

JÉSSICA EL-HUAIK DE PAULA

**O RECONHECIMENTO DA LEGÍTIMA DEFESA PELA
AUTORIDADE POLICIAL**

BACHARELADO EM DIREITO

FIC-MG

2012

JÉSSICA EL-HUAIK DE PAULA

**O RECONHECIMENTO DA LEGÍTIMA DEFESA PELA
AUTORIDADE POLICIAL**

Monografia apresentado a banca examinadora da Faculdade de Direito, das Faculdades Integradas de Caratinga-FIC, como exigência parcial de obtenção do grau de Bacharel em Direito, tendo como orientador Prof. Dário Júnior.

FIC - CARATINGA

2012

"A sua Atitude é o seu Sucesso, porque só se obtém sucesso quem tem atitude para correr atrás de seus objetivos."

(Olivia Profeta)

A Deus, por ser minha fortaleza.

Aos meus pais, pela minha vida.

A meu irmão por sua alegria.

A minha filha, razão de minha existência.

A estes dedico meu trabalho, pois sem ajuda, carinho e compreensão de todos, esse sonho não teria se concretizado.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pois sem Ele eu não teria forças para essa longa caminhada.

Ao Prof. Orientador Dário Jr., pela sua singela orientação.

Aos meus pais, Wilson e Christina pela confiança e motivação.

Ao meu irmão Matheus, por sua alegria de viver.

A minha filha Nicole por iluminar meus dias e ser a razão da minha vida.

Ao Diógenes pelo carinho e grande apoio.

A minha vó Conceição, pelo exemplo de vida.

Aos amigos e colegas, pela força e incentivos.

Aos professores e colegas de Curso, pois juntos trilhamos uma etapa importante de nossas vidas.

A todos que, de algum modo, colaboraram para a realização e finalização deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho de monografia tem por objetivo abordar as questões pertinentes à possibilidade do reconhecimento da legítima defesa pelo delegado de polícia. Quando uma pessoa comete um crime amparado pela legítima defesa e é preso em flagrante dentro do que dispõe o Código de Processo Penal a análise da legítima defesa é competência exclusiva do juiz de direito que tem a faculdade de conceder ou não a liberdade provisória do autuado. Tal dispositivo demonstra com clareza o cunho autoritário a qual se reveste o diploma processual penal, uma vez que mesmo agindo com autorização legal a liberdade do indivíduo fica a mercê do magistrado. A nova ordem constitucional, a qual garante a dignidade da pessoa humana permite que no momento da prisão em flagrante do cidadão que agiu em legítima defesa, possa ser reconhecido pela Autoridade Policial durante a formalização do auto de prisão em flagrante. A partir dessa visão constitucionalista do processo penal brasileiro nota-se que o Delegado de Polícia também é um operador do direito e, desse modo, está apto a observar e impedir qualquer ato que ofenda às liberdades individuais, tendo em vista que todo o ordenamento jurídico brasileiro é unânime na afirmativa de que a prisão deve se dar como exceção e não a regra em nosso país.

Palavras-chave: Delegado de Polícia; Auto de Prisão em Flagrante; legítima defesa, excludente de ilicitude.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	11
CAPÍTULO I- CONSIDERAÇÕES SOBRE AS PRISÕES.....	13
1.1 O caráter excepcional das prisões	13
1.2 Espécies de Prisão.....	14
1.2.1 Flagrante	14
1.2.2 Temporária.....	19
1.2.3 Preventiva	19
CAPÍTULO II- EXCLUDENTES DE ILICITUDE	22
2.1 Legítima defesa	22
2.2 Estado de necessidade.....	26
2.3 Estrito cumprimento de dever legal.....	28
2.4 Exercício regular do direito	29
CAPÍTULO III- A POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA LEGÍTIMA DEFESA PELO DELEGADO DE POLÍCIA	31
3.1 A importância do Delegado de Polícia enquanto autoridade policial.....	31
3.2 Concordância com a excepcionalidade das prisões.....	34
CONSIDERAÇÕES FINAIS	38
REFERÊNCIAS.....	40

INTRODUÇÃO

A pesquisa em comento tem por finalidade verificar a possibilidade de reconhecimento da legítima defesa, enquanto excludente de ilicitude pelo delegado de polícia na prisão em flagrante.

Dessa forma, quando o Delegado de Polícia constatar a ocorrência da legítima defesa deverá ele fundamentar sua decisão quanto ao não encarceramento do autuado, pois, mesmo em liberdade o indivíduo terá sua conduta investigada através do Inquérito Policial que, por sua vez, será remetido ao Ministério Público que, como titular da ação penal, analisará novamente os fatos podendo discordar da interpretação realizada pelo Delegado de Polícia, oferecendo a denúncia e requerendo, se assim entender, a prisão preventiva do autuado.

Desse modo, pode-se dizer que compete ao Delegado de Polícia, como chefe da Polícia Judiciária e responsável pela investigação criminal, verificar as condutas ilícitas que chegam ao seu conhecimento, colhendo os elementos necessários a propositura da ação penal aos seus titulares, quais sejam, o Ministério Público, no caso da ação penal pública, e o ofendido, no caso de ação penal privada.

Diversas são as funções do Delegado de Polícia enquanto autoridade policial, podendo ser destacada a lavratura do auto de prisão em flagrante, que nada mais é do que um documento administrativo realizado pela Autoridade Policial competente quando o indivíduo é detido por ter, em tese, praticando uma infração penal.

A legítima defesa pode ser considerada como uma circunstância de justificação em que a conduta realizada pelo agente é autorizada pelo próprio Estado e, conseqüentemente, não possuem o *status* de crime.

Portanto a ação só será legítima quando houver o uso moderado dos meios necessário para repelir agressão injusta atual ou iminente. Ressalta-se que agressão injusta é aquela praticada pela conduta humana que põe a perigo ou lesione um bem juridicamente protegido.

Diante de tudo que foi exposto até então a reflexão inicialmente proposta pergunta-se: Pode o Delegado de Polícia considerar a ocorrência da legítima defesa durante a formalização do auto de prisão em flagrante, determinando a soltura do

autuado para que este responda em liberdade, ou trata-se de uma prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário?

O Delegado de Polícia, autoridade policial competente para a lavratura do auto de prisão em flagrante, é revestido de valoração jurídica visto que a ele é incumbida a análise técnica sobre os fatos e o seu enquadramento ou não à norma jurídica penal, de tal sorte que a autoridade policial é o responsável pela verificação de todos os componentes que revestem o delito cometido, dentre eles a excludente de ilicitude.

Assim sendo, quando o Delegado de Polícia constatar a ocorrência da legítima defesa deverá ele fundamentar sua decisão quanto ao não encarceramento do autuado, fazendo valer a regra existente em nosso país, reconhecendo o caráter excepcional que reveste as prisões.

Considerando a valoração do papel do delegado de polícia dentro do ordenamento jurídico brasileiro, vê-se a possibilidade do reconhecimento da legítima defesa pela autoridade policial no momento da lavratura do auto de prisão em flagrante. Confirmando esse entendimento têm-se as considerações de Fernando da Costa Tourinho Filho, marco teórico da presente pesquisa.

Se quando da lavratura do auto, não resultar das respostas dadas pelo condutor, pelas testemunhas e pelo próprio conduzido, fundadas suspeitas contra este, a Autoridade não poderá mandar recolhê-lo à prisão. E, se não pode assim proceder, conclui-se que a Autoridade Policial deve relaxar a prisão, sem, contudo, descumprir o preceito constitucional inserto no art. 5º LXII, a fim de que se apure possível responsabilidade da Autoridade coatora, isto é, da Autoridade que efetuou a detenção.¹

A monografia será dividida em três capítulos distintos: O primeiro capítulo destinar-se-á às prisões de um modo geral, explicitando a excepcionalidade dela dentro do nosso sistema prisional.

No segundo capítulo abordaremos as excludentes de ilicitude, diferenciando-as. Para finalizar, o terceiro e último capítulo abordará a possibilidade de reconhecimento da legítima defesa pelo delegado de polícia, considerando o caráter excepcional das prisões.

¹ FILHO. Fernando da Costa Tourinho. *Manual de Processo Penal*. 13 ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 458.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Dentro do preconizado pela Constituição da República em seu art. 144, § 4º, as Polícias Judiciárias, compreendendo-se aqui os que integram a polícia federal e civil: “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 as militares.”²

Quando um indivíduo comete um ilícito e é apreendido em flagrante delito, deverá, como já dito, a autoridade policial proceder ao Auto de Prisão em Flagrante, que irá formalizar a detenção do indivíduo.

Sobre o Auto de Prisão em Flagrante têm-se as considerações de Guilherme de Souza Nucci.

Tem essa modalidade de prisão, inicialmente, o caráter administrativo, pois o auto de prisão em flagrante, formalizador da detenção, é realizado pela Autoridade Policial Judiciária, mas torna-se jurisdicional, quando o juiz, tomando conhecimento dela, ao invés de relaxá-la, prefere mantê-la, pois considera ilegal. Tanto assim que, havendo a prisão em flagrante, sem a formalização do auto pela polícia, que recebe o preso em suas dependências, cabe a impetração de *habeas corpus* contra a autoridade policial, perante o juiz de direito.³

Existem situações que são consideradas como excludentes de ilicitude. Conceituando esse instituto tem-se Mirabete:

O direito prevê causas que excluem a antijuridicidade do fato típico (causas excludentes de criminalidade, causas excludentes de antijuridicidade, causas justificativas, causas excludentes de ilicitude, eximentes ou discriminantes). São normas permissivas também chamadas tipos permissivos, que excluem a antijuridicidade por permitirem a prática de um ato.⁴

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 em estado de necessidade; em legítima defesa; em estrito

² BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DE 1988. ANGHER, Anne Joyce [Org.]. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 10 ed. São Paulo. Rideel, 2011, p. 58.

³ NUCCI, Guilherme de Souza *Manual de processo penal e execução penal*. 4. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.589.

⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 19. ed., São Paulo: Atlas, 2003. p.169.

cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito”.⁵

Desse modo, pode-se dizer que age em legítima defesa quem 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 Roberto 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.⁶

Na atual conjuntura do nosso Estado Democrático de Direito não podemos mais admitir o encarceramento do indivíduo que agiu autorizado pelo Estado. Se o Delegado de Polícia que tem a mesma formação jurídica do juiz e do promotor é capaz de avaliar a necessidade das prisões cautelares de acordo com a lei processual penal ele não pode se abster de analisar a legítima defesa por causa da simples omissão legislativa.

Dizer que essa atribuição é competência exclusiva do Juiz sob o argumento de que ele é a autoridade mais bem preparada, não nos parece correto, visto que, tal conduta, apesar de ser a regra em nosso país, trata-se de uma solução injusta e desproporcional, que ofende a dignidade da pessoa humana.

⁵ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. *Código Penal Comentado*. 8 ed. São Paulo: Saraiva 2010, p. 167.

⁶ BITENCOURT, César Roberto. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 264.

CAPÍTULO I- CONSIDERAÇÕES SOBRE AS PRISÕES

1.1 O caráter excepcional das prisões

Vivemos em um Estado Democrático de Direito cuja regra é a liberdade e a prisão a exceção. Contido nesse conceito de liberdade, derivam vários outros como a liberdade de pensamento, de opinião, de consciência, de religião e a mais importante delas que é a liberdade de locomoção.

A Constituição da República prima pela liberdade dos indivíduos e, indo além disso, sendo norteadada pelo princípio da presunção da inocência.

Dentro do que preceitua o artigo 5º, LVII, CF “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ou seja, até que fique provado o contrário por sentença penal condenatória transitada em julgado, o indivíduo é um ser inocente”.⁷

Para Guilherme de Souza Nucci essa excepcionalidade deve ser assim compreendida:

Estabelece o art. 5º, LXVI, que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.” Quer o preceito indicar que a prisão no Brasil, é a exceção e a liberdade, enquanto o processo não atinge seu ápice com a condenação com trânsito em julgado, a regra.⁸

Não apenas a Constituição da República e os Códigos Penal e Processual Penal tutelam o direito à liberdade, mas do mesmo modo os Pactos em que o Brasil é signatário como o Pacto de São José da Costa Rica, que reserva grande parcela de disposições sobre o direito à liberdade e as garantias que são relativo aos presos.

⁷BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO. ANGHER, Anne Joyce [Org.]. Vade Mecum Acadêmico de Direito. 10 ed. São Paulo. Rideel, 2011.p. 58.

⁸NUCCI, Guilherme de Souza *Manual de processo penal e execução penal*. 4. ed., ver e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.575.

1.2 Espécies de Prisão

No ordenamento jurídico tem-se algumas espécies de prisões, a prisão em flagrante, a prisão temporária e a prisão preventiva

1.2.1 Flagrante

O artigo 301 do CPP traz a disposição legal sobre a prisão em flagrante: “Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”.⁹

Para aqueles que defendem a natureza da prisão em flagrante a doutrina moderna tem reconhecido seu caráter pré-cautelar, visto que “não é uma medida cautelar pessoal, mas sim pré-cautelar, no sentido de que não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas destina-se a colocar o detido à disposição do juiz para que adote ou não uma verdadeira medida cautelar”.¹⁰

Importante frisar que o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa do povo e não apenas a Autoridade Policial, esse é o chamado flagrante facultativo, já que o dispositivo fala em poderá em não uma obrigação que é voltada para as autoridades policiais e seus agentes.

Logo em seguida o artigo 302 do mesmo diploma legal esclarece em quais situações poderá ser verificada a existência do flagrante:

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 o autor da infração.¹¹

⁹ BRASIL, Código de Processo Penal de 1941. ANGHER, Anne Joyce [Org.]. Vade Mecum Acadêmico de Direito. 10 ed. São Paulo. Rideel, 2011, p. 394.

¹⁰ OLIVEIRA, Eugenio Pacceli. *Curso de Processo Penal*. 10 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris.2008. p.445.

¹¹BRASIL, Código de Processo Penal de 1941. ANGHER, Anne Joyce [Org.]. Vade Mecum Acadêmico de Direito. 10 ed. São Paulo. Rideel, 2011, p. 394.

Sobre os casos em que se considera a prisão em flagrante Eugênio Pacceli aduz o que se segue:

Se bem examinado, percebe-se que apenas as situações mencionadas no primeiro e segundo incisos do artigo 302 do Código de Processo Penal se prestaria a caracterizar uma situação de ardência, de visibilidade incontestável da prática do fato delituoso. Porém, no caso do segundo inciso do artigo 302 do Código de Processo Penal, pode já ter desaparecida um pouco da ardência e crepitação, mas mesmo assim, pode-se colher elementos ainda sensíveis e importantes de existência do fato criminoso, e também de sua autoria.¹²

Igualmente tem-se as considerações de Mirabete: “flagrante é o ilícito patente, irrecusável, insofismável, que permite a prisão do seu autor, sem mandado, por ser considerada a certeza visual do crime”¹³.

A Constituição da República, dá o suporte para a existência da prisão em flagrante seu artigo 5º, LXI, .”ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;”¹⁴

Por sua vez o flagrante se subdivide em algumas espécies. É considerado flagrante próprio aquele em que o agente está cometendo a infração penal ou acaba de cometê-la nos moldes nos incisos I e II do artigo 302 do Código de Processo Penal.

Para Eugenio Pacceli o flagrante próprio pode ser assim entendido:

No Art. 202, I do CPP se caracteriza uma situação de ardência de visibilidade incontestável da prática de um fato delituoso. Ali se afirma a existência da prisão em flagrante quando alguém está cometendo a infração penal (Art 302,I).Mas o mencionado art. 302 prevê também como situação de flagrante quando alguém acaba de cometer a infração penal (inc. II) em que, embora já desaparecida a ardência e crepitação, pode-se colher elementos ainda sensíveis da existência do fato criminoso bem como de sua autoria.Ambas as situações são tratadas como hipóteses de flagrante delito, reservando-lhes a doutrina a classificação de flagrante próprio.¹⁵

¹² OLIVEIRA. Eugenio Pacceli. *Curso de Processo Penal*. 10 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris.2008. p.440.

¹³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal Comentado*. 6 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2007, p. 577.

¹⁴ BRASIL, Constituição da República Federativa de 1988. ANGER, Anne Joyce [Org.]. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 10 ed. São Paulo. Rideel, 2011, p. 15.

¹⁵ OLIVEIRA. Eugenio Pacceli. *Curso de Processo Penal*. 10 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris.2008. p.423.

O chamado flagrante impróprio ou imperfeito pode ser verificado no inciso III do artigo 302 do Código de Processo Penal. Nesse caso o agente consegue obter êxito na conclusão da infração penal ou é interrompido por terceiros, mas consegue foragir, sem que haja a prisão no local do ato, sendo necessária a existência de perseguição policial ou de qualquer pessoa do povo.

Trata-se de presunção de autoria do delito, conforme preleciona Nucci:

Nota-se que a lei faz o uso da expressão “em situação que faça presumir-se autor da infração (Art. 302,III), demonstrando, com isso, a impropriedade do flagrante, já que não foi surpreendido em plena cena do crime. Mas, é razoável a autorização legal para a realização da prisão, pois a evidencia da autoria e da materialidade mantém-se fazendo com que não se tenha dúvidas a seu respeito.¹⁶

No que diz respeito ao flagrante presumido, disposto no inciso IV do artigo 302 do CP, muito parecido com o flagrante impróprio, tendo como diferença entre os dois a desnecessidade de perseguição, já que nesse caso o agente é encontrado portando instrumentos do crime, que lhe façam presumir ser o autor da infração.

Importante ressaltar que não se deve confundir o flagrante presumido com a diligências policiais feitas no sentido de localizar materiais provenientes de delitos.

Novamente as considerações de Nucci são pertinentes nesse sentido:

As diligências eventuais e causais feitas pela polícia não podem ser consideradas para efeito de consolidar a prisão em flagrante. Muitas vezes, se ter havido perseguição alguma, após ocorrência de um delito, a polícia começa a investigar e, por acaso, chega à residência de alguém que, de fato, tomou parte no crime. Não cabe, nessa hipótese, a prisão em flagrante, ainda que se argumente ser o caso do flagrante presumido, pois encontrada a pessoa com instrumentos ou armas usadas no cometimento da infração penal.¹⁷

O artigo 303 do Código de Processo Penal explicita sobre a possibilidade do flagrante nos crimes permanentes “Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.”

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza *Manual de processo penal e execução penal*. 4. ed., ver e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.590.

¹⁷ Idem. p.592.

Assim sendo, tratando-se de infração de permanência, cuja realização se contemporiza no tempo, estando amarrada a vontade do agente criminoso, enquanto não cessar a permanência o agente se achará em situação de flagrância. A título de exemplo tem-se o crime de sequestro, uma vez que enquanto durar a privação da liberdade física da vítima, a prisão por acaso advinda será em flagrante delito.

Ocorrendo um crime e havendo sucesso na ação policial, o autor do delito será preso em flagrante e conduzido até a unidade policial responsável pelas investigações criminais, conforme critérios específicos de divisão de atribuições na esfera da Polícia Judiciária.

Essa é na verdade a primeira etapa da prisão em flagrante, momento em que o policial é acionado e constata a ocorrência de uma infração penal dando voz de prisão ao autor que se enquadra em uma das hipóteses da prisão em flagrante descritas no art. 302, incisos I, II, III e IV do Código de Processo Penal.

A partir do momento que o delegado de polícia tem conhecimento do cometimento de um delito, por meio da apresentação do acusado ou através da *notitia criminis* deve proceder algumas diligências imprescindíveis ao esclarecimento do crime. Guilherme de Souza Nucci evidencia alguns procedimentos inerentes à atuação do delegado de polícia:

Quando a *notitia criminis* lhe chega ao conhecimento, deve o delegado: a) dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, a te a chegada dos peritos criminais; b) apreender objetos que tiverem relação com o fato, após liberados os peritos criminais; c) colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias d)ouvir o ofendido e indiciado se possível; e)proceder o reconhecimento das pessoas, coisas e acareações; f) determinar se for o caso, que se proceda exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias; g) ordenar a identificação do indiciado, utilizando todos os meios disponíveis pra tal, todos essas diligencias estao contidas no artigo 6º do CPP.¹⁸

Igualmente inovou e alterou a atuação do delegado de polícia, sobretudo no tocante à concessão de fiança, desde que a infração cometida não ultrapasse a pena de quatro anos de reclusão.

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza *Manual de processo penal e execução penal*. 4. ed., ver e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.156.

Essa é a disposição contida no *caput*, do artigo 322 do Código de Processo Penal: “A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.”

Denota-se, daí a importância da autoridade policial a qual possui discricionariedade para fixar o valor da fiança nos moldes do artigo 325, I do Código de Processo Penal.

A autoridade policial tem discricionariedade para fixar o valor da fiança entre um e cem salários mínimos (art. 325, I, CPP), além de logicamente poder se recusar a conceder a fiança, caso assim entenda (art. 335, CPP). O balizamento do valor da fiança não ocorre ao livre arbítrio do delegado, mas antes é pautado pelo art. 326, CPP: Para determinar o valor da fiança, a autoridade terá em consideração a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento.¹⁹

Ademais, a importância dada ao delegado de polícia nesses casos alcança, ainda, a possibilidade que tem para dispensar a fiança, a partir do momento que verificar as condições econômicas do réu.

Nos termos do artigo 304 do Código de Processo Penal:

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.²⁰

Imediatamente após a oitiva dos envolvidos o § 1º do artigo 304 do Código de Processo Penal, assevera que a Autoridade Policial mandará recolher o investigado ao cárcere se das respostas resultarem fundadas suspeitas contra o conduzido salvo na hipótese de livrar-se solto ou de prestar fiança. É o dispositivo legal:

¹⁹ MONTEIRO, Ivens Carvalho. *Da atuação do delegado de polícia civil frente às alterações da Lei nº 12.403/11 no Código de Processo Penal. Um estudo breve, analítico e crítico.* Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19641>>. Acesso em: 05 out. 2012.

²⁰ BRASIL, Código de Processo Penal de 1941. ANGHER, Anne Joyce [Org.]. *Vade Mecum Acadêmico de Direito.* 10 ed. São Paulo. Rideel, 2011, p. 394.

Art. 304, § 1º - Resultando das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja.²¹

Urge ressaltar que a decisão do Delegado de Polícia não vincula o entendimento do promotor ou do juiz que poderão a qualquer momento determinar a prisão do atuado.

1.2.2 Temporária

A prisão temporária encontra previsão legal na Lei 7.690/89 sendo considerada outra espécie de prisão cautelar. Ao contrario da preventiva e do flagrante, possui lei especifica que a regulamente.

A incidência da prisão temporária se dá durante o período das investigações policiais, ou seja, antes do inicio do processo. Portanto, “trata-se de prisão cuja finalidade é a de acautelamento das investigações do inquérito policial [...]”²²

Caberá a prisão cautelar temporária nos casos de crimes mais graves, taxativamente previsto no artigo 1º,I da Lei 7.960/89. Dessa forma, nos crimes como homicídio doloso; seqüestro ou cárcere privado; roubo; extorsão; extorsão mediante sequestro; estupro, dentre outros. Desse modo, seus autores estarão sujeitos à essa modalidade acautelatória de prisão.

1.2.3 Preventiva

A prisão preventiva prevista no artigo 311 e seguintes do Código de Processo Penal é uma das espécies de prisão cautelar. Trata-se de uma medida restritiva de liberdade que é decretada pelo juiz, podendo ser feita de ofício (pelo próprio juiz, como também a requerimento do Ministério Público ou ainda, por representação da Autoridade Policial.

²¹ BRASIL, Código de Processo Penal de 1941. ANGHER, Anne Joyce [Org.]. Vade Mecum Acadêmico de Direito. 10 ed. São Paulo. Rideel, 2011, p. 394.

²² OLIVEIRA. Eugenio Pacceli. *Curso de Processo Penal*. 10 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris.2008. p.445.

Pode ocorrer na fase do inquérito policial ou mesmo no decorrer do processo penal desde que, presentes os requisitos legais. Para Nestor Távora, pode ser conceituada da seguinte forma:

Trata-se de eficiente ferramenta de encarceramento durante toda a persecução penal, leia-se, durante o inquérito policial ou na fase processual. Antes do trânsito em julgado da sentença, admite-se a decretação prisional, por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente, desde que presentes os elementos que simbolizem a necessidade do cárcere.²³

Os elementos citados por Nestor Távora são os contidos no artigo 312 do Código de Processo Penal o qual estabelece, *in verbis*:

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 (art. 282, § 4º).

Nesses termos, a prisão preventiva será decretada para assegurar a aplicação da lei penal (diante dos indícios de pretensão de fuga do investigado ou do réu), para conveniência da instrução criminal (diante da probabilidade de que o réu, em liberdade, interfira na produção de provas, principalmente, através de intimidação das testemunhas) e com o objetivo de garantir a ordem pública e a ordem econômica.

Além disso, o mesmo dispositivo expressa a exigência de que haja prova do crime e indícios suficientes de autoria, os quais, aliás, são requisitos para o oferecimento de qualquer denuncia.

É imprescindível a conjugação dos requisitos acima mencionados para a decretação da medida, ou será considerada ilegal. “Constitui abuso de autoridade efetuar prisão ilegal, deixar de relaxar- nesse caso válido apenas para o juiz- prisão

²³ TÁVORA, Nestor. *Curso de direito processual penal*. 3ª ed., Salvador: Juspodivm. 2009. p.477/478.

ilegalmente realizada, bem como deixar de comunicar ao magistrado a prisão efetivada, ainda que legal.”²⁴

Completando as situações demonstradas anteriormente no artigo 312 do Código de Processo Penal, o artigo 313 do mesmo diploma legal, demonstra que para todas as circunstâncias citadas, será admitida a prisão preventiva nos crimes dolosos punidos com detenção, quando o réu for reincidente nesse tipo de crime; nos punidos com detenção em que se verifica que o acusado é “vadio” ou ainda nos casos de violência doméstica, nos moldes da Lei 11.340/06.

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza *Manual de processo penal e execução penal*. 4. ed., ver e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.574.

CAPÍTULO II- EXCLUDENTES DE ILICITUDE

As excludentes de ilicitude estão expressamente previstas em nosso ordenamento jurídico, no art. 23 do Código penal brasileiro tendo o condão de isentar um individuo da ilicitude, ou melhor, do crime. Nos termos do art. 23 do Código Penal: “Não há crime quando o agente pratica o fato: em estado de necessidade; em legítima defesa; em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito”²⁵.

Conceituar, analiticamente, o crime é extrair de todo e qualquer crime aquilo que for comum a todos eles, é descobrir suas características e elementos estruturais. Nos 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.²⁶

Dentro do conceito analítico do crime para que um ato seja assim considerado deverá o sujeito cometer um fato ilícito, punível e culpável.

Como visto, existem condutas que retiram a antijuridicidade do delito descaracterizando, assim, a existência do crime.

2.1 Legítima defesa

Determina a legislação que não comete crime quem age em legítima defesa. Existem situações em que a lei possibilita o agente a ter atitudes para se defender.

É o artigo 25 do Código Penal Brasileiro que elenca os pressupostos para a caracterização da legítima defesa dispondo o seguinte: “Entende-se em legítima

²⁵BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO. ANGHER, Anne Joyce [Org.]. Vade Mecum Acadêmico de Direito. 10 ed. São Paulo. Rideel, 2011 p. 332.

²⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 8 ed. Rio de Janeiro. Ímpetos. 2007. P. 142/143.

defesa quem, usando moderadamente os meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.²⁷

Para Bittencourt, ‘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.”²⁸

A legítima defesa pode ser considerada como uma circunstâncias de justificação em que a conduta realizada pelo agente é autorizada pelo próprio Estado e, conseqüentemente, não possuem o *status* de crime.

Urge ressaltar que não deve confundir a legítima defesa com a vingança privada. Trata-se de uma benesse que o Estado conferiu ao cidadão para que tivesse a possibilidade de se defender da agressão injusta, uma vez, que ao agente não pode ser imposto a obrigação de ficar inerte e suportar a ofensa a bem jurídico próprio ou de terceiros. Com fulcro nessas considerações Greco dispõe que:

[...] para que se possa falar em legítima defesa, que 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 sua defesa ou na defesa de terceiros. Esse também é o pensamento de Grosso, citado por Miguel Reale Júnior, quando aduz que “a natureza do instituto da legítima defesa é constituída pela possibilidade de reação direta do agredido em defesa de um interesse, dada a impossibilidade de intervenção tempestiva do Estado”.²⁹

Portanto a ação só será legítima quando houver o uso moderado dos meios necessário para repelir agressão injusta atual ou iminente. Ressalta-se que agressão injusta é aquela praticada pela conduta humana que põe a perigo ou lesione um bem juridicamente protegido.

Para Fernando Capez pode ser entendido da seguinte maneira:

²⁷BRASIL, *Código Penal Brasileiro*. ANGHER, Anne Joyce [Org.]. Vade Mecum Acadêmico de Direito. 10 ed. São Paulo. Rideel, 2011, p. 332.

175.

²⁸ BITENCOURT, César Roberto. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. V1. 16 ed., São Paulo: Saraiva.2012. p.264.

²⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 8 ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2007. p. 382.

Agressão é toda conduta humana que ataca um bem jurídico. Só as pessoas humanas, portanto, praticam agressões. Ataque de animal não a configura, logo não autorizam a legítima defesa. No caso, se a pessoa se defende do animal, está em estado de necessidade. Convém notar, contudo, que, se uma pessoa açoitou um animal para que ataque outra pessoa, nesse caso existe agressão autorizadora da legítima defesa, pois, o animal é utilizado como instrumento do crime (poderia usar uma arma branca, uma arma de fogo, mas preferiu servir-se do animal).³⁰

Os Tribunais de Justiça igualmente tem reconhecido dessa forma:

LESÃO CORPORAL GRAVE - MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA COMPROVADAS - LEGÍTIMA DEFESA - INOCORRÊNCIA - CONDENAÇÃO DEVIDA. A vontade livre e consciente de ocasionar dano à integridade física da vítima, de que resultou lesão corporal de natureza grave consistente em debilidade permanente do sentido (visão do olho esquerdo), impõe a condenação pelo crime previsto no artigo 129, § 2º, do Código Penal. Não se reconhece a legítima defesa na utilização de resposta desproporcional à ação, respondendo, se o caso, pelo excesso punível nas causas justificantes.³¹

A legítima defesa tem por objetivo o resguardo a uma agressão injusta. Assim sendo, é imprescindível a existência de uma agressão, que também deve ser injusta. Nesse norte, “por agressão deve-se entender a ameaça humana de lesão de interesse juridicamente protegido.”³²

Outro requisito para que a conduta se enquadre nos critérios da legítima defesa é que seja atual ou iminente. Entende-se que atual é aquela agressão que está acontecendo, e iminente é aquela que embora não esteja acontecendo está prestes a acontecer.

A agressão atual ou iminente deve-se entender por agressão toda ação dirigida à produção de um resultado lesivo a um bem jurídico, violenta ou não. atual, como já observado, designa presente, já se ter começado e ainda não estar concluída; e iminente, ou seja, imediata, prestes a acontecer.³³

³⁰ CAPEZ, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.163.

³¹ BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO Apelação criminal 0009876-85.2008.8.26.0361 Relator(a): Willian Campos Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal Data de registro: 25/04/2012. Acesso em 29 abr. 2012.

³² CAPEZ, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.343.

³³ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro V.1*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p.447.

Desse modo, pode-se diferenciar a agressão atual e iminente da seguinte forma: Atual é agressão presente, que está se realizando, iminente é a que está prestes a acontecer e parece inevitável.

Deve ainda a agressão ser injusta “ significa ilícita antijurídica, sem amparo da ordem legal (não só da lei penal), ainda que não obrigatoriamente punível.”³⁴

Deve-se considerar, ainda a necessidade da existência dos “meios necessários”. Segundo Julio Fabbrini: “Meio necessário é aquele que o agente dispõe no momento em que rechaça a agressão, podendo ser até mesmo desproporcional como o utilizado no ataque, desde que seja o único à sua disposição no momento” ³⁵.

Igualmente Bitencourt preleciona: “Necessários são meios suficientes e indispensáveis para o exercício eficaz da defesa”.³⁶

A jurisprudência tem reconhecido a necessidade do uso dos meios necessários, para a caracterização da legítima defesa:

Na decisão de pronúncia, não cabe ao magistrado realizar um juízo de certeza, declinando robustamente as razões de seu convencimento, motivo pelo qual uma fundamentação sucinta acerca da configuração das qualificadoras, que não restaram manifestamente improcedentes face ao acervo probatório, não configura decisão sem fundamentação.

- Para que o réu seja absolvido sumariamente com base na legítima defesa é necessário que a prova seja manifestamente convincente de que os atos por ele perpetrados serviram para repelir uma agressão injusta, atual ou iminente, utilizando-se de força moderada e proporcional.
- Ao Tribunal do Júri compete a apreciação da imputação feita pela acusação, razão pela qual não se permite decotar qualificadoras na fase de pronúncia, salvo quando manifestamente improcedentes.
- Os assistidos pela abnegada Defensoria Pública mineira são isentos das custas processuais.³⁷

Imprescindível se faz verificar que todo excesso na legítima defesa será punido nos termos do artigo 23, parágrafo único do Código Penal.

Exige-se proporcionalidade entre a defesa empreendida e a agressão sofrida,

³⁴ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro V.1*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p.447.

³⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal, parte geral*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 17.

³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal- Parte Geral-* v. 1 16ed. São Paulo:Saraiva.p.377.

³⁷ BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS Rec em Sentido Estrito 1.0240.10.000661-0/001 Des.(a) Cássio Salomé Data de Julgamento 23/08/2012 Data da publicação da súmula 31/08/2012. Acesso em 05 out. 2012.

uma vez que a legítima defesa foi instituída para legalizar a proteção de um bem jurídico e não para a punição do agressor.

2.2 Estado de necessidade

Quando se fala em estado de necessidade o artigo 24 do Código Penal expressa que:

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

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

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

Fornecendo um exemplo de uma situação que se configura como estado de necessidade tem-se Bitencourt:

Quando, no exemplo clássico, dois naufragos disputam a mesma tábua, que não suporta mais de um, uma vida terá que ser sacrificada para salvar a outra. em tais hipótese o Direito, reconhecendo sua impotência para salvar os bem em perigo, admite que um deles seja sacrificado em benefício do outro, aguardando a solução natural.³⁸

Nesse intento, para a configuração do chamado estado de necessidade reste configurado, é indispensável a presença dos requisitos do perigo atual, não provocado por sua vontade e que também não podia evitar, para resguardar direito próprio ou alheio. Imprescindível, ainda, que o sacrifício seja superior ao fato, ou pelo menos razoável.

Por perigo atual e inevitável-significa o perigo concreto, presente, imediato, com real probabilidade de dano (insuficiente mera probabilidade) e que ainda, seja dotado de certeza e objetividade. o direito que se pretende

³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal- Parte Geral-* v. 1 16ed. São Paulo:Saraiva. 2011.p.364.

salvar pode ser próprio ou de outrem (socorro de terceiros) por motivo de ordem pessoal (amizade, parentesco) ou solidariedade humana. Evidencia-se que o agente não pode ter provocado por vontade própria, ou de modo intencional causar a situação de perigo. deve haver, ainda, a inexistência do dever de enfrentar o perigo.³⁹

É de suma importância que se tenha esses elementos para que se configure a excludente de ilicitude do estado de necessidade.

A jurisprudência tem sido enfática nesse ponto:

O chamado estado de necessidade "é o sacrifício de um interesse juridicamente protegido, para salvar de perigo atual e inevitável o direito do próprio agente ou de terceiro, desde que outra conduta, nas circunstâncias concretas, não era razoavelmente exigível". - Sendo o réu primário e portador de bons antecedentes, deve ser-lhe aplicada a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06. - É possível aplicar a fração de 2/3 (dois terços) na redução de pena decorrente da incidência do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, se a quantidade de droga apreendida em poder do réu não se mostrou elevada. - De acordo com o que foi decidido pela egrégia Corte Superior no incidente de uniformização de jurisprudência nº 1.0145.09.558174-3/003, em se tratando do chamado "tráfico privilegiado" (art. 33, § 4º, lei 11.343/06) é possível a fixação do regime aberto para o cumprimento da pena. - Preenchidos os requisitos elencados no art. 44 do Código Penal, tem o apelante direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a vedação respectiva contida no artigo 44 da Lei nº 11.343/06.⁴⁰

Desse modo o estado de necessidade pode ser entendido como "o sacrifício de um interesse juridicamente protegido, para salvar de perigo atual e inevitável o direito próprio do agente ou de terceiro, desde que outra conduta, nas circunstâncias concretas, não era razoavelmente exigível."⁴¹

Trata-se, portanto, de uma causa de justificativa a fim de excluir a ilicitude de uma ação ou omissão cometida.

Tem-se ainda, como causa excludente de ilicitude o exercício regular do direito e quando o agente encontra-se no estrito cumprimento de um dever legal.

³⁹ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro* V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p.444.

⁴⁰ BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS Apelação Criminal 1.0040.11.006638-4/001 Des.(a) Beatriz Pinheiro Caires Data de Julgamento 18/10/2012 Data da publicação da súmula 29/10/2012

⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal. Parte geral. Parte especial.* 2 ed. São Paulo. Revista dos tribunais. 2008.p.216.

2.3 Estricto cumprimento de dever legal

Outra excludente de ilicitude é aquela em que não se considera crime quando o agente pratica o fato no estrito cumprimento de dever legal, dentro do que prescreve o inciso III, do já mencionado artigo 23 do Código Penal.

Importante frisar que parte da doutrina, considera o estrito cumprimento de dever legal como excludente de tipicidade e não de ilicitude, como expressa Zafaroni:

Embora um bom número de autores considere que se trata de uma causa de justificação, vimos que assim não é, porque as causas de justificação são geradas a partir de um preceito permissivo, enquanto no cumprimento de um dever jurídico há somente uma norma preceptiva (uma ordem). Quem não quer agir justificadamente ode não fazê-lo, porque o direito não lhe ordena que assim o faça, mas simplesmente lhe dá uma permissão. Por outro lado, quem deixa de cumprir com um dever jurídico é punido, porque o direito lhe ordena que aja desta forma.⁴²

Tem-se no estrito cumprimento de dever legal uma excludente de tipicidade considerando os preceitos da chamada tipicidade conglobante amplamente difundida por Zafaroni:

Pode ocorrer o fenômeno de que a fórmula legal aparente abarcar hipóteses que são alcançadas pela norma proibitiva considerada isoladamente, mas que de modo algum podem incluir-se na sua proibição quando considerada conglobadamente, isto é, formando parte de um universo ordenado de normas. Daí que a tipicidade penal não se reduza à tipicidade legal (isto é, à adequação à formulação legal), mas que deve evidenciar uma verdadeira proibição com relevância penal, para o que é necessário que esteja proibida à luz da consideração conglobada da norma. Isso significa que a tipicidade penal implica a tipicidade legal corrigida pela tipicidade conglobante que pode reduzir o âmbito de proibição aparente que surge da consideração isolada da tipicidade legal.⁴³

É indispensável que também não se cometam excessos nessa conduta para que se enquadre dentro do que se espera como estrito cumprimento do dever legal.

não é possível, pela lógica da não contradição, considerar-se ilícito o comportamento realizado por imposição legal, ressalvada a hipótese de

⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*- parte geral. v1.9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.479.

⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*- parte geral. v1.9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.551.

excesso, isto é, cumprimento de um dever legal não estrito, fora da delimitação feita pela lei, e, portanto, abusivo e ilegal. é indispensável para configurar-se essa causa de justificação a rigorosa obediência às condições objetivas a que o dever esta subordinado.⁴⁴

Nesse caso, para que o agente esteja dentro do que se espera da excludente do devido cumprimento do dever legal, é necessário a existência de o próprio dever legal, que via de regra, é dado àqueles que fazem parte da Administração Pública, por meio de lei penal ou extrapenal.

Para Guilherme de Souza Nucci:

Trata-se de ação praticada em cumprimento de um dever imposto por lei, penal ou extrapenal, mesmo que cause lesão a um bem jurídico de terceiro. Pode-se vislumbrar, em diversos pontos do ordenamento jurídico pátrio, a existência de deveres atribuídos a certos agentes, que, em tese, poderiam configurar fatos típicos. Para realizar a prisão, por exemplo, o art 292 do CPP prevê que se houver, ainda, por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência.⁴⁵

No caso demonstrado pelo autor existe a previsão legal para que o agente possa agir dentro dos parâmetros do estrito cumprimento do dever legal, fazendo com que a conduta, não seja revestida de ilicitude.

2.4 Exercício regular do direito

É igualmente excluída a ilicitude do agente que opera no exercício regular do direito. Nesse caso, buscou o legislador garantir a execução de ações que busquem a efetivação de uma ação, desde que seja regular, dentro desses parâmetros, não abarcando o abuso de direito.

Aquele que age no exercício regular que dizer que exercita uma faculdade de acordo com o direito, está atuando licitamente, de forma autorizada (art

⁴⁴ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro* V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p.449.

⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal. Parte geral. Parte especial*. 2 ed. São Paulo. Revista dos tribunais. 2008.p.237.

5º, II, CF). Não se pode considerar ilícita a prática de um ato justificado ou permitido por lei, que se consubstancie em exercício de direito dentro do marco legal, isto é conforme os limites nele inseridos, de modo regular não abusivo. Essa conclusão é decorrência lógica do princípio da não contradição: um objeto não pode ser e não ser ao mesmo tempo.⁴⁶

Assim como ocorre com o estrito cumprimento do dever legal, ante o contido nos preceitos da tipicidade conglobante defendida por Zafaroni, anteriormente demonstrada, trata-se dessa conduta uma excludente de tipicidade e não de ilicitude.

Portanto, trata-se da execução de uma atividade ou a prática de uma conduta autorizada por lei, que torna lícito um fato típico. Logo, “qualquer direito público ou privado, penal ou extrapenal, regularmente exercido, afasta a antijuridicidade.”⁴⁷

Para que se reconheça o exercício regular do direito, é indispensável a análise de alguns requisitos: “ a) objetivo: atuação efetiva no exercício regular de direitos; b) subjetivo: conhecimento do direito e a vontade de exercitá-lo”.⁴⁸

A jurisprudência tem recusado o reconhecimento dessa excludente caso não constate esses elementos:

APELAÇÃO CRIMINAL - MAUS-TRATOS - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - EMPREGO DE VIOLÊNCIA FÍSICA E PSICOLÓGICA IMODERADA - EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO NÃO CONFIGURADO - RECURSO NÃO PROVIDO. Demonstrado que a ré expôs a perigo a saúde de seu filho, para fim de educação e ensino, abusando dos meios de correção e disciplina, a manutenção da condenação pelo delito de maus-tratos é medida que se impõe.⁴⁹

Não se deve confundir exercício regular do direito com maus tratos igualmente, os advogados e jornalistas, dentre outras profissões devem ter liberdade para fazê-la sem que isso configure um ilícito penal.

⁴⁶ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro V.1*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p.453.

⁴⁷ BITENCOURT, César Roberto. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 16ed., São Paulo: Saraiva.2011. p.271.

⁴⁸ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro V.1*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p.452.

⁴⁹ BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS Apelação Criminal 1.0329.10.000489-7/001 Des.(a) Júlio César Lorens Data de Julgamento 02/08/2011 Data da publicação da súmula 15/08/2011. acesso em 01 nov. 2012.

CAPÍTULO III- A POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA LEGÍTIMA DEFESA PELO DELEGADO DE POLÍCIA

3.1 A importância do Delegado de Polícia enquanto autoridade policial

No cotidiano das Delegacias de Polícia de todo o país milhares de indivíduos são levados, por terem sido presos em flagrante por que supostamente teriam praticado algum ilícito penal.

Acontecendo um crime e existindo sucesso na ação policial, o autor do delito será preso em flagrante e conduzido até a unidade policial responsável pelas investigações criminais, conforme critérios específicos de divisão de atribuições na esfera da Polícia Judiciária.

Corroborando tal posicionamento, vem a calhar a opinião de Júlio Fabrini Mirabete que assim acrescenta:

Apresentado o preso capturado em situação de flagrância à autoridade competente deve esta lavrar o auto respectivo. Não se trata, porém, de ato automático da autoridade policial pela simples notícia do ilícito penal pelo condutor. A autuação em flagrante delito pressupõe a certeza absoluta da materialidade do crime e indícios mínimos de sua autoria. Inexistentes tais elementos, a autuação em flagrante delito pode constituir-se em abuso de autoridade.⁵⁰

Nos termos do artigo 304 do Código de Processo Penal:

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.⁵¹

Ato contínuo, após a oitiva dos envolvidos o § 1º do artigo 304 do Código de Processo Penal, assevera que a Autoridade Policial mandará recolher o investigado

⁵⁰ MIRABETE, Júlio Fabrini. *Código de Processo Penal Comentado*. 6 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2007, p. 575.

⁵¹ BRASIL, Código de Processo Penal de 1941. ANGHER, Anne Joyce [Org.]. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 10 ed. São Paulo. Rideel, 2011, p. 394.

ao cárcere se das respostas resultarem fundadas suspeitas contra o conduzido salvo na hipótese de livrar-se solto ou de prestar fiança.

Art. 304, § 1º - Resultando das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja.⁵²

Como se vê, a apresentação ao Delegado de Polícia daquele agente que supostamente praticou uma infração penal, não gera, necessariamente, seu recolhimento à prisão. Para que a Autoridade Policial mande recolher o autuado ao cárcere deve haver, obviamente, fundadas suspeitas de que o conduzido praticou um crime (fato típico, antijurídico e culpável).

Diante de tudo que foi exposto até então a reflexão primeiramente proposta a qual reflete a possibilidade de o Delegado de Polícia avaliar se aquele indivíduo preso em flagrante levado a sua presença agiu usando moderadamente dos meios necessários para repelir agressão injusta, atual ou iminente e, assim comprovado nos autos, fundamente sua decisão quanto à soltura do autuado para que este aguarde em liberdade a posterior manifestação do Poder Judiciário.

A função do delegado de polícia se estende à avaliação puramente da tipicidade que reveste o delito

A tipicidade surge como "um elemento estanque e autônomo na estrutura do crime". Obviamente, não pode uma autoridade ser coartada a analisar um caso sob sua atribuição, limitando-se a esse elemento estanque, forçando uma dissociação do conjunto do ordenamento jurídico, mormente quando essa dissociação artificiosa e reducionista pode conduzir a decisões injustas.⁵³

Na verdade a grande resistência em torno da possibilidade do Delegado de Polícia analisar a ocorrência da legítima defesa durante a formalização do Auto de

⁵² BRASIL, Código de Processo Penal de 1941. ANGHER, Anne Joyce [Org.]. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 10 ed. São Paulo. Rideel, 2011, p. 394.

⁵³ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *O delegado de polícia e a análise de excludentes na prisão em flagrante*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20463>>. Acesso em: 1 nov 2012.

Prisão em Flagrante se perfaz pelo fato do art. 310 do Código de Processo Penal reservar exclusivamente ao juiz de direito a competência para verificar as excludentes de ilicitude e conseqüentemente determinarem ou não a soltura do autuado.

Da leitura do dispositivo citado nota-se que o juiz é a única autoridade responsável pela verificação das excludentes de ilicitude. Por esse motivo, grande parte da doutrina também entende que ao Delegado de Polícia cabe tão somente a verificação da tipicidade formal, ou seja, a simples adequação da conduta ao tipo penal não cabendo-lhe a análise de eventual excludente de ilicitude.

Observa-se, entretanto, que o dispositivo encontra-se revestido de forte tendência autoritária do dispositivo, visto que o Código de Processo Penal de 1941 preocupada exageradamente com a segurança interna do país e colocava em segundo plano os direitos do investido, pois, este era visto como culpado em potencial. Neste contexto disserta o ilustre Professor Eugênio Pacelli de Oliveira:

O nosso CPP foi elaborado com bases notoriamente autoritárias, por razões óbvias de origem. O princípio fundamental que norteava o CPP era, como se percebe, o da presunção da culpabilidade. Manzini, penalista italiano que ainda goza de grande prestígio entre nós, ria-se daqueles que pregavam a presunção de inocência, apontando uma suposta inconsistência lógica no raciocínio, pois, dizia ele, como justificar a existência de uma ação penal contra quem seria presumidamente inocente?⁵⁴

Nota-se, ainda, que a redação do art. 310 do CPP é clara ao afirmar que o juiz, mesmo constatando que o autuado agiu apartado por alguma das excludentes de ilicitude prevista no art. 23 do CP, poderá colocá-lo em liberdade. Urge ressaltar que não se trata de obrigação, ou seja, mesmo que o magistrado reconheça que o indivíduo agiu autorizado pelo próprio ordenamento jurídico, sua liberdade dependerá da boa vontade do juiz.

Além disso, o referido artigo trata o preso em flagrante como réu e não como investigado, antecipando-se a certeza de que o agente será denunciado pelo Ministério Público e sofrerá os rigores de um processo penal.

O reconhecimento da possibilidade do delegado de polícia verificar a existência da excludente de ilicitude da legítima defesa vai ao encontro da realidade

⁵⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**, 4 ed. Belo Horizonte. Del Rey. 2007. p. 230

vivenciada e do dinamismo do direito.

Nesse ponto pautam-se as considerações de Eduardo Luiz Cabette:

Conclui-se, assim, que não resta dúvida de que cabe ao Delegado de Polícia a análise completa da existência de uma infração penal com todos os seus elementos e não somente a perfunctória verificação da tipicidade formal para a deliberação da lavratura ou, mesmo após esta, da custódia de um cidadão. Diverso entendimento resultaria em verdadeira esquizofrenia jurídica que, como todo ato insano, pode resultar em consequências funestas.⁵⁵

Permitir que o delegado de polícia reconheça a existência da legítima defesa vai ao encontro com o que se espera do Direito Penal, com intervenções que se achegam ao moldes preconizados pela realização da justiça.

3.2 Concordância com a excepcionalidade das prisões

Diante de tudo que foi exposto até então a reflexão inicialmente proposta consubstanciaria na possibilidade de o Delegado de Polícia analisar se aquele indivíduo preso em flagrante e levado a sua presença agiu usando moderadamente dos meios necessários para repelir agressão injusta, atual ou iminente e, assim comprovado nos autos, fundamente sua decisão quanto à soltura do autuado para que este aguarde em liberdade a posterior manifestação do Poder Judiciário.

Estamos em um Estado Democrático de Direito cuja regra é a liberdade e a prisão a exceção, essa é a determinação contida no artigo 5º, LXVI da Constituição da República o qual afirma que “ Ninguém será levado a prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.”⁵⁶

Sobre o Estado Democrático de Direito as considerações de Alexandre de Moraes auxiliam o nosso entendimento.

⁵⁵ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *O delegado de polícia e a análise de excludentes na prisão em flagrante..* Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20463>>. Acesso em: 1 nov 2012

⁵⁶ BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO. ANGER, Anne Joyce [Org.]. *Vade Mecum Acadêmico de Direito.* 10 ed. São Paulo. Rideel, 2011, p. 22.

O Estado Democrático de Direito, que significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais, proclamado no caput do artigo, adotou, igualmente, no seu parágrafo único, o denominado princípio democrático, ao afirmar que "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".⁵⁷

Conforme observa Guilherme de Souza Nucci a excepcionalidade das prisões deve ser assim compreendida:

Estabelece o art. 5º, LXVI, que "ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança." Quer o preceito indicar que a prisão no Brasil, é a exceção e a liberdade, enquanto o processo não atinge seu ápice com a condenação com trânsito em julgado, a regra.⁵⁸

Na atual conjuntura do nosso Estado Democrático de Direito não podemos mais admitir o encarceramento do indivíduo que agiu autorizado pelo Estado.

Se o Delegado de Polícia que tem a mesma formação jurídica do juiz e do promotor é capaz de avaliar a necessidade das prisões cautelares de acordo com a lei processual penal ele não pode se abster de analisar a legítima defesa por causa da simples omissão legislativa.

Dizer que essa atribuição é competência exclusiva do Juiz sob o argumento de que ele é a autoridade mais bem preparada, não nos parece correto, visto que, tal conduta, apesar de ser a regra em nosso país, trata-se de uma solução injusta e desproporcional, que ofende a dignidade da pessoa humana.

Alexandre de Moraes nesse ponto aduz o que se segue:

A dignidade da pessoa humana concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerentes às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais

⁵⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.42

⁵⁸ NUCCI, Guilherme de Souza *Manual de processo penal e execução penal*. 4. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 575.

peças, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre, sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.⁵⁹

Na verdade a dignidade da pessoa humana é valor absoluto e todas as leis do ordenamento devem estar compatíveis com esse princípio sob pena de serem consideradas inconstitucionais.

Diante disso deve se considerar a manutenção de um indivíduo em cárcere que agiu dentro dos preceitos legais da legítima defesa como ofensa direta ao estabelecido pela dignidade da pessoa humana, visto que afeta direto seu direito à liberdade.

Nesse ponto pautam-se as considerações de Fernando da Costa Tourinho Filho, marco teórico da presente pesquisa.

Se quando da lavratura do auto, não resultar das respostas dadas pelo condutor, pelas testemunhas e pelo próprio conduzido, fundadas suspeitas contra este, a Autoridade não poderá mandar recolhê-lo à prisão. E, se não pode assim proceder, conclui-se que a Autoridade Policial deve relaxar a prisão, sem, contudo, descumprir o preceito constitucional inserto no art. 5º LXII, a fim de que se apure possível responsabilidade da Autoridade coatora, isto é, da Autoridade que efetuou a detenção.⁶⁰

Ademais deve-se considerar o disposto no artigo 304 §1º do Código de Processo Penal:

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

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

⁵⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 50.

⁶⁰ FILHO. Fernando da Costa Tourinho. *Manual de Processo Penal*. 13 ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 458.

Desse modo, diante do contido no artigo supra, após a lavratura do Auto de Prisão em Flagrante, se a autoridade policial não verificar a existência dos elementos ali estabelecidos tem a liberdade para proceder à soltura.

Urge ressaltar que não existe prejuízo para a persecução penal uma vez que a decisão do Delegado de Polícia no sentido de livrar o atuado é uma decisão precária que não vincula o entendimento do promotor ou do juiz que, entendendo não ser caso de legítima defesa ainda poderão presentes os requisitos autorizadores, determinar a prisão preventiva do atuado e o processo seguira seu curso normal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando se fala do cometimento de um crime, logo, pressupõe a existência de uma prisão, como forma de apenar o ato cometido.

Viu-se, ao longo da pesquisa que as prisões devem se dá de modo excepcional em nosso país e que até mesmo a prisão em flagrante possui um caráter cautelar, como as demais espécies, pois ainda que ocorra logo após a existência da ação ou omissão delituosa, pode ser modificada pela autoridade judiciária.

Com a prisão em flagrante a autoridade policial tem uma série de funções, como a lavratura do auto de prisão em flagrante e a comunicação do juízo competente para que tome as medidas cabíveis.

O Código Penal brasileiro traz arrolado em seu artigo 23 as espécies de condutas denominadas de excludentes de ilicitude, ou seja, aquelas condutas que sendo consideradas delitivas num primeiro momento passam, após detida análise, a serem consideradas lícitas, visto que o caráter antijurídico desaparece.

Dentre essas condutas tem-se o estado de necessidade e a legítima defesa, bem como o estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito, esses dois últimos vem sendo considerados pela doutrina moderna como excludentes de tipicidade, dentro do contido na teoria da tipicidade conglobante defendida por Zaffaroni.

A legítima defesa tem sido uma das excludentes mais usadas pelos operadores de direito visto que tem vasto alcance.

Viu-se ainda, que a autoridade policial, enquanto chefe da Polícia Judiciária e responsável pela investigação criminal, que busca verificar as condutas ilícitas que chegam ao seu conhecimento, colhendo os elementos necessários a propositura da ação penal aos seus titulares, quais sejam, o Ministério Público, no caso da ação penal pública, e o ofendido, nos caso de ação penal privada, tem grande valor nesse contexto.

Desse modo, o Delegado de Polícia, enquanto autoridade policial competente para a lavratura do auto de prisão em flagrante, é revestido de valoração jurídica visto que a ele é incumbida a análise técnica sobre os fatos e o seu enquadramento ou não à norma jurídica penal, de tal sorte que a autoridade policial é o responsável

pela verificação de todos os componentes que compõem o delito cometido, dentre eles a excludente de ilicitude.

Desse modo, a partir do momento que o Delegado de Polícia constatar a ocorrência da legítima defesa deverá ele basear sua decisão quanto ao não encarceramento do autuado, fazendo valer a regra existente em nosso país, reconhecendo o caráter excepcional que reveste as prisões, pois, como demonstrado ele possui competência para tal.

Nesse contexto, diante da valoração do papel do delegado de polícia dentro do ordenamento jurídico brasileiro, restou demonstrado com a pesquisa a possibilidade do reconhecimento da legítima defesa pela autoridade policial no momento da lavratura do auto de prisão em flagrante.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, César Roberto. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 16ed., São Paulo: Saraiva.2011.

BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO. ANGHER, Anne Joyce [Org.]. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 10 ed. São Paulo. Rideel, 2011.

BRASIL, Código de Processo Penal de 1941. ANGHER, Anne Joyce [Org.]. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 10 ed. São Paulo. Rideel, 2011.

BRASIL, *Código Penal Brasileiro*. ANGHER, Anne Joyce [Org.]. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 10 ed. São Paulo. Rideel, 2011.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS Apelação Criminal 1.0329.10.000489-7/001 Des.(a) Júlio César Lorens Data de Julgamento 02/08/2011 Data da publicação da súmula 15/08/2011. acesso em 01 nov. 2012.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS Apelação Criminal 1.0040.11.006638-4/001 Des.(a) Beatriz Pinheiro Caires Data de Julgamento 18/10/2012 Data da publicação da súmula 29/10/2012.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS Rec em Sentido Estrito 1.0240.10.000661-0/001 Des.(a) Cássio Salomé Data de Julgamento 23/08/2012 Data da publicação da súmula 31/08/2012. Acesso em 05 out. 2012.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO Apelação criminal 0009876-85.2008.8.26.0361 Relator(a): Willian Campos Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal Data de registro: 25/04/2012. Acesso em 29 abr. 2012.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *O delegado de polícia e a análise de excludentes na prisão em flagrante..* Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20463>>. Acesso em: 1 nov 2012

CAPEZ, Fernando. *Direito Penal-: Parte Geral*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. *Código Penal Comentado*. 8 ed. São Paulo: Saraiva 2010.

FILHO. Fernando da Costa Tourinho. *Manual de Processo Penal*. 13 ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 8 ed. Rio de Janeiro: Ímpetos, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal Comentado*. 6 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal, parte geral*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MONTEIRO, Ivens Carvalho. *Da atuação do delegado de polícia civil frente às alterações da Lei nº 12.403/11 no Código de Processo Penal. Um estudo breve, analítico e crítico*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19641>>. Acesso em: 05 out. 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza *Manual de processo penal e execução penal*. 4. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal. Parte geral. Parte especial*. 2 ed. São Paulo. Revista dos tribunais. 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*, 4 ed. Belo Horizonte. Del Rey. 2007.

PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro V.1*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.

TÁVORA, Nestor. *Curso de direito processual penal*. 3ª ed., Salvador: Juspodivm. 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro- parte geral*. v1.9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.