



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

PAULO ROBERTO DOS SANTOS FILHO

**ADMISSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA EXCLUDENTE DE
ANTI JURIDICIDADE DA LEGÍTIMA DEFESA NO AUTO DE PRISÃO
EM FLAGRANTE.**

**Assis/SP
2017**



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

PAULO ROBERTO DOS SANTOS FILHO

**ADMISSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA EXCLUDENTE DE
ANTI JURIDICIDADE DA LEGÍTIMA DEFESA NO AUTO DE PRISÃO
EM FLAGRANTE.**

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

Orientando: Paulo Roberto dos Santos Filho

Orientadora: Ms. Maria Angélica Lacerda Marin

**Assis/SP
2017**

FICHA CATALOGRÁFICA

SANTOS FILHO, Paulo Roberto dos

Admissibilidade do Reconhecimento da Excludente de Antijuridicidade da Legítima Defesa no Auto de Prisão em Flagrante. / Paulo Roberto dos Santos Filho. – Assis, 2017.

41p.

Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) – Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA

Orientadora: Ms. Maria Angélica Lacerda Marin

1. Legítima Defesa. 2. Prisão em Flagrante.

CDD 341.528

ADMISSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA EXCLUDENTE DE
ANTI JURIDICIDADE DA LEGÍTIMA DEFESA NO AUTO DE PRISÃO EM
FLAGRANTE.

PAULO ROBERTO DOS SANTOS FILHO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis,
como requisito do Curso de Graduação, avaliado
pela seguinte comissão examinadora:

Orientadora: Ms. Maria Angélica Lacerda Marin

Examinador (a):

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho exclusivamente para a pessoa mais importante em minha vida, a única pessoa que sempre esteve ao meu lado em todos os momentos, os quais somente ela demonstrou todo amor e carinho me apoiando e dando toda a força do mundo para que eu pudesse sempre seguir em frente. A pessoa que nesta e em mil vidas que venham a existir eu desejarei sempre ser seu filho, minha maravilhosa mãe Suzana Perroti o orgulho do meu viver.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradecer a Deus por iluminar e consagrar as melhores pessoas em meu caminho.

Agradecer imensamente a minha querida professora e orientadora Maria Angélica Lacerda Marin, por toda atenção, paciência e sabedoria. Que desde o primeiro ano do curso já havia me ajudado a escolher o tema do presente trabalho de conclusão de curso.

Agradecer também a todos os professores do curso de Direito da FEMA, em especial ao professor Rubens Galdino que nos proporcionou a honra de conhecer a importância sobre o trabalho de conclusão de curso.

Agradecer ao meu amigo Luís Augusto Mustafa Campos por ter segurado minha mão e ser o anjo da guarda no momento em que mais precisei a pessoa que me fez sorrir em dias que eu queria chorar.

Agradecer a minha amiga Andréia Gonçalves Schippa, por toda sua paciência, por todo seu incentivo, por toda a sua dignidade e conhecimento que influenciam e estimulam a lutar pelo Direito e pelo progresso do nosso país.

Agradecer a minha amiga Patrícia Alvez, o anjo da guarda que sempre esteve torcendo por mim e que Deus colocou em minha vida no momento em que eu mais precisava de um ombro amigo, no momento em que somente ela soube falar "força que vai dar tudo certo".

E agradecer imensamente a minha família, minhas irmãs, meu padrasto Antônio Aristides e a minha querida Mãe Suzana Perroti, que foram os meus pilares e ajudaram em toda a minha trajetória.

A Todos Vocês Meu Muito Obrigado!

“A justiça pode irritar-se porque é precária. A verdade não se
impacienta, porque é eterna.”
Ruy Barbosa.

RESUMO

A proposta do presente trabalho é de analisar a possibilidade do delegado de polícia em reconhecer a excludente de antijuridicidade da legítima defesa no auto de prisão em flagrante e quando esta excludente estiver obscura em qual momento poderá ser reconhecida. Análise que terá como base o conceito de crime, de tipicidade e de antijuridicidade; das causas excludentes de antijuridicidade e da prisão em flagrante.

Palavras-chave: Legítima Defesa, Prisão em Flagrante.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the possibility of the police officer in recognizing the exclusion of the antijuridicity of legitimate defense in the flagrant prison and when this exclusion is obscure at what time it can be recognized. Analysis that will be based on the concept of crime, of typicality and of antijuridicity; the exclusionary grounds of antijuridicity; and when it occurs the flagrant prison.

Keywords: Legitimate Defense, Flagrant Prison.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. CONCEITO DE CRIME – TIPICIDADE E ANTIJURIDICIDADE.....	12
1.1. Do crime.....	12
1.1.2. Introdução ao conceito de crime.....	12
1.1.3. Fato típico, fato antijurídico, culpabilidade e punibilidade.....	12
1.1.4. Conceito material de crime.....	13
1.1.5. Conceito formal de crime.....	13
1.1.6. Conceito analítico de crime.....	14
1.2. Da tipicidade e antijuridicidade.....	16
2. DAS EXCLUDENTES DE ANTIJURIDICIDADE.....	18
2.1. Das causas excludentes de antijuridicidade.....	18
2.2. Do estado de necessidade.....	19
2.3. Do estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular do direito.....	19
2.4. Da legítima defesa.....	20
2.4.1. Agressão atual ou iminente e injusta.....	20
2.4.2. Direito próprio ou de outrem.....	21
2.4.3. Moderação no emprego dos meios necessários a repulsa.....	21
2.4.4. Elemento subjetivo.....	22
2.4.5. Legítima defesa putativa.....	22
2.4.6. Excesso da legítima defesa.....	23
3. DA PRISÃO EM FLAGRANTE.....	24
3.1. Conceito de prisão em flagrante.....	24
3.2. Espécies de flagrante.....	25
3.2.1. Do flagrante próprio (real ou verdadeiro).....	25
3.2.2. Do flagrante impróprio (irreal ou quase flagrante).....	26
3.2.3. Do flagrante presumido (ficto).....	26
3.2.4. Do flagrante retardado (prorrogado ou deferido).....	27

3.2.5. Do flagrante preparado.....	28
3.2.6. Do flagrante forjado.....	28
3.2.7. Do flagrante esperado.....	28
3.3. O flagrante no crime permanente e no crime habitual.....	29
3.4. Auto de prisão em flagrante.....	30

4. ADMISSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA EXCLUDENTE DE ANTIJURIDICIDADE DA LEGÍTIMA DEFESA NO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE.....31

4.1. Reconhecimento da legítima defesa no auto de prisão em flagrante.....	31
4.2. Reconhecimento da legítima defesa após lavratura do auto de prisão em flagrante	35

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....38

6. REFERÊNCIAS.....40

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem como objetivo verificar a admissibilidade da legítima defesa no auto de prisão em flagrante. Verifica a possibilidade jurídica do reconhecimento da excludente de antijuridicidade da legítima defesa pelo delegado de polícia deixando de prender em flagrante quem esta diante da excludente de antijuridicidade, e quando esta excludente apresentar-se de forma obscura sua apreciação somente poderá ocorrer quando o juiz após análise do auto de prisão em flagrante se convença que realmente existiu à excludente de antijuridicidade. Havendo divergência sobre o tema proposto, a interpretação da norma jurídica se faz essencial para que possamos diferenciar tais opiniões.

Para chegarmos à explicação do tema abordado se faz necessário entendermos o que é crime, quando pode acontecer uma excludente de antijuridicidade e basicamente entendermos como ocorre uma prisão em flagrante. Para isso dividimos o presente trabalho da seguinte forma:

No primeiro capítulo estaremos abordando o conceito de crime em uma definição que esteja de acordo com o Código Penal vigente em nosso país, também conheceremos os elementos do crime e quais são essenciais para que este se configure.

No segundo capítulo após já se ter um conceito de crime, iremos identificar as causas excludentes de antijuridicidade, que irá demonstrar quando a lei permitirá a exclusão da conduta antijurídica.

No terceiro capítulo será abordado quando poderá acontecer uma prisão em flagrante, quais as formas legais e ilegais que podem ocorrer nesta modalidade de prisão e quais as formalidades que devem ser obedecidas no auto de prisão em flagrante.

No quarto capítulo será feita à análise do tema da presente pesquisa com base nos entendimentos obtidos nos capítulos anteriores, respondendo a pergunta de se a excludente de antijuridicidade da legítima defesa poderá ser reconhecida pela autoridade policial no auto de prisão em flagrante e quando não, como será feito o seu reconhecimento.

1. CONCEITO DE CRIME – TIPICIDADE E ANTIJURIDICIDADE

1.1. Do crime

O presente trabalho pretende apresentar a relação entre a legítima defesa e a prisão em flagrante, observando a possibilidade jurídica de apreciação da legítima defesa no auto de prisão em flagrante, para isso faz-se necessário iniciarmos abordando sobre as formas de se conceituar crime e qual a definição prevalecente no Brasil dentre as concepções doutrinárias.

1.1.2. Introdução ao conceito de crime

O ordenamento jurídico vigente no Brasil em seu Código Penal não prevê um conceito para crime, a forma que temos para uma definição é essencialmente doutrinária. Assim define Mirabete:

Em consequência do caráter dogmático do Direito Penal, o conceito de crime é essencialmente jurídico. Entretanto, ao contrário de leis antigas, o Código Penal vigente não contém uma definição de crime, que é deixada a elaboração da doutrina. Nesta, tem-se procurado definir o ilícito penal sob três aspectos diversos. Atendendo-se ao aspecto externo, puramente nominal do fato, obtém-se uma definição formal; observando-se o conteúdo do fato punível, consegue-se uma definição material ou substancial; e examinando-se as características ou aspectos do crime, chega-se a um conceito, também formal, mas analítico da infração penal. (MIRABETE, 2002, p. 95).

Para chegarmos a uma ideia do significado do que seja crime, devemos então basicamente ter noções fundamentais sobre fato típico, fato antijurídico, culpabilidade e punibilidade, para depois analisarmos o crime em seus aspectos material, formal e analítico.

1.1.3. Fato típico, fato antijurídico, culpabilidade e punibilidade

Ao que se diz respeito sobre um fato típico entende-se que é o fato praticado no mundo concreto o qual se enquadra em um tipo penal, ou seja, uma conduta notoriamente prevista na legislação como infração penal.

Já o fato antijurídico ou ilícito é o fato que se opõe ao ordenamento jurídico e para ser antijurídico o fato não pode ter sido praticado em situação excludente de antijuridicidade. Portanto, como regra, todo fato típico é antijurídico exceto o fato que foi praticado mediante circunstância excludente de antijuridicidade.

Em relação à culpabilidade, trata-se de uma condição ocupada pelo infrator, para que a ele possa ser imposta uma sanção. E para que exista a culpabilidade deve-se observar a presença de elementos essenciais os quais estando ausentes será inexistente a culpabilidade, são eles: a imputabilidade do infrator, o conhecimento do infrator sobre a antijuridicidade no fato típico e também a exigibilidade de conduta diversa.

E por fim a punibilidade trata do momento onde o estado tem a possibilidade jurídica de aplicar uma sanção penal ao infrator.

1.1.4. Conceito material de crime

No que diz respeito ao conceito material de crime, define Mirabete:

A melhor orientação para obtenção de um conceito material de crime, como afirma Noronha, é aquela que tem em vista o bem protegido pela lei penal. Tem o Estado a finalidade de obter o bem coletivo, mantendo a ordem, a harmonia e o equilíbrio social, qualquer que seja a finalidade do Estado (bem comum, bem do proletariado etc.) ou seu regime político (democracia, autoritarismo, socialismo etc.). Tem o Estado que velar pela paz interna, pela segurança e estabilidade coletivas diante dos conflitos inevitáveis entre os interesses dos indivíduos e entre os destes e os do poder constituído. Para isso, é necessário valorar os bens ou interesses individuais ou coletivos, protegendo-se, através da lei penal, aqueles que mais são atingidos quando da transgressão do ordenamento jurídico. Essa proteção é efetuada através do estabelecimento e da aplicação da pena, passando esses bens a ser juridicamente tutelados pela lei penal. (MIRABETE, 2002, p. 96).

Ou seja, o conceito material de crime aborda a conduta que ofende ou expõe a perigo um bem jurídico protegido pela lei.

1.1.5. Conceito formal de crime

Em relação ao conceito formal de crime, define Nucci:

É a concepção do direito acerca do delito, constituindo a conduta proibida por lei, sob ameaça de aplicação de pena, numa visão legislativa do fenômeno. Cuida-se, na realidade, de fruto do conceito material, devidamente formalizado.

Quando a sociedade entende necessário criminalizar determinada conduta, através dos meios naturais de pressão, leva sua demanda ao Legislativo, que, aprovando uma lei, materializa o tipo penal. (NUCCI, 2007, p. 160).

Ou seja, o conceito formal de crime aborda a conduta humana que quando proibida por lei estará sujeita a uma sanção penal.

1.1.6. Conceito analítico de crime

No que diz respeito ao conceito analítico de crime, ensina Capez:

Aspecto analítico: é aquele que busca, sob um prisma jurídico, estabelecer os elementos estruturais do crime. A finalidade deste enfoque é propiciar a correta e mais justa decisão sobre a infração penal e seu autor, fazendo com que o julgador ou interprete desenvolva o seu raciocínio em etapas. Sob esse ângulo, crime é todo fato típico e ilícito. Dessa maneira, em primeiro lugar deve ser observada a tipicidade da conduta. Em caso positivo, e só neste caso, verifica-se se a mesma é ilícita ou não. Sendo o fato típico e ilícito, já que surge a infração penal. A partir daí, é só verificar se o autor foi ou não culpado pela sua prática, isto é, se deve ou não sofrer um juízo de reprovação pelo crime que cometeu. Para a existência da infração pena, portanto, é preciso que o fato seja típico e ilícito. (CAPEZ, 2008, p. 113).

Ou seja, o conceito analítico de crime aborda o conteúdo da infração penal. E com o passar do tempo suas concepções vem evoluindo de forma ajustada ao ordenamento jurídico e dentre suas concepções existem duas correntes majoritárias que podemos destacar:

A Teoria Tripartida que observa para que exista crime é necessário que o fato seja típico, antijurídico e culpável, não havendo algum destes elementos não há que se falar em crime. Ou seja, é necessário que exista uma conduta que esteja prevista em lei como um fato antijurídico onde o agente que a praticou sabendo das consequências de sua conduta o torne responsabilizado para responder perante o fato.

E a Teoria Bipartida onde se observa que para existir o crime somente se faz necessária a presença de um fato típico e antijurídico para que o crime esteja caracterizado e deixando de lado a necessidade da presença da culpabilidade,

tendo em vista que esta seria apenas um pressuposto que fundamentaria a aplicação da sanção penal, um exemplo seria quando uma pessoa que possui uma enfermidade mental pratica uma infração penal não possuindo o discernimento de que sua conduta está sendo antijurídica, não poderia ser considerado culpado do fato, logo sua responsabilidade seria afastada e a sanção penal poderia ser uma medida de segurança.

Capez (2008, p. 113, 114 e 115) diz que na concepção bipartida a culpabilidade não integra o conceito de crime. Entende-se que crime é fato típico e antijurídico por várias razões. A Teoria Naturalista ou Causal, conhecida como Teoria clássica, concebida por Franz Von Liszt, a qual teve em Ernest Von Beling um de seus maiores defensores, dominou todo o século XIX, fortemente influenciada pelo positivismo jurídico. Defendia que o dolo e a culpa sediavam-se na culpabilidade e não pertenciam ao tipo. Para seus defensores, crime só pode ser fato típico, antijurídico e culpável, uma vez que, sendo forçosamente precisa adotar a concepção tripartida, pois do contrário teria de admitir que o dolo e a culpa não pertencessem ao crime, o que seria juridicamente impossível de sustentar. Com o finalismo de Welzel, descobriu-se que dolo e culpa integrava o fato típico e não a culpabilidade. Conclui-se que a partir do finalismo, já não havia como continuar sustentando que crime seria todo fato típico, antijurídico e culpável, pois a culpabilidade não tinha mais nada que interessasse ao conceito de crime. Além disso, a culpabilidade não pode ser um elemento externo de valoração exercido sobre o autor do crime e, ao mesmo tempo, estar dentro dele. Em nosso Código Penal diz que quando o fato é atípico, não existe crime (“não há crime sem lei anterior que o defina” - CP, art. 1º); quando a antijuridicidade é excluída, não existe crime (“Não há crime quando o agente pratica o fato” - CP, art. 23 e incisos). Este é claro sinal de que o fato típico e a antijuridicidade são seus elementos. Agora quando a culpabilidade é excluída, nosso código emprega terminologia diversa: “É isento de pena o agente que...” (CP, art. 26, caput). Portanto, não se pode misturar tipicidade e antijuridicidade em uma mesma fase, pois matar um inseto (fato atípico) não é a mesma coisa que matar uma pessoa em legítima defesa (fato típico, mas não antijurídico).

Podemos observar que, o conceito analítico de crime predominante em nosso ordenamento jurídico o qual é adotado pelo nosso Código Penal, trata-se da teoria bipartida, onde para que exista o crime basta que o fato seja típico e antijurídico, ou

seja, a conduta deve estar prevista em lei, a qual previamente estabelecera uma pena ao infrator, assim como podemos verificar o que diz o Artigo 1º do Código Penal Brasileiro:

Artigo 1º – Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem previa cominação legal.

Sendo esta a possibilidade mais breve e legal para conceituarmos crime.

1.2. Da tipicidade e antijuridicidade

Conforme podemos observar, os elementos da tipicidade e da antijuridicidade estão presentes em todas as teorias, sendo que, para a teoria bipartida, a qual se ajusta ao nosso ordenamento jurídico, somente se faz necessária à presença dos dois elementos para que haja crime; diferente da concepção tripartida que além da tipicidade e da antijuridicidade também se faz necessária à presença de um terceiro elemento, a culpabilidade para então ser considerado crime; também diferente da concepção quadripartida, a qual também utiliza os elementos da tipicidade e antijuridicidade, sendo necessária para que se caracterize o crime os elementos da culpabilidade e punibilidade.

A tipicidade é a relação entre o tipo penal juntamente com o fato típico, ou seja, o fato típico que se enquadra perfeitamente ao que a lei descreve como crime. Assim como nos ensina Capez:

Conceito de tipicidade: é a subsunção, justaposição, enquadramento, amoldamento ou integral correspondência de uma conduta praticada no mundo real ao modelo descritivo constante da lei (tipo legal). Para que a conduta humana seja considerada crime, é necessário que se ajuste a um tipo legal. Temos, pois, uma conduta de vida real e, de outro, o tipo legal de crime constante da lei penal. Atipicidade consiste na correspondência entre ambos. (CAPEZ, 2008, p. 211).

A antijuridicidade é a expressão utilizada de forma amplamente majoritária pela doutrina e pela jurisprudência. Também conhecida em seu termo de ilicitude, onde se define a falta de autorização para a prática de uma conduta típica, ou seja, o fato antijurídico é todo comportamento humano que desrespeita, descumpre, infringe e

opõe-se ao ordenamento jurídico e como resultado, acaba atingindo o bem que é juridicamente protegido pela lei penal. Assim como nos ensina Nucci:

É a contrariedade de uma conduta com o direito, causando efetiva lesão a um bem jurídico protegido. Trata-se de um prisma que leva em consideração o aspecto formal da antijuridicidade (contrariedade da conduta com o direito), bem como seu material (causando lesão a um bem jurídico tutelado). (NUCCI, 2007, p. 241).

Entende-se assim que antijuridicidade é a contrariedade de uma conduta humana com o que diz a lei.

2. DAS EXCLUDENTES DE ANTIJURIDICIDADE

2.1. Das causas excludentes de antijuridicidade

Para falarmos em excludente de antijuridicidade, devemos lembrar que para o fato típico ser antijurídico este deverá infringir o ordenamento jurídico, ou seja, a conduta ilícita deverá estar prevista em lei. E mesmo a conduta sendo contrária ao ordenamento jurídico, a lei em seu artigo 23 do Código Penal Brasileiro prevê a exclusão da antijuridicidade quando:

Artigo 23 – Não há crime quando o agente pratica o fato:

I – em estado de necessidade;

II – em legítima defesa;

III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Excesso punível

Parágrafo único. O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.

Ou seja, embora o agente tenha praticado o fato típico e antijurídico, sendo este praticado nas circunstâncias em que o Código Penal Brasileiro prevê como excludentes de antijuridicidade, não há que se falar em crime. Assim nos ensina Mirabete:

Segundo o entendimento adotado, a exclusão de antijuridicidade não implica o desaparecimento da tipicidade e, por conseguinte, deve-se falar em “conduta típica justificada”. De acordo, porém, com a teoria dos elementos negativos do tipo, as causas de justificação eliminam a tipicidade. Segundo esta posição, se entende que o tipo constitui somente a parte positiva do tipo total de injusto, a que se deve juntar a parte negativa representada pela ocorrência dos pressupostos de uma causa de justificação. Somente será típico o fato que também for antijurídico, presentes os requisitos de uma discriminante não há em que se falar em conduta típica. (MIRABETE, 2002, p. 175).

Dentre essas condutas típicas justificadas que o Código Penal Brasileiro prevê, não haverá crime quando o agente praticar o fato em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular do direito.

Vejamos agora cada uma das excludentes de antijuridicidade, enfocando como base do presente trabalho na excludente de antijuridicidade da legítima defesa.

2.2. Do estado de necessidade

Considera-se a situação de perigo atual, onde para defender direito próprio ou de um terceiro, não havendo outra forma, sem ser por sua vontade, podendo até ser por força da natureza, o agente não tem outra forma senão a sacrificar um interesse juridicamente protegido. Assim como entende o legislador em seu artigo 24 do Código Penal Brasileiro:

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

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

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

Onde a valoração do estado de necessidade exteriorizará a excludente de antijuridicidade.

2.3. Do estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular do direito

Levando por conta em que o dever legal seja uma obrigação definida por lei, onde o agente público em função do Estado, por força da obrigação que lhe foi imposta comete um fato típico, que fora praticado mediante imposição do dever de cumpri-la. Mesmo causando lesão a um bem jurídico de terceiro, exclui-se a antijuridicidade onde havendo excesso a prática será punível.

Agora no exercício regular do direito acontece quando qualquer cidadão esteja exercendo um direito subjetivo, seja penal ou extrapenal e que não seja contrário ao ordenamento jurídico. Seu excesso também será punível.

2.4. Da legítima defesa

A legítima defesa acontece quando o agente para defesa de direito próprio ou de outrem, de forma moderada, repele uma injusta agressão atual ou iminente. Assim como nos diz o artigo 25 do Código Penal Brasileiro:

Artigo 25 – Entende-se em legítima defesa que, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Sendo assim, quem agir em legítima defesa não cometerá crime. Mas conforme observamos no artigo 25 do Código Penal, o agente deverá agir de forma moderada, ou seja, seu excesso poderá ser punido.

Para falarmos em legítima defesa se faz necessário entendermos seus requisitos. Os quais define Mirabete:

São requisitos para a existência da legítima defesa:

- a) a reação a uma injusta agressão atual ou iminente e injusta;
- b) a defesa de um direito próprio ou alheio;
- c) a moderação no emprego dos meios necessários à repulsa; e
- d) o elemento subjetivo. (MIRABETE, 2002, p. 182).

Vejamos agora cada um dos requisitos da legítima defesa:

2.4.1. Agressão atual ou iminente e injusta

A agressão atual ou iminente diz respeito ao momento em que está ocorrendo à agressão ou aquela que esta prestes a acontecer, onde o ofendido não precisa esperar o ataque do agressor, e a injusta agressão ocorre porque a agressão está contrária ao direito.

Ao que diz respeito à agressão atual ou iminente, nos ensina Nucci:

Atual é aquilo que está acontecendo (presente), enquanto iminência é o que está em vias de acontecer (futuro imediato). Diferentemente do estado de necessidade, na legítima defesa admite-se as duas formas de agressão: atual ou iminente. Tal postura legislativa esta correta, uma vez que a agressão iminente é um perigo atual, portanto passível de proteção pela defesa necessária do art. 25. (NUCCI, 2007, p. 252).

Já na questão da injustiça da agressão, Nucci afirma que:

A injustiça da agressão deve ser entendida como ilicitude, ou seja, contrária ao direito. Valer-se da legítima defesa estaria a demandar a existência de uma agressão ilícita (não necessitando que se constitua em infração penal). (NUCCI, 2007, p. 251).

Sendo então a injusta agressão, aquela agressão antijurídica, que vai contra o ordenamento jurídico. Agindo em legítima defesa na injusta agressão é defender-se de uma conduta que contraria a lei.

2.4.2. Direito próprio ou de outrem

A lei autoriza na situação de legítima defesa o agente agir em defesa de um direito próprio ou alheio, ou seja, podendo agir para defender interesse juridicamente protegido que lhe pertence ou para defender interesse de outrem. Conforme nos ensina Mirabete:

O sujeito pode defender seu bem jurídico (legítima defesa própria) ou defender direito alheio (legítima defesa de terceiro), pois a lei consagra o elevado sentimento da solidariedade humana. Admite-se, no segundo caso, apenas a defesa de bens indisponíveis quando o titular consente na agressão, mas não quando há agressão consentida e a bens disponíveis. Pode-se defender a vítima de um homicídio consentido, mas não o patrimônio de alguém que consente a subtração, no dano etc., ou na lesão à honra de quem não seja essa tutela. (MIRABETE, 2002, p. 185).

Ao que diz respeito ao direito de outrem, não será considerada legítima defesa de terceiro quando o bem alheio estiver consentido pelo terceiro.

2.4.3. Moderação no emprego dos meios necessários a repulsa

Usar de forma moderada no emprego de meios necessários para repelir a injusta agressão, significa que, o agente ao deparar-se com a situação de perigo atual ou iminente e injusta, deverá agir com cautela em sua reação, ou seja, o agente deverá defender-se de forma controlada, pois o excesso em sua atitude poderá ser punido. Para que seja mensurada essa moderação é necessário que o agente aja com proporcionalidade nos meios defensivos em relação ao perigo, devendo somente

limitar a agressão, onde o interesse juridicamente tutelado possa sair da situação de exposição ao perigo. Assim como nos ensina Mirabete:

Deve o sujeito ser moderado em sua reação, ou seja, não ultrapassar o necessário para repeli-la. A legítima defesa, porém, é uma reação humana e não se pode medi-la com um transferidor, milimetricamente, quanto a proporcionalidade de defesa do ataque sofrido pelo sujeito. Aquele que se defende não pode raciocinar friamente e pesar com perfeito e incomensurável critério essa proporcionalidade, pois no estado emocional em que se encontra não pode dispor de reflexão precisa para exercer sua defesa em equipolência completa com a agressão. Não se deve fazer, portanto, rígido confronto entre o mal sofrido e o mal causado pela reação, que pode ser sensivelmente superior ao primeiro, sem que por isso seja excluída a justificativa, e sim entre os meios defensivos que o agredido tenha a sua disposição e os meios empregados, devendo a reação se aquilatar tendo em vista as circunstâncias do caso, a personalidade do agressor, o meio ambiente etc. A defesa exercita-se desde a simples atitude de não permitir a lesão até a ofensiva violenta, dependendo das circunstâncias do fato, em razão do bem jurídico defendido e do tipo de crime em que a repulsa se enquadraria. (MIRABETE, 2002, p. 185).

Embora a legítima defesa seja uma situação na qual não se possa ser mensurada, entende-se que o agente deverá agir somente para que saia da situação de risco e ao exceder-se estará sendo sujeito a responder pelo seu excesso.

2.4.4. Elemento subjetivo

Em relação ao elemento subjetivo, Mirabete (2002, p.186) traz a ideia de que o conhecimento de que está sendo agredido é indispensável para quem pratica a legítima defesa, ou seja, exige a necessidade do conhecimento da situação de risco.

2.4.5. Legítima defesa putativa

Na legítima defesa putativa, o agente imagina reagir em resposta a uma agressão inexistente, onde por erro imagina reagir contra o seu agressor. Assim explica Mirabete:

Legítima defesa putativa existe quando o agente, supondo por erro que está sendo agredido, repele a suposta agressão. Não está excluída a antijuridicidade do fato porque inexistem dos seus requisitos (agressão real, atual ou iminente), ocorrendo na hipótese uma excludente de culpabilidade nos termos do artigo 20, § 1º (item 5.2.5). [...] (MIRABETE, 2002, p. 190).

Trata-se, no entanto de um erro de inexistência de uma justificante, ficando assim caracterizado como uma hipótese de excludente de culpabilidade.

2.4.6. Excesso da legítima defesa

O excesso da legítima defesa poderá ocorrer nos aspectos doloso ou culposos, onde o agente só será punido pelo ato que gerou o excesso e não por repelir a injusta agressão atual ou iminente. Assim define Capez em relação à legítima defesa em seus aspectos doloso e culposos:

a) Doloso ou consciente: ocorre quando o agente, ao se defender de uma injusta agressão, emprega meio que saiba ser desnecessário ou, mesmo tendo consciência de sua desproporcionalidade, atua com imoderação.

b) Culposos ou inconscientes: ocorre quando o agente, diante do temor, aturdimento ou emoção provocada pela agressão injusta, acaba por deixar a posição de defesa e partir para um verdadeiro ataque, após ter dominado o seu agressor. Não houve intensificação emocional, pois o sujeito imaginava-se ainda sofrer o ataque tendo seu excesso decorrido de uma equivocada apreciação da realidade. (CAPEZ, 2007, p. 288).

Ou seja, o excesso doloso ou consciente acontece quando o agente sabe de forma consciente que está se defendendo de forma desnecessária e desproporcional, muito além a situação que lhe coloca em risco. Já o excesso culposos e inconscientes, acontece quando o agente mediante a situação de temor acaba excedendo-se por ainda achar que está em situação de risco e inconscientemente ocorre o excesso.

3. DA PRISÃO EM FLAGRANTE

3.1. Conceito de prisão em flagrante

A prisão em flagrante é uma espécie de prisão prevista em nosso Código de Processo Penal como medida cautelar, tratando-se da prisão que acontece antes do trânsito em julgado. É a prisão onde o agente do crime está flagrado, ou seja, é a prisão onde o agente do crime se encontra manifesto, está em situação evidente. Assim como nos ensina Mirabete:

A palavra “flagrante” é derivada do latim *flagrare* (queimar) e *flagrans*, *flagrantis* (ardente, brilhante, resplandecente), que no léxico, é acalorado, evidente, notório, visível, manifesto. Em sentido jurídico, **flagrante** é uma qualidade do delito, é o delito que está sendo cometido, praticado, é o ilícito patente, irrecusável, insofismável, que permite a prisão do seu autor, sem mandado por ser considerado a “certeza visual do crime”. Assim, a possibilidade de se prender alguém em flagrante delito é um sistema de auto-defesa da sociedade, derivada da necessidade social de fazer cessar a prática criminosa e a perturbação da ordem jurídica, tendo também o sentido de salutar providência acautelatória da prova da materialidade do fato e da respectiva autoria. (MIRABETE, 2002, p. 370).

Esta espécie de prisão pode acontecer tanto em crimes de maior potencial ofensivo quanto nos crimes de menor potencial ofensivo. A lei 9099/95 em seu artigo 69 diz que quando o agente for flagrado em crime de menor potencial ofensivo, ele não seguirá a prisão, também não será lavrada a prisão em flagrante, será lavrado o termo circunstanciado, onde o agente ao assinar se responsabiliza de apresentar-se ao juizado e poderá responder em liberdade, caso ele se recuse a assinar o termo circunstanciado a lei autorizará então a prisão em flagrante.

Nesta espécie de prisão, o sujeito ativo pode ser representado de forma facultativa, onde qualquer um do povo poderá prender o agente em situação de flagrante delito, e de forma obrigatória a qual está direcionada a figura pública das autoridades policiais e seus agentes, que deverão prender o indivíduo que se encontre em situação de flagrante delito.

3.2. Espécies de flagrante

A lei prevê em nosso Código de Processo Penal três espécies de flagrante, o flagrante próprio também chamado de flagrante real ou verdadeiro; o flagrante impróprio também conhecido como flagrante irreal ou quase flagrante; e também o flagrante presumido que poderá ser apresentado como flagrante ficto. E fora do Código de Processo Penal a lei 12.850/2013 prevê a espécie de flagrante retardado também chamado de flagrante prorrogado ou deferido. Doutrinariamente existem outras modalidades de flagrante como o flagrante preparado, o flagrante forjado e o flagrante esperado.

Vejamos agora cada uma das espécies de flagrante:

3.2.1. Do flagrante próprio (real ou verdadeiro)

O flagrante próprio também conhecido como flagrante real ou verdadeiro está previsto em nosso Código de Processo Penal no artigo 302, incisos I e II, sendo duas as formas em que pode ocorrer esta espécie de flagrante, quando o agente é flagrado praticando o ato criminoso ou quando está acabando de cometer. Assim como nos ensina Mirabete:

Dispõe o artigo 302, que se considera em flagrante delito quem “esta cometendo a infração penal” (inciso I) e quem “acaba de cometê-la” (inciso II), estabelecendo o que se denomina de **flagrante próprio, real, ou flagrante propriamente dito**. A lei equiparou duas situações diversas, mas em dispositivos diversos: a de quem é surpreendido no ato de execução do crime (desfechando golpes na vítima, destruindo coisa alheia, subtraindo coisa alheia etc.) e a de quem já esgotou os atos de execução, causando o resultado jurídico, de dano ou perigo (morte, lesões, dano material etc.), encontrando-se ainda no local dos fatos ou nas suas proximidades em situação indicativa de que cometeu o ilícito (portando a arma homicida, com as vestes manchadas de sangue etc.). (MIRABETE 2002, p. 372).

Ou seja, é considerado em estado de flagrante próprio quem é flagrado praticando o delito ou quem acaba de cometê-lo.

3.2.2. Do flagrante impróprio (irreal ou quase flagrante)

O flagrante impróprio também chamado de flagrante irreal ou quase flagrante está previsto em nosso Código de Processo Penal no artigo 302, inciso III. Neste caso acontece à perseguição logo após os fatos, pela autoridade policial, pela vítima ou por qualquer outra pessoa em circunstância que faça presumir ser o autor do delito, onde o agente não é preso no local dos fatos, existe uma perseguição até que ele seja pego, esta perseguição deverá ser continua, não podendo ser interrompida. Há entendimentos que o termo “logo após” pode durar por até 24 horas, divergindo de autores que entendem se tratar de uma situação de espaço de tempo necessário para a polícia chegar até o local, obter as provas e informações necessárias, dando início a perseguição do autor, podendo, portanto a perseguição durar por dias desde que ininterrupta. Assim como define Mirabete:

O que tem acarretado dúvidas na aplicação do dispositivo é a expressão “logo após”, havendo até autores que pretendem fixar arbitrariamente esse lapso de tempo, estendendo-o até 24 horas, o que não se coaduna com a vontade da lei, na verdade, deixa a interpretação ao prudente critério do juiz. O Código Penal italiano utiliza uma expressão equivalente (**subito dopio**), mas que dá uma idéia de imediatidade não encontrada no texto pátrio. Deve-se entender que o “logo após” do dispositivo é o tempo que corre entre a prática do delito e a colheita de informações a respeito da identificação do autor que passa a ser imediatamente perseguido após essa rápida investigação procedida por policiais ou particulares. Por isso, se tem entendido que não importa se a perseguição seja iniciada por pessoas que se encontravam no local ou pela polícia diante de comunicação telefônica ou radiofônica. Deve-se ter em conta, porém que tal situação não se confunde com uma demorada investigação a respeito dos fatos. (MIRABETE, 2002, p. 372).

Ou seja, quem é perseguido e preso logo após praticar o delito está em situação de flagrante impróprio.

3.2.3. Do flagrante presumido (ficto)

O flagrante presumido também chamado de flagrante ficto está previsto no artigo 302, inciso IV, do Código de Processo Penal, onde nos diz que o agente é encontrado logo depois portando objetos, armas, instrumentos ou papeis que façam presumir ser ele o autor da infração penal. Neste caso não ocorre à perseguição, o

dispositivo não diz ser necessária à perseguição, bastando que o agente seja encontrado logo depois de ter praticado o crime, ainda em porte de objetos que façam pressupor ser ele o autor da infração penal. Assim nos ensina Mirabete:

Também permite a lei a prisão em flagrante na hipótese de ser o autor do fato “encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração” (art. 302, IV), no que se tem denominado flagrante presumido ou ficto. Não é necessário no caso que haja perseguição, mas sim que a pessoa seja encontrada logo depois da prática do ilícito com coisas que traduzam um veemente indício da autoria ou participação no crime. A pessoa não é “perseguida”, mas “encontrada” pouco importando se por puro acaso, ou se foi procurado após investigações. Para a configuração da flagrância presumida nada mais se exige do que estar presumível delinquente na posse de coisas que o indiguem como autor de um delito acabado de cometer. Não permite a lei que fora dessa situação, se prenda o agente meramente por ter confessado a prática do ilícito. (MIRABETE, 2002, p. 373).

Ou seja, não é necessário que o agente esteja no local dos fatos nem que haja a perseguição, neste caso basta que logo depois de praticar o crime o agente seja pego ainda portando instrumentos ou objetos que façam presumir ser ele o autor do delito para que se configure o flagrante presumido.

3.2.4. Do flagrante retardado (prorrogado ou deferido)

Fora do Código de Processo Penal, a lei 12.850/2013 prevê a forma do flagrante retardado, também chamado de flagrante prorrogado ou deferido. Essa espécie de flagrante decorre de crimes praticados por organizações criminosas e da ação controlada da polícia, onde existe uma estratégia investigatória, um momento adequado para se efetuar a prisão em flagrante. Capez nos ensina que:

Neste caso, portanto, o agente policial detém discricionariedade para deixar de efetuar a prisão em flagrante no momento em que presencia a prática da infração penal, podendo aguardar um momento mais importante do ponto de vista da investigação criminal ou da colheita de prova. Como lembra Luiz Flávio Gomes, somente é possível esta espécie de flagrante diante da ocorrência de crime organizado, ou seja, somente “em ação praticada por organizações criminosas ou a elas vinculada. Dito de outra maneira: exclusivamente crime organizado é possível tal estratégia investigatória. Fora da organização criminosa é impossível tal medida”. (CAPEZ, 2017, p. 323).

Ou seja, no flagrante retardado existe uma estratégia policial para o momento mais apropriado de se efetuar a prisão em flagrante.

3.2.5. Do flagrante preparado

O flagrante preparado é uma das modalidades ilegal da prisão em flagrante, equipara-se ao crime impossível, onde não se é possível flagrar. Fica caracterizado quando o agente que pretende prender alguém induz o criminoso a praticar a infração penal. Conforme diz a súmula 145 do Supremo Tribunal Federal que “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

3.2.6. Do flagrante forjado

O flagrante forjado também é outra modalidade ilegal onde pode ocorrer à prisão em flagrante. Neste caso criam-se provas para que se caracterize o crime, trata-se de um crime inexistente, forjado, manipulado ilegalmente para incriminar pessoa inocente, onde uma pessoa coloca um objeto de crime na posse de outra sem que ela saiba. Assim como ensina Capez:

[...] nesta espécie, os policiais ou particulares criam provas de um crime inexistente, colocando, por exemplo, no interior de um veículo substância entorpecente. Neste caso, além de, obviamente, não existir crime, responderá o policial ou terceiro por crime de abuso de autoridade. (CAPEZ, 2017, p. 324).

Ou seja, trata-se então de uma situação forjada para tentar incriminar alguém inocente de uma conduta prevista como crime.

3.2.7. Do flagrante esperado

O flagrante esperado é uma modalidade legal de flagrante, acontece quando policiais ou terceiros previamente informados a respeito de um crime, se deslocam para o local onde irá ocorrer o crime e lá aguardam pela sua execução. Esta espécie se diferencia do flagrante retardado, pois no flagrante esperado efetua-se a prisão no primeiro momento em que ocorre o crime, diferente do flagrante retardado que

permite aos agentes policiais a escolha mais apropriada para o momento de se efetuar a prisão. Também não há que se comparar com o flagrante preparado, pois não se trata de uma situação de induzimento para a prática da ação criminosa, e sim do momento aguardado da investigação para se efetivar a prisão em flagrante.

3.3. O flagrante no crime permanente e no crime habitual

O artigo 303 do Código de Processo Penal nos explica que quando se tratar de crime permanente, ou seja, o crime conforme o momento da consumação se prolonga no tempo de acordo com a vontade do agente que pratica a infração penal, a situação de flagrante dura enquanto o agente tiver o domínio da consumação. Assim nos diz o respectivo artigo:

Artigo 303 – Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

Agora se tratando de crime habitual, ou seja, o crime que ocorre com a habitualidade do autor, onde um ato praticado isoladamente não seria o suficiente para caracterizar o crime habitual, configurando-se com a prática de vários atos que caracterizam o estilo de vida do infrator. Neste caso nos ensina Mirabete (2003, p.374) que na prática de crime habitual, a prisão em flagrante exigiria a prova da reiteração de atos que traduzam o comportamento criminoso, ou seja, a habitualidade. No estado de São Paulo, era praxe elaboração de prévia sindicância policial para comprovação de tais ilícitos (como o da “casa de prostituição”, contravenção de “vadiagem” etc.), mas esses procedimentos foram extintos pela Portaria DGP, de 15-10-83, do Delegado Geral de Polícia. Apesar de tudo, não é incabível a prisão em flagrante em ilícitos habituais se for possível, no ato, comprovar-se a habitualidade. Não se negaria a situação de flagrância no caso da prisão de responsável por bordel onde se encontrariam inúmeros casais para fim libidinoso, de pessoa que exerce ilegalmente a medicina quando se encontra atendendo vários pacientes etc.

3.4. Auto de prisão em flagrante

O auto de prisão em flagrante é o documento que formaliza o ato de alguém que estava em situação de flagrante delito. O artigo 304 do Código de Processo Penal prevê as formalidades que devem obedecer ao procedimento da prisão em flagrante. Onde inicialmente haverá a oitiva do condutor, ou seja, de quem deu a voz de prisão, o qual prestará o compromisso de dizer a verdade, onde a autoridade competente colherá sua assinatura e entregará a cópia do recibo de entrega do preso, ficando assim o infrator sob a responsabilidade da autoridade policial.

Será feita também sempre que houver a oitiva de testemunhas e quando possível à oitiva da vítima. Logo se faz o interrogatório do flagrado, onde serão informados os seus direitos, e conforme prevê a Constituição Federal em seu artigo 5º inciso LXIII terá o direito de permanecer calado, bem como também possui o direito de informar alguém da família, ter advogado e o direito de conhecer a identidade do responsável pela prisão.

Na sequência deverão ser feitas as comunicações conforme prevê o caput do artigo 306 do Código de Processo Penal:

Artigo 306 – A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público, e a família do preso ou à pessoa por ele indicada.

O artigo 306 do Código de Processo Penal também prevê em seu paragrafo 1º o prazo para envio do auto de prisão em flagrante ao juiz competente:

Artigo 306, §1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será comunicado o juiz competente o auto de prisão em flagrante, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

E no mesmo prazo será entregue ao flagrado conforme diz o paragrafo 2º do artigo 306 do Código de Processo Penal, mediante recibo a nota de culpa assinada pela autoridade policial e com o motivo da prisão constando o nome do condutor e das testemunhas.

4. ADMISSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA EXCLUDENTE DE ANTIJURIDICIDADE DA LEGÍTIMA DEFESA NO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE

Feitas as considerações a respeito das excludentes de antijuridicidade e do auto de prisão em flagrante, passaremos agora à análise do objeto de pesquisa.

E como o tema do presente trabalho diverge dentre as posições doutrinárias, onde parte desta doutrina entende que o delegado de polícia pode e deve reconhecer a excludente da legítima defesa no auto da prisão em flagrante, já outra parte entende que à apreciação da excludente de antijuridicidade somente deve ser feita pelo juiz após análise do auto de prisão em flagrante.

Faremos então à análise em dois momentos, onde à autoridade policial poderá apreciar a evidente excludente de antijuridicidade, e quando o delegado de polícia não poderá apreciar a legítima defesa por motivo das circunstâncias de como ocorreu o fato serem complexas.

4.1. Reconhecimento da legítima defesa no auto de prisão em flagrante

Em relação à investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia a lei 12.830/2013 diz que:

Artigo 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

§ 1º Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.

§ 2º Durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos.

§ 3º (VETADO).

§ 4º O inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei em curso somente poderá ser avocado ou redistribuído por superior hierárquico, mediante despacho fundamentado, por motivo de interesse público ou nas hipóteses de inobservância dos procedimentos previstos em regulamento da corporação que prejudique a eficácia da investigação.

§ 5º A remoção do delegado de polícia dar-se-á somente por ato fundamentado.

§ 6º O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias.

Conforme diz expressamente a lei, o delegado de polícia durante a investigação criminal fará à análise técnico-jurídica do fato criminoso, onde irá apurar as circunstâncias dos fatos bem como deverá indicar a autoria e a materialidade nas infrações penais.

De tal modo a função do delegado de polícia durante a investigação criminal seja através de um inquérito policial ou por outro modo de investigação, cabe a ele aplicar a prisão em flagrante quando o sujeito tenha praticado um fato que contrarie a lei. E como já vimos anteriormente para que haja crime necessariamente deverão estar presentes os elementos da tipicidade e da antijuridicidade, onde então consequentemente a prisão em flagrante poderá ser aplicada, conforme diz a Constituição Federal em seu artigo 5º inciso LXI:

Artigo 5º, LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

Durante à análise técnico-jurídica a autoridade policial também deverá analisar as causas excludentes de antijuridicidade onde para que se possa prender uma pessoa em flagrante delito, esta deverá ter cometido uma conduta típica e antijurídica. Estando evidente uma causa excludente de antijuridicidade, no caso do presente trabalho a da legítima defesa, estaria contra os princípios e normas fundamentais previstos em nossa Constituição Federal que o sujeito fosse constrangido à prisão, onde seriam violados, como por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, o da liberdade de locomoção, dentre outros, observando que o sujeito estaria sendo privado de sua liberdade por defender-se de uma injusta agressão atual ou iminente, direito qual como já vimos o próprio Código Penal em seu artigo 23 inciso II prevê que não há crime quando o sujeito pratica o fato em legítima defesa, também estaria violando o princípio da ampla defesa e do devido processo legal tendo em vista que estando evidentes os requisitos previstos no artigo 25 do Código Penal, como já visto anteriormente, não seria possível prender uma pessoa em flagrante delito estando evidente esta ter praticado um fato mediante uma excludente de antijuridicidade. Assim como nos ensina Capez:

A autoridade policial, sendo autoridade administrativa, possui discricionariedade para decidir acerca da lavratura ou não do auto de prisão em flagrante. Sempre considerando que, nessa fase, vigora o princípio do in

dubio pro societate, e que qualquer juízo exculpatório se reveste de arrematada excepcionalidade, o delegado de polícia pode recusar-se a ratificar a voz de prisão emitida anteriormente pelo condutor, deixando de proceder à formalização do flagrante e, com isso, liberando imediatamente o apresentado. Não se trataria aqui, a nosso ver, de relaxamento de prisão, uma vez que sequer ela chegou a ser efetivada, tampouco formalizada. Melhor definir tal hipótese como recusa em iniciar a prisão, ante a ausência de requisitos indiciários mínimos da existência da tipicidade ou antijuridicidade. Evidentemente, a autoridade policial não precisa prender em flagrante, vítima de estupro ou roubo que, claramente em situação de legítima defesa, matou seu agressor. O juízo sumário de cunho administrativo pode ser efetuado, ainda que isso só possa ocorrer em situações absolutamente óbvias e claras de ausência de infração penal. (CAPEZ, 2017, p. 333 - 334).

Ou seja, o delegado de polícia quando observar que está evidente a conduta do agente mediante a legítima defesa, não constrangerá a prendê-lo em flagrante delito. Pois de forma evidente a excludente de antijuridicidade descaracteriza o crime, e não havendo crime, não haverá possibilidade de prisão em flagrante. Tal valoração acontecerá conforme a interpretação do §1º do artigo 304 do Código de Processo Penal:

Artigo 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.

Assim como também nos ensina Adriano Marrey:

Igualmente, a autoridade policial, na conformidade do já mencionado §1º do art. 304 da lei processual penal, não poderá admitir contra o acusado, “fundada suspeita” da prática de crime, quando resulte do próprio auto de prisão em flagrante, e dos dados probatórios desde logo obtidos, que o indiciado agiu em legítima defesa.

Em consequência, e de modo geral, cumpre á autoridade policial desde logo formar juízo de valor acerca do que acabe de apurar, antes de animar-se a mandar recolher a pessoa que se apresenta como vítima de marginais e das circunstâncias, - menos do que como delinquente a ser detido em prisão, até que decida o juiz no exame da cópia do auto da prisão em flagrante.

Manter preso o cidadão que se comportou tal como a lei natural e a legislação penal autorizam, ao defender a própria vida ou a de outrem, pode definir-se como procedimento que desaponta a expectativa comum e constitui motivo de justa apreensão para quantos, habitando na grande cidade de vida tornada agressiva, possam vir a ser alvo de violência, como a de início descrita. (MARREY, 1991, p.386 - 387).

Embora a autoridade policial não prenda o sujeito em flagrante delito, os fatos deveram ser registrados em um boletim de ocorrência, onde o delegado fundamentará sua decisão com base na evidente excludente de antijuridicidade e nos princípios constitucionais, como por exemplo, o da dignidade da pessoa humana, pois se valendo do exemplo em que uma mulher vítima de estupro para fugir de seu agressor acaba matando-o em legítima defesa, não seria justo que a esta verdadeira vítima fosse lavrado o auto de prisão em flagrante e mantida em cárcere até à análise do juiz, sendo ela inocente ao fato de ter praticado o crime de homicídio, uma vez que a lei descaracteriza a antijuridicidade quando o sujeito pratica o fato em legítima defesa. Embora o fato seja típico, a evidente excludente de antijuridicidade tornaria inconstitucional que o delegado de polícia decretasse a prisão em flagrante. E com os indícios de sua fundamentação conseqüentemente o delegado de polícia deverá instaurar o inquérito policial para apurar o verdadeiro e único fato criminoso que de fato ocorreu que foi o caso de estupro contra a mulher que acabou agindo em legítima defesa. Assim nos ensina Francisco Sannini Neto:

O Delegado de Polícia deve registrar os fatos em um Boletim de Ocorrência, fundamentando sua decisão no histórico do próprio BO. Na sequência, deve ser insaturado o Inquérito Policial por meio de Portaria com objetivo de apurar o crime que deu origem a legítima defesa e consubstanciar ainda mais a presença da causa da excludente de ilicitude. Sugerimos, ainda, que a natureza do BO seja a mesma a do crime que originou a legítima defesa (no caso do estupro, a natureza seria estupro tentado e homicídio tentado, sendo a excludente caracterizada ao longo do registro da ocorrência). (Neto, 2015).

Sendo assim o sujeito que agir mediante a excludente da legítima defesa não será constrangido ao cárcere, sendo formalizada tal decisão pela autoridade policial através de um boletim de ocorrência fundamentado com o crime que deu origem a legítima defesa.

Francisco Sannini Neto (2015) também nos diz que o delegado de polícia poderá lavrar o auto de prisão em flagrante ratificando a voz de prisão efetuada anteriormente pelo condutor, colocando o agente em liberdade pela evidência do fato ter sido praticado sob o amparo de uma causa excludente de antijuridicidade. Tal decisão será fundamentada no próprio auto de prisão em flagrante com base em interpretação em contrario sensu do artigo 304, § 1º do Código de Processo Penal. Em tais situações podemos afirmar que a prisão em flagrante é relaxada pelo delegado de polícia.

4.2. Reconhecimento da legítima defesa após lavratura do auto de prisão em flagrante

Como podemos ver a excludente de antijuridicidade da legítima defesa poderá ser reconhecida no auto de prisão em flagrante pelo delegado de polícia desde que esteja presente de forma evidente. Porém existem as situações em que esta excludente apresenta-se de forma obscura onde a autoridade policial não poderá fazer o seu reconhecimento, sendo necessária após a lavratura do auto de prisão em flagrante à análise pelo juiz responsável.

Existem situações em que o agente pratica o fato em legítima defesa e por devido à falta de provas, devido às contradições em depoimentos de testemunhas, devido ao excesso culposo ou doloso; por motivo de segurança a ordem pública e garantia da futura aplicação da lei penal, como requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva do acusado se faz necessária. Veremos o que nos diz o respectivo artigo:

Artigo 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 indícios suficientes 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, §4.º).

Seria o caso, por exemplo, quando em uma festa dois amigos acabam se desentendendo e um deles impelido pelo *animus necandi*, pega uma faca e tenta contra a vida do outro, o qual ao se defender acaba tomando a faca e desferindo um único golpe para espantá-lo, porém acaba por matar o seu agressor, e no momento em que acontecem os fatos testemunhas não presenciaram o início do desentendimento apenas o fato que já se consumou, se trataria apenas do depoimento do acusado de ter praticado o ato para se defender de uma injusta agressão, contra o dizem às testemunhas que presenciaram apenas o fato de o verdadeiro agressor estar morto, o que já seria indício suficiente de materialidade delitiva no crime de homicídio.

Neste caso mesmo o sujeito sendo realmente inocente ao fato a que lhe foi imputado, a ele havendo uma acusação de um fato criminoso, indícios suficientes de autoria e restando a obscuridade quanto à presença da excludente da legítima

defesa, a função do delegado de polícia não poderia ser diferente a não ser a de aplicar a prisão em flagrante delito pelo motivo não estar evidente que o sujeito teria praticado o fato em legítima defesa e que ele possa concorrer ao crime ao qual lhe foi imputado, e se colocado em liberdade poderia voltar a delinquir ou deixar o distrito da culpa. Posterior à aplicação da prisão em flagrante, à autoridade policial irá encaminhar o inquérito policial para que o juiz tome as devidas providências analisando o auto de prisão em flagrante, assim como nos diz o artigo 310 do Código de Processo Penal:

Artigo 310 – Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I – relaxar a prisão ilegal; ou

II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes às medidas cautelares diversas a prisão; ou

III – conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto da prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-lei n. 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 processuais, sob pena de revogação.

Como vimos o agente que praticou a excludente de forma obscura, onde embora ele diga ter praticado o fato para defender-se de injusta agressão atual e iminente, ao restar à complexidade dentre o depoimento de testemunhas, e as provas relacionadas à excludente de antijuridicidade forem insuficientes, cabe ao juiz fazer à análise e conseqüentemente verificar se realmente as provas condizem com a tese da legítima defesa, podendo assim conceder a liberdade provisória até que se apurem os fatos ou aplicar a prisão preventiva no caso de não estar convencido de que o fato tenha sido praticado mediante a excludente de antijuridicidade, estando o agente oferecendo risco à apuração dos fatos. Assim como nos diz o artigo 314 do Código de Processo Penal:

Artigo 314 – A prisão preventiva em nenhum momento será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II, III do caput do art. 23 do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.

No caso do juiz não estar convencido que o fato tenha ocorrido mediante legítima defesa, o processo criminal continuará em seu rito normal, onde após a audiência de instrução, perante as provas apresentadas tanto pela defesa quanto pela acusação restarem dúvidas para o convencimento do juiz de que o sujeito tenha praticado o fato em legítima defesa, o juiz irá aplicar sentença absolvendo o acusado. Na dúvida sobre a existência da excludente da legítima defesa, deve ser dada a solução mais favorável ao réu, assim como nos diz o artigo 386 do Código de Processo Penal:

Artigo 386 – O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

- I – estar provada a inexistência do fato;
- II – não haver prova da existência do fato;
- III – não constituir o fato infração penal;
- IV – estar provado de que o réu não concorreu para a infração penal;
- V – não existir prova de ter o réu para a infração penal;
- VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1.º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;
- VII – não existir prova suficiente para a condenação.

Parágrafo único. Na sentença absolutória, o juiz:

- I – mandará, se for o caso, pôr o réu em liberdade;
- II – ordenará a cessação das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas.
- III – aplicará medida de segurança se cabível.

Então restando dúvidas para o convencimento do juiz de que o sujeito tenha praticado o fato mediante a excludente da legítima defesa, deverá o réu ser absolvido conforme previsto no inciso VI do artigo 386 do Código de Processo Penal.

Quando a acusação se tratar de crime de homicídio, tentativa de homicídio ou de crimes de competência do tribunal do júri, após audiência de instrução havendo a dúvida no convencimento do juiz perante as provas apresentadas, irá sentenciar a pronúncia do réu para que este seja julgado perante o Egrégio Tribunal do Júri, pois considerando que nos crimes de sua competência não prevalecerá o *in dubio pro reo*, e sim o *in dubio pro societate*, onde a decisão popular irá analisar a tese de defesa do réu mediante sua afirmação de ter praticado o fato em legítima defesa.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nosso principal objetivo nesta pesquisa foi demonstrar que a excludente de antijuridicidade da legítima defesa não só pode como deve ser reconhecida no auto de prisão em flagrante e de que a autoridade policial tem total discricionariedade para fazer tal análise. Assim como podemos demonstrar ao longo dos capítulos através conceitos doutrinários, interpretação da lei penal e processual penal, analisando e comparando situações onde a excludente de antijuridicidade da legítima defesa pode acontecer e em quais os momentos ela pode ser reconhecida. Primeiramente começamos conhecendo o que vem a ser um crime e quando ele se configura, quais são os elementos necessários para o conceito de crime que prevalece em nosso Código Penal e conceituamos os elementos da tipicidade e da antijuridicidade os quais são essenciais para se chegar a uma definição do que é crime.

Sequencialmente abordamos as causas excludentes de antijuridicidade onde aduzimos a ideia de quando a lei penal permite a exclusão da antijuridicidade, ou seja, embora tenha ocorrido o fato típico e antijurídico, sendo este praticado nas circunstâncias em que o Código Penal brasileiro prevê como excludentes de antijuridicidade, não há que se falar em crime. Conceituamos cada uma das causas excludentes de antijuridicidade prevista em nosso Código Penal, com um maior enfoque na excludente de antijuridicidade da legítima defesa.

Podemos verificar quando acontece uma prisão em flagrante e quais espécies de flagrante que podem ocorrer. Também analisamos os requisitos e formalidades necessários para se efetuar o auto de prisão em flagrante.

E por fim com base na ideia do que seja crime, de quando a lei autoriza sua descaracterização por uma excludente de antijuridicidade e como acontece uma prisão em flagrante, fizemos uma análise da lei penal e processual penal de como a excludente de antijuridicidade da legítima defesa pode ser apreciada pelo delegado de polícia durante a prisão em flagrante, comparando com os entendimentos de doutrinadores e estudiosos do direito. Abordamos quando a autoridade policial pode fazer este reconhecimento e que de acordo com a lei 12.830/2013 o delegado de polícia tem a responsabilidade de fazer a análise técnico-jurídica, apurando os fatos

diante das informações e provas relacionadas à materialidade e autoria delitiva, decidindo pelo indiciamento ou não, pela prisão em flagrante ou pela liberdade do agente. Concluimos que a autoridade policial não só pode como tem o dever de apreciar a excludente de antijuridicidade da legítima defesa no auto de prisão em flagrante evitando o constrangimento à prisão do agente que praticou o fato e preservando os direitos constitucionais da liberdade de locomoção e o da dignidade da pessoa humana, há de se considerar ainda, que o delegado de polícia ao considerar a excludente de antijuridicidade pode deixar de realizar o flagrante, entretanto ainda lhe resta a possibilidade de instaurar o inquérito policial por portaria, quando a presença da circunstância justificante for tão evidente de modo a afastar a necessidade da prisão cautelar. Porém dependendo de como ocorra o fato do agente ter praticado a legítima defesa, esta não estando evidente, a obscuridade faz com que a excludente não possa ser apreciada pela autoridade policial e sim após o convencimento do juiz em análise do auto de prisão em flagrante, e dependendo do caso se tratando de crimes contra a vida o reconhecimento somente poderá acontecer após análise do Egrégio Tribunal do Júri, pois considerando que nos crimes de sua competência não prevalecerá o *in dubio pro reo*, e sim o *in dubio pro societate*.

6. REFERÊNCIAS

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, Parte Geral. 12ª edição. Editora Saraiva 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal, Parte Geral. 19ª edição. Editora Atlas S.A. 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal, Parte Geral, Parte Especial. 3ª edição. Editora Revista dos Tribunais LTDA 2007.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 24ª edição. Editora Saraiva 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. 13ª edição. Editora Atlas S.A. 2002.

MARREY, Adriano. “Legítima defesa exclui possibilidade de prisão”. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 80, v. 665, 386-387, 1991.

NETO, Francisco Sannini. Prisão em Flagrante e as Excludentes de Ilícitude, 2015. Disponível em: <https://franciscosannini.jusbrasil.com.br/artigos/222928845/prisao-em-flagrante-e-as-excludentes-de-ilicitude>. Acesso em: 03 de julho de 2017.

BRASIL. Código Penal (1940). In: CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia e NICOLETTI, Juliana. Vade Mecum Saraiva. 17ª edição. Editora Saraiva 2014.

BRASIL. Código de Processo Penal (1941). In: CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia e NICOLETTI, Juliana. Vade Mecum Saraiva. 17ª edição. Editora Saraiva 2014.

BRASIL. Constituição Federal (1988). In: CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia e NICOLETTI, Juliana. Vade Mecum Saraiva. 17ª edição. Editora Saraiva 2014.

BRASIL. Lei N° 9.099, de 26 de Setembro de 1995. In: CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia e NICOLETTI, Juliana. Vade Mecum Saraiva. 17ª edição. Editora Saraiva 2014.

BRASIL. Lei N° 12.830, de 20 de Junho de 2013. In: CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia e NICOLETTI, Juliana. Vade Mecum Saraiva. 17ª edição. Editora Saraiva 2014.

BRASIL. Lei N° 12.850, de 02 de Agosto de 2013. In: CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia e NICOLETTI, Juliana. Vade Mecum Saraiva. 17ª edição. Editora Saraiva 2014.