



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Competência do Delegado de Polícia para Realizar Análise das Excludentes do Crime.

Soraya Muniz Calixto de Oliveira

Rio de Janeiro
2014

SORAYA MUNIZ CALIXTO DE OLIVEIRA

Competência do Delegado de Polícia para Realizar Análise das Excludentes do Crime.

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores:

Prof. Artur Gomes

Prof. Guilherme Sandoval

Prof^a. Mônica Areal

Prof^a: Néli Fetzner

Prof: Nelson Tavares

Prof: Rafael Lorio

Rio de Janeiro
2014

COMPETÊNCIA DO DELEGADO DE POLÍCIA PARA REALIZAR ANÁLISE DAS EXCLUDENTES DO CRIME

Soraya Muniz Calixto de Oliveira

Graduada pelo Instituto Brasileiro de Mercado e Capitais. Advogada.

Resumo: Elementar que para a configuração do crime, necessária se faz a presença dos elementos da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Nesse sentido, não configura-se com o Estado Democrático de Direito o fato de o Delegado de Polícia, quando convencido de uma excludente do crime, não poder deixar de lavrar o auto de Prisão em Flagrante. A essência do trabalho é abordar até que ponto o excesso de formalismo e uma interpretação legalista afrontam os princípios e garantias constitucionais.

Palavras-Chave: Competência. Delegado de Polícia. Juiz Natural. Excludentes de crime.

Sumário: Introdução. 1. Conceito e Excludentes de Crime. 2. Sistemas Processuais. 2.1. Sistema Inquisitorial. 2.2. Sistema Acusatório. 2.3. Sistema Misto. 2.4. Características do Sistema Processual Brasileiro. 3. Estado Democrático de Direito e Garantias Constitucionais. 3.1. Princípio do Contraditório e Direito de Defesa. 3.2. Princípio do Devido Processo Legal. 3.3. Princípio da Presunção de Inocência. 3.4. Juiz Natural. 3.5. Princípio da Imparcialidade. 4. Verificação das Excludentes do Crime pelo Delegado de Polícia. 5. Análise da Legalidade e Constitucionalidade do Projeto de Lei 1843/2011. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho aborda a análise da presença ou não das excludentes do crime pelo Delegado de Polícia, bem como os impactos nos direitos e garantias individuais, principalmente no que tange à dignidade da pessoa humana.

Necessário se faz ressaltar que a Constituição da República Federativa do Brasil estabeleceu como garantia do indivíduo o julgamento pelo Juiz Natural da causa, além do Devido Processo Legal.

Nesse mesmo sentido, o Código de Processo Penal, em seus artigos 397 e 310, inciso III e parágrafo único¹, determina a competência do juiz para analisar a existência manifesta de excludente de ilicitude e culpabilidade, bem como conceder liberdade provisória nos casos previstos no art. 23 do Código Penal², respectivamente.

Mediante a isso, muito se discute sobre a competência do Delegado de Polícia para analisar as excludentes do crime, em virtude da omissão legislativa nesse aspecto. Em decorrência disso, determinados aspectos de tamanha relevância devem ser ponderados, com o fito de averiguar qual o entendimento apresenta-se como mais adequado em um Estado Democrático de Direito.

1. CONCEITO E EXCLUDENTES DE CRIME

Inicialmente, vale esclarecer que vários são os conceitos de crime³, a saber: conceito formal; conceito material; conceito analítico etc. O Brasil adota o conceito analítico (corrente tripartida) de crime, que consiste no preenchimento dos seguintes elementos: fato típico, ilícito e culpável.

Delito, numa visão puramente formal, é aquilo que o Estado descreve literalmente como tal. Dessa forma, o conceito formal de delito está estritamente vinculado ao princípio da legalidade (*nullum crimen nulla poena sine lege*). Enquanto, de acordo com o conceito material de crime, crime seria o fato humano lesivo ou perigo (ofensivo) a um interesse relevante.

¹ BRASIL. Código Penal e Constituição Federal. 52. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

² Ibid.

³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 135.

O conceito tripartido, ainda hoje, é predominante na ciência do Direito Penal, inclusive no Direito Internacional, estruturado da seguinte forma: fato típico, antijurídico e culpável.

Assim, percebe-se que não se confundem os conceitos analítico (tripartido) e formal de crime, na medida em que aquele traz os requisitos constitutivos do crime, enquanto o formal traduz a essência legalista do delito.

O Código Penal brasileiro não exprime um conceito material de crime⁴, tendo sido esta tarefa atribuída à doutrina. O Código Penal, na Lei de Introdução, apenas afirmou que ao crime é reservada uma pena de reclusão ou detenção, alternativa ou cumulativa com a pena de multa.

Fato típico⁵ é aquele que corresponde a um fato concreto (doloso/culposo) ao modelo abstrato previsto no tipo penal, podendo ser decorrente de uma conduta omissiva ou comissiva, conforme o caso. É o comportamento humano que provoca, em regra, um resultado, resultado este previsto como infração penal.

Por sua vez, a ilicitude ou antijuridicidade⁶ estará presente sempre que a conduta for típica e não estiver presente nenhuma causa de exclusão de ilicitude prevista no art. 23 do Código Penal⁷: legítima defesa; o estado de necessidade; estrito cumprimento de dever legal; ou exercício regular de direito.

Por fim, a culpabilidade⁸ consiste no juízo de reprovação social sobre a ação ou omissão. Todavia, a conduta praticada apesar de ser incompatível ao ordenamento jurídico penal, não configurará crime quando: o agente for inimputável; quando não

⁴ Ibid, p. 139.

⁵ Ibid, p. 155.

⁶ Ibid, p. 313.

⁷ BRASIL. *Código Penal e Constituição Federal*. 52. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁸ GRECO, op. cit., p. 381.

tiver potencial consciência da ilicitude; ou quando dele não se poderia exigir conduta diversa.

Frise-se que a definição do crime é de suma importância, afinal fará diferença no momento de determinar o objeto do crime (jurídico formal, jurídico substancial e material), bem como quando for determinar os ilícitos civis, os ilícitos penais etc.

O Direito Penal não intervém em toda e qualquer relação jurídica, em respeito ao princípio da lesividade e fragmentariedade. Assim, o Direito Penal deve proteger os bens jurídicos mais relevantes na sociedade, além, é claro, de proteger os bens jurídicos de condutas que representem uma lesão ou, pelo menos, um perigo real de lesão.

De tal modo, há uma seletividade em sua atuação, uma vez que não é toda e qualquer conduta lesiva que é classificada como crime, mas apenas aquela referente a bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal.

Em atenção aos elementos do crime anteriormente expostos, temos o princípio da legalidade⁹, que possui papel de tamanha relevância no ordenamento jurídico. Segundo o referido princípio não há crime sem lei que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, sendo também uma garantia constitucional, *nullum crimen nulla poena sine previa lege*.

O princípio da legalidade acaba por servir como limitador do poder punitivo estatal, preservando os direitos e garantias individuais, dentre os quais a liberdade do indivíduo. Indiscutivelmente, o mais importante princípio do Direito Penal, conforme se extrai do art. 1º do Código Penal¹⁰, bem como do inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal¹¹, uma vez que não se fala na existência de crime se não houver uma lei definindo-o como tal.

⁹ GRECO, op. cit., p. 94.

¹⁰ BRASIL. *Código Penal e Constituição Federal*. 52. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹¹ Ibid.

Desta forma, a lei é fonte única do Direito Penal quando se quer proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção. Não sendo expressamente proibida sua prática, será lícita no âmbito Penal.

Destaque-se que o princípio da legalidade¹² apresenta quatro funções fundamentais: proibir a retroatividade da lei penal, *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*; proibir a criação de crimes e penas pelos costumes, *nullum crimen nulla poena sine lege scripta*; proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas *nullum crimen nulla poena sine lege stricta*; e proibir incriminações vagas e indeterminadas *nullum crimen nulla poena sine lege certa*.

Com base no acima exposto, resta saber se com fundamento no princípio da legalidade, enquanto preservador da liberdade individual, na medida em que só haverá crime se houver lei prévia que o defina, sendo que para a existência de crime necessária se faz a existência dos 3 (três) elementos constitutivos, poderia o Delegado de Polícia valorar a conduta praticada e analisar se presentes estão os elementos do crime, sob pena de ilegalidade da prisão.

Não se afigura compatível com o ordenamento jurídico limitar a atuação do Delegado de Polícia a realização de um juízo de tipicidade formal, apenas. Afinal, o Delegado de Polícia é capacitado, possuindo conhecimentos jurídicos suficientes para realizar uma análise detalhada dos elementos do crime, além de possuir a atribuição para proceder a realização do registro de ocorrência ou mesmo da prisão em flagrante.

Negar a possibilidade de valoração da ilicitude do fato ao Delegado de Polícia é fazê-lo cometer ilegalidade, uma vez que poderá restringir a liberdade de indivíduos que podem estar abarcados por uma excludente de crime, acarretando em injustiças e violação a direitos e garantias constitucionais.

¹² GRECO, op. cit., p. 96-98.

O Delegado sempre, ao analisar a tipicidade da conduta, deve fazer um juízo sobre a ilicitude do fato, que é da essência do tipo penal (*Ratio Essendi*). Inevitavelmente, a concepção de tipo total de injusto traz a discussão da análise da ilicitude para o tipo penal. Assim, para a aferição da tipicidade do comportamento seria insuficiente a análise do tipo objetivo, sendo indispensável a análise dos elementos negativos do tipo penal, que seriam as causas de exclusão da ilicitude.

Nesse sentido, uma interpretação literal da redação do *caput* do art.310 do Código de Processo Penal (CPP)¹³ pode concluir que compete apenas ao juiz o domínio da apreciação das causas justificantes da conduta. Todavia, deve ser realizada uma interpretação comprometida o projeto constitucional, na qual a liberdade é a regra e a prisão a exceção, retirando assim, essa exclusividade do juiz.

Evidentemente, não se defende que o Delegado de Polícia possa absolver sumariamente o indivíduo, até porque essa é uma atribuição que pertence ao magistrado, quando presentes as hipóteses previstas em lei. O Delegado de Polícia apenas não efetuará a prisão em flagrante, cárcere, de alguém que, num primeiro momento, não realizou um fato criminoso, mas, posteriormente, a referida prisão poderá ocorrer se necessária. Desse modo, estaria se preservando o princípio da legalidade, a liberdade do indivíduo e a dignidade da pessoa humana.

2. SISTEMAS PROCESSUAIS

Ao observar-se a evolução dos Estados, é possível constatar que foi necessária a implementação de normas para garantir os direitos fundamentais do ser humano contra o poder estatal intervencionista.

¹³ BRASIL. *Código de Processo Penal e Constituição Federal*. 54. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

O direito, por sua vez, desenvolveu função bastante decisiva no papel que o Estado adotava em cada forma de governo. As alterações políticas e a diversidade de ideologias em uma mesma época fizeram com que fosse possível observar diferentes sistemas processuais na evolução histórica e nos vários países. Assim sendo, o direito processual possui institutos fundamentais que não são perpétuos, variando, portanto, de acordo com o poder que o Estado exerce sobre os indivíduos.

O processo penal passou, no decorrer da história, a desempenhar um papel fundamental na sociedade democrática, visto que atua como instrumento de limitação do poder estatal e, ao mesmo tempo, como instrumento para preservar a eficácia dos direitos e garantias fundamentais¹⁴. Note-se que os princípios de política processual representam o segmento de política estatal em geral, em razão disto o processo penal serve para mensurar se a Constituição apresenta elementos autoritários ou democráticos.

Torna-se oportuno destacar que sendo a Constituição democrática, a Constituição irá corresponder a um processo penal democrático e garantista. Em contrapartida, a Constituição autoritária constitui-se por um processo penal com eficácia antigarantista.

O processo penal possui relevância significativa, também, no que diz respeito ao princípio da necessidade do processo em relação à pena, em decorrência do Estado ter adquirido a titularidade do poder de aplicar a pena, avocando para si o direito/dever de proteger não apenas a sociedade, mas também o réu, a fim de alcançar o bem comum, com a supressão da vingança pelo particular e implementação de critérios de justiça. Passa-se a utilizar a estrutura pré-estabelecida pelo Estado, a saber, o processo judicial, através de um terceiro imparcial que apura a existência do delito e sanciona o autor.

¹⁴ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 7.

Com tal procedimento, visualiza-se a clara distinção entre o Direito Penal e o Direito Privado, pois naquele não há coerção direta e nem atuação fora do processo correspondente. Para que haja aplicação de uma pena é preciso caracterizar-se um injusto típico e previamente o devido processo legal.

A seguir, será feita uma abordagem dos sistemas processuais existentes, com o fito de facilitar a compreensão a respeito do tema.

2.1. SISTEMA INQUISITORIAL

O sistema inquisitorial¹⁵ foi adotado em quase todas as legislações europeias dos séculos XVI, XVII e XVIII. O processo consistia em acusação por escrito, onde eram indicadas as provas que seriam produzidas e demonstrava-se a veracidade dos fatos.

O sistema inquisitivo surge nos regimes monárquicos, tendo se aperfeiçoado durante o direito canônico. O referido sistema surge com o principal objetivo de reivindicar a repressão à prática de delitos, ou seja, não permitir que a defesa da sociedade dependesse exclusivamente da boa vontade dos particulares, já que os particulares que realizavam a persecução penal. Com isso, o sistema acusatório foi sendo substituído paulatinamente pelo inquisitório.

A mudança gradual dos sistemas foi decorrente principalmente da inatividade das partes que acabava por levar ao aumento da delinquência. Inicialmente, vislumbrou-se tal mudança na possibilidade de existir um processo judicial de ofício para os casos de flagrante delito. Posteriormente, as atribuições do magistrado foram cada vez mais

¹⁵ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 45-48.

ultrapassando a esfera do acusador privado, até o ponto que se concentraram no mesmo órgão.

Nesse sistema, o juiz é livre para intervir e coletar as provas que julgar necessárias, não há vinculação ao que é trazido e requerido pelas partes. Pode-se dizer que o juiz atua como parte e também como juiz, na medida em que realiza a investigação, acusa o réu e ao fim o julga.

Pelo fato do juiz concentrar as funções de acusar e julgar, não havia a ideia de imparcialidade por parte deste. De tal maneira, o convencimento do magistrado se forma não pelas as provas que são trazidas aos autos pelas partes, mas sim tenta convencer as partes de sua íntima convicção, uma vez que aquele possui um juízo prévio de valor.

Notoriamente, o sistema inquisitorial é incompatível com os direitos e garantias previstos na Constituição Federal de 1988, pois não está de acordo com o Estado Democrático de Direito, e não protege princípios como a dignidade da pessoa humana.

2.2. SISTEMA ACUSATÓRIO

O sistema acusatório visa a assegurar a imparcialidade do juiz e o tratamento justo e correto ao acusado¹⁶. Além de impor ao Estado o dever de criar e manter uma estrutura capaz de atender as pessoas que não têm condições de suportar os custos com honorários, daí a importância da Defensoria Pública.

É sabido que a principal diferença entre o sistema acusatório e o inquisitorial está no fato de que no sistema acusatório há inércia do juiz, tendo esse que atuar e

¹⁶ Ibid, p. 48-49.

decidir com base nas provas que lhe são trazidas, independentemente se suficientes ou não.

O sistema acusatório pode ser entendido como o inverso do sistema inquisitivo, em decorrência da clara separação das funções de julgar e acusar. Logo, naquele o juiz é órgão imparcial e não deve agir de ofício na produção de provas, pois essa é atribuição do autor que deve fazer uma imputação penal e um pedido.

No direito pátrio, a função de acusar foi atribuída privativamente a um órgão distinto: Ministério Público (art. 129, I, da CRFB/88¹⁷). Com isso, não temos a figura do juiz instrutor, na medida em que a fase preliminar é realizada pela autoridade policial.

2.3. SISTEMA MISTO

O sistema misto surge em razão do fracasso da inquisição e progresso paulatino do sistema acusatório. O referido sistema possui basilares no sistema acusatório privado de Roma e no sistema inquisitivo do Direito Canônico¹⁸.

Nesse sistema, o Estado continua com o poder absoluto de penar, mas esse é realizado através de um terceiro distinto do juiz, a saber: Ministério Público. O Ministério Público nasce, portanto, da necessidade do sistema acusatório e com o fim de garantir a imparcialidade do juiz.

No sistema misto, o processo divide-se na fase pré-processual e processual em sentido estrito, o que possibilita a utilização da forma inquisitiva na fase preparatória e na fase processual, a forma acusatória.

¹⁷ BRASIL. *Código Penal e Constituição Federal*. 52. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁸ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 49-53.

No tocante às fases procedimentais que compõem o sistema misto, cumpre elucidar como se dava o procedimento: instrução preliminar, com base no sistema inquisitivo, onde são realizadas as investigações para posteriormente realizar acusação em face do tribunal competente; e a judicial, onde já se tem a acusação feita por um órgão diferente do que irá julgar, o Ministério Público.

Contudo, convém ressaltar que o sistema misto falha em dois quesitos. Primeiramente, percebem-se falhas no que tange ao sistema bifásico, pois a prova é colhida na fase pré-processual adotando-se a forma inquisitorial e ao final julga-se na fase processual para definir se o acusado é ou não culpado, porém o que garante que o juiz não irá tomar sua decisão baseado em algum elemento do inquérito, mesmo que de uma forma mascarada.

A segunda questão está na insuficiência da separação inicial das atividades de acusar e julgar, pois não basta inicialmente incumbir ao Ministério Público o dever de formular a acusação, e posteriormente, em todo o decorrer do processo permitir que o juiz saia de sua inércia e tenha um papel ativo na produção de provas.

Evidentemente, é insuficiente a preocupação apenas com o início do processo, se depois o juiz adotar medidas pautadas claramente no sistema inquisitorial. Ou seja, a separação entre as atividades de acusar e julgar devem ser respeitadas no curso de todo o processo, assegurando, assim, sua imparcialidade.

Entretanto, apesar do avanço do sistema misto em relação ao sistema inquisitivo, aquele ainda falha por permitir que o juiz, na fase preliminar da acusação, realize a colheita de provas. É indiscutível que é preciso tirar o magistrado da fase persecutória e entregá-la a um terceiro, o Ministério Público. Cabe ao Ministério Público o dever de realizar as diligências junto à polícia judiciária.

Deve-se chamar atenção para o fato de que, na medida em que o sistema se aproxima do autoritarismo, as garantias do acusado passam a ser prejudicadas. No mesmo sentido, quando se aproxima do Estado Democrático de Direito preservam-se e respeitam-se as garantias constitucionais e infraconstitucionais do acusado.

Em decorrência das características marcantes do sistema misto, alguns autores, como Paulo Rangel¹⁹, entendem que no Brasil não é adotado o sistema acusatório puro, pois o inquérito policial é sigiloso, sendo o acusado tratado como objeto da investigação e, em alguns casos, o magistrado pergunta ao acusado se os fatos narrados no inquérito são verdadeiros. Inclusive, quando realiza a tomada de depoimento de uma testemunha, primeiramente lê o depoimento prestado por ela em sede de inquérito policial e depois faz as perguntas que entender cabíveis.

Desta forma, percebe-se que a forma inquisitiva presente no inquérito policial dá início ao processo judicial à procura da verdade real. E por tal, diz-se que o sistema adotado no Brasil não é puro, apesar do grande avanço para ultrapassar o sistema inquisitivo.

Para embasar tal entendimento, vale destacar o posicionamento do doutrinador Geraldo Prado, que entende não se tratar de modelo acusatório puro, pelo fato de o juiz ter a possibilidade, ainda que supletivamente, de realizar a produção de prova *ex officio*. Porém, ainda assim, entende ser indiscutível que se aproximou do ideal²⁰.

Neste sentido, pode-se dizer que, evidentemente, a Constituição Federal de 1988 avançou ao conferir ao Ministério Público legitimidade exclusiva para propor ação penal pública, porém é preciso interpretar o sistema de acordo com a Constituição e não com as leis infraconstitucionais, pois se as leis infraconstitucionais estiverem

¹⁹ Ibid, p. 52.

²⁰ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 171.

contrariando o previsto na Constituição Federal, não haverá recepção, ou ainda, haverá revogação.

2.4. CARACTERÍSTICAS DO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

Com a promulgação da Constituição de 1988, foi atribuída exclusivamente ao Ministério Público a iniciativa de propor ação penal pública, com exceção do ofendido no caso do art. 129, I e art. 5º, LIX, ambos da CRFB/88²¹. Porém, há ação penal em que a iniciativa é privativa do ofendido e outras que exigem a representação do ofendido ou a requisição do Ministério Público.

Para a propositura de ação penal condenatória, mister se faz que se demonstrem condições mínimas de viabilidade da pretensão. Isso ocorre em decorrência de se proteger a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB/88²²), que se caracteriza pela exigência de justa causa - indícios de autoria e materialidade do crime - sob pena de restar configurada a coação ilegal.

Nesse processo de formação de justa causa, surge o inquérito policial ou peças de informação (artigos 5º e 27, do CPP²³), com o objetivo de conseguir indícios de autoria e materialidade. Sendo que a legitimidade para o início das investigações pode ser do Ministério Público, do ofendido ou de qualquer um do povo, nos casos de crimes de ação penal pública incondicionada.

Destaque-se que não é possível que o juiz requisite a instauração de inquérito, uma vez que estaria emitindo um juízo de valor a respeito da existência do crime e eventualmente sobre a positivação de indícios de autoria, o que deve ser afastado.

²¹ BRASIL. *Código Penal e Constituição Federal*. 52. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

²² *Ibid.*

²³ BRASIL. *Código de Processo Penal e Constituição Federal*. 54. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

O juiz não deve pronunciar juízo de valor, pois o magistrado não está autorizado a participar da persecução criminal. Em um sistema acusatório, não há justificativa para que o juiz participe da investigação e interfira na atuação do Ministério Público.

Convém ressaltar que uma parte da doutrina, a exemplo do renomado doutrinador Pulo Rangel²⁴, costuma afirmar que o sistema processual brasileiro consiste em um sistema de natureza mista, ou seja, com traços do sistema inquisitorial e do sistema acusatorial. Tal entendimento decorre, inicialmente, do fato do inquérito policial já possuir feições do sistema misto, em razão dos poderes atribuídos aos juízes no Código de Processo Penal.

Ocorre que o inquérito policial está compreendido na fase pré-processual, portanto, nem sequer é processo, daí não ser possível falar em sistema processual, quanto menos em sistema misto.

Ademais, em contrapartida ao entendimento de tratar-se de sistema misto, a crítica que se faz a esse entendimento está no fato de existirem juízes criminais que não respeitam as exigências constitucionais não faz com que o modelo processual brasileiro seja misto.

Não há dúvidas de que a iniciativa probatória do juiz deve ser limitada ao esclarecimento de dúvidas surgidas a partir de provas produzidas pelas partes, com a ressalva da prova *ex officio* para demonstrar a inocência do acusado, em virtude de adotarmos o modelo de natureza acusatória.

3. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

²⁴ RANGEL, op. cit., p. 48-49.

O entendimento de Estado Democrático de Direito irá depender da perspectiva realizada. De uma maneira ampla, o Estado Democrático de Direito pode ser compreendido como a necessidade de reconhecimento e de afirmação da prevalência dos direitos fundamentais, sendo também critério de interpretação do Direito, principalmente no que tange ao Direito Penal e Direito Processual Penal, que são utilizados como reprimenda a comportamentos/conduitas incompatíveis com os direitos fundamentais.

Dessa forma, surgem dois postulados de interpretação constitucional no âmbito de um Estado Democrático de Direito, tanto aqueles afirmativos dos direitos fundamentais (máxima efetividade dos direitos fundamentais), como o da proibição de excesso.

No Brasil, a Constituição da República Federativa de 1988 (CRFB/88) assegurou o respeito às espécies de Direitos Fundamentais, a saber: os Direitos e Garantias Individuais e Coletivos (art. 5º)²⁵; os Direitos sociais (arts. 6º ao 11)²⁶; os Direitos da Nacionalidade (arts. 12 e 13)²⁷; os Direitos Políticos nos (arts. 14 a 16)²⁸; e, os Direitos relacionados à criação, organização e participação de partidos políticos (art.17)²⁹.

Mister se faz distinguir direitos fundamentais e garantias fundamentais. Aqueles são direitos garantidos do homem jurídico, ou seja, os direitos objetivamente vigentes dentro de uma ordem jurídica. Por sua vez, as garantias fundamentais são aquelas de conteúdo assecuratório, cujo propósito consiste em fornecer mecanismos e

²⁵ BRASIL. *Código Penal e Constituição Federal*. 52. ed. São Paulo: Saraiva, 2014..

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid.

instrumentos para a proteção, reparação ou retorno ao direito fundamental violado, melhor dizendo, são remédios jurídicos limitadores do Poder Estatal.

Dentre os princípios norteadores e delimitadores da ação Estatal em prol dos direitos fundamentais, é possível destacar os seguintes: princípio do contraditório; devido processo legal; princípio do juiz natural etc.

3.1. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DIREITO DE DEFESA

A Constituição Federal de 1988, em seu art.5º, LIV³⁰, estabelece que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Tal garantia faz com que as formalidades previstas em lei sejam respeitadas³¹.

O cidadão tem direito a um processo com a tramitação regular, onde seus direitos são respeitados, sendo a liberdade a regra e o cerceamento, a exceção.

O princípio do devido processo legal que permite que exista o direito ao contraditório (art. 5º, LV, da CRFB/88)³², assim como a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos é uma garantia do devido processo legal.

No que tange aos princípios do contraditório e da ampla defesa, estes estão intimamente relacionados. A ampla defesa está voltada a um dos polos da relação processual, réu, enquanto o contraditório é referente às partes³³.

A existência do contraditório é inerente ao próprio direito de defesa, pois não é possível conceber-se um processo legal, buscando a verdade dos fatos, sem dar a oportunidade do acusado se defender das imputações feitas pelo Ministério Público.

³⁰ BRASIL. *Código Penal e Constituição Federal*. 52. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

³¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 63.

³² BRASIL. *Código Penal e Constituição Federal*. 52. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

³³ NICOLITT, André Luiz. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 40-41.

Deve ser destacado que a Constituição Federal ao garantir o contraditório, garante-o no processo penal a ambas as partes e nada mais consiste do que na oportunidade dada a parte de contrariar os atos da outra parte.

Por fim, pode-se concluir que a defesa e o contraditório estão intimamente ligados e ambos representam a manifestação da garantia genérica do devido processo legal.

3.2. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio do devido processo legal só foi expressamente consolidado na Constituição de 1988, apesar das Constituições anteriores terem abordado algumas de suas dimensões.

O princípio do devido processo legal está previsto na Constituição, em seu art. 5º, LIV³⁴. Em razão desse princípio faz-se necessário resguardar todas as formalidades previstas em lei, com o fim de evitar o cerceamento de liberdade ou ainda para que ninguém seja privado de seus bens.

O cidadão deve ter a garantia de que seus direitos serão respeitados, não sendo possível ocorrer nenhuma restrição de seus direitos, exceto as previstas em lei. A constituição não especificou o tipo de liberdade que não irá sofrer privação, desta forma, não é cabível restringir o alcance do dispositivo legal constitucional³⁵.

A liberdade protegida por esse princípio diz respeito à liberdade de locomoção, mas não somente a esta, e sim a toda e qualquer modalidade de liberdade prevista no ordenamento jurídico pátrio.

³⁴ BRASIL. *Código Penal e Constituição Federal*. 52. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

³⁵ NICOLITT, op. cit., p. 33.

3.3. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção da Inocência remonta ao Direito Romano e foi fortemente atacado na inquisição da Idade Média. Na inquisição, a dúvida por insuficiência de provas equivalia a um juízo de semiculpa e semicondenação acarretando em uma pena leve, ou seja, equivalia a uma presunção de culpabilidade³⁶.

Ressalte-se que a Constituição da República Federativa do Brasil consagrou pela primeira vez o princípio da inocência, proclamado em 1948, na Declaração dos Direitos do Homem de 1789, assim como o princípio da jurisdicionalidade³⁷.

No direito pátrio, o princípio da presunção da inocência está previsto no art. 5º, LVII, da Constituição³⁸, e, portanto, ninguém poderá ser considerado culpado antes da sentença penal condenatória com trânsito e julgado, sendo a prisão antes do trânsito em julgado apenas admitida a título de cautela.

Na doutrina, os autores, a exemplo do renomado doutrinador Paulo Rangel³⁹, se dividem com relação à denominação do princípio previsto no art. 5º, LVII, da CRFB/88⁴⁰, alguns entendem não ser correta a nomenclatura presunção de inocência e defendem ser mais apropriada a denominação presunção de não culpabilidade, pois segundo esses autores, a Constituição não presume a inocência. Quando o juiz julga condenando ou absolvendo, nada mais é do que uma presunção de culpa ou de inocência, presunção esta *juris tantum*.

³⁶ NICOLITT, op. cit., p. 58.

³⁷ TOURINHO FILHO, op. cit., p. 73.

³⁸ BRASIL. *Código Penal e Constituição Federal*. 52. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

³⁹ RANGEL, op. cit., p. 23-24.

⁴⁰ BRASIL. *Código Penal e Constituição Federal*. 52. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Esse princípio tem importância crucial, pois faz com que o magistrado tenha uma postura negativa (não considerar o acusado culpado), mas, principalmente, o obriga a ter uma postura positiva (tratar o acusado como inocente).

A garantia de ser tratado como inocente enquanto não houver sentença penal condenatória acarreta em diversas consequências, como na carga da prova (ônus da acusação); obrigatoriedade de constatação do delito; aplicação da pena, com atenção a todas as garantias devidas; e uma sentença fundamentada.

Oportuno esclarecer que o princípio da presunção da inocência deve ser visto em suas três dimensões, como regra de tratamento, regra de julgamento e regra de garantia. Regra de tratamento nada mais é do que ser tratado como inocente durante o decorrer do processo, não podendo ser diminuído social, moral ou fisicamente perante outros cidadãos não sujeitos a um processo. Já regra de julgamento consiste na observância por parte do juiz, no momento do julgamento, do *in dubio pro reo* (em caso de dúvida, deve o juiz absolver o acusado). Por fim, regra de garantia diz respeito ao dever do Ministério Público de fazer provas, sejam estas favoráveis ou desfavoráveis ao acusado, contudo respeitando as garantias, como a inadmissibilidade de provas ilícitas.

3.4. JUIZ NATURAL

O princípio do juiz natural⁴¹ traduz a exigência de independência e imparcialidade por parte do juiz. Associa-se, ainda, a esse princípio a identidade física do juiz, que faz com que o juiz conheça os aspectos históricos, culturais e sociais do

⁴¹ NICOLITT, op. cit., p. 35.

local onde o crime foi praticado (art. 93, VII, da CRFB/88⁴² e art. 399, parágrafo 2º, do CPP⁴³).

O princípio do juiz natural tem bastante importância e foi criado para afastar o tribunal de exceção, ou seja, um tribunal construído/formado para julgar especificamente determinada infração penal. De acordo com o princípio do juiz natural, basta a existência prévia de um órgão construído para o processo de crimes, anteriormente definidos.

No direito pátrio, esse princípio foi adotado em suas duas vertentes basilares, a vedação de tribunal de exceção e a necessidade da competência do juiz ser previamente estabelecida antes à prática do fato. Essa adoção ocorreu em virtude de termos aderido ao modelo republicano.

Vale lembrar que os foros privativos nos tribunais superiores e de segunda instância para os ocupantes de determinados cargos públicos não fere o princípio do juiz natural, pois são justificados pela própria composição dos tribunais, que reduz os riscos de pressões externas sobre um único julgador.

3.5. PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE

Ao analisar-se os poderes instrutórios do juiz, deve-se ponderar as garantias estabelecidas pelo devido processo legal, principalmente a Imparcialidade do Juiz, levando-se em consideração que a constituição veda a criação de Tribunais ou Juízes de exceção (art. 5º, XXXVII e LIII, da CRFB/88⁴⁴). Cabe destacar que a exigência da imparcialidade está presente na Declaração Universal de Direitos Humanos, no Pacto de

⁴² BRASIL. *Código Penal e Constituição Federal*. 52. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁴³ BRASIL. *Código de Processo Penal e Constituição Federal*. 54. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁴⁴ BRASIL. *Código Penal e Constituição Federal*. 52. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

São José da Costa Rica (art. 8º) e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art.14, parágrafo 1º).

A imparcialidade do juiz é importante para que o juiz não acabe por favorecer nenhuma das partes do processo, nem o acusador (Ministério Público) e nem o réu (sujeito ativo do fato). Essa imparcialidade fará com que o magistrado ao decidir, o faça de maneira não influenciada.

As garantias constitucionais de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos têm o fim de proporcionar à sociedade a garantia de que seus conflitos de interesses serão decididos de forma justa e imparcial, sem que o juiz se preocupe se vai sofrer alguma retaliação do Estado por ter decidido de determinada forma⁴⁵.

A imparcialidade está intrinsecamente ligada ao sistema acusatório, ao passo que visa assegurar que a persecução penal não vai ser exercida pelo juiz e sim pelo Ministério Público, acarretando na separação entre as funções de julgar e acusar.

Nesse sentido, o art. 13, II, do CPP⁴⁶ não estaria de acordo com o sistema acusatório, tão pouco com o princípio da imparcialidade do juiz, uma vez que não pode o juiz determinar que sejam realizadas diligências no curso do inquérito policial. Razão pela qual, entende-se que o referido artigo estaria revogado.

Saliente-se que essa posição ativa pode ser visualizada pela atuação do magistrado em dois momentos: ao utilizar poderes investigatórios na investigação preliminar, fase pré-processual, ou por utilizar poderes instrutórios durante o processo.

⁴⁵ TOURINHO FILHO, op. cit., p. 59.

⁴⁶ BRASIL. *Código de Processo Penal e Constituição Federal*. 54. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

4. VERIFICAÇÃO DAS EXCLUDENTES DO CRIME PELO DELEGADO DE POLÍCIA

A Constituição Federal de 1988, em seu inciso LXI, artigo 5º⁴⁷, estabelece que o indivíduo só será privado de sua liberdade por prisão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, ressalvado os casos de transgressão militar ou crime militar propriamente dito, definidos em lei. Sendo que a Lei 12.403/11 prevê que ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deve relaxar a prisão em flagrante; conceder liberdade provisória; ou ainda converter a prisão em flagrante em preventiva.

Logo, não é concebível que em um Estado Democrático de Direito se admita outro tipo de prisão que não seja aquela dentro dos ditames da Lei processual e da Constituição, ou seja, que preencha os requisitos formais e materiais para sua decretação pela autoridade judiciária, ou sua determinação, pela autoridade policial.

No que se refere à prisão em flagrante, esta tem previsão constitucional no artigo 5º, inciso LXI, da Carta Magna⁴⁸. Todavia, o Código de Processo Penal (CPP) atribui expressa e exclusivamente ao magistrado a competência para análise das excludentes de antijuridicidade, o que acaba por causar divergência doutrinária quanto à possibilidade de o Delegado de Polícia realizar essa análise e deixar de realizar a prisão em flagrante quando presente excludente de ilicitude.

Desta maneira, percebe-se clara omissão por parte do legislador que não tem razão de ser, na medida em que poderia solucionar inúmeros problemas e divergências no ordenamento jurídico se tivesse concedido de maneira expressa à Autoridade Policial

⁴⁷ BRASIL. *Código Penal e Constituição Federal*. 52. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁴⁸ *Ibid.*

o poder de analisar a presença ou não de excludentes de ilicitude, e com isso dispensar a lavratura do Auto de Prisão em Flagrante (cárcere).

Frise-se que atribuir essa competência ao Delegado de Polícia é assegurar garantias individuais, assim como o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, evitando prisões desnecessárias, por uma aplicação literal do artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal⁴⁹.

Vale ressaltar o entendimento do renomado doutrinador e jurista Luiz Flávio Gomes que defende que o Delegado de Polícia deve realizar uma análise mais aprofundada sobre excludentes do crime:

[..] 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 art. 23, I a III, em letras garrafais, diz que não crime em situações de excludentes de ilicitude⁵⁰.

Vale lembrar que a Constituição Federal em seu artigo 144, § 4º⁵¹, dispõe que às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incluem as funções de polícia judiciária e apuração das infrações penais, ressalvado as competências exclusivas da União e os crimes militares. De tal maneira, o delegado de polícia deve lavrar o auto de prisão em flagrante delito apenas quando ocorrer um crime, ou seja, na visão tripartida finalista, fato típico, antijurídico e culpável.

⁴⁹ BRASIL. *Código de Processo Penal e Constituição Federal*. 54. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁵⁰ GOMES, Luiz Flávio. Et all. *Prisões e Medidas Cautelares: Comentários à Lei 12403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: RT, p. 138.

⁵¹ BRASIL. *Código Penal e Constituição Federal*. 52. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Mediante o exposto, o mais plausível e coerente com o Estado Democrático de Direito é autorizar e estabelecer o dever de a autoridade policial se abster de lavrar auto de prisão em flagrante delito quando presente uma excludente de ilicitude, haja vista que não haverá crime, devendo utilizar-se da aplicação do art. 304, § 1º, do Código de Processo Penal⁵².

5. ANÁLISE DA LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE DO PROJETO DE LEI 1843/2011

Após todos os comentários que foram feitos nos capítulos anteriores, tendo como base os princípios constitucionais que influenciam diretamente o Processo Penal, bem como a própria excepcionalidade que vem a ser a privação de liberdade do indivíduo, percebe-se que a questão deve ser analisada com maior cautela antes de se negar legitimidade ao Delegado de Polícia para analisar a presença ou ausência de excludentes de ilicitude, com o fito de evitar prisões desnecessárias.

Na atual sistemática, a tendência é vetar à autoridade policial o reconhecimento das excludentes da antijuridicidade do fato, sob a alegação de que somente o juiz pode deliberar sobre tal. Entretanto, esquece-se que o Delegado de Polícia é autoridade policial e constitui-se em agente público, interferindo diretamente na liberdade do indivíduo. Afinal, se suas decisões não forem baseadas na melhor análise e solução para o caso, tendo, portando, discricionariedade, acabará por cometer abusos e violações a direitos e garantias fundamentais.

Inegável, se afigura a autonomia da autoridade policial em analisar aquilo que lhe é apresentado. Até porque não poderia ser diferente, haja vista ser responsável

⁵² BRASIL. *Código de Processo Penal e Constituição Federal*. 54. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

absoluto pelo auto de prisão em flagrante, e, assim, desde que devidamente embasado em fundamentos de ordem jurídica, tem que, obrigatoriamente, deixar de privar a liberdade de pessoa.

Ademais, não se pode esquecer que a autoridade policial em outras oportunidades, a exemplo de quando arbitra ou não fiança criminal ou determina que se livre solto, prossegue na apuração do fato, por intermédio de inquérito policial, uma vez que necessário que se extinga qualquer dúvida a respeito de como se deu o eventual delito.

Assim, mostra-se mais plausível a liberação daquele que foi autuado em flagrante delito, quando não há para autoridade policial, fundada suspeita quanto à ação do autuado. Porém, autoriza-se tal conduta apenas nos casos de análise do estado flagrancial, da materialidade ou autoria do delito, mas não no tocante as excludentes.

Todavia, não tem cabimento privar alguém de sua liberdade lavrando-se auto de prisão em flagrante se não há infração penal, ou seja, não há contradição ao direito posto, haja vista o ordenamento jurídico prevê exclusão da antijuridicidade. Assim sendo, não há como determinar ao delegado que realize apenas uma análise formal da tipicidade e com base nisso submeter alguém ao cárcere, sob pena de violar a própria dignidade da pessoa humana.

Mediante a isso, não há como se conceber em um Estado Democrático de Direito que o Delegado de Polícia não possa analisar se os elementos que compõe o conceito de crime estão presentes.

Conclui-se, portanto, que cabe ao Delegado de Polícia a análise completa da existência de uma infração penal com todos os elementos e não apenas uma análise superficial da tipicidade formal. Até porque, entender de maneira contrária resultaria em

violação aos princípios constitucionais, garantias constitucionais e o atual Estado Democrático de Direitos.

CONCLUSÃO

Oportuno se torna destacar que possui tamanha importância o tema abordado neste trabalho, na medida em que, ao se analisar o Código de Processo Penal (CPP), visualiza-se uma contradição com a Constituição Federal de 1988, com princípios constitucionais e infraconstitucionais. Deve-se levar em consideração, ainda, o confronto com os próprios vetores que norteiam a função do Delegado de Polícia.

Mediante o exposto, faz-se pertinente ponderar sobre essas questões para com isso perceber se se trata de inconstitucionalidade ou apenas necessidade de realizar uma interpretação conforme do art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

Mister se faz ressaltar que sua relevância social se deve ao fato de que, no caso do Delegado de Polícia deixar de realizar uma análise mais detalhada dos elementos do crime, poderá encarcerar um inocente, que não teve sua conduta sequer enquadrada no conceito de crime. Além do que, acaba por violar a dignidade da pessoa humana, bem como a liberdade do indivíduo, que não necessitava aguardar a análise pelo juiz para que tivesse sua liberdade assegurada (art. 5º, XV, CRFB/88).

Desta forma, o encarceramento do indivíduo não é um fim em si mesmo, mas uma consequência, de onde há que ser observado um nexo entre a ação considerada antijurídica e a natureza ou intensidade da resposta estatal.

Mediante isso, o operador do direito deverá interpretar os dispositivos penais e processuais penais, à luz desta nova ordem constitucional, sob pena de não serem compatíveis, principalmente no caso do Código de Processo Penal. Assim como os

futuros textos legais estarão sujeitos à declaração de inconstitucionalidade caso não sejam editados sob os ditames da Carta Magna.

É certo que a Constituição Federal, entre tantos outros direitos, protege a dignidade humana do indivíduo, bem como seu sagrado Direito à Liberdade, sendo obrigação da autoridade policial enxergar uma eventual causa de excludente de antijuridicidade, sob pena de violar princípios constitucionais e infraconstitucionais, como o princípio do devido processo legal, o princípio da presunção de inocência, dentre outros. Ademais, os operadores do direito sempre devem ater-se à verdadeira função do Direito, que no caso consiste em proporcionar proteção e justiça.

Mediante o exposto, há uma necessária imposição dos princípios constitucionais da Presunção de Inocência e do Devido Processo Legal, quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, e por consequência, do eventual recolhimento ao cárcere. É inadmissível, em um Estado Democrático de Direito, a antecipação da pena, ainda mais quando imputada a quem sequer praticou uma conduta classificada como crime (em um conceito tripartido de crime).

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Penal e Constituição Federal*. 54. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Código Penal e Constituição Federal*. 52. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

HAGGI ANDREOTTI, Alessandro Tadeo. *Reconhecimento das excludentes de antijuridicidade pela autoridade policial no auto de prisão em flagrante delito*. São Paulo: Centro Universitário Toledo, 2008.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

NICOLITT, André Luiz. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2006.