

# ESTADO E DIREITO: FORMAS DE ATUAÇÃO PENAL E O RELAXAMENTO DE PRISÃO FRENTE ÀS POSSÍVEIS ILEGALIDADES DO FLAGRANTE DE DELITO

## STATE AND LAW: FORMS OF CRIMINAL ACTION AND THE RELAXATION OF PRISON AGAINST THE POSSIBLE ILLEGAL ACTS OF FLAGRANT DELICTE

THARLLISON RAFAEL PEREIRA<sup>1</sup>

FERNANDO LOBO LEMES<sup>2</sup>

### RESUMO

A pesquisa que deu origem a este trabalho teve como ponto de partida a seguinte indagação: na atual conjuntura normativa brasileira, o relaxamento de prisão seria um instrumento para repressão das ilegalidades ocorridas durante o flagrante de delito? O objetivo do artigo é, portanto, identificar o dever do Estado em suas diversas formas de atuação penal, bem como analisar a submissão desse Estado ao Direito. O enfoque no relaxamento de prisão em flagrante desvela este instituto como instrumento de resposta do Estado frente às ilegalidades ocorridas durante o flagrante de delito

**PALAVRAS-CHAVE:** Flagrante de Delito. Relaxamento de Prisão. Estado de Direito.

### ABSTRACT

The research that led to this work had as a starting point the following question: in the current Brazilian legal conjuncture, the relaxation of prison would be an instrument for repression of the illegalities occurred during the flagrante of delict? The aim of this article is therefore identify the duty of the State in your various forms of criminal activities, as well to analyze the submission of that State to the law. The focus on relaxation of arrest in flagrante unveils this Institute as an instrument of State's response against the illegalities that occurred during the flagrante of delict.

**KEYWORDS:** Flagrant of Delict. Relaxation of Prison. Rule of Law.

## 1. O ESTADO REGULATÓRIO E O ESTADO PUNITIVO

O modelo de Estado de direito que vigora na sociedade contemporânea surge a partir do momento em que o ser humano se propõe a viver em grupo, tendo por base regras para a construção de uma boa relação social entre seus membros. É importante para os indivíduos que vivem em sociedade aceitarem a legitimidade dos poderes estatais, para que se possa criar normas e aplicá-las eficazmente, proporcionando certa segurança jurídica e bem-estar social, caso contrário, seria impossível a existência e o desenvolvimento de grandes, organizadas e fortes

<sup>1</sup> Advogado Criminalista. Graduado em Direito pela Faculdade Raízes.

<sup>2</sup> Doutor em História pela Université de la Sorbonne Nouvelle – Paris 3, professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* Territórios e Expressões Culturais no Cerrado (TECCER) da Universidade Estadual de Goiás (UEG) e coordenador do Núcleo de Pesquisa Científica (NPC) da Faculdade de Direito Raízes.

sociedades e nações, das quais temos notícias ao longo da história moderna. Por esta razão, evidencia-se indispensável a criação de leis que não reproduzam apenas a vontade isolada de um determinado grupo social, cultural ou étnico, mas a vontade de todo o conglomerado de pessoas viventes no Estado.

A partir de uma concepção atual acerca do papel a ser desempenhado pelo Estado de direito, Carlos Simões propõe a ideia do Estado institucionalizado como garantidor dos direitos de seus cidadãos, usando como parâmetro inicial a garantia e a manutenção dos direitos fundamentais do ser humano. Segundo o autor, na base de um regime legal, os direitos e garantias fundamentais estarão assegurados na Constituição, acima do arbítrio público ou privado, configurando um novo *status* jurídico para as pessoas, instituindo-as como cidadãs. Assim, nem o próprio Estado ou poderes privados poderão violar a esfera dos direitos individuais de seus cidadãos. Tal pensamento corresponde à primeira geração<sup>3</sup> dos direitos humanos.

No âmbito do sistema jurídico brasileiro, a relevância dada à criação de normas encontra-se firmada no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, dispondo que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 2017), chamada de princípio da legalidade. Logo, exercendo um papel primordial para o desenvolvimento civilizado de um Estado, as normas deverão sempre estar conforme a Constituição, a fim de ter validade e produzir efeitos ante os cidadãos (CANTERGI, 2007).

Em sentido amplo, o processo regulatório do Estado é um conjunto de atos necessários para a constituição de leis, decretos, súmulas, portarias, resoluções, emendas e medidas provisórias a serem elaboradas e constituídas pelos vários entes do poderio estatal, tendo em alguns casos apenas efeitos internos, no determinado órgão que a constituiu.

Quando o assunto é Direito Penal e Processo Penal, como um conjunto de normas que estão diretamente relacionadas ao delito, à pena, à medida de segurança ou ao agravamento das penas, somente o Estado (União) por meio do poder legislativo federal está autorizado a normatizar sobre o assunto. Assim é disposto na Constituição Federal de 1988, nos artigos 22, inciso I, e 44, *caput*:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

---

<sup>3</sup> A teoria das gerações tem como paradigma a evolução histórica dos direitos humanos na ordem jurídica supraestatal e nas Constituições dos Estados contemporâneos. Preconiza que o processo de criação de direitos humanos é contínuo e inesgotável. A primeira geração dos direitos humanos tem na liberdade o elemento axiológico preponderante. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada em 1789, é o seu marco histórico. Nessa categoria, encontram-se as liberdades públicas e os direitos políticos. As liberdades públicas, também denominadas direitos civis ou direitos individuais, são prerrogativas que protegem a integridade física, psíquica e moral das ingerências ilegítimas, do abuso de poder ou qualquer outra forma de arbitrariedade estatal. Atuam na dimensão individual e protegem a autonomia da pessoa humana. Cf. SARMENTO (2011).

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

Art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (BRASIL, 1998).

Isso ocorre para que se cumpra o princípio da legalidade. Em vista disso, a definição de delitos, imposição de penas ou de medidas de segurança, só poderão ser originadas através de lei, jamais por meio de atos normativos ou administrativos, como decretos, súmulas, portarias ou resoluções (LOPES, 1994).

A intervenção do Direito Penal encontra-se tecnicamente em posição de domínio face aos vários campos de atuação do Direito contemporâneo, entretanto, sua aplicação prática ocorre de forma subsidiária, sendo a última *ratio* (último recurso) da intervenção estatal. Dentre a grande variedade de bens jurídicos existentes, somente aqueles considerados essenciais receberão amparo do Direito Penal. Um exemplo seria os bens jurídicos essenciais dispostos no artigo 5º, *caput* da Constituição de 1988: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Neste sentido, afirma Alice Bianchini, “o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens (princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos), o que concede ao Direito Penal um caráter fragmentário” (BIANCHINI, 2002, p. 141).

A partir da criação das normas penais, surge para o Estado o direito de punir (*jus puniendi*) quem as infringir, o que acarreta na imposição de uma pena que, por sua vez, já estava prevista na norma anteriormente desrespeitada, seja tal norma de cunho material ou até mesmo processual (ROCHA, 2006).

Partindo-se desse pressuposto, apenas o Estado tem o direito e o dever público subjetivo de punir o seu cidadão, sendo claramente uma questão de soberania estatal, uma vez que foi o próprio Estado soberano quem criou a norma. Dessa forma, o poder regulatório e o punitivo se reúnem para impor o interesse coletivo de toda a sociedade, em detrimento do interesse particular do membro que violou uma norma de convivência, que ele mesmo, de forma indireta, aceitou cumprir. Assim, elucida Cesare Beccaria a respeito da submissão ao direito de punir:

Somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela da sua liberdade: disso advém que cada qual apenas concorda em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante. A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir (BECCARIA, 2004, p. 19).

Entretanto, o direito de punir do Estado é sempre abstrato, por não se tratar de uma norma penal dirigida a um cidadão específico, mas a todos os membros do Estado, inclusive aos próprios representantes eleitos pelo povo. É verídico que Estado não poderia impor normas aos seus cidadãos e não se submeter a elas, isso faria o poder estatal de punir frágil e sem credibilidade. Logo, obedecer a suas próprias normas torna-se uma coerência necessária para um estado civilizado (MALUF, 1998).

É relevante entender que o direito de punir do Estado não é facultativo, mas sim obrigatório, desenrolando-se como um dever. Assim, quando um agente infringir a norma, o Estado promoverá meios adequados para impor sanções, sejam elas encarceradoras ou não. Neste sentido, conforme Afrânio Silva Jardim,

No momento em que o Estado proibiu a vingança privada, assumiu o dever de prestar jurisdição, monopolizando esta atividade pública. Percebeu-se, em determinado momento histórico, que ao Estado deve caber o combate à criminalidade, seja preventiva, seja repressiva. O Estado tem o dever de punir (JARDIM, 2001, p. 12).

Constata-se ainda que o poder punitivo estatal nunca será arbitrário ou desregrado, devendo respeitar todos os princípios fundamentais firmados na Constituição, dentre eles o princípio da presunção de inocência e do devido processo legal.

Consoante com a aplicação da lei penal existe a possibilidade, mesmo que de forma excepcional, do Estado antecipar algumas medidas punitivas que em tese só poderiam ser aplicadas após o trânsito em julgado da lide penal. Tais medidas são conhecidas como cautelares ou, no caso específico da prisão em flagrante, como medida precautelares. No entanto, as medidas não visam a punição do sujeito pela iminente prática delituosa, mas funciona apenas como uma resposta estatal imediata para que se cesse o delito e para que se evite a fuga do sujeito acusado.

## **2. AS DISTINTAS FORMAS DE ATUAÇÃO PENAL DO ESTADO BRASILEIRO**

A partir da criação do Estado de direito, que se originou na necessidade do ser humano viver em sociedade, cumulada com o desejo de igualdade entre estes, foram criados meios para que este Estado pudesse aplicar suas normas com mais eficácia, cabendo à Administração Pública<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Em sentido formal é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo. Em sentido material é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral. Em acepção operacional é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. Numa visão global, a Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado para a

distinguir e averiguar limites sobre essa aplicação de normas. Assim, visando uma melhor eficácia as funções atribuídas a Administração Pública, houve a criação de vários órgãos internos responsáveis pela execução e fiscalização das normas anteriormente criadas pelos representantes estatais. Tais órgãos, têm por objetivo impor os interesses coletivos do Estado em detrimento de eventuais interesses individuais que infringem as normas estabelecidas (CUNHA, 2011).

Desta forma, foi criado o poder de polícia, que tem por objetivo principal preservar o bem comum de forma fiscalizadora, sendo responsável pela segurança individual e coletiva, mantendo assim a sociedade dentro da legalidade e, conseqüentemente, em ordem. Todavia, o poder “de” polícia do Estado não se confunde com o poder “da” polícia em si, sendo o último o poder de agir ostensivamente para garantir a ordem, colocando em prática todo aparato estatal que se dispõe, tendo origem no primeiro, que é a causa, para a criação de uma polícia. Neste sentido, conforme Edimur Ferreira de Faria,

Pode-se afirmar que poder de polícia, em sentido estrito, é a atribuição legal conferida à Administração Pública para, no exercício de suas competências (regrada ou discricionária), promover a fiscalização do exercício do direito de propriedade e de liberdade, com vistas a evitar abusos em prejuízos da coletividade ou do Estado. Para isso, pode valer-se de seus meios próprios, nos limites da lei, para coibir os atos lesivos e impor sanções previstas em lei (FARIA, 2000, p. 206-207).

A partir de um viés legalista e prático, o poder de polícia estatal desdobra-se para a fiscalização ostensiva do direito à liberdade dos membros do Estado. Nesse momento entram em cena as organizações policiais propriamente ditas, que tem por fim assegurar a execução das leis que vigoram no Estado, garantir a liberdade dos cidadãos e zelar pela segurança pública (LAZZARINI, 1999).

O sistema penal brasileiro tem sua base firmada nas organizações policiais instituídas no artigo 144 da Constituição de 1988. Essas organizações são responsáveis diretas pelo zelo e manutenção dos interesses estatais, conservação da segurança pública e também pelas investigações criminais, atuando em conjunto com o Poder Judiciário na resolução dos conflitos civis internos. A Constituição Federal ao longo do seu artigo 144 institui todas as organizações policiais brasileiras, expondo taxativamente suas funções:

---

realização de serviços, visando a satisfação das necessidades coletivas. A Administração não pratica atos de governo. Pratica, tão-somente, atos de execução, com maior ou menor autonomia funcional, segundo a competência do órgão e de seus agentes. São os chamados atos administrativos. Cf. MEIRELLES (2003).

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal:

II - polícia rodoviária federal:

III - polícia ferroviária federal:

IV - polícias civis:

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se a:

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei:

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência:

III - exercer as funções de polícia marítima, aérea e de fronteiras:

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

§ 2º A polícia rodoviária federal, órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais.

§ 3º A polícia ferroviária federal, órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais.

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública: aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

§ 6º As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

§ 8º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei (BRASIL, 1988).

O mesmo artigo da Carta Magna afirma que a segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos. Desse modo, presume-se que é dever de um agente policial conter uma eminente violação às normas anteriormente estabelecidas pelo Estado, mesmo que para isso tenha que ir contra os direitos e interesses particulares do cidadão que as violou.

Exemplo disso seria a própria prisão em flagrante, visto que, a partir do momento em que um indivíduo viola uma norma, em tese estaria praticando um delito, sendo sua conduta formal e materialmente típica. Assim, se um agente policial, representante do Estado, presenciar tal afronta à norma, este seria obrigado a autuar aquele indivíduo em flagrante e conduzi-lo à presença do órgão julgador, que seria o Poder Judiciário. Neste caso específico o artigo 301 do Código de Processo Penal confirma que “Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito” (BRASIL, 1941). Convém ressaltar que, diferente dos agentes policiais, os demais cidadãos não têm o dever de autuar prendendo em flagrante, mas apenas a faculdade, tratando-se simplesmente de um exercício regular de um direito e não de um estrito cumprimento de um dever legal, como é o caso do policial.

Parece perceptível que, com a realização da prisão em flagrante, compromete-se o direito à liberdade estabelecido no artigo 5º, *caput* da Constituição Federal, entretanto, cumpre-se o dever estatal de zelar pela ordem e manutenção da segurança da sociedade. Deste modo, observa-se que estão presentes dois dispositivos opostos na mesma Constituição, pois como um indivíduo poderá desfrutar do seu direito à liberdade se o próprio Estado poderá ceifá-lo de forma antecipada?

Questão complexa onde se constata iminente conflito entre normas constitucionais: o direito à liberdade do cidadão, frente ao dever do Estado de prender em flagrante. Visando solucionar tal indagação, existem algumas situações onde deverá ocorrer a ponderação das normas constitucionais; situações onde se precisa decidir entre a prevalência de determinado direito fundamental sobre o outro, tendo em vista que uma das principais características dos direitos e princípios fundamentais é a relatividade, não possuindo caráter absoluto entre eles. Dessa maneira, entende Alexandre de Moraes (2003, p. 61), que “os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela carta Magna (princípio da relatividade)”.

No entendimento de Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2009, p. 334), a ponderação deverá ser aplicada quando o caso concreto não se enquadrar completamente na norma legal em abstrato, sendo “técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente”.

O juízo de ponderação é edificado a partir da própria consolidação do entendimento extraído de um princípio, proporcionando ao julgador sobrepor uma norma sobre a outra. Com esse raciocínio, o magistrado não desqualifica e não nega a validade de uma norma ou direito, mas, simplesmente, em virtude do peso menor apresentado em determinado caso concreto, terá a sua aplicação minimizada (SOARES, 2010).

Frente à imediatidade do delito, o direito à liberdade cede espaço, em reverência aos princípios da proporcionalidade, concordância prática, e da proibição do excesso, admitindo dessa forma, a prisão em flagrante de *status* igualmente constitucional. Ensina Humberto Ávila que a concordância prática institui um postulado que tem por escopo o direcionamento da ponderação de forma que valores total ou parcialmente refratários possam ser harmonizados e protegidos ao extremo, no caso a relevância do bem jurídico atingido pelo crime ou o bem comum social. Da mesma forma, elucida o autor que

A proibição de excesso está presente em qualquer contexto e que um direito fundamental esteja sendo restringido. Por isso, deve ser investigada separadamente do postulado da proporcionalidade. [...] O postulado da proibição de excesso depende, unicamente, de estar um direito fundamental sendo excessivamente restringido. A realização de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia (ÁVILA, 2006, 132-133).

Assim, a prisão em flagrante cumpre primordial função de impedir que o crime produza consequências ulteriores e, ao mesmo tempo, de evitar a fuga do acusado, promovendo o cumprimento do dever estatal. Nesse caso, a adoção da medida pré-cautelares restritiva de liberdade, que é o caso da prisão em flagrante, é justificada pela supremacia do interesse estatal de promover o bem-estar público dos demais cidadãos, visto que um deles violou uma norma de convivência anteriormente imposta.

Atuando de forma conjunta como poder da polícia na esfera penal do Estado, o Poder Judiciário firma-se como uma organização responsável pela fiscalização e zelo da legalidade, garantindo a segurança das relações individuais entre cidadão e Estado, assegurando sua função jurisdicional de dirimir conflitos dentro do território. Tal função concretiza-se com o poder de aplicar a norma ao fato concreto, visando obter justa resolução da lide (ROCHA, 2003).

Por motivos de cunho prático, o poder jurisdicional do Estado se subdivide entre a jurisdição penal e civil, sendo jurisdição penal uma pretensão punitiva estatal que objetiva aplicar medidas punitivas para a repressão de crimes anteriormente definidos em lei, podendo acarretar na restrição temporária de liberdade do infrator. A jurisdição civil, em sentido amplo, funciona como uma espécie residual, abrangendo todas as pretensões civis que não sejam de âmbito criminal (DIAS, 2010).



Regulada pela Constituição Federal de 1988, nos seus artigos 92 a 126, com a exceção das Justiças Especiais<sup>5</sup>, a jurisdição penal do Estado brasileiro é formada por diversos órgãos internos. Tal jurisdição possui como corte suprema para resolução de conflitos o Supremo Tribunal Federal (STF) com função primordial de zelar pelo cumprimento da Constituição. Logo em seguida está o Superior Tribunal de Justiça (STJ), responsável pelo zelo e interpretação da legislação infraconstitucional. No âmbito federal, estão os Tribunais Regionais Federais (TRF), divididos entre as principais regiões brasileiras, responsáveis por julgar em segunda instância os delitos em detrimento dos bens e valores da União, crimes federais, ou causas em que a União seja parte da lide. Com a função de julgar em segunda instância as infrações comuns em âmbito Estadual, existem os Tribunais de Justiça dos Estados (TJ). Por último, estão os Juízes Federais competentes para julgar as respectivas causas dos Tribunais Regionais Federais, em primeira instância, e os Juízes de Direito, responsáveis para o julgamento das mesmas matérias de competência dos Tribunais de Justiça dos Estados em primeira instância (IPPÓLITO, 2001).

Entretanto, para que a jurisdição penal do Estado seja legitimada, deverá ocorrer o filtro da estrita legalidade, visto que as ações estatais deverão sempre estar pautadas na lei e na boa fé. Nesse sentido, a Constituição de 1988 traz em seu artigo 5º inciso XXXIX que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” proibindo qualquer incriminação sem prévia definição da lei (BRASIL, 1988). Logo, em cunho material, o Direito Penal não apresenta lacunas, tendo em vista que toda conduta que não for ilícita será, conseqüentemente, lícita (MARQUES, 1997).

### **3. O RELAXAMENTO DE PRISÃO FRENTE ÀS ILEGALIDADES PRATICADAS PELO AGENTE ATIVO DA PRISÃO EM FLAGRANTE**

Para que o Estado possa exercer sua soberania é imprescindível que exista certa coerência entre as normas estabelecidas e os atos praticados pelo poderio estatal. Ora, se um Estado dita as normas para seu povo e não se submete a elas, onde ficará sua credibilidade? Certamente haveria um caos generalizado em suas intuições, que o levaria à ruína.

Sobre a submissão do Estado às suas próprias normas, dizia Hans Kelsen:

---

<sup>5</sup> A Constituição de 1988 atribui para causas de determinada natureza e conteúdo, ritos, procedimentos e normas especiais, conforme as necessidades dos ramos específicos do direito material. Em razão disso, surgiram as Justiças Especiais. Assim, as Justiças Especiais estão subdivididas em Justiça do Trabalho, pretensões oriundas da relação de trabalho (art. 114 CF); Justiça Eleitoral, matéria relacionada com eleições políticas (art. 121 CF); e Justiça Militar, causas penais fundadas no Direito Penal militar (art. 124 CF). Cf. IPPÓLITO (2001).

Assim como o Deus criador do mundo, no mito da sua humanização, tem de vir ao mundo, de submeter-se às leis do mundo – o que quer dizer: à ordem da natureza –, tem de nascer, sofrer e morrer, assim também o Estado, na teoria da sua autovinculação, tem de submeter-se ao Direito por ele próprio criado (KELSEN, 1998, p. 222).

Pode-se perceber que, para Hans Kelsen, a submissão do Estado ao direito que ele mesmo criou desdobra-se como algo natural. Seria insustentável para uma nação contemporânea a imposição de normas sem a devida igualdade e equidade ante os representantes estatais, caso contrário, provavelmente, tal nação seria remetida aos tempos de barbárie<sup>6</sup>.

Partindo-se desse pressuposto, a partir do momento em que o Estado infringe uma norma por meio de um representante de seu poder, estará este praticando uma ilegalidade, um ato contrário à sua própria legislação e, conseqüentemente, se for o caso, cometendo um delito, visto que, mesmo sendo soberano, permanece abaixo do seu próprio direito.

A Constituição Federal de 1988, por meio do seu artigo 5º inciso LXI, autoriza que o Estado cesse a liberdade de um cidadão por meio do flagrante de delito, mesmo que temporariamente. Sobre o direito de prender em flagrante o Código de Processo Penal em seu artigo 301 completa o assunto, dispondo que qualquer pessoa poderá prender em flagrante, e o agente policial será obrigado a efetuar prisão, por ser representante estatal. Todavia, para que a prisão em flagrante possa ocorrer legalmente, existe uma série de requisitos que servem como pressupostos de validade da prisão.

Prender um indivíduo em situação de flagrância é um direito do cidadão e um dever do Estado, porém essa garantia legal nunca poderá ser exercida de forma desregrada ou irresponsável, tendo em vista o dever de todos em primar pelos direitos fundamentais do cidadão e zelar pela legalidade.

Se o Estado em forma soberana é uno, o seu poder (poder estatal) se subdivide em vários órgãos internos para a melhor execução de seus deveres. Deste modo, surgem as instituições policiais que se originam no poder de polícia do Estado e são responsáveis pela segurança e ordem em um contexto interno, sendo uma de suas funções efetuar as prisões em flagrante, quando necessário. Atuando em conjunto com as instituições policiais na esfera estatal, o Poder Judiciário fica encarregado pela fiscalização e zelo da legalidade, garantindo a segurança nas relações entre cidadão e Estado, sendo-lhe atribuído o manuseio do poder punitivo do Estado e, na ótica do instituto da prisão em flagrante, a verificação de sua legalidade.

---

<sup>6</sup> Os tempos de barbárie representam um período arcaico da história humana. Seria um estado primitivo ou selvagem de indivíduos ou grupos que ainda não teriam evoluído rumo ao estado civilizado, caracterizando-se pela transição do modo de produção baseado na caça e na coleta, ao pastoreio e à agricultura. Cf. LIMA (2005).

Observa-se que, por um lado, tem-se o agente policial com o dever de efetuar a prisão em flagrante e o cidadão comum, com a faculdade de efetuar a prisão, exercendo o papel de agentes ativos da prisão. Por outro lado, destaca-se o Poder Judiciário que, por meio do Juiz, Desembargador ou Ministro, é incumbido de verificar a legalidade da prisão em flagrante. Nesse momento, surge a figura do flagrado que teve sua liberdade cerceada no ato do delito como agente passivo da prisão. Porém, se durante o procedimento de flagrante ocorrer atos que são contrários às normas legais, o magistrado terá o dever de relaxar a prisão do acusado, colocando-o em liberdade, sendo direito garantido na Constituição Federal de 1988 no artigo 5º inciso LXV: “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”.

Constata-se que o relaxamento da prisão em flagrante funciona como mecanismo de resposta do Estado para o indivíduo que, de maneira ilegal, é preso na eminência da prática delituosa. Basta considerar que o Estado criou uma norma visando segregar pré-cauteladamente o acusado que acaba de cometer um crime (prisão em flagrante) e este mesmo Estado criou outra norma para devolver a liberdade do cidadão que foi preso sem a observância das demais normas legais (relaxamento de prisão). Neste sentido, não há que falar em colisão de normas constitucionais ou uso da técnica de ponderação, uma vez que o agente ativo da prisão não agiu conforme a lei ordena, passando de agente cumpridor da lei para infrator, podendo, se for o caso, responder por delitos inerentes à sua ação.

Destarte, o relaxamento de prisão se justifica pela necessidade de repressão ou intervenção do Poder Judiciário frente às ilegalidades praticadas por um agente policial ou por um cidadão comum, uma vez que, na prática, nem sempre este agente ativo da prisão seguirá os procedimentos legais ou usará de boa-fé para efetuar a prisão.

Ademais, a banalização de medidas encarceradoras como a prisão em flagrante sem o devido respaldo legal, tão-somente para suprir o desejo de impunidade, muitas vezes infundado, torna o dever constitucional do Estado de garantir a segurança e a justiça um verdadeiro espetáculo para a sede midiática por prévios culpados e daqueles que anseiam por um excesso de autoritarismo estatal, como se tal carma fosse à solução para toda criminalidade da sociedade.

Outro problema que ocorre quando um indivíduo é encarcerado de forma prematura, advém da triste situação do sistema penitenciário brasileiro, pois, no dia a dia das penitenciárias do país a constante violação de direitos humanos e a total inobservância das garantias legais previstas, tornam a vida do preso um verdadeiro tormento.

Acerca do sistema carcerário brasileiro, explana Rafael Damaceno de Assis:

A partir do momento em que o preso passa à tutela do Estado, ele não perde apenas o seu direito de liberdade, mas também todos os outros direitos fundamentais que não foram

atingidos pela sentença, passando a ter um tratamento execrável e a sofrer os mais variados tipos de castigos, que acarretam a degradação de sua personalidade e a perda de sua dignidade, num processo que não oferece quaisquer condições de preparar o seu retorno útil à sociedade (ASSIS, 2007, p. 74).

A partir do estudo de Assis sobre a realidade atual do sistema penitenciário brasileiro, presume-se que sua capacidade de ressocialização está falida. Assim, o Estado deixa de cumprir com o seu papel de zelar pelos direitos fundamentais do cidadão, pois, apesar do ato praticado pelo indivíduo, não existem normas ou punições no ordenamento jurídico brasileiro que o fazem perder o *status* de cidadão.

Em uma visão crítica acerca do assunto, advém à seguinte indagação: como um Estado que tem o dever de zelar pela ordem e legalidade, pode agir com tanto descaso e arbitrariedade acerca da liberdade de seus membros? Neste caso, como lembra José Carlos Dias (2015, *online*), “O exercício do poder punitivo deve ser meio de estabilização normativa, deve reforçar valores constitucionais” (DIAS, 2015, *on line*). Pois, se as fronteiras entre o crime e o combate ao crime são rompidas a própria superioridade moral do Estado restaria comprometida frente a delinquência.

## REFERÊNCIAS

ASSIS, Rafael Damaceno de. A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro. *Revista CEJ*. Brasília, Ano XI, n. 39, p. 74-78, out/dez. 2007.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941 - PUBLICAÇÃO ORIGINAL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 11 abr. 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988 – PUBLICAÇÃO ORIGINAL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2017.

CANTERGI, Eduardo. *Processo Legislativo Federal da Lei Complementar e da Lei Ordinária no Brasil*. Monografia. Porto Alegre: Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do

Rio Grande do Sul, 2007. 40p. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007\\_1/eduardo\\_cantergi.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_1/eduardo_cantergi.pdf)>. Acesso em: 08 mai. 2017.

CUNHA, Anne Clarissa Fernandes de Almeida. Poder de Polícia: Discricionariedade e limites. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 84, jan. 2011.

DIAS, José Carlos. Prisão sem pena. *Folha do Estado de São Paulo*. 19 de julho de 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaio/226612-prisao-sem-pena.shtml>>. Acesso em: 08 de mai. 2017.

DIAS, Renato Duro. Jurisdição voluntária e formas alternativas de resolução de conflitos. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande. XIII, n. 77, jun. 2010. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8069&revista\\_caderno=21](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8069&revista_caderno=21)>. Acesso em 10 mai. 2017.

FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo Positivo*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

IPPÓLITO, Rita Marasco. JURISDIÇÃO. *Revista Páginas de Direito*. Porto Alegre, ano 1, n. 37, 2001. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/160-artigos-jun-2001/6254-jurisdiacao>>. Acesso em 10 mai. 2017.

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública: Princípio da Obrigatoriedade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

KELSEN, Hans, 1881-1973. *Teoria pura do direito*. [tradução: João Baptista Machado]. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LIMA, Raymundo de. É ‘barbárie’, ‘genocídio’, ‘holocausto’, ou “massacre”? (60 depois de Auschwitz é preciso fazer mais do que distinguir conceitos). *Revista Espaço Acadêmico*, n. 45, 2005. Disponível em: <[https://www.espacoacademic o.com.br/045/45lima.htm#\\_ftn2](https://www.espacoacademic o.com.br/045/45lima.htm#_ftn2)>. Acesso em 10 mai. 2017.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal: projeções contemporâneas*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1994.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

MARQUES, José, Frederico. *Tratado de Direito Penal*. V. I, Campinas: Bookseller, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ROCHA, Alexandre Pereira da. *O Estado e o Direito de Punir: a superlotação no sistema penitenciário brasileiro*. O caso do Distrito Federal. Brasília: Universidade de Brasília – UNB, 2006. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/2217/1/Alexandre%20Pereira%20da%20Rocha.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SARMENTO, George. As gerações dos Direitos Humanos e os desafios da efetividade. *Jusbrasil*, 2011, p. 2. Disponível em: <https://georgesarmento.jusbrasil.com.br/artigos/121941965/geracoes-dos-direitos-humanos-e-os-desafios-de-sua-efetividade> . Acesso em: 10 de mai. 2017.

SIMÕES, Carlos. *Curso de direito do serviço social*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e Interpretação Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.