

POSSIBILIDADE JURÍDICA DA APRECIÇÃO DAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE NO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE

Fernando Antonio Soares de SÁ JÚNIOR

Rogério Albino de SOUZA

fassj@aasp.org.br

rogerioalbino_souza@hotmail.com

RESUMO: O presente projeto de pesquisa tem como objetivo principal verificar a possibilidade jurídica da apreciação das excludentes de ilicitude no auto de prisão em flagrante. A liberdade de ir e vir, contemplada no Art. 5º, XV, da Constituição Federal de 1988, é um bem jurídico precioso e deve ser preservado. Não há dúvida de que o juiz, à luz do parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal (Decreto-lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941), caso constate, por meio do auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o delito amparado por qualquer uma das causas excludentes de ilicitude, poderá beneficiá-lo com liberdade provisória, a qual deverá ser devidamente fundamentada. Destarte, indaga-se se existe a possibilidade jurídica de apreciação das causas excludentes de ilicitude previstas no artigo 23 do Código Penal pela Autoridade Policial durante o procedimento do Auto de Prisão em Flagrante. Como há a previsão dessa apreciação pelo juiz, acredita-se que também possa ser válida ao delegado de polícia, uma vez que não haverá crime na ausência da antijuridicidade. Seria descabido, portanto, privar uma pessoa de liberdade, por um minuto que seja, se esta agiu amparada por qualquer uma das excludentes de ilicitude. Isso iria de encontro aos direitos previstos no artigo 5º da Carta Magna, ferindo a dignidade da pessoa humana e o exercício da cidadania. Nesse caso, o juiz apenas ratificaria a decisão do delegado de polícia. Com isso, o infrator não seria conduzido ao cárcere, preservando sua integridade física e psíquica.

PALAVRAS-CHAVE: prisões processuais; excludente de ilicitude; integridade física; integridade psicológica; integridade social.

ABSTRACT: This research project has the objective of verifying the legal possibility of assessing the causes of exclusion of unlawfulness in the arrest warrant of someone caught during the commission of a crime. The freedom to come and go contemplated in Article 5, XV, of the Brazilian Federal Constitution of 1988, is an important legal principle that must be preserved. There is no doubt that the judge, based on the sole paragraph of article 310 of the Code of Criminal Procedure (Decree-Law no. 3,689, October 3, 1941), in case he finds that the offender was under the protection of any of the causes of exclusion of unlawfulness in the arrest warrant of someone caught during the commission of a crime, which must be duly substantiated, the offender can be granted temporary freedom. Thus, we question whether there is a legal possibility of assessing the causes of exclusion of unlawfulness provided for in article 23 of the Criminal Code by the police during the arrest. As the law dictates that this assessment can be done by the judge, it is believed that it may also be valid to be done by the police authority in charge of the arrest, since there can be no crime in the absence of the unlawfulness. Therefore it would be unreasonable to deprive a person of freedom even for a minute, if he acted under any of the causes of the exclusion of unlawfulness. This would go against the rights described in Article 5 of the Constitution, which would damage the dignity of the individual and the exercise of citizenship. In that case, the judge would only ratify the police chief's decision. In this way, the offender would not be taken to jail, preserving his physical and mental integrity.

KEYWORDS: processual arrest; exclusion of unlawfulness; physical integrity; psychological integrity; social integrity.

0. Introdução

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, traz como um de seus princípios a dignidade da pessoa humana, que é indispensável a qualquer indivíduo para o exercício da cidadania. Como reflexo, contemplam-se, no artigo 5º, os direitos e deveres, os quais norteiam a convivência em sociedade de todos aqueles que se encontram em território nacional. A liberdade, consoante artigo 5º, que será tratada no contexto deste trabalho em seu sentido estrito de ir e vir, só pode ser tolhida após o devido processo legal, podendo, ainda, o infrator se beneficiar de liberdade provisória, com ou sem fiança, quando a lei a admitir.

A partir dessas observações, a liberdade do agente preso em flagrante, ou seja, no momento em que comete o delito, poderá somente ser privada se a lei não contemplar a liberdade provisória. Não há dúvida de que o juiz, à luz do parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal (Decreto-lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941), caso constate, por meio do auto de prisão em flagrante, que o agente agiu amparado por qualquer uma das causas excludentes de ilicitude, poderá beneficiá-lo com liberdade provisória, a qual deverá ser devidamente fundamentada. O escopo deste trabalho, porém, é discutir se há a possibilidade jurídica da apreciação das excludentes de ilicitude, no auto de prisão em flagrante, lavrado pela autoridade policial. Tal celeuma é necessária, uma vez que a liberdade é um direito fundamental do indivíduo, a qual deve ser tolhida apenas em casos excepcionais.

No tocante às excludentes, é importante, brevemente, antes, pontuar que crime (Mirabete, 1999), formalmente, é uma conduta humana, seja por ação ou omissão, tipificada na norma incriminadora como infração penal. Além disso, só existirá crime caso a conduta descrita seja antijurídica, contrária ao ordenamento jurídico. Sendo assim, na inexistência da antijuridicidade, não existirá o crime. O artigo 23, nos incisos I, II e III, do Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) apresenta as famigeradas excludentes ilicitude: o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal ou o exercício regular de um direito.

O estado de necessidade está descrito no art. 24 (CP), o qual descreve que “considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.”

Já o art. 25 prevê que “entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.”

Finalmente, a primeira parte do inciso III se refere ao estrito cumprimento do dever legal exercido pelos agentes públicos no exercício da função, portanto o cumprimento regular de um dever não pode ser considerado crime; e a segunda parte, apresenta-se o exercício regular de direito que está relacionado à execução de um direito subjetivo ou faculdade previstos em norma. Importante mencionar também o consentimento do ofendido, que é uma causa supralegal de exclusão de ilicitude.

1. Conceituação de crime

1.1. Conceitos formal, material e analítico

Antes de conceituar crime, é necessário esclarecer que aqui não se fará um estudo etimológico da palavra, senão jurídico. Também é relevante dizer que existem dois tipos de infrações penais, os quais não são termos sinônimos: crime e contravenção. Este tipifica condutas menos lesivas aos bens jurídicos tutelados, com penas mais brandas; por conseguinte, tem outro tratamento dentro da seara jurídica. Aquele, que é sinônimo de delito, por outro lado, caracteriza ações ou omissões que são consideradas mais graves pelo Estado. A discriminação é dada pela Lei de Introdução ao Código Penal (DECRETO-LEI Nº 3.914, DE 9 DE DEZEMBRO DE 1941), a qual preceitua que:

Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

O Código Penal (DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940) trata de crime. Em seu artigo 1º, estabelece que “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”, sem, contudo, conceituar crime, ficando isso à responsabilidade da doutrina.

As contravenções penais, por sua vez, estão tipificadas no DECRETO-LEI Nº 3.688, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941.

Apesar de a doutrina analisar vários aspectos do crime, neste projeto serão trabalhados apenas os formal, material e analítico do delito.

1.1.1. Conceito Formal

Sendo assim, formalmente, crime é *um fato típico e antijurídico*. Em outras palavras, é uma conduta humana que vai de encontro à lei. Essa conduta pode ser positiva, isto é, o agente pratica a ação; ou negativa: o sujeito deixa de praticar uma ação e, por isso, a lesão ao bem jurídico tutelado acontece. A ação ou omissão praticada pelo agente têm que estar tipificadas no ordenamento jurídico como infração penal. Também é preciso que o fato seja antijurídico. Neste contexto, Damásio de Jesus (2011, p. 195) esclarece que “não basta, porém, que o fato seja típico para que exista o crime. É preciso que seja contrário ao direito, ou seja, antijurídico.”. É o caso de A matar B por

vontade, usando uma faca. Esta ação está prevista e tipificada em uma norma (Código Penal, artigo 121 – Matar alguém: pena de reclusão de 6 a vinte anos.).

Há situações, no entanto, em que, mesmo a conduta sendo típica, o fato não será antijurídico, pois o agente, no momento da ação ou omissão, age amparado por uma das excludentes de ilicitude (CP, art. 23: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito), por causa disso não existirá crime (Mirabete 2003). Seguindo a mesma ideia do exemplo anterior, se A mata B com uma facada, no momento em que B iria agredir A com uma outra faca, não haveria crime, uma vez que A teria agido em legítima defesa. Neste caso, houve uma reação proporcional de A. Conquanto o fato seja típico (matar alguém), ele não é antijurídico.

1.1.2. Conceito Material

Em relação ao conceito material, segundo Capez (2015, p. 130), “o crime pode ser definido como todo fato humano que, propositada ou descuidadamente, lesa ou expõe a perigo bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade e da paz social”.

1.1.3. Conceito Analítico

Ao considerar o critério analítico de crime, tem-se a análise dos elementos que o compõem. Para isso há duas teorias a saber: a bipartida e a tripartida. A primeira, adotada, por exemplo, por Capez (2015, p. 130) e Mirabete (2006), defende a ideia de que crime é composto por apenas dois elementos: fato típico e antijurídico. A segunda, defendida por GRECO acrescenta mais um elemento nessa estrutura, a culpabilidade. Assim, a existência da infração penal, para a teoria tripartida, depende da reunião de todos esses elementos (fato típico, ilícito e culpável), que deverão estar presentes e ser analisados sem divisão.

Feitas as considerações acima, analisar-se-ão, brevemente, as partes que compõem a infração penal à luz da teoria bipartida, conquanto ambas as teorias sejam aceitas no ordenamento jurídico penal brasileiro. Tal escolha foi feita, uma vez que as excludentes de ilicitude (art. 23, CP) excluem o segundo elemento do crime: a ilicitude. Nesse contexto, a culpabilidade, presente na teoria tripartida, é irrelevante para o questionamento levantado, porque ambas as teorias possuem a ilicitude como elemento integrante do crime.

1.1.3.1. Do Fato Típico

As ações ou omissões humanas definem, dentro do ordenamento jurídico, quais condutas deverão ser consideradas como infração penal. As mais relevantes são os crimes, as menos, contravenções penais. A subsunção da conduta à norma incriminadora faz com que o fato seja típico. Este é composto por quatro elementos: conduta dolosa ou culposa, resultado, nexos causal (entre a conduta e o resultado) e tipicidade.

1.1.3.1.1. Conduta

Sendo assim, o primeiro elemento que integra o fato típico é a conduta. Esta precisa ser relevante do ponto de vista penal. Destarte, a conduta é “toda ação ou omissão humana, consciente e voluntária, dolosa ou culposa, voltada a uma finalidade, típica ou não, mas que produz ou tenta produzir um resultado previsto na lei penal como crime.” (CAPEZ, 2015, p. 134). A conduta será considerada dolosa, quando o indivíduo fizer ou deixar de fazer algo, por vontade, querendo infringir uma norma tipificada como infração penal, a fim de atingir diretamente um resultado ou assumir o risco de produzi-lo (GREGO, 2016, p. 251). No entanto, se a violação ocorrer sem a vontade do agente, a conduta será considerada culposa, uma vez que o agir se dá por imprudência, imperícia ou negligência; o indivíduo, nesse caso, não busca um resultado, muito menos assume o risco de concretizá-lo.

1.1.3.1.2. Resultado

O resultado nem sempre está presente nas infrações penais. Para que ocorra é necessária uma alteração no mundo exterior, ou seja a conduta tem que produzir dano ao bem jurídico tutelado.

Existem duas teorias que explicam o resultado: a naturalística e a jurídica (ou normativa). A primeira traz o conceito de que resultado é a alteração ocorrida no mundo exterior pela conduta humana: a morte no homicídio, a subtração do bem no furto, a lesão corporal. No entanto, não é todo crime que apresenta resultado naturalístico, pois encontram-se, no ordenamento jurídico, infrações que não alteram o mundo natural

(CAPEZ, 2015, p. 173). Em relação à segunda teoria, pode-se afirmar que é a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado (vida, patrimônio, integridade física); em outras palavras, é quando ocorre a violação da lei.

Com base nessas teorias, os crimes podem ser classificados em material – há obrigatoriamente resultado naturalístico, quando consumado (morte no homicídio – Art. 121, CP) -; formal – pode ocorrer o resultado naturalístico, sendo este, porém, prescindível, pois a consumação ocorre antes de sua produção (extorsão mediante sequestro – Art. 159, CP), o recebimento do resgate será mero exaurimento do crime; e de mera conduta, no qual não existe o resultado naturalístico (desobediência - Art. 330, CP). Segundo Masson (2015), o resultado jurídico está presente em todo crime, contudo não se pode afirmar o mesmo em relação ao naturalístico.

1.1.3.1.3. Nexo Causal

A relação de causalidade está contemplada no art. 13 do Código Penal (“O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.”). É, portanto, o liame existente entre a conduta do agente e o resultado naturalístico produzido por ele.

1.1.3.1.4. Tipicidade

Tipicidade é a “reunião, em um fato, de todos os elementos que definem legalmente um delito” (Houaiss, 2009). Esse elemento do crime vai ao encontro do art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal de 88, o qual postula que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”. Este inciso proclama o princípio da legalidade, que também está previsto no art. 1º do CP. Depreende-se que compete a lei definir quais condutas serão tidas como infrações penais. Nas lições de Masson (2015), a tipicidade se divide em formal e material. Esta acontece quando o agente pratica a conduta descrita como crime de modo que causa lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido pela lei. Aquela é o perfeito encaixe entre a conduta realizada pelo agente e a descrição do crime pela norma.

1.1.3.2. Ilicitude

A ilicitude (ou antijudicidade) “é aquela relação de contrariedade, de antagonismo, que se estabelece entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico.” (GRECO, 2016, p. 199). Importante ressaltar que a conduta pode ser lícita, desde que amparada por uma das causas excludentes de ilicitude, as quais estão previstas no art. 23 do Código Penal; além dessas, há, como dito anteriormente, o consentimento do ofendido – causa supralegal.

2. As Excludentes de Ilicitude

As excludentes recaem no elemento ilicitude do crime. Todo fato típico pressupõe ser ilícito. Isso só será rechaçado, quando estiver presente uma das excludentes de ilicitude, pois a conduta será típica, mas lícita. O Código Penal brasileiro (Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) contempla, em seu artigo 23, nos incisos I, II e III, as consagradas excludentes ilicitude:

Exclusão da ilicitude

Art. 23 - 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.

Excesso punível

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.

No mencionado artigo, pode-se observar que o legislador também trouxe a previsão de punir o excesso, quando ocorrer. Além dessas já mencionadas, há ainda o consentimento do ofendido, considerada, pela doutrina, causa supralegal de exclusão do delito.

2.1. Estado de Necessidade

O estado de necessidade, previsto inicialmente no art. 23, está descrito no art. 24 (CP), o qual explica que “considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era

razoável exigir-se.”. Como exemplo clássico, tem-se o agente que para salvar a própria vida, durante um naufrágio, sacrifica a vida de outro, porque existe uma única boia que não sustentaria ambos. Outro exemplo é o agente que danifica a porta de casa alheia que está em chamas, para salvar a vida de alguém que está dentro da residência.

Verifica-se que para existir o estado de necessidade há alguns requisitos a serem preenchidos:

- Situação de perigo: o perigo tem de ser atual, ou, seja estar acontecendo no momento em que ocorre o sacrifício do bem tutelado pelo agente;
- Ausência de dolo na causa do perigo: o perigo não pode ter sido provocado pelo agente voluntariamente;
- Direito próprio ou alheio em perigo: nesse caso, o bem (direito) deve estar protegido em norma (vida, patrimônio, liberdade). Os bens sacrificados poderão ser equivalentes.
- Dano inevitável: a situação de perigo atual precisa ser inevitável; se evitável, a excludente não será apreciada;
- Razoabilidade do bem sacrificado: aqui o bem protegido tem de ser igual ou superior ao sacrificado. No caso de não os serem, não haverá a excludente, senão causa de diminuição de pena, conforme parágrafo 2º do art. 24: “embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.”.
- Dever legal de enfrentar o perigo: o § 1º do art. 24, CP, prevê que “não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.”. Com base nisso, o agente, aqui, tem o dever de agir. Como exemplo têm-se os policiais, bombeiros. Os quais legalmente devem enfrentar o perigo.

2.2. Legítima Defesa

Do mesmo modo que o estado de necessidade, a legítima defesa está prevista no art. 23, II, CP; porém sua descrição está no art. 25, CP: “entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.”.

Para que haja essa excludente, alguns requisitos deverão ser observados:

- Agressão atual ou iminente e injusta: entende-se aqui o termo agressão por ato humano, portanto será estado de necessidade a atuação do agente

frente à força da natureza ou à agressão de um animal. Atual é aquilo que está acontecendo; já iminente é o que está prestes a acontecer. A agressão injusta (inevitável) é aquela não autorizada pelo Direito (Mirabete, 2006, p. 179).

- Direito próprio ou alheio: na legítima defesa própria o agente defende seu bem jurídico; na alheia, o direito defendido é de terceiro.
- Uso moderado dos meios necessários: os meios utilizados para repelir a injusta agressão devem ser proporcionais a ela, logo não pode invocar essa excludente o agente que, para repelir empurrões, dá um tiro no agressor. O excesso sempre será punível.

2.3. Estrito Cumprimento do Dever Legal e Exercício Regular de Direito

Finalmente, a primeira parte do inciso III, art. 23, se refere ao estrito cumprimento do dever legal exercido pelos agentes públicos no exercício da função, portanto o cumprimento regular de um dever não pode ser considerado crime. Na segunda parte, apresenta-se o exercício regular de direito que está relacionado à execução de um direito subjetivo ou faculdade previstos em norma.

2.4. Consentimento do Ofendido

O consentimento do ofendido é tido como uma causa supralegal de exclusão de ilicitude. Haverá essa excludente, quando, por exemplo, o ofendido anuir a lesão ao seu bem jurídico tutelado. Não poderá responder por lesão corporal o tatuador, que faz uma tatuagem em seu cliente. Nesse caso deverá existir autorização legal do ofendido, já que a integridade física é um bem indisponível.

3. Da Prisão em Flagrante

A prisão em flagrante está prevista no Código de Processo Penal (Decreto-lei N° 3.689, de 3 de outubro de 1941), Capítulo III, art. 301 a art. 310. De acordo com Capez (2014, p.265), esse tipo de prisão é “medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e processual, consistente na prisão, independente de ordem escrita do juiz competente”. A Carta Magna também menciona a referida prisão em seu art. 5º, incisos XI (“a casa é asilo inviolável (...), salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar

socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.”) e LXI (“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente...”). Ser preso em flagrante significa ter a liberdade cerceada no momento da prática da infração penal ou logo após, conforme descreve o art. 302:

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.

Com base na doutrina, as espécies de flagrante são:

- a) Flagrante próprio (art. 302, I e II, CPP): o agente é surpreendido praticando a infração ou no momento que a termina;
- b) Flagrante impróprio (art. 302, III, CPP): o agente é preso após perseguição, depois de cometer o ilícito;
- c) Flagrante presumido (art. 302, IV, CPP) a prisão do agente ocorre logo após o cometimento da infração, com armas, instrumentos, papéis que façam presumir ser ele o autor;
- d) Flagrante compulsório ou obrigatório (art. 301, segunda parte, CPP): a prisão é efetuada pela autoridade policial e seus agentes;
- e) Flagrante facultativo (art. 301, primeira parte, CPP): está relacionado àquela prisão feita por qualquer um do povo;
- f) Flagrante preparado ou provocado: o agente é induzido a praticar o ilícito;
- g) Flagrante esperado: não há indução, espera-se o agente praticar a infração;
- h) Flagrante prorrogado ou retardado: a prisão é feita em momento oportuno, a fim de identificar mais autores ou produzir mais provas;
- i) Flagrante forjado: o agente não pratica a infração, a situação ilícita foi preparada;

Do art. 304 em diante, observam-se as etapas para a elaboração do auto de prisão em flagrante. Importante ressaltar o art. 310, o qual descreve as ações do juiz, que deverão ser fundamentadas, ao receber o auto de prisão em flagrante, em até 24h após sua realização (art. 306, § 1º): relaxar a prisão ilegal, converter a prisão em flagrante em preventiva (...), conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. O parágrafo único do

art. 310 explica que o juiz, fundamentadamente, poderá conceder liberdade provisória ao acusado, caso este tenha agido amparado por alguma das causas excludentes de ilicitude (art. 23, CP). O agente deverá assinar um termo de comparecimento a todos os atos processuais, pois, se não comparecer, a liberdade provisória poderá ser revogada. Por conseguinte, ninguém permanece preso por prisão em flagrante: ou o juiz a converte em preventiva, ou concede a liberdade provisória.

Não obstante o foco desse trabalho seja a prisão em flagrante, é impreterível discorrer acerca de outras duas prisões cautelares: a preventiva e a temporária.

A preventiva, já mencionada anteriormente, está prevista no art. 313 e seguintes do CPP; pode ser decretada pelo juiz em qualquer fase da investigação policial ou do processo criminal. Poderá ser decretada para garantir da ordem pública, a ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal (prova da existência do crime e indício suficiente de autoria). Diferentemente do parágrafo único do art. 310 (CPP), o art. 314 é taxativo em dizer que “a prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar (...) ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23, CP.”.

A prisão temporária, que só pode ser decretada pela autoridade judiciária, não está presente no CPP. Ela é concebida por meio de lei específica: LEI Nº 7.960, DE 21 DE DEZEMBRO DE 1989. Conforme art. 1º, caberá a temporária, se necessária para as investigações do inquérito policial; quando o infrator não tiver residência fixa ou não for possível identificá-lo; e autoria ou participação do indiciado nos crimes previstos na lei, tais como homicídio doloso, roubo, extorsão mediante sequestro...

4. Reflexos do Encarceramento

É indubitável que o agente que praticou uma infração penal deva receber, como resposta do Estado, uma sanção. Isso é necessário para afastar da sociedade essas pessoas, pois podem cometer novos crimes, além de causar insegurança a população. Aqui nesse capítulo, não se pretende discorrer sobre as prisões brasileiras e suas condições, apenas mencionar, superficialmente, os riscos à integridade psicológica, à física e à social do indivíduo que é levado ao cárcere, ainda que por pouco tempo, porquanto o agente aqui idealizado é aquele que agiu amparado por alguma excludente de ilicitude (art. 23, CP). Sendo assim, ele nem deveria ser preso em flagrante, já que a conduta praticada é típica, todavia lícita. Para melhor exemplificar, tomemos por base o confronto entre policiais e bandidos. É corriqueiro a mídia noticiar que um meliante foi

morto durante troca de tiro com a polícia. O policial que efetuou o disparo, para defender a coletividade e a si próprio, agiu, com certeza, protegido por mais de uma excludente de ilicitude: legítima defesa e também estrito cumprimento do dever legal. Este agente público não pode ser preso, pois sua conduta foi lícita e, além do mais, se apresentou espontaneamente.

O primeiro risco procura esclarecer como fica o psicológico do indivíduo que foi preso, injustamente. Provavelmente será acometido por depressão, problemas médicos (pressão alta, insônia), podendo até cometer suicídio.

Acerca da integridade física, é imprescindível falar sobre as disputas por território dentro das cadeias por grupos rivais. Constantemente a imprensa escrita e falada menciona algum caso. O preso aqui mencionado não tem partido, logo corre sério risco de ter sua integridade física comprometida.

No tocante à integridade social, é relevante mencionar a repercussão social da prisão de um indivíduo, pois a população desconhece a lei, fomentando a cultura de que toda pessoa presa é bandida. Aquele que já esteve no sistema penitenciário, mais de uma vez, provavelmente não se importa tanto com a avaliação da sociedade; no entanto, aquela pessoa que tem um nome de família a zelar, sem dúvida, ficará preocupada, pois poderá perder o emprego, os amigos e até a família.

Seria, portanto, injusto o delegado de polícia encarcerar um indivíduo que agiu amparado por uma das excludentes de ilicitude, mesmo sabendo que o juiz irá apreciar a prisão dentro de 24 horas. Nesse período de tempo bastantes coisas podem acontecer com o encarcerado, sendo o Estado responsável por isso.

5. Considerações Finais

O princípio da dignidade da pessoa humana é imprescindível para o exercício da cidadania. A Constituição Federal de 1988 contempla, no artigo 5º, diversos direitos e deveres, os quais norteiam a convivência em sociedade de todos aqueles que se encontram em território nacional. Um desses direitos é a liberdade de locomoção, que só pode ser tolhida após o devido processo legal, podendo, ainda, o infrator se beneficiar de liberdade provisória, com ou sem fiança, quando a lei a admitir.

À luz do parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal (Decreto-lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941), caso o juiz constate, por meio do auto de prisão em flagrante, que o agente agiu embasado por qualquer uma das causas excludentes de

ilicitude, poderá este ser beneficiado com liberdade provisória, a qual deverá ser devidamente fundamentada.

Em relação à autoridade judiciária, não há dúvidas, entretanto buscou-se discutir a existência da possibilidade jurídica de o delegado de polícia apreciar alguma das excludentes de ilicitude, no auto de prisão em flagrante, já que a liberdade é a regra e um direito fundamental do indivíduo e, portanto, somente deve ser restringida em casos excepcionais.

Para tal mister, passou-se a conceituar crime, a descrever as excludentes de ilicitude, presentes no art. 23 do CP (o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal ou o exercício regular de um direito) e o consentimento do ofendido, considerada causa supralegal pela doutrina. Também foram estudadas as prisões cautelares: flagrante, preventiva e temporária.

Pôde-se constatar que o art. 310 do CPP é taxativo ao tratar do assunto, admitindo apenas ao juiz tal ofício. No entanto, se o agente que cometeu um crime, amparado por uma das excludentes de ilicitude, apresentar-se espontaneamente para o delegado de polícia, com certeza seguirá solto. Tal hipótese ocorrerá, não porque a autoridade policial apreciou alguma excludente, mas devido à redação do art. 304 do CPP, que diz em sua primeira parte: “apresentado o preso a autoridade competente (...)”. Neste caso, o agente não foi conduzido coercitivamente, ou seja, não preencheu os requisitos do art. 302 do CPP. Acrescenta-se ainda que, segundo lições de Nucci (2014, p. 610), o agente, com essa conduta, demonstra claramente querer colaborar com a justiça, logo não se pode falar em *periculum in mora*.

Diante do exposto, vislumbrou-se que o agente, de fato, tem sua liberdade garantida, mesmo estando o delegado de polícia impedido legalmente de apreciar as famigeradas excludentes de ilicitude no auto de prisão em flagrante. Como consequência, os danos psicológico, físico e/ou social serão relativamente evitados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVENA, Norberto Cláudio Pêncaro. **Processo Penal: esquematizado**, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 8 dez. 2016.

BRASIL. Dispõe sobre prisão temporária. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm. Acesso em: 8 dez. 2016.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 8 dez. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 dez. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**, 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ELBERT, Carlos Alberto. **Novo Manual Básico de Criminologia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos. **Criminologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**, 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado**, 9.^a ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**, 13. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro : Forense, 2014.