

DANILO SILVA RODRIGUES

**A ANÁLISE DAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE NO
AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE:
A possibilidade jurídica do reconhecimento da
legítima defesa pelo Delegado de Polícia**

BACHARELADO EM DIREITO

FIC-MG

2011

DANILO SILVA RODRIGUES

**A ANÁLISE DAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE NO
AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE:
A possibilidade jurídica do reconhecimento da
legítima defesa pelo Delegado de Polícia**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito, das Faculdades Integradas de Caratinga-FIC, como exigência parcial de obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do professor Almir Fraga Lugon.

FIC – CARATINGA

2011

“(...) texto algum pode ser interpretado segundo a utopia de um sentido autorizado fixo, original e definitivo. A linguagem sempre diz mais do que seu inacessível sentido literal, o qual já se perdeu a partir do início da emissão textual.”

Umberto Eco, Os limites da Interpretação.

AGRADECIMENTOS E DEDICATÓRIAS

Agradeço primeiramente a Deus, por estar sempre ao meu lado me dando graças e ajudando a romper os desafios da vida;

A minha família, em especial aos meus pais Maria e Adolfo pelo apoio, compreensão e carinho que sempre demonstraram;

A minha namorada Emanuela pelas horas abdicadas de convivência para que pudesse concluir essa empreitada;

Aos meus amigos e colegas de curso, pela cumplicidade, ajuda e amizade;

Ao professor e orientador Dr. Almir Fraga Lugon pela disposição e atenção dispensadas no exercício de seu mister, especialmente durante a realização da presente pesquisa.

Por fim, gostaria de dedicar esta monografia a todos os meus familiares os quais sempre acreditaram e me incentivaram nessa longa caminhada até a conclusão desse curso. Muito obrigado a todos.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo;

APF – Auto de Prisão em Flagrante;

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988;

CP – Código Penal Brasileiro de 1940;

CPP – Código de Processo Penal de 1941;

MP – Ministério Público;

STJ – Superior Tribunal de Justiça.

RESUMO

A presente pesquisa científica tem por objetivo demonstrar que é legalmente possível a verificação das excludentes de ilicitude no âmbito da Polícia Judiciária. Partindo desse pressuposto analisaremos a situação fático-jurídica da prisão em flagrante do cidadão que agiu em legítima defesa, demonstrando as conseqüências dessa prisão e a possibilidade jurídica do reconhecimento dessa excludente pela Autoridade Policial durante a formalização do auto de prisão em flagrante (APF). Vale ressaltar que nos termos do Código de Processo Penal (CPP) 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 nosso processual penal de 1941, uma vez que mesmo agindo com autorização legal a liberdade do indivíduo fica a bel prazer do magistrado. Nesse contexto nosso trabalho visa propor uma releitura do estatuto processual penal para, a partir daí, demonstraremos que o Delegado de Polícia também é um operador do direito e, mercê de sua formação jurídica, está apto a observar e impedir qualquer ato que ofenda as liberdades individuais. Apesar dos entendimentos em contrário veremos com base no ordenamento jurídico em vigor que é perfeitamente cabível ao Delegado de Polícia analisar de plano a legítima defesa e determinar, se assim entender a soltura do autuado, pois, mesmo em liberdade o indivíduo terá sua conduta investigada através do competente Inquérito Policial. Conforme dispõe o Código Penal (CP), as excludentes de ilicitude levam à inexistência do próprio crime sendo assim, entendemos que o cidadão não pode ser levado a prisão pelo menor prazo que seja a restrição de sua liberdade, sob pena de se ferir o princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Delegado de Polícia; auto de prisão em flagrante; legítima defesa.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	11
CAPÍTULO I – O CRIME NO DIREITO PENAL.....	14
1.1 O conceito analítico de crime.....	14
1.2 As excludentes de ilicitude	17
1.3 Os requisitos da legítima defesa	20
CAPÍTULO II – AS PRISÕES CAUTELARES.....	26
2.1 A excepcionalidade das prisões	26
2.2 As prisões cautelares e suas modalidades	28
2.3 Os pressupostos para a concessão das prisões cautelares.....	35
CAPÍTULO III – A PRISÃO EM FLAGRANTE E SUAS ETAPAS.....	39
3.1 A prisão em flagrante.....	39
3.2 A detenção do agente infrator.....	42
3.3 A lavratura do auto de prisão em flagrante.....	44
3.4 A análise jurídica realizada pela Autoridade Policial	45
3.5 O reconhecimento da legítima defesa pelo Delegado de Polícia.....	49
CONSIDERAÇÕES FINAIS	55
REFERÊNCIAS.....	58

INTRODUÇÃO

A presente monografia intitulada “A análise das excludentes de ilicitude no auto de prisão em flagrante: A possibilidade jurídica do reconhecimento da legítima defesa pelo Delegado de Polícia” tem por objetivo demonstrar, com base no ordenamento jurídico em vigor, que é perfeitamente cabível ao Delegado de Polícia analisar, de imediato, ou seja, no calor dos acontecimentos, a legalidade das prisões que diariamente lhes são apresentadas, de forma a adotar as providências necessárias para a proteção dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Diante do exposto, nossa proposta ao final desse estudo é responder a seguinte indagação jurídica: Na incidência das excludentes de ilicitude, restando evidente a inexistência de crime, pode o Delegado de Polícia analisar a ocorrência da legítima defesa durante a formalização do APF, determinando a soltura do autuado para que este responda em liberdade, ou esse juízo de valor é competência exclusiva do Poder Judiciário?

É sobre esse imprescindível questionamento que desenvolvemos essa modesta dissertação, pontuando sobre a atuação do Delegado de Polícia como titular da investigação criminal e mais, como defensor dos indivíduos que atuarem com autorização legal, ainda que a conduta possua a aparência de delito, tal qual na legítima defesa.

Tem-se como marco teórico o entendimento externado pelo ilustre doutrinador Fernando da Costa Tourinho Filho em sua obra Processo Penal na qual fica evidenciado que a autuação do Delegado de Polícia não se trata de uma mera formalização da detenção realizada anteriormente pelos agentes policiais, mas sim, de uma análise completa sobre todas as circunstâncias, requisitos e conseqüências jurídicas da prisão.

Através dos ensinamentos de Tourinho Filho reconhece-se, afinal que o Delegado de Polícia também possui valoração jurídica competindo-lhe a análise técnica sobre os fatos e o seu enquadramento ou não à norma jurídica penal, de tal sorte que a Autoridade Policial não mais seria responsável apenas pelo juízo de tipicidade, mas como se observa, ele seria competente também para verificar a presença de eventual excludente de ilicitude.

Como se vê encontra-se substrato a confirmação da nossa hipótese de pesquisa na qual reafirmamos a possibilidade da verificação da legítima defesa pelo Delegado de Polícia, evitando assim o encarceramento daquele que atuou com autorização legal. Para tanto, propomos uma interpretação a contrario *sensu* do art. 304, § 1º do CPP, uma vez que, se das respostas do conduzido não se caracterizar fundada suspeita do cometimento de crime, a Autoridade Policial deve restabelecer a liberdade do agente, o que está de pleno acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana.

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 (MP) 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.

Em nosso estudo utilizaremos como instrumento metodológico o tipo de pesquisa teórico-dogmática, tendo em vista que realizaremos uma análise exclusivamente dogmática e legislativa. Nesse contexto buscaremos reunir os principais posicionamentos doutrinários sobre o tema em epígrafe, definindo assim, o entendimento majoritário, ou pelo menos aquele que nos parece mais correto. A partir de diferentes obras doutrinárias, artigos científicos e principalmente realizando uma releitura na legislação em vigor, veremos a real necessidade de se repensar a atuação do Delegado de Polícia dentro do sistema processual brasileiro.

Em face do universo discutido, a pesquisa se revela de natureza transdisciplinar, haja vista o intercruzamento de investigações em diferentes ramos do Direito, dentre eles: o Direito Constitucional, o Direito Penal e o Direito Processual Penal.

De forma didática, a nossa pesquisa será dividida em três capítulos distintos, sendo que no primeiro deles, denominado “O crime no Direito Penal”, estudaremos, de forma sucinta, a evolução do conceito de crime e as teorias que buscam analisar seus elementos constitutivos. Ainda no primeiro capítulo veremos as excludentes de ilicitude, mais precisamente o instituto da legítima defesa, sua origem, conceito e requisitos.

No segundo capítulo, intitulado “As prisões cautelares”, abordaremos suas espécies, conceitos, requisitos e aplicabilidade frente ao ordenamento jurídico pátrio. Veremos também que a valoração jurídica realizada pelo Delegado de Polícia é peça fundamental para a decretação de qualquer modalidade de prisão cautelar, haja vista que, em regra, todas buscam resguardar o bom andamento das investigações policiais.

Por fim, no terceiro e último capítulo, sob o título “A prisão em flagrante e suas etapas” veremos a prisão em flagrante propriamente dita, desde a precária detenção daquele que supostamente praticou uma infração penal até a apresentação desse agente à presença da Autoridade Policial que, como veremos será o responsável pela ratificação ou não da prisão em flagrante. Mostraremos ainda que ao contrário do ocorre na prática a verificação da legítima defesa não é uma competência exclusiva do juiz de direito sendo perfeitamente possível ao Delegado de Polícia realizar essa análise e, uma vez constatada a excludente, sua função será determinar a imediata soltura do autuado remetendo os autos ao Poder Judiciário.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Conforme estabelece a Constituição Federal (CF/88) em seu art. 144, § 4º, as Polícias Civis, compreendendo-se aqui a 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 as militares.”¹ Em outras palavras cabe 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 MP, no caso da ação penal pública, e o ofendido, no caso de ação penal privada.

Exige-se para o ingresso na carreira de Delegado de Polícia que o profissional tenha inegável saber jurídico auferido em rigoroso certame público. É o que dispõe, por exemplo, a Constituição do Estado de Minas Gerais que assim estabelece em seu art. 140, §3º: “Para o ingresso na carreira de Delegado de Polícia, é exigido o título de Bacharel em Direito e concurso público, realizado com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Estado de Minas Gerais (...)”².

Cabe ao Delegado de Polícia, dentre outras atribuições, presidir inquéritos policiais, elaborar portarias, despachos, relatórios, termos circunstanciados, apreender objetos que tiverem relação com o fato delituoso, requisitar perícias para a produção de provas, representar a decretação judicial de prisões cautelares, instaurar sindicâncias administrativas, expedir e fiscalizar a emissão de documentos públicos de sua competência, gerenciar a unidade policial em que estiver lotado e ainda se colocar na linha de frente indo para rua coordenar operações policiais arriscando a própria vida em nome do bem estar social.

Dentre as atribuições do Delegado de Polícia destaca-se ainda a lavratura do APF, 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. Noutro falar toda vez que o agente for apanhado

¹ BRASIL, **Constituição da República Federativa de 1988**. ANGHER, Anne Joyce [Org.]. Vade Mecum Acadêmico de Direito. 8 ed. São Paulo: Rideel, 2009. p. 58.

² BRASIL. **Constituição do Estado de Minas Gerais de 1989**. Disponível em: (<http://www.almg.gov.br/opencms/export/sites/default/consulte/legislacao/Downloads/pdfs/ConstituicaoEstadual.pdf>). Acesso em: 13 de maio de 2011.

agindo em situação de flagrante delito ele será detido e encaminhado até presença da Autoridade Policial que lavrará o APF, dando assim, início as investigações. Naturalmente, que em se tratando de infrações de menor potencial ofensivo, as quais não são objeto desse estudo, o Delegado de Polícia adotará as providencias constantes do art. 69 da Lei 9.099/95 que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.

Uma vez lavrado o APF a Autoridade Policial por meio de ofício e copia do referido auto, deverá, no prazo de vinte quatro horas, fazer a comunicação da prisão ao juiz competente com cópia integral para a Defensoria Pública caso o autuado não disponha de advogado, conforme estabelece o art. 306, § 1º do CPP. Logo a diante o § 2º do mesmo dispositivo legal determina que o Delegado de Polícia no mesmo prazo deverá expedir, mediante recibo, a Nota de Culpa que é um documento em que o preso será informado sobre os motivos e circunstancias de sua prisão.

Feitas essas breves considerações sobre as atribuições do Delegado de Polícia, em especial sobre o APF, resta-nos agora discorrer sobre as excludentes de ilicitude, mais precisamente sobre o instituto da legítima defesa, pois, embora nosso trabalho seja perfeitamente aplicável a todas as excludentes previstas no art. 23 do CP, interessa-nos aqui tão somente a análise de eventual prisão em flagrante do cidadão que atuou em legítima defesa.

Pois bem, como veremos a frente, o crime, segundo a doutrina majoritária, é um fato típico, ilícito e culpável. Existem, porém, em nosso ordenamento jurídico, as chamadas circunstâncias de justificação em que a conduta realizada pelo agente é autorizada pelo próprio Estado e, conseqüentemente, não possuem o *status* de crime. Essas circunstâncias de justificação são corretamente chamadas de excludentes de ilicitude e estão previstas no art. 23 do CP que assim dispõe: “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”.³

Sendo assim se a conduta do agente estiver amoldada em uma dessas causas excludentes de ilicitude relacionadas acima, podemos afirmar categoricamente que houve o completo afastamento de um dos elementos do crime, qual seja a ilicitude. Logo, conclui-se que as excludentes de ilicitude tornam lícito o que até em tão era reprovável.

³ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Código Penal Comentado**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 167.

É o art. 25 do CP que elenca os pressupostos para a caracterização da legítima defesa, dispondo o seguinte: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente os meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.⁴ Em outras palavras são elementos da legítima defesa a ocorrência de uma agressão injusta, atual ou iminente contra direito próprio ou alheio, e ainda, que ao repeli-la sejam utilizados de forma moderada os meios necessário.

Com fulcro nessas considerações 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.

⁴ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Código Penal Comentado**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.175.

CAPÍTULO I – O CRIME NO DIREITO PENAL

1.1 O conceito analítico de crime:

O conceito do crime é, sem dúvida, um dos pontos mais controvertidos dentro da dogmática penal. Isso ocorre talvez por conta da nossa legislação atual não apresentar uma definição de crime, como ocorreu nos Códigos anteriores. Dessa forma a árdua missão de definir esse importante instituto jurídico acabou por ficar a cargo da doutrina. Surgiram assim entre as escolas penais os conceitos material, formal e analítico do crime como expressões mais significativas.

Inicialmente a doutrina adotou o conceito material de crime o qual era definido como sendo um fato oriundo de uma conduta humana que lesa, ou no mínimo, expõe a perigo um bem juridicamente protegido pela lei. Trata-se de um conceito abstrato que serve para orientar o legislador sobre as condutas que merecem ser transformadas em tipos penais incriminadores. Como bem salientado por Claus Roxin *apud* Nucci, “o conceito material de crime é prévio ao Código Penal e fornece ao legislador um critério político-criminal sobre o que o Direito Penal deve punir e o que deve deixar impune.”⁵

Num segundo momento passou-se a adotar o conceito formal de delito, no qual o crime era considerado como toda conduta humana que viesse a infringir a norma penal incriminadora, ou como afirma Heleno Cláudio Fragoso o crime, do ponto de vista formal, seria “toda ação ou omissão proibida pela lei sob ameaça de pena”⁶, ou, então, nas palavras de Francisco Muñoz Conde, crime “é toda conduta que o legislador sanciona com pena”.⁷

Com o passar dos tempos percebeu-se que tais conceitos eram insuficientes para o estudo do Direito Penal sendo necessário um aprofundamento maior sobre o fenômeno do crime. Tanto o conceito formal quanto o material pecam por não estabelecerem os elementos do crime, por não informam a atividade legislativa e principalmente por não limitarem o *jus puniend* Estatal.

⁵ ROXIN *apud* NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte geral, Parte especial**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 158.

⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p.144.

⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**. 10 ed. Porto Alegre: Fabris. 1988. p.02

Em meio às críticas dispensadas ao conceito formal e material, surge o conceito dogmático de crime também chamado de analítico ou jurídico. Sua função é investigar todas as características e elementos constitutivos do crime. Dessa forma, para a dogmática atual somente estaremos diante de um crime quando a conduta do agente preencher certos elementos. 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.⁸

É justamente a partir do estudo dos elementos constitutivos do crime que surgem as maiores divergências doutrinárias. No Brasil sob o ponto de vista analítico duas grandes correntes destacaram-se. A primeira, majoritária, chamada de teoria tripartida, é sustentada por Rogério Greco, Cezar Roberto Bitencourt, Luiz Regis Prado, Aníbal Bruno, Nelson Hungria, Francisco de Assis Toledo e Guilherme de Souza Nucci que afirmam ser o crime composto de um fato típico, antijurídico e culpável. Para Nucci o crime pode ser conceituado da seguinte maneira:

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.⁹

Por outro lado, a segunda corrente, denominada teoria bipartida, sustenta ser o crime apenas um fato típico e antijurídico, sendo a culpabilidade um mero

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

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte geral, Parte especial**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.158.

pressuposto de aplicação da pena. Essa corrente é defendida por Damásio Evangelista de Jesus, René Ariel Dotti, Celso Delmanto, Júlio Fabrini Mirabete, Fernando Capez, dentre outros. Nas palavras de Monteiro de Barros:

Crime é um fato voluntário revestido de tipicidade e ilicitude. A culpabilidade não recai sobre o fato, mas sobre as características do agente. Não se pode dizer que o fato é culpável: culpável é o agente. Deve ser arredada a idéia de que o crime não existe sem culpabilidade, pois esta se localiza fora do crime, funcionando como pressuposto de aplicação da pena.¹⁰

Por fim, convém salientar que existem autores do porte de Claus Roxin, Basileu Garcia e Francisco Muñoz Conde que defendem uma terceira corrente denominada quadripartida. Para esses doutrinadores o crime seria composto por um fato típico, antijurídico, culpável e punível. Essa corrente, entretanto, tem pouco prestígio na doutrina atual e jamais foi adotada pelo nosso CP. Para Luiz Flávio Gomes:

Na atualidade, é minoritária a corrente que acolhe esse sistema. Seus principais expoentes (Marinucci e Dolcini, v.g) salientam que todo requisito do delito é pressuposto indispensável para a aplicação da pena e que o sistema que melhor reflete a fisionomia do delito seria a composta de quatro elementos: fato humano típico, antijurídico (do fato típico), culpabilidade (do fato típico e antijurídico) e punibilidade abstrata (do fato típico, antijurídico e culpável).¹¹

Como se observa, apesar das teorias acima citadas divergirem a respeito dos elementos constitutivos do crime nenhuma delas exclui a ilicitude, pois, é ela um elemento essencial sem a qual não existe crime. Corroborando tal posicionamento, nos vem a calhar a opinião de Eduardo de Carvalho Loberto:

¹⁰ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal: Parte geral**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 116.

¹¹ GOMES, Luiz Flavio. **Direito Penal: Parte geral: Teoria constitucionalista do delito**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 54.

Com efeito, note-se ainda que nenhuma (rigorosamente nenhuma) das teorias do delito dispõe que delito é apenas fato típico (seja ele formal, material ou subjetivo). Todas elas (diga-se: todas mesmo) trazem a **ilicitude** (antijuridicidade) para dentro da análise, como requisito essencial para aferir a existência de um delito. Embora algumas delas afastem dessa seara a *culpabilidade*.¹²

A partir do conceito analítico do crime percebeu-se que a prática do fato típico não era suficiente para permitir a persecução penal pelo Estado, sendo necessário que o fato também contrarie o direito e que o agente seja considerado culpado, pois, como se depreende da análise feita acima, a ilicitude é requisito essencial para a ocorrência do crime, independentemente da teoria adotada.

1.2 As excludentes de ilicitude:

Uma vez analisado, em síntese, alguns dos aspectos principais da teoria do crime, voltemos nossa atenção para o tema do presente trabalho, mais precisamente as excludentes da ilicitude. Vale ressaltar que não vamos adentrar aqui ao estudo individual de cada uma das excludentes previstas no art. 23 do CP, nem acerca da existência de outras, as chamadas excludentes supralegais, posto que estas não são o objetivo deste estudo.

Pois bem, ilicitude ou antijuridicidade são palavras sinônimas que indicam a “relação de antagonismo, de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico”¹³. Dessa forma a licitude é encontrada por exclusão, ou seja, a ação só será lícita se o agente tiver atuado sob o amparo de uma das quatro causas excludentes de ilicitude previstas no art. 23 do CP. Nesse sentido Aníbal Bruno expõe que determinadas condutas ilícitas, e, portanto, proibidas, podem ser consideradas lícitas:

¹² LOBERTO, Eduardo Carvalho. **A prisão em flagrante e a Constituição: Da tipicidade normativa à ilicitude**. Disponível em: (<http://jus.com.br/revista/texto/19689/a-prisao-em-flagrante-e-a-constituicao>). Acesso em: 06 de outubro de 2011.

¹³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 8 ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2007. p. 90.

Pela posição particular em que se encontra o agente ao praticá-las, se apresentam em face do Direito como lícitas. Essas condições especiais em que o agente atua impedem que elas venham a ser antijurídicas. São situações de excepcional licitude que constituem as chamadas causas de exclusão da antijuridicidade, justificativas ou discriminantes.¹⁴

Com efeito, ressalta-se que apesar de todo fato típico, a *priori*, ser considerado um ato ilícito, haverá situações em que mesmo cometendo uma conduta típica esta não será considerada crime. Na verdade a tipicidade gera a suspeita de que o fato é também ilícito, mas essa presunção não é absoluta podendo ser afastada pela ocorrência de uma causa excludente da antijuridicidade. Como bem pondera Andre Estefan:

(...) a ilicitude possui relação com a tipicidade, sendo esta um indicio daquela. É nesse sentido a lição de Mayer (1915), para quem a realização de um fato típico traduz um indicio de que o comportamento é dotado de antijuridicidade. Esta característica só não se fará presente quando o ato houver sido praticado sob amparo de alguma excludente de ilicitude.¹⁵

Ora, quando alguém é processado por homicídio o MP, parte legítima na propositura da ação penal, não precisa provar que o referido crime é contrario ao ordenamento jurídico. Não há essa necessidade exatamente pelo fato de que o homicídio é tipificado pelo CP em seu art. 121, *Caput*, e como dito anteriormente, o fato típico presume-se antijurídico. Temos aqui a famosa teoria indiciaria da ilicitude desenvolvida por Mayer na qual a tipicidade seria a *ratio cognoscend* da ilicitude, ou seja, em regra todo fato típico será ilícito, salvo quando ocorrer alguma das causas de exclusão da ilicitude. Nas palavras de Greco:

¹⁴ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro. Forense. 1984. p. 365

¹⁵ ESTEFAN, Andre. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo. Saraiva, 2010. v.1.

A tipicidade, segundo a teoria da *ratio cognoscendi*, que prevalece entre os doutrinadores, exerce uma função indiciária da ilicitude. Segundo essa teoria, quando o fato for típico, provavelmente também será antijurídico (...). A regra, segundo a teoria da *ratio cognoscendi* é a de que quase sempre o fato típico também será antijurídico, somente se concluindo pela licitude da conduta típica quando o agente atuar amparado por uma causa de justificação.¹⁶

Diante do exposto podemos concluir que as excludentes de ilicitude são condições fáticas que uma vez alcançadas no caso concreto desqualificam totalmente o crime, tornando uma conduta típica como lícita. Em outras palavras, as excludentes de ilicitude são circunstâncias em que o Estado permite a realização de um fato típico. Observa-se que o fato continua sendo típico, porém, pelas condições em que esse fato é praticado o Estado passa a considerá-lo justo, descriminando-o. Nesse diapasão, verifica-se a clareza com que o ordenamento trata a questão das excludentes, quando, em letras garrafais o art. 23 do CP estabelece que não há crime naquelas situações, *in verbis*:

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. (Grifos nosso).¹⁷

Assim como as demais excludentes de ilicitude para que se configure a legítima defesa é necessário que se façam presentes alguns requisitos objetivos e outros de cunho subjetivos. Dentro da importância da temática para nosso trabalho, passemos, doravante, a explanar sobre os requisitos da legítima defesa, evidenciando suas particularidades.

¹⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 7 ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2006. p. 336.

¹⁷ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Código Penal Comentado**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.175.

1.3 Os requisitos da legítima defesa:

Como visto no tópico anterior, a excludente de legítima defesa está prevista no art. 23 do CP sendo que seu conceito e requisitos estão dispostos no art. 25 do mesmo diploma legal o qual mais uma vez nos permitimos citá-lo: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente os meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.¹⁸ Noutro falar, 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.¹⁹

Dentro do que prescreve Antônio Leopoldo Teixeira, a legítima defesa é intrínseca à natureza humana sendo uma espécie de reação natural do instinto. Segundo Leopoldo Teixeira: “A legítima defesa é a visa manifestação do instinto de conservação, é um ato reflexo, instintivo, um fato puramente biológico, transformado em fenômeno sociológico”.²⁰

Na verdade acreditamos que a regulamentação da legítima defesa surgiu da impossibilidade do Estado se fazer onipresente ofertando segurança concreta a todas as pessoas ao mesmo tempo. Assim, diante dessa incapacidade fática é que o Estado preferiu conferir ao cidadão 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:

¹⁸ BRASIL, **Código Penal Brasileiro de 1940**. ANGHER, Anne Joyce [Org.]. Vade Mecum Acadêmico de Direito. 8 ed. São Paulo: Rideel, 2009. p. 332.

¹⁹ BITENCOURT, César Roberto. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 264.

²⁰ TEIXEIRA, Antônio Leopoldo. **Da legítima defesa**. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p.59.

(...) 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”.²¹

Como bem salienta Rogério Greco, a legítima defesa jamais poderá ser confundida com vingança privada e somente se legitima 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:

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 açula 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).²²

A legítima defesa visa resguardar a agressão injusta, que não deve ser confundida com provocação injusta. Assim para que configure a legítima defesa exige-se uma agressão injusta e não somente uma simples provocação injusta. Meras provocações não permitem a caracterização da excludente. Novamente as considerações de Greco são pertinentes:

²¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 5 ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2004. p. 382.

²² CAPEZ, Fernando. **Direito Penal Simplificado: Parte Geral**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.163.

Importantíssima é a distinção entre agressão injusta e provocação injusta. Isto porque se considerarmos o fato com a agressão injusta caberá a arguição da legítima defesa, não se podendo cogitar da prática de qualquer infração penal por aquele que se defende nessa condição; caso contrário se o entendermos como uma simples provocação injusta, contra ela não poderá ser alegada a excludente em benefício do agente, e terá ele de responder criminalmente pela conduta.²³

Outro requisito para que a conduta se enquadre nos critérios da legítima defesa é que a agressão 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. Noutra falar, 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.”²⁴

A título de exemplo tem-se um indivíduo que avança em direção ao outro carregando em uma das mãos um revólver e proferindo ameaças de morte. Nesse caso o ordenamento autoriza a reação do ofendido por meio da legítima defesa, pois, como dito anteriormente o ordenamento jurídico não obriga o cidadão a ficar inerte frente à agressão a bem jurídico próprio.

Questão relevante a ser observado é o significado da expressão “meios necessários” que nos ensinamentos de Júlio Fabbrini Mirabete 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”²⁵.

No que tange a moderação no uso dos meios necessários é importante frisar que todo excesso na legítima defesa será punido nos termos do art. 23, parágrafo único do CP que assim dispõe: “O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo”.²⁶ Dessa forma, na utilização dos meios necessários o agente também precisa levar em conta a observância da proporcionalidade entre o bem jurídico tutelado e a repulsa contra o agressor. Exige-

²³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 5 ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2004. p. 345.

²⁴ TEIXEIRA, Antonio Leopoldo. **Da legítima defesa**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 66.

²⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 17.

²⁶ BRASIL, **Código Penal Brasileiro 1940**. ANGHER, Anne Joyce [Org.]. Vade Mecum Acadêmico de Direito. 8 ed. São Paulo: Rideel, 2009. p. 332.

se proporcionalidade entre a defesa empreendida e a agressão sofrida, uma vez que a legítima defesa foi instituída para legalizar a proteção de um bem jurídico e não para a punição do agressor. Para Francisco de Assis Toledo:

O requisito da moderação exige que aquele que se defende não permita que sua reação cresça em intensidade além do razoavelmente exigido pelas circunstâncias para fazer cessar a agressão. Se, no primeiro golpe, o agredido prostra o agressor tornando-o inofensivo, não pode prosseguir na reação até matá-lo.²⁷

Os Tribunais têm reconhecido a moderação como requisito essencial para a configuração da legítima defesa uma vez que, não havendo a moderação entre a defesa empreendida e a agressão sofrida não há que se cogitar a excludente:

APELAÇÃO CRIMINAL - LESÕES CORPORAIS GRAVES - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO - IMPOSSIBILIDADE - LEGÍTIMA DEFESA - INOCORRÊNCIA. I - O consistente conjunto probatório deixa incontestes a autoria delitiva. II - A legítima defesa é aquela empreendida contra agressão injusta, atual ou iminente, contra direito próprio ou de terceiro, utilizando moderadamente dos meios necessários (artigo 25 do Código Penal). *In casu*, o acusado alega que levou um empurrão reagindo com diversas facadas que resultaram em graves lesões na vítima. Referidas agressões não são nem um pouco razoáveis em resposta a um simples empurrão.²⁸

A legítima defesa pode ser usada para a defesa de direito próprio ou alheio. Tem-se nesse caso reconhecida a solidariedade entre os seres de uma sociedade, já que o direito reconhece a possibilidade da existência da legítima defesa de

²⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 201.

²⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Número do processo: 1.0396.08.037609-0/001(1). Relator: Des.(a) PAULO CÉZAR DIAS. Data do Julgamento: 01/03/2011. Disponível em: (<http://www.tjmg.jus.br/#>). Acesso em: 12 outubro de 2011.

terceiros. Nota-se que a lei não exige qualquer relação entre os agentes podendo a excludente ser realizada até em benefício de um desconhecido. Nesse sentido ensina Nucci:

Permitir que o agente defenda terceiros que nem mesmo conhece é uma das hipóteses em que o direito admite e incentiva a solidariedade. Admite-se a defesa, como está expresso em lei, de direito próprio ou de terceiro, podendo o terceiro ser pessoa física ou jurídica, inclusive porque esta última não tem condição de agir sozinha.²⁹

Por fim, ressalta-se que, apesar da lei não trazer de forma explícita, para que o agente seja acobertado por essa excludente de ilicitude e preciso que ele saiba que está agindo nessa situação no momento em que não há outra atitude a ser tomada. Significa que o agente deve ter consciência que está atuando em legítima defesa, configurando-se aí o requisito subjetivo da conduta acobertada. Nesse contexto o professor Damásio de Jesus acrescenta:

Segundo passamos a entender, nos termos do finalismo, a conduta, para justificar a exclusão da ilicitude, deve revestir-se dos requisitos objetivos e subjetivos da discriminante. Assim, não é suficiente que o fato apresente os dados objetivos da causa excludente da antijuridicidade. É necessário que o sujeito conheça a situação justificante.³⁰

Feitas essas considerações sobre as excludentes de ilicitude e, em especial sobre os requisitos da legítima defesa, a questão que vez ou outra desperta acirradas discussões doutrinárias e que propomos aqui estudar é se a Autoridade Policial deve ratificar a prisão recolhendo ao cárcere quem atua em legítima defesa. Seria justo, por exemplo, encarcerar a vítima de um estupro que consegue matar o

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte geral, Parte especial**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.251.

³⁰ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal: Parte Geral**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 357.

estuprador; ou o pai de família que golpeou mortalmente o assaltante que preparava-se para executar um de seus filhos? Segundo Claudionor Rocha, entendimento a qual nos filiamos, sem crime não há que se cogitar a prisão:

Ora, quando se diz “não há crime”, menos ainda se cuidaria de reprovabilidade na conduta do agente. Ainda que presente o desvalor do resultado, não há que se falar em desvalor da conduta. Não havendo culpabilidade, não pode haver punibilidade, conceitos que integram a noção de antijuridicidade. Não se pode, portanto, prender o autor do fato que é típico, mas não antijurídico, pela incidência da excludente.³¹

Sem adentrarmos a questão da competência, a qual será discutida em momento oportuno, nosso objetivo aqui foi demonstrar, por meio de conhecimentos sólidos, que a legítima defesa, embora típica não é ilícita por expressa disposição legal. Ora se a lei fala que não comete crime quem atua em legítima defesa não pode essa mesma lei repreender essa conduta. Encarcerar o cidadão que atuou tal qual a lei penal autoriza para defender a própria vida ou a de terceiros, trata-se de uma arbitrariedade que desaponta a expectativa comum e o senso de justiça.

³¹ ROCHA, Claudionor. **Reconhecimento da excludente de ilicitude na fase inquisitorial**. Disponível em: (<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1504/Reconhecimento-da-excludente-de-ilicitude-na-fase-inquisitorial>). Acesso em: 18 de outubro de 2011.

CAPÍTULO II – AS PRISOES CAUTELARES

2.1 A excepcionalidade das prisões:

Vivemos em um Estado Democrático de Direito³² cuja regra é a liberdade e a prisão a exceção. Tal afirmativa somente se fez possível com o advento da nova ordem constitucional inaugurada após a promulgação da CF/88 que, dentre seus artigos reservou grande parcela de disposições sobre o direito à liberdade e as garantias que são relativos aos presos. 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.³³

Como se vê, a CF/88 prima pela liberdade dos indivíduos e, indo, além disso, sendo norteadada pelo princípio da presunção da inocência. Dentro do que preceitua o art. 5º, LVII, CF/88: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”,³⁴ ou seja, até que fique provada a culpa do agente em sentença penal condenatória transitada em julgado, o indivíduo é um ser inocente.

³² 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. In: MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.51.

³³ NUCCI, Guilherme de Souza **Manual de processo penal e execução penal**. 4ª. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 575.

³⁴ BRASIL, **Constituição da República Federativa de 1988**. ANGHER, Anne Joyce [Org.]. Vade Mecum Acadêmico de Direito. 8 ed. São Paulo: Rideel, 2009. p. 58.

Não é apenas a CF/88 que tutela o direito à liberdade, mas do mesmo modo os Pactos em que o Brasil é signatário, como o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (também chamada de Pacto de São José da Costa Rica). Assim preceitua o art. 9º do Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos aprovado pelo Decreto nº 592 de 06 de julho de 1992:

Art. 9 - Toda a pessoa tem direito à liberdade e a segurança pessoal. Ninguém poderá se preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de sua liberdade salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os preceitos nela estabelecidos.³⁵

A prisão do ser humano é uma medida excepcional, também denominada *ultima ratio* e somente se legitima quando o agente comete crimes graves ou oferece risco a sociedade ou há indícios que irá atrapalhar as investigações. Diante desse caráter excepcional, com a edição da recente Lei nº 12.403/11, novas medidas cautelares passaram a ser disponibilizadas ao juiz, para a aplicação antes da decretação de uma prisão. Assim dispõe o art. 319 do CPP:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou freqüência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (...).³⁶

³⁵ BRASIL. **Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Político de Nova York**. Disponível em: (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm). Acesso em: 29 de outubro de 2011.

³⁶ BRASIL, **Código de Processo Penal de 1941**. Disponível em: (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm). Acesso em: 25 setembro de 2011.

Diante de todos os argumentos expostos até então, fica evidenciado que a segregação de alguém no cárcere tem legitimidade, de ordinário, somente diante de condenação penal transitada em julgado; quaisquer outras formas de aprisionamento fundam licenças ameaçadoras de que se serve o Poder Público no interesse da coletividade. Basta um milímetro acima desse rigor para que a prisão seja considerada ilegal.

2.2 As prisões cautelares e suas modalidades:

Conforme demonstrado no tópico anterior as prisões são exceções em nosso ordenamento jurídico o qual prima sempre pela liberdade de locomoção. Existem, entretanto, ocasiões específicas em que a lei autoriza a prisão como medida preventiva ou retributiva. A prisão é sem dúvida é um mal necessário, pois, do contrario seria impossível a vida em sociedade.

Nosso sistema processual admite duas modalidades de prisão: a prisão-pena ou prisão-sansão e a prisão provisória, processual ou cautelar. A primeira é aquela decretada após a sentença penal condenatória transitada em julgado. Trata-se de uma prisão definitiva imposta pelo Estado juiz aquele indivíduo que praticou uma infração penal e, pela qual não paira mais recurso. Para Jorge Assaf Maluly a prisão pena é: “a retribuição que o Estado impinge àquele que infringiu a ordem jurídica com o cometimento de uma infração penal.”³⁷

Por outro lado, temos a prisão cautelar imposta antes do transito em julgado de sentença penal condenatória. Segundo os ensinamentos do doutrinador Eugênio Pacceli: “a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória é sempre cautelar, faz-se necessário que, na sua aplicação, não se percam de vista os resultados finais do processo, o que, em última análise, é a sua razão de ser.”³⁸

Nosso trabalho pautar-se-á tão-somente sobre as modalidades de prisão cautelar, que, por sua vez, subdivide-se em três tipos: prisão em flagrante delito; prisão preventiva e prisão temporária. Nesse sentido Daniel Barcelos:

³⁷ MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 179.

³⁸ OLIVEIRA, Eugenio Pacceli. **Curso de Processo Penal**. 10 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 436.

Toda prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória é considerada provisória e, portanto, cautelar. Cautelar no sentido de que sua deflagração e manutenção somente serão verificadas em havendo uma razão preponderante de ordem pública, geralmente verificada através de requisitos objetivos e subjetivos previstos em lei. No ordenamento processual penal atual estão previstas a prisão em flagrante, a prisão temporária e a prisão preventiva. Pretendemos crer aqui que, com a recente reforma da legislação penal em 2008, não há mais que se cogitar em prisão decorrente de pronúncia ou prisão decorrente de sentença condenatória recorrível.³⁹

É importante ressaltar que toda prisão resulta na restrição da liberdade de locomoção do cidadão mesmo sem sentença definitiva, por isso, as prisões cautelares jamais poderão ser utilizadas como forma de antecipação da pena. Nesse sentido brilhantemente discorre Paulo Rangel:

A prisão provisória ou cautelar não pode ser vista como reconhecimento antecipado da culpa, pois, o juízo que se faz, ao decretá-la, é de periculosidade e não de culpabilidade. O Estado, para que possa atingir o fim precípua de sua atuação, ou seja, o bem comum exige do indivíduo determinados sacrifícios para sua consecução, e um deles é a privação de sua liberdade antes da sentença definitiva, desde que haja extrema e comprovada necessidade.⁴⁰

A prisão preventiva prevista no art. 311 e seguintes do CPP é uma das espécies de prisão cautelar, pois, visa garantir a eficácia de um futuro provimento jurisdicional. Essa modalidade cautelar de prisão pode ocorrer na fase do inquérito policial ou mesmo no decorrer do processo penal desde que, presentes os requisitos legais. Para Nestor Távora a prisão preventiva pode ser conceituada da seguinte forma:

³⁹ FERREIRA, Daniel Barcelos. **Análise da legítima defesa no auto de prisão em flagrante: A (im) possibilidade de reconhecimento da legítima defesa no auto de prisão em flagrante.** 2008. 52 fls. Escola Superior Dom Helder Câmara. Belo Horizonte 2008. Disponível em: (http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=2366). Acesso em: 13 outubro de 2011.

⁴⁰ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 13 ed. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2007. p. 584.

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.⁴¹

Assim, a prisão preventiva será decretada para assegurar a aplicação da lei penal (diante dos indícios de pretensão de fuga do investigado ou do réu), por 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. Essas são as chamadas circunstâncias autorizadas previstas no art. 312, do CPP, *in verbis*:

Art.312 - 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).⁴²

Na verdade, em sua essência, toda prisão processual é preventiva. Ocorre que o legislador pátrio optou pela classificação “preventiva” para designar especificamente “(...) a prisão processual, decretada para garantir a ordem pública, a ordem econômica, por necessidade da instrução criminal e para segurança da aplicação da pena”.⁴³

Além desses requisitos de ordem objetiva, a prisão preventiva requer, também a coexistência de dois pressupostos óbvios: a prova da existência de um

⁴¹ TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 477/478.

⁴² BRASIL. **Código de Processo Penal de 1941**. Disponível em: (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm). Acesso em: 25 setembro de 2011.

⁴³ FILHO, Vicente Greco. **Manual de processo penal**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 242/243.

crime e indícios suficientes de autoria, os quais, alias, são requisitos para a decretação de qualquer prisão cautelar. Nesse sentido Mirabete: “Nos termos legais, a prisão preventiva só pode ser decretada quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria”.⁴⁴ Temos aqui evidências os requisitos do “*fumus comissi delicti*” e do “*periculum in mora*” (ou “*periculum libertatis*”).

A prisão temporária, por sua vez, encontra previsão legal na Lei nº 7.690/89 sendo considerada outra espécie de prisão cautelar que possui incidência durante o período das investigações policiais, ou seja, antes do início do processo. Portanto, “trata-se de prisão cuja finalidade é a de acautelamento das investigações do inquérito policial (...)”.⁴⁵

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

Art. 1º - Caberá prisão temporária: I – quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II – quando o indiciado 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 (...).⁴⁶

Nota-se que a lei exige a existência de três requisitos para a deflagração da prisão temporária, quais sejam, o fato da prisão ser imprescindível para as investigações policiais, de o investigado não ter residência fixa ou não fornecer informações necessárias ao esclarecimento de sua identificação e, por fim, que haja fundadas razões de que o investigado seja autor ou participe de uma das espécies de crimes previstas no rol taxativo da referida lei. Na verdade ensina a doutrina

⁴⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p 799.

⁴⁵ OLIVEIRA. Eugenio Pacceli. **Curso de Processo Penal**. 10 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 445.

⁴⁶ BRASIL, **Legislação Extravagante**. ANGHER, Anne Joyce [Org.]. Vade Mecum Acadêmico de Direito. 8 ed. São Paulo: Rideel, 2009. p. 996.

majoritária que existem duas situações que autorizam a decretação da prisão temporária. Nesse sentido Nucci aduz o que se segue:

Quando for imprescindível para as investigações do inquérito policial conjuntamente com o fato de haver as fundadas razões, de acordo com as provas admitidas na legislação penal, de autoria e participação nos crimes elencados no inciso III do art. 1º da Lei 7.960/89; e, quando o indiciado não tiver sua residência fixa ou não fornecer ajuda para esclarecer sua identidade, também combinado com o inciso III do artigo 1º da Lei nº 7.960/89.⁴⁷

Assim sendo, para a decretação da prisão temporária não basta apenas que a medida seja imprescindível para as investigações do Inquérito Policial ou que o investigado não tenha residência fixa ou não forneça elementos suficientes para a sua identificação. É necessário que além desses requisitos haja fundadas razões de que ele seja o autor do crime em questão. Conforme conclui Nucci:

Por conclusão, podemos asseverar que, obrigatoriamente, devemos combinar os incisos I e III ou os incisos II e III, sem os quais não teremos os pressupostos de toda e qualquer medida cautelar *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* (*fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*). Do contrário, bastaria apenas um das hipóteses elencadas no art. 1º para que se pudesse decretar a prisão.⁴⁸

Por fim, tem-se a prisão em flagrante como uma espécie de prisão cautelar ou pré-processual nos termos da recente Lei nº 12.403/11. Fala-se cautelar pelo fato de que sua deflagração e manutenção somente poderão ocorrer em situações excepcionais e antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. De forma mais detalhada são os ensinamentos de Tales Castelo Branco ao dizer que a prisão em flagrante:

⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza **Manual de processo penal e execução penal**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 574.

⁴⁸ Idem.

É prisão porque restringe a liberdade humana; é penal porque foi realizada na área penal; é cautelar porque expressa uma precaução, uma cautela do Estado para evitar o perecimento de seus interesses; é administrativa porque foi lavrada fora da esfera processual, estando, portanto, pelo menos no momento de sua realização, expressando o exercício da atividade administrativa do Estado.⁴⁹

A prisão em flagrante é a única, no ordenamento jurídico, que será realizada sem uma prévia autorização judicial. Isso ocorre, logicamente, pelo fato de que a relação de proximidade entre a infração penal e a prisão do agente impede a exigência de prévia autorização judicial, sendo necessário para sua deflagração apenas a decisão da Autoridade Policial competente. Na lição de Daniel Barcelos:

A prisão em flagrante não se dará por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, mas, sim, por formalização e decisão da autoridade policial competente, nas situações cabíveis, conforme ampla análise dos institutos jurídicos constitucionais e infraconstitucionais (...).⁵⁰

Como nas demais prisões cautelares, a prisão em flagrante faz com que a Autoridade Policial verifique a necessidade de aplicação da medida com as circunstâncias do fato e as condições pessoais do acusado. Considerando ser a Autoridade Policial quem irá conduzir as investigações, encontra-se revestido de autoridade para diante da análise do caso concreto verificar a necessidade da decretação de tais prisões, sobretudo o flagrante. Nesse sentido Daniel Barcelos aduz que:

⁴⁹ BRANCO, Tales Castelo. **Da Prisão em Flagrante**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 31.

⁵⁰ FERREIRA, Daniel Barcelos. **Análise da legítima defesa no auto de prisão em flagrante: A (im) possibilidade de reconhecimento da legítima defesa no auto de prisão em flagrante**. 2008. 52 fls. Escola Superior Dom Helder Câmara. Belo Horizonte 2008. Disponível em: (http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=2366). Acesso em: 13 outubro de 2011.

Portanto, em se tratando de inquérito policial, caberá ao Delegado de Polícia a valoração fática e jurídica das circunstâncias a fim de que remeta ao Poder Judiciário o pleito, cuja necessidade, uma vez reconhecida, resultará em ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária para determinar a restrição da liberdade. E mais, não obstante haver previsão legal de duração da prisão temporária, qual seja de 05 dias em crimes não hediondos e 30 dias nestes e nos assemelhados, se, durante o período o Delegado de Polícia não mais vislumbrar a necessidade da privação, assim informara o Juízo competente que, obrigatoriamente, deverá determinar a soltura do suspeito. O fato é que, se a prisão é instrumento da investigação e o responsável por esta afirma categoricamente que seus requisitos não mais se revelam, alternativa não caberá ao juiz.⁵¹

Como se percebe, em todas as prisões cautelares citadas acima a Autoridade Policial exerce papel fundamental para sua deflagração ou não. Isso ocorre pelo fato de que todas elas estão intimamente relacionadas com o bom andamento das investigações policiais. Ora se a prisão temporária e a prisão preventiva visam assegurar o bom andamento das investigações policiais e a ratificação da prisão em flagrante dependerá da análise realizada pela Autoridade Policial, podemos concluir que caberá ao Delegado de Polícia a verificação da imprescindibilidade das medidas acatelasórias.

A prisão cautelar deve ser sempre percebida como um fenômeno excepcional, unicamente admitido ante requisitos duramente evidenciados e, assim, adequado para excepcionar a regra constitucional da presunção de inocência. Dessa forma as prisões cautelares somente poderão ser decretadas quando houver prova da existência de crime e indícios suficientes de autoria (*fumus comissi delicti*) ou por conveniência da instrução criminal (*periculum libertatis*). Inexistindo tais pressupostos a prisão se mostrará infundada, e, portanto, ilegal.

⁵¹ FERREIRA, Daniel Barcelos. **Análise da legítima defesa no auto de prisão em flagrante: A (im) possibilidade de reconhecimento da legítima defesa no auto de prisão em flagrante.** 2008. 52 fls. Escola Superior Dom Helder Câmara. Belo Horizonte 2008. Disponível em: (http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=2366). Acesso em: 13 outubro de 2011.

2.3 Os pressupostos para a concessão das prisões cautelares:

Como visto alhures, os requisitos ou pressupostos das prisões cautelares se dividem em *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*. Enquanto o *fumus comissi delicti* significa a fumaça de delito cometido, ou seja, indícios suficientes de autoria mais prova da materialidade da prática de um crime o *periculum libertatis* ou *periculum in mora* significa o perigo que a liberdade do indiciado pode trazer para as investigações policiais. No que tange ao *periculum libertatis* Tourinho Filho acrescenta:

O *periculum libertatis* (*periculum in mora*) consiste na circunstância de a medida ser imprescindível às investigações policiais, ou se ele não tiver residência fixa, ou, ainda, se não fornecer elementos necessários para esclarecer sua identidade.⁵²

Não se exige um juízo de certeza, mas uma verossimilhança plausível. O *fumus comissi delicti* determina a existência de sinais externos, com suporte fático real, tirados dos atos de investigação levados a cabo, em que através de um raciocínio lógico, deixam concluir com maior ou menor intensidade a comissão de um delito, cuja realização e efeitos mostram como responsável um sujeito concreto. De acordo com Paulo Rangel:

Na prisão temporária e na prisão preventiva, por ser também uma prisão cautelar, é exigido para a sua configuração, os mesmos requisitos de todas as medidas cautelares, ou seja, o *fumus comissi delicti* (*fumus boni iuris*) e o *periculum libertatis* (*periculum in mora*). Portanto, deve-se verificar a existência desses requisitos para caracterizar a prisão temporária. Apesar de se tratar dos mesmos requisitos, eles não são idênticos aos da prisão preventiva, porém devem estar presentes para que seja decretada a prisão temporária.⁵³

⁵² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 489.

⁵³ RANGEL, Paulo. **Direito Processo Penal**. 7 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 644/645.

Nota-se que os requisitos não precisam, necessariamente, serem conjugados para que a medida seja aplicada. Logo, cabe a prisão cautelar, desde que presentes pelo menos um desses pressupostos, além dos elencados no art. 312 do CPP. Confirmando esse entendimento Rômulo Andrade, expressa o que se segue:

Além destes requisitos (**cuja presença não precisa ser cumulativa, mas alternativamente**), a lei estabelece critérios que deverão orientar o Juiz no momento da escolha e da intensidade da medida cautelar, a saber: a gravidade do crime, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do indiciado ou acusado (**fumus commissi delicti**). Assim, quaisquer das medidas cautelares estabelecidas neste Título (repetimos: inclusive as prisões provisórias codificadas ou não) só se justificarão quando presentes o **fumus commissi delicti** e o **periculum libertatis** (ou o **periculum in mora**, conforme o caso) e só deverão ser mantidas enquanto persistir a sua necessidade (...). (grifos do autor).⁵⁴

Assim para a decretação de qualquer medida cautelar é necessário, além dos requisitos dispostos em lei, a presença do *fumus commissi delicti* ou do *periculum libertatis*. A determinação contida no artigo 282 do nosso estatuto processual penal confirma essa assertiva:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.⁵⁵

⁵⁴ MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A prisão processual, a fiança, a liberdade provisória e as demais medidas cautelares: Comentários à Lei nº 12.403/11**. Disponível em: (<http://jus.com.br/revista/texto/19131>). Acesso em: 28 setembro de 2011.

⁵⁵ BRASIL. **Código de Processo Penal e 1941**. Disponível em: (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm). Acesso em: 25 setembro de 2011.

Outro pressuposto das medidas cautelares está amparado na proporcionalidade da aplicação da medida. A proporcionalidade consiste em uma forma de saber que não serão cometidos excessos, conforme diz Celso Antonio Bandeira de Melo: “ora, um ato que excede ao necessário para bem satisfazer o escopo legal não é razoável, nem proporcional.”⁵⁶ Nesse sentido também são os ensinamentos do professor Eugenio Pacelli de Oliveira:

Embora a nossa legislação, ao contrário da portuguesa e da italiana, não faça referencia expressa à necessidade da adição de critérios de proporcionalidade na fixação das prisões cautelares, não podemos deixar de reconhecer que o CPP não descuroou completamente de semelhante preocupação. Como a prisão antes do transito em julgado da sentença penal condenatória é sempre uma medida cautelar, faz-se necessário que na sua aplicação não se perca de vista os resultados finais do processo, o que, em ultima analise, é a sua razão de ser. Com efeito, a prisão cautelar é utilizada, e somente aí se legitima como instrumento de garantia da eficácia da persecução penal, diante de situações de risco real devidamente previstas em lei. Se a sua aplicação pudesse trazer conseqüências mais graves que o provimento final buscado na ação penal, ela perderia a sua justificação, passando a desempenhar função exclusivamente punitiva.⁵⁷

A jurisprudência dominante aponta ainda a obrigatoriedade da fundamentação para a validade de qualquer modalidade de prisão cautelar uma vez que, por força do disposto no art. 93, IX da CF/88 não basta a simples repetição de termos legais sendo necessário que a autoridade competente faça a indicação dos fatos e do direito que permitem tal medida. Nesse sentido foi julgado o Habeas Corpus nº 200829 do estado de São Paulo em que o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho do STJ assim decidiu:

HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. (...). NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO PARA A MANUTENÇÃO DE TODAS AS PRISÕES PROVISÓRIAS. ART. 93, IX DA CF. (...). ORDEM DENEGADA. 1. Todas as prisões antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória têm

⁵⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 269.

⁵⁷ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 3 ed. São Paulo: Del Rey, 2003. p.68.

caráter cautelar e devem estar amparadas em algum dos pressupostos do art. 312 do CPP; dessa forma, a adequada fundamentação da decisão judicial que a decreta ou que a mantém (no caso de prisão em flagrante), ainda que se trate de crime hediondo ou a ele equiparado, como na hipótese de tráfico de drogas, é requisito fundamental e indispensável para a sua validade no nosso ordenamento jurídico, em face do disposto no art. 93, IX da Constituição Federal, que não pode ser excepcionado por norma de caráter infraconstitucional. 2. O sistema jurídico, ao exigir em qualquer decisão judicial o requisito da fundamentação, afasta automaticamente a legitimidade ou suficiência de simples menção à norma legal que veda a liberdade, porquanto esta é a regra; dispensar-se a fundamentação da decisão é o mesmo que acolher a prisão automática, decorrente da só previsão legal, sem apreço a condutas, fatos ou atos praticados pelo agente. (...).⁵⁸

Conclui-se que as prisões cautelares somente poderão ser decretadas quando estiverem presentes os requisitos *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. Tais pressupostos não precisam ser cumulados pelo fato de que um deles está intimamente relacionado ao outro. Essa é uma dedução óbvia, pois, não havendo *fumus comissi delicti*, ou seja, indícios do cometimento de crime a liberdade do investigado não poderá ser restringida sob o argumento de que estando livre o individuo poderá interferir nas investigações. Alias, sem fumaça do cometimento de crime, creio eu, que nem investigações teremos e a prisão se mostrará desnecessária, ilegal, constituindo-se verdadeiro abuso de autoridade.

⁵⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas Corpus Liberatório. (...) Necessidade de fundamentação para a manutenção de todas as prisões provisórias. Art. 93, IX da CF. (...). Ordem denegada. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filhos. Julgado em 30 de junho de 2011. Disponível em: (<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=fundamenta%E7ao+das+prisoes&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=7>). Acesso em: 29 de outubro de 2011.

CAPÍTULO III – A PRISÃO EM FLAGRANTE E SUAS ETAPAS

3.1 A prisão em flagrante:

Como visto no capítulo anterior a prisão em flagrante, assim como a prisão preventiva e a prisão temporária é uma espécie de prisão cautelar ou pré-processual nos termos da recente Lei nº 12.403/11. Isso ocorre, logicamente, pelo fato delas serem utilizadas antes da sentença penal condenatória tendo por escopo evitar o definhamento dos interesses do Estado.

Nos ensinamentos 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”⁵⁹. Já para Helio Tornaghi: “flagrante é, portanto, o que está a queimar, e em sentido figurado, o que está a acontecer”.⁶⁰ Na lição de Frederico Marques: “flagrante delito é crime cuja prática é surpreendida por alguém no próprio instante em que o delinqüente executa a ação penal ilícita.”⁶¹

Nos termos do art. 5º, LXI da CF/88: “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 (...).”⁶² Dessa forma, à exceção dos crimes militares e da prisão civil por inadimplemento alimentar, cujos enfrentamentos não foram objeto do nosso estudo, temos que a prisão no país, em razão de expressa disposição constitucional somente será possível em duas circunstâncias: no caso de flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente.

A prisão em flagrante encontra previsão no art. 301 do nosso estatuto processual penal que assim estabelece: “Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em

⁵⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal Comentado**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 577.

⁶⁰ TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 48

⁶¹ MARQUES, Jose Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965. p. 64.

⁶² BRASIL, **Constituição da República Federativa de 1988**. ANGHER, Anne Joyce [Org.]. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 8 ed. São Paulo: Rideel, 2009. p. 15.

flagrante delito”.⁶³ Logo em seguida o art. 302 do mesmo diploma legal esclarece em quais situações será 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.⁶⁴

Conforme dispõe o art. 302 do CPP, a prisão em flagrante é aquela realizada no momento da prática do crime ou imediatamente após a sua prática ou, ainda, nas hipóteses do indivíduo ser perseguido ou encontrado algum tempo depois em situações que levam à presunção de que foi ele o autor da infração. Em comentário ao dispositivo citado, 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 desaparecido 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.⁶⁵

Doutrinariamente 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 art. 302 do CPP. Para Pacceli o flagrante próprio pode ser assim entendido:

⁶³ BRASIL, **Código de Processo Penal de 1941**. ANGHER, Anne Joyce [Org.]. Vade Mecum Acadêmico de Direito. 8 ed. São Paulo: Rideel, 2009. p. 394.

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ OLIVEIRA, Eugenio Pacceli. **Curso de Processo Penal**. 10 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 440.

No Art. 302, 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.⁶⁶

Por sua vez o chamado flagrante impróprio ou imperfeito pode ser verificado no inciso III do art. 302 do CPP. Nesse caso o agente obtém êxito na conclusão da ação delituosa e consegue foragir, sem que haja a prisão no local dos fatos, sendo necessária a existência de rastreamento policial ou de qualquer pessoa do povo. Trata-se de presunção de autoria delitiva, conforme preleciona Guilherme de Souza 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.⁶⁷

Por fim, tem-se ainda a hipótese do chamado flagrante presumido contida no inciso IV do art. 302 do CPP. Observa-se que ele está intimamente ligado ao 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 as diligências policiais feitas no sentido de localizar materiais provenientes de delitos. Novamente as considerações de Nucci são pertinentes:

⁶⁶ OLIVEIRA. Eugenio Pacceli. **Curso de Processo Penal**. 10 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 423.

⁶⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 4 ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 590.

As diligências eventuais e causais feitas pela polícia não podem ser consideradas para efeito de consolidar a prisão em flagrante. Muitas vezes, sem 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.⁶⁸

Urge ressaltar ainda que o art. 303 do CPP explicita sobre a possibilidade do flagrante nos crimes permanentes. Nos termos do art. 303 do CPP “Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.”⁶⁹ A título de exemplo tem-se o crime de seqüestro, uma vez que, enquanto durar a privação da liberdade física da vítima, ou seja, a permanência, a prisão por acaso advinda será em flagrante delito.

Pois bem, após realizarmos um estudo mais aprofundado sobre o instituto da prisão em flagrante, iniciaremos a partir de então um estudo sistemático passando por todas as suas etapas para ao final demonstrarmos a obrigatoriedade do reconhecimento da legítima defesa pelo Delegado de Polícia, que, como visto alhures, por expressa disposição constitucional será a autoridade responsável pela materialização da prisão em flagrante.

3.2 A detenção do agente infrator:

Diariamente são apresentados nas Delegacias em todo o país milhares de indivíduos presos em flagrante por que supostamente teriam praticado algum ilícito penal. Por razões óbvias de competência a maioria estridente dessas prisões são realizadas por policiais militares, uma vez que é a Polícia Militar a instituição responsável pelo policiamento ostensivo e repressivo com a finalidade precípua de evitar o crime. Dessa forma, estando diuturnamente nas ruas o policial militar coloca-se em situação privilegiada quanto à visualização da conduta que, em tese, configura uma infração penal.

⁶⁸ NUCCI, Guilherme de Souza **Manual de processo penal e execução penal**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 592.

⁶⁹ BRASIL, **Código de Processo Penal de 1941**. ANGHER, Anne Joyce [Org.]. Vade Mecum Acadêmico de Direito. 8 ed. São Paulo: Rideel, 2009. p. 394.

Ocorrendo um crime e havendo sucesso na ação policial, o autor do delito será preso em flagrante e conduzido até a unidade de Polícia Judiciária responsável pelas investigações. Assim, em síntese, quando um policial é acionado e constata a ocorrência de uma infração penal e seu autor encontra-se em situação flagrancial nos exatos termos do art. 302 do CPP, sua função é dar voz de prisão ao indivíduo, imobilizando-o, se for o caso, e apresentá-lo à Autoridade Policial de plantão. Essa é na verdade a primeira etapa da prisão em flagrante que não pode ser confundida com a ratificação da prisão. Nesse sentido dispõe Daniel Barcelos:

Muito se confunde esta primeira etapa da situação flagrancial com a prisão propriamente dita e daí decorrem varias conseqüências gravosas, tais qual a exposição à mídia daquele contra o qual se proferiu preliminarmente e precariamente a voz de prisão. Esta primeira etapa é tão precária que qualquer um do povo poderá prender quem esteja em flagrante delito. Esta detenção não vincula a Autoridade Policial, isto é, o delegado de policia, na decisão que adotará após a lavratura do auto de prisão em flagrante se esse for o caso.⁷⁰

Dessa forma ao ser conduzido até a Delegacia de Polícia o infrator será apresentado à Autoridade Policial que após analisar os fatos e as circunstâncias da detenção decidirá pela ratificação ou não da prisão em flagrante, sendo esta segunda etapa a prisão em flagrante propriamente dita, pois, o Delegado de Polícia não esta vinculado à *notitia criminis* recebida:

Casos há em que o episodio é tão distante das situações legais que autorizam a prisão em flagrante que sequer haverá a lavratura do auto próprio, tendo em vista, *exempli gratia*, a atipicidade do fato como nos corriqueiros e diários boletins de ocorrência da Polícia Militar que atribuem as partes conduta de “atrato verbal”, sem que se vislumbre sequer crime contra a honra.⁷¹

⁷⁰ FERREIRA, Daniel Barcelos. **Análise da legítima defesa no auto de prisão em flagrante: A (im) possibilidade de reconhecimento da legítima defesa no auto de prisão em flagrante.** 2008. 52 fls. Escola Superior Dom Helder Câmara. Belo Horizonte 2008. Disponível em: (http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=2366). Acesso em: 13 outubro de 2011.

⁷¹ Idem.

O que precisa ficar claro é que a prisão em flagrante possui dois momentos distintos: o primeiro é a detenção do agente que supostamente teria praticado um crime e encontra-se em uma das hipóteses do art. 302 do CPP e o segundo seria a apresentação do detido ao Delegado de Polícia, que após detalhada análise decidirá pela manutenção ou da prisão. Assim, conclui-se que a detenção do infrator é uma atribuição dos agentes policiais e uma faculdade de qualquer um do povo, já a ratificação ou não dessa prisão compete única e exclusivamente ao Delegado de Polícia.

3.3 A lavratura do auto de prisão em flagrante:

Dessa forma, após ser detido o agente deverá ser levado até a Delegacia de Polícia sendo apresentado à Autoridade Policial de plantão que constatando a existência de elementos que indiquem a existência de crime e conseqüente prisão em flagrante, lavrará o respectivo APF dando assim, início as investigações policiais as quais se materializarão através do Inquérito Policial.

Novamente ressaltamos que, em se tratando de infrações penais de menor potencial ofensivo (pena máxima de até dois anos), as quais não são objeto desse trabalho, a Autoridade Policial deverá adotar as providencias constantes no art. 69 da Lei 9.099/95 que dispões sobre os Juizados Especiais Criminais. Nos termos do art. 69: “A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, como o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.”⁷²

Pois bem, como visto no intróito desse estudo o APF é um documento administrativo elaborado pela Autoridade Policial competente quando o individuo é detido por ter, a princípio, praticado uma infração penal. Trata-se de um minucioso relatório que, nos termos do art. 304, *caput* do CPP conterà a oitiva do condutor (agente que efetuou a prisão), o depoimento das testemunhas que presenciaram o delito ou, na falta destas, testemunhas que presenciaram a apresentação do detido ao Delegado de Polícia, além é claro do interrogatório do acusado sobre as imputações que lhe foram feitas. Nos termos do art. 304, *caput* do CPP:

⁷² BRASIL, **Legislação Extravagante**. ANGHER, Anne Joyce [Org.]. Vade Mecum Acadêmico de Direito. 8 ed. São Paulo: Rideel, 2009. p. 1107.

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**. (Grifos nosso).⁷³

Como se vê, embora exista quem argumente que há certa conveniência ou oportunidade do Delegado de Polícia quanto à lavratura ou não do APF, entendemos que não existe essa discricionariedade uma vez que o art. 304, *caput* do CPP afirma categoricamente que a Autoridade Policial ao receber alguém preso em flagrante, deverá ouvir o condutor e as testemunhas, lavrando-se, afinal, o respectivo auto. Conforme salienta Hélio Tornaghi: “a lavratura do auto é indeclinável desde que alguém tenha sido levado como preso em flagrante”.⁷⁴

3.4 A análise jurídica realizada pela Autoridade Policial:

Imediatamente após a oitiva dos envolvidos o § 1º do art. 304 do CPP, 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:

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. (Grifos nosso).⁷⁵

⁷³ BRASIL, **Código de Processo Penal de 1941**. ANGHER, Anne Joyce [Org.]. Vade Mecum Acadêmico de Direito. 8 ed. São Paulo: Rideel. 2009. p. 394.

⁷⁴ TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 64.

⁷⁵ BRASIL, **Código de Processo Penal de 1941**. ANGHER, Anne Joyce [Org.]. Vade Mecum Acadêmico de Direito. 8 ed. São Paulo: Rideel, 2009. p. 394.

Como se vê, embora o APF seja um documento obrigatório, 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. No mesmo sentido Mirabete preleciona:

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.⁷⁶

Ora, essa é uma dedução óbvia, pois, basta uma interpretação a contrário *sensu* do art. 304, § 1º do CPP, uma vez que, se das respostas do conduzido não se caracterizar fundada suspeita do cometimento de crime (leia-se: fato típico, ilícito e culpável), a Autoridade Policial não terá outra opção a não ser restabelecer a liberdade do agente. Inexistindo elementos mínimos que indiquem à ocorrência de um crime a prisão deverá ser afastada. Trazendo o mesmo raciocínio têm-se com marco teórico do presente ensaio os ensinamentos de Tourinho Filho que de forma brilhante acrescenta:

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.⁷⁷

⁷⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal Comentado**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 575.

⁷⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 20 ed. Saraiva: São Paulo, 1992. p. 458

Apresentado o conduzido ao Delegado de Polícia cabe a este uma verificação completa sobre todas as circunstâncias do fato e da detenção, pois, somente após essa minuciosa análise é que a Autoridade Policial verificará se persistem os elementos que indiquem indícios suficientes de autoria ou fundadas razões de que o atuado seja o autor do crime em questão. Não basta aqui a mera alegação, muita das vezes emocionada de vítimas e testemunhas, sendo necessário que o Delegado de Polícia analise de forma criteriosa os elementos colhidos. Nesse contexto o Delegado de Polícia e professor Eduardo Augusto Paglione nos traz dois posicionamentos favoráveis a nossa proposta:

*Essa posição é perfeitamente defensável pela melhor doutrina. **Câmara Leal** (1942, p. 244) ensina que “se as provas forem falhas, não justificando fundada suspeita de culpabilidade, a autoridade depois da lavratura do auto de prisão em flagrante, fará por o preso em liberdade”. **Basileu Garcia** (1945, p. 114), por sua vez, observa que “nem sempre advirá, da captura em flagrante, a conservação da custódia”, pois “dos esclarecimentos colhidos pela autoridade” pode não haver a “fundada suspeita”. Para este autor, “é certo que no flagrante delito se espera haver prova segura da verificação de fato punível” e, na ausência dela, deve “a autoridade declarar insubsistente a prisão em flagrante e restituir à liberdade o paciente”.⁷⁸*

Outra questão importante a se destacar é que a soltura do detido não exige a Autoridade Policial de lavrar o APF e prosseguir nas investigações. Noutro falar, o encarceramento do indivíduo não é condição *sine qua non* para a atuação da Autoridade Policial, ou seja, a liberdade do atuado não impede o Delegado de Polícia de lavrar o auto e dar prosseguimento nas investigações. O que precisa ficar claro é que o APF pode e deve existir independentemente da prisão do atuado uma vez que o art. 304, § 1º do CPP é claro ao dizer que a prisão somente é cabível se das respostas resultarem fundadas suspeitas contra o conduzido. Nesse sentido leciona o juiz da Comarca de Rio Real, estado da Bahia:

⁷⁸ PLAGLIONE, Eduardo Augusto. **A prisão em flagrante e as causas de exclusão da antijuridicidade**. Disponível em: (http://adpesp.org.br/artigos_exibe.php?id=44). Acesso em: 15 de agosto de 2011

A liberação do detido, de qualquer forma, não exime o delegado, nos termos do art. 304 do Código de Processo Penal, de lavrar o auto. O dispositivo é claro: ouve-se o condutor e testemunhas e lavra-se “afinal o auto”. Depois, “resultando das respostas fundada suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhe-lo à prisão”. Percebe-se que nem sempre, após o auto, pode ocorrer a prisão, embora o auto ou documento equivalente exista sempre.⁷⁹

Por fim, ressalta-se, ainda, que a decisão fundamentada da Autoridade Policial no sentido de livrar o agente também não exime a futura manifestação do Poder Judiciário em sentido contrário. Vale 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 preventiva do autuado, desde que presente os requisitos legais. Nesse contexto conclui Josemar Dias Cerqueira:

Um aspecto normalmente esquecido é que a prisão de alguém não é o fato mais significativo no processo penal, pois a máquina estatal se move para buscar a verdade ao final, na sentença. Se o delegado soltar e o magistrado entender que não havia excludente, a prisão ainda pode ser possível. E mesmo que o indivíduo fuja o processo ainda continuará e as provas ainda serão colhidas, mesmo dentro das regras do art. 366 do CPP.⁸⁰

Diante do exposto, conclui-se que ao Delegado de Polícia cabe, preliminarmente, diante de uma comunicação de crime, a lavratura do APF, documento obrigatório que se serve a Autoridade para a colheita de informações necessárias às investigações. Concluído o auto, caberá ao Delegado de Polícia realizar uma análise jurídica sobre os fatos apresentados para decidir conforme o ordenamento. Extrai-se daí a inegável necessidade de que a chefia da investigação criminal esteja a cargo de um profissional com formação jurídica própria dos operadores do direito, para que também ele na ponta de persecução penal possa ser o primeiro defensor dos indivíduos que tenham sua liberdade ameaçada.

⁷⁹ CERQUEIRA, Josemar Dias. **O delegado e a conclusão do auto de flagrante**. Disponível em: (<http://jus.com.br/revista/texto/9709/o-delegado-e-a-conclusao-do-auto-de-flagrante>). Acesso em: 12 de setembro de 2011.

⁸⁰ Idem.

3.5 O reconhecimento da legítima defesa pelo Delegado de Polícia:

Com a recente publicação da Lei nº 12.403/11, ao receber o APF elaborado pelo Delegado de Polícia, o juiz deverá manifestar-se em três sentidos: ou relaxa a prisão em flagrante colocando o autuado em liberdade; ou concede a liberdade provisória, com ou sem a aplicação de uma das nove medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do CPP; ou, por fim, converte a prisão em flagrante em prisão preventiva quando presentes os requisitos autorizadores.

Pois bem, mais e diante de um fato em que a Autoridade Policial após detida análise reconhece que o indivíduo atuou em legítima defesa? E se todas as circunstâncias indicarem que o agente agiu para proteção de um bem jurídico próprio ou de terceiros? Seria crível ao Delegado de Polícia, mesmo assim, prender uma pessoa que se quer cometeu crime, para que somente depois o magistrado se manifeste sobre a liberdade provisória?

Na verdade a grande resistência em torno da possibilidade do Delegado de Polícia reconhecer a ocorrência da legítima defesa durante a formalização do APF se perfaz pelo fato do art. 310, parágrafo único do CPP reservar exclusivamente ao juiz de direito a competência para verificar as excludentes de ilicitude e conseqüentemente determinar ou não a soltura do autuado. Na dicção do art. 310, parágrafo único do CPP:

Art. 310 (...) – Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do Caput do artigo 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, **poderá**, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processuais, sob pena de revogação (NR). (Grifo nosso).⁸¹

Como se vê, o dispositivo acima é claro ao dizer que é o juiz é a única autoridade responsável pela verificação das excludentes de ilicitude. Por esse

⁸¹ BRASIL, **Código de Processo Penal de 1941**. Disponível em: (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm). Acesso em: 25 setembro de 2011.

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. Nesse sentido, por exemplo, leciona Nucci ao falar sobre a amplitude da análise realizada pela Autoridade Policial: “Nota-se que isso se dá em relação à autoria, mas não quando a autoridade policial perceber ter havido alguma excludente de ilicitude ou culpabilidade, pois, cabe ao juiz proceder a essa análise.”⁸² Por seu turno, Fernando Capez aduz que: “Antes da lavratura do auto, a autoridade policial deve comunicar à família do preso, ou à pessoa por ele indicada, acerca da prisão.”⁸³

Nota-se que tanto Nucci quanto Capez não admitem a possibilidade do Delegado de Polícia reconhecer as excludentes de ilicitude a qual seria uma competência exclusiva do magistrado. Valem-se esses autores de uma interpretação restritiva do art. 310, parágrafo único do CPP, porém, tal interpretação pode levar a consequências irreparáveis, como a prisão de um inocente. Em comentário ao citado dispositivo Luiz Flávio Gomes acrescenta:

O dispositivo fere até mesmo o senso comum. Tomemos alguns exemplos: um atirador de elite, após suas negociações frustradas, mata o infrator que mantinha o refém sob a mira do revólver; o marido entre em luta corporal com o assaltante e consegue matá-lo quando o infrator preparava-se para executar a esposa; policiais, ante a recusa do morador, arrombam a porta (art. 245 §2º do CPP) e prendem um perigosíssimo procurado, em cumprimento de mandado de prisão; o boxeador, dentro das regras do jogo, fere o adversário. A seguir a lógica do CPP, nessas hipóteses o Delegado de Polícia (que para parte da doutrina deve fazer apenas um juízo de tipicidade do fato), deve autuar em flagrante o atirador de elite (que agiu no estrito cumprimento do dever legal), o marido (que agiu em legítima defesa) e o boxeador (que agiu no exercício regular de direito). E somente depois o juiz é quem deve conceder a liberdade provisória ao preso, com compromisso de ele comparecer a todos os atos do processo, sob pena de revogação da liberdade.⁸⁴

⁸² NUCCI Guilherme de Sousa. **Código de Processo Penal Interpretado**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 383.

⁸³ CAPEZ. Fernando. **Curso de Processo Penal**. 8 ed, São Paulo: Saraiva, 2004. p. 238

⁸⁴ GOMES. Luiz Flávio. **Prisões e Medidas Cautelares: Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 137.

Dizer que ao Delegado de Polícia caberia simplesmente a verificação da tipicidade formal trata-se de uma posição totalmente equivocada, pois, o crime não pode ser fragmentado. Ou o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, ou o fato por ele praticado não será considerado crime. Nesse sentido conclui Luiz Flávio Gomes:

A verdade é que o Delegado de Polícia – autoridade com poder discricionário de decisões processuais – analisa se houve crime ou não quando decidir pela lavratura do Auto de Prisão. E ele não analisa apenas a tipicidade, mas também a ilicitude do fato. Se o fato não viola a lei, mas ao contrário, é permitida por ela (art. 23 do CP) não há crime e, portanto, não há situação de flagrante. 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, ilícito e culpável existe apenas por questões didáticas. Ao Delegado de Polícia cabe decidir se houve crime ou não. E o artigo 23, I a III, em letras garrafais, diz que não há crime em situações de excludente de ilicitude.⁸⁵

Observa-se ainda, pela simples leitura do art. 310, parágrafo único do CPP a forte tendência autoritária do dispositivo, visto que o CPP de 1941 preocupava-se 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?⁸⁶

⁸⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Prisões e Medidas Cautelares: Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 138.

⁸⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 230

Nota-se, também, que a nova redação do art. 310, parágrafo único do CPP é claro ao afirmar que o juiz, mesmo constatando que o autuado agiu apurado por alguma das excludentes de ilicitude prevista no art. 23 do CP, poderá colocá-lo em liberdade. 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.

Valem-se aqueles que sustentam que o reconhecimento da legítima defesa não é uma prerrogativa do Delegado de Polícia do argumento de que faltaria previsão legal. De fato, não existe uma previsão expressa no ordenamento jurídico atribuindo ao Delegado de Polícia essa competência. Realmente seria forçoso admitir isso. Por outro lado também é forçoso ignorar essa possibilidade uma vez que o art. 304, § 1º somente admite a prisão do autuado quando a Autoridade Policial constatar a ocorrência de fundadas suspeitas do cometimento de crime, o que não ocorre nos casos da legítima defesa.

Embora ainda não exista um dispositivo que expressamente atribua a competência da análise da legítima defesa pelo Delegado de Polícia isso parece ser uma questão de tempo, pois a robustez de tudo que se buscou provar restou externado pelo anteprojeto do novo CPP, elaborado por uma comissão de juristas a partir do requerimento do Senado Federal. O Projeto de Lei do Senado (PLS nº 156/2009) inovou ao disciplinar a prisão em flagrante, cujo texto de seu art. 540, § 6º assim assevera: “A autoridade policial, vislumbrando a presença de qualquer causa excludente da ilicitude, poderá, fundamentadamente, deixar de efetuar a prisão, sem prejuízo da adoção das diligências investigatórias cabíveis.”⁸⁷

Outra decisão importante e que vai de encontro com nossa proposta foi a recente promulgação do Provimento Conjunto nº 09/2011 que dispõe sobre os Procedimentos da Polícia Judiciária Militar no âmbito da Justiça Militar de Minas Gerais que entre suas medidas destacamos a possibilidade de reconhecimento pelo Comandante da Unidade, na condição de autoridade de polícia judiciária militar, da existência de causas excludentes de ilicitude e/ou culpabilidade. Tal medida permitirá a liberação do militar que atuou em legítima defesa, imediatamente após a lavratura do respectivo termo, sem a necessidade de se solicitar a liberdade provisória à Justiça Militar ou à Justiça Comum. Nos termos do citado Provimento:

⁸⁷ Projeto de Lei do Senado nº 156/2009. Dispõe sobre: “**Reforma do Código de Processo Penal**”. Disponível em: (<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/58503.pdf>). Acesso em: 12 de março de 2011.

Art. 274. Se durante a lavratura do APF, a autoridade de polícia judiciária militar, nos termos do §2º do art. 247 do CPPM, verificar a manifesta inexistência da infração penal militar ou a não-participação da pessoa conduzida na prática do delito, não ratificará a prisão do conduzido, relatando, motivadamente, os fatos em termo próprio, conforme dispõe o art. 248 do CPPM, remetendo-o ao Juiz de Direito Militar competente, sem prejuízo da adoção das diligências investigatórias cabíveis.

§1º. Considera-se inexistente a infração penal militar nas seguintes hipóteses:

(...)

b) a conduta praticada manifestadamente está amparada em uma das causas de exclusão da ilicitude previstas no art. 42 do CPM;

(...)

§ 5º Caracteriza constrangimento ilegal e abuso de poder o indiciamento e a manutenção de prisão de militar estadual cuja conduta esteja de forma inequívoca, amparada por causa excludente de ilicitude ou de culpabilidade.⁸⁸

Tais argumentos por si só já demonstram que cada vez mais torna-se imprescindível a releitura do nosso ultrapassado CPP à luz da Constituição de 1988 de forma que as constantes lacunas legislativas não inviabilizem a aplicação da lei em consonância com a proteção aos direitos dos cidadãos. Nesse sentido é salutar a Exposição de Motivos do já citado Projeto de Lei do Senado que assim expôs em suas linhas iniciais:

Se em qualquer ambiente jurídico há divergências quanto ao sentido, ao alcance e, enfim, quanto à aplicação de suas normas, há, no processo penal brasileiro, uma convergência quase absoluta: a necessidade de elaboração de um novo Código, sobretudo a partir da ordem constitucional da Carta da República de 1988. (...) O Código de Processo Penal atualmente em vigor – Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 -, em todas essas perspectivas, encontra-se definitivamente superado. A incompatibilidade entre os modelos normativos do citado Decreto-lei nº 3.689, de 1941 e da Constituição de 1988 é manifesta e inquestionável.⁸⁹

⁸⁸ Provimento Conjunto nº 09/2011. **Dispõe sobre os Procedimentos de Polícia Judiciária Militar no âmbito da Justiça Militar do Estado de Minas Gerais.** Disponível em: (<http://www.amigosdecaserna.com.br/wp-content/uploads/2011/11/Provimento-Conjunto.pdf>). Acesso em 14 de novembro de 2011.

⁸⁹ BRASIL, Projeto de Lei do Senado nº 156/2009. Dispõe sobre: “**Reforma do Código de Processo Penal**”. Disponível em: (<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/58503.pdf>). Acesso em: 12 de março de 2011.

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. Segundo Alexandre de Moraes:

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 pessoas, 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.⁹⁰

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. Nesse sentido disserta Fernando Capez dizendo que: “qualquer construção típica, cujo conteúdo contrariar e afrontar a dignidade humana será materialmente inconstitucional, posto que atentatória ao próprio fundamento da existência de nosso Estado”.⁹¹ Ora, existiria afronta maior ao princípio da dignidade da pessoa humana do que a prisão daquele que agiu com autorização legal como ocorre nos casos da legítima defesa? Parece-nos obvio que não, pois, tal prática apesar de ser a regra em nosso sistema processual penal, trata-se de uma ofensa concreta aos direitos do cidadão.

⁹⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 50.

⁹¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte geral**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 07.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa desenvolvida cuidou-se de demonstrar, através de uma releitura do art. 304, § 1º do CPP, que é perfeitamente possível a verificação da legítima defesa pelo Delegado de Polícia durante a formalização do respectivo APF e que essa atribuição, ao contrário do que possa parecer, não é uma competência exclusiva do juiz de direito.

Como visto alhures, o crime, segundo a doutrina majoritária é um fato típico, ilícito e culpável. Faltando um desses elementos o delito será afastado. Exatamente por isso que o art. 23 do CP expressa veementemente que não existe crime quando o agente pratica o fato amparado por uma das causas de exclusão da ilicitude, quais sejam, o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito.

Entre as excludentes de ilicitude destacamos a legítima defesa a qual, nos termos do art. 25 do CP pode ser entendida como sendo a defesa típica utilizada para repelir uma agressão injusta, atual ou iminente contra direito próprio ou alheio, usando moderadamente dos meios necessários. A legítima defesa seria assim, uma permissão que o ordenamento jurídico confere ao cidadão de se defender ou de defender terceiros, dada a impossibilidade de intervenção tempestiva do próprio Estado, o qual, como sabemos, é o responsável pela segura dos cidadãos.

Por seu turno, a prisão em flagrante, assim como as demais prisões cautelares, somente podem ser decretadas em casos excepcionais elencados no art. 312 do CPP, quais sejam, por garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência de crime e indícios suficientes de autoria (*fumus comissi delicti / periculum libertatis*). Inexistindo tais elementos, a prisão se mostra ilegal, arbitrária, constituindo verdadeira ofensa aos direitos dos cidadãos.

Vimos ainda que o APF é um documento administrativo realizado pela Autoridade Policial para formalizar uma série de procedimentos. O auto é obrigatório já a ratificação ou não da prisão em flagrante é uma atribuição que compete exclusivamente ao Delegado de Polícia que, para se convencer da existência de crime necessário se faz a existência de um fato típico, ilícito e culpável, nos termos do conceito analítico de crime. Logo, conclui-se que a simples tipicidade não conduz

ao crime sendo necessária a existência de uma conduta ilícita e culpável as quais também serão avaliadas pela Autoridade Policial.

Diante do exposto entendemos que se o próprio CP afirma que não existe crime quando o agente pratica o fato sob o manto das excludentes de ilicitude, não pode o legislador furtar ao Delegado de Polícia essa análise, haja vista, que é exatamente o Delegado a autoridade que dirá, pelo menos, preliminarmente, se houve crime ou não. Tal discricionariedade permite que a Autoridade Policial, mesmo que precariamente, aplique a lei ao caso concreto e evite assim punições que a nosso ver parecem arbitrárias.

O Delegado de Polícia é a presença do Estado no calor dos acontecimentos e deve ser um promotor dos direitos humanos e, devido a sua formação, capaz de analisar a constitucionalidade e legalidade de quaisquer atos tendentes a restringir as liberdades e que possam configurar ofensa aos direitos e garantias individuais. O Delegado de Polícia é um operador do direito que possui valoração jurídica. Sua função não é apenas verificar a simples tipicidade, na verdade ele analisa os fatos por completo para decidir pelo seu enquadramento ou não a norma jurídica penal.

Assim, pela inteligência do art. 304, § 1º do CPP se após a lavratura do APF o Delegado de Polícia não vislumbrar fundadas suspeitas do cometimento de crime, tal qual na legítima defesa, deverá ele fundamentar sua decisão quanto ao não encarceramento do autuado remetendo imediatamente os autos ao Poder Judiciário o qual, obviamente, possui a palavra final sobre o fato. Nota-se que não existe prejuízo para a persecução penal uma vez que a decisão do Delegado de Polícia no sentido de livrar o autuado 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 autuado e o processo seguir seu curso normal.

Por fim, ressalta-se que não se trata de uma faculdade e sim de um dever atribuído ao Delegado de Polícia de colocar o indivíduo em liberdade quando dos elementos colhidos no auto ficar evidente a existência da legítima defesa, pois, não havendo crime não haverá fundadas suspeitas contra o conduzido e, não havendo fundadas suspeitas a prisão se torna ilegal. Ora, se o autor do fato atuou de acordo com o direito, não existem razões para que o mesmo permaneça preso em uma cadeia pública em situações degradantes até que o juiz sabe-se lá quanto tempo depois, possa determinar sua soltura.

Impõe-se, pois, diante de todos os argumentos expostos na presente pesquisa que através de uma releitura do art. 304, § 1º do CPP em conformidade com o art. 23 do CP fica amplamente demonstrado o inegável respaldo que o ordenamento jurídico confere ao Delegado de Polícia de analisar a excludente de legítima defesa, pois, do contrario estaríamos afirmando que o CP permite uma conduta, mas que o CPP determina que frente essa mesma conduta se submeta o autor a prisão.

REFERÊNCIAS

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal, parte geral**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITENCOURT, César Roberto. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRANCO, Tales Castelo. **Da Prisão em Flagrante**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BRASIL, **Constituição da República Federativa de 1988**. ANGHER, Anne Joyce [Org.]. Vade Mecum Acadêmico de Direito. 8 ed. São Paulo: Rideel, 2009.

BRASIL. **Constituição do Estado de Minas Gerais de 1989**. Disponível em: (<http://www.almg.gov.br/opencms/export/sites/default/consulte/legislacao/Downloads/pdfs/ConstituicaoEstadual.pdf>). Acesso em: 13 de maio de 2011.

BRASIL, **Código Penal Brasileiro de 1940**. ANGHER, Anne Joyce [Org.]. Vade Mecum Acadêmico de Direito. 8 ed. São Paulo: Rideel, 2009.

BRASIL, **Código de Processo Penal de 1941**. ANGHER, Anne Joyce [Org.]. Vade Mecum Acadêmico de Direito. 8 ed. São Paulo: Rideel, 2009.

BRASIL, **Código de Processo Penal de 1941**. Disponível em: (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm). Acesso em: 25 setembro de 2011.

BRASIL, **Legislação Extravagante**. ANGHER, Anne Joyce [Org.]. Vade Mecum Acadêmico de Direito. 8 ed. São Paulo: Rideel, 2009.

BRASIL. **Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Político**. Disponível em: (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm). Acesso em: 29 de outubro de 2011.

BRASIL, Projeto de Lei do Senado nº 156/2009. Dispõe sobre: **“Reforma do Código de Processo Penal”**. Disponível em: (<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/58503.pdf>). Acesso em: 12 de março de 2011.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal. Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte geral**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Direito Penal Simplificado: Parte geral**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CERQUEIRA, Josemar Dias. **O delegado e a conclusão do auto de flagrante.** Disponível em: (<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9709/o-delegado-e-a-conclusao-do-auto-de-flagrante>). Acesso em: 06 novembro de 2011.

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

ESTEFAN, André. **Direito Penal. Parte geral.** v.1 .São Paulo: Saraiva, 2010.

FERREIRA, Daniel Barcelos. **Análise da legítima defesa no auto de prisão em flagrante: A (im) possibilidade de reconhecimento da legítima defesa no auto de prisão em flagrante.** 2008. 52 fls. Escola Superior Dom Helder Câmara. Belo Horizonte 2008. Disponível em: (http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=2366). Acesso em: 13 outubro de 2011.

FILHO, Vicente Greco. **Manual de processo penal.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal.** 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: parte geral: Teoria constitucionalista do delito.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Prisões e Medidas Cautelares: Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte Geral.** 5 ed. Rio de Janeiro: Ímpetos, 2004.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** 7 ed. Rio de Janeiro: Ímpetos, 2006.

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

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal: Parte Geral.** 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

LOBERTO, Eduardo Carvalho. **A prisão em flagrante e a Constituição. Da tipicidade normativa à ilicitude.** Disponível em: (<http://jus.com.br/revista/texto/19689/a-prisao-em-flagrante-e-a-constituicao>). Acesso em: 06 outubro 2011.

MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal.** 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARQUES. Jose Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal.** 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal, parte geral**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 1994.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

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

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

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A prisão processual, a fiança, a liberdade provisória e as demais medidas cautelares. Comentários à Lei nº 12.403/11**. Disponível em: (<http://jus.com.br/revista/texto/19131>). Acesso em: 28 set. 2011.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**. 10 ed. Porto Alegre: Fabris, 1988.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Interpretado**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

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**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

PLAGLIONE, Eduardo Augusto. **A prisão em flagrante e as causas de exclusão da antijuridicidade**. Disponível em: (http://adpesp.org.br/artigos_exibe.php?id=44). Acesso em: 15 de agosto de 2011.

Provimento Conjunto nº 09/2011. **Dispõe sobre os Procedimentos de Polícia Judiciária Militar no âmbito da Justiça Militar do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: (<http://www.amigosdecaserna.com.br/wp-content/uploads/2011/11/Provimento-Conjunto.pdf>). Acesso em 14 de novembro de 2011.

- RANGEL, Paulo. **Direito Processo Penal**. 7 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processo Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- ROCHA, Claudionor. **Reconhecimento da excludente de ilicitude na fase inquisitorial**. Disponível em: (<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1504/Reconhecimento-da-excludente-de-ilicitude-na-fase-inquisitorial>). Acesso em: 18 de outubro de 2011.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas Corpus Liberatório. (...) Necessidade de fundamentação para a manutenção de todas as prisões provisórias. Art. 93, IX da CF. (...). Ordem denegada. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filhos. Julgado em 30 de junho de 2011. Disponível em: (<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=fundamenta%E7ao+das+prisoese&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=7>). Acesso em: 29 de outubro de 2011.
- TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2009.
- TEIXEIRA, Antônio Leopoldo. **Da legítima defesa**. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Número do processo: 1.0396.08.037609-0/001(1). Relator: Des.(a) PAULO CÉZAR DIAS. Data do Julgamento: 01/03/2011. Disponível em: (<http://www.tjmg.jus.br/#>). Acesso em 12 outubro de 2011.