

EDE DE ENSINO DOCTUM
FACULDADES INTEGRADAS DE CARATINGA – FIC

JOÃO PAULO DE MATOS

A POSSIBILIDADE DO DELEGADO DE POLÍCIA RECONHECER A
EXCLUDENTE DE ILICITUDE NA LAVRATURA DO AUTO DE PRISÃO EM
FLAGRANTE

CARATINGA

2016

JOÃO PAULO DE MATOS

A POSSIBILIDADE DO DELEGADO DE POLÍCIA RECONHECER A
EXCLUDENTE DE ILICITUDE NA LAVRATURA DO AUTO DE PRISÃO EM
FLAGRANTE.

Monografia apresentada à banca examinadora do
Curso de Direito das Faculdades Integradas de
Caratinga – FIC, como exigência para aprovação
na disciplina Monografia Jurídica I, requisito
parcial de obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

FIC

2016

AGRADECIMENTO

À Deus por ter me dado saúde, força e conhecimento para superar qualquer dificuldade durante toda esta trajetória.

A Rede Ensino Doctum, seu corpo docente, direção e administração que oportunizaram a janela que hoje vislumbro um horizonte superior, eivado pela acendrada confiança no mérito e ética aqui presentes.

Ao meu professor Juliano Sepe, pelo apoio e dedicação concedido durante a construção deste trabalho.

Ao meu orientador Almir Fraga Lugon, pela atenção e empenho dedicado á elaboração deste trabalho com correções e direcionamentos.

Agradeço a todos os professores por me proporcionar o conhecimento durante todo este período de formação profissional, não somente por terem me ensinado, mas por terem me feito aprender.

Aos meus pais João Batista e Maria da Luz Agustini, que sempre me ensinaram a não desistir e muito menos fracassar diante de qualquer obstáculo.

Aos meus irmãos, cunhadas e sobrinhos que sempre compreenderam os motivos de minha ausência, pois tinham certeza que estava em busca de um futuro melhor e que o futuro não se define a curto prazo.

A minha namorada Joice Ferreira, que se fez presente durante está conquista, nos momentos mais difíceis e delicados de minha vida foi compreensiva e carinhosa, não deixando eu desistir e sempre me incentivando nos momentos de desânimo e de cansaço.

Ao meu sogro Milton e minha Sogra Neuza, pelo suporte e compreensão durante está jornada, vocês fazem parte desta conquista.

Aos amigos e a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

DEDICATÓRIA

À Deus pela força e capacidade para realizar este sonho.

Aos meus pais João Batista e Maria da Luz, e minha namora Joice Ferreira, por estarem sempre presentes na minha vida.

“Conhecer a si mesmo é o começo de toda a sabedoria.”

Aristóteles

RESUMO

Procurou-se abordar nesta pesquisa a questão da possibilidade do delegado de polícia reconhecer a excludente de ilicitude na lavratura do auto de prisão em flagrante. O que se compreende é que, por ser o delegado uma autoridade que possui poder discricionário no que tange às decisões processuais, é a ele que cabe analisar cada caso, inclusive no que se refere à lavratura de uma prisão em flagrante. Desta forma, quem decidirá se houve crime ou simplesmente norma permissiva de conduta é o delegado. Não cabe a ele analisar o fato parcialmente, mas no seu todo. Por isso, quando houver clareza na identificação da possibilidade de excludente de ilicitude caberá ao de polícia optar pela não lavratura, já que não houve crime.

Palavras-chave: prisão em flagrante, modalidades de flagrante, exclusão de ilicitude.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	10
1. EXCLUDENTE DE ILICITUDE.....	14
1.1 Conceito analítico de crime	14
1.2 Excludente de ilicitude.....	20
1.3 Excludente de tipicidade e tipicidade conglobante	23
2. PRISÕES CAUTELARES	24
2.1 Requisitos: “Fumus Commissi Delicti”	27
2.2 Requisitos: “Periculum Libertatis”	28
3. DELEGADO DE POLÍCIA.....	30
3.1 Juízo de legalidade do Auto de Prisão em Flagrante (APF).....	30
3.2 Juízo de necessidade da prisão cautelar (art 322 CPP).....	32
3.3 Lei 12. 830/13.....	34
4. DA POSSIBILIDADE	36
4.1 Impossibilidade	36
4.2 Da possibilidade	39
CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	43

INTRODUÇÃO

A pesquisa aqui delimitada trata da possibilidade do delegado de polícia reconhecer a excludente de ilicitude na lavratura do auto de prisão em flagrante. Com base na proposta aqui descrita, se faz o seguinte questionamento: Frente à prisão em flagrante, pode o delegado reconhecer a excludente de ilicitude do auto de prisão?

A possibilidade do delegado de polícia reconhecer a excludente de ilicitude na lavratura do auto de prisão em flagrante se baseia no fato de que este é autoridade que detém poder discricionário no que se refere às decisões processuais, e cabe a ele analisar cada caso, se ocorreu realmente crime para que se faça a lavratura de uma prisão em flagrante.

O delegado decidirá se houve crime ou simplesmente norma permissiva de conduta. Este não analisará o fato parcialmente, mas por inteiro. Assim sendo, quando houver clareza na identificação da possibilidade de excludente de ilicitude poderá o delegado de polícia optar pela não lavratura, já que não houve crime.

Quando se aborda o tema aqui proposto, sobre a possibilidade do delegado reconhecer a excludente de ilicitude na lavratura do auto de prisão em flagrante, buscou-se como marco teórico os dizeres de Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini, que afirmam:

(...) A verdade é que o Delegado de Polícia – autoridade com poder discricionário de decisões processuais- analisa se houve crime ou não quando decidir pela lavratura do Auto de Prisão. E ele não analisa apenas a tipicidade, mas também a ilicitude do fato. Se o fato não viola a lei, mas ao contrário, é permitida por ela (art. 23 do CP) não há crime e, portanto, não há situação de flagrante. 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 por questões didáticas. Ao Delegado de Polícia cabe decidir se houve crime ou não. E o artigo 23, I a III, em letras garrafais, diz que não há crime em situações de excludentes de ilicitude¹.

¹ GOMES, Luiz Flávio. BIANCHINI, Alice. Curso de Direito Penal. Parte Geral. Editora Podivm, 2012. P.138

Como objetivos desta pesquisa se propôs a analisar se em caso de prisão em flagrante, pode o delegado reconhecer a excludente ilicitude do auto de prisão, bem como compreender os requisitos da prisão em flagrante, ressaltar o que são ilicitudes e culpabilidade reconhecidas no ato da prisão, destacar a possibilidade de realizar excludentes em caso de prisão em flagrante, baseando-se na legislação e doutrinas pertinentes ao assunto.

No intuito de atender aos objetivos deste estudo, buscou-se a utilização de uma metodologia teórico dogmática pautada na doutrina, jurisprudência e na legislação brasileira. Pode ser considerado como um estudo interdisciplinar, pois está atrelado ao Direito Processual Penal e o Direito Penal.

A divisão da pesquisa será realizada em três capítulos, quais sejam: o primeiro analisando a questão do crime, o conceito analítico e a tipificação; o segundo sobre a prisão em flagrante, sua configuração e os excludentes de ilicitude e o terceiro sobre o delegado de polícia e a excludente de ilicitude na prisão em flagrante, os preceitos básicos e a jurisprudência.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

A prisão em flagrante é realizada quando o indivíduo realiza infração criminosa e é apanhado no ato da prática do delito, logo após prática ou sendo perseguido por autoridade de modo a ser presumido que seja o autor. Neste caso, o suspeito é levado à autoridade policial para registro do auto de prisão em flagrante.

Quando da ocorrência da infração criminosa, ao ser apresentado o suspeito à autoridade policial, este deverá fazer o registro do auto de prisão. Conforme as condições nas quais foi cometido o crime e efetuada a prisão, o delegado fará constar se a prisão foi em flagrante ou não.

De acordo com o Código de Processo Penal, em seu art.302², encontra-se o enquadramento de prisão em flagrante:

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 no disposto legal supracitado, a autoridade policial deverá realizar registro no auto de prisão que esta foi realizada em flagrante delito, para dar prosseguimento ao processo legal.

Com o advento da lei 12.403/11 houve uma renovação no que tange às prisões realizadas e aos respectivos autos de prisão. No referido texto legal, aborda-se a possibilidade de exclusão de ilicitude quando do ato de registro da prisão em flagrante delito.

Quanto à lavratura do auto de prisão, Gylliard Matos Fantecelle³ destaca:

² BRASIL. Decreto lei 2.848 de 07 de julho de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acessado em 19 de agosto de 2016.

Quanto à legitimidade ativa e a “autoridade competente”, existem algumas modalidades de flagrantes:

- a) Flagrante policial: na maioria das vezes, a autoridade policial será o delegado de polícia. Mas existem outros tipos de autoridades (CPP, art.304);
- b) Flagrante militar: no caso de infração militar, o auto de prisão em flagrante é lavrado pela autoridade policial militar encarregada (Tenente, Capitão, etc);
- c) Flagrante parlamentar: O poder de polícia da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em caso de crime cometido nas suas dependências, compreende, consoante o regimento interno, a prisão em flagrante do acusado e a realização do inquérito (Súmula 397 do STF);
- d) Flagrante judicial: Se o crime for cometido na presença do Juiz de direito ou contra este, no exercício de suas funções, será ele o competente para lavrar o auto (CPP, art.307, parte final);

É com base nas informações passadas pela autoridade policial no registro de prisão que o magistrado se manifestará posteriormente. Ele poderá adotar três medidas distintas: pelo relaxamento de prisão (pré-processual), concessão de liberdade provisória (através da utilização ou não de medidas cautelares) ou manifestando-se favorável pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Qualquer decisão tomada será com base nos fatos arrolados no auto de prisão e na legislação pertinente, conforme preceito legal:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - relaxar a prisão ilegal; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao

³ FANTECELLE, Gylliard Matos. Prisão em Flagrante e os Requisitos Legais Para sua Conversão. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13177&revista_caderno=3. Acessado em 19 de agosto de 2016.

acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação⁴.

O delegado deverá considerar a legislação pátria para lavratura do auto de prisão. Para a excludente de ilicitude, se pautará no art. 23 do Código Penal Brasileiro⁵:

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.

Conforme descrito, a autoridade policial poderá considerar a exclusão de ilicitude quando considerar que o agente não teve outra opção senão praticar o ato, ou seja, em estado de necessidade; ou em caso de legítima defesa, de si ou de outro, ou em caso de cumprimento do dever legal, ou seja, no exercício de sua função, acabou acarretando a infração.

Eduardo Luiz Santos Cabette⁶ assevera que:

É preciso reconhecer que o Delegado de Polícia é autoridade que detém poder discricionário de decisões processuais, à qual necessariamente cabe analisar em cada caso concreto se ocorreu ou não crime para decidir pela lavratura de uma Prisão em Flagrante. Essa análise não é jamais reduzida à mera tipicidade formal, mas deve espalhar-se até a ilicitude. Não havendo violação da lei, mas sim norma permissiva da conduta não há crime e muito menos flagrante. Ao Delegado de Polícia não cabe uma análise parcial do fato a si submetido, mas uma análise do “fato por inteiro”.

O mesmo autor cita os dizeres de Silvio Maciel que considera que um indivíduo preso por algo que não pode ser considerado crime é um disparate

⁴ BRASIL. Decreto-Lei 3.689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acessado em 17 de agosto de 2016.

⁵ BRASIL. Decreto lei 2.848 de 07 de julho de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acessado em 19 de agosto de 2016.

⁶ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. O delegado de polícia e a análise de excludentes na prisão em flagrante. Revista **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10804>. Acessado em 21 de agosto de 2016.

sem medida não fazer o excludente de ilicitude, já que somente depois da apuração dos fatos é que o agente será colocado em liberdade.

Ressalta-se, portanto a necessidade de que o delegado de polícia, ao lavrar o auto de prisão em flagrante defina a exclusão de ilicitude, se assim compreender necessário. No entanto, paira polêmica sobre o assunto, onde uma corrente de pensadores defende que compete somente ao juiz a decisão posterior sobre as condições nas quais o crime ocorreu, conforme destaca Eduardo Augusto Paglione⁷:

A questão que vez ou outra suscita polêmica, no meio jurídico e também na imprensa, é se o delegado de polícia deve lavrar auto de prisão em flagrante e, se for o caso, mandar recolher à cela quem age em legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de um direito ou estrito cumprimento de dever legal. A dúvida prende-se, sobretudo, aos termos do art. 310, *caput*, do Código de Processo Penal, cuja interpretação isolada permite concluir que somente a autoridade judiciária é que pode analisar as causas excludentes da antijuridicidade.

Com vistas ao exposto, destaca-se a pesquisa se delimitará a discutir o assunto, se a autoridade policial, no caso o delegado de polícia, tem ou não autonomia para realizar a excludente.

⁷ PAGLIONE. Eduardo Augusto. A Prisão em Flagrante e as Causas Excludentes de Antijuridicidade. ADEPESP. Disponível em: <http://www.adpesp.org.br/artigos-exibir?art=44>. Acessado em 22 de agosto de 2016.

1. EXCLUDENTE DE ILICITUDE

A sociedade atual vem presenciando um surto de violência e crimes como nunca antes visto. Os princípios éticos e morais vêm sendo esquecidos e a aceitação do comportamento criminoso tem sido cada vez mais comum no seio da sociedade.

Há uma recorrente inversão de valores, onde ações criminosas são praticadas com normalidade e aceitas pela sociedade como sendo algo corriqueiro. Por isso é importante salientar o que é crime, conceito e tipificação, para que se compreenda que mesmo que costumes criminosos sejam aceitos pelas pessoas, não quer dizer que deixaram de ser crime.

1.1 Conceito Analítico de Crime

A compreensão do conceito de crime é indispensável para o Direito Penal, haja vista que a partir do momento em que sua definição é compreendida poderá se perceber a existência ou inexistência de delito. Vários são os posicionamentos relativos a este conceito, conforme serão abordados nesta pesquisa.

De acordo com a Lei de Introdução ao Código Penal, encontra-se:

Considera-se crime a infração penal a 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.⁸

Outro conceito relativo ao crime é o apresentado por Guilherme de Souza Nucci, que destaca ser “a conduta proibida por lei, sob ameaça de aplicação de pena, numa visão legislativa do fenômeno”.

É preciso compreender que devido ao caráter dogmático do Direito Penal, conceituar crime é uma tarefa essencialmente jurídica. Contudo, se

⁸ BRASIL. Lei 3.914, 9 de dezembro 1941. VADE MECUM, ed.saraiva, 2009.p.531.

ressalta que a legislação penal, muito antiga, não traz em seu escopo o conceito de crime, ficando a tarefa à doutrina.

Desta forma, a doutrina destaca a conceituação do crime em três aspectos, que são o material, o formal e o analítico.

Quanto ao aspecto material do crime, busca-se os ensinamentos de Fernando Capez⁹, que compreende que o crime se caracteriza como a conduta que viola os bens jurídicos essenciais ao ser humano:

O aspecto material é todo aquele que busca estabelecer a essência do conceito isto é, o porque de determinado fato ser considerado criminoso e outro não. Sob esse enfoque, crime pode ser definido como todo fato humano que propositada ou descuidadosamente lesa ou expõem a perigo bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade e da paz social.

Com vistas ao exposto, pode-se entender que o crime no aspecto material é um conceito onde a ação ou omissão humana, de caso pensado ou por descuido coloca em xeque os direitos fundamentais ou bens jurídicos indispensáveis ao ser humano e sua existência na sociedade, assim como a paz da coletividade.

Em outro aspecto, é mister salientar o desenvolvimento dado por Júlio Fabrinni Mirabete¹⁰ com relação aos aspectos relacionados ao crime:

As definições formais visam apenas ao aspecto externo do crime, e necessário indagar a razão que levou o legislador a prever a punição dos autores de certos fatos e não de outros, como também conhecer o critério utilizado para distinguir os ilícitos penais de outras condutas lesivas, obtendo-se assim um conceito material ou substancial de crime.

Tanto a compreensão do que é crime quanto sua tipificação vem evoluindo com o passar do tempo e o estreitamento das relações sociais. Assim como as relações entre as pessoas mudam com o tempo, novas condutas lesivas vão surgindo dessas relações. Era impossível há 50 anos imaginar que detento teria em suas mãos um aparelho de telefone celular e dele conseguiria extorquir dinheiro de uma pessoa ameaçando estar com seu ente querido em seu poder.

⁹ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, Vol.1, parte geral. ed 6ª,2003.Sao Paulo, p.105.

¹⁰ MIRABETE, Júlio Fabrinni. Manual de Direito Penal. 22ª edição, São Paulo, 2005. P.96.

Contudo, infelizmente, a norma penal busca abranger as diferentes ocorrências do ilícito, haja vista que no caráter formal, o crime nada mais é do que a prática de uma conduta que vá de encontro com uma norma penal.

Outro aspecto a ser considerado sobre o entendimento do que é crime é o aspecto analítico, e seu entendimento pode ser delineado de acordo com a teoria adotada.

Fernando Capez aborda tal conceito como sendo “aquele que busca, sob um prisma jurídico, estabelecer os elementos estruturais do crime”¹¹.

São diversas teorias que cercam o aspecto analítico do crime. Existe a teoria naturalista ou causalista, iniciada aproximadamente em meados do século XIX. Seus idealizadores foram Von Lizst e Beling e inseriram na teoria do crime a questão da tipicidade. Nesta teoria considera-se que o crime tem duas partes, a objetiva, onde se encontra a tipicidade, e a subjetiva, onde se descreve a culpabilidade.

O nexos nessa teoria era estabelecido apenas entre a causa e o efeito, ou seja, o natural, onde não se considera a questão de dolo e culpa. Na teoria naturalista o crime pode ser dividido em três partes, sendo: fato típico, antijurídico (ilícito) e culpável. A questão da culpabilidade se estabelecia como vínculo do agente com o fato, seja por dolo ou culpa.

Outra teoria sobre o crime é a teoria Neokantista. Iniciada em 1907 e desenvolvida até 1930. Essa teoria também defendia que o crime era um fato típico, antijurídico e culpável, mas diferentemente da teoria naturalista, seu posicionamento defendia que o fato típico era um desvalor da própria conduta do agente.

De acordo com Keila Nobre¹², encontra-se:

Na teoria causalista o fato típico era neutro, vez que retratava um fator valorativo negativamente, já na teoria Neokantista não, o fato típico era um desvalor da própria conduta. No tocante a antijuridicidade esta por sua vez não é só formal, mas também material, a contrariedade do fato com a norma desde que havê-se danos sociais. E por fim a culpabilidade que deixou de ser puramente psicológica e sim psicológica e normativa, pois para essa teoria além

¹¹ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, Vol.1, parte geral. ed 6ª,2003.Sao Paulo, p.105.

¹² NOBRE, Keila Cristina. Teoria do Crime. Revista Via Jus. Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2839>. Acessado em 03 de agosto de 2016.

de termos a imputabilidade, o dolo e a culpa temos outro requisito, a exigibilidade de conduta adversa.

Já a teoria finalista da ação, também conhecida como teoria social da ação traz como proposta de que se um fato é socialmente considerado justo e correto, não pode ser considerado como danoso à coletividade. Essa teoria foi iniciada por Hans Welzel que se encontrava insatisfeito com o sistema jurídico vigente na época, que era por ele considerado muito fechado.

Analisando os aspectos dessa teoria pode-se identificar que entre seus requisitos está o fato típico, composto por duas partes, sendo a objetiva (resultado natural da conduta danosa) destacando o nexos de causalidade e na parte subjetiva encontra-se o dolo e a culpa como requisitos de tipicidade.

De acordo com Fernando Capez, na teoria finalista, o dolo é somente a consciência do ato praticado, enquanto a culpabilidade é a consciência da ilicitude na prática do ato. Desta forma, a culpabilidade passa a ser considerada parâmetro normativo, isto quer dizer, a culpabilidade está ligada à consciência do agente de que seu ato foi danoso.

A teoria funcional, foi desenvolvida por Claus Roxin, em meados de 1970, e de acordo com essa linha de pensamento o crime é composto de três pontos distintos: o fato típico, antijurídico e a responsabilidade. No quesito responsabilidade está compreendida a culpabilidade e a necessidade concreta de uma pena como medida punitiva. No entanto, tal teoria não foi muito bem aceita mundialmente, pois o quesito da responsabilidade não fazia parte do entendimento clássico, que vigorava no período.

A teoria de Roxin defendia que o fato típico deveria ser interpretado a partir de uma intervenção mínima, trazendo também a tipicidade do crime com base em quatro requisitos indispensáveis, que são a conduta, o resultado naturalístico, o nexos causal e a adequação típica. Defendia-se que a imputação de maneira objetiva era inerente ao resultado da conduta e que o nexos é direto devido ao risco que o sujeito assumiu ao realizar o ato criminoso.

Analisando a teoria finalista dissidente encontram-se como adeptos os estudiosos do Direito Damásio de Jesus, Fernando Capez e Júlio Frabbrini Mirabete. Esta teoria destaca que o crime é fato típico e a questão da culpabilidade não está atrelada à conduta, mas é pressuposto inerente à pena.

Quanto à teoria constitucionalista do delito, encontram-se os dizeres de Luiz Flávio Gomes¹³, que assevera:

Traz como grande novidade que não há crime sem ofensa ao bem jurídico (resultado jurídico, princípio da lesividade ou princípio da ofensividade). Os adeptos da teoria finalista da ação, que esta subdividida em bipartida onde a culpabilidade é um mero pressuposto para a aplicabilidade da pena, e tripartida que entende o crime como o fato típico, ilícito ou antijurídico e culpável. Entre as definições esta é a que vem sendo propostas por importantes penalistas, e aparentemente mais aceitável a que considera as três notas fundamentais, essa definição é aceitável tanto para aqueles autores que seguem a teoria causalista (naturalista, clássica, tradicional) onde crime é aquilo que a lei diz que é, sendo ato contrário ao direito, cometido com dolo ou culpa e ameaçado com pena. Assim podemos afirmar, em perspectiva um pouco mais acurada, que o crime é um fato típico produzido por uma conduta humana, seja esta omissiva ou comissiva. É um ilícito, penal em que a culpabilidade é o pressuposto da pena, e a periculosidade o pressuposto da medida de segurança.

Com base no supracitado, o crime é unitário e indivisível, podendo o agente cometer o delito, considerado como fato típico, ilícito (contrário à lei) e culpável, e em determinados casos o fato poderá ser considerado atípico.

Sendo o crime ação ou omissão típica, antijurídica e culpável, independente da ordem cronológica em que estes elementos apareçam, é necessário que cada um dos elementos supracitados sejam analisados em parte e destacada sua importância no todo. A compreensão desses elementos fará com que as informações inerentes ao crime levem à aplicação adequada da pena.

Vale ressaltar a diferença entre crime por ação e crime por omissão. O crime por ação se dá quando o agente se faz de alguma prática que causa dano moral, pessoal ou material a outro. Já na omissão, a falta de ação por parte do agente é a motivação da causa do dano. Pode-se citar como exemplo simples como crime de ação, o roubo, furto, assalto, assassinato, pois o agente praticou ação que trouxe prejuízo a outra pessoa, enquanto o crime por omissão pode ser citado o não socorro à uma vítima, onde a omissão do indivíduo em socorrer a vítima fez com que essa viesse a óbito.

Sobre esse assunto, Damásio de Jesus¹⁴ preleciona:

¹³ GOMES, Luiz Flávio. Origens da Nossa Teoria Constitucionalista do Delito. Disponível em <http://www.lfg.com.br> - 17 de setembro de 2009. Acessado em 15 de agosto de 2016.

¹⁴ JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. Volume 1. Parte Geral. 36ª edição. Saraiva, São Paulo, 2015. p. 211.

A conduta descrita em norma penal incriminadora será ilícita ou antijurídica quando não for expressamente declarada lícita. Assim, o conceito de ilicitude de um fato típico é encontrado por exclusão: é antijurídico quando não declarado lícito por causas de exclusão da antijuridicidade (CP, art. 23, ou normas permissivas encontradas em sua parte especial ou em leis especiais).

Portanto, destaca-se que o crime não é ato lícito, seja o ato praticado contra a integridade física, moral, psicológica, vida ou patrimônio de uma pessoa. Há de se considerar que de acordo com o ato praticado podem ser levados em conta os excludentes de ilicitude, como são os casos de legítima defesa, estrito cumprimento do dever, dentre outros, sem, contudo, deixar de existir o crime.

É preciso que se compreenda que o crime não é um simples fato jurídico, mas sim um ato criminoso que da sua existência se origina o fato jurídico extinguindo ou modificando direitos. Considera-se, portanto, que o fato jurídico é a consequência do crime. Por isso, se passará ao estudo de seus elementos.

Considerando o aspecto formal do crime, encontram-se como elementos a tipicidade e a ilicitude. Quando se fala em tipicidade, ou fato típico, se pode citar os dizeres de Fernando Capez¹⁵, o compreende como sendo “o fato material que se amolda perfeitamente os elementos constantes do modelo previsto na lei penal”.

Tal fato existe mesmo que se enquadre ou não ao modelo legal descritivo, já que é irrelevante para que o fato material exista. Por isso, para que se possa afirmar que o fato é típico e concreto exige-se a presença dos seguintes requisitos: conduta (seja por ação ou omissão), resultado, nexos causal (ou relação de causalidade) e a tipicidade.

A conduta, que é a ação ou omissão, é resultante do comportamento humano. Damásio de Jesus¹⁶ trata a conduta como sendo “ação ou omissão humana consciente e dirigida a determinada finalidade”.

Com base neste conceito, destaca-se que a conduta pode ser dolosa ou culposa, sendo que a dolosa é referente à atuação do agente que assume risco

¹⁵ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, Vol.1, parte geral. ed 6ª,2003.São Paulo, p.106.

¹⁶ JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. Volume 1. Parte Geral. 36ª edição. Saraiva, São Paulo, 2015. p. 212.

de produzir dolo com sua ação e a culposa é relativa à imprudência, imperícia ou negligência do autor.

Já para Fernando Capez¹⁷, compreende-se como “conduta penalmente relevante 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”.

Com base no supracitado, se o fato concreto não apresentar qualquer um dos elementos mencionados não poderá ser considerado como fato típico, não sendo, portanto, crime.

Outro aspecto importante a ser analisado com relação aos elementos do crime é o resultado. O resultado pode ser compreendido sob duas teorias: a naturalística, que analisa o resultado como sendo algo originário da modificação do mundo externo, onde há crimes com e sem resultado, conforme citado por Heleno Cláudio Fragoso:

É ele a modificação do mundo exterior provocado pelo comportamento humano voluntário, o efeito natural da ação que configura a conduta típica; ou seja, o fato tipicamente relevante produzido no mundo exterior pelo movimento corpóreo do agente e a ele ligado por relação de causalidade.

Isto posto, compreende-se o comportamento humano natural é que resulta na ação que pode se configurar em ação ou omissão criminosa, não deixando de lado a causalidade, que liga o agente ao crime cometido. Desta forma, para caracterização do crime, é preciso que se tenha o fato típico, a ilicitude e a culpabilidade, e a análise desses fatores para a configuração do flagrante.

1.2 Excludente de Ilicitude

A ilicitude é a relação antagônica que existe entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico, que possa causar a alguém lesão, exposição a lesão um bem que seja juridicamente protegido, podendo ser ilicitude formal ou ilicitude material.

¹⁷ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, Vol.1, parte geral. ed 6ª,2003.São Paulo, p.108.

No entanto, existem fatores que excluem a ilicitude, reconhecendo que mesmo que a conduta do agente seja ilícita, foi devido a alguns fatores que podem negar a existência do crime.

O Código Penal Brasileiro¹⁸ ressalta esse fato em seu art. 23, que diz:

Exclusão de 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.

De acordo com a o artigo anteriormente descrito, percebe-se que estes três itens podem fazer a diferença para o agente que cometeu o ato em momento em que a omissão do ato poderia levar risco de lesão ou de vida ao agente ou a terceiros.

Descrevendo cada um dos itens excludentes de ilicitude, inicia-se pelo estado de necessidade, conforme art.24 do Código Penal:

Estado de necessidade

Art. 24 - 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.

§ 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

Pode-se perceber que é o sacrifício de um bem jurídico legalmente protegido frente a um perigo inevitável, que pode ser contra o agente ou uma terceira pessoa, não havendo outro caminho a ser senão esse. Como a vida é um direito inalienável e superior em hierarquia frente aos demais, se justificaria a ação do agente e por isso não poderia haver reconhecimento de crime.

¹⁸ BRASIL. Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acessado em 30 de setembro de 2016.

No entanto, para caracterização legal estado de necessidade, dois requisitos devem ser levados em consideração: a existência de perigo atual e inevitável e o perigo não haver sido causado pelo agente. Esses pontos são importantes já que se o perigo não era real e inevitável e o agente tinha outras opções, o cometimento do crime era opcional, podendo ser evitado.

Nos casos de legítima defesa, o embasamento é de que como o Estado não pode oferecer proteção em tempo integral dos direitos dos cidadãos, em situações de perigo contra si ou contra outro, o agente deve defender o direito colocado em perigo. Mas é sempre bom compreender que para a legítima defesa o agente deve ter moderação.

Sobre este assunto, Rogério Greco¹⁹ preleciona:

Para que se possa falar em legítima defesa, não basta somente a presença de seus elementos de natureza objetiva, descritos no art.25 do Código Penal. É preciso que, além deles, saiba o agente que atua nessa condição, ou, pelo menos, acredita agir assim, pois, caso contrário não se poderá cogitar de exclusão de ilicitude de sua conduta, permanecendo esta, ainda, contrária ao ordenamento jurídico. (...) Além do agente selecionar os meios adequados à repulsa, é preciso que, ao agir, o faça com moderação, sob pena de incorrer no chamado excesso. Quer a lei impedir que ele, agindo inicialmente numa situação amparada pelo Direito, utilizando os meios necessários, atue de forma imoderada, ultrapassando aquilo que, efetivamente, seria necessário para fazer cessar a agressão que estava sendo praticada.

Diante do exposto, compreende-se que a legítima defesa, de si ou de terceiro, nada mais é do que a tentativa de preservação de um direito legalmente constituído, e que, na ausência do Estado, o cidadão tomará as atitudes necessárias, moderadamente, para fazê-lo.

Quanto ao estrito cumprimento do dever legal, o agente, no cumprimento de seu dever, dentro dos parâmetros corretos, ocasionou a privação do direito de alguém, conforme descreve Rogério Greco²⁰:

O Código não se preocupou em definir o conceito de estrito cumprimento do dever legal, tal como procedeu com o estado de necessidade e a legítima defesa. Contudo, seus elementos podem ser visualizados pela só expressão “cumprimento do dever legal”. (...). Inicialmente, é preciso que haja um dever legal imposto ao agente,

¹⁹ GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 7ª edição, revista e atualizada. Editora Impetus, Niterói, 2013. p.79-80

²⁰ Idem. p.74.

dever este que, em geral, é dirigido àqueles que fazem parte da administração pública, tais como os policiais e os oficiais de justiça.

Portanto, para o cumprimento do dever legal, o agente precisa estar sob a ordem, seja ele policial ou oficial de justiça, de modo que não possa se recusar a cumprir seu dever, mesmo que isso o leve a ferir o direito de outro.

1.3 Tipicidade Conglobante

Analisando a Teoria do Direito Penal, é preciso que o fato típico exija que a conduta do agente seja proibida pelo ordenamento jurídico como um todo, ou seja, de maneira global, não somente no direito penal, mas em outros dispositivos legais.

O direito não pode ser considerado parte de algo, mas deve ser analisado no seu todo, em bloco monolítico independente de sua esfera, na ordem conglobante. A conduta ilícita em um ramo do direito não poderá ser considerada lícita em outro ramo.

Nesse caso específico o exercício regular do direito deixa de ser excludente de ilicitude e passa a ser excludente de tipicidade, haja vista que a partir do momento em que o fato é um direito, ele não pode ser considerado um crime.

Portanto, a excludente de tipicidade pode ser analisada sob dois aspectos: tipicidade legal ou formal, que é a correspondência entre o que está escrito no ordenamento jurídico com o fato praticado no caso concreto e a tipicidade conglobante, que é a conduta anormal, que viola a norma, considerando o ordenamento jurídico como um todo.

Vale ressaltar que a tipicidade legal é o enquadramento formal da conduta, sendo insuficiente para que o fato típico exista, enquanto a conglobante seja anormal diante de todo o ordenamento jurídico, não somente em parte.

2. PRISÕES CAUTELARES

A prisão é o resultado proferido pela justiça de que o indivíduo cometeu um crime e deverá responder pelos seus atos diante da sociedade por meio da restrição da sua liberdade.

Quando se trata de uma prisão proveniente de uma sentença condenatória, que já transitou em julgado, onde foi imposta uma pena restritiva de liberdade, diz-se que essa é uma prisão penal. No entanto, para que ela ocorra, deve-se passar pelo devido processo penal, respeitando todas as suas garantias.

Compreende-se que a prisão penal é o resultado de uma punição estatal, caracterizada como definitiva, utilizada de forma mínima possível. Por sua vez, a prisão cautelar é aquela decretada antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, buscando garantir eficácia da investigação e/ou do processo. É considerada como uma medida excepcional, onde se analisa não a culpabilidade, mas a periculosidade do agente caso o mesmo permaneça em sociedade.

Renato Brasileiro de Lima²¹ destaca:

Em um estado que consagra o princípio da presunção de não culpabilidade, o ideal seria que a privação da liberdade de locomoção do imputado somente fosse possível por força de uma prisão penal, ou seja, após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Todavia, entre o momento da prática do delito e a obtenção do provimento jurisdicional definitivo, há sempre o risco de que certas situações comprometam a atuação jurisdicional ou afetem profundamente a eficácia e utilidade do julgado. Daí o caráter imperioso da adoção de medidas cautelares, a fim de se atenuar o risco.

Por isso, considera-se que a prisão cautelar seja caracterizada como uma providência em caráter de urgência, que visa prisão jurisdicional de forma mais justa, em contribuição ao estado no processo penal. Pode ser em caráter temporário ou preventivo.

Segundo Norberto Avena²², algumas características podem ser identificadas em casos de prisão cautelar:

²¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar**. 1.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p.78.

- 1) Jurisdicionalidade: devem ser impostas pelo Poder Judiciário, excetuando-se desta regra, apenas o disposto no art. 322 do CPP, que possibilita à autoridade policial arbitrar fiança nos crimes cuja a pena máxima não seja superior a quatro anos de prisão. Lembre-se que, na literalidade do art. 319, VIII, do CPP, a fiança possui natureza de medida cautelar;
- 2) Provisoriedade: Como se vê do art. 282, I, do CPP, norteia a aplicação das medidas cautelares a necessidade. Daí se infere que devem elas vigorar apenas enquanto perdurar a situação de urgência que justificou sua decretação. (...)
- 3) Revogabilidade: é característica coligada à provisoriedade, corporificando-se no art. 282, §5º, 1ª parte, do CPP, ao dispor que o juiz poderá revogar a medida cautelar quando verificar a falta de motivo que a subsista. (...)
- 4) Excepcionalidade: as medidas cautelares devem ser aplicadas em hipóteses emergenciais, com o objetivo de superar situações de perigo à sociedade, ao resultado prático do processo ou à execução da pena. (...)
- 5) Substitutividade: esta característica decorre do art. 282, § 4º, 2ª parte, facultando ao juiz, no caso de descumprimento de medida cautelar imposta, substituí-la por outra. (...)
- 6) Estabelece o art. 282, § 1º que as medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

Ainda sobre as características em casos de prisão cautelar, se pode descrever melhor algumas das situações apresentadas. No que diz respeito ao princípio da jurisdicionalidade, este se encontra descrito no art. 5º, inciso LXI da Constituição Federal de 1988, onde se descreve que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Desta maneira, a prisão cautelar, seja preventiva ou provisória, se fundamenta em uma decisão proveniente de um magistrado.

Com relação à provisoriedade, este encontra-se nos parágrafos 4º e 5º do art. 282 do CPP, partindo do pressuposto de que as prisões cautelares são provisionais, ou seja, estão ligadas à uma situação fática, e que caso essa situação não se fundamente, a prisão deverá ser revogada.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

²² AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. Editora Método, São Paulo, 2013. P. 831-833

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Desta maneira, toda prisão cautelar deve estar atrelada aos princípios *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, respeitadas as devidas exceções, tendo o *fumus commissi delicti* como exigência para sua decretação e como fundamento o *periculum libertatis*.

Ainda sobre a provisoriedade, destaca-se que as prisões preventivas são circunstanciais, ou seja, podem ser canceladas ou substituídas por outras medidas cautelares. É uma garantia valiosa ao imputado, já que em caso de mudança da sua situação, aparecendo uma condição mais favorável, este pode ser posto em liberdade ou ter a medida cautelar trocada por uma mais adequada à nova situação.

No que tange à excepcionalidade, considera-se que as medidas cautelares são utilizadas em situações de emergência, e que o prejuízo ao imputado é uma exceção, algo que foge da regra. Desta forma, a prisão preventiva é o último recurso a ser utilizado, considerada o ultimato final das modalidades cautelares.

Fundamenta-se no § 6º do artigo 282 do CPP²³, onde se encontra:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

(...)

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

Da mesma maneira, considera-se importante o descrito no art. 310, inciso II²⁴, que trata do mesmo assunto, de forma complementar:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

(...)

²³ BRASIL. Decreto-lei 3.689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acessado em 28 de outubro de 2016.

²⁴ Idem.

II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão.

Diante do exposto no diploma legal supracitado, é possível compreender que o legislador deu preferência às medidas cautelares em detrimento à prisão preventiva. Não havendo mais alternativas menos gravosas ao réu, cabe a decretação de detenção cautelar.

Estas características são fundamentais para que as medidas cautelares sejam aplicadas, embasando-se no Código de Processo Penal e respaldando o processo na sua fase de investigação e execução.

Neste capítulo serão abordados dois requisitos para as medidas cautelares, que são: requisitos *fumus commissi delicti* e requisitos *periculum libertatis*.

2.1 Requisitos Fumus Commissi Delicti

Entende-se por *Fumus Commissi Delicti* a comprovação da ocorrência de um crime e que são encontrados indícios suficientes de autoria. Como diriam Luiz Flávio Gomes e Luís Ivan Marques²⁵, “é a fumaça da prática de um fato punível”. Consiste na consideração da prova, no limiar da ação penal, sendo entendida como existência de grande probabilidade de ocorrência do delito.

É um requisito cautelar próprio inerente ao Processo Penal. Alguns estudiosos da ciência do Direito o entendem como sendo “a fumaça do bom direito”, no entanto, Aury Lopes Júnior²⁶ afirma que “como se pode afirmar que o delito é a fumaça do bom direito? Ora, o delito é a negação do direito, sua antítese”!

Pelo supracitado, pode-se dizer que o processo penal é necessária cautela no reconhecimento da ocorrência do delito. O *Fumus Commissi Delicti*

²⁵ GOMES, Luiz Flávio, MARQUES, Ivan Luís. (coord.). **Prisão e Medidas cautelares**. 2ª. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 33. Ainda no mesmo sentido, também se referindo à doutrina de Lopes Júnior ver: CÂMARA, Luiz Antônio. Op. Cit., p. 117

²⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.64

é um dos requisitos para que haja a imposição da prisão preventiva e das demais medidas cautelares alternativas, conforme escopo da lei 12.403/2011.

Caso esse requisito não esteja presente, não é possível a aplicação de medidas cautelares alternativas, nem mesmo a prisão preventiva. É preciso que se saiba que o *Fumus Commissi Delicti* não se separa do *Periculum Libertatis*, em caso de aplicação de medidas cautelares e prisão preventiva. Isto se deve ao risco que o agente, réu ou indiciado poderá oferecer caso permaneça em liberdade, tanto causando problemas à ordem pública quanto econômica, ou à conveniência da instrução criminal e à recorrente aplicação da lei penal.

Ainda se ressalta que o *Fumus Commissi Delicti* nada mais é do que o somatório da prova de materialidade de um crime, a partir do momento da existência de indícios suficientes de sua autoria. Em junção com o *periculum libertatis* poderá haver a prisão preventiva do réu.

Não se espera que o *Fumus Commissi Delicti* apresente uma comprovação tal qual a condenação definitiva, mas que ofereça mecanismos suficientes para que se tenha alta probabilidade do cometimento do crime. Neste sentido, Guilherme de Souza Nucci²⁷ cita como exemplo o caso de um homicídio onde existe materialidade suficiente do delito, de maneira que se encontre probabilidade para uma condenação futura, tanto relatos de testemunhas ouvidas no período de inquérito corroborando a morte da vítima, além de laudo atestando a morte da vítima.

Desta forma, fumaça de delito cometido pressupõe a existência de um delito.

2.2 Requisitos “Periculum Libertatis”

Considera-se que no Processo Penal as medidas cautelares são utilizadas como forma garantidora de um andamento pleno do processo, haja vista que devido à morosidade dos trâmites processuais, o suspeito em liberdade pode acabar prejudicando o resultado final ou colocando a vida em sociedade em risco.

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 602.

A aplicação de medidas cautelares visa proteger o andamento do processo, que muitas vezes se perde no lapso temporal entre o fato e sua apuração, e o suspeito estando sob a custódia do Estado pode garantir que a decisão final seja justa, sem influência de terceiros, ou mesmo da opinião pública.

A expressão *Periculum Libertatis* veio substituir a expressão *Periculum in mora*, visando afastar a demora do andamento do processo, sendo realizada em caráter de urgência e buscando prevenir que fatos alheios ao processo interfiram em seu andamento.

O *Periculum Libertatis*, grosso modo traduzido como “perigo na liberdade exercida pelo réu ou indiciado”, é um princípio pelo qual se descreve a necessidade de conter de alguma forma, o réu ou indiciado, durante a demora de conclusão do processo, sem que haja prejuízos probatórios, executórios ou na vida da sociedade. Sua fundamentação se dá pelo art. 312 do Código de Processo Penal²⁸:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Mesmo observando princípio de presunção de inocência, *Periculum Libertatis* é o embasamento para a prisão de um réu ou indiciado que apresente algum tipo de obstáculo ao bom andamento do processo, sendo uma medida preventiva conter o indivíduo para que se possa esperar uma decisão justa de acordo com a ocorrência dos fatos que constam no processo.

Essas medidas cautelares pautadas nos princípios apresentados se baseiam no pensamento do futuro processo, agindo com base na probabilidade de um fato que possa acontecer e interferir no seu andamento, por isso, a necessidade de que o réu ou indiciado seja retirado do convívio social.

Não há que se falar, neste caso, de violação do princípio de presunção de inocência, já que o indivíduo não está sendo preso por culpa declarada, mas com base na probabilidade dos fatos que podem acontecer.

²⁸ BRASIL. Decreto-lei 3.689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acessado em 28 de outubro de 2016.

3. DELEGADO DE POLÍCIA

O delegado de polícia, a exemplo de defensores públicos, procuradores do Estado, promotores de justiça e juízes de Direito, podem utilizar-se de certo grau de discricionariedade jurídica no exercício de sua função.

É importante salientar que essa discricionariedade está limitada de acordo com o entendimento que o delegado assume na condução dos trabalhos, tanto pela lei quanto pela aplicação de jurisprudência em analogia ao caso.

No que diz respeito ao tratamento protocolar que o delegado deve receber, encontra-se o descrito no art. 3º²⁹ da supracitada lei:

Art. 3º O cargo de delegado de polícia é privativo de bacharel em Direito, devendo-lhe ser dispensado o mesmo tratamento protocolar que recebem os magistrados, os membros da Defensoria Pública e do Ministério Público e os advogados.

Pelo exposto, considera-se importante salientar que compete somente ao Delegado de Polícia a decisão de lavratura do auto de prisão em flagrante, e em caso de existência de excludentes, o não lavramento do mesmo.

3.1 Juízo de Legalidade do Auto de Prisão em Flagrante (APF)

O flagrante é considerado como uma forma de prisão autorizada pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º e é regido pela causalidade, pois o indivíduo é flagrado na prática da infração penal ou logo após praticar. Em um primeiro momento é um ato administrativo, e portanto, não necessita ordem judicial. Mas posteriormente é convertido em ato judicial quando da comunicação do mesmo ao Poder Judiciário, para que assim, a legalidade da

²⁹ BRASIL. Lei 12.830, 20 de jun de 2013 . **Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm. Acessado em 08 de novembro de 2013.

detenção seja analisada e tomadas as medidas pertinentes, conforme o art. 310 do Código de Processo Penal³⁰:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

- I - relaxar a prisão ilegal; ou
- II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou
- III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei n^o 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

Dentre as modalidades de prisão cautelar, a prisão em flagrante é tratada diferencialmente, por meio da legislação, por meio de sua forma de imposição. Não existe outra modalidade em que ocorre a possibilidade de segregação cautelar sem respaldo de decreto judicial prévio, já que sua imposição se dá no momento de ocorrência do crime, ou momentos após por meio de autoridades e agentes policiais, e até mesmo, por pessoas do povo.

Norberto Avena³¹ trata da natureza da prisão em flagrante, dizendo:

Antes das alterações ao Código de Processo Penal pela lei 12.403/2011, predominava o entendimento de que sua natureza jurídica era a de prisão cautelar, sendo capaz de manter, por si, o agente segregado enquanto isto fosse necessário para garantir o resultado concreto da investigação criminal ou do processo penal. Enfim, o indivíduo poderia permanecer preso em flagrante por tempo indeterminado no correr do inquérito ou do processo, podendo isto perdurar, inclusive, até o final da demanda se assim justificassem as circunstâncias do caso concreto.

Assim sendo, a prisão em flagrante passa a existir de fato antes de existir juridicamente. Em termos jurídicos sua existência se inicia com a

³⁰ BRASIL. Decreto-Lei 3.689 de 03 de Outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acessado em 24 de outubro de 2016.

³¹ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal Esquematizado**. 5ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013. P.887.

lavratura pela autoridade policial, conforme disposto no art. 304 do Código de Processo Penal³²:

Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto.

§ 1º Resultando das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja.

§ 2º A falta de testemunhas da infração não impedirá o auto de prisão em flagrante; mas, nesse caso, com o condutor, deverão assiná-lo pelo menos duas pessoas que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade.

§ 3º Quando o acusado se recusar a assinar, não souber ou não puder fazê-lo, o auto de prisão em flagrante será assinado por duas testemunhas, que tenham ouvido sua leitura na presença deste.

§ 4º Da lavratura do auto de prisão em flagrante deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.

A partir do momento em que a prisão é documentada, o próximo passo é ser examinada por um juiz competente, já que nenhuma privação de liberdade pode ser mantida sem que haja análise do Poder Judiciário.

Mas quando da prática delituosa, e o suspeito foi recolhido por agentes da polícia ou pessoas da comunidade, este deverá ser entregue à autoridade policial para a lavratura do ato de prisão em flagrante. Vale ressaltar que o juiz também poderá realizar essa lavratura, apoiando-se no art. 307 do CPP.

3.2 Juízo de Necessidade da Prisão Cautelar (art. 322 do CPP)

Ao receber o suspeito de cometimento de infração penal, o Delegado de Polícia tomará as medidas cabíveis para apurar se há necessidade da prisão cautelar.

³² BRASIL. Decreto-Lei 3.689 de 03 de Outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acessado em 24 de outubro de 2016.

Em casos de excludentes de ilicitudes, o Delegado não lavrará o APF, conforme destaca Norberto Avena³³:

Muito embora o fato típico, como dissemos, autorize a prisão em flagrante, não se pode olvidar que, em dadas circunstâncias, deve prevalecer o bom senso. E para tanto, a despeito da literalidade do art. 301 do CPP, no sentido de que as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito, deve-se considerar a existência de uma margem subliminar de discricionariedade, capaz de elidir imputações abstratas de omissão no dever de ofício caso se abstenha a autoridade policial de realizar a prisão em flagrante, preterindo esta conduta em face de outras diligências investigatórias. Estamos nos referindo às situações em que a presença de excludentes de ilicitude mostrar-se evidente, notória, sem margem para dúvidas, assim constatado no momento da abordagem realizada pela autoridade policial, levando em consideração o seu conhecimento e experiência profissional.

Cita-se neste caso, o pai de família que teve seu lar invadido por bandidos armados, que colocaram sua vida em risco e de seus familiares, e em, em luta corporal acabou disparando e ferindo mortalmente o assaltante. Neste caso, configura-se legítima defesa, pois não haveria outra opção senão lutar pela própria vida e pela de sua família.

Neste sentido, Hidejalma Múcio³⁴ destaca:

A autoridade policial, por força do art. 304, § 1º., do CPP, poderá, é certo, relaxar a prisão em flagrante, se da oitiva do condutor, das testemunhas, do ofendido e do interrogatório do autor do fato, verificar que delas não resulta contra o último fundada suspeita. O órgão do Ministério Público também poderá requerer, e o juiz determinar o arquivamento do inquérito policial, quando verificar que o indiciado agiu em legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito ou estrito cumprimento de dever legal. Contudo, para que a autoridade policial relaxe o flagrante, e o promotor de justiça requeira o arquivamento do inquérito policial, é necessário que a prova da excludente de antijuridicidade seja segura, indene de dúvida, forte, robusta, irretorquível, incontroversa, límpida etc. Na existência de dúvida, o flagrante não será relaxado e o inquérito policial não será arquivado, uma vez que nesta fase não se reclama juízo de certeza. Na fase do inquérito vigora o princípio *in dubio pro societate* e não o princípio *in dubio pro reo*. A discussão sobre a incidência ou não da excludente de antijuridicidade ou de ilicitude fica reservada para o processo *stricto sensu*. Admitir o processo quando a excludente de antijuridicidade se mostra provável, vamos lá, afinal é o meio adequado para que seja conhecida e reconhecida; mas admitir a prisão provisória quando há forte juízo de probabilidade de estar o réu acobertado por uma excludente de ilicitude seria grave ofensa ao

³³ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal Esquemático**. 5ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013. P.889.

³⁴ MUCCIO, Hidejalma. **Curso de Processo Penal**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011

direito de liberdade. Daí a garantia da liberdade provisória com fundamento no parágrafo único do art. 310 do CPP

O delegado também analisará os casos de fiança em caso de prisão em flagrante, conforme o que está descrito no art. 322 do Código de Processo Penal, que diz:

Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.

Desta forma, em casos de crimes com pena inferior a 4 anos, o Delegado de Polícia analisará a possibilidade de concessão de fiança para soltura do suspeito. Em caso contrário, caberá ao magistrado conceder ou não a liberdade provisória por meio de fiança.

3.3 Lei 12. 830/13 (Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo Delegado de polícia).

O delegado de polícia precisa ter formação superior em Direito e é considerado como membro de fato das carreiras jurídicas exclusivas do Estado. Conforme o descrito no art. 2º da Lei 12.830/2013³⁵ são características da função:

Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

§ 1º Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.

§ 2º Durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos.

§ 3º (VETADO).

³⁵ BRASIL.. Lei 12.830, 20 de jun de 2013 . Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm. Acessado em 08 de novembro de 2013.

§ 4º O inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei em curso somente poderá ser avocado ou redistribuído por superior hierárquico, mediante despacho fundamentado, por motivo de interesse público ou nas hipóteses de inobservância dos procedimentos previstos em regulamento da corporação que prejudique a eficácia da investigação.

§ 5º A remoção do delegado de polícia dar-se-á somente por ato fundamentado.

§ 6º O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias.

Conforme apresentado pelo dispositivo legal supracitado, o Delegado de Polícia é a autoridade a quem compete comandar o inquérito policial, conduzindo as investigações e o número de diligências que achar necessário para apuração dos fatos.

4. DA POSSIBILIDADE

Quando o assunto são as excludentes de ilicitudes e a sua análise quando da prisão em flagrante, faz-se necessário abordar as questões da possibilidade e da impossibilidade de que o Delegado, como autoridade policial responsável pelo APF possa fazê-lo.

Para fazê-lo, o Delegado de Polícia se justificará com base nos elementos informativos e probatórios de que existem excludentes de ilicitude, e em caso de dúvida, por menor que seja sobre as informações apresentadas e a prática delituosa, não deverá considerar tais excludentes e realizar o APF.

Cabe destacar, que mesmo que o delegado não determine a lavratura de auto de prisão em flagrante contra o indivíduo que pratica fato típico, porém não ilícito ou culpável, isto não quer dizer que o suspeito não necessite ser conduzido à autoridade policial. Deverá ser realizada a captura e condução coercitiva, já que o policial militar, agente de autoridade policial que não pertence à carreira jurídica, realiza tão somente o juízo aparente de tipicidade, não se imiscuindo em análises mais aprofundadas.

4.1 Impossibilidade

A publicação da Lei 12.403/2011 fez com que se voltasse à discussão, em termos de processual penal, a matéria relacionada a prisões, medidas cautelares e liberdade provisória. Nesta discussão destaca-se a exclusão de ilicitude quando do recebimento do auto de prisão em flagrante.

No referido tema, é preciso abordar as excludentes de ilicitude e sua análise na Prisão em Flagrante, além de se considerar a impossibilidade de que a Autoridade Policial, no caso o Delegado de Polícia, dispense a lavratura do Auto de Prisão em Flagrante quando considerar o descrito no artigo 310, Parágrafo Único, do CPP³⁶:

³⁶ BRASIL. **Decreto-Lei 3.689 de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acessado em 17 de agosto de 2016.

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

(...)

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

O que se destaca é que desde a redação anterior, seria da competência do Juiz e somente dele, analisar a existência ou não de excludentes aparentes de ilicitude, concedendo ou não a liberdade provisória após que fosse lavrado o Auto de Prisão em Flagrante pelo Delegado, pois não caberia a ele adentrar nesse mérito, somente realizar a lavratura do APF.

Sobre este posicionamento, Espínola Filho³⁷, destaca que quando da identificação da ocorrência de crime, cabe somente à Autoridade Policial realizar a prisão em flagrante lavratura do Auto de Prisão em Flagrante tão cedo quanto possível ao magistrado, pois é deste a competência sobre a deliberação sobre a concessão ou não da liberdade provisória do indivíduo detido pela Autoridade Policial.

O que se percebe nesta afirmativa é que não caberia, portanto, ao Delegado de Polícia fazer o juízo sobre os aspectos relativos ao crime, como a tipicidade e a ilicitude, devendo o mesmo realizar o APF e encaminhar para a autoridade que seria competente a realizar o juízo.

Com posicionamento de mesmo sentido ao anterior, encontra-se Hélio Tornaghi³⁸, que procura alegar que a legislação brasileira foi prudente ao vedar a análise das excludentes pela Autoridade Policial executora do flagrante, devendo realmente tal mister caber somente ao Juiz. À Autoridade Policial só restaria comunicar a prisão ao magistrado, o qual procederia a devida avaliação.

Desta forma, após entrar o vigor o diploma legal, em recebendo o Auto de Prisão em Flagrante elaborado pela Autoridade Policial, o magistrado deverá se manifestar, podendo decidir por em três caminhos distintos: o

³⁷ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. Campinas: Bookseller, 2000, p. 423.

³⁸ TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 7ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 58.

primeiro caminho poderá ser relaxando a prisão em flagrante ou prisão pré-processual; a segunda é na concessão de liberdade provisória, podendo ou não optar pela aplicação de possíveis medidas cautelares ao invés da prisão, previstas no artigo 319 do CPP, e como terceira opção pode manifestar-se pela conversão do flagrante em prisão preventiva, se assim entender necessária e adequada diante de fundamentos fáticos e jurídicos analisados.

O art.319 do CPP³⁹: assegura ao magistrado a aplicação de uma das medidas cautelares:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

- I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
- VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- IX - monitoração eletrônica.

Diante do apresentado, ressalta-se os dizeres de Guilherme de Souza Nucci⁴⁰, que afirma haver divergência sobre o tema:

(..) confirmado o fato, a autoridade policial deve lavrar, sempre, o auto de prisão em flagrante tão logo tome conhecimento da detenção ocorrida, realizando apenas o juízo de tipicidade, sem adentrar as demais excludentes do crime

³⁹ BRASIL. **Decreto-Lei 3.689 de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acessado em 17 de agosto de 2016.

⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza- **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: RT 2008, p.61.

Conforme o citado, o delegado de Polícia somente tem atribuição para fazer um “juízo de tipicidade” dos fatos, sem adentrar nas demais excludentes.

4.2 Da Possibilidade

O delegado de polícia é a autoridade estatal que, a exemplo do magistrado, deve agir com isenção e deve concentrar em suas mãos o poder de decidir sobre o direito de ir e vir dos cidadãos. No entanto, este não deve atuar como um interventor nas capturas, haja vista que este possui competência funcional a partir da adoção das medidas legais.

Alide Bianchini et al⁴¹ destacam 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

É preciso se compreender que a autoridade e competência do Delegado de polícia vão além do poder da autoridade de polícia judiciária. O reconhecimento de possíveis causas de excludente de ilicitude configura-se em um dever quando do desempenho da sua missão, que tem como objetivo garantir direitos fundamentais, devendo ser repelidas eventuais interferências em detrimento do interesse público.

Norberto Avena destaca⁴²:

Não podemos diminuir a importância do delegado de polícia afirmando que ele deve fazer apenas um juízo de tipicidade ou de subsunção entre os fatos e o tipo penal. Cabe a autoridade de polícia judiciária analisar o fato como um todo, com todas as suas peculiaridades e decidir fundamentadamente. Não convence o argumento de que a análise da autoridade policial deve ser superficial, atendo-se tão somente à aparência da tipicidade formal, isso sob pena da admissão de que o sistema processual penal é erigido tendo um ator que não somente é autorizado, mas obrigado a

⁴¹ BIANCHINI, Alice; MARQUES, Ivan Luis; GOMES, Luiz Flavio; CUNHA, Rogério Sanches; MACIEL, Silvio. *Prisão e medidas cautelares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 139.

⁴² AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal Esquematizado**. 5ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013. P.889.

agir violando sua consciência jurídica, bem como, o que é pior, lesionando os direitos fundamentais de alguém por mera formalidade. Seria o império de uma burocracia autoritária. (...) Não tem cabimento constranger uma Autoridade a fingir que não percebe a inexistência de delito a ser imputado a alguém, prendendo essa pessoa mesmo assim.

Caberá ao Delegado de polícia, realizar a excludente de ilicitude no momento da lavratura do Auto de Prisão em Flagrante, não sendo necessário realizar somente o registro da captura e o encaminhamento ao magistrado, pois é o Delegado de Polícia, aquele que possui competência para tanto.

Marino Franceschi aborda a questão dizendo:

Certo é 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.

Dando suporte ao supramencionado, estão os dizeres de Luiz Flávio Gomes e Ivan Luís Marques⁴³, que comentam o parágrafo único do artigo 310 do CPP, nos seguintes termos:

O dispositivo fere até mesmo o senso comum. Tomemos alguns exemplos: Um atirador de elite, após suas negociações frustradas, mata o infrator que mantinha o refém sob a mira do revólver; o marido entra em luta corporal com o assaltante e consegue matá-lo quando o infrator prepara-se para executar a esposa; policiais, ante a recusa do morador, arrombam a porta (art.245 §2 do CPP) e prendem um perigosíssimo procurado, em cumprimento de mandado de prisão; o boxeador, dentro das regras do jogo, fere o adversário. A seguir a lógica do CPP, nessas hipóteses o Delegado de Polícia (que para parte da doutrina deve fazer apenas um juízo de tipicidade do fato), deve autuar em flagrante o atirador de elite (que agiu no estrito cumprimento do dever legal), o marido (que agiu em legítima defesa da esposa), os policiais (que agiram no estrito cumprimento do dever legal) e o boxeador (que agiu no exercício regular de direito). E

⁴³ GOMES, Luiz Flávio. MARQUES, Ivan Luís. **Prisões e Medidas Cautelares. Comentários à Lei 12403, de 4 de maio de 2011.** São Paulo: RT 2011. Pg.137

somente depois o juiz é quem deve conceder a liberdade provisória ao preso, com compromisso de ele comparecer a todos os atos do processo, sob pena de revogação da liberdade.

Desta forma, considera-se que seja o Delegado de Polícia a autoridade vocacionada na condução da fase investigativa, dos raciocínios jurídicos necessários ao bom desempenho de seu *mister*, empurrando o indivíduo para a ilicitude por intermédio de indevida privação da liberdade.

É um direito de cada cidadão que a autoridade de polícia judiciária sirva como o primeiro anteparo de proteção do Estado na persecução penal, razão pela qual não se deve subtrair do delegado de polícia sua análise jurídica fundamentada apta a obstar encarceramentos desnecessários.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Crime é a infração penal que é composta por fato típico, ilícito e culpável. Para sua configuração é preciso a presença destes requisitos, pois a conduta criminosa vai de encontro ao ordenamento penal, causando danos patrimoniais, morais ou físicos.

Analisar estes requisitos é necessário para que se compreenda como o agente se manifesta e qual norma foi ignorada e infringida. É nesse liame que se dá a captura e apresentação do criminoso ao Delegado de Polícia, autoridade competente que deverá realizar o auto de prisão em flagrante daquele que cometeu ato criminoso.

Na apresentação do indivíduo, o Delegado de Polícia poderá, amparado por dispositivos legais, realizar a excludente de ilicitude se ainda entender prudente, pautado nos fatos apresentados.

Alguns doutrinadores discordam dessa possibilidade, mas o que se pretende com isso não é a liberação de criminosos sem nenhum critério, mas contar com o poder discricionário da autoridade policial, que se justificará com base legal o porquê da liberação do suspeito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. Editora Método, São Paulo, 2013. P. 831-833

BIANCHINI, Alice; MARQUES, Ivan Luis; GOMES, Luiz Flavio; CUNHA, Rogério Sanches; MACIEL, Silvio. *Prisão e medidas cautelares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 139.

BRASIL. **Decreto lei 2.848 de 07 de julho de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm. Acessado em 19 de agosto de 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei 3.689 de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm. Acessado em 17 de agosto de 2016.

BRASIL. **Lei 3.914 de 1941**. VADE MECUM, ed.saraiva, 2009.p.531.

BRASIL. **Lei 12.830/2013**. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm. Acessado em 08 de novembro de 2013.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. O delegado de polícia e a análise de excludentes na prisão em flagrante. Revista **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10804. Acessado em 21 de agosto de 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, Vol.1, parte geral. ed 6ª,2003.Sao Paulo, p.105.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. Campinas: Bookseller, 2000, p. 423.

FANTECELLE, Gylliard Matos. **Prisão em Flagrante e os Requisitos Legais Para sua Conversão**. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13177&revista_caderno=3. Acessado em 19 de agosto de 2016.

GOMES, Luiz Flávio. BIANCHINI, Alice. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. Editora Podivm, 2012. P.138

GOMES, Luiz Flávio. **Origens da Nossa Teoria Constitucionalista do Delito**. Disponível em <http://www.lfg.com.br> - 17 de setembro de 2009. Acessado em 15 de agosto de 2016.

GOMES, Luiz Flávio, MARQUES, Ivan Luís. (coord.). **Prisão e Medidas cautelares**. 2ª. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 33. Ainda no mesmo sentido, também se referindo à doutrina de Lopes Júnior ver: CÂMARA, Luiz Antônio. Op. Cit., p. 117

GOMES, Luiz Flávio. MARQUES, Ivan Luís. **Prisões e Medidas Cautelares. Comentários à Lei 12403, de 4 de maio de 2011**. São Paulo: RT 2011. Pg.137

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 7ª edição, revista e atualizada. Editora Impetus, Niterói, 2013. p.79-80

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. Volume 1. Parte Geral. 36ª edição. Saraiva, São Paulo, 2015. p. 211.

LOPES JÚNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.64

MIRABETE, Júlio Fabrinni. **Manual de Direito Penal**. 22ª edição, São Paulo, 2005. P.96.

MUCCIO, Hidejalma. **Curso de Processo Penal**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011

NOBRE, Keila Cristina. **Teoria do Crime**. Revista Via Jus. Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2839>. Acessado em 03 de agosto de 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**, 9ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009, p.120.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 602.

PAGLIONE. Eduardo Augusto. **A Prisão em Flagrante e as Causas Excludentes de Antijuridicidade**. ADEPESP. Disponível em: <http://www.adpesp.org.br/artigos-exibir?art=44>. Acessado em 22 de agosto de 2016.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 7ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 58.