia; Direito Policial; Liberdade; Segurança.

ABSTRACT The Police play an essential and constitutional role in the defense and guarantee of fundamental rights and freedoms. Freedom, a natural right and constitutional principle, is superimposed on security, which is also considered a vital legal asset. It is necessary to seek a new balance of Criminal Law, within the axiological and teleological dimension of the CRP, to combine the imperative of security with the consideration of fundamental rights.

KEYWORDS Criminal law; Police; Police Law; Freedom; Security.

1 Este artigo corresponde a um relatório científico da Unidade Curricular de Doutoramento em Direito – *Direito: da norma ao procedimento e à fase aplicativa* – lecionada pelo Professor Doutor Manuel Monteiro Guedes Valente, em 2019, que mereceu alguns ajustes após o debate realizado em sala de aula.

2 Mestre e Licenciada em Direito. Frequentou o curso de doutoramento na Universidade Autónoma de Lisboa.

A Constituição da República Portuguesa de 1976³ (doravante CRP) comporta uma ordem ou sistema de valores, fruto de toda uma construção dogmática, de onde se permite extrair sua identidade axiológica e todo o sistema de coordenadas ideológicas a ela subjacentes. Em seu artigo inaugural, a CRP elege Portugal como uma República que se baseia na dignidade da pessoa humana, nomeando cada ser humano como razão do Estado e do Direito, “justificando o propósito de construção de uma sociedade globalmente mais humana e solidária”⁴. No sentido de dignificar cada ser humano, a Lei Fundamental coloca como pedra angular do sistema “os valores da liberdade, da justiça e da solidariedade”⁵.

A CRP funda-se em princípios humanistas que legitimam a intervenção penal, destacando-se dentre eles o princípio da liberdade que se encontra assegurado em vários dispositivos constitucionais⁶, sendo a liberdade consagrada como um direito natural, um valor sagrado e ideal supremo, que busca proteger a livre ação do indivíduo e cidadão, garantindo-lhe defesa e segurança *erga omnes*. O primado ganha maior destaque nomeadamente no Direito penal processual, porquanto instrumento de maior importância quando da atuação dos atores sociais de intervenção (saúde e segurança pública), da justiça e da Polícia, nomeadamente da Polícia judiciária. Portanto, para fins de consecução dessa tarefa estatal de defesa e garantia dos direitos e liberdades fundamentais, é a atividade da Polícia que exerce papel essencial, não obstante a existência de outros importantes atores, a exemplo do Ministério Público⁷.

O artigo 27º da CRP, n.º 1, assegura a todos o direito à liberdade e à segurança, nesta ordem⁸. Conforme salienta GUEDES VALENTE⁹, tal estrutura normativa não é displicente, porquanto quis mesmo o legislador constitucional garantir especificamente a liberdade – seja como princípio, seja como direito – sobreposta à segurança. Igualmente se extrai da alínea b) do artigo 9º, que cumpre ao Estado a tarefa constitucional de garantir os direitos e as liberdades fundamentais, enquanto à Polícia cumpre, como missão constitucio-

3 O art. 2º da CRP consagra que Portugal é um Estado de direito democrático. CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. Diário da República, I Série. [Em linha]. N.º 86 (10-04-1976). Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>.

4 “A ideia de Direito reconduz-se a um Estado de direitos humanos” e “Os critérios teleológicos do projecto político identificam-se com um Estado de Direito democrático”. OTERO, Paulo – *Direito Constitucional Português*. 1º v: *Identidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2017. p.21-23.

5 OTERO, Paulo – *Op. Cit.*, p.31.

6 CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. Diário da República, I Série. [Em linha]. N.º 86 (10-04-1976). Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>.

7 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Teoria Geral do Direito Policial*. 5ª Ed. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 38-39 e 16.

8 CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. Diário da República, I Série. [Em linha]. N.º 86 (10-04-1976). Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>.

9 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Teoria Geral* 5ª Ed., p.445.

nal, igualmente basilar, “garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos”¹⁰. Não obstante a ideia prevalente de que segurança significa coacção ou restrição de direitos, a noção correta é de que se trata de um “bem jurídico vital para garantia dos demais bens jurídicos fundamentais da vida humana”¹¹.

A Política criminal, considerada uma “ciência não jurídica teleologicamente orientada para a prevenção criminal”¹² (princípio *ne peccetur*), encontra seus fundamentos na Constituição Penal, e sua importância é acentuada na atividade preventiva e repressiva exercida pelos atores da justiça criminal¹³. Cumpre a ela definir os limites da punibilidade (define o se e o como), revelando-se como “padrão crítico tanto do direito constituído como do direito constituendo, dos seus limites e da sua legitimação”¹⁴.

É de se observar que, sob a ótica contemporânea do Direito, inexistem diferenças entre o Direito Público e Direito Privado, considerando que normas do primeiro simultaneamente tutelam normas do segundo, podendo ambas serem executadas pela Polícia. É que ambas as normas fazem parte das atividades de Polícia (jurídico-administrativa e jurídico-criminal policial)¹⁵. Guedes Valente defende a sistematização do Direito Policial e a sua inserção nas Ciências Jurídicas como ramo do Direito Público.¹⁶ Não obstante a acção penal residir fora da esfera da liberdade, a CRP resguarda e protege os direitos, liberdades e garantias fundamentais ao longo do processo de investigação criminal, sendo a norma diretamente aplicável e com força vinculante às entidades públicas e privadas¹⁷.

O Direito penal do ser humano, que afirma a dignidade da pessoa humana, como “fim e limite de toda acção do Estado”¹⁸ e como sustentáculo da justiça, resulta do Estado de Direito e do Estado Democrático: o Estado que se alinha aos direitos e garantias funda-

10 Assim dispõe o art. 272º da CRP sobre as funções da Polícia. CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. Diário da República, I Série. [Em linha]. N.º 86 (10-04-1976). Disponível em <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>

11 Essa é uma “visão humanista e humanizante” da segurança. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Teoria Geral* 5ª Ed., pp. 121-122.

12 O Direito Penal é uma ciência global ou conjunta que reúne várias outras ciências consideradas autónomas, como é o caso da Política criminal. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Direito Penal: Fundamentos Político-Criminais*. Lisboa: Manuel Monteiro Guedes Valente, 2017. 284p. p.21

13 Destacam-se como atores a Polícia e o Ministério Público. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Direito Penal: Fundamentos*...., p. 17.

14 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Direito Penal: Fundamentos*, p. 124.

15 Cfr. n.1. do art. 18º da CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. Diário da República, I Série. [Em linha]. N.º 86 (10-04-1976). Disponível em <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>

16 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Teoria Geral* 5ª Ed., pp. 38-39.

17 Necessário delimitar os grupos de normas jurídicas, seu campo de aplicação, para averiguar a atuação da Polícia no caso concreto. Há atuações da Polícia que podem gerar responsabilidade civil, por exemplo. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Teoria Geral* 5ª Ed., pp. 43-44.

18 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo: O Progresso ao Retrocesso*. 3ª ed. Portuguesa. Coimbra: Almedina, 2019, p. 76.

mentais do cidadão, porquanto é o Direito penal a *ultima et extrema ratio*, cujo objetivo primário é o de equilibrar e limitar a ação punitiva descomedida do Estado. Contudo, a hiper-criminalização ocorrida nos últimos tempos, resultado do terrorismo, dentre outros, levou o Direito penal a adquirir uma envergadura tal que esse equilíbrio está em perigo de desaparecer¹⁹. Isso posto, impõe-se hoje uma obrigação aos operadores do Direito de buscar um novo equilíbrio, de maneira a conjugar o imperativo de segurança nacional com a consideração aos direitos fundamentais.

Essa hiper-criminalização que provoca uma crise no sistema penal é decorrente, mas não somente disso, da sociedade de risco de que trata Ulrich Beck²⁰ tendente a disseminar o medo e o terror, gerando a desconfiança do cidadão frente ao Direito penal. O que se percebe é uma forte inclinação securitária do Direito penal, com consequente reforço dos poderes e competências da Polícia. Essa mudança de paradigma ocorrida levanta a seguinte questão: que Direito penal (material, processual e penitenciário) se quer ter? E onde está o “calcanhar de Aquiles” que levou à situação atual? Estará, por acaso, na lei penal ou na hermenêutica, quem sabe na atuação das polícias ou do Ministério Público, na reação da sociedade frente aos riscos, ou na presença ou ausência excessiva do Estado²¹.

Considerando que o “Direito tem a incumbência de preservar a identidade axiológica do sistema social”, porquanto é ele “o reflexo do pensar cultural de um povo”²² e que ordem jurídica nada mais é do que resultado e a representação da estrutura cognitiva da sociedade em face dos valores morais e éticos, bem como dos costumes e da visão dos problemas que a abarcam, o legislador tem o dever de acompanhar a evolução natural da sociedade e modificar a legislação no que preciso for. Contudo, defende Guedes Valente que “esses valores morais não podem ser a medula legitimadora e fundante da intervenção penal”²³, sob pena de o Direito penal perder sua primordial função de equilíbrio.

O legislador deve se ater à Constituição, porquanto a ela cumpre determinar os critérios de seleção quanto ao bem jurídico a ser resguardado pela norma penal, sendo certo

19 Houve uma “mudança de paradigma” do Direito penal material, processual e penitenciário. No domínio do DP material, apontam-se “o aumento da moldura abstrata das penas, ampliação do âmbito da punibilidade dos atos preparatórios e dos atos de execução, aumento dos tipos legais de perigo abstrato”; no âmbito do processual, apontam-se a “diminuição das garantias processuais penais, aumento das competências policiais criminais sem prévio controlo e autorização das autoridades judiciárias”, bem como do Direito penal penitenciário, com a “transformação das penas de prisão em medidas de segurança privativas de liberdade por tempo indeterminado”. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Direito Penal Inimigo e o Terrorismo*.... 3.^a Ed., pp. 86-87.

20 BECK, Ulrich – *Sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida*. Lisboa: Edições 70, 2016.

21 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo*.... 3.^a Ed., p. 8.

22 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Consumo de Drogas: Reflexões sobre o Quadro Legal*. 7.^a Ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 38.

23 A norma penal somente pode intervir como *ultima ratio*, máxima ligada ao princípio *in dubio pro libertate*, que impõe provar se a tutela da norma penal é necessária. A Intervenção penal requer análise dos critérios de subsidiariedade. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Consumo de Drogas*.... 7.^a Ed., p. 57.

que não é qualquer moral que se torna bem jurídico a proteger. Considerando ser a intervenção penal uma excepcionalidade, a conduta humana somente pode ser incriminada quando os demais instrumentos do âmbito civil e administrativo já tiverem sido aplicados. Tome-se, como exemplo, o consumo de drogas. A criminalização da conduta de consumir drogas não se pode dar com base em critérios morais. Cabe inclusive questionar se ao Direito penal é legítimo intervir no consumo de drogas, considerando o direito da pessoa de dispor do próprio corpo.²⁴ Não é objetivo aqui discorrer contra ou favor da criminalização do consumo de drogas, mas tão-só levantar discretamente um véu sobre a questão da legitimidade do Direito penal, quando este intervém na esfera da liberdade do ser humano e igualmente trazer à reflexão o papel do legislador na formulação da política criminal.

É que a Justiça tem como escopo garantir a liberdade, conforme dito, sendo igualmente certo que à Política criminal cumpre concretizar o princípio por meio de ações estatais, preventiva e repressiva, próprias de um Direito penal material, processual e penitenciário, garantista e humanista. Disso resulta o equilíbrio do Direito penal. A lógica constitucional é o de respeitar o princípio da não violência, dentre outros, que se pauta na justiça, nos valores democráticos e no modelo garantista²⁵.

Os princípios da política criminal são axiomáticos e devem reger todas as ações da Polícia, tanto a preventiva como a penal. É a denominada “política criminal do Ser Humano”²⁶, assentada em quatro princípios constitucionais que a legitimam, tais sejam: i) da legalidade, ii) da culpabilidade, iii) da humanidade, iv) da recuperação ou ressocialização ou do tratamento. Daí dizer que é a política criminal que dita o se e o como do Direito penal, devendo tanto a decisão de criminalizar ou não certa conduta guardar inteira consonância com a dimensão axiológica e teleológica constitucional.

Voltando ao exemplo do combate à droga, o princípio da prevenção vem consagrado no RCM 46/99 que aprova a Estratégia Nacional de Luta contra a Droga²⁷, segundo o qual

24 A Lei nº 30/2000, sobre a Estratégia Nacional de Luta Contra a Droga (ENLCD), em seu art. 2º, descriminaliza a aquisição e a detenção e posse de estupefacientes (drogas) para consumo privado, e dispõe que a conduta constitui contra-ordenação. LEI Nº 30/2000. Diário da República. I-A Série. [Em linha]. Nº 276 (29-11-2000), Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34545875/view?w=2011-11-30>.

25 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Direito Penal: Fundamentos*.... pp. 25-27.

26 Uma “Teoria Geral do Direito Policial” é defendida por Guedes Valente, significando, em linhas gerais, a existência de uma Teoria Geral incidente sobre o “Direito de Polícia ou Direito Policial em sentido estrito, ou seja, aquele que confere legalidade e legitimidade às suas ações desenvolvidas para materialização da sua tarefa”. É parte da Teoria Geral do Direito em sentido lato, não podendo se afastar dos “princípios gerais do direito, dos princípios gerais de cada ramo do direito, do direito positivado (supraconstitucional, constitucional e infraconstitucional), da jurisprudência e da doutrina”. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Teoria Geral*.... 5ª Ed., pp. 33-35.

27 Cabe destacar que a RCM é de convicção humanista e pragmática que propõe o combate ao tráfico ilícito de drogas ao branqueamento de capitais. RESOLUÇÃO do Conselho de Ministros nº 46/99. Diário da República, I-B Série. [Em linha]. Nº 122 (26-05-1999), p.2972-3029. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/resolconsmin/46/1999/05/26/p/dre/pt/html>.

se deve evitar, primeiramente, que o perigo das drogas se transforme em risco e consequente dano àqueles que seguirem o caminho das drogas. E a prevenção especial²⁸ ocorre em outro momento, tal seja, quando o já denominado toxicodependente decide pelo tratamento. Vale ressaltar que o legislador optou pela descriminalização²⁹ e não despenalização do consumo, escolheu a via teleológica da prevenção, de caráter humanista e programática, que requer dos atores da política criminal, bem como da sociedade como um todo, atitudes que proporcionem resultados práticos positivos e inovadores, que levem ao mesmo tempo ao combate à droga e à preservação da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- BECK, Ulrich – *Sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida*. Lisboa: Edições 70, 2016. 978-972-44-1857-5.
- CANOTILHO, J.J. Gomes – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7^a ed. Coimbra: Almedina, 2003. 1521 p. ISBN 978-972-40-2106-5.
- CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. *Diário da República*, I Série. [Em linha]. N.º 86 (10-04-1976). Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>.
- HESPANHA, António Manuel – *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático: Prospectivas do Direito no Século XXI*. Coimbra: Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-7950-9.
- LEI N.º 30/2000. *Diário da República*. I-A Série. [Em linha]. N.º 276 (29-11-2000), Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2000-34545875>.
- MIRANDA, Jorge – *Direitos Fundamentais*. 2^a ed. Coimbra: Almedina, 2017. 562 p. ISBN 978-972-40-7217-3.
- OTERO, Paulo – *Direito Constitucional Português*. 1^o v: *Identidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-4149-0.
- RESOLUÇÃO do Conselho de Ministros n.º 46/99. *Diário da República*, I-B Série. [Em linha]. N.º 122 (26-05-1999), p.2972-3029. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/resolucao-conselho-ministros/46-316939>.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Direito Penal: Fundamentos Político-Criminais*. Lisboa: Ed. de autor, 2017. ISBN 978-972-99118-1-1.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Consumo de Drogas: Reflexões sobre o Quadro Legal*. 7^a Ed. Coimbra: Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-7804-5.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Teoria Geral do Direito Policial*. 5^a Ed. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-7017-9.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord) – *Os Desafios do Direito (Penal) do Século XXI*. Lisboa: Legit Edições, 2018. ISBN 978-972-8973-51-3.

28 A prevenção especial consiste em suspensão provisória do processo, com a ocorrência do tratamento do toxicodependente. LEI N.º 30/2000. *Diário da República*. I-A Série. [Em linha]. N.º 276 (29-11-2000), Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34545875/view?w=2011-11-30>.

29 A rigor, trata-se de descriminalização em sentido técnico e estrito, porquanto não se trata da despenalização da conduta de consumir, lembra Manuel Valente. O consumo de drogas passou a ser considerado um ilícito de mera ordenação social e não mais um crime. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Consumo de Drogas*. ... 7^a Ed., p. 35.