

POSSIBILIDADE DE A AUTORIDADE POLICIAL RELAXAR A PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO PELA APLICABILIDADE DAS CAUSAS DE EXCLUSÃO DE ILICITUDE

SANTOS, Douglas Jose
FAVERO, Lucas Henrique

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo o estudo sobre a possibilidade de relaxamento de prisão pela autoridade policial nas situações que ficar evidenciado e demonstrado no caso concreto através de provas materiais ou testemunhas oculares, que o conduzido em estado de flagrância, o praticou resguardado por qualquer das excludentes de ilicitude tipificadas no artigo 23 incisos I, II, e III do Código Penal Brasileiro, e consequentemente ser este colocado em liberdade. Neste contexto dando autonomia ao Delegado de Polícia, de fundamentar no próprio auto de prisão em flagrante os motivos pelo qual o conduzido foi colocado em liberdade, ou quando a autoridade policial se deparar com uma causa de exclusão de ilicitude, restringira a liberdade deste, deixando, portando, de relaxar a prisão em flagrante, remetendo os autos no prazo de vinte e quatro horas ao juiz de direito, que ao analisar os autos decidirá pela liberdade ou não do autuado. Dessa forma a análise à doutrina e à legislação é de suma importância para o entendimento de que o estudo dos direitos fundamentais inerentes ao ser humano é indispensável para manutenção de uma sociedade justa, sem qualquer cerceamento de tais direitos que são imprescindíveis para um estado democrático de direito e os meios metodológicos que estão sendo empregados ao longo deste artigo são: pesquisas na legislação vigente do país, tais como Constituição Federal, Código Penal Brasileiro e Código de Processo Penal, bem como a utilização de material doutrinário, jurisprudência e pesquisas na internet de materiais que tratam sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual Penal. Direito penal. Relaxamento de Prisão em Flagrante. Excludente de ilicitude.

POSSIBILITY OF THE POLICE AUTHORITY TO RELAX PRISON IN FLAGRANTE INJURY FOR THE APPLICABILITY OF THE CAUSES OF EXCLUSION OF ILICITUDE

ABSTRACT:

The purpose of this article is to study the possibility of relaxation of prison by the police authority in situations that are evidenced and demonstrated in the concrete case by means of physical evidence or eyewitnesses, that the one conducted in flagrante delicto, practiced guarded for any of the exclusions of unlawfulness typified in article 23, items I, II, and III of the Brazilian Penal Code, and consequently be released. In this context, giving the police authority the power to justify the reasons why the person was released, or when the police authority is confronted with a cause of exclusion of illegality, would have restricted its freedom, , to relax the arrest in flagrante, reminding the file within twenty-four hours to the judge of law, who in examining the proceedings will decide whether or not the defendant is free. Thus the analysis of doctrine and legislation is of the utmost importance for the understanding that the study of the fundamental rights inherent to the human being is indispensable for maintaining a just society without any restriction of such rights that are essential for a democratic state of law and the methodological means that are being used throughout this article are: research in the country's current legislation, such as Federal Constitution, Brazilian Penal Code and Criminal Procedure Code, as well as the use of doctrinal material, jurisprudence and internet searches of materials that deal with the subject.

KEYWORDS: Criminal Procedural Law. Criminal Law. Relaxation of Prison in Flagrante. Exclusion of Illicitness.

¹Estudante do Curso de Direito da FAG – Centro Universitário da Fundação Assis Gurgacz. E-mail: douglasvininhosantos@outlook.com.

²Professor Orientador. E-mail: lhfavero@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo versar sobre a possibilidade de a autoridade policial relaxar a prisão em flagrante, daquele que se ache amparado por notória e evidente excludente de ilicitude, ante a existência do cometimento de uma infração penal mediante uma causa de exclusão de ilicitude, e conseqüentemente a carência de elementos para a manutenção do cerceamento de liberdade.

A fim de vincular o Direito Processual Penal, o qual não está bem definido pelo atual ordenamento jurídico brasileiro, visto que a autoridade policial está restrita de certo modo a deliberar quanto ao relaxamento da prisão em flagrante, daquele que se acha resguardado por excludente de ilicitude.

O intuito será analisar a possibilidade de relaxamento por meio do próprio Delegado de Polícia, vez que de certa forma este é o primeiro “juiz” da causa a analisar se estão presentes indícios de autoria e materialidade na prática de um delito, observando a possibilidade de aplicabilidade das causas de exclusão de ilicitude no momento da lavratura dos autos.

Desta forma, não sendo justo, portanto, cercear a liberdade de quem praticou a conduta delituosa em legítima defesa, por exemplo, tão logo, não estariam preenchidos os requisitos para a manutenção da prisão em flagrante, que é o cometimento de uma infração penal. Frente a esse fato surge a questão: pode a autoridade policial relaxar a prisão em flagrante, daquele que se ache amparado por evidente e notória causa de excludente de ilicitude?

Com base no problema apresentado, foi possível chegar às hipóteses de que a autoridade policial ao se deparar com uma causa de excludente de ilicitude no momento em que está lavrando o auto de prisão em flagrante delito, colocará o conduzido, imediatamente em liberdade, uma vez não preenchidos os requisitos para a restrição de sua liberdade ou em entendimento diverso a autoridade policial ao se deparar com uma causa de exclusão de ilicitude, manterá o conduzido no cárcere, deixando portando de relaxar a prisão em flagrante, remetendo os autos no prazo de vinte e quatro horas ao juiz de direito, que ao analisar os autos decidirá pela liberdade do autuado.

O escopo do presente artigo consiste na análise geral sobre a prisão em flagrante, expondo o seu conceito, bem como a conceituação de ilicitude e às causas de exclusão de ilicitude, partindo para a conceituação e as funções do delegado de polícia, (autoridade policial) bem como a possibilidade ou não da aplicação das causas de exclusão de ilicitude pela autoridade policial.

De certa forma para que se consiga chegar ao desígnio da presente pesquisa se faz necessário analisar os objetivos específicos, que são: estudo específico da prisão em flagrante e suas características; discorrer sobre a ilicitude, examinar as causas de exclusão de ilicitude, ponderar sobre as funções da autoridade policial, dissertar sobre a possibilidade da aplicação das excludentes de ilicitude em situação de flagrante, pela autoridade policial.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 Da prisão em flagrante

O flagrante é forma de prisão autorizada expressamente pela Constituição Federal, artigo 5º inciso XI, que dispõe que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito”. (BRASIL, 1998).

A lei processual penal estabelece em seu artigo 301, que “qualquer do povo, poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito” (BRASIL, 1941).

Criam-se assim, dois tipos de flagrante: o *flagrante facultativo*, quando se tratar de qualquer do povo; e o *flagrante coercitivo*, quando se referir às autoridades policiais e seus agentes. Ou seja, no facultativo o flagrante recebe a natureza jurídica de um exercício regular do direito, pois a qualquer indivíduo é lícito prender quem quer que seja encontrado nas situações previstas no art. 302 do CPP. Porém, no flagrante coercitivo, a natureza jurídica muda, passando a ser um estrito cumprimento do dever legal (RANGEL, 2015, p. 775).

Segundo Filho (2011) considera-se sujeito ativo da prisão em flagrante aquele que a efetua, podendo ser qualquer cidadão, como particular ou como autoridade, conforme estabelece o artigo 301 do Código de Processo Penal, ocorrendo que quando a prisão for realizada por particular, trata-se de modalidade de prisão facultativa, e quando a prisão for realizada pela autoridade policial ou seus agentes, diz-se obrigatória.

O Código de Processo Penal autoriza qualquer pessoa do povo a realizar a prisão em flagrante, bem como a constituição federal autoriza a violação do domicílio sem mandado judicial e mesmo à noite, quando presente situação de flagrante delito conforme dispõe o artigo 5º, inciso XI da Constituição Federal (OLIVEIRA, 2012).

Em se tratando do sujeito passivo da prisão em flagrante delito, Manzano (2013, p. 491) entende que “qualquer pessoa pode ser sujeito passivo da prisão em flagrante delito. Há, contudo, exceções: os diplomatas estrangeiros e o presidente da república”.

A prisão em flagrante exige, para sua configuração, dois elementos imprescindíveis: a atualidade e a visibilidade. Na atualidade pode-se dizer que é própria pela situação flagrancial, ou seja, algo que está acontecendo naquele momento ou acabou de acontecer. Na visibilidade ocorre a ocorrência externa ao ato, pode se entender como a situação em que alguém atesta a ocorrência do fato, ligando-o ao sujeito que o pratica. Dessa forma, somada a atualidade e a visibilidade, tem-se o flagrante delito (RANGEL, 2015).

O artigo 302, em seu inciso I, trata que é considerado em flagrante delito, o agente que está cometendo a infração penal, em seguida o inciso II do mesmo artigo, dispõe que se considera em flagrante delito quem acaba de cometer a infração penal, logo após o inciso III, dispõe também que o agente que é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração, também se considera em flagrante delito, e por último no inciso IV do mesmo código, é considerável em flagrante delito o agente que é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração (BRASIL, 1941).

A prisão é de certa forma um ato de retirar a liberdade individual daquele que comete uma infração penal, sendo o flagrante dividido em flagrante próprio ou real, impróprio ou quase flagrante, presumido ou ficto (OLIVEIRA, 2012).

Se, na flagrância, há manifesta evidência probatória quanto ao fato típico e sua autoria, justifica-se a detenção daquele que é surpreendido cometendo a infração penal, a fim de que a autoridade competente, com presteza, possa constatar a realidade fática, colhendo sem tardança, prova da infração (FILHO, 2011, p. 663).

Segundo Oliveira (2006) conclui-se que apenas a situação mencionada no artigo 302, inciso I, caracteriza uma situação de ardência de visibilidade incontestável da prática do fato delituoso. Ali se afirma a existência da prisão em flagrante quando alguém está cometendo a infração penal.

O artigo 302, em seu inciso II, prevê como situação de flagrante quando alguém acaba de cometer a infração penal, em que embora já desaparecida a ardência e crepitação, podem-se colher elementos ainda sensíveis da existência do fato criminoso, bem como de sua autoria. (OLIVEIRA, 2012).

No mesmo sentido Filho (2011) afirma que se configura flagrante em sentido próprio quando o indivíduo é surpreendido na prática da infração penal, ou seja, quando surpreendido no instante mesmo da prática da infração, ou quando acaba de cometê-la.

Segundo Manzano (2013) entende-se por flagrante próprio quando o agente é surpreendido cometendo uma infração penal, ou logo após cometer uma infração penal, conforme previsto no artigo 302, incisos I e II do Código de Processo Penal.

Nas palavras de Oliveira, (2012, *apud*, BRASIL, 1941) “a hipótese do artigo 302, III, chamada pela doutrina de flagrante impróprio ou quase flagrante” (expressão quase incompreensível) cuida do caso em que alguém “é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser o autor da infração”.

O que deve ser decisivo aqui é a imediatidade da perseguição (cuja definição ainda veremos adiante) para o fim de caracterizar a situação de flagrante. A perseguição como ocorre em qualquer flagrante, pode ser feita por qualquer pessoa do povo (art. 301, CPP) e deve ser iniciada logo após o cometimento do fato, ainda que o perseguidor não o tenha efetivamente presenciado. Não há um critério legal objetivo para definir o que seja o *logo após* mencionado no art. 302, devendo a questão ser examinada sempre a partir do caso concreto, pelo sopesamento das circunstâncias do crime, das informações acerca da fuga e da presteza da diligência persecutória (OLIVEIRA, 2012, p. 526).

E ainda tratando das modalidades de prisão em flagrante, Oliveira (2006) afirma que o flagrante presumido é a última modalidade de prisão em flagrante, podendo perfeitamente estar incluído no flagrante *impróprio*, até mesmo porque fundado, tal como aquele, em verdadeira presunção.

O artigo 302, Caput e inciso IV do Código de Processo Penal, Caput e dispõe que se considera em flagrante delito quem é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração (BRASIL, 1941).

Ora, veja-se bem: estar na posse (ou detenção) de “instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração” é exatamente o mesmo que dizer “em situação que faça presumir ser ele o autor da infração”, conforme a regra do flagrante *impróprio* (art. 302, III). Enquanto no primeiro caso se declina uma situação *específica*, no segundo se faz referência a uma situação genérica, que por si mesmo, abrange as demais. De outro lado o *logo depois* (do inc. IV) não pode ser diferente do *logo após* (do inc. III), significando ambos a relação de imediatidade entre o início da perseguição, no flagrante impróprio, e o *encontro* com o acusado, no flagrante presumido. A diferença residiria, assim, no fato de que em um (impróprio) haveria *perseguição*, e, no outro (presumido), o que ocorreria é o *encontro* (OLIVEIRA, 2006, p. 424).

Ao tratar da prisão em flagrante Oliveira (2012) ensina que a prisão em flagrante se revela extremamente útil e proveitosa, referente à qualidade e à idoneidade da prova colhida imediatamente após a prática do delito.

2.1.1 Da Ilcitude

A ilcitude ou antijuridicidade é contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico, e este ordenamento de forma ampla, não se resumindo somente a matéria penal, mas também de natureza civil, administrativa tributária etc. Desta forma, se a conduta típica do agente colidir com o ordenamento jurídico, pena esta será penalmente ilícita (GRECO, 2014).

A ilcitude é dividida em suas espécies, tais como ilcitude formal, ocorrendo quando entendida como a mera contrariedade do fato ao ordenamento jurídico; ilcitude material, em que ocorre uma contrariedade e uma lesividade social na conduta, a qual não se limita a afrontar somente o ordenamento jurídico, provocando um efetivo dano a coletividade; ilcitude subjetiva ocorre se o agente tiver capacidade de avaliar seu caráter criminoso, e a ilcitude objetiva, independe da capacidade de avaliação do agente, bastando que o fato típico no plano em concreto esteja amparado por causa de exclusão (CAPEZ, 2017).

A ilcitude, nada mais é do que a contradição entre uma determinada conduta e o ordenamento jurídico, pelo qual em determinada conduta de um indivíduo, a sua ação ou a sua omissão se torna típica, tornando-se ilícitas, devendo em primeiro lugar verificar, se o fato é típico ou não, se verificada a atipicidade, não há o que se falar em ilcitude, uma vez que se o fato não está tipificado como crime, não se pode falar em tipicidade e nem mesmo em ilcitude (CAPEZ, 2017).

Corroborando com esse pensamento, Nucci (2011, p.255):

A ilcitude ou antijuridicidade é a contrariedade de uma conduta com o direito, causando efetiva lesão a um bem jurídico protegido. Trata-se de um prisma que leva em consideração o aspecto formal da antijuridicidade (contrariedade da conduta com o direito), bem como o seu lado material (causando lesão a um bem jurídico tutelado).

2.1.2 Das Excludentes de Ilcitude

A doutrina utiliza-se de terminologias bem variadas para denominar as causas legais de exclusão de ilcitude, tais como causas de antijuridicidade, causas de exclusão de ilcitude,

causas de justificação, causas justificantes, causas de exclusão de crime, dentre outras. (BITENCOURT, 358).

O Código Penal Brasileiro estabelece em seu artigo 23 Caput, que não haverá crime, quando este for praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, e em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito (BRASIL, 1940).

Segundo Nucci (2011) se ocorrer a presença de qualquer das causas de excludente de ilicitude, tipificadas no artigo supramencionado, estará se afastando um dos elementos do crime, que é a contrariedade da conduta ao direito.

As excludentes de ilicitude podem estar previstas na parte geral do Código Penal, sendo válidas para todas as condutas tipificadas na parte especial do Código Penal, ou em lei penais especiais, tendo previsão no artigo 23 Caput e seus incisos, sendo que as causas de exclusão de ilicitude também podem encontrar-se na parte especial do Código Penal, sendo válidas, apenas, para alguns delitos, como exemplo tem-se o aborto necessário previsto no artigo 128, inciso I do Código Penal (NUCCI, 2011).

Segundo Nucci (2011) as excludentes de ilicitude também podem estar previstas na legislação extrapenal, constituindo modalidades específicas de estado de necessidade, legítima defesa, cumprimento de dever ou exercício de direito, mas que se voltam à situação específica, não descrita em leis penais, que é o caso legítima defesa, prevista no artigo 1.210 §1º do Código Civil, que dispõe que o possuidor turbado ou esbulhado poderá restituir-se por sua própria força.

A excludente de ilicitude não necessariamente precisa estar prevista expressamente em lei, que é o caso do consentimento do ofendido, consistente no desinteresse da vítima em fazer valer a proteção legal ao bem jurídico que lhe pertence (NUCCI, 2011).

O Código Penal Brasileiro em seu artigo 24 dispõe 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”. (BRASIL, 1940).

Ao tratar do assunto Nucci (2011, p. 259) dispõe que o estado de necessidade, “é o sacrifício de um interesse juridicamente protegido para salvar de perigo atual e inevitável o direito do próprio agente ou de terceiro, desde que outra conduta, nas circunstâncias concretas, não fosse razoavelmente exigível”.

E ainda em relação às excludentes de ilicitude o Código Penal Brasileiro, em seu artigo 25, dispõe que “entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem” (BRASIL, 1940).

A legislação somente autoriza o cidadão a agir em sua própria defesa quando ocorre a total impossibilidade de recorrer ao Estado, por meio de seus agentes de segurança, uma vez que o Estado é responsável constitucionalmente pela segurança de todos os cidadãos (GRECO, 2014).

A impossibilidade de atuação dos órgãos do estado não é sequer um pressuposto ou requisito da legítima defesa. Se a agressão coloca em perigo o bem jurídico atacado, a defesa é necessária com independência de que os órgãos do estado possam atuar ou não nesse momento de um modo eficaz. Se o particular, ao impedir ou repelir a agressão, não vai mais além do estritamente necessário e concorrem os demais requisitos da eximente, estará amparado pela mesma, ainda que um agente da autoridade houvesse podido atuar nesse mesmo momento, do mesmo modo (CEREZO MIR, *apud* GRECO, 2014, p.210).

O artigo 23, inciso III, já mencionado, dispõe que não há crime quando o agente pratica o crime em estrito cumprimento do dever legal, sendo que para tanto é preciso que haja um dever legal imposto ao agente (GRECO, 2014).

O estrito cumprimento do dever legal compreende os deveres de intervenção do funcionário na esfera privada para assegurar o cumprimento da lei ou de ordens de superiores da administração pública, que podem determinar a realização justificada de tipos legais, como a coação, privação de liberdade, violação de domicílio, lesão corporal etc. (CIRINO SANTOS, *apud* GRECO, 2014, p.369).

E ainda o artigo 23 em seu inciso III, trata ainda sobre a justificante do exercício regular de um direito, que é o exercício de um direito, que de forma regular será exercido nos limites impostos pelos próprios fins do direito, sendo que fora destes limites haverá o abuso de direito, e não será cabível, portando, esta justificante (BITENCOURT, 2010).

“O conceito de direito empregado pelo inciso III do art. 23, compreende todos os tipos de direito subjetivo, pertençam eles a este ou àquele ramo do ordenamento jurídico – de direito pena, de outro ramo de direito público ou privado - podendo ainda tratar-se de norma codificada ou consuetudinária”. (JUNIOR, *apud* GRECO, 2014, p.374).

2.1.3 Da Função da Autoridade Policial

De acordo com os preceitos constitucionais a função da autoridade policial além de efetuar a prisão daquele que se ache preso em flagrante delito, deverá também apurar as infrações penais, neste aspecto o dispositivo 144 § 4º da Magna Carta, dispõe que:

A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: [...] § 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de

polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares (BRASIL, 1988).

Sendo assim, cumpre a autoridade policial, não somente efetuar a prisão, mas sim apurar as infrações penais bem como a sua autoria, incumbindo à autoridade policial, ou seja, o delegado de polícia de carreira as funções da polícia judiciária na apuração das infrações penais (BRASIL, 1941).

Observa-se que a atividade desenvolvida pela autoridade policial é de suma importância para o cometimento da justiça, sendo certo que a autoridade policial somente pode recolher o preso em flagrante delito para o cárcere se resultar das respostas fundadas contra o conduzido, ou seja, se presente os indícios suficientes de autoria e materialidade (BRASIL, 1941).

A autoridade judiciária incorrerá no crime de abuso de autoridade caso não ocorra o relaxamento da prisão manifestamente ilegal, o que também ocorrerá com a autoridade policial, caso mantenha alguém no indevido cárcere sem que este tenha tomado às medidas necessárias para a averiguação da verdade real, conforme trata o artigo 4º da Lei 4.898/65, que dispõe que “Constitui também abuso de autoridade ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder” (BRASIL, 1965).

2.1.4 Da possibilidade do relaxamento da prisão em flagrante pela autoridade policial aplicando as causas excludentes de ilicitude

As excludentes de ilicitude estão tipificadas no Código Penal Brasileiro como já demonstrado, sendo certo que não constitui crime quando a conduta do agente em qualquer das excludentes de ilicitudes tipificadas no artigo 23 do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940).

O Código de Processo Penal em seu artigo 304, Caput, dispõe que nos casos de prisão em flagrante o preso será apresentado à autoridade policial, onde após ouvir o condutor, após colhida a sua assinatura, entregando ao mesmo cópia do termo e recibo de entrega do preso, 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 (BRASIL, 1941).

E o § 1º do artigo supramencionado dispõe que o autuado em flagrante somente será levado à prisão quando resultar das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, não podendo a autoridade policial recolher o autuado ao cárcere, sob pena de cometimento de abuso de autoridade como já visto (BRASIL, 1941).

Se das respostas do condutor e das testemunhas não resultar fundada suspeita contra o conduzido, interpretando-se *a contrario sensu* o artigo 304, §1º, do CPP, a autoridade policial não poderá recolhê-lo à prisão, devendo determinar sua imediata soltura (LIMA, 2015, p. 917).

No mesmo sentido Mirabete (2006) diz que a autoridade policial quando recebe a comunicação do flagrante poderá relaxar a prisão, não estando obrigada a recolher o autuado a prisão, somente podendo recolher o mesmo à prisão quando fundada suspeita contra o conduzido, caso contrário deverá relaxar a prisão, devendo fundamentar as razões pelo relaxamento.

Observa-se que se o agente cometeu o delito amparado por uma causa manifesta e evidente excludente de ilicitude, logo não cometeu crime algum como descrito no artigo 23 do Código Penal Brasileiro, tão certo não será necessário à sua manutenção no cárcere o que ocorrerá com o relaxamento da prisão (BRASIL, 1941).

É sabido que em uma sociedade justa o mínimo que se espera daqueles que buscam e que proclamam a justiça é que estes o façam justiça, e neste sentido o estado caminha com avanços fundamentais no ordenamento jurídico para a concretização da verdadeira justiça, e para tanto o atual Ministro de Justiça apresentou projeto de lei nº 882/2019, com proposta de alteração do artigo 309-A do Código de Processo Penal, incluindo a seguinte alteração:

“Art. 309-A. Se a autoridade policial verificar, quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, que o agente manifestamente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, deixar de efetuar a prisão, sem prejuízo da investigação cabível, e registrar em termo de compromisso a necessidade de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revelia e prisão.” (BRASIL, 2019).

Observa-se que o artigo supracitado propõe que o Delegado de Polícia, deixe de efetuar a prisão de quem praticou o delito sustentado por uma excludente de ilicitude, devendo ser fundamentado a decisão da autoridade policial que conceder a liberdade ao conduzido na lavratura do auto de prisão em flagrante, o que vem ao encontro dos fundamentos até aqui expostos, quanto à possibilidade de relaxamento da prisão em flagrante pela autoridade policial, garantindo desta forma o direito a liberdade que é um bem jurídico tutelado pela norma constitucional.

E ainda segundo Lima (2015) a maior parte da doutrina entende que é possível o relaxamento da prisão pela autoridade policial, devendo o mesmo nas causas que entender que o autuado cometeu o crime amparado por uma excludente de ilicitude, colocar o autuado imediatamente em liberdade, somente passível de verificação ao final da formalização do auto

de prisão em flagrante, onde ao se convencer das provas, relaxará a prisão em flagrante se não fundar suspeita contra o conduzido.

Em entendimento contrário da maioria da doutrina, Lima (2015) entende não se trata necessariamente relaxamento da prisão em flagrante, uma vez que a Magna Carta em seu artigo 5, inciso LXV, dispõe que apenas a autoridade judiciária tem competência para realizá-lo, sendo certo que este ato realizado pela autoridade policial não se chamará de relaxamento de prisão em flagrante, mas sim de não ratificação de voz de prisão dada pelo condutor, uma vez entender que o autuado não cometeu crime algum.

No mesmo sentido Lima (2017) diz que a prisão em flagrante é um ato complexo que envolve a captura, condução coercitiva, lavratura do auto e recolhimento a prisão, e somente assim seria viável o relaxamento da prisão em flagrante que se daria pela autoridade judiciária, sendo cabível pela autoridade policial apenas a não ratificação da prisão em flagrante efetuada pelo policial e não o relaxamento da prisão em flagrante, que seria de competência apenas da autoridade judiciária conforme preceitua a constituição federal em seu artigo 5º inciso LXV.

Entendendo ainda que a autoridade policial está cerceada de realizar qualquer juízo de valor no momento da prisão em flagrante, acerca das causas de exclusão de ilicitude, o que poderia somente ser realizado pela autoridade judiciária com força no artigo 310 parágrafo único do Código de Processo Penal, que preceitua que a liberdade provisória somente poderia ser concedida pelo juiz pode quando verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato acobertado por uma causa excludente da ilicitude. (LIMA, 2017).

“Em outras palavras, se a lei preceitua que o juiz deve conceder liberdade provisória ao agente que praticou o fato acobertado por uma excludente da ilicitude, significa dizer que a autoridade policial é obrigada a prender aquele agente encontrado em situação de flagrância de conduta aparentemente típica, mesmo que haja indícios de ter o agente praticado o fato delituoso sob o amparo de alguma descriminante (ou exculpante)”. (LIMA, 2017, p. 823).

Observa-se que mesmo existindo evidente e notória causa de exclusão de ilicitude a autoridade policial não poderá de qualquer maneira realizar qualquer juízo de valor, e consequente não poderá colocar o agente que cometeu o delito amparo por uma exclusão de ilicitude em liberdade, tendo que manter a prisão em flagrante e cercear a liberdade do mesmo.

Segundo Capez (2016) para tratar-se de relaxamento de prisão em flagrante pela autoridade policial é necessário que o auto de prisão em flagrante seja formalizado e o conduzido seja encarcerado sendo efetivada a prisão, e somente após a autoridade policial toma conhecimento de um fato que tornaria a prisão abusiva poderia falar em relaxamento da prisão em flagrante, se ainda não comunicada à autoridade judiciária.

É o caso de um crime de ação penal pública condicionada a representação, em que o ofendido se retrata após a lavratura do auto. A prisão tornou-se ilegal e, desde logo, pode ser relaxada pela própria autoridade policial, na medida em que sua comunicação ao juiz retardaria ainda mais a soltura de alguém que não mais deve permanecer preso. (CAPEZ, 2016, p. 363)

Em situação diversa da descrita o Delegado de Polícia pode deixar de ratificar a voz de prisão efetuada pelo condutor, liberando imediatamente o apresentado, sem que formalize o auto de prisão em flagrante, não se tratando de relaxamento de prisão, uma vez que ela não chegou sequer a ser efetivada, e o recolhimento ao cárcere nem chegou a se completar, encontrando-se o apresentado apenas detido, à espera de formalização de sua prisão, não havendo prisão a ser relaxada. (CAPEZ, 2016).

É certo que a prisão ocorre quando a voz de prisão é dada pelo policial ao autor da infração, uma vez que a liberdade de locomoção já se encontra restringida, e o autor da prisão conduzido à autoridade policial, não se tratando de apresentação espontânea a autoridade policial, mas sim de condução pelos policiais que efetuaram a prisão, o que permite o relaxamento da prisão ilegal, quando evidente e notória causa de exclusão de ilicitude, (LENZA, 2013).

2.1.5 Da analógica das normas infraconstitucionais e suas alterações

O Estado para a sua existência necessita de três elementos fundamentais: soberania, povo e território, sendo, portanto, forma histórica de organização jurídica limitado a um determinado território e com população definida e dotado de soberania, e para que o povo de um determinado território soberano, saibam viver em harmonia, criam-se as normas infraconstitucionais, que tem por finalidade garantir o respeito à democracia e os direitos e garantias fundamentais esculpidas na Constituição Federal. (MORAIS, 2016).

Pois bem, é certo que nenhuma norma infraconstitucional poderá ser criada com inobservância dos direitos e garantias fundamentais elencadas na Magna Carta, tanto é, que a constituição federal dispõe que nem mesmo por emenda constitucional o seu texto será emendado com a finalidade de abolir direitos e garantias fundamentais, não havendo qualquer empecilho na criação de norma que tenha por finalidade acrescentar dispositivo omissivo em seu texto, o que com frequência vem ocorrendo na atualidade. (BRASIL, 1988).

O óbice na doutrina quanto ao relaxamento da prisão em flagrante pela autoridade policial, encontra-se fundamentado no artigo 5º inciso LXV, o qual dispõe que a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária, o que carece de análise, uma vez que a constituição federal não faz qualquer vedação quanto a possibilidade de relaxamento da prisão pela autoridade policial, mas apenas se omite concedendo tal competência à autoridade judiciária, não havendo qualquer impedimento de norma infraconstitucional, (Código de Processo Penal) acrescentar em seu texto a possibilidade de relaxamento da prisão em flagrante pela autoridade policial. (BRASIL, 1988).

Como exemplo, de possibilidade de alteração na norma infraconstitucional, a fim de acrescentar dispositivo tendente a assegurar os direitos elencados na Magna Carta, que apresenta o artigo 7º inciso III da Lei 9.507/97, o qual trata sobre a concessão do remédio constitucional habeas data, dispondo que será concedido habeas data “para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro, mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável”, o que não encontra-se esculpido na constituição federal ao tratar da referida matéria no artigo 5º inciso LXXII da CF. (BRASIL, 1997).

Vale ressaltar que a norma infraconstitucional não aboliu e nem mesmo retirou qualquer dispositivo constante na Magna Carta, mas sim, ampliou a possibilidade de concessão do remédio constitucional, habeas data, buscando garantir a prevalência das garantias constitucionais, o que também seria possível no caso de relaxamento de prisão em flagrante pela autoridade policial, buscando garantir o direito à liberdade daquele que injustamente foi preso, amparado por evidente e notória causa de exclusão de ilicitude. (BRASIL, 1997).

E ainda, recentemente houve alteração na Lei 11.340/2006, incluído pela Lei 13.827/2019, possibilitando que quando verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor seja imediatamente afastado do local de convivência com a ofendida, pela autoridade judicial, pelo Delegado de Polícia quando o município não for sede de comarca, ou pelo policial, quando o município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia, o que antes era de competência somente da autoridade judiciária.

Ora, observa-se a tamanha preocupação com o aumento nos índices violentos de agressão contra a mulher no âmbito doméstico e familiar, tanto é que a autoridade policial ou até mesmo o próprio policial poderá decretar as medidas protetivas de urgência e determinar que o agressor afaste-se do lar, o que antes competia somente à autoridade judiciária, permitindo assim que a mulher se veja amparada pela justiça, sendo inadmissível, por tanto, o fundamento

de que a legislação não pode sofrer alterações quando pressentem indícios de violação aos direitos e garantias fundamentais, um retrocesso para o direito e principalmente para os cidadãos que ainda confiam na justiça e naqueles que a promovem.

É viável que para que se viva em um estado democrático de direito, o respeito aos direitos constitucionais elencados na Magna Carta, devendo sem sombra de dúvidas prevalecerem sobre qualquer circunstância, e para tanto a interpretação das normas infraconstitucionais devem ocorrer no sentido de colaborar para tal entendimento, e por consequência tais direitos sejam respeitados, que é o mínimo que se espera em um estado democrático de direito.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que os fundamentos até aqui são robustos no sentido de que a autoridade policial pode e deve relaxar a prisão em flagrante daquele que se ache amparado por evidente e notória causa de exclusão de ilicitude, sob pena de cometimento de abuso de poder.

Haja vista, o fundamento de que o relaxamento da prisão em flagrante somente poderia ocorrer pela autoridade judiciária e quando o autuado já estivesse no cárcere, não merece prosperar uma vez que a Constituição Federal não legitima tamanha ilegalidade, e tão pouco veda qualquer possibilidade de relaxamento pela autoridade policial.

A norma deve ser interpretada no sentido de colaborar para a defesa dos direitos à liberdade daquele que injustamente foi levado à prisão, não sendo viável, portando, a interpretação de que autoridade policial não pode relaxar a prisão, por expressa vedação da Constituição Federal, uma vez que a norma constitucional apenas se omitiu quanto a possibilidade de relaxamento da prisão em flagrante pela autoridade policial, o que poderia ser acrescentando na própria Carta Magna por emenda constitucional, ou em norma infraconstitucional, como já visto no decorrer do trabalho.

Em se tratando de prisão com evidente e notória causa de exclusão de ilicitude, não poderá ocorrer à aplicação do instituto da não ratificação da voz de prisão, uma vez que ao receber a voz de prisão pelo policial condutor, o conduzido já se encontra em poder do estado, e sendo ilegal a sua prisão somente poderia ser relaxada pelo instituto do relaxamento da prisão em flagrante, que pode e deve ser realizado pela autoridade policial.

Como já dito no decorrer do trabalho a autoridade policial dispondo de autonomia poderá relaxar a prisão efetuada pelo policial de forma fundamentada, não bastando, portando, somente expor no auto de prisão em flagrante à tipificação da excludente de ilicitude, mas adequar a prática do delito com qualquer das excludentes de ilicitude, acompanhado de depoimento da vítima, interrogatório do acusado, e depoimento das testemunhas, e isto posto concluindo-se pela liberdade do conduzido em razão de evidente de notória prática do delito em manifesta causa de exclusão de ilicitude.

É fácil julgar no clima do ar condicionado, no aconchego das almofadas, com terno arrumado, sapato lustrado, e bem alimentado, assim como é fácil para os que julgam, ser justos, difícil é, para aquele que amparado por uma excludente de ilicitude cometeu o fato e para as grades caminha, e por lá permanece por mais de vinte e quatro horas, sem que possa defender-se, uma vez que o Delegado de Policia, nada pode fazer, tendo de esperar o magistrado analisar o caso e aplicar o parecer.

Pelos atos praticados para com o próximo, o cidadão torna-se justo ou injusto, sendo necessário que o estado e os intérpretes das leis digam o direito no sentido de colaborar com o cometimento de justiça, com a possibilidade de relaxamento da prisão em flagrante pela autoridade policial quando presente evidente e notória causa de exclusão de ilicitude, e somente assim a sociedade se tornará mais justa.

Que a frieza dos tribunais, a perfeição do ser humano e a justiça que os rodeia, jamais prevaleça para com os bons, e que o conhecimento das universidades desapareça desta realidade, se apenas servir de base para o cometimento de injustiça.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral 1** - 15. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. DF: Senado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em 25 set. 2018.

BRASIL. Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm Acesso em 25 set. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei n.º 882/2019, de 31 de janeiro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Projetos/PL/2019/msg50-fevereiro2019.htm

Brasil. Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9507.htm

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal** – 21. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal** – 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Curso de Processo Penal**. 06. ed. atual. rev. atual. e ampl. – Belo Horizonte; Del Rey, 2006.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** – ed. Rio de Janeiro: Impetrus, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito Processual Esquematizado** – 2. ED – São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal** – 3. ed. rev., atual e ampl. – Bahia: JusPodivm, 2015.

_____. **Código de Processo Penal Comentado** – 2. ed. rev. e atual. – Salvador: juspodvm, 2017.

MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Curso de Processo Penal** – 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal** – 18. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005 – 2. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre **Direito Constitucional** – 32. Ed. ver. e atual. até a EC nº 91, de fevereiro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte geral: Parte especial** – 7. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal** – 16. ed. atual de acordo com as leis nº 12.403, 12.432, 12.461, 12.483 e 12.529, todas de 2011, e Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011. – São Paulo: Atlas, 2012.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal** – 23. ED – São Paulo: Atlas, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal** – 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.