

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
REDE DE ENSINO DOCTUM DE CARATINGA**

YASMIN FAGUNDES GONÇALVES SATHLER

**A POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA LEGÍTIMA DEFESA PELO
DELEGADO DE POLÍCIA**

CARATINGA

2017

YASMIN FAGUNDES GONÇALVES SATHLER

**A POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA LEGÍTIMA DEFESA PELO
DELEGADO DE POLÍCIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora do curso de Direito da Rede de Ensino Doctum de Caratinga, como requisito parcial de obtenção do grau de Bacharel em Direito.
Área de Concentração: Direito Processual Penal, Direito Penal, Direito Constitucional.
Orientador: Prof. Luiz Eduardo Gomes.

FIC

TERMO DE APROVAÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado:

A possibilidade do reconhecimento da legítima da defesa pelo delegado de polícia elaborado pelo aluno **Yasmin Fagundes Gonçalves Sathler** foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Caratinga 06 de dezembro 2011.

Prof. Orientador

Prof. Avaliador 1

Prof. Avaliador 2

Agradeço a Deus primeiramente por ter me abençoado e me sustentado até aqui, que me permitiu realizar esse sonho. Agradeço ao meu Pai e minha madrasta, por sempre acreditarem em mim e me incentivarem nos estudos e pelo amor e carinho, amo muito vocês, obrigada por tudo. A minha mãe, que está longe, amo muito. Aos meus amigos nessa vida acadêmica, familiares e todos que me ajudaram na elaboração do meu trabalho. Ao meu orientador Luiz Eduardo, por compartilhar seu conhecimento e dedicação.

“Por isso não desanimamos. Embora exteriormente estejamos a desgastar-nos, interiormente estamos sendo renovados dia após dia, pois os nossos sofrimentos leves e momentâneos estão produzindo para nós uma glória eterna que pesa mais do que todos eles. Assim, fixamos os olhos, não naquilo que se vê, mas no que não se vê, pois o que se vê é transitório, mas o que não se vê é eterno.”

(2 Coríntios 4:16-18)

RESUMO

A presente pesquisa tem como escopo a análise da possibilidade do reconhecimento da legítima defesa pelo delegado de polícia, considerando que o reconhecimento de causa excludente de ilicitude ou culpabilidade é um dever no desempenho da sua missão de garantir direitos fundamentais, devendo ser repelidas eventuais interferências draconianas em detrimento do interesse público. Pode-se afirmar que o Delegado de Polícia é a representação do Estado em defesa do bem estar social, exercendo o dever de polícia e de segurança da sociedade, com a finalidade precípua de manter a ordem e a paz coletiva. Existem situações em que o caráter ilícito da conduta restará afastado, tais como o estado de necessidade, a legítima defesa e o estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito. Nestes casos, ocorrendo as chamadas excludentes de ilicitude, a conduta típica deixará de ser considerada crime, haja vista que a presunção da antijuricidade diante de uma excludente é afastada. Diante de tais considerações, a doutrina começou a discutir acerca da possibilidade da Autoridade Policial, no Auto de Prisão em Flagrante analisar ou não se a conduta do autuado estava sob o manto da legítima defesa. O que se pode concluir é que não faz sentido afastar o delegado de polícia, autoridade vocacionada a conduzir a fase investigativa, dos raciocínios jurídicos necessários ao bom desempenho de seu trabalho, fazendo com que o indivíduo se volte para a ilicitude por intermédio de indevida privação da liberdade.

Palavras-chave: Delegado de polícia. Ilícito penal. Legítima defesa.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	11
CAPITULO I - CONCEITO DE CRIME E CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA	13
1.1. TIPICIDADE	13
1.2. ANTIJURICIDADE	14
1.3. CULPABILIDADE	16
1.4. EXCLUDENTES DE ILICITUDE.....	18
1.4.1. Estado de necessidade.....	18
1.4.2. Estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito.....	19
1.4.3. Legítima defesa.....	20
CAPÍTULO II – ESPÉCIES DE PRISÃO.....	23
2.1. PRISÃO PROCESSUAL.....	23
2.2. PRISÃO EM FLAGRANTE	23
2.3. PRISÃO TEMPORÁRIA.....	25
2.4. PRISÃO PREVENTIVA.....	26
CAPÍTULO III – O RECONHECIMENTO DA LEGITIMA DEFESA PELO DELEGADO DE POLICIA.....	29
3.1. DELEGADO DE POLÍCIA E SUAS FUNÇÕES.....	29
3.2. DA POSSIBILIDADE DE O DELEGADO DE POLÍCIA ANALISAR A LEGÍTIMA DEFESA NO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE.....	31
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	36
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	37

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como tema “a possibilidade do reconhecimento da legítima defesa pelo delegado de polícia”. Pode-se afirmar que o Delegado de Polícia é a representação do Estado em defesa do bem estar social, exercendo o dever de polícia e de segurança da sociedade, com a finalidade precípua de manter a ordem e a paz coletiva. Nas palavras de Laudelino Freire, Delegado é “aquele que é autorizado por outrem a representá-lo; enviado, emissário, comissário. Aquele em que se delega alguma comissão de serviço público depende de autoridade superior.

Em uma melhor definição, o doutrinador Ubirajara Rocha conceitua o delegado de polícia como:

[...] uma autoridade policial, cabendo-lhe por lei manter a ordem social e a tranquilidade coletiva. Exerce autoridade e possui poder, possui função e missão que devem ser inteiramente empregados a serviço do povo.¹

Dentre as atribuições do Delegado, ao desempenhar este papel que lhe fora conferido por Lei, cabe ao mesmo realizar o Auto de Prisão em Flagrante (APF).

O Auto de Prisão em Flagrante consiste em um documento administrativo lavrado sempre que um indivíduo for detido em razão de cometimento de conduta supostamente contrária ao ordenamento jurídico .

¹ ROCHA, Ubirajara. **Problemas de polícia e Direito**. São Paulo: Editora, 1974. p. 56.

O objetivo principal do trabalho ora apresentado é discorrer acerca do exercício das atribuições do Delegado quando da Lavratura do APF, notadamente no que pertine à possibilidade do mesmo reconhecer a legítima defesa como excludente de ilicitude, nesta fase.

A doutrina se divide em duas correntes. De um lado, doutrinadores como Guilherme Souza Nucci, que sustenta a impossibilidade do Delegado de Polícia analisar a questão da excludente de ilicitude nesta fase procedimento. Por outro lado, parte grande parte da doutrina, que tem como defensor nato o doutrinador Silvio Maciel advoga a tese da possibilidade do reconhecimento da legítima defesa pela Autoridade Policial, e, conseqüentemente não efetuar uma prisão indevida.

De acordo com Nucci, crime pode ser definido como “uma conduta típica, antijurídica e culpável. Vale dizer uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade) contrária ao direito (antijuricidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor”.²

Todavia, haverá casos em que o caráter ilícito da conduta restará afastado. Estes casos estão previstos no art. 23, do Código de Processo Penal, a saber: “Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade; II – em legítima defesa; III – em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito”³.

Nos casos mencionados, ocorrendo as chamadas excludentes de ilicitude, a conduta típica deixará de ser considerada crime, haja vista que a presunção da antijuricidade diante de uma excludente é afastada.

Diante de tais considerações, a doutrina começou a discutir acerca da possibilidade da Autoridade Policial, no Auto de Prisão em Flagrante analisar ou não se a conduta do autuado estava sob o manto da legítima defesa.

Para o doutrinador Guilherme Souza Nucci, não cabe ao Delegado de Polícia analisar a existência de excludente de ilicitude no Auto de Prisão em Flagrante. De acordo com sua doutrina, “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

² NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito Penal**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 161.

³ BRASIL. Decreto-Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em 29 set. 2017.

crime”⁴. Ainda, de acordo com Nucci a lavratura do auto de prisão em flagrante seria mera formalização de ato precedente.

Nota-se que para esta corrente, a prisão será configurada pelo ato do condutor e não após a lavratura do auto e a análise pelo Delegado de Polícia, cabendo somente ao Magistrado a análise de possíveis excludentes.

Já, por outro lado, Rogério Sanches e Flávio Gomes, sustentam que:

Não pode haver situação de flagrante de um crime que não existe (considerando-se os elementos de informação existentes no momento da decisão da autoridade policial). O delegado de polícia analisa o fato por inteiro. A divisão analítica do crime em fato típico, ilicitude e culpabilidade existe apenas para questões didáticas. Ao delegado de polícia cabe decidir se houve ou não crime em defesa á prerrogativa da Autoridade Policial.⁵

De acordo com as lições de Fernando Capez:

Não se trata aqui, a nosso ver, de relaxamento de prisão, uma vez que ela não chegou sequer a ser efetivada, tampouco formalizada. Melhor definir tal hipótese como recusa em iniciar a prisão, ante a ausência de requisitos indiciários mínimos da existência de tipicidade ou antijuridicidade. Evidentemente, a autoridade policial não precisa prender em flagrante vítima de estupro ou roubo que, claramente em situação de legítima defesa, matou seu agressor. O juízo sumário de cunho administrativo pode ser efetuado, ainda que isso só possa ocorrer em situações absolutamente óbvias e claras de ausência de infração penal.⁶

O presente trabalho consiste em pesquisa bibliográfica, tratando-se de uma pesquisa teórico dogmática com utilização do entendimento dos doutrinadores que tratam do tema em questão.

A pesquisa tem natureza transdisciplinar já que abrange questões dos ramos de Direito Constitucional, Direito Penal e Direito Processual Penal.

A monografia será dividida em três capítulos distintos.

O primeiro capítulo destinar-se ao conceito de crime e sua classificação, abrangendo tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

No segundo capítulo, intitulado “Espécies de prisões no ordenamento jurídico brasileiro” as prisões de um modo geral serão estudadas, explicando a excepcionalidade dela dentro do nosso sistema prisional.

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: RT 2008, p. 61.

⁵ BIANCHINI, Alice; MARQUES, Ivan Luís; GOMES, Luiz Flavio; CUNHA, Rogério Sanches; MACIEL, Silvio. *Prisão e medidas cautelares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 139.

⁶ CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 363.

Para finalizar, o terceiro capítulo e último capítulo abordará a possibilidade de reconhecimento da legítima defesa pelo delegado de polícia, considerando o caráter excepcional das prisões.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Quando se fala em delegado de polícia, tem-se que considerar o que está previsto na Constituição da República em seu artigo 144, § 4º, as Polícias Civis, compreendendo-se aqui os que integram a polícia federal: “são dirigidas por Delegados de Polícia de carreira e incumbem ressalvadas a competência da União,

as funções de Polícia Judiciária e a apuração de infrações penais, exceto os militares.”

Se tratando de ilícito penal, remete-se a existência de um crime, tipificando pelo Código Penal Brasileiro. A existência de um crime vai além da mera análise da conduta.

Assim conceituar, analiticamente crime, é descobrir suas características e elementos estruturais. Nos ensinamentos de Guilherme Nucci, “para a teoria tripartida o crime é um fato típico e antijurídico e culpável.” Esta linha de raciocínio é seguida por doutrinadores como Francisco Assis de Toledo, José Frederico Marques, Guilherme Nucci, David Teixeira de Azevedo, Hanz Welzel.

O conceito tripartido possui compatibilidade tanto com a teoria causalista como com a finalista, como foi dito anteriormente o próprio criador do finalismo definia o crime como um fato típico, antijurídico e culpável.

Na teoria causal o modelo de crime tem a seguinte configuração: o tipo é formal, sendo a descrição objetiva de uma modificação no mundo exterior. A antijuridicidade também é definida de maneira formal, como a prática de uma ação típica contrária ao direito. A culpabilidade é apenas psicológica, conceituada como uma mera relação psíquica, entre o agente e o fato, limitando a comprovar a existência de vínculo entre eles.

Dentre as excludentes de ilicitude tem-se a legítima defesa que está prevista no artigo 23 do Código Penal que assim a conceitua:

Não há crime quando o agente pratica o fato: I- em estado de necessidade; II- em legítima defesa; III- em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito.⁷

Desse modo, pode-se dizer que quem age em legítima defesa que pratica um fato típico para repelir uma injusta agressão, atual ou iminente contra direito próprio ou alheio, usando moderadamente dos meios necessário.

Nesse sentido César Bitencourt afirma que:

[...] a legítima defesa nos termos em que é proposta pelo nosso Código Penal, exige a presença simultânea dos seguintes requisitos: agressão injusta, atual ou iminente; direito próprio ou alheio; meios necessários usados moderadamente.

⁷ 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/Del2848compilado.htm> Acesso em 20 nov. 2017.

No que tange a excludente específica da Legítima Defesa, objeto do presente trabalho, pode ser conceituada genericamente como a defesa e a autopreservação humana, caracterizando de modo a repelir a agressão injusta atual ou iminente, sendo uma forma que o Estado delimita para a o indivíduo que esteja na situação de não possui outra conduta diversa para salvar a sua própria vida ou a de outrem.

CAPÍTULO I – CONCEITO DE CRIME E CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA

Analiticamente o crime se divide em três etapas, para grande maioria das doutrinas, crime é um fato típico, antijurídico e culpável. O delito é um fato típico que amolda ao direito penal. E existem condutas, no qual, tiram a antijuricidade do delito, não caracterizando um crime existente. Quando alguém comete um fato típico, normalmente é ilícito.

Com isso, conforme o artigo 23 do Código Penal ressalta-se as excludentes de ilicitude, em mérito a Legítima Defesa que na ausência dos elementos adotados pela teoria tripartite, se afasta o crime.

Conforme os ensinamentos de Rogério Greco:

A função do conceito analítico é a de analisar todos os elementos ou características que integram o conceito de infração penal sem que com isso se queira fragmentá-lo. O crime é, certamente, um todo unitário e indivisível. Ou o agente comete o delito (fato típico, ilícito e culpável) ou o fato por ele praticado será considerado um indiferente penal.⁸

Quanto à culpabilidade, não é um pressuposto da pena e sim um fundamento da pena.

1.1. TIPICIDADE

A tipicidade é de mera conduta, na qual se adequa ao tipo, sendo dividida em tipicidade formal e material, podendo identificar que a formal está diretamente interliga a norma, e a material consiste em lesão ou grave ameaça a um bem jurídico protegido.

Segundo Eugenio Zaffaroni:

[...] no caso da ocorrência de cumprimento de um dever, não haverá exclusão da antijuridicidade, mas, sim, será um caso de atipicidade, uma vez que o ordenamento jurídico não pode estabelecer a tipicidade de uma conduta, para que, posteriormente, uma outra norma venha a invalidar essa tipicidade, através da permissão da conduta.⁹

Sendo que a tipicidade subdivide em tipicidade formal e material, a tipicidade formal classifica pela adequação do fato do tipo legal e material, adequação ao fato injusto, capaz de lesar o bem jurídico protegido.¹⁰

Assim, tipicidade é um juízo de verificação se o fato é ou não é típico. O fato tem que se inserir no modelo previsto no tipo penal a exemplo de uma figura geométrica.

⁸ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 8 ed. Rio de Janeiro. Ímpetus. 2007. p.142/143.

⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raul, PIERANGELI, Enrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 5. Ed. Editora RT: São Paulo, 2004.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. 16 ed. 2015. p. 109.

1.2. ANTIJURICIDADE

A antijuricidade é a relação entre a contrariedade e o fato no ordenamento jurídico, uma vez que se comporta de forma ilícita, é responsável por tal conduta cometida. Se for contrário a norma, logo causará uma lesão, ou expõe a perigo um bem tutelado.

Por outro lado, não basta, para a ocorrência de um crime, que o fato seja típico, ou seja, previsto em lei. É necessário também que seja antijurídico, ou seja, contrário à lei penal, que viole bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico.

Há duas teorias, a *ratio congruendi*, quando se tem um fato típico, normalmente vai ter antijuricidade, e *ratio essendi*, os doutrinadores entendem que o fato típico e antijuricidade estão alencadas, não analisa separadamente, pois sempre que houver uma contrariedade a norma, será um fato antijurídico.

Desse modo, o artigo 23 do código penal, que ressalta as excludentes de ilicitude: Estado de necessidade; legítima defesa, estrito do cumprimento do dever legal, exercício regular do direito.

Tem-se ainda que, a antijuridicidade se divide em objetiva e subjetiva. Quando ocorre um fato concreto que está descrito na lei ou na ordem jurídica e diante desta ocorrência o juiz terá que analisar o caso, ele deverá ser o mais objetivo possível para que haja a segurança jurídica. Isso é o que se diz da antijuridicidade objetiva. Sob este ponto de vista, temos que a objetividade extrai antijuridicidade do subjetivismo arbitrário do julgador, fazendo com que as decisões judiciais sejam o mais previsível possível.¹¹

No caso da objetividade da ilicitude, o juízo da antijuridicidade não deve recair sobre toda a conduta, mas somente sobre o seu aspecto objetivo. Não se pode sustentar que sendo o injusto complexo a antijuridicidade recaia apenas sobre o aspecto objetivo da tipicidade.

Noutro norte, Fernando Capez define a antijuridicidade subjetiva como sendo:

O fato só é ilícito se o agente tiver capacidade de avaliar seu caráter criminoso, não bastando que objetivamente a conduta esteja descoberta por causa de justificação e a antijuridicidade objetiva como sendo independente

¹¹ ALMEIDA, Fabiana de. **Antijuridicidade e ilicitude**. Disponível em <<https://www.coladaweb.com/direito/antijuridicidade-ou-licitude>> Acesso em 20 nov. 2017.

da capacidade de avaliação do agente. Basta que, no plano concreto, o fato típico não esteja amparado por causa de exclusão.¹²

Nesse sentido, na antijuridicidade subjetiva o agente tem que ter conhecimento do caráter ilícito de sua conduta, tem que entrar na sua esfera de conhecimento que está agindo voltado para um fim ilícito para que esteja presente a antijuridicidade, enquanto que para antijuridicidade objetiva basta que a conduta esteja descrita como crime para que a ilicitude se apresente não se faz necessário que o agente tenha conhecimento do seu caráter ilícito e basta apenas a presença de uma causa de excludente de ilicitude para o fato deixar de ser típico.

Havendo uma sustentação de que o injusto seja complexo tem que se afirmar que o injusto é pessoal e que a antijuridicidade de uma conduta depende de aspectos objetivos e subjetivos.¹³

Logo, a teoria que divide a antijuridicidade em objetiva e subjetiva, tem por finalidade fazer com que recaia a antijuridicidade somente sobre o aspecto objetivo do delito, reservando o subjetivo para a culpabilidade.

1.3. CULPABILIDADE

Embora não tenha um entendimento formado, do mesmo, pois esse conceito está em evolução, alguns doutrinadores entendem que culpabilidade é a possibilidade de se considerar alguém culpado pela prática de uma infração penal. Por essa razão, costuma ser definida como juízo de censurabilidade e reprovação exercido sobre alguém que praticou um fato típico e ilícito.

Portanto para caracterizar crime, deve estar presentes esses elementos, tipicidade, antijuricidade, culpabilidade, na ausência de um deles, descaracteriza o crime, pois a teoria adotada é a tripartite.

Luiz Regis Prado define culpabilidade como sendo:

A culpabilidade é a reprovabilidade pessoal pela realização de uma ação ou omissão típica e ilícita. Assim, não há culpabilidade sem tipicidade e ilicitude, embora possa existir ação típica e ilícita inculpável. Devem ser levados em consideração, além de todos os elementos objetivos e subjetivos da conduta

¹² CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 273.

¹³ ALMEIDA, Fabiana de. **Antijuridicidade e ilicitude**. Disponível em <<https://www.coladaweb.com/direito/antijuridicidade-ou-licititude>> Acesso em 20 nov. 2017.

típica e ilícita realizada, também, suas circunstâncias e aspectos relativos à autoria.¹⁴

Assim, a culpabilidade refere-se a um fato praticado, que necessita ser típico e antijurídico, e não a um modo de ser ou agir. O Código Penal Brasileiro não traz definição para a culpabilidade, tornando-a um dos conceitos mais debatidos na teoria do delito. A discussão se dá, principalmente, na sua posição sistemática, se integrante do conceito de crime ou se considerada à parte, como pressuposto da pena.

A doutrina majoritária atual define o crime como fato típico, antijurídico e culpável, adotando a teoria tripartida do delito. O crime, para Guilherme de Souza Nucci:

[...] trata-se de uma conduta típica, antijurídica e culpável, vale dizer, uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade), contrária ao direito (antijuridicidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, desde que existam imputabilidade, consciência potencial de ilicitude e exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito.¹⁵

Lado outro, há uma parte considerável da doutrina que defende que o crime, do ponto de vista analítico, em que abrange apenas dois elementos, a tipicidade e a antijuridicidade, sendo a culpabilidade somente um pressuposto de aplicação da pena.

Neste caso da teoria bipartida, Damásio de Jesus, adepto desta teoria, defende sua posição afirmando que o Código Penal Brasileiro, em diversas passagens, considerou o crime como fato típico e antijurídico, porquanto ao tratar das causas de exclusão da culpabilidade referiu-se apenas à isenção da pena, como por exemplo, os artigos 26, caput, e 28, parágrafo primeiro:

Quando o CP trata de causa excludente da antijuridicidade, emprega expressões como 'não há crime' (art. 23, caput), 'não se pune o aborto' (art. 128, caput), 'não constituem injúria ou difamação punível' (art. 142, caput), 'não constitui crime' (art. 150, §3) etc. Quando, porém, cuida de causa excludente da culpabilidade, emprega expressões diferentes: 'é isento de pena' (26 caput, e 28 §1º), 'só é punível o autor da coação ou da ordem' (art. 22, pelo que se entende que 'não é punível o autor do fato'). Qual a razão da diferença?

Para a existência do crime, segundo a lei penal brasileira, é suficiente que o sujeito haja praticado um fato típico e antijurídico. Objetivamente, para a existência do crime, é prescindível a culpabilidade. O crime existe por si mesmo com os requisitos "fato típico" e "ilicitude". Mas o crime só será ligado ao agente se este for culpável. É por isso que o CP, no art. 23, emprega a

¹⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Volume 1: parte geral. 1. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 408.

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito Penal**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 160.

expressão 'não ha crime' (as causas de excludente da antijuridicidade excluem o crime); nos arts. 26, caput e 28 §1º, emprega a expressão "é isento de pena" (corresponde a "não culpável"). Se a expressão "é isento de pena" significa "não é culpável", subentende-se que o código considera o crime mesmo quando não existe a culpabilidade em face do erro de proibição (art. 21 caput, 2ª parte).¹⁶

Todavia, Luiz Flávio Gomes, tem um entendimento que fica entre as duas teorias, defendendo que a culpabilidade não faz parte do conceito de crime, nem tampouco é "só" pressuposto da pena, pois pressuposto da pena é tudo, incluindo-se a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade. Desse modo, para ele:

[...] mais que um pressuposto, a culpabilidade é um dos fundamentos da pena. Para nós, em síntese, a culpabilidade é juízo de valor (de reprovação) que recai sobre o agente do crime que podia se motivar de acordo com a norma e agir de modo diverso (conforme o Direito). Como juízo de valor ou de reprovação (que recai sobre o agente do crime) não pode evidentemente pertencer nem à teoria do delito nem à teoria da pena. Ela cumpre exatamente o papel de ligação ou de união entre o crime e a pena, justamente porque sua primeira e distinguida função é a de constituir um dos fundamentos indeclináveis da pena.¹⁷

O debate sobre qual é a teoria adequada para a ideia jurídico-penal de delito subsiste e ainda se encontra longe de uma solução. Este entendimento do autor Luiz Flávio Gomes, concilia as diversas correntes e mostra-se de adequada aplicação prática, tendo-se em mente que, elemento do crime ou não, só haverá aplicação da pena se houver culpabilidade.

1.4. EXCLUDENTES DE ILICITUDE

1.4.1. Estado de necessidade

Expressamente conceitua estado de necessidade, o artigo 24 do Código Penal:

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.

¹⁶ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. Volume 1 – parte geral. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 455.

¹⁷ GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Direito Penal**: parte geral, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 545.

§ 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.¹⁸

O estado de necessidade é voltado à defesa de direito ao autor ou de outrem, de maneira que acarreta a conduta do indivíduo. Com isso, um aspecto que deve dar relevância é quanto a ponderação de prioridade, e do bem que está em perigo ou de modo exposto a vida.

Citando um exemplo, conforme Bitencourt:

Quando, no exemplo clássico, dois naufragos disputam a mesma tábua, que não suporta mais de uma vida terá que ser sacrificada para salvar a outra em tais hipótese o Direito, reconhecendo sua impotência para salvar o bem em perigo, admite que um deles seja sacrificado em benefício do outro, aguardando a solução natural.¹⁹

Sendo, que uns dos requisitos, do estado de necessidade, ameaça a direito próprio ou alheio; a existência de um perigo atual e inevitável; a inexigibilidade do sacrifício do bem ameaçado; uma situação não provocada voluntariamente pelo agente; e o conhecimento da situação de fato justificante.

Desse modo, o estado de necessidade pode ser entendido como “o sacrifício de um interesse juridicamente protegido, para salvar de perigo atual ou inevitável o direito próprio do agente ou de terceiro, desde que outra conduta, nas circunstâncias concretas, não era razoavelmente exigível”.²⁰

Uma vez que não há obrigações para nenhum dos indivíduos envolvidos, de sacrificar tal bem jurídico, pois está respaldado por uma excludente de ilicitude que o ordenamento jurídico concede.

1.4.2. Estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito

O excludente estrito cumprimento do dever legal sustenta uma vertente de dar prioridade quanto a bem jurídico em risco, como por exemplo, um médico que

¹⁸ 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/Del2848compilado.htm> Acesso em 20 nov. 2017.

¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral- v.1 16ed. São Paulo; Saraiva. 2011. p.364.

²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. Parte Geral. Parte Especial. 2 ed. São Paulo. Revista dos tribunais. 2008. p.216.

opera um indivíduo, que auferir uma lesão, está respaldado por ausência de ilicitude, ainda que tenha cometido crime, pois não agiu objetivando ocasionar a lesão.

Segundo o doutrinador Zafaroni, os preceitos da tipicidade conglobante difundida:

Pode parecer que o fenômeno da fórmula legal aparente abarcar hipóteses que não são alcançadas pela norma proibitiva, considerada isoladamente, mas que, de modo algum, podem incluir-se na sua proibição, quando considerada conglobadamente, isto é, fazendo parte de um universo ordenado de normas. Daí que a tipicidade penal não se reduz à tipicidade legal (isto é, à adequação à norma legal), e sim que deva evidenciar uma verdadeira proibição com relevância penal, para o que é necessário, que esteja proibida à luz da consideração conglobada da norma. Isto significa que a tipicidade penal implica a tipicidade legal corrigida pela tipicidade conglobante, que pode reduzir o âmbito da proibição aparente, que surge da consideração isolada da tipicidade legal'.²¹

Sendo, que os agentes públicos, funcionários públicos, mesários, peritos, possuem deveres de lei, sendo diretamente ou indiretamente, que seja embasada em lei. Com isso, a lei não pode imputar um dever e ao mesmo tempo considerar crime, no que tange ao estrito do cumprimento do dever legal.

O exercício regular de direito, autoriza a praticar um fato típico, mas que não é ilícito. Como por exemplo o artigo:

Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.²²

Com isso, se a pessoa precisar agir de certa forma, a repelir agressão ou a imobilizar, para outrem não fugir, ela estará isenta de crime, ainda que esteja presente a tipicidade, uma vez, que é resguardada pela lei.

1.4.3. Legítima defesa

Sendo uma excludente de ilicitude, é a repulsa a injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou de outrem, usando moderadamente os meios necessários.

²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. Manual de direito penal brasileiro-parte geral. V1.9.ed.rev e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.551.

²² BRASIL. Código de Processo Penal. Prisão em flagrante. São Paulo.

O artigo 25 do Código Penal Brasileiro ressalta alguns aspectos de legítima defesa. De acordo com o referido artigo, age em legítima defesa quem, usando moderadamente os meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Nos ensinamentos de Teles apud Morgado:

Legítima defesa é a repulsa a uma agressão injusta, atual ou iminente, a qualquer direito, próprio ou alheio, por meio do uso moderado dos meios necessários. Seus requisitos são: agressão injusta, atual ou iminente, a qualquer direito, e repulsa com a utilização dos meios necessários, usados moderadamente, além, é claro, do elemento subjetivo: consciência e vontade.²³

Com isso, o Estado não pode ser onipresente, uma vez que permite em alguns casos que as pessoas podem agir em própria defesa ou de outrem.

Ressalta que não se pode confundir legítima defesa com vingança privada, ou seja, que quanto a legítima defesa é uma medida que o Estado conferiu ao cidadão de se defender de agressão injusta; quanto a vingança privada, é uma premissa histórica, denominada de pena de talião, pois as pessoas se defendiam, através da força, fazendo justiça com as próprias mãos, não possibilitando a interferência estatal.

Segundo Rogério Grecco:

Para que se possa falar em legítima defesa, Rogério Greco afirma que ela não pode jamais ser confundida com vingança privada, é preciso que o agente se veja diante de uma situação de total impossibilidade de recorrer ao Estado, responsável constitucionalmente por nossa segurança pública, e, só assim, uma vez presentes os requisitos legais de ordem objetiva e subjetiva, agir em face de sua defesa ou na defesa de outrem.²⁴

A agressão injusta é quando se é praticada por conduta humana, que expõe a perigo ou lesione bem juridicamente protegido, com isso a ação do agente será respaldada pela legítima defesa quando houver o uso de meios moderados, para repelir a agressão do mesmo.

Um dos aspectos é quando a conduta é atual ou iminente, no qual, se a agressão está acontecendo no exato momento, se caracteriza como atual, senão houver no momento, mas está próxima de acontecer é iminente.

²³ TELES, Ney Moura apud MORGADO, Leandro Batista. Teses de Defesa no Direito Penal Brasileiro. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 63.

²⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** – Parte Geral. 16ª ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2014. v.1.

O doutrinador Cezar Roberto Bittencourt defende que:

Define-se agressão como a conduta humana que lesa ou põe em perigo um bem ou interesse juridicamente tutelado. Mas a agressão, contudo, não pode confundir-se com a mera provocação do agente, que é, digamos, uma espécie de estágio anterior daquela, devendo-se considerar a sua gravidade, intensidade para valorá-la adequadamente.²⁵

Portanto todo os meios exagerados ao agir, a conduta do agente, irá descaracterizar legítima defesa, podendo ser punido nos termos do artigo 23, parágrafo único do Código Penal, uma vez que o intuito da legítima defesa é proteger um bem e não como forma ofensiva e agressiva.

²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte geral. 17ª. Ed. Rev. Ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2012..

CAPÍTULO II – ESPÉCIES DE PRISÃO

Dentre as prisões, podemos destacar algumas prisões sendo, prisão definitiva, que vem após o trânsito em julgado; prisão civil, somente do devedor de alimentos; prisão disciplinar que é no que tange ao militar; para discutir o mérito, não cabe habeas corpus, mas para discutir a legalidade pode sim; prisão provisória é decretada antes do trânsito em julgado de sentença condenatória.

2.1- PRISÃO PROCESSUAL

A prisão processual ou cautelar são as que ocorrem antes do trânsito em julgado, existem 05 espécies a prisão preventiva, temporária, decorrente de decisão de pronúncia, decorrente de sentença condenatória recorrível e prisão em flagrante.

Considerando-se a provisoriedade da prisão cautelar, ela sempre deve ser entendida como uma ocorrência excepcional, por essa razão é que sua aplicação somente será admitida mediante requisitos rigorosamente comprovados e capazes de excepcionar a regra constitucional da presunção de inocência. Dessa forma a prisão processual deverá ser decretada pela autoridade judiciária competente em decisão devidamente fundamentada.

2.2- PRISÃO EM FLAGRANTE

Conforme o artigo 301 do Código de Processo Penal dispõe: “Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”²⁶

Com isso, para efetuar a prisão, o agente tem que ser encontrado em flagrante, aquele que ainda conserva o calor da ação cometida. Vale ressaltar que qualquer um pode realizar a prisão em flagrante, não necessitando de determinação judicial.

Sendo assim, a lei incube as situações que são apreciadas a prisão em flagrante:

²⁶ BRASIL. **Código de Processo Penal**. ANGHER, Anne Joyce [Org.] Vade Mecum Acadêmico de Direito, 8 ed. São Paulo. Rideel, 2012.

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.²⁷

Deve-se atentar quanto as espécies de flagrante e suas subdivisões, como flagrante próprio, sendo aquele que no momento está cometendo infração penal ou acaba de cometer, embasando no artigo 302, e seus respectivos incisos I e II do Código de Processo Penal.

Para Vicente Greco Filho. “Para que haja flagrante, há necessidade de que a infração penal seja possível, isto é, tenha havido início de execução e ela possa, em tese, consumir-se.”²⁸

Assim, a prisão em flagrante se divide em fases, sendo uma delas a fase administrativa em que uma etapa consiste na condução do preso até a delegacia, bem como a fase judicial, quando a comunicação é feita ao juiz.

Ressalta-se que o agente ao cometer o delito tipificado em lei, ele é flagrado pela autoridade policial, uma vez que é encaminhado para a Delegacia, para fase inquisitorial, para sim ser apreciado se houve ou não crime e se deve ser indiciado.

O flagrante impróprio, tipificado no artigo 302, III do Código de Processo Penal, ocorre quando a pessoa comete o crime e é perseguido pela autoridade. Tem-se ainda o flagrante presumido que está previsto no inciso IV do mesmo artigo, em que o indivíduo é encontrado logo depois do cometimento de um crime com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

2.3- PRISÃO TEMPORÁRIA

²⁷ BRASIL, **Código de Processo Penal**. ANGHER, Anne Joyce [Org.] Vade Mecum Acadêmico de Direito, 8 ed. São Paulo. Rideel, 2012.

²⁸ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9 ed .rev e atual São Paulo: Saraiva, 2012, p 301.

A prisão temporária é uma prisão moldada para investigações policiais, ocorrendo antes do iniciar o processo. Com isso, refere-se a prisão que tem por finalidade o acautelamento das investigações do inquérito policial.

De se ressaltar que essa prisão somente poderá ser decretada pela autoridade judiciária, com o prazo estipulado.

Nesse sentido o doutrinador Eugênio Pacelli leciona que:

A prisão temporária não poderia fugir à regra. Trata-se de prisão cuja finalidade é a de acautelamento das investigações do inquérito policial, consoante se extrai do art. 1º, I, da Lei nº 7.960/89, no que cumpriria a função de instrumentalidade, isso é, de cautela. E será ainda provisória, porque tem a sua duração expressamente fixada em lei, como se observa de seu art. 2º e também do disposto no art. 211, § 42, da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos).²⁹

Um exemplo prático da possibilidade da prisão temporária será sempre que se comprovar que em estando o sujeito do delito solto ele poderá atrapalhar as investigações.

A prisão temporária tem duração de 05 dias no máximo e visa a prevenção do agente contra a sociedade, de modo a resguardar à todos. Quando se falar em crime hediondo, a prisão temporária poderá ser decretada por 30 dias, sendo prorrogável por igual período, caso haja necessidade.

Conforme Luiz Fernando de Moraes:

O rol de crimes do inciso III é taxativo? Sem dúvida. Trata-se de “medida de exceção”, que deve, portanto, ser interpretada restritivamente. Aliás, a exposição de motivos restringe as hipóteses de cabimento da prisão temporária às infrações penais elencadas no inciso III, o que reforça o entendimento preponderante na doutrina sobre as hipóteses de cabimento.³⁰

Vale esclarecer que a prisão é a exceção, uma vez que ela só é deferida quanto a um estado de extrema necessidade, e infelizmente está virando regra no Brasil.

Sendo assim, o rol que delimita a prisão cautelar temporária é taxativo, conforme previsto no artigo 1º, I da Lei 7.960/89:

²⁹ Eugênio Pacelli de Oliveira. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

³⁰ Manzano, Luís Fernando de Moraes. **Curso de Processo Penal**. 1ª Ed. 2011, pp. 446/447.

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);

b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);

c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);

e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);

i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);

j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);

l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;

m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;

n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);

o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

p) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (Incluído pela Lei nº 13.260, de 2016).³¹

Pelo exposto, quando a polícia necessitar de medidas cautelares urgentes para melhor desenvolver seu trabalho, deve suscitar e pleitear a prisão temporária e do mesmo modo o Ministério Público.

2.5. PRISÃO PREVENTIVA

Como as outras prisões citadas anteriormente, a prisão preventiva é uma espécie de prisão cautelar, embasada no artigo 311 e seguintes do Código de Processo Penal:

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.³²

³¹ BRASIL, Lei 7.960/89 de 21 de dezembro de 1989. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm. Acesso em 09 out. 2017.

³² BRASIL, **Código De Processo Penal**. ANGHER, Anne Joyce [Org.] Vade Mecum Acadêmico de Direito, 16 ed. São Paulo. Saraiva, 2016.

Essa prisão se dá em fase inquisitorial ou até mesmo no decorrer do processo, desde que apresentando os aspectos legais, na qual deve ser decretada pelo magistrado, de ofício ou requerida pelo Ministério Público.

Com isso o entendimento de Nestor Távora, no que tange o artigo 312 do Código de Processo Penal:

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.³³

A prisão preventiva pode ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, nas hipóteses previstas nos incisos do artigo 313 e no parágrafo único do art. 312. Assim:

crimes inafiançáveis – aqueles para os quais não há possibilidade de pagamento de fiança ou de liberdade provisória, ou seja, o acusado deve ficar preso até o seu julgamento. São considerados crimes inafiançáveis no Brasil (Constituição, art. 5º, incisos XLIII e XLIV): racismo, prática de tortura, tráfico de drogas, terrorismo, ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado de Direito, crimes hediondos – tipos de crime considerados mais repugnantes para o Estado, nos quais há clara crueldade, como homicídio, estupro, latrocínio, entre outros;

nos crimes afiançáveis – quando as provas contra o réu são suficientes para tal ou quando há dúvidas sobre a sua identidade e não há elementos suficientes para esclarecê-la;

nos crimes dolosos. Embora sejam crimes afiançáveis, a prisão preventiva pode ser aplicada quando o réu tiver sido condenado por crime da mesma natureza, em sentença transitada em julgado – ou seja, da qual não cabem mais recursos;

se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.³⁴

Sendo assim, a prisão preventiva, acompanha alguns requisitos como não poderá ter antecipação de tutela, a gravidade do fato não justifica a prisão, as medidas impostas somente serão impostas e aplicadas cumulativamente.

³³ BRASIL, **Código De Processo Penal**. ANGHER, Anne Joyce [Org.] Vade Mecum Acadêmico de Direito, 16 ed. São Paulo. Saraiva, Artigo 282, parágrafo 4º de 2016.

³⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em 29 set. 2017.

A jurisprudência tem se manifestado no sentido de que:

"Não se pode exigir para a prisão preventiva a mesma certeza que se exige para a condenação. Vigora o princípio da confiança nos juízes próximos das pessoas em causa, dos fatos e das provas, assim como meios de convicção mais seguros que os juízes distantes. O in dubio pro reo vale ao ter o juiz que absolver ou condenar. Não, porém, ao decidir se decreta ou não a custódia provisória."³⁵

A regra é que não deve ter encarceramento, mas a exceção é em casos mais gravosos, que afetam a ordem pública, e a segurança da sociedade. A presença de indícios de autoria é um dos aspectos a serem analisados se cabe ou não a prisão preventiva, sendo que a lei não exige os elementos probatórios da autoria e sim os indícios suficientes.

³⁵ RT 554/386-7, citação feita por Julio Fabbrini Mirabete, **Código de Processo Penal**: Interpretado, 8ª edição, Atlas, São Paulo, 2001, pág. 689.

CAPÍTULO III – O RECONHECIMENTO DA LEGÍTIMA DEFESA PELO DELEGADO DE POLÍCIA

3.1- DELEGADO DE POLÍCIA E SUAS FUNÇÕES

No primeiro capítulo foi tratado o conceito analítico de crime e suas respectivas excludentes de ilicitude e no segundo capítulo as prisões e suas características. No terceiro abordar-se-ão as respectivas funções do Delegado de polícia, bem como uma análise acerca da possibilidade de reconhecimento da legítima defesa pelo delegado de polícia.

Vale ressaltar que a partir do momento que determinado indivíduo pratica um delito, o delegado de polícia delimita as medidas cabíveis e isso poderá possibilitar ou não a prisão em flagrante.

Conforme o entendimento da doutrinadora Alice Bianchini:

Não pode haver situação de flagrante de um crime que não existe (considerando-se os elementos de informação existentes no momento da decisão da autoridade policial). O delegado de polícia analisa o fato por inteiro. A divisão analítica do crime em fato típico, ilicitude e culpabilidade existe apenas para questões didáticas. Ao delegado de polícia cabe decidir se houve ou não crime.³⁶

Sendo assim, o Delegado de Polícia é o primeiro a ter contato com o delito, devido o ato de realizar o flagrante. Uma vez que parte da doutrina entende que o delegado deve fechar os olhos, para os elementos ilicitude e culpabilidade, e somente verificar e analisar tipicidade. Conforme a corrente contrário Guilherme Nucci:

O delegado de polícia deveria fechar os olhos à existência de excludentes de ilicitude e culpabilidade, ficando adstrito apenas à tipicidade, sendo obrigado a fazer a prisão em flagrante ainda que a pessoa não tenha praticado crime. Para esses autores, a autoridade de polícia judiciária seria mero autômato, máquina de encarcerar desautorizada a analisar todos os substratos do delito, e o suspeito consistiria em um objeto, adquirindo a condição de sujeito apenas na fase processual. Olvidam-se que um minuto de prisão indevida é uma infinidade para o injustamente segregado.³⁷

³⁶ BIANCHINI, Alice; MARQUES, Ivan Luis; GOMES, Luiz Flavio; CUNHA, Rogério Sanches; MACIEL, Silvio. *Prisão e medidas cautelares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 139.

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 568.

O Delegado possui a obrigação, de investigar os elementos e assim tomar as providências cabíveis para determinada conduta do agente, considerando assim as características.

Ressalta-se que ao Delegado de Polícia, compete uma missão árdua, de avaliação de fatos, para sim solucionar o conflito demandado.

Conforme o artigo 304 do Código de Processo Penal, os procedimentos para a lavratura do auto de prisão em flagrante são:

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.³⁸

Com isso, ao apresentar o indivíduo para a autoridade policial, não necessariamente está sujeito ao cárcere, uma vez que para ratificar a prisão, conforme previsto no ordenamento jurídico, é necessário está presente os elementos e requisitos que caracterizam crime, sendo: o fato típico, ilícito e culpável. Na falta dos três elementos não se caracteriza crime, conforme teoria tripartite adotada e supracitada.

A função do Delegado é analisar as condições do agente, e investigar o que levou a essa conduta, portanto deve-se obter uma prerrogativa em analisar quaisquer circunstâncias, e até mesmo a excludente de ilicitude, em mérito a legítima defesa.

De certa forma, deve-se analisar se o indivíduo utilizou dos meios necessários para repelir agressão injusta, atual ou iminente, caracterizando que não houve crime, e em caso positivo, realizar a soltura para que aguarde em liberdade a manifestação do Poder Judiciário, pois devido ao número de demandas no judiciário, não seria viável estar em cárcere, aguardando que o judiciário decida se houve crime ou não, em defesa dessa possibilidade podemos até utilizar do princípio da razoabilidade, no qual a pessoa que se encaixa no rol taxativo do artigo 23 do Código Penal, não possuindo ilicitude, ou seja, não cometeu crime.

Seguindo o pensamento do doutrinador Marino Franceschi:

³⁸ BRASIL, **Código De Processo Penal**. ANGHER, Anne Joyce [Org.]. Vade Mecum Acadêmico de Direito 16 ed. São Paulo. Saraiva, 2016 p 394.

O delegado de polícia, importa enfatizar, possui grande importância no sistema penal, sendo a primeira autoridade que o ordenamento jurídico determina que analise o fato criminoso. Não é ele um frio e inveterado aplicador das normas estabelecidas, sendo permitido interpretar e aplicar o seu entendimento e, conquanto possa estar sujeito a eventuais críticas, tomando posições sólidas e bem fundamentadas, deverá ter em mente que emprestou sua colaboração para que se viva em um Estado Democrático de Direito, que é o fim último de todo agente do Estado.³⁹

Diante disso, não se pode restringir a função do Delegado de Polícia apenas quanto ao auto de lavratura da prisão, pois, em que pese o artigo 314 do Código de Processo Penal dispor que, o Judiciário é quem possui atribuição legal para fazer a análise da necessidade ou não da prisão, é o Delegado que possui a discricionariedade para investigar o indivíduo. A partir do momento que a pessoa é sujeita a cárcere, respaldada pela excludente de ilicitude, de certa forma está ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana que é o valor absoluto, de modo a ter que adequar com o ordenamento jurídico.

Com isso, a prisão ofende a dignidade da pessoa humana, uma vez que ofende diretamente a pessoa que agiu nos preceitos de Legítima Defesa.

3.2- DA POSSIBILIDADE DE O DELEGADO DE POLÍCIA ANALISAR A LEGÍTIMA DEFESA NO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE

Quando constatada a prática de um delito praticado por um indivíduo pelo delegado de polícia, que é a autoridade estatal legitimada a presidir a investigação, ou pelo juiz de Direito, que é quem preside o processo, o ordenamento jurídico autoriza a prisão em suas diferentes modalidades de acordo com o artigo 5º, LXI da Constituição Federal.

Por outro lado, para que o crime se aperfeiçoe, de acordo com seu conceito analítico, não basta a tipicidade, é necessária também a ilicitude ou a ilicitude e culpabilidade.

Por conseguinte, a investigação policial é a linha de largada para uma persecução penal que atenda ao interesse da sociedade de elucidar crimes sem abrir mão do respeito aos direitos mais elementares dos investigados. Por isso a

³⁹ FRANCESCHI, Marino. As excludentes de ilicitude penal e a possibilidade de reconhecimento pelo delegado de polícia na atividade policial. In: LOPES, Fábio Motta; WENDT, Emerson (Org.). *Investigação criminal: ensaios sobre a arte de investigar crimes*. Rio de Janeiro: Brasport: 2014, p. 37-39.

importância da polícia judiciária, função essencial à Justiça dirigida por delegado de polícia de carreira (artigo 144 da Constituição Federal), que age *stricto sensu* em nome do Estado e integra carreira jurídica.⁴⁰

No procedimento policial, para que seja conduzido com êxito, a autoridade de polícia judiciária faz diversas análises técnico-jurídicas (artigo 2º, parágrafos 1º e 6º da Lei 12.830/13), prognósticas ou diagnósticas.⁴¹ Ou seja, faz juízos de prognose (decisão por uma ou outra diligência no início da investigação, diante da existência de poucos ou inexistentes vestígios) e de diagnose (decisão pelo indiciamento ou não, ou pela prisão em flagrante ou liberdade, face às informações e provas acerca da materialidade e autoria delitivas).⁴²

Assim, a análise dos requisitos do crime insere-se no contexto do juízo de diagnose, especialmente no momento da decisão sobre a custódia flagrantial. Quer dizer que a prisão em flagrante pode e deve ser afastada caso o delegado de polícia colha elementos robustos que evidenciem a existência de justificante ou dirimente. Afinal, o inquérito policial deve demonstrar não apenas a tipicidade, mas também a ilicitude e a culpabilidade⁴³:

Não pode haver situação de flagrante de um crime que não existe (considerando-se os elementos de informação existentes no momento da decisão da autoridade policial). O delegado de polícia analisa o fato por inteiro. A divisão analítica do crime em fato típico, ilicitude e culpabilidade existe apenas para questões didáticas. Ao delegado de polícia cabe decidir se houve ou não crime.⁴⁴

Nos dizeres de Noberto Avena:

As situações se apresentam simétricas com aquela em que se autoriza ao Ministério Público, diante de prova completamente estreme de dúvida quanto à ocorrência de excludente de ilicitude a abrigar a conduta do agente, deixar

⁴⁰ NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 178.

⁴¹ CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. **Juízos de prognose e diagnose do delegado são essenciais na investigação**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-09/academia-policia-juizos-prognose-diagnose-sao-essenciais-investigacao>>. Acesso em 20 nov. 2017.

⁴² CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. **Delegado pode e deve aplicar excludentes de ilicitude e culpabilidade**. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2016-set-06/academia-policia-delegado-aplicar-excludentes-ilicitude-culpabilidade>> Acesso em 20 nov. 2017.

⁴³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 216.

⁴⁴ BIANCHINI, Alice; MARQUES, Ivan Luis; GOMES, Luiz Flavio; CUNHA, Rogério Sanches; MACIEL, Silvio. **Prisão e medidas cautelares**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 139.

de oferecer denúncia e requerer ao juízo o arquivamento do inquérito policial.⁴⁵

Marino Franceschi destaca que:

Certo é que não se encontra proibição para que o delegado de polícia faça uma avaliação do fato levando em consideração elementos que apontem para as excludentes de ilicitude. Na verdade, a lei adjetiva, por diversos dispositivos, refere-se à infração penal ou crime, nunca aos componentes do crime (tipicidade, ilicitude, culpabilidade e outros), não se mostrando indevida a incursão pela autoridade policial nessa seara, mesmo que de modo superficial. (...) O delegado de polícia, importa enfatizar, possui grande importância no sistema penal, sendo a primeira autoridade que o ordenamento jurídico determina que analise o fato criminoso. Não é ele um frio e inveterado aplicador das normas estabelecidas, sendo permitido interpretar e aplicar o seu entendimento e, conquanto possa estar sujeito a eventuais críticas, tomando posições sólidas e bem fundamentadas, deverá ter em mente que emprestou sua colaboração para que se viva em um Estado Democrático de Direito, que é o fim último de todo agente do Estado.⁴⁶

Apesar dessas considerações feitas, parte da doutrina insiste, em relação à polícia Judiciária, no sentido de que o delegado de polícia deveria fechar os olhos à existência de excludentes de ilicitude e culpabilidade, ficando adstrito apenas à tipicidade, sendo obrigado a fazer a prisão em flagrante ainda que a pessoa não tenha praticado crime.⁴⁷

Logo, esses autores entendem que a autoridade de polícia judiciária seria mero autômato, máquina de encarcerar desautorizada a analisar todos os substratos do delito, e o suspeito consistiria em um objeto, adquirindo a condição de sujeito apenas na fase processual. Olvidam-se que um minuto de prisão indevida é uma infinidade para o injustamente segregado.⁴⁸

O que se pretende ao se defender o tema proposto, por certo não é a liberação irresponsável de criminosos surpreendidos em flagrante à primeira alegação de que agiu amparado por descriminante. Se trata, na verdade, é de justificante amparada em fortes elementos informativos e probatórios, reconhecidos em decisão da polícia

⁴⁵ AVENA, Norberto. *Processo penal esquematizado*. São Paulo: Método, 2013, p. 889-890.

⁴⁶ FRANCESCHI, Marino. As excludentes de ilicitude penal e a possibilidade de reconhecimento pelo delegado de polícia na atividade policial. In: LOPES, Fábio Motta; WENDT, Emerson (Org.). *Investigação criminal: ensaios sobre a arte de investigar crimes*. Rio de Janeiro: Brasport: 2014, p. 37-39.

⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 568.

⁴⁸ CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. **Delegado pode e deve aplicar excludentes de ilicitude e culpabilidade**. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2016-set-06/academia-policia-delegado-aplicar-excludentes-ilicitude-culpabilidade> > Acesso em 20 nov. 2017.

judiciária que transforma o juízo de possibilidade em probabilidade, sem ainda configurar a certeza (ausência de dúvida razoável) exigida somente ao final do processo. Sendo, portanto que, para afastar a decretação da prisão em flagrante, a excludente deve ser perceptível *primo ictu oculi*, logo de início.

Também não se incentiva a informalidade: todos os vestígios merecem ser reunidos em inquérito policial e submetidos às comuns formas de controle, seja interno (Corregedoria de polícia), externo (Ministério Público), judicial ou social.⁴⁹

Mas o fato de o delegado não determinar a lavratura de auto de prisão em flagrante contra aquele que pratica fato típico, porém não ilícito ou culpável, não significa que o suspeito não deva ser conduzido à delegacia de polícia. Obviamente será submetido à captura e condução coercitiva, uma vez que o policial fardado, agente da autoridade policial, não pertencente a carreira jurídica, fazendo, portanto, apenas um juízo aparente de tipicidade sem análises profundas.⁵⁰

Como autoridade estatal, o delegado de polícia, assim como o magistrado, age com isenção e concentra em suas mãos o poder de decidir sobre o direito de ir e vir dos cidadãos, não deve atuar como um reles chancelador de capturas, abrindo mão de sua independência funcional e adotando odiosa atuação robotizada.⁵¹

Por fim, mais do que um poder da autoridade de polícia judiciária, o reconhecimento de causa excludente de ilicitude ou culpabilidade é um dever no desempenho da sua missão de garantir direitos fundamentais, devendo ser repelidas eventuais interferências draconianas em detrimento do interesse público. Além do mais, é um direito de cada cidadão que a autoridade de polícia judiciária sirva como o primeiro anteparo de proteção do Estado na persecução penal, razão pela qual não se deve subtrair do delegado de polícia sua análise jurídica fundamentada apta a obstar encarceramentos desnecessários.

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 406.

⁵¹ CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; SANNINI NETO, Francisco. *Independência funcional é prerrogativa do delegado e garantia da sociedade*. Revista eletrônica **Consultor Jurídico**, jun. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-02/independencia-funcional-prerrogativa-delegado>>. Acesso em 20 nov. 2017.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o desenvolvimento deste trabalho de conclusão de curso foi possível perceber que o reconhecimento de causa excludente de ilicitude ou culpabilidade é um dever no desempenho da sua missão de garantir direitos fundamentais, devendo ser repelidas eventuais interferências draconianas em detrimento do interesse público.

Além do mais, é um direito de cada cidadão que a autoridade de polícia judiciária sirva como o primeiro anteparo de proteção do Estado na persecução penal, razão pela qual não se deve subtrair do delegado de polícia sua análise jurídica fundamentada apta a obstar encarceramentos desnecessários.

A lei deve se adequar à Constituição, sendo que a persecução penal não pode abrir mão da franquia constitucional de liberdades públicas. Nesse sentido, encarcerar alguém que tenha, comprovadamente, agido em legítima defesa, sem que seja feita

preliminarmente a análise disso, fere a concepção moderna e democrática do sistema processual penal.

Finalmente, não faz sentido afastar o delegado de polícia, autoridade vocacionada a conduzir a fase investigativa, dos raciocínios jurídicos necessários ao bom desempenho de seu *trabalho*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fabiana de. **Antijuridicidade e ilicitude**. Disponível em <<https://www.coladaweb.com/direito/antijuridicidade-ou-licititude>> Acesso em 20 nov. 2017.

BIANCHINI, Alice; MARQUES, Ivan Luis; GOMES, Luiz Flavio; CUNHA, Rogério Sanches; MACIEL, Silvio. *Prisão e medidas cautelares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte geral. 17ª. Ed. Rev. Ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral- v.1 16ed. São Paulo;Saraiva.2011.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. ANGHER, Anne Joyce [Org.] Vade Mecum Acadêmico de Direito, 8 ed. São Paulo. Rideel, 2012.

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/Del2848compilado.htm> Acesso em 20 nov. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em 29 set. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2016.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. **Delegado pode e deve aplicar excludentes de ilicitude e culpabilidade**. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2016-set-06/academia-policia-delegado-aplicar-excludentes-ilicitude-culpabilidade>> Acesso em 20 nov. 2017.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. **Juízos de prognose e diagnose do delegado são essenciais na investigação**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-09/academia-policia-juizos-prognose-diagnose-sao-essenciais-investigacao>>. Acesso em 20 nov. 2017.

Eugênio Pacelli de Oliveira. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

FRANCESCHI, Marino. As excludentes de ilicitude penal e a possibilidade de reconhecimento pelo delegado de polícia na atividade policial. In: LOPES, Fábio Motta; WENDT, Emerson (Org.). *Investigação criminal: ensaios sobre a arte de investigar crimes*. Rio de Janeiro: Brasport: 2014.

GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Direito Penal**: parte geral, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 8 ed. Rio de Janeiro. Ímpetus. 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 16ª ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. Volume 1 – parte geral. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

Manzano, Luís Fernando de Moraes. **Curso de Processo Penal**. 1ª Ed. 2011.

NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: RT 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. Parte Geral. Parte Especial. 2 ed. São Paulo. Revista dos tribunais. 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito Penal**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Volume 1: parte geral. 1. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ROCHA, Ubirajara. **Problemas de polícia e Direito**. São Paulo: Editora, 1974.

RT 554/386-7, citação feita por Julio Fabbrini Mirabete, **Código de Processo Penal**: Interpretado, 8ª edição, Atlas, São Paulo, 2001.

TELES, Ney Moura apud MORGADO, Leandro Batista. Teses de Defesa no Direito Penal Brasileiro. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

ZAFFARONI, Eugênio Raul, PIERANGELI, Enrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 5. Ed. Editora RT: São Paulo, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Manual de direito penal brasileiro-parte geral. V1.9.ed.rev e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.