

**A PRISÃO EM FLAGRANTE E AS EXCLUDENTES DE  
ANTI JURIDICIDADE: A ATUAÇÃO DA AUTORIDADE POLICIAL**

EDIVAN GERVÁSIO BOTELHO

RESUMO

A prisão é exceção; a liberdade é a regra. A lavratura do auto de prisão em flagrante constitui uma medida restritiva de liberdade, prescindindo de ordem judicial, nesta senda deve o delegado de polícia avaliar o caso examinando as conjunturas objetivas e subjetivas. Verificando a ocorrência de alguma excludente de ilicitude no caso examinado, a autoridade deve por o acusado incontinenti em liberdade, através de despacho fundamentado, encaminhando os autos ao juiz e ao delegado da circunscrição do fato para apurar se houve excesso e as demais responsabilidades.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO-----	03
2. JUSTIFICATIVA-----	04
3. DELEGADO DE POLÍCIA: ATRIBUIÇÕES E COMPETÊNCIA-----	04
4. PRISÕES-----	07
4.1 ESPÉCIES-----	07
4.2 DA PRISÃO EM FLAGRANTE-----	08
4.3 CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA-----	13
4.4 PLS Nº 156/09-----	14
5. ANTIJURIDICIDADE-----	16
5.1 CONCEITO E DISTINÇÕES-----	16
5.2 CAUSAS DE EXCLUSÃO-----	17
5.2.1 ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL-----	18
5.2.2 EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO-----	19
5.2.3 CONSENTIMENTO DA VÍTIMA-----	20
5.2.4 ESTADO DE NECESSIDADE-----	21
5.2.5 LEGÍTIMA DEFESA-----	22
5.3 EXCESSO NAS EXCLUDENTES-----	22
6. QUESTÕES FINAIS-----	23
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS-----	24

## 1. INTRODUÇÃO.

A Constituição Federal no capítulo destinado à Segurança Pública, com relação à esfera estadual, reza que as Polícias Cíveis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, exercem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Vê-se, então, a função *sui generis* do delegado de polícia, incorporando o Estado-Administração e exercendo o Poder de Polícia de Segurança por meio de uma autorização legal explícita. Cabe-lhe, por disposição legal, manter a ordem social e a tranquilidade coletiva. Dessa forma, a autoridade policial é chamada para intervir quando da existência de um delito (crime ou contravenção), ou seja, para formalizar a prisão em flagrante delito dos autores de crimes. E se o conduzido agiu em legítima defesa? Ou em estrito cumprimento de dever legal? Há crime? Como deve atuar o delegado de polícia?

O Código Penal no art. 23 diz que: “Não há crime quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade; II – em legítima defesa; III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.” Ora, se não há crime quando se pratica um fato mediante uma excludente de antijuridicidade, por que razão a autoridade policial, verificando tais conjunturas, deve autuar o conduzido em flagrante delito? Posto que o Código de Processo Penal explana no seu art. 304 que a autoridade só mandará recolher o conduzido à prisão se das respostas resultar fundada a suspeita contra o conduzido. Ou seja, mesmo havendo crime, mas resultando dúvidas, deve ser o conduzido posto em liberdade. E por que não fazer o mesmo quando o fato praticado pelo conduzido não constituir crime, ou melhor, for amparado por uma excludente de ilicitude?

Acredito que esta é uma dúvida frequente e tormentosa para as autoridades policiais que dia a dia são chamadas para decidir sobre a liberdade das pessoas, não havendo na legislação pátria disposição expressa acerca da matéria. Eis o motivo da pesquisa.

## 2. JUSTIFICATIVA.

O delegado de polícia deve analisar a presença das excludentes de antijuridicidade nas situações que envolvam suposta prisão em flagrante? Como proceder diante de tais circunstâncias?

Dentre as várias atribuições do delegado de polícia, compete aos mesmos formalizar a prisão em flagrante delito dos autores de crime. Nesta fase, o delegado de polícia atua como um “juiz de fato”. Todavia, cabe a esta autoridade avaliar se o caso que lhe é apresentado se encaixa no conceito de crime (típico, antijurídico e culpável), ou se constitui tão somente na contrariedade de uma norma penal, despido de antijuridicidade e culpabilidade. Conforme explanado no ar. 23 do Código Penal, inexistente crime se o fato é cometido sob o pálio de uma das excludentes de ilicitude. Então, o delegado de polícia, autoridade incumbida de avaliar a existência ou não de uma situação de prisão em flagrante, melhor ainda, analisar se houve ou não um crime, não pode deixar de considerar a ocorrência das excludentes de antijuridicidade. A prisão é exceção; a liberdade é a regra. A lavratura do auto de prisão em flagrante constitui uma medida restritiva de liberdade, prescindindo de ordem judicial, nesta senda deve o delegado de polícia avaliar o caso examinando as conjunturas objetivas e subjetivas. Verificando a ocorrência de alguma excludente de ilicitude no caso examinado, após a lavratura do auto, a autoridade deve por o acusado incontinenti em liberdade encaminhando os autos ao juiz e ao delegado da circunscrição do fato para apurar se houve excesso doloso ou culposos (parágrafo único do art. 23 do CP) e as demais responsabilidades.

## 3. DELEGADO DE POLÍCIA: ATRIBUIÇÕES E COMPETÊNCIA

A Constituição Federal reservou em seu terceiro Capítulo a parte da Segurança Pública, elencando as polícias existentes e as suas respectivas competências. Dispõe no § 4º do art. 144, que as funções de polícia judiciária e a apuração das infrações penais, exceto as militares, ressalvada a competência da União, são de responsabilidade das polícias civis e estas **serão dirigidas por delegados de polícia de carreira**. Os cargos são providos por bacharel em Direito,

processando-se o ingresso, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos.

Etimologicamente a palavra “Delegado” vem do latim *delegatus*, p. pret. de *delegare*, part. p. de *delegare*, segundo verbete enciclopédico, “diz-se da pessoa em quem se delega uma faculdade ou jurisdição”.<sup>1</sup>

Para Laudelino Freire, delegado é “aquele que é autorizado por outrem a representá-lo; enviado, emissário, comissário. Aquele em quem se delega alguma comissão de serviço público; o que tem a seu cargo serviço público dependente de autoridade superior”.<sup>2</sup>

“Nem todo policial é autoridade, mas somente os que investidos do poder público têm a tarefa de perseguir os fins do Estado. Não é, por exemplo, autoridade policial um Perito, ainda quando funcionário da polícia, como não é um Oficial da Polícia Militar, uma vez que as corporações a que pertencem são órgãos meios, postos à disposição da Autoridade”, assim discorre Hélio Tornaghi a cerca do assunto.<sup>3</sup>

**O Estatuto da Polícia Civil do Estado do Piauí (Lei Complementar nº 37, 09/03/ 2004)** reza no art. 3º que: “A Polícia Civil do Estado do Piauí, dirigida por delegado de polícia de carreira, é uma instituição permanente do Poder Executivo e auxiliar da função jurisdicional do Estado”. Da mesma forma, no seu art. 10, explana que: “*À polícia judiciária, composta de autoridades policiais e seus agentes, compete: I – apuração das infrações penais, exceto as militares; ...*”

O mesmo Estatuto, disciplina ainda que o cargo de delegado de polícia constitui uma das **carreiras jurídicas do Poder Executivo do Estado** e será estruturado em quadro próprio, cuja investidura dar-se-á mediante prévia aprovação em concurso público de provas e títulos com a participação da Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, devendo possuir o candidato formação de nível superior em direito (art.12, p. u.; art. 25, I do Estatuto da Polícia Civil-PI).

<sup>1</sup> Enciclopédia Universal Ilustrada Europeo-Americana, Madrid, Espas-Calpe, p. 1.405.

<sup>2</sup> Laudelino Freire, *Dicionário de Língua Portuguesa, Rio de Janeiro, A Noite*.

<sup>3</sup> *Apud* Ennio Antônio Monte Alegre, “O inquérito Policial na legislação penal processual brasileira”, São Paulo, Academia de Polícia, 1974 (apostila).

## A PRISÃO EM FLAGRANTE E AS EXCLUDENTES DE ANTIJURIDICIDADE: A ATUAÇÃO<sup>6</sup> DA AUTORIDADE POLICIAL

O Delegado de Polícia exerce tanto a função de autoridade policial – presidindo os atos da Polícia Judiciária, como o de autoridade administrativa – dirigindo a delegacia de polícia. Chefia tanto a parte financeira como a do setor pessoal, praticando atos de pura administração (férias, afastamentos, etc.), assim como atende ao público, emitindo certidões, atestados, alvarás.

Compete ao Delegado de Polícia de Carreira, além das atribuições previstas na legislação processual:

I - cumprir e fazer cumprir, no âmbito de sua competência, as funções institucionais da polícia judiciária;

II - lavrar termos circunstanciados, instaurar e presidir inquéritos policiais e outros procedimentos administrativos e fazer o indiciamento de forma fundamentada, dentro de sua circunscrição;

III - promover diligências, solicitar informações, requisitar exames periciais e outros documentos necessários à instrução do inquérito policial ou de outros procedimentos;

IV - assegurar o sigilo necessário à elucidação do fato e às investigações a seu cargo;

V - dar cumprimento a atos emanados da Justiça, na esfera de sua competência;

VI - praticar atos administrativos de natureza policial e dirigir a Delegacia de Polícia, determinando as diligências investigatórias, na forma que se dispuser em regulamento;

VII - zelar pelo efetivo cumprimento dos princípios e funções institucionais da polícia civil;

VIII - zelar pelo efetivo cumprimento dos direitos e garantias fundamentais;

IX - praticar outros atos inerentes às suas atribuições, nos termos do regulamento.<sup>4</sup>

Frise-se ainda que além da graduação em bacharel em direito, bem como da aprovação em concurso público de provas e títulos, é mister aprovação em exame psicológico, de saúde, de aptidão física e investigação social, além de aprovação em curso de formação ministrado pela Academia de Polícia Civil do Estado do Piauí, com duração mínima de 300 (trezentas) horas-aula.

Deduz-se, portanto, diante de ingentes exigências para ingresso na carreira, o quão relevante é o papel da autoridade policial. Ademais, trilhando pela mesma linha de raciocínio e conforme já mencionado outrora, em nosso Estado, o delegado de polícia está inserido na carreira jurídica do Poder Executivo.

## **4. PRISÕES**

### **4.1 ESPÉCIES**

O sistema jurídico brasileiro prevê: a prisão penal, a prisão civil, a prisão administrativa, a prisão processual e a prisão provisória.

Toda prisão que não for civil será penal. A prisão penal é aquela decretada pela justiça penal, ou seja, é a prisão punitiva, representa a pena ou sanção específica. Divide-se em prisão penal administrativa (prisão em flagrante) – emanada de outra autoridade que não o juiz - e prisão penal processual (emana do juiz), e esta, por sua vez, em sentido estrito, cautelar e provisória.

Os exemplos clássicos de prisão cautelar são a prisão preventiva e a prisão em flagrante. Com o advento da Lei n. 7.960/89, faz parte também a prisão temporária. Com a reforma do Código de Processo Penal de 2008 a extinta prisão por pronúncia foi substituída pela prisão preventiva.

De início a prisão em flagrante tem natureza administrativa, mas ao propalar consequências na relação processual no seara penal, torna-se de natureza

---

<sup>4</sup> Art. 25 do Estatuto da Polícia Civil do Estado do Piauí (Lei Complementar nº 37, 09/03/ 2004).

processual. Assinala Tales Castelo Branco que: “É prisão porque restringe a liberdade humana; é penal porque foi realizada na área penal; é cautelar porque expressa uma precaução (uma cautela) do Estado para evitar o perecimento de seus interesses; e é administrativa porque foi lavrada fora da esfera processual, estando, portanto, pelo menos no momento de sua realização, alheia à relação processual, expressando o exercício da atividade administrativa do Estado”. “A prisão em flagrante é, portanto, medida cautelar, administrativamente realizada, traduzindo procedimento de autodefesa estatal, que se caracteriza por um ato coação extrajudicial”.<sup>5</sup>

#### 4.2 DA PRISÃO EM FLAGRANTE

A palavra *flagrante* significa ardente, queimante. Flagrante delito vem a ser então “a certeza visual do crime” <sup>6</sup>; é aquele que se está cometendo ou se acabou de cometer sem intervalo algum.

É uma prisão que consiste no cerceamento de liberdade de alguma pessoa, de natureza cautelar e administrativa (parte da doutrina a considera pré-cautelar), prescindindo de ordem judicial, desde que essa pessoa esteja cometendo ou tenha acabado de cometer uma infração penal ou se enquadre em algumas das situações que a lei equipara àquelas de real estado flagrancial, operando como uma espécie de mecanismo de proteção social, servindo, em algumas situações, para coibir a consumação do delito; já em outros, para assegurar a aquisição de provas, bem como restaurar o sentimento de ordem social.

Paulo Rangel ilustra com bastante propriedade o fundamento da prisão em flagrante:

“A regra é a liberdade, a prisão é a exceção. Assim, esta somente se justifica com o objetivo de se restabelecer a ordem jurídica que foi violada com o comportamento nocivo do autor do fato. Trata-se de um mal necessário, que tem como escopo atender ao interesse público de manutenção da paz e da ordem. Sacrifica-se um bem menor (a liberdade de locomoção) em detrimento de um bem maior (a paz social).”

---

<sup>5</sup> Tales Castelo Branco, Da prisão em flagrante, cit., p. 11.

<sup>6</sup> Raphael Magalhães, AJ, 3:64, 1927.



“A prisão em flagrante tem como fundamentos: **evitar a fuga do autor do fato; resguardar a sociedade, dando-lhe confiança na lei; servir de exemplo para aqueles que desafiam a ordem jurídica e acautelar as provas** que, eventualmente, serão colhidas no curso do inquérito policial ou na instrução criminal, quer quanto à materialidade, quer quanto à autoria.” (original sem grifo)<sup>7</sup>

Consoante o disposto no art. 301 do Código de Processo Penal: “qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.”

O mesmo Diploma Processual prevê quatro situações inerentes à prisão em flagrante delito, nos termos do art. 302. Senão vejamos: “Considera-se em flagrante delito quem: I – está cometendo a infração penal; II – acaba de cometê-la; III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.”

Convém salientar que por se tratar de normas restritivas de direito, o rol do artigo em apreço é taxativo, isto é, só ocorre flagrante delito se o comportamento do indivíduo estiver ilustrado em uma das hipóteses ali elencadas. Ao infenso, a prisão será alienígena sob o ponto de vista processual, portanto, ilegal, devendo ser imediatamente relaxada.

Segundo a doutrina, o rol taxativo do art. 302 delinea as espécies de flagrante. O **próprio ou real** ocorre quando o agente está em pleno desenvolvimento dos atos executórios do delito ou acabado de concluí-lo (incisos I e II). O **impróprio, imperfeito ou quase-flagrante** ocorre quando o agente concluiu a infração penal, ou é interrompido pela chegada de terceiros, sendo perseguido em situação que faça presumir ser autor da infração (inciso III). O **presumido ou ficto** ocorre quando o agente é encontrado, logo depois da prática do crime, embora não tenha sido perseguido, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que demonstrem, presumidamente, ser ele o autor da infração (inciso IV).

---

<sup>7</sup> Paulo Rangel, Direito Processual Penal, 9 ed, p.599

O art. 5º, inciso LXV da Constituição Federal disciplina que: **“a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”**. Logo, é patente que a autoridade judiciária tem o poder de relaxar uma prisão em flagrante delito. Em virtude de ingente clareza constitucional, muitos doutrinadores apregoam que a autoridade policial está impossibilitada de relaxar auto de prisão em flagrante delito (ou mesmo tecer juízo de valor para tal lavratura), posto que apenas o juiz, teria tal competência. Defendem, ainda, que a prisão feita pela autoridade policial não é propriamente uma prisão, mas ato administrativo, até ser homologada pela autoridade judiciária.

Com o escopo de evitar supostas arbitrariedades, pode-se inferir também que o art. 5º, inciso LXV da Constituição Federal, deixou patente que a decisão final sobre essas prisões, cabe à autoridade judiciária.

Nesta senda, não resta dúvida de que a prisão em flagrante é composta por três diferentes fases: **prisão captura e conseqüente condução coercitiva, lavratura do auto e recolhimento ao cárcere**.

É fácil observar que desde o início, a partir da captura do suposto autor do delito pelo agente da autoridade ou qualquer outra pessoa, já há o cerceamento da liberdade daquele. E ao ser apresentado à autoridade policial, esta referenda ou não a voz de prisão em flagrante, ou seja, ocorre ali o primeiro controle da legalidade a cerca da restrição de liberdade do conduzido. Neste raciocínio, Marcellus Polastri Lima explana:

“Aliás, consoante a norma do art. 304, parágrafo primeiro, a própria autoridade policial poderá, se adiantando ao juiz, relaxar a prisão do agente, quando perceber, pelas provas colhidas, for caso de livrar-se solto, pois segundo Garcez Ramos, “nada impede – aliás tudo aconselha – que a autoridade policial – delegada, que é, da autoridade judiciária – antecipe-se à solução judicial e relaxe a prisão em flagrante que, pelo exame de depoimentos, resulte ilegal.”<sup>8</sup>

Inexistente os requisitos do estado flagrancial, a autoridade policial fará um juízo de valor negativo, deixando de confirmar a voz de prisão em flagrante delito e esclarecendo ao condutor os motivos, conseqüentemente, colocando o conduzido incontinenti em liberdade. Nesse prisma, configura crime de abuso de autoridade,

---

<sup>8</sup> Marcellus Polastri Lima, Manual de Processo Penal, Ed. Lumen Juris, 4 ed, 2009, pg 675.

consoante disposto no artigo 4º, alínea “a” da Lei 4.898/65 (“lei de abuso de autoridade”): **“ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou abuso de poder”**. Alguns delegados de polícia, comungam parcialmente de tal posicionamento, acrescentando ainda que a autoridade judiciária deverá ser comunicada de tal prisão e da negativa daquele em referendá-la. Ouso discordar de tal postura, haja vista não existir hierarquia entre as referidas autoridades, bem como por estar previsto no Código de Processo Penal artigo 304, § 1º **“Resultando das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão (...)”**. Na mesma direção, Guilherme de Souza Nucci diz que:

“afastada a autoria, tendo sido constatado o erro, não recolhe o sujeito, determinando sua soltura. É a excepcional hipótese de se admitir que a autoridade policial relaxe a prisão. Ao proceder desse modo, pode deixar de dar voz de prisão ao condutor, porque este também pode ter-se equivocado, sem a intenção de realizar a prisão ilegal.”<sup>9</sup>

De outra forma, entendendo a autoridade policial que presentes estão os requisitos que demonstram o estado flagrancial e do fato criminoso, este ratificará a voz de prisão em flagrante delito, providenciando as medidas legais necessárias para manter o conduzido no cárcere: informação de seus direitos constitucionais; identificação dos responsáveis por sua prisão; nota de culpa; entrega de recibo de preso ao condutor; comunicação da prisão aos familiares; ao defensor público, na ausência de advogado; também ao juiz. Isto é, haverá a conversão da detenção feita pelo condutor (agente, policial militar, policial rodoviário, qualquer pessoa, etc.) em prisão através de um procedimento formal denominado auto de prisão em flagrante delito, de natureza jurídica processual no que se refere à forma (podendo ser argüida sua nulidade absoluta por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato – artigo 564, inciso IV do Código de Processo Penal), e pré-processual no tocante ao conteúdo. Convém acrescer que, após uma simples leitura do parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal e sua interpretação em contrário, é possível (e por que não necessária?) a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, desde que presentes os fundamentos do art. 312 do mesmo Diploma. Esta possibilidade não está adstrita apenas na ocasião da nulidade da

---

<sup>9</sup> Guilherme de Souza Nucci, Manual de Processo Penal e Execução Penal, Ed. Revista dos Tribunais, 5 ed, 2008, pg 598

prisão em flagrante viciada, mas em toda e qualquer situação de flagrante, posto que esta é de cunho provisório, ou até mesmo sub cautelar, subsistindo até sua comunicação ao Juízo Criminal. Daí haverá duas possibilidades: ou o preso será solto – por não existir fundamentos para sua prisão preventiva; ou será mantido preso pela conversão da prisão em flagrante em preventiva. Na prática o que se vê é um prejuízo para a sociedade, ou seja, apenas a homologação do auto de prisão em flagrante pelo Juiz Criminal sem a manifestação a cerca do parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal.

Em sua obra Curso de Processo Penal, Fernando Capez assente que este procedimento lavrado pela autoridade policial possa ser por ela mesma relaxado, no momento posterior ao recolhimento à prisão e antes da comunicação imediata ao juiz.<sup>10</sup> Quicá esta postura esteja amparada naquela máxima defendida por muitos doutrinadores, de que esta prisão efetivada pelo delegado de polícia não é propriamente uma prisão, mas apenas um ato administrativo; necessitando da homologação pelo juiz de direito para se tornar ato judicial. A questão é que para quem está preso pouco importa esta diferença, pois, está atrás das grades do mesmo jeito.

Discordo, *data vênia*, da posição do referido doutrinador, pois, de acordo com a mesma seria necessário o recolhimento do conduzido à prisão e a conclusão da lavratura do auto de prisão em flagrante delito para que a autoridade policial pudesse reformular sua decisão. Porque não tomar esta decisão em momento anterior, evitando, assim, o recolhimento do conduzido à prisão e o conseqüente contato com outros presos de maior periculosidade que já estejam autuados; gasto de material; perda de tempo; permanência despicienda dos condutores nas centrais de flagrantes, propiciando um rápido retorno ao policiamento ostensivo, posto que, na maioria das vezes estes são policiais militares; ou ao patrulhamento das BRs, no caso dos policiais rodoviários, etc.

Corroborando este posicionamento, Magalhães Noronha assevera que:

**“A captura do indiciado não importa seu recolhimento ou custódia (...) pode acontecer que, pelos esclarecimentos prestados, a autoridade verifique, v.g., não ter havido crime e sim apenas um ilícito civil; que não é o capturado o autor**

---

<sup>10</sup> Fernando Capez, Curso de Processo Penal, 13 ed, e Saraiva, pg 262.

**do crime; que se acha extinta a punibilidade (*novatio legis* etc.) e outras causas ou circunstâncias (...) deverá nesses casos, a autoridade soltar o capturado, a menos que prefira remeter *incontinenti* o auto ao juiz para que decida**".<sup>11</sup>

No mesmo raciocínio, Nestor Távora e Rosimar Rodrigues Alencar:

"... A lavratura do auto é termo final, ocorrido após a oitiva dos envolvidos. Não estando convencida a autoridade de que o fato apresentado autoriza o flagrante, deixará de autuar o mesmo, isto é não lavrará o auto, **relaxando a prisão** que já existe desde a captura, e por isso, não mandará recolher o indivíduo ao xadrez (§ 1º), pois a liberdade é de rigor".<sup>12</sup>

### 4.3 CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA

Já que foi discorrido sobre prisão, resta necessário falar, mesmo que superficialmente, sobre liberdade provisória. Conforme explanado alhures, a regra é a liberdade, a exceção a sua privação nos termos da lei, que só deve ocorrer nos casos de absoluta necessidade. Tenta-se, assim, conciliar os interesses sociais que, de um lado, exigem a aplicação de uma pena ao autor de um crime e, de outro, protegem o direito do acusado de não ser preso, senão quando considerado culpado por sentença condenatória transitada em julgado.

Neste passo surge o instituto da liberdade provisória, pautado numa ótica garantista e previsto no artigo 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal, ou seja, Ela garante o direito de que somente haja prisão em flagrante delito, ou por ordem escrita ou fundamentada do juiz competente, garante da mesma forma que ninguém será conduzido para ela se a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança.

Estando presentes os motivos que a autorizam, não pode ser negada. Consoante o Professor Guilherme de Sousa Nucci:

*(...) confirmando o fato a autoridade policial dever lavrar, sempre, o auto de prisão em flagrante tão logo tome conhecimento da detenção ocorrida, realizando apenas o juízo de tipicidade, sem adentrar nas demais excludentes do crime, cabe ao magistrado, recebendo a cópia do flagrante, deliberar sobre a liberdade provisória, que é um direito do indiciado,*

<sup>11</sup> Magalhães Noronha, Curso de Direito Processual Penal, Ed Atual. Por Adalberto José q t DE Camargo Aranha, Ed Saraiva, 1998, pg. 216

<sup>12</sup> Nestór Távora, et AL, Curso de Direito Processual Penal, Ed. Pódium, 3 ed, 2009, pg. 475 e 476

*desde que preencha os requisitos legais. Nesse caso, quando houver nítida impressão ao juiz de que o preso agiu em estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito ou estrito cumprimento do dever legal, deve permitir que aguarde o seu julgamento em liberdade, não tendo o menor sentido mantê-lo preso. Falta nesse caso, para sustentação da medida cautelar, o fumus boni juris. A única possibilidade de segurar o indiciado preso é não acreditar na versão de qualquer excludente de ilicitude ofertada. Entretanto, havendo fortes indícios de que alguma delas está presente, melhor colocar a pessoa em liberdade do que segurá-la detida.*

Importante frisar que liberdade provisória, revogação de prisão preventiva e relaxamento da prisão em flagrante são institutos totalmente diversos. Este último encontra-se previsto constitucionalmente – artigo 5º, LXV – proveniente de vícios formais e substanciais na autuação, não acarretando ao acusado deveres e obrigações. Na liberdade provisória a prisão é legal, porém desnecessária, não há os pressupostos autorizadores da prisão preventiva, podendo o acusado ser posto em liberdade, sujeitando-o à determinadas condições. A revogação da prisão preventiva ocorre quando não mais subsistem os seus pressupostos autorizadores (art. 312 e 313 do CPP), não ficando o acusado sujeito à qualquer condição. Vislumbra-se, assim, que, quanto à causa, a revogação da prisão preventiva equipara-se à liberdade provisória, porém, quanto aos efeitos, assemelha-se ao relaxamento da prisão.

A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração punida com prisão simples ou detenção. Nos demais casos do art. 323 do CPP, o juiz decidirá em quarenta e oito horas a concessão da fiança.

#### **4.4 PLS nº 156/09**

Após quase sete décadas de vigência, o nosso Código de Processo Penal está prestes a ser substituído por um novo e moderno Código, cujo teor encontra-se delimitado no PLS nº 156/09, em tramitação no Senado Federal.

Dentre as inúmeras inovações insertas neste projeto, é interessante destacar a alteração do modelo tradicional de prisão cautelar (arts 523-554). Caso o Projeto obtenha aprovação legislativa e sanção presidencial, esta restrição da liberdade passará a ser uma medida cautelar pessoal de natureza excepcional,

coadjuvada por outras 14 medidas cautelares pessoais mais econômicas em sua aplicação, originando menos impacto social do que a medida de prisão, podendo ser aplicadas isoladas ou cumulativamente. Esta preocupação é uma tentativa de mitigar os efeitos nefandos do mau funcionamento do serviço carcerário, bem como manter um sistema processual penal norteado pelo respeito aos direitos e garantias fundamentais.

As prisões cautelares de duração excessiva e aquelas aplicadas a infrações penais que geram menos impactos sociais relevantes (médio potencial ofensivo), ou naquelas situações em que o investigado ou réu não necessite ser retirado do convívio social, enquanto aguarda o desenrolar das investigações extraprocessuais e no próprio processo; não têm guarida no novo modelo que prioriza as garantias constitucionais.

O projeto do novo Código não modifica o rol de situação que faculta qualquer do povo, e obriga as autoridades policiais e seus agentes a prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito, mas simplifica as hipóteses, unificando os denominados flagrante impróprio ou quase flagrante, o flagrante presumido e uma das atuais modalidades de flagrante próprio (aplicável a quem acaba de cometer a infração penal), em um único dispositivo, mantendo incólume a hipótese de flagrante próprio apenas em relação a quem "está cometendo a infração penal". Senão vejamos:

Art. 538. Considera-se em flagrante delito quem:

I – Está cometendo a infração penal;

II – É perseguido ou encontrado, logo após, pela autoridade, pela vítima ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser o autor da infração.

Parágrafo Único. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.<sup>13</sup>

No tocante à presença de alguma excludente de antijuridicidade quando da prisão em flagrante, o projeto traz de forma hialina como deve proceder a autoridade policial, preenchendo a lacuna outrora deixada pelos legisladores:

**Art 540, § 6º A autoridade policial, vislumbrando a presença de qualquer causa excludente da ilicitude, poderá, fundamentadamente, deixar de efetuar a prisão,**

---

<sup>13</sup> Projeto do Novo Código de Processo Penal, PLS nº 156/09, art. 538

**sem prejuízo da adoção das diligências investigatórias cabíveis.**<sup>14</sup> (sem grifo no original)

Em sendo aprovado o referido projeto, toda esta celeuma acerca da possibilidade ou não da autoridade policial analisar a presença das excludentes quando da autuação de alguém em flagrante, deixará de existir, pois, estará prevista legalmente.

## 5. ANTIJURIDICIDADE

### 5.1 CONCEITO E DISTINÇÕES

Para a existência do ilícito penal é necessário que a conduta além de típica seja, também, antijurídica. Dessa forma, a exclusão da antijuridicidade implica na exclusão do crime, por conseguinte, da responsabilidade penal. Antijuridicidade penal vem a ser a relação de contrariedade que se estabelece entre o fato típico, formal e materialmente, e o ordenamento jurídico. Ocorre quando a conduta humana lesiona ou põe em risco de dano um interesse amparado pelo Direito. Não há crime sem antijuridicidade. Todo delito é um fato antijurídico, mas nem todo fato antijurídico é um delito.

Para um melhor entendimento sobre a matéria, é mister que se esclareça algumas distinções. Tipicidade não se confunde com antijuridicidade. Aquela é uma expressão provisória desta. Primeiro deve-se analisar se o fato é formal e materialmente típico; para depois ser examinada sua ilicitude. Todo fato formal e materialmente típico configura um ilícito penal, tirante se comprovada uma causa justificante. Desse modo, o fato atípico nunca será antijurídico. O outro conceito importante e um dos fundamentos da pena é o de culpabilidade. Com a transferência dos elementos subjetivos - dolo e culpa – da culpabilidade para o fato típico, a teoria finalista da ação deu um novo arcabouço para a definição de culpabilidade, que agora tem a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa como requisitos. Nesse diapasão, culpabilidade vem a ser um juízo de valor, ou seja, um juízo de reprovação que recai sobre o agente do crime que podia se motivar conforme a norma e agir de modo diverso (de

<sup>14</sup> Projeto do Novo Código de Processo Penal, PLS nº 156/09, art. 540 § 6º



acordo com o direito). Não sofre influência de dolo ou culpa (estes são elementos integrantes da conduta do agente), é exclusivamente normativa. Sendo assim, deve recair exclusivamente sobre a conduta do agente.

Vale também ressaltar a distinção entre normas justificantes e normas permissivas. Estas autorizam a prática de uma conduta lesiva a bens jurídicos alheios, não existindo riscos ou perigo para bens jurídicos do agente ou de terceiros; enquanto que as normas justificantes permitem que o agente pratique uma conduta lesiva a bens jurídicos de terceiros para salvar outros bens jurídicos de igual ou maior relevância, estando estes sob risco ou perigo concreto. A norma permissiva depende apenas de um texto; a norma justificante requer um contexto. Perante uma norma permissiva o juiz analisa os requisitos típicos exigidos pela lei; se o risco criado é permitido. Não havendo adequação entre estes e aqueles, o agente deve ser responsabilizado, pois o risco criado é juridicamente reprovado. Já com relação a norma justificante o juízo é de proporcionalidade ou de desproporcionalidade. A valoração, nesse caso, vem a ser dos bens jurídicos envolvidos; sopesar a ação ou o perigo com a reação. Analisar se existe razoabilidade entre o bem jurídico sacrificado e o bem jurídico salvo.

## **5.2 CAUSAS DE EXCLUSÃO**

As causas justificantes excluem a antijuridicidade do fato, podendo ser legais – legítima defesa e o estado de necessidade - e supralegais (admitidas excepcionalmente) – consentimento do ofendido. O art. 23 do Código Penal afirma que não há crime quando o agente pratica o fato em estado de necessidade, legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. Até bem pouco tempo sustentado pela clássica doutrina penal, seriam, segundo o Estatuto Penal, então, quatro causas justificantes legais. Ocorre que por força da adoção da teoria da tipicidade conglobante (ofensividade + imputação objetiva) do jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito foram deslocados para a seara da tipicidade.

Segundo a teoria da tipicidade conglobante, o Estado não pode considerar como típica uma conduta que é permitida ou fomentada ou determinada

por ele próprio, ou seja, que é permitido ou fomentado ou determinado por uma norma não pode estar proibido por outra.

Para a teoria da tipicidade conglobante:

- **Tipicidade** = Tipicidade formal + tipicidade conglobante
- **Tipicidade Conglobante** = Tipicidade material + antinormatividade
- **Tipicidade Formal** = Materialização da tipicidade formal = adequação do fato ao tipo penal incriminador
- **Antinormatividade** = conduta não exigida ou fomentada pelo Estado
- **Tipicidade Material** = Entende-se por "tipicidade material" a materialização do tipo formal, compreendida como a concretização da conduta prevista na norma penal incriminadora ocasionando uma lesão ou ameaça de lesão ao bem juridicamente tutelado.

A conduta há de ser juridicamente relevante a ponto de lesionar o bem jurídico tutelado para caracterizar a tipicidade material. Desta feita, condutas materialmente irrelevantes ou insignificantes afastam a lesividade e a tipicidade.

### 5.2.1 ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL

O outro elemento da tipicidade conglobante seria a **antinormatividade**, que se traduz numa conduta não fomentada ou não exigida pelo Estado. Portanto, há situações em que o Estado exige ou fomenta determinados comportamentos, e em agindo o agente daquela forma não há que se falar em antinormatividade do fato, causando a sua atipicidade. Seria absolutamente incoerente o Estado exigir a prática de determinado fato e em outro momento determinar a tipicidade desse fato. O policial que invade uma residência para prender alguém em flagrante, não comete o crime de invasão de domicílio, pois, analisando sob o prisma da tipicidade conglobante falta o elemento antinormatividade, exigido para caracterizar a tipicidade. Muito embora, interpretando sob o ângulo da tipicidade formal seria típico, vez que preencheu todos os requisitos do tipo penal, mas não seria ilícito, pois,

consistiria uma causa de exclusão da antijuridicidade. Nesse sentido, **o estrito cumprimento do dever legal** não é causa de exclusão da antijuridicidade, mas da tipicidade, pois, o que é imposto por uma norma, não pode estar proibido por outra. Falta a desaprovação da conduta, não há a criação de risco proibido. Em casos como este o juiz não necessita fazer ponderações de bens e interesses, apenas verifica se houve ou não excessos.

É necessário, também, que seja observado os três requisitos: ***cumprimento de dever legal, estrito cumprimento*** e o aspecto subjetivo, ou seja, ***a consciência do agente de que cumpre um dever legal.***

### 5.2.2 EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO

No mesmo norte, aquele que exercita um direito amparado no ordenamento jurídico, desde que não seja de forma abusiva, não pratica nenhum delito. O particular, consoante o Código de Processo Penal, tem o direito de prender em flagrante o autor de um crime, sem que possa ser atribuído àquele o delito de sequestro.

Neste caso, deve ser observado também três requisitos: ***o exercício de um direito, exercido de forma regular*** – sem excessos e ***consciência de que exercita este direito (aspecto subjetivo).***

Quem coloca ofendículos para proteger sua propriedade, desde que dentro dos limites legais e razoáveis, não cria risco proibido, ou seja, este direito é exercido como uma expressão de liberdade de ação amparado por uma norma; não como forma de ação ou reação a um ataque (perigo ou risco) a um bem jurídico próprio ou de outrem. Logo, está excluída a tipicidade material; não há a reprovação da conduta. O risco é permitido. No mesmo diapasão, o que está determinado ou permitido ou fomentado por uma norma não pode, jamais, estar proibido por outra. Destarte, o exercício regular de direito é causa de exclusão da tipicidade, não de antijuridicidade. Agora, havendo excesso no exercício desse direito, há a reprovação da conduta. Portanto, fato materialmente típico. Neste caso, deve ser verificada a antijuridicidade, conseqüentemente, a presença de uma causa justificante.

Em resumo, quando um direito é exercido como forma de ação ou de reação a um ataque humano ou contra um perigo ou risco a bens jurídicos próprios ou alheios, estamos diante de uma causa de exclusão da antijuridicidade. Neste caso, é mister uma valoração do juiz para averiguar a proporcionalidade entre o bem jurídico salvo e o bem jurídico afetado. Ao infenso, se este exercício demonstra uma liberdade de ação, é causa de exclusão da tipicidade material, pois, não há a ponderação dos interesses envolvidos; o exame é apenas se o exercício foi ou não regular. **Sem tipicidade não se fala em antijuridicidade; só se chega nesta se o caso não foi resolvido naquela.**

### 5.2.3 CONSENTIMENTO DA VÍTIMA

Com relação ao **consentimento da vítima** podemos ter quatro situações: exclusão da tipicidade formal, exclusão da tipicidade material, exclusão da antijuridicidade e causa de diminuição de pena.

Nos crimes em que se exige o consentimento da vítima expresso (invasão de domicílio) e em havendo esse consentimento, fica excluída a tipicidade formal, por não se realizar formalmente a conduta proibida.

Já para a exclusão da tipicidade material são necessários quatro requisitos: ***bem jurídico disponível, consentimento válido do titular do bem, consentimento anterior ou no momento da conduta lesiva e consciência do agente em relação ao consentimento.*** A conduta que foi consentida validamente pela vítima não gera risco proibido. Se ausente o risco proibido, excluída está a tipicidade material. Sem conflitividade não existe delito. Se a paciente autoriza a realização de uma intervenção cirúrgica, o fato é formalmente típico (crime de lesão corporal), mas não o é materialmente, pois, o médico praticou uma conduta permitida, logo, não há a desaprovação da conduta.

Em se tratando de bens jurídicos de grande relevância, o consentimento da vítima não basta para afastar o delito, depende, outrossim, de um contexto justificante. Ou seja, havendo um contexto justificante o consentimento da vítima afasta a antijuridicidade do fato.

Parte da doutrina e da jurisprudência clássica considera a eutanásia causa de redução da pena, pois, sendo a vida direito irrenunciável, aquele que ceifa a vida do moribundo, a pedido deste, para abreviar seu sofrimento, responde por homicídio privilegiado. Data vênia, para mim, neste caso, há a exclusão da tipicidade.

#### 5.2.4 ESTADO DE NECESSIDADE

O art. 24 do CP traz a figura do **estado de necessidade** que tem como características precípua o conflito existente entre dois ou mais bens jurídicos amparados pelo ordenamento jurídico perante uma situação de perigo. Devem estar presentes os seguintes requisitos:

- **perigo atual ou iminente** - no caso de perigo imaginário estamos diante do “estado de necessidade putativo” que é causa de exclusão da culpabilidade (art.20, § 1º, do CP). A origem desse perigo também não tem importância (conduta humana ou natural), salvo se consistir numa agressão humana injusta, pois, aí estaremos diante da legítima defesa.
- **envolvimento de direito próprio ou alheio** – apenas os bens jurídicos amparados pelo Direito merecem proteção. No caso de direito próprio da pessoa que pratica a conduta lesiva necessária, temos o estado de necessidade próprio. Envolvendo direito alheio; estado de necessidade de terceiro. Todavia, há pessoas que não podem alegar a excludente em destaque, pois, têm a obrigação de enfrentar o perigo (policiais, bombeiros, etc.).
- **não ter o agente provocado o perigo dolosamente** – não pode alegar estado de necessidade aquele que por sua vontade provocou o perigo. Se agiu com culpa, poderá invocar a excludente.
- **inevitabilidade do comportamento lesivo** – é mister que não haja outro meio de salvar o bem jurídico.

- **proporcionalidade** – deve-se fazer uma ponderação entre o bem jurídico sacrificado e o protegido. Um bem mais valioso não pode ser sacrificado em detrimento de um menos valioso.
- **consciência de que a ação é para salvar direito próprio ou alheio** – o aspecto subjetivo.

### 5.2.5 LEGÍTIMA DEFESA

Por derradeiro, temos a figura da **legítima defesa**, ou seja, uma faculdade dada pelo Estado ao particular para a defesa de agressões a seus direitos, já que esse mesmo Estado não pode atuar no momento do fato para realizar essa defesa. Quatro requisitos devem estar presentes:

- *agressão injusta, real, atual ou iminente* – o perigo deve ser proveniente da conduta humana; real e não imaginário (legítima defesa putativa – exclui a culpabilidade); não existindo legítima defesa contra agressão justa (ex: contra quem atua em estado de necessidade). Deve estar acontecendo ou prestes a acontecer.
- *Ameaça ou ataque a direito próprio ou alheio* – qualquer direito pode ser defendido. Se próprio o direito defendido, há legítima defesa própria. Se de terceiro, legítima defesa de terceiro.
- *Necessidade da reação e proporcionalidade entre o ataque e a reação* – deve haver moderação da repulsa. Os meios necessários devem ser eficazes e eficientes para repelir agressão ao direito, causando menor dano possível ao agressor.
- *Consciência do agente de que defende direito próprio ou alheio* – o aspecto subjetivo.

### 5.3 EXCESSOS NAS EXCLUDENTES

Segundo Luiz Flávio Gomes há quatro tipos de excessos: **o crasso, o extensivo, o intensivo** e **o acidental**. O primeiro ocorre quando o sujeito age de forma desproporcional; respondendo normalmente pelo delito. O extensivo surge

quando o agente atua preventivamente; a agressão foi anunciada, mas não se iniciou. Neste caso o sujeito responde a título de dolo pelo crime. Já no excesso intensivo o agente inicia a reação de maneira moderada, justa; posteriormente excede, ultrapassando os limites. O agente só responde pelo que praticou de forma excessiva, podendo ser doloso, culposo ou exculpável. No acidental a reação ocorre dentro do Direito, de forma proporcional, porém, um acidente provoca uma lesão ao agressor além do necessário. Este excesso não é punível e também não gera o dever de indenizar; ao contrário dos demais.

## **6. QUESTÕES FINAIS**

Por todo exposto, não restam dúvidas de quão relevante é a atuação do delegado de polícia no tocante à conversão da detenção em prisão, ou seja, no momento da lavratura ou não do auto de prisão em flagrante delito, precipuamente para o conduzido que muitas vezes se viu impelido a agir para resguardar direito próprio; ou exercendo um direito legítimo; ou melhor, reagindo a uma injusta agressão; etc.

A autoridade policial tem a obrigação de realizar um minucioso controle de legalidade nestas situações e colocar o capturado incontinenti em liberdade, caso não haja amparo probatório suficiente para justificar a prisão cautelar; da mesma forma se no ato que ocasionou tal cerceamento de liberdade estiver presente uma causa justificante. Faz a liberação através de despacho fundamentado, ouvindo condutor, testemunhas e vítimas, requisitando perícia se necessário, apreendendo o que for conveniente para elucidação; comunica e envia demais peças à autoridade policial da circunscrição onde ocorreu o fato, para a instauração de inquérito policial através de portaria, objetivando apurar possíveis excessos (doloso ou culposo), a existência de outro crime e envolvimento de terceiros.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ❖ GOMES, Luiz Flávio *et al.* **Direito Penal v. 2 Parte Geral.** 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- ❖ GOMES, Luiz Flávio *et al.* **Direito Penal: Introdução e Princípios Fundamentais.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- ❖ ROCHA, Luís Carlos. **Manual do Delegado de Polícia.** 1ª ed. São Paulo: Edipro, 2002.
- ❖ CASTELO BRANCO, Tales. **Da Prisão em Flagrante.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ❖ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- ❖ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Penal Comentado.** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- ❖ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- ❖ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- ❖ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, volume 3.** 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ❖ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral volume 1.** 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ❖ BITTENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral, volume 1.** 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ❖ MIRABETE, Júlio Fabrini *et al.* **Manual de Direito Penal – I, Parte Geral.** 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- ❖ MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- ❖ DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal.** 12ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009.
- ❖ TELES, Ney Moura. **Direito Penal – I, Parte Geral.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- ❖ PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, volume I, Parte Geral.** 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- ❖ TÁVORA, Nestor *et al.* **Curso de Direito Processual Penal.** 3ª ed. São Paulo: Ed. Pódium, , 2009.
- ❖ LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de Processo Penal.** 4ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009.
- ❖ MARUCA, José Eduardo. Autoridade Policial em face das excludentes de Ilícitude. Disponível em [WWW.delegados.org](http://WWW.delegados.org). Acesso em 30/08/09.



- ❖ JÚNIOR, João Romano da Silva. Relaxamento Regressivo da Prisão em Flagrante. Disponível em [WWW.direitonet.com.br](http://WWW.direitonet.com.br). Acesso em 07/09/2009.
- ❖ ROCHA, Claudionor. Reconhecimento da excludente de ilicitude na fase inquisitorial. Disponível em [WWW.direitonet.com.br](http://WWW.direitonet.com.br). Acesso em 11/10/2009.
- ❖ LEITE, Ravênia Márcia de Oliveira. A Prisão em Flagrante Delito e a Hipótese de Relaxamento pelo Delegado de Polícia. Revista Jus Vigilantibus. Sexta-feira, 17 de abril de 2009.