



CÂMARA DOS DEPUTADOS

PROJETO DE LEI N.º 1.843-A, DE 2011

(Do Sr. João Campos)

Acrescenta § 4º ao art. 304, do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, permitindo a autoridade policial apreciar a existência de causas excludentes de antijuridicidade, por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante; tendo parecer da Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, pela aprovação, com substitutivo (relator: DEP. FERNANDO FRANCISCHINI).

DESPACHO:

ÀS COMISSÕES DE:

SEGURANÇA PÚBLICA E COMBATE AO CRIME ORGANIZADO E
CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA (MÉRITO E ART. 54,
RICD)

APRECIÇÃO:

Proposição sujeita à apreciação do Plenário

S U M Á R I O

I - Projeto inicial

II – Na Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado:

- parecer do relator
- substitutivo oferecido pelo relator
- parecer da Comissão

- voto em separado

O **Congresso Nacional** decreta:

Art. 1º Esta Lei acrescenta § 4º ao art. 304, do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, permitindo a autoridade policial apreciar a existência de causas excludentes de antijuridicidade, por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante.

Art. 2º O art. 304, do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte § 4º:

“§ 4º Se a autoridade policial verificar, pelos elementos coligidos ao auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III, do art. 23, do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao investigado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório ao juízo competente, sob pena de revogação.”

Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

A presente proposta acrescenta § 4º ao art. 304, do Código de Processo Penal, **permitindo a autoridade policial apreciar a existência de causas excludentes de antijuridicidade, por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante.**

Isto significa que, após a aprovação deste projeto, **o delegado de polícia poderá verificar se o agente praticou a conduta em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito e colocá-lo em liberdade.**

O projeto em tela **preenche imensa lacuna legislativa**, que tem dificultado o exercício da atividade de Polícia Judiciária e causado situações de extrema injustiça.

Para demonstrar a complexidade da questão basta dizer que, atualmente, se uma pessoa, que matou, em legítima defesa, o criminoso que tentava estuprar sua filha, for apresentada ao plantão policial, **o delegado de polícia é obrigado a autuá-la em flagrante.**

Tal situação é absurda, mas ocorre com frequência!

A autoridade policial é obrigada a tomar tal medida, **porque a atual redação do artigo 310, do Código de Processo Penal, permite somente ao juiz apreciar as chamadas excludentes de antijuridicidade** - estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito, descritas no art. 23, do Código Penal.

Entretanto, muitas vezes, a situação acima descrita, ocorre na sexta-feira, à noite, e, por falta de plantão do Poder Judiciário, **a pessoa permanece injustamente presa o final de semana inteiro.**

Isto significa que **pessoas inocentes permanecem presas na companhia de criminosos de alta periculosidade**, até que o Poder Judiciário aprecie o caso.

Ressalte-se que a situação descrita é ilegal e injusta, pois, **sob o aspecto formal, essas pessoas não cometeram crime.**

De fato, os artigos 301 e 302, do Código de Processo Penal, **determinam a prisão em flagrante da pessoa que cometeu um crime.**

O conceituado jurista Damásio E. Jesus¹ define crime, sob o aspecto formal, como sendo **“um fato típico e antijurídico. A culpabilidade constitui pressuposto da pena”.**

O fato típico é o **comportamento humano, que provoca um resultado (em regra) e é previsto na lei penal como infração.**

Contudo, não basta que o fato seja típico, pois **é preciso que seja contrário ao direito, isto é, antijurídico.** Isto porque, embora o fato seja típico, algumas vezes é considerado lícito, quando praticado, por exemplo, em legítima defesa.

Assim, o pai que surpreende e mata o criminoso estuprando sua filha ou a pessoa que reage ao crime de roubo e mata o assaltante, **não cometem crime, sob o aspecto formal, porque tais condutas estão acobertadas por uma excludente de ilicitude.**

Ora, se os artigos 301 e 302, do Código de Processo Penal, determinam à prisão em flagrante da pessoa que cometeu um crime, **consequentemente as prisões em flagrante realizadas nas situações acima descritas são ilegais, pois tais condutas não caracterizam infração penal, por falta de um dos seus principais elementos, qual seja: a antijuridicidade.**

Contudo, estas pessoas, apesar de não terem cometido delito, sob o aspecto formal, **continuam sendo injustamente autuadas em flagrante,** porquanto a legislação vigente não permite que a autoridade policial **verifique, por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante, a existência de alguma causa de exclusão da antijuridicidade.**

Saliente-se que o delegado de polícia é a primeira autoridade a tomar conhecimento do fato e manter contato com os envolvidos na ocorrência, podendo, com base nos elementos coligidos, **evitar prisões desnecessárias.**

Ressalte-se, ainda, que a prerrogativa de o delegado de polícia verificar a existência de alguma causa de exclusão da antijuridicidade, objeto da presente proposta, **não causará prejuízo à Justiça Criminal,** na medida em que a legalidade de tal ato será, posteriormente, analisada pelo Poder Judiciário e Ministério Público, que poderão adotar providências, na esfera penal e administrativa, quando houver qualquer irregularidade.

Para se entender a dinâmica do procedimento que se pretende adotar neste projeto, é importante esclarecer **que a prisão em flagrante é composta de quatro momentos distintos,** a saber:

- a) Captura do autor do ilícito, no instante da infração ou logo após a sua realização;
- b) Condução do autor da infração à presença da autoridade policial;

¹ JESUS, Damásio E. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva 1995, pág. 133.

- c) Lavratura do auto de prisão em flagrante; e
- d) Recolhimento ao cárcere.

Com o novo procedimento, na hipótese de a pessoa cometer um crime protegido por uma das causas de exclusão de antijuridicidade, **ela será detida, conduzida coercitivamente até a presença da autoridade policial, que lavrará o auto de prisão em flagrante.**

Os três primeiros momentos do flagrante acontecem (captura, condução coercitiva para a formalização da ocorrência e lavratura do auto de prisão em flagrante).

Já o **último momento (recolhimento ao cárcere) será eliminado**, uma vez que o delegado de polícia, convencido de que o crime foi praticado em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito, **concederá liberdade provisória ao investigado.**

À luz de todo o exposto, **conto com o apoio de meus ilustres pares para aprovação deste projeto de lei**, que tem como principal objetivo **aprimorar o sistema de justiça criminal.**

Sala da Comissão, em 13 de julho de 2011.

Deputado João Campos

LEGISLAÇÃO CITADA ANEXADA PELA COORDENAÇÃO DE ESTUDOS LEGISLATIVOS - CEDI
--

DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941

Código de Processo Penal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando da atribuição que lhe confere o art. 180 da Constituição, decreta a seguinte Lei:

.....

LIVRO I
DO PROCESSO EM GERAL

.....

TÍTULO IX
DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA
[\(Título com redação dada pela Lei nº 12.403, de 4/5/2011, em vigor a partir de 4/7/2011\)](#)

.....

CAPÍTULO II
DA PRISÃO EM FLAGRANTE

Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto. [*“Caput” do artigo com redação dada pela Lei nº 11.113, de 13/5/2005*](#)

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

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

§ 3º Quando o acusado se recusar a assinar, não souber ou não puder fazê-lo, o auto de prisão em flagrante será assinado por duas testemunhas, que tenham ouvido sua leitura na presença deste. [*Parágrafo com redação dada pela Lei nº 11.113, de 13/5/2005*](#)

Art. 305. Na falta ou no impedimento do escrivão, qualquer pessoa designada pela autoridade lavrará o auto, depois de prestado o compromisso legal.

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas. [*Artigo com redação dada pela Lei nº 12.403, de 4/5/2011, em vigor a partir de 4/7/2011*](#)

Art. 307. Quando o fato for praticado em presença da autoridade, ou contra esta, no exercício de suas funções, constarão do auto a narração deste fato, a voz de prisão, as declarações que fizer o preso e os depoimentos das testemunhas, sendo tudo assinado pela autoridade, pelo preso e pelas testemunhas e remetido imediatamente ao juiz a quem couber tomar conhecimento do fato delituoso, se não o for a autoridade que houver presidido o auto.

Art. 308. Não havendo autoridade no lugar em que se tiver efetuado a prisão, o preso será logo apresentado à do lugar mais próximo.

Art. 309. Se o réu se livrar solto, deverá ser posto em liberdade, depois de lavrado o auto de prisão em flagrante.

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: (“Caput” do artigo com redação dada pela Lei nº 12.403, de 4/5/2011, em vigor a partir de 4/7/2011)

I - relaxar a prisão ilegal; ou (Inciso acrescido pela Lei nº 12.403, de 4/5/2011, em vigor a partir de 4/7/2011)

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Inciso acrescido pela Lei nº 12.403, de 4/5/2011, em vigor a partir de 4/7/2011)

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Inciso acrescido pela Lei nº 12.403, de 4/5/2011, em vigor a partir de 4/7/2011)

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. (Parágrafo único acrescido pela Lei nº 12.403, de 4/5/2011, em vigor a partir de 4/7/2011)

CAPÍTULO III DA PRISÃO PREVENTIVA

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (Artigo com redação dada pela Lei nº 12.403, de 4/5/2011, em vigor a partir de 4/7/2011)

DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940

Código Penal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando da atribuição que lhe confere o art. 180 da Constituição, decreta a seguinte lei:

CÓDIGO PENAL

PARTE GERAL

TÍTULO II DO CRIME

Exclusão de ilicitude

Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Excesso punível

Parágrafo único. O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos. [\(Artigo com redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984\)](#)

Estado de necessidade

Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

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

§ 2º Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços. [\(Artigo com redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984\)](#)

.....
.....

COMISSÃO DE SEGURANÇA PÚBLICA E COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

I – Relatório

O projeto de lei nº 1.843/2011, de autoria do ilustre deputado João Campos, pretende acrescentar o § 4º ao art. 304, do Código de Processo Penal, permitindo a autoridade policial apreciar a existência de causas excludentes de antijuridicidade, por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante.

O eminente deputado João Campos esclarece que, atualmente, se uma pessoa, que matou, em legítima defesa, o criminoso que tentava estuprar sua filha, for apresentada ao plantão policial, o Delegado de Polícia é obrigado a autuá-la em flagrante.

O autor da proposta explica que tal fato ocorre porque a atual redação do artigo 310, do Código de Processo Penal, permite somente ao Juiz apreciar as chamadas excludentes de antijuridicidade - estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito, descritas no art. 23, do Código Penal.

Informa, ainda, que esta omissão legislativa propicia situação de extrema injustiça, uma vez que cria condições para que pessoas inocentes permaneçam presas na companhia de criminosos de alta periculosidade, até que o Poder Judiciário aprecie o caso.

Finalmente, esclarece que, com a aprovação deste projeto, o delegado de polícia poderá verificar se o agente praticou a conduta em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito e colocá-lo em liberdade.

Dentro do prazo regulamentar, não foram apresentadas emendas ao projeto de lei nº 1.843/2011.

É o relatório.

II – Voto do Relator

De acordo com o inciso VIII, do art. 32, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, compete a Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado a análise do mérito da proposição, no que diz respeito à sua repercussão na defesa do Estado e da sociedade em geral.

Quanto ao mérito, na atual conjuntura de nosso ordenamento jurídico, temos a possível teratologia de um cidadão acobertado por uma excludente de ilicitude (ex: legítima defesa) vir a ser preso pela autoridade policial (Delegado de Polícia) por inexistir expressa previsão legal para que o responsável pela lavratura do auto flagrancial deixe de impor a prisão.

A título complementar e ilustrativo, temos que tanto a doutrina pátria quanto estrangeira tem como consagrado o evento social denominado crime, como sendo um fato típico e antijurídico. Ou seja, para que seja privada a liberdade de um cidadão, este terá obrigatoriamente que ter praticado um fato criminoso (típico + ilícito).

Desse modo, caso um cidadão pratique um fato típico (ex: matar alguém) mas não ilícito (ex: defesa própria ou de outrem), este não terá praticado um crime e conseqüentemente não poderá ser privado de sua liberdade em instante algum.

Todavia, chegando ao fato do Delegado de Polícia que o cidadão praticou um fato típico (matar alguém) ainda que em legítima defesa, este terá que por força da lei que impor a prisão em flagrante, por inexistir disposição expressa que autorize a autoridade policial a analisar as circunstâncias excludentes de ilicitude.

Permanecendo a situação atual em nosso ordenamento jurídico, necessariamente, ter-se-ia por reconhecer uma flagrante e absurda violação aos direitos essenciais do cidadão.

Não resta dúvida de que deve ser conferido ao delegado de polícia o poder de verificar a existência de causas excludentes de ilicitude ou antijuridicidade, por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante.

Por sua vez, os artigos 301 e 302, do Código de Processo Penal, determinam à prisão em flagrante da pessoa que cometeu um crime, ou seja, fato típico e ilícito.

Isto significa que o delegado de polícia, por ocasião da lavratura do auto flagrancial, além de constatar a tipicidade do comportamento, deve, também, verificar se aquela conduta não está acobertada por uma causa excludente de antijuridicidade.

Efetivamente, a autoridade policial precisa avaliar se o agente não praticou a conduta em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Em outras palavras, o Delegado de Polícia, no momento da lavratura da prisão em flagrante, não deve exercer apenas o juízo de tipicidade, consistente na simples adequação da conduta do suposto criminoso à figura típica descrita na norma incriminadora mas também de ilicitude, sob pena de impor uma prisão ao cidadão (flagrante) mesmo quando este agiu de forma justa e autorizada por lei.

Na realidade, a autoridade policial, como integrante de uma carreira que utiliza em seu mister conhecimentos jurídicos, sendo estes bacharéis em direito, tem a obrigação de examinar a existência de fatos e motivos que possam justificar a prática daquela conduta e, nesta hipótese, colocar em liberdade o inocente.

Acontece que a atual redação do parágrafo único, do art. 310, do Código de Processo Penal, conduz à conclusão equivocada que somente o juiz pode apreciar as causas excludentes de antijuridicidade, descritas no art. 23, do Código Penal.

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

I - relaxar a prisão ilegal; ou

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

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. ***Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do [Decreto-Lei 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. (grifei)***

De fato, por uma omissão legislativa, o Código de Processo Penal deixou de consignar expressamente a possibilidade de o delegado de polícia deixar de impor a prisão em flagrante, quando verificar pelo auto flagrancial que o agente estava acobertado por excludente de ilicitude.

É de bom alvitre mencionar que o projeto do **novo Código de Processo Penal aprovado no Senado Federal – PLS 156/09** já contemplou a

hipótese do delegado de polícia deixar de efetuar a prisão quando vislumbrar um excludente de ilicitude, *in verbis*:

Art. 552. Excetuada a hipótese de infração de menor potencial ofensivo, quando será observado o procedimento previsto nos arts. 285 e seguintes, **apresentado o preso ao delegado de polícia, este ouvirá o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando-lhe cópia do termo e recibo de entrega do preso.** Em seguida, o delegado de polícia procederá à oitiva das testemunhas que acompanharem o condutor e ao interrogatório do preso sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada inquirição, suas respectivas assinaturas, e lavrando, afinal, o auto. *(grifei)*

§ 1º É terminantemente vedada a incomunicabilidade do preso.

§ 2º O interrogatório será realizado na forma dos arts. 64 e seguintes.

§ 3º Resultando dos indícios colhidos fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de ser prestada fiança ou de cometimento de infração de menor potencial ofensivo, e prosseguirá nos atos do inquérito, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja.

§ 4º A falta de testemunhas da infração não impedirá o auto de prisão em flagrante; mas, nesse caso, com o condutor, deverão assiná-lo pelo menos 2 (duas) pessoas que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade.

§ 5º Quando o acusado se recusar a assinar, não souber ou não puder fazê-lo, o auto de prisão em flagrante será assinado por 2 (duas) testemunhas que, na sua presença, tenham ouvido a leitura da peça.

§ 6º **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.** *(grifei)*

Na mesma linha, faz-se necessário que o sistema processual contemple dispositivo no sentido de que a autoridade policial (delegado de polícia) ao se deparar com um fato típico (ex: matar alguém) porém absolutamente lícito (ex: quando praticado em legítima defesa), obrigatoriamente colha todos os elementos e circunstâncias ocorridos (lavrando o respectivo auto flagrancial) que servirão para a

posterior análise do Ministério Público e Poder Judiciário; e após isto, em despacho devidamente motivado, deixe de recolher o conduzido à prisão, sob pena de não fazendo, estar impondo uma prisão sem justa causa e sem respaldo legal face a excludente de antijuridicidade inserta.

Desse modo, evita-se que o Estado pratique uma grande injustiça para com o cidadão (impondo prisão por fato não criminoso) e por outro lado evita-se que o delegado de polícia venha a responder por prevaricação em virtude de ter optado por não recolher à prisão o cidadão que veio a se defender ou por ter praticado fato previsto no ordenamento jurídico (excludentes de antijuridicidade).

Por fim, e apenas por técnica legislativa, deve-se consignar que o instituto jurídico da liberdade provisória é típico da judicatura, devendo-se no caso, como dito acima, o delegado de polícia após a lavratura do auto flagrancial, motivar em despacho o não recolhimento do conduzido à prisão, e em ato contínuo enviar para o juízo para fins de conhecimento, e em discordando, decretar quaisquer das medidas cautelares prevista no diploma processual penal.

Diante do o exposto, voto pela aprovação do projeto de lei nº 1.843/2011, na forma do substitutivo anexo.

Sala da Comissão, em 31 de outubro de 2011.

Deputado Fernando Francischini
Relator

SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI No 1.843, DE 2011

Acrescenta o § 4º ao art. 304 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

O CONGRESSO NACIONAL DECRETA:

Art. 1º Esta Lei acrescenta § 4º ao art. 304, do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, permitindo a autoridade policial apreciar a existência de causas excludentes de antijuridicidade, por ocasião da lavratura do auto flagrancial.

Art. 2º O art. 304, do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte § 4º:

“§ 4º A autoridade policial, vislumbrando que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III, do art. 23, do Decreto-Lei n 2.848, de 7

de dezembro de 1940, após lavrar o auto flagrancial poderá, em despacho fundamentado, deixar de recolher o conduzido à prisão, devendo encaminhar os autos ao juiz competente em até 24 (vinte e quatro) horas que, no mesmo prazo decidirá, podendo decretar quaisquer das medidas cautelares descritas neste Código.”

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala das Sessões, 31 de outubro de 2011.

Deputado Fernando Francischini
Relator

III - PARECER DA COMISSÃO

A Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, em reunião ordinária realizada hoje, opinou pela aprovação, com substitutivo, do Projeto de Lei nº 1.843/11, nos termos do Parecer do Relator, Deputado Fernando Francischini. O Deputado Alessandro Molon apresentou voto em separado.

Estiveram presentes os Senhores Deputados:

Mendonça Prado - Presidente; Fernando Francischini - Vice-Presidente; Dr. Carlos Alberto, Keiko Ota, Lourival Mendes, Marlos Sampaio, Romero Rodrigues - titulares; Alexandre Leite, Benedita da Silva, Edio Lopes, Emiliano José, Hugo Leal e William Dib - suplentes.

Sala da Comissão, em 16 de novembro de 2011.

Deputado MENDONÇA PRADO
Presidente

VOTO EM SEPARADO DO DEPUTADO ALESSANDRO MOLON

I - RELATÓRIO

Trata-se de Projeto de Lei, de autoria do Deputado João Campos, que dispõe sobre a possibilidade de o delegado de polícia deixar de lavrar o auto de prisão em flagrante e, portanto, instaurar inquérito policial quando, no seu entender, haja causa excludente de antijuridicidade.

O projeto, em sua justificativa, alega preencher “*imensa lacuna legislativa, que tem dificultado o exercício da atividade de Polícia Judiciária (...)*”. Em seguida, porém, o próprio autor menciona que “*a autoridade policial é obrigada a tomar tal medida, porque a atual redação do artigo 310, do Código de Processo Penal, permite somente ao juiz apreciar as chamadas excludentes de antijuridicidade*”.

A Mesa da Câmara dos Deputados determinou que o projeto deverá ser analisado pelas Comissões de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado e de Constituição e Justiça e Cidadania, para apreciação conclusiva, nos termos do artigo 24, inciso II, do RICD.

Não foram apresentadas emendas à proposição.

Em seu voto, o relator – Deputado Fernando Francischini – manifestou-se pela aprovação do projeto. Entre outros aspectos, o relator aduziu que:

“Em outras palavras, o Delegado de Polícia, no momento da lavratura da prisão em flagrante, não deve exercer apenas o juízo de tipicidade, consistente na simples adequação da conduta do suposto criminoso à figura típica descrita na norma incriminadora mas também de ilicitude, sob pena de impor uma prisão ao cidadão (flagrante) mesmo quando este agiu de forma justa e autorizada por lei” (ênfase acrescida).

É o relatório.

II – VOTO

Desde logo, há, aqui, rechaçar a tese de omissão legislativa. Com efeito, o legislador **optou** por deixar a cargo do juiz a avaliação sobre a existência de causa excludente de ilicitude, por se tratar de autoridade independente, cujos atos são submetidos ao controle do Ministério Público e dos advogados, pela via recursal.

Tampouco vislumbra-se qualquer entrave ao exercício da atividade policial, uma vez que a lavratura de auto de prisão em flagrante, nas hipóteses em que a lei assim determina, decorre simplesmente do cumprimento de seu dever legal.

Isto, todavia, não impede a análise de uma nova alternativa legal, razão porque seguem as considerações a seguir.

Malgrado seja louvável o intento da proposta, certo é que ela afronta o ordenamento jurídico, na medida em que possibilitará a prática de ato por delegado de polícia em manifesta usurpação de atribuição constitucional do Ministério Público: o juízo de valor sobre a existência de justa causa para a ação cabe ao seu titular, e não ao delegado de polícia.

Como ressalta Afrânio Silva Jardim, *“Como se sabe, o Estado de Direito surge em oposição ao antigo 'Estado de Polícia'. Sua concepção somente se tornou possível após a formulação da teoria da separação de poderes, ou melhor, das funções estatais, esboçada e desenvolvida pelo gênio de Montesquieu na sua conhecida obra intitulada Do Espírito das Leis”*². Reponta desta concepção não apenas a repartição de funções, mas a existência de controle recíproco entre os poderes públicos, na forma delineada na Constituição.

2 JARDIM, Afrânio Silva. Ação Penal Pública – Princípio da Obrigatoriedade. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 3.

Ora, a Constituição Federal, ao tratar da persecução penal, firmou as seguintes atribuições ao Ministério Público:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

.....

VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior”.

É dizer, a Constituição pôs fim a qualquer ingerência policial naquilo que diz respeito ao início ou ao fim de determinada investigação: não pode o delegado oferecer denúncia, nem, tampouco, determinar o arquivamento, sob pena de afrontar o princípio acusatório instituído pelo Constituinte.

Nesse rumo, inclusive, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

*"A CF deferiu ao Ministério Público o monopólio da ação penal pública (art. 129, I). O exercício do jus actionis, em sede processual penal, constitui inderrogável função institucional do Ministério Público, a quem compete promover, com absoluta exclusividade, a ação penal pública. A cláusula de reserva, pertinente a titularidade da ação penal pública, sofre apenas uma exceção, constitucionalmente autorizada (art. 5º, LIX), na hipótese singular de inércia do Parquet. **Não mais subsistem, em consequência, em face da irresistível supremacia jurídica de que se reveste a norma constitucional, as leis editadas sob regimes constitucionais anteriores, que deferiam a titularidade do poder de agir, mediante ação penal pública, a magistrados, a autoridades policiais ou a outros agentes administrativos. É inválida a sentença penal condenatória, nas infrações perseguíveis mediante ação penal pública, que tenha sido proferida em procedimento persecutório instaurado, a partir da Constituição de 1988, por iniciativa de autoridade judiciária, policial ou militar, ressalvada ao Ministério Público, desde que inócurre a prescrição penal, a possibilidade de oferecer denúncia**"³ (ênfase acrescida).*

3 STF. RHC 68314, relator o ministro Celso de Mello, julgamento em 20-9-1990, Plenário, DJ de 15-3-1991.

Logo, cabe ao Ministério Público a avaliação preliminar sobre os fatos em apuração, bem como dizer se ocorreu ou não causa excludente de ilicitude.

Este fato revela-se ainda mais grave ao se considerar que tal ato não se submeterá a qualquer controle. Afinal, se o delegado de polícia não autua determinado investigado em flagrante, quando presumidamente patente aquela circunstância, ele deixa de instaurar o inquérito policial, e, conseqüentemente, de coletar as provas necessárias ao exame da existência do fato criminoso e da eventual responsabilidade do investigado, impossibilitando de modo cabal o exercício do controle externo de sua atividade pelo Ministério Público.

Não se pode abstrair, ainda, o fato de que o delegado de polícia está subordinado aos interesses do Executivo, fato que, por si só, desaconselha a apreciação valorativa do crime, na medida em que seu julgamento poderá decorrer de pressões/ interferências indevidas.

A proposta ressenhe-se, portanto, de manifesta inconstitucionalidade.

A despeito de parecer, a princípio, injusta a prisão em flagrante daquele que cometeu determinado delito sob a guarida de alguma causa excludente de antijuridicidade, certo é que, na prática, a averiguação de tal condição nem sempre é fácil.

Há notar que, em muitos casos, os limites que abrigam determinado fato típico sob uma causa excludente de ilicitude são muito tênues, reclamando, por vezes, exame aprofundado de provas.

Tanto é assim, que o reconhecimento da causa excludente de ilicitude pode ocorrer em três fases absolutamente distintas: a) quando o membro do Ministério Público, convencido da existência de fato típico, mas lícito, reconhece a ausência de justa causa para a ação penal e determina o arquivamento do inquérito policial (artigo 28 do CPP); b) quando o juiz discorda do membro ministerial, ao analisar o acervo probatório previamente coletado e a resposta preliminar do acusado, por entender estar manifestamente demonstrada a causa excludente de ilicitude (artigo 397-A-I do CPP) ou, ainda, c) por ocasião da sentença, quando o fato reclamar produção probatória superveniente.

Com efeito, o modelo brasileiro não adotou a tese da tipicidade conglobante defendida pelo jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, ou seja, a ilicitude não é verificada a partir do exame da tipicidade, mas em momento distinto, uma vez que, pela teoria adotada em nosso ordenamento jurídico – ratio cognoscendi –, a tipicidade é um juízo indiciário da ilicitude.

Em síntese: o delegado não pode nem deve fazer o juízo de ilicitude, mas apenas o de adequação entre os fatos ocorridos ao quanto dispõe a lei, devendo o exame das eventuais causas excludentes de ilicitude ocorrer no momento adequado e pelas autoridades constitucionalmente habilitadas para tal.

Cabe aqui observar que em todos esses casos resta evidenciado o controle recíproco entre o Ministério Público e o Judiciário. Com efeito, o juiz, se discordar da promoção de arquivamento, poderá encaminhar os autos ao Procurador-Geral; e o Ministério Público, caso não concorde com a absolvição sumária ou com a sentença absolutória, poderá recorrer.

Tem-se, portanto, por imperativo que o Estado **atue** nos casos albergados por excludente de ilicitude, seja para reconhecer a responsabilidade por

algum excesso, o erro do agente sob tal condição, ou, ainda a existência, ou não, de conduta lícita na espécie.

Tal julgamento não pode decorrer de um não-agir, ou seja, da omissão da polícia em instaurar o competente inquérito policial ou determinar a prisão, nos casos em que cabível.

Com efeito, não apenas o Ministério Público, mas também a autoridade policial deve atuar à luz do princípio da obrigatoriedade, uma vez que ele concretiza o princípio da legalidade, do Estado de Direito, que submete a atuação dos órgãos estatais ao direito positivo constituído, bem como do Estado Democrático. Nesse sentido, mais uma vez, a lição de Afrânio Silva Jardim:

“Cremos que já nos encontramos em condições de afirmar que o princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública condenatória tem um indelével caráter democrático, por mais contraditório que isto possa parecer, em face de uma visão superficial do problema.

.....
A aplicação inarredável da norma penal cogente, realizado o seu suporte fático, não pode ser afastada pelo agente público à luz de critérios pessoais ou políticos”⁴.

Lembre-se, ainda, que a prisão em flagrante não tem por fundamento qualquer juízo antecipatório de pena: esta espécie de constrição reveste-se do princípio da cautelaridade, da necessidade de se resguardar a coletividade ou o processo em algum aspecto. Evidente, portanto, que não-

4 JARDIM, Afrânio Silva. ob. cit., p. 50.

configurada sua necessidade, o investigado deverá, o mais breve possível, ser posto em liberdade.

É compreensível, contudo, a apreensão que ensejou a propositura deste projeto de lei. Entretanto, não pode o projeto descurar das feições constitucionais que delimitam as tarefas de cada um dos agentes públicos, nem, tampouco, a necessidade de custódia do investigado enquanto a própria alegação de o crime ter sido cometido sob algumas das condições constantes dos incisos I, II e III do artigo 23 do Código Penal é devidamente apurada.

Feitas tais considerações, voto, no mérito, favorável ao Projeto de Lei nº 1.843, de 2011, na forma do substitutivo em anexo.

Sala da Comissão, em de setembro de 2011.

Deputado **ALESSANDRO MOLON**

Relator

SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI Nº 1.843, DE 2011

Acrescenta os §§ 4º e 5º ao art. 304 e os §§ 3º e 4º ao art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

O CONGRESSO NACIONAL DECRETA:

Art. 1º Esta lei altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, incluindo os §§ 4º e 5º ao art. 304 e os §§ 3º e 4º ao art. 306.

Art. 2º O art. 304 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 304. (Omissis).

§1º (Omissis).

§2º (Omissis).

§3º (Omissis).

§4º Se a autoridade policial verificar a existência de elementos que indiquem que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III, do art. 23, do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, deverá lançar na capa dos autos do inquérito tal condição e conceder absoluta prioridade em sua tramitação.

§5º Nos casos do parágrafo 4º deste artigo, o investigado ficará em sala reservada na Delegacia de Polícia até deliberação judicial.

Art. 3º O art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, passa a vigorar com a seguinte redação

“Art. 306. (Omissis).

§1º (Omissis).

§2º (Omissis).

§3º Tratando-se de auto de prisão em flagrante lavrado sob a condição do parágrafo 4º do artigo 304, deverá o delegado encaminhar os autos de prisão em flagrante imediatamente ao membro do Ministério Público.

§4º O membro do Ministério Público, tão logo receba os autos, deverá analisar as circunstâncias do fato e postular ao juízo, oralmente ou por escrito, a liberdade provisória do investigado, caso verifique ter o crime sido cometido nas condições dos incisos I, II e III do artigo 23 do Código Penal”.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala das Sessões, em de setembro de 2011.

ALESSANDRO MOLON
Deputado Federal – PT/RJ

FIM DO DOCUMENTO