

COMISSÃO DE SEGURANÇA PÚBLICA E COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

PROJETO DE LEI Nº 1.843, DE 2011

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.

Autor: Deputado JOÃO CAMPOS

Relator: Deputado FERNANDO FRANCISCHINI

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*¹. Reponta desta concepção não apenas a repartição de funções, mas a existência de controle recíproco entre os poderes públicos, na forma delineada na Constituição.

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:

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

*"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**"² (ênfase acrescida).*

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.

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

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 ressenete-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”³.

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-

3 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

COMISSÃO DE SEGURANÇA PÚBLICA E COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

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