



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Delegado de Polícia como primeiro fiscal do exercício punitivo do Estado através da  
análise do conceito analítico de crime

Vinicius Miranda de Moraes

Rio de Janeiro  
2015.

VINICIUS MIRANDA DE MORAES

**O Delegado de Polícia como primeiro fiscal do exercício punitivo do Estado através da análise do conceito analítico de crime**

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

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2015

## **O DELEGADO DE POLÍCIA COMO PRIMEIRO FISCAL DO EXERCÍCIO DO PODER PUNITIVO DO ESTADO ATRAVÉS DA ANÁLISE DO CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME**

Vinicius Miranda de Moraes.

Graduado pela Universidade Federal Fluminense.  
Delegado de Polícia.

**Resumo:** O trabalho enfoca a temática da necessidade de uma releitura do art. 310, parágrafo único, dando-se uma interpretação prospectiva, visando evitar o encarceramento de pessoas que não cometeram infração penal – considerando como crime um fato típico, ilícito e culpável. Procura-se demonstrar que uma interpretação literal do citado artigo não encontra respaldo na Constituição da República, no direito material e é absolutamente divorciada com a realidade pátria.

**Palavras- Chave:** Prisão em flagrante. Delegado Garantidor dos Direitos Fundamentais. Excludente de ilicitude. Excludente de culpabilidade. Conceito analítico de crime.

**Sumário:** Introdução. O art. 310 do CPP à luz da CR/88. O conceito analítico de crime. Exercício regular de um direito no cotidiano. Conclusão. Referência.

### **INTRODUÇÃO**

O presente trabalho visa a debater um ponto divergente na doutrina pátria, e dar um passo adiante – que pode apresentar consequências práticas gravíssimas, isto é, a análise das causas excludentes de ilicitude pelo Delegado de Polícia quando da lavratura do auto de prisão em flagrante e estender o estudo as causas excludentes da culpabilidade.

Em um primeiro momento, pretende-se fazer uma análise do texto da Constituição da República de 1988, dando-se ênfase ao valor da dignidade da pessoa humana, vez que a dogmática constitucional principiológica deve prevalecer sobre a letra fria da lei, no caso o artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, diploma legal elaborado em 1941.

Ademais, será destacado que em um sistema no qual a liberdade se impõe, como regra, afastar a possibilidade da análise das causas justificantes e exculpantes do responsável

pela lavratura do auto de prisão, é impor a um cidadão amparado por uma norma de direito material as mazelas, indevidas, do cárcere.

Será, ainda, demonstrado que afastar o Delegado de Polícia da análise das causas excludentes de ilicitude, bem como das causas excludentes da culpabilidade, é absolutamente incompatível com a realidade. Para tanto, será evidenciado, por casos concretos, que essa análise já ocorre no dia a dia, sem qualquer questionamento em sentido contrário.

Nesse diapasão, será estudado, também, o conceito analítico ou estratificado de crime, ora se crime é um fato típico, ilícito e culposo – restando alguma divergência, apenas quanto ao terceiro elemento –, como ser lavrado o auto de prisão em flagrante de alguém que não praticou um ato ilícito, ou seja, não praticou crime.

Corroborando todo o entendimento acima iniciado, há de se destacar também a questão referente aos menores de idade, cuja análise se faz necessária e se encontra dentro do estudo foge a simples análise da tipicidade penal.

Por fim, será exposto que há propostas legislativas visando a correção da lei adjetiva, amoldando-a aos valores emanados pela Constituição da República de 1988 (CRFB/88).

De se ver que a pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica e descritiva para corroborar o entendimento que a análise das causas excludentes da ilicitude pelo Delegado de Direito, nada mais é que efetivar a Constituição, garantindo um direito fundamental do cidadão, a liberdade.

## **1. A ILEGITIMIDADE DE JUÍZO ACRÍTICO DE PRESUNÇÃO DE CULPABILIDADE NA PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO À LUZ DA CRFB/88**

Em qualquer estudo minimamente científico sobre o ordenamento jurídico de um Estado, faz-se necessário, em um primeiro momento, analisar e destacar os valores que modelam e dirigem o próprio Estado.

Na seara penalista essa necessidade ganha, ainda, maior relevo, tendo em vista as interferências drásticas do Direito Penal na liberdade do ser humano.

Sendo certo que a noção de liberdade pessoal resta intimamente ligada com a conceituação da dignidade humana perante aquela sociedade, tornar-se essencial buscar o posicionamento desse conceito no ordenamento pátrio.

Com base em mera interpretação literal se percebe que o constituinte originário, já em seu artigo primeiro, esclarece que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito e tem como um dos seus fundamentos, pilar de sustentação, a dignidade da pessoa humana.

Ter o valor da dignidade da pessoa humana como base de todo ordenamento impõe a todos o dever de reconhecer o homem como o vetor central do ordenamento. No trato do Direito Penal surge o dever de se ponderar qualquer intervenção, administrativa, judicial ou legislativa, que venha a interferir na esfera da liberdade do homem, só havendo a intervenção estatal quando realmente necessária.

Nesse diapasão, tem-se que de uma simples análise do texto da Constituição da República de 1988<sup>1</sup>, em especial do seu artigo 5º, extrai-se sua natureza garantista, isto é, percebe-se que o legislador ordinário procurou proteger o ser humano dos desmandos dos detentores do poder, criando uma série de garantias, veiculadas por princípios e normas que visam conter o poder estatal.

Destaca-se o princípio da presunção de inocência, esculpido no art. 5º, inc. LVII da CRFB/88.<sup>2</sup> Dos seus efeitos se salienta, aqui, uma limitação teleológica à aplicação das prisões cautelares, pois prisão cautelar deve sempre ser interpretada como exceção em nosso sistema, não podendo jamais se transmutar em antecipação da pena, vez que retiraria a liberdade de um ser humano em um juízo de mera cognição sumária, sem que se exercesse o

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 29 mar. 2015.

<sup>2</sup> Ibid.

direito ao contraditório e a ampla defesa, corolários lógicos do princípio da presunção de inocência.

Logo, tendo a Constituição um papel construtivo, ativo, no desenvolvimento do processo hermenêutico, é obrigatório interpretar todo o ordenamento jurídico pátrio à luz da CRFB/88.

Nesse contexto, traz-se aqui a questão referente à exegese do artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, que dispõe:

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.<sup>3</sup>

Interpretando o citado dispositivo legal, doutrinadores como Guilherme de Souza Nucci<sup>4</sup> passaram a defender que o Delegado de Polícia, assim que tomar conhecimento do fato delituoso, sempre deve lavrar o auto de prisão em flagrante, restringindo-se apenas ao juízo de tipicidade, sem analisar sequer as causas excludentes de ilicitude. Nas suas palavras: “[...] 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”.<sup>5</sup>

Defendendo esse posicionamento temos, ainda, Renato Brasileiro Lima<sup>6</sup>, Fauzi Hassan Choukr<sup>7</sup>, entre outros.

---

<sup>3</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 29 mar. 2015.

<sup>4</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 716.

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. Niterói: Impetus, 2013. p. 896.

<sup>7</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 632.

Todavia, cumpre destacar que a posição acima referida não é uníssona em nossa doutrina, vejamos, por todos, a posição de Fernando Capez<sup>8</sup>: “Evidentemente, a autoridade policial não precisa prender em flagrante vítima de estupro ou roubo que, claramente, em situação de legítima defesa, matou seu agressor”.

Noutras palavras, por imperiosa exigência da consciência jurídica, o autor reconhece a legalidade da apreciação da ilicitude pelo o Delegado de Polícia por ocasião da apreciação da prisão captura do conduzido.

Nesse ponto, abre-se um parêntese para lembrar que em se adotando a teoria dos elementos negativos do tipo, de Edmund Mezger<sup>9</sup>, a posição acima referida torna-se absolutamente incongruente, conforme já amplamente demonstrado por Castello Branco:

Simplificando: a concepção de tipo total de injusto traz a discussão da análise da ilicitude para o ventre do tipo penal. A ilicitude existe, se, enquanto ilicitude tipificada. 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. Ora, nunca se protestou contra o delegado de polícia tipificar a conduta. Na ótica da teoria da Ratio Essendi, para a tipificação da conduta é fundamental a análise das causas de exclusão da ilicitude, que estão pregadas ao tipo penal, sendo, portanto, elementos negativos do tipo.<sup>10</sup>

Retornando a linha de raciocínio inicialmente proposta – adotando-se o conceito analítico de crime, com base na teoria da Ratio Cognoscendi – em uma análise puramente constitucional e principiológica já se verifica a incompatibilidade do texto legal com os princípios limitadores do poder punitivo estatal.

Não haveria qualquer lógica – em um ordenamento que a Constituição impõe como valor máximo a dignidade da pessoa humana, em que qualquer medida restritiva da liberdade

<sup>8</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 334.

<sup>9</sup> MEZGER apud BALDAN, Edson Luis. *Pressupostos neokantianos no juízo de tipicidade negativa de Mezger*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8225>>. Acesso em: 13 out. 2008.

<sup>10</sup> CASTELLO BRANCO, Paulo Braga. *A análise da antijuridicidade da conduta pelo delegado de polícia, sob a perspectiva da teoria dos elementos negativos do tipo penal*. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24487/a-analise-da-antijuridicidade-da-conduta-pelo-delegado-de-policia-sob-a-perspectiva-da-teoria-dos-elementos-negativos-do-tipo-penal>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

deve ser vista como exceção – que uma pessoa seja presa quando está praticando uma conduta amparada por uma causa justificante que afasta a ilicitude dessa conduta.

Importante destacar nesse ponto que o Código de Processo Penal foi elaborado em 1941, durante a vigência da Era Vargas, regime de nítida inspiração fascista. Já a Constituição vigente foi elaborada na retomada do Estado Democrático de Direito, o que demonstra, por si só, o seu maior apreço pelos direitos humanos.

Nesse ponto, traz-se o importante ensinamento de Lopes Júnior e Gloeckner:

[...] no atual estágio do desenvolvimento processual penal brasileiro, os princípios constitucionais emergem como verdadeiros filtros de controle sobre as normas (na maioria das vezes, regras) infraconstitucionais, mormente aquelas disciplinadas pelo Código de Processo Penal brasileiro, verdadeiro monumento facista [...].<sup>11</sup>

Deve-se ratificar que o direito a liberdade é corolário direto e lógico do dogma da dignidade da pessoa humana que, por sua vez, unifica todos os direitos fundamentais, sendo na verdade o epicentro axiológico de todo ordenamento. Traduz a concepção do homem como a fonte de toda ordem jurídica, o fim que justifica e legitima o Estado.

O direito fundamental de liberdade de locomoção resta consagrado no inciso LXI, do artigo 5º, da Constituição da República<sup>12</sup>, nos seguintes termos: “[...] 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, definido em lei”.

Ora, se a Constituição possui como seu valor máximo a dignidade da pessoa humana e essa mesma Constituição, excepcionalmente, autoriza que um cidadão seja privado de sua liberdade quando em situação de flagrante delito. Seria razoável supor que a constituição retirasse da autoridade competente para lavratura do flagrante a possibilidade dessa

---

<sup>11</sup> LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 56

<sup>12</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 29 mar. 2015.



autoridade, o Delegado de Polícia, apreciar se a conduta praticada de fato constitui um ilícito penal?

É preciso ter claro que a própria Constituição da República impôs a indispensável análise de todas as etapas do conceito operacional de crime. A Carta Magna não se referiu à expressão “delito” numa acepção leiga ou atécnica do termo. Ao revés a constituição condicionou a existência do flagrante ao “delito” justamente para impor uma garantia ao acusado no momento da captura por um fato aparentemente delituoso.

Destarte, partindo da premissa que o conceito de crime é sequencial e cada etapa do fato punível apresenta nexos de dependência com a etapa anterior, está-se diante de um poderoso mecanismo de controle de poder punitivo.

Assim, sendo certo que a limitação do direito à liberdade constitui uma exceção e até em virtude de sua hierarquia constitucional, impõe-se uma releitura de qualquer dispositivo legal, em especial daqueles produzidos antes da Carta Magna, que visam impor as mazelas do cárcere.

A atual realidade social impõe uma interpretação voltada aos princípios e valores emanados da Carta Magna, deve o aplicador do direito fazer uma alteração do contexto, mesmo sem que seja alterado o texto constitucional, trata-se do fenômeno conhecido como mutação constitucional.

## **2. A NECESSIDADE DA ANÁLISE DE TODOS OS ELEMENTOS DO CRIME - TIPICIDADE, ILICITUDE E CULPABILIDADE - PELO DELEGADO DE POLÍCIA**

Após demonstrado que a interpretação dada por Guilherme Nucci<sup>13</sup>, entre outros, não encontra respaldo no texto constitucional, deve-se analisar esse posicionamento à luz da norma substantiva.

Utilizando o conceito analítico ou estratificado de crime se constata que um fato para ser considerado como crime necessita ser típico - fato humano descrito abstratamente na lei como infração a uma norma penal – ilícito – conduta de contrariedade entre a conduta humana e a lei – e culpável, juízo de reprovação. Nesse momento resta desnecessário entrar nas divergências referentes à inclusão, ou não, da culpabilidade e da punibilidade como elementos desse conceito.

Logo, só há crime havendo a conjunção dos referidos elementos – tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Por conseguinte, afirmar que o Delegado de Polícia deve se ater apenas a um juízo de tipicidade fere qualquer raciocínio lógico, uma vez que, significa dizer que a pessoa responsável pela primeira intervenção penal do Estado está proibida de verificar se há um crime!

Defender a prisão em flagrante para uma pessoa que praticou uma conduta que não é contrária ao ordenamento é um sofisma, pois nada mais é do que impor uma prisão a alguém que simplesmente não cometeu um crime.

Do próprio conceito de antijuridicidade ou ilicitude – juízo de contrariedade do fato com o ordenamento jurídico – já se extrai, por lógica, o dever do operador do direito verificar a ausência de qualquer das causas de exclusão, isso é, do estado de necessidade, da legítima defesa, do exercício regular de um direito, do estrito cumprimento de um dever legal e, ainda, das causas supralegais.

---

<sup>13</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 716.

Se a prisão, por si só, já deve ser vista como exceção, admiti-la quando o ordenamento tutela a conduta praticada se demonstra não só um erro, mas como um verdadeiro absurdo.

A legislação impõe que o Delegado de Polícia faça não somente a relação de subsunção entre o fato concreto e um tipo penal, mas também que verifique se quando o ato ocorreu o indivíduo estava abrangido por uma causa excludente de ilicitude e, ainda, se há, ou não, um juízo de reprovabilidade, isto é, faz-se necessário o estudo da culpabilidade.

Poder-se-ia considerar que essa afirmação seria descabida, visto que nem o próprio parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal<sup>14</sup> traz essa possibilidade ao Juiz de Direito. Entretanto, não pode o operador do direito se limitar ao texto frio da lei, negligenciado princípios ou até mesmo o restante do ordenamento.

Destarte, evidenciando esse entendimento, há a situação dos menores infratores. Retornando ao estudo do conceito estratificado de crime, lembra-se que, pela teoria tripartite, um fato para ser crime deve ser típico, ilícito e culpável.

Culpabilidade seria o juízo de reprovação do injusto penal, juízo esse que pela teoria finalista, adotada pelo Código Penal Pátrio<sup>15</sup>, é composta de elementos puramente normativos, quais sejam: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

O Código Penal, no estudo da imputabilidade, em regra, adota o sistema biopsicológico exigindo que a causa geradora esteja prevista em lei e que, além disso, atue efetivamente no momento da ação delituosa, retirando do agente a capacidade de entendimento e vontade.

---

<sup>14</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 29 mar. 2015.

<sup>15</sup> BRASIL. *Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 29 mar. 2015.

Todavia, em relação à menoridade foi adotado o sistema biológico puro, isto é, o menor de 18 anos é penalmente inimputável apenas pelo fato de não ter completado 18 anos de vida, não havendo que se indagar se a pouca idade influenciou na sua capacidade de compreensão e autodeterminação.

Ora, em uma situação de flagrante delito, envolvendo menor de idade, a legislação permite que o Delegado de Polícia adentre ao estudo da culpabilidade para apurar a conduta do menor, ou deve o Delegado apenas fazer um juízo de tipicidade? A resposta é cristalina e encontra respaldo, entre outras, nas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores, adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas, Regras de Beijing, em especial o item 10.2, que diz: “O juiz ou qualquer outro funcionário ou organismo competente deverá examinar imediatamente a possibilidade de libertar o menor”.<sup>16</sup>

Salienta-se que a análise da culpabilidade é imposta pela Constituição da República<sup>17</sup>, bem como pela Lei 8069/90<sup>18</sup>, vez que o menor de idade não comete crime, propriamente dito, mas sim, ato infracional.

A análise das causas dirimentes no momento da lavratura do flagrante traz consequências drásticas ao menor, pois, por exemplo, em casos de ato infracional sem violência ou grave ameaça à pessoa cabe ao Delegado de Polícia – se entender em um juízo de discricionariedade entender não se tratar de um ato grave ou de repercussão social – lavrar boletim de ocorrência circunstanciado, botando o menor em liberdade, mediante termo de compromisso e responsabilidade de sua apresentação perante o órgão com atribuição.

Logo, mais uma vez, resta evidenciado que se não houver o estudo, cuidadoso sobre a inimputabilidade do autor da infração penal, inimputabilidade que se encontra dentro da

---

<sup>16</sup> ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Beijing)*. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dhaj-NOVO-regrasBeijing.html>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

<sup>17</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 29 mar. 2015.

<sup>18</sup> BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 29 mar. 2015.

culpabilidade, conforme já exaustivamente demonstrado, o adolescente infrator poderia ser preso, sem, sequer, direito à fiança, vez que não aplicaríamos o Estatuto da Criança e do Adolescente que permite a liberdade, imediata do menor, mediante mero termo de compromisso.

Logo, resta evidente que se impõe ao Delegado de Polícia a análise da culpabilidade.

### **3. O EXERCÍCIO DE ATIVIDADES CONSENTIDAS PELO ORDENAMENTO EM FACE DA APLICAÇÃO LITERAL DO ART. 310, PARAGRAFO ÚNICO, DO CPP**

Não bastasse a análise da Carta Magna e do direito material, deve-se, ainda, se analisar as questões práticas do posicionamento contrário à análise das causas excludentes de ilicitude e de culpabilidade pelo Delegado de Polícia.

No cotidiano há inúmeras condutas que, em uma análise superficial, são típicas, mas na verdade essas condutas são aprovadas ou legitimadas pelo ordenamento, trata-se do que a doutrina chama de exercício regular de um direito – cause excludente de ilicitude.

Ora, prevalecendo o entendimento encampado pelo doutrinador Nucci<sup>19</sup>, é dever de todo Delegado de Polícia, tendo ciência de um ato cirúrgico, interromper ato e prender em flagrante médico que realizava o procedimento.

Tal fato se repetiria ao se assistir a uma luta de boxe ou MMA, visto que o Delegado teria que interromper a contenda - vez que teríamos lesões corporais recíprocas, o que violaria, em tese, o preceito primário estabelecido no artigo 129 do Código Penal<sup>20</sup> - e prender em flagrante os atletas que, na realidade, estavam exercendo a sua profissão, ou seja, estavam abarcados pela excludente do exercício legal de um direito.

---

<sup>19</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 716.

<sup>20</sup> BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 29 mar. 2015.

E, ainda, teria que ir ao cárcere o policial que reagindo à injusta agressão contra a sua vida venha a alvejar o opositor.

Afinal, se não cabe a análise da exclusão de ilicitude ao Delegado de Polícia, esse passa a ter o dever de lavrar o flagrante em todos esses casos, o que, evidentemente, gera, no mínimo, indignação.

Na seara legislativa, o poder-dever de o Delegado de Polícia analisar a situação fática em cognição sumária, mas plena, isso é, analisando todo conceito de crime, resta reforçada pela recente Lei 12.830/2013<sup>21</sup>, senão vejamos:

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. [...] § 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.<sup>22</sup>

Observa-se que há vários projetos visando adequar o texto legal às ideias aqui defendidas, dentro os quais destacamos o Projeto do Novo Código de Processo Penal, em seu art. 552, §6º<sup>23</sup>, prevê: “[...] o delegado de polícia, vislumbrando a presença de qualquer causa excludente da ilicitude, poderá, fundamentadamente, deixar de efetuar a prisão, sem prejuízo da adoção das diligências investigatórias cabíveis”.

E, ainda, o não menos importante projeto de Lei n. 1843/2011<sup>24</sup>, esse visa a alterar o atual Código de Processo Penal, acrescentando um parágrafo quarto ao art. 304, do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, permitindo que o Delegado de Polícia aprecie a

<sup>21</sup> BRASIL. *Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013*. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm)>. Acesso em: 29 mar. 2015.

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 8045/2010*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

<sup>24</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 1843/2011*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=512488>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

existência de causas excludentes de antijuridicidade, por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante.

Observa-se, ainda, que a comunidade jurídica não se encontra passiva diante do tema tratado, conforme se percebe no enunciado n. 6 do Primeiro Seminário Integrado da Polícia Judiciária da União e do Estado de São Paulo:

Repercussões da Lei 12.830/13 na Investigação Criminal: É lícito ao Delegado de Polícia reconhecer, no instante do indiciamento ou da deliberação quanto à subsistência da prisão-captura em flagrante delito, a incidência de eventual princípio constitucional penal acarretador da atipicidade material, da exclusão de antijuridicidade ou da inexigibilidade de conduta diversa.<sup>25</sup>

Nesse mesmo diapasão, o enunciado n. 11 do Primeiro Congresso Jurídico dos Delegados da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro: “O Delegado de Polícia, no exame fático-jurídico do estado flagrancial, pode, mediante decisão fundamentada, afastar a lavratura do auto de prisão em flagrante, diante do reconhecimento de causa excludente de ilicitude, sem prejuízo de eventual controle externo”.<sup>26</sup>

E, ainda, em uma posição mais de vanguarda, no contexto da tese defendida nesse artigo, o enunciado n. 12 do Primeiro Congresso Jurídico dos Delegados da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro: “O Delegado de Polícia poderá deixar de lavrar o auto de prisão em flagrante, através de decisão fundamentada, se reconhecer a existência manifesta de uma causa de exclusão da culpabilidade, sem prejuízo de eventual controle externo”.<sup>27</sup>

Por fim, faz-se necessário apresentar a posição da Corte Constitucional do Brasil, posição essa destacada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do HC

---

<sup>25</sup> SEMINÁRIO INTEGRADO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA DA UNIÃO E DO ESTADO DE SÃO PAULO, 1. *Enunciado n. 6*. Disponível em: <[http://www.adepolrj.com.br/adepol/noticia\\_dinamica.asp?id=16079](http://www.adepolrj.com.br/adepol/noticia_dinamica.asp?id=16079)>. Acesso em: 29 mar. 2015.

<sup>26</sup> CONGRESSO JURÍDICO DOS DELEGADOS DA POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 1. *Enunciado n. 11*. Disponível em: <<http://editorajc.com.br/congressodelpol/>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

<sup>27</sup> CONGRESSO JURÍDICO DOS DELEGADOS DA POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 1. *Enunciado n. 11*. Disponível em: <<http://editorajc.com.br/congressodelpol/>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

84548/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 21.6.2012, no voto do eminente Ministro Celso de Melo: “O Delegado de Polícia é o primeiro garantidor da legalidade e da justiça”.<sup>28</sup>

## CONCLUSÃO

Resta destacar que a melhor interpretação para o art. 310, parágrafo único, do Código Processual Penal, é aquela que não extrai da sua leitura um impedimento para que o Delegado de Polícia, em fase pré-processual, aprecie as causas de justificação e exculpação, mas sim, a interpretação que vê nesse dispositivo legal o poder dever do Juiz de Direito, em um segundo juízo de valor - após a apreciação plena na fase pré-processual e entendendo a autoridade com atribuição nessa fase, o Delegado de Polícia, pela existência de crime – conceder liberdade provisória para os agentes que praticaram o fato, abarcados em tese, pelas causas discriminantes ou eximentes.

Uma interpretação prospectiva, que vise à realização dos valores constitucionais, impõe ao Delegado de Polícia - autoridade com atribuição constitucional para comandar a primeira fase da persecução penal – o poder dever de uma análise completa do fato apresentado, vez que o Delegado de Polícia se tornou, após a CRFB/88, o primeiro garantidor dos direitos fundamentais.

Essencial destacar que a análise das causas excludentes de ilicitude, e de culpabilidade, não visa afastar a análise dos fatos pelo Poder Judiciário ou do controle externo pelo Ministério Público. O que se defende – e se mostra essencial, com base em um ideal de justiça social – é que não seja lavrado o auto de prisão em flagrante, encarcerando um indivíduo que em um primeiro momento, em um juízo de cognição sumária se encontra respaldado pelo ordenamento jurídico.

---

<sup>28</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 84548/SP*. Relator: Min. Marco Aurélio de Melo. Disponível em: <[http://www.amdepol.org/noticias\\_ver.php?not\\_id=798](http://www.amdepol.org/noticias_ver.php?not_id=798)>. Acesso em: 29 mar. 2015.



Caberá ao Delegado de Polícia documentar o fato e, após juízo de discricionariedade, instaurar inquérito policial, dando, em qualquer hipótese, ciência ao Poder Judiciário e ao Ministério Público.

Por todo o exposto, resta claro que de acordo com o ordenamento jurídico pátrio, o Delegado de Polícia é a autoridade responsável não só pela análise da legalidade da prisão, mas, sobretudo, da observância de todos os direitos fundamentais do preso, devendo coibir qualquer prisão abusiva.

Tal postura é a única que encontra respaldo nos valores constitucionais, em especial ao valor da dignidade da pessoa humana, base de todo o ordenamento pátrio, conforme visto exaustivamente.

## REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Beijing)*. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dhaj-NOVO-regrasBeijing.html>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

BALDAN, Edson Luis. *Pressupostos neokantianos no juízo de tipicidade negativa de Mezger*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8225>>. Acesso em: 13 out. 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 29 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. *Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 29 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 29 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013*. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm)>. Acesso em: 29 mar. 2015.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 29 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC 84548/SP*. Relator: Min. Marco Aurélio de Melo. Disponível em: <[http://www.amdepol.org/noticias\\_ver.php?not\\_id=798](http://www.amdepol.org/noticias_ver.php?not_id=798)>. Acesso em: 29 mar. 2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 1843/2011*. Disponível em:  
<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=512488>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei nº 8045/2010*. Disponível em:  
<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CASTELLO BRANCO, Paulo Braga. *A análise da antijuridicidade da conduta pelo delegado de polícia, sob a perspectiva da teoria dos elementos negativos do tipo penal*. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24487/a-analise-da-antijuridicidade-da-conduta-pelo-delegado-de-policia-sob-a-perspectiva-da-teoria-dos-elementos-negativos-do-tipo-penal>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CONGRESSO JURÍDICO DOS DELEGADOS DA POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 1. *Enunciado n. 11*. Disponível em:  
<<http://editorajc.com.br/congressodelpol/>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. *Enunciado n. 12*. Disponível em: <<http://editorajc.com.br/congressodelpol/>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. Niterói: Impetus, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6.ed. São Pauço: Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SEMINÁRIO INTEGRADO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA DA UNIÃO E DO ESTADO DE SÃO PAULO, 1. *Enunciado n. 6*. Disponível em:  
<[http://www.adepolrj.com.br/adepol/noticia\\_dinamica.asp?id=16079](http://www.adepolrj.com.br/adepol/noticia_dinamica.asp?id=16079)>. Acesso em: 29 mar. 2015.