



**Fundação Educacional do Município de Assis  
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis  
Campus "José Santilli Sobrinho"**

**ROGÉRIO ALBINO DE SOUZA**

**A POSSIBILIDADE VALORATIVA DAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE  
NO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE**

**Assis/SP  
2019**



**Fundação Educacional do Município de Assis  
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis  
Campus "José Santilli Sobrinho"**

**ROGÉRIO ALBINO DE SOUZA**

**A POSSIBILIDADE VALORATIVA DAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE  
NO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

**Orientando:** Rogério Albino de Souza

**Orientador:** Me. Carlos Ricardo Fracasso

**Assis/SP  
2019**

FICHA CATALOGRÁFICA

S729p SOUZA, Rogério Albino de

A possibilidade valorativa das excludentes de ilicitude no auto de prisão em flagrante / Rogério Albino de Souza. – Assis, 2019.

42p.

Trabalho de conclusão do curso (Direito). – Fundação Educacional do Município de Assis-FEMA

Orientador: Me. Carlos Ricardo Fracasso

1.Prisões 2.Integridade-física

CDD341.4325

A POSSIBILIDADE VALORATIVA DAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE  
NO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE

ROGÉRIO ALBINO DE SOUZA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao  
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como  
requisito do Curso de Graduação, avaliado pela seguinte  
comissão examinadora:

**Orientador:** \_\_\_\_\_  
Me. Carlos Ricardo Fracasso

**Examinador:** \_\_\_\_\_

## **DEDICATÓRIA**

Dedico este trabalho à minha amada família, a qual sempre me apoia, sem hesitar.

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo verificar a possibilidade valorativa das excludentes de ilicitude no auto de prisão em flagrante. Sabe-se que 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 valorativa 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

The present work has the objective of verifying the possibility of the exclusion of unlawfulness in the act of arrest in the act. It is well known that freedom of movement, as contemplated in Article 5, XV, of the Brazilian Federal Constitution of 1988, is a precious legal asset and must be preserved. There is no doubt that the judge, in light of article 310 of the Code of Criminal Procedure (*Decreto-lei* No. 3,689, of October 3rd, 1941), if it is found, during the arrest, that the perpetrator has committed the offense under any of the exclusionary causes of unlawfulness, he may benefit him with provisional release, which must be duly substantiated. Thus, it is questioned whether there is the possibility of evaluating the exclusionary causes of unlawfulness provided by Article 23 of the Penal Code by the Police Authority during the arrest procedure. As it is permitted to a judge to consider this, it is believed that it may also be valid for the police chief, since there will be no crime in the absence of 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.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO DIREITO PENAL</b>	<b>10</b>
2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EXPLÍCITOS.....	12
2.1.1 Legalidade (ou reserva legal).....	13
2.1.2 Anterioridade .....	14
2.1.3 Retroatividade da lei penal benéfica.....	14
2.1.4 Humanidade.....	15
2.1.5 Personalidade ou responsabilidade pessoal.....	15
2.1.6 Individualização da pena.....	16
2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS IMPLÍCITOS.....	17
2.2.1 Intervenção mínima e princípios consequenciais da subsidiariedade, fragmentariedade e ofensividade.....	17
2.2.2 Insignificância e adequação social.....	17
2.2.3 Taxatividade.....	18
2.2.4 Proporcionalidade.....	18
2.2.5 Vedação da dupla punição pelo mesmo fato.....	19
2.2.6 Culpabilidade.....	19
<b>3. CONCEITUAÇÃO DE CRIME .....</b>	<b>20</b>
3.1 CONCEITO MATERIAL.....	21
3.2 CONCEITO FORMAL.....	21
3.3 CONCEITO ANALÍTICO.....	22
3.3.1 Do Fato Típico.....	24
3.3.1.1. Conduta.....	25
3.3.1.2. Resultado.....	25
3.3.1.3. Nexo Causal.....	26

<b>3.3.1.4. Tipicidade.....</b>	<b>26</b>
<b>3.3.2 Ilícitude.....</b>	<b>27</b>
<b>4. AS EXCLUDENTES DE ILICITUDE.....</b>	<b>27</b>
4.1. ESTADO DE NECESSIDADE.....	28
4.2. LEGÍTIMA DEFESA.....	29
4.3. ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL E EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO.....	30
4.4. CONSENTIMENTO DO OFENDIDO.....	30
<b>5. DA PRISÃO EM FLAGRANTE.....</b>	<b>31</b>
<b>6. A AUTORIDADE POLICIAL FACE ÀS EXCLUDENTES DE ILICITUDE.....</b>	<b>33</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>37</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>39</b>

## 1. 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 valoração 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.

## **2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO DIREITO PENAL**

Sabe-se que o ordenamento jurídico é constituído de normas, as quais são divididas em princípios e regras. Essa fragmentação busca formar uma unidade, com lógica e coerência. Nucci explica que o ordenamento:

Divide-se em ramos, cada qual cuidando de assuntos próprios, como constitucional, penal, civil, processo penal, processo civil, administrativo, tributário, entre outros. Cada um desses ramos é regido por princípios e regras particulares, embora alguns princípios sejam considerados universais, como o da dignidade da pessoa humana. (NUCCI, 2019, p. 152)

Notoriamente, pode-se dizer que princípios são como alicerces de uma norma jurídica. Formam sua essência, dão apoio à norma, legitimando-a. Como exemplo, tem-se o princípio da legalidade, no qual o Estado e os indivíduos têm de obedecer à lei; esse princípio serve para qualquer ramo do direito.

Segundo Nucci (2019), o vocábulo princípio pode assumir vários sentidos: “é a causa primária de algo ou o elemento predominante de um corpo. Juridicamente, o princípio é uma norma de conteúdo abrangente, servindo de instrumento para a integração, interpretação, conhecimento e aplicação do direito positivo”.

Nas lições de Melo, princípio é conceituado como:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e sentido servido de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (MELO, 2009, p. 882)

Os Princípios, portanto, são considerados os valores fundamentais, os quais servem de inspiração para a formação e a manutenção de um arcabouço jurídico.

Em um Estado Democrático de Direito, os princípios constitucionais são norteadores do sistema jurídico. Pode-se dizer que, acerca dos princípios constitucionais, existem os explícitos e os implícitos, e ambos têm predominância em relação aos princípios infraconstitucionais

Antes de tratar de tais princípios, importante salientar que há dois princípios considerados regentes, são eles o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio do devido processo legal. Consoante Nucci, verifica-se que:

O direito penal e o processo penal estruturam-se sob as bases de inúmeros princípios constitucionais e infraconstitucionais, porém é essencial destacar dois princípios governantes para que se obtenha a efetividade das propostas do Estado Democrático de Direito. O foco precisa voltar-se ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao princípio do devido processo legal. Afinal, respeitada a dignidade da pessoa humana, seja do ângulo do acusado, seja do prisma da vítima do crime, além de assegurada a fiel aplicação do devido processo legal, para a consideração da inocência ou da culpa, está-se cumprindo, na parte criminal, o objetivo do Estado de Direito e, com ênfase, *democrático*.

A dignidade da pessoa humana, princípio constitucional explícito e regente (art. 1.º, III, CF) pode ser analisado por dois vieses: um objetivo e outro subjetivo.

Seu aspecto objetivo implica a garantia de condição mínima para que o ser humano exista, deve atender as necessidades básicas. Como exemplo tem-se o artigo 7.º, IV, da Constituição, que cuida do salário mínimo (moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte, previdência social). Sem condições mínimas para sobreviver, não há de se falar em dignidade da pessoa.

O aspecto subjetivo está vinculado ao respeito e à autoestima, sentimentos intrínsecos ao ser humano. Estes começam a se desenvolver com o nascimento e evoluem à medida que o indivíduo vive em sociedade, por esse motivo merecem especial atenção do Estado (NUCCI, 2019, p. 221).

O segundo princípio constitucional explícito e regente é o princípio do devido processo legal (art. 5.º, LIV, CF). Este possui uma importante dicotomia: o aspecto material (de direito penal), e o aspecto procedimental, ou seja, processual (de processo penal).

O primeiro está vinculado ao princípio da legalidade, além de outros princípios penais. Já o segundo, vincula-se às garantias fundamentais, pois o Estado, quando investiga a prática de um crime por meio de seus agentes, deve respeitar o rito do processo. Neste contexto, depreende-se que outros princípios processuais então intimamente ligados a ele: a ampla defesa, o contraditório, o juiz natural e imparcial, a publicidade...

## 2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EXPLÍCITOS

Esses princípios estão expressamente previstos na Constituição Federal, servem de orientação ao poder legislativo, são balizadores das garantias dos cidadãos, também atuam como critérios de interpretação e integração do texto constitucional (NUCCI, 2019, p. 159).

### 2.1.1 Legalidade (ou reserva legal)

Importante princípio constitucional explícito, está previsto no art. 5.º, XXXIX, CF (*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*) e também no art. 1º do Código Penal. Ao analisar este princípio em sentido estrito, constata-se sua vinculação ao Poder Legislativo, responsável pelas leis ordinárias, as quais instituem as infrações penais (crimes e contravenções penais) e cominação de penas. Em sentido penal, observa-se o seu vínculo com o princípio da reserva legal, assim como o sentido estrito, uma vez que determinada conduta somente será crime apenas se houver previsão em lei.

Sendo assim, Nucci explica que:

O termo lei, nessa hipótese, é reservado ao sentido estrito, ou seja, norma emanada do Poder Legislativo, dentro da sua esfera de competência. No caso penal, cuida-se de atribuição do Congresso Nacional, como regra. A matéria penal (definição de crime e cominação de pena) é *reserva de lei*, não se podendo acolher qualquer outra fonte normativa para tanto, pois seria inconstitucional. Portanto, decretos, portarias, leis municipais, resoluções, provimentos, regimentos, entre outros, estão completamente alheios aos campos penal e processual penal. (NUCCI, 2019, p. 221)

Nas lições de Masson, preleciona-se que o princípio da reserva legal (também chamado de estrita legalidade):

Preceitua, basicamente, a exclusividade da lei para a criação de delitos (e contravenções penais) e cominação de penas, possuindo indiscutível dimensão democrática, pois revela a aceitação pelo povo, representado pelo Congresso Nacional, da opção legislativa no âmbito criminal. De fato, não há crime sem lei que o defina, nem pena sem cominação legal (*nullum crimen nulla poena sine lege*). (MASSON, 2018, p. 97)

### 2.1.2 Anterioridade

Previsto no art. 5.º, XXXIX, CF, significa que uma lei penal incriminadora só pode ser utilizada em um fato concreto, se tiver sido originada antes da ação ou omissão do agente, conduta esta tipificada como uma infração penal. Esse valoroso princípio é classificado como explícito no texto da Constituição Federal e no art. 1.º do Código Penal (*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*), por causa do termo “anterior”, encontrado no corpo do texto constitucional.

Nos ensinamentos de Masson, é possível verificar ainda que:

A lei penal produz efeitos a partir da data em que entra em vigor. Daí deriva a sua irretroatividade: não se aplica a comportamentos pretéritos, salvo se beneficiar o réu (CF, art. 5º, XL). É proibida a aplicação da lei penal inclusive aos fatos praticados durante seu período de *vacatio*. Embora já publicada e formalmente válida, a lei ainda não estará em vigor e não alcançará as condutas praticadas em tal período. (MASSON, 2018, p.101)

### 2.1.3 Retroatividade da lei penal benéfica

Significa que apenas haverá retroatividade de uma nova lei penal, se esta for benéfica ao réu. Infere-se, então, que uma lei penal não poderá retroagir para abarcar situações já estabelecidas. Em regra, uma nova lei que entra em vigor só pode ser usada para fatos concretizados durante sua vigência. De acordo com Nucci:

Abre-se exceção à regra geral, existente em direito, acerca da irretroatividade quando se ingressa no campo das leis penais benéficas. Estas podem voltar no tempo para favorecer o agente, ainda que o fato tenha sido decidido por sentença condenatória, com trânsito em julgado (art. 5.º, XL, CF; art. 2.º, parágrafo único, CP). É também conhecido como o *princípio da irretroatividade da lei penal*, embora, nesse prisma, leve-se em consideração a lei incriminadora. (NUCCI, 2019, p. 162)

#### 2.1.4 Humanidade

Princípio importante no ordenamento jurídico pátrio, com previsão legal no art. 5.º, XLVII, CF; possui o escopo de destacar que o direito penal tem de estar pautado na benevolência, visando garantir o bem-estar da sociedade, neste sentido, incluem-se também as pessoas já condenadas, que devem ser tratadas com respeito, embora tenham violado alguma norma penal. Para garantir tal princípio, Constituição consagra que não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis.

O inciso XLIX, da CF, prevê ainda que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

#### 2.1.5 Personalidade ou responsabilidade pessoal

Encontra-se explícito no art. 5.º, XLV, CF (“nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”). Constata-se a preocupação constitucional com a punição, no âmbito penal, ficando evidente que a pena não deve ser atribuída a outra pessoa, senão à do infrator. Nucci, sabiamente, explana que:

Trata-se de outra conquista do direito penal moderno, impedindo que terceiros inocentes e totalmente alheios ao crime possam pagar pelo que não fizeram, nem contribuíram para que fosse realizado. A família do condenado, por exemplo, não deve ser afetada pelo crime cometido. Por isso, prevê a Constituição, no art. 5.º, XLV, que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”. Isso não significa que não haja possibilidade de garantir à vítima do delito a indenização civil ou que

o Estado não possa confiscar o produto do crime – aliás, o que o próprio art. 5.º, XLV, prevê. Uma das consequências do princípio, associado à intranscendência do processo penal, é a multa, que, mesmo considerada dívida civil, para fins de cobrança, após o trânsito em julgado da decisão condenatória, não pode alcançar os herdeiros do condenado. (NUCCI, 2019, p. 222-223)

### 2.1.6 Individualização da pena

Trata-se de o princípio constitucional explícito (art. 5.º, XLVI, primeira parte, CF), que demonstra que a pena não deve ser padrão. Isso quer dizer cada infrator terá a punição estatal à proporção da sua culpa.

É certo que os desiguais devem ser tratados como desiguais. Mesmo que duas pessoas pratiquem semelhante tipo penal, a pena será atribuída de maneira individual, de acordo com os parâmetros legais. Segundo lições de Nucci, faz-se necessário comentar que há três momentos para a individualização:

*a) individualização legislativa:* cabe ao legislador, quando cria um novo tipo penal incriminador, estabelecer o mínimo e o máximo, em abstrato, previstos para a pena; *b) individualização judiciária:* compete ao julgador, na sentença condenatória, concretizar a pena, de acordo com as várias circunstâncias previstas em lei; *c) individualização executória:* a pena aplicada, quando em cumprimento, sofre variações, conforme o desenvolvimento do sentenciado; é possível reduzi-la (remição, indulto etc.), alterar o regime (progressão ou regressão), entre outros fatores. Neste último aspecto, dispõe o art. 5.º, XLVIII, da Constituição Federal deva o condenado cumprir a pena em estabelecimento adequado, conforme a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.

## 2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS IMPLÍCITOS

### 2.2.1 Intervenção mínima e princípios consequenciais da subsidiariedade, fragmentariedade e ofensividade

A intervenção mínima, princípio constitucional implícito, esclarece que não deve ocorrer interferência do direito penal, em excesso, na vida do homem, reduzindo-lhe, ou até mesmo extirpando, sua autonomia e liberdade. Com isso, a lei penal não pode ser considerada a primeira opção - *prima ratio* - do Poder Legislativo a fim de dirimir as contendas que surgem em decorrência do convívio social. Para isso, existem outros ramos do direito que estão aptos a resolver tais conflitos. Como consequência, o direito penal deve ser considerado a *ultima ratio*, quer dizer, a última opção do sistema legislativo, caso não haja outra possibilidade de solução do problema em algum outro ramo do direito.

Em decorrência do princípio da intervenção mínima, surge o da subsidiariedade, no qual o direito penal é considerado subsidiário, secundário, devido a existência de outros ramos do direito utilizados na solução de diferentes conflitos.

Ao seguir o mesmo raciocínio, tem-se o princípio da fragmentariedade. Neste o direito penal é considerado apenas um fragmento do ordenamento jurídico, como consequência, não pode avocar para si a dissolução de todos os problemas sociais que existem.

Por fim, o princípio da ofensividade, aliado ao da intervenção mínima, trata só daquelas lesões que de fato são relevantes, ou seja, que causam realmente algum dano aos bens jurídicos tutelados pelo Estado. Neste caso, haverá punição com base no direito penal.

### 2.2.3 Insignificância e adequação social

É sabido que a insignificância e a adequação social são princípios que decorrem da intervenção mínima, sendo importantes na seara penal.

O da insignificância retrata a prescindibilidade da aplicação de sanção penal a infrações cujo bem jurídico tutelado não sofreu relevante lesão.

O princípio da adequação social remete, por sua vez, àquelas condutas que são aceitas socialmente pela comunidade, por esse motivo não podem ser tratadas como lesivas ao bem jurídico.

#### **2.2.4 Taxatividade**

Esse princípio constitucional implícito encontra-se vinculado ao princípio da legalidade. Consiste na construção adequada dos tipos penais incriminadores, para que não ocorra dúvidas na interpretação do tipo penal. Sendo assim o Poder Legislativo, ao redigir uma lei, deve se atentar a correta redação dos tipos incriminadores (NUCCI, 2019, p.224).

#### **2.2.5 Proporcionalidade**

No direito penal, o princípio da proporcionalidade está, intrinsecamente, relacionado às penas. Ele indica coerência dentro de um sistema, determina estabilidade entre a infração penal e a pena cominada. Nucci explica que:

A Constituição Federal sinaliza a preferência por determinadas sanções penais, no mesmo contexto indicativo do princípio da individualização das penas, a saber: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; suspensão ou interdição de direitos” (art. 5.º, XLVI). Aponta-se, paralelamente, com perfeita identidade, devam as penas ser individualizadas, ao mesmo tempo que necessitam ser proporcionalmente aplicadas, conforme a gravidade da infração penal cometida. Por isso, há uma meta revelada em direção a dois objetivos: a) preservar a harmonia entre a cominação de penas e os modelos de condutas proibidas; b) fundamentar o equilíbrio entre a aplicação das penas e os concretos modos de realização do crime.

### 2.2.6 Vedação da dupla punição pelo mesmo fato

Esse princípio constitucional implícito, na seara penal, consagra que um indivíduo não pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato (*ne bis in idem*). Pode-se verificar a relação desse princípio com outros dois princípios constitucionais: legalidade e vedação do duplo processo pelo mesmo fato. Este último deriva da Convenção Americana dos Direitos Humanos (art. 8.º, 4), porém foi inserido na Constituição, consoante art. 5.º, § 2.º, da CF. Nucci, leciona que:

O primeiro é decorrência taxativa do art. 5.º, XXXIX, da Constituição Federal. Quanto à legalidade, sabe-se não haver crime, nem pena, sem prévia definição e cominação legais. Para cada delito, prevê-se uma única possibilidade de aplicação de pena. Quando se avolumam os crimes, outras fórmulas são utilizadas para avaliar a pena cabível (concurso de delitos). Entretanto, inexistente autorização legal para a imposição de mais de uma penalidade para um determinado fato. (NUCCI, 2019, p. 225)

### 2.2.7 Culpabilidade

Esse princípio estabelece que alguém somente pode ser punido se agir com dolo ou culpa. Isto quer dizer que a responsabilização aplicada pelo Estado deve ser subjetiva (*nullum crimen sine culpa*). Para Nucci:

Trata-se de uma conquista do direito penal moderno, voltado à ideia de que a liberdade é a regra, sendo exceção a prisão ou a restrição de direitos. Além disso, o próprio Código Penal estabelece que somente há crime quando estiver presente o dolo ou a culpa (art. 18). Note-se, ainda, a redação do parágrafo único desse artigo: “Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”. (NUCCI, 2019, 225)

### 3. CONCEITUAÇÃO DE CRIME

Para 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 trabalho serão analisados apenas os aspectos material, formal e analítico do delito.

### 3.1 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”.

Nas lições de Nucci (2019, p. 421), “é a sociedade a criadora inaugural do crime, qualificativo que reserva às condutas ilícitas mais gravosas e merecedoras de maior rigor punitivo”. Depois disso, o legislador passa a ser o responsável por transformar as condutas eleitas pela sociedade em figura típica, a lei criada representa, então, a vontade social diante de um caso concreto.

### 3.2 CONCEITO FORMAL

Formalmente, o crime é uma conduta que o legislador tipificou como infração penal. Caso um indivíduo pratique tal conduta incriminadora, haverá o crime, ou seja, a conduta se enquadra adequadamente no tipo abstrato descrito em lei. Nucci preleciona ainda que:

Não é raro acontecer o descompasso entre o crime material e o delito formal. Explica-se: a sociedade pode acreditar que determinado ilícito deveria ser crime, mas não há o tipo penal; logo, não se pode punir o agente, pouco importando o resultado trágico advindo. De outro lado, há figuras típicas incriminadoras, portanto, formalmente constitui um crime, mas que, na prática, ninguém mais liga para a sua punição. É o que ocorre, atualmente, por exemplo, com o curandeirismo (art. 284, CP), figura em desuso. (NUCCI, 2019, p. 423)

Sendo assim, 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.

### 3.3 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. Nas sábias palavras de Nucci, tem-se:

O crime como uma conduta típica, ilícita e culpável, vale dizer, uma ação ou omissão ajustada a um subjetivos dolo e culpa), contrária ao direito (antijuridicidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, desde que existam imputabilidade, consciência potencial de ilicitude e exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito (culpabilidade). A denominada corrente tripartida do delito é amplamente majoritária na doutrina e na

jurisprudência. Mesmo causalistas e funcionalistas respeitam a ideia tripartida do delito. Não somente por ser a mais lógica, mas também por se tratar da fórmula didaticamente indicada para o estudo do operador do direito. Como lembram JESCHECK e WEIGEND, a definição clássica do delito, na visão analítica, que tem permanecido incontestável na Alemanha, é a ação típica, antijurídica e culpável, que goza também de referendo jurisprudencial. “Essa definição não significa uma decomposição do delito, que sempre deve ser compreendido como um todo, mas, unicamente, seu exame sob aspectos distintos. modelo legal de conduta proibida (tipicidade, onde estão contidos os elementos Outras existem: a) corrente bipartida: o crime é um fato típico e culpável, estando a ilicitude incluída no âmbito da tipicidade (cuida-se da teoria dos elementos negativos do tipo). Essa linha de pensamento existe no Brasil e no exterior; b) corrente tripartida causalista: o crime é um fato típico, antijurídico e culpável. Difere da outra posição tripartida, pois esta insere o elemento subjetivo do crime na culpabilidade. Essa linha de pensamento encontra-se no Brasil e no exterior; c) corrente quadripartida: o crime é um fato típico, antijurídico, culpável e punível. A posição destaca-se pela integração da punibilidade como elemento do crime. Crê-se que, sem a possibilidade de punir o agente (pela presença de alguma excludente de punibilidade), não haveria crime. A corrente existe no Brasil, mas em desuso, ainda remanescendo no exterior.

É verdade que conceituar crime não é tarefa fácil, dadas as diversas correntes filosóficas existentes. O Código Penal de 1940 não traz em seu bojo a definição de crime, ficando a doutrina responsável por estudar e por estabelecer, de acordo com a teoria escolhida, qual o conceito de crime e de quais elementos ele é composto.

No Causalismo, desenvolvida por Franz Von Liszt, no final do século XIX, a conduta penalmente relevante é conceituada de modo naturalista, isto é, crime é toda ação ou omissão, voluntária e consciente, o qual se origina de movimentos corpóreos. De acordo com essa descrição, o elemento subjetivo do crime não se encontra dentro da tipicidade, mas sim da culpabilidade.

Para o Finalismo, teoria desenvolvida por Hanz Welzel, a conduta é definida como uma ação ou omissão, voluntária e consciente, que traz movimentação para o corpo do indivíduo, a fim de satisfazer uma finalidade. Com isso, o dolo e a culpa passa a integrar a tipicidade.

A Teoria Social da Ação, por sua vez, acreditava que a finalidade buscada pelo agente apenas serviria para tipificar o delito, mas isso só ocorreria se tal finalidade fosse importante no âmbito social. Nessa teoria, portanto, o naturalismo do causalismo é afastado, desconsiderando finalidades irrelevantes.

No Funcionalismo, buscou-se afastar da conduta o naturalismo, procurando dar uma definição somente jurídica. Diante disso, os adeptos a essa teoria “se dividem entre a

corrente teleológica (conduta é uma manifestação da personalidade) e a sistêmica (conduta é fruto da inevitabilidade individual quanto a um resultado)”. (NUCCI, 2019, p. 457)

Finalmente, a Teoria da Ação Significativa, no ensinamentos de Nucci, buscou:

Preservar o alicerce ontológico da conduta, em bases naturais, associa-se a elementos normativos. A ação ou omissão é fruto da *liberdade*, conduta humana por excelência (livrearbítrio), mas deve ser analisada sob o prisma da linguagem do direito penal, verificando-se se ela é interessante à tipificação ou não. Independentemente da finalidade da conduta, esta tem significado próprio conforme o bem jurídico tutelado. (NUCCI, 2019, p. 458)

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.

### **3.3.1. 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.

### 3.3.1.1. 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.

### 3.3.1.2. 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.

### **3.3.1.3. 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.

### **3.3.1.4. 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.

### 3.3.2 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.

Conforme orientações de Masson, a ilicitude:

É a contrariedade entre o fato típico praticado por alguém e o ordenamento jurídico, capaz de lesionar ou expor a perigo de lesão bens jurídicos penalmente tutelados. O juízo de ilicitude é posterior e dependente do juízo de tipicidade, de forma que todo fato penalmente ilícito também é, necessariamente, típico. Ilicitude formal é a mera contradição entre o fato praticado pelo agente e o sistema jurídico em vigor. É a característica da conduta que se coloca em oposição ao Direito. Ilicitude material, ou substancial, é o conteúdo material do injusto, a substância da ilicitude, que reside no caráter antissocial do comportamento, na sua contradição com os fins colimados pelo Direito, na ofensa aos valores necessários à ordem e à paz no desenvolvimento da vida social. (MASSON, 2018, p. 560)

## 4. 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 culposo.

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.

#### 4.1. 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.

## 4.2. 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.

#### 4.3. 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.

#### 4.4. 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.

## 5. DA PRISÃO EM FLAGRANTE

A prisão em flagrante está prevista no Código de Processo Penal (Decreto-lei Nº 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...

## **6. A AUTORIDADE POLICIAL FACE ÀS EXCLUDENTES DE ILICITUDE**

Sabe-se que a Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013 dispõe acerca da investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia; constata-se também que a investigação policial é, muitas vezes, o início de uma persecução penal e, por esse motivo, a Polícia Judiciária é um órgão estatal muito importante (art. 144, IV, da CF). Dirigida por Delegado de Polícia de carreira (art. 144, § 4º, da CF), presta serviço essencial à Justiça, buscando atender aos anseios da população em relação à elucidação de infrações penais, respeitando os direitos e garantias fundamentais.

Assim que a Autoridade Policial toma conhecimento da prática de uma infração penal, inicia-se uma investigação policial. Nesse momento pode ocorrer a cerceamento do direito de liberdade do investigado no caso concreto, por meio de alguma das prisões cautelares (artigo 5º, LXI da CF). Castro, em seus estudos referentes ao tema, explica que:

Para conduzir com êxito o procedimento policial, a autoridade de polícia judiciária faz diversas análises técnico-jurídicas (artigo 2º, parágrafos 1º e 6º da Lei 12.830/13), prognósticas ou diagnósticas. É dizer, faz juízos de prognose (decisão por uma ou outra diligência no início da investigação, diante da existência de poucos ou inexistentes vestígios) e de diagnose (decisão pelo indiciamento ou não, ou pela prisão em flagrante ou liberdade, face às informações e provas

acerca da materialidade e autoria delitivas). A análise dos requisitos do crime insere-se no contexto do juízo de diagnose, especialmente no momento da decisão sobre a custódia flagrancial. Isso significa dizer que a prisão em flagrante pode e deve ser afastada caso o delegado de polícia colha elementos robustos que evidenciem a existência de justificante ou dirimente. Afinal, o inquérito policial deve demonstrar não apenas a tipicidade, mas também a ilicitude e a culpabilidade. (CASTRO, 2016)

Neste trabalho, o foco está na atuação da autoridade policial face à prisão em flagrante, pois, ao tomar conhecimento do delito, pode verificar que o autor agiu amparado por alguma excludente de ilicitude. Ante tal situação, surge a pergunta: é certo o delegado de polícia reconhecer uma excludente de ilicitude no auto de prisão em flagrante? Pela lógica jurídica, a resposta é sim.

A doutrina se divide nessa questão, alguns entendem que as excludentes só podem ser apreciadas pelo juiz, à luz da redação do art. 310, do CPP. Opta-se, é claro, pela parte da doutrina que comunga de que tal possibilidade também se estende à autoridade policial. Neste sentido, Bianchini, Marques, Gomes, Cunha e Maciel lecionam que:

Não se encontra proibição para que o delegado de polícia faça uma avaliação do fato levando em consideração elementos que apontem para as excludentes de ilicitude. Na verdade, a lei adjetiva, por diversos dispositivos, refere-se à infração penal ou crime, nunca aos componentes do crime (tipicidade, ilicitude, culpabilidade e outros), não se mostrando indevida a incursão pela autoridade policial nessa seara, mesmo que de modo superficial. [...] O delegado de polícia, importa enfatizar, possui grande importância no sistema penal, sendo a primeira autoridade que o ordenamento jurídico determina que analise o fato criminoso. Não é ele um frio e inveterado aplicador das normas estabelecidas, sendo permitido interpretar e aplicar o seu entendimento e, conquanto possa estar sujeito a eventuais críticas, tomando posições sólidas e bem fundamentadas, deverá ter em mente que emprestou sua colaboração para que se viva em um Estado Democrático de Direito, que é o fim último de todo agente do Estado. (BIANCHINI; MARQUES; GOMES; CUNHA e MACIEL, 2011, p. 139)

Avena, por exemplo, insiste em dizer que:

Não pode haver situação de flagrante de um crime que não existe (considerando-se os elementos de informação existentes no momento da decisão da autoridade policial). O delegado de polícia analisa o fato por inteiro. A divisão analítica do crime em fato típico, ilicitude e culpabilidade existe apenas para questões didáticas. Ao delegado de polícia cabe decidir se houve ou não crime. (AVENA, 2013, p. 889-890)

Imagine-se uma situação de flagrante de homicídio, onde o autor é um policial civil, que entra em confronto com infratores da lei, durante uma busca domiciliar, matando um deles, em clara situação de legítima defesa. Se a autoridade policial lavrar o auto de prisão em flagrante, estará, indubitavelmente, praticando uma “aberração jurídica”, uma vez que para analisar o delito, deve considerar o ordenamento jurídico como um todo, conforme lições de Avena (2013). Além disso a Lei 12.830/13 concedeu explicitamente à autoridade policial a análise técnico-jurídica do fato, de modo a buscar a autoria e a materialidade do delito.

Para reforçar o que foi dito, Capez, sabiamente, esclarece que:

A autoridade policial, sendo autoridade administrativa, possui discricionariedade para decidir acerca da lavratura ou não do auto de prisão em flagrante. Sempre considerando que, nessa fase, vigora o princípio *in dubio pro societate*, e que qualquer juízo exculpatório se reveste de arrematada excepcionalidade, o delegado de polícia pode recusar-se a ratificar a voz de prisão emitida anteriormente pelo condutor, deixando de proceder à formalização do flagrante e, com isso, liberando imediatamente o apresentado. Não se trata aqui, a nosso ver, de relaxamento de prisão, uma vez que ela não chegou sequer a ser efetivada, tampouco formalizada. Melhor definir tal hipótese como recusa em iniciar a prisão, ante a ausência de requisitos indiciários mínimos da existência de tipicidade ou antijuridicidade. Evidentemente, a autoridade policial não precisa prender em flagrante, vítima de estupro ou roubo que, claramente em situação de legítima defesa, matou seu agressor. O juízo sumário de cunho administrativo pode ser efetuado, ainda que isso só possa ocorrer em situações absolutamente óbvias e claras de ausência de infração penal. (CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. Pág.261.)

Observa-se, portanto, que o delegado de polícia, como intérprete jurídico, deve agir de modo a avaliar a existência de todos os elementos que constituem o crime, não apenas a tipicidade. Sendo assim, se ele estiver diante de uma excludente de ilicitude, não deverá lavrar o auto de prisão em flagrante, porquanto, nessa circunstância, não há de se falar em crime. A adoção dessa postura, sem dúvida, ajuda a evitar injustiças.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os Princípios constitucionais, como se viu, são considerados os valores fundamentais e servem de inspiração para a formação e a manutenção de um harmonioso arcabouço jurídico. Dentre eles, está o princípio da dignidade da pessoa humana que 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 valorar 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 tem previsão na 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*.

Considerando o conteúdo desse trabalho, observa-se, portanto, que o delegado de polícia, como intérprete jurídico, deve agir de modo a avaliar a existência de todos os elementos que constituem o crime, não apenas a tipicidade. Sendo assim, se ele estiver diante de uma excludente de ilicitude, não deverá lavrar o auto de prisão em flagrante, porquanto, nessa circunstância, não há de se falar em crime. A adoção dessa postura, sem dúvida, ajuda a evitar injustiças.

## REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo penal esquematizado**. São Paulo: Método, 2013.

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

BIANCHINI, Alice; MARQUES, Ivan Luis; GOMES, Luiz Flavio; CUNHA, Rogério Sanches; MACIEL, Silvio. **Prisão e medidas cautelares**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

BRASIL. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.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/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm). Acesso em: 8 ago. 2019.

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](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](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.

CASTRO, **Henrique Hoffmann** Monteiro de. “Delegado de polícia pode e deve aplicar excludentes de ilicitude e culpabilidade”. Disponível em:< [https://www.conjur.com.br/2016-set-06/academia-policia-delegado-aplicar-excludentes-ilicitude-culpabilidade#\\_ftn4](https://www.conjur.com.br/2016-set-06/academia-policia-delegado-aplicar-excludentes-ilicitude-culpabilidade#_ftn4)>. Acesso em: 06 jul. 2019.

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.<sup>a</sup> ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)**, 13. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

MELO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros. 2009.

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.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal**, 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PONTES, Diogo Santiago Barbosa. “As excludentes de ilicitude na lavratura de auto de prisão em flagrante”. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/48605/as-excludentes-de-ilicitude-na-lavratura-de-auto-de-prisao-em-flagrante>>. Acesso em: 15 jul. 2019.