

**CESED - CENTRO DE ENSINO SUPERIOR E DESENVOLVIMENTO
UNIFACISA – CENTRO UNIVERSITÁRIO
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

DELLANO NAFS PINTO DA SILVA LOPES

**LEGITIMIDADE DO RECONHECIMENTO DA LEGÍTIMA DEFESA PELO
DELEGADO DE POLÍCIA**

**CAMPINA GRANDE – PB
2021**

DELLANO NAFS PINTO DA SILVA LOPES

LEGITIMIDADE DO RECONHECIMENTO DA LEGÍTIMA DEFESA PELO DELEGADO
DE POLÍCIA

Trabalho de Conclusão de Curso - Artigo Científico -
apresentado como pré-requisito para a obtenção do
título de Bacharel em Direito pela UniFacisa – Centro
Universitário.

Área de concentração: Direito Processual Penal.

Orientador: Prof.º da UniFacisa Breno Wanderley
César Segundo, Dr.

CAMPINA GRANDE – PB
2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
(Biblioteca da UniFacisa)

XXXXX

Último sobrenome do autor, Nome do autor.

Título do artigo e subtítulo, se houver / Nome completo do autor do artigo. – Local de publicação,
Ano.

Originalmente apresentada como Artigo Científico de bacharelado em Direito do autor (bacharel –
UniFacisa – Centro Universitário, Ano).

Referências.

Primeira palavra-chave retirada o resumo. 2. Segunda palavra-chave retirada o resumo. 3. Terceira
palavra-chave retirada o resumo I. Título...

CDU – XXXX (XXX) (XXX)

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo Científico
– Legitimidade do reconhecimento da legítima defesa
pelo delegado de polícia - apresentado como parte dos
requisitos necessários para obtenção do título de Grau
em Bacharel no curso de Direito outorgado pela
UNIFACISA – Centro Universitário de Campina
Grande – PB.

APROVADO EM ____/____/____

BANCA EXAMINADORA:

Prof. da UNIFACISA
Orientador

Prof.º da UniFacisa.

Prof.º da UniFacisa.

LEGITIMIDADE DO RECONHECIMENTO DA LEGÍTIMA DEFESA PELO DELEGADO DE POLÍCIA

Dellano Nafs Pinto da Silva Lopes*
Breno Wanderley César Segundo**

RESUMO

O presente artigo tem o objetivo de analisar a legitimidade do reconhecimento da legítima defesa pelo delegado de polícia no auto de prisão em flagrante. Será apresentada a teoria que define o crime em seu conceito analítico, tal qual, em fato típico, ilícito e culpável. Abordando, o que propõe o trabalho, as causas de excludentes de ilicitude, em foco principal na legítima defesa. O procedimento técnico utilizado é a revisão bibliográfica, com base em livros, artigos, revistas e lei para o embasamento teórico e análise sobre o estudo. Ainda, através do método dedutivo de abordagem. O objetivo geral desse trabalho é estudar a possibilidade de reconhecimento da legítima defesa pelo delegado de polícia, durante a fase de inquérito e na prisão em flagrante. Os objetivos específicos são apresentar a legítima defesa como causa de exclusão de ilicitude no Direito Penal, bem como abordar a questão da persecução penal e do flagrante delito como momentos para o reconhecimento da ocorrência de legítima defesa pelo Delegado de Polícia. Na conclusão, mostramos que, apesar de posições interpretativas contrárias, entendemos que a autoridade policial deve deixar de lavrar o flagrante quando estiverem presentes os requisitos de legítima defesa.

PALAVRAS CHAVES: Legítima defesa. Liberdade de locomoção. Reconhecimento pelo delegado.

¹ Graduando do Curso Superior em Bacharel em Direito pela UNIFACISA.

² Professor orientador Breno Wanderley César Segundo, graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal da Paraíba (1996), Mestre em Educação pela Universidade Técnica de Lisboa (2002) e Doutor em Sociologia pela Universidade Federal da Paraíba (2011). Autor de livros como: O Código de Ética do Jornalista brasileiro: Comentários e Interpretações; A ressocialização no Brasil é uma mentira; Direito Agrário no Brasil: História e Legislação; Aspectos da Prova Ilícita no Processo Penal; Reforma Política: Propostas e Desafios, e A presunção de Violência no Estupro de vulnerável. É advogado criminalista e professor da UNIFACISA Centro Universitário.

ABSTRACT

This article aims to analyze the legitimacy of the recognition of self-defense by the police chief in the act of arrest in flagrante delicto. The theory that defines crime in its analytical concept will be presented, as it is, in typical fact, illicit and culpable. Addressing, what the work proposes, the causes of excluding illegality, with a main focus on legitimate defense. The technical procedure used is the bibliographic review, based on books, articles, journals and law for theoretical basis and analysis of the study. Also, through the deductive method of approach. The general objective of this work is to study the possibility of recognition of self-defense by the police chief, during the investigation phase and in the arrest in flagrante delicto. The specific objectives are to present self-defense as a cause for excluding illegality in Criminal Law, as well as addressing the issue of criminal prosecution and flagrante delicto as moments for the Police Delegate to recognize the occurrence of self-defense. In conclusion, we show that, despite opposing interpretive positions, we understand that the police authority should stop drawing up the flagrant when the requirements of self-defense are present.

KEYWORDS: Self-defense. Freedom of movement. Legitimacy of the delegate's assignment.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar a legitimidade do reconhecimento da legítima defesa pelo delegado de polícia quando se depara com uma situação flagrância em que o conduzido está amparado por essa excludente. Em razão da interpretação do artigo 310 do Código de Processo Penal, há doutrinadores que entendem que o delegado de polícia não tem atribuição de reconhecer a legítima defesa, pois, conforme previsão do texto normativo apresentado, seria uma análise da autoridade judiciária.

O Estado tem o dever de garantir a ordem pública, as regras para essa garantia encontram-se na lei e os agentes de segurança pública como fiscais das violações normativas que comprometem a ordem social. Dessa forma, como o estado não é onipresente, existem situações em que o particular poderá se defender de injustas agressões e não cometer crime. Nesse sentido, a atribuição do delegado de polícia em reconhecer a legítima defesa torna-se essencial ao direito à liberdade de locomoção. Desse modo, elucidando o conceito analítico do crime,

abordando os casos de legítima defesa e apresentando as medidas que autorizam o reconhecimento desse instituto demonstram que tal atribuição é indispensável para que o delegado de polícia atue de forma justa.

O Código Penal, na parte geral, prevê em seu artigo 23: “Não há crime quando o agente pratica o fato: II – em legítima defesa;” e a definição da legítima defesa encontra-se no artigo 25 do mesmo diploma legal, expondo que “entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.”. Portanto, resta claro que o Estado tem o dever de prover a segurança pública e, ainda, de garantir ao cidadão a sua defesa para um mal injusto contra um bem jurídico protegido.

O regulador do Direito Penal é o Código de Processo Penal, que prevê as atribuições do delegado de polícia frente a uma infração penal. Assim, quando surge a ocorrência de um crime, haverá o dever do Estado de punir aquele que infringiu a norma jurídica. Dessa forma, o delegado de polícia tem o dever de apurar a infração penal e suas autorias.

Sendo assim, a autoridade policial tem atribuição de qualificar o crime, ou seja, quando ocorre uma prisão em flagrante, serão conduzidos o autor da infração e o autor da prisão para a delegacia de polícia para que o delegado faça uma análise do caso e preveja o crime fatídico. Porém, a depender do entendimento doutrinário, o delegado poderá ou não analisar se ocorreu o crime.

A escolha do tema: “legitimidade do reconhecimento da legítima defesa pelo delegado de polícia” busca fazer uma análise detalhada sobre a competência dos delegados de polícia, reforçando o que alguns doutrinadores já analisam: a importância da autoridade policial reconhecer a legítima defesa.

O problema de pesquisa deste estudo questiona os seguintes levantamentos: O delegado de polícia como o primeiro garantidor dos direitos fundamentais poderia ter atribuição de reconhecer a legítima defesa e garantir a liberdade de locomoção daquele que agiu legalmente? É proporcional um inocente ter sua liberdade restrinida até que haja o reconhecimento por outra autoridade?

O objetivo geral desse trabalho é portanto, estudar a possibilidade de reconhecimento da legítima defesa pelo delegado de polícia, durante a fase de inquérito e na prisão em flagrante. Como objetivos específicos buscamos apresentar a legítima defesa como causa de exclusão de ilicitude no Direito Penal, bem como abordar a questão da persecução penal e do flagrante delito como momentos para o reconhecimento da ocorrência de legítima defesa pelo Delegado de Polícia.

Conforme a teoria tripartite, a qual apresenta o conceito analítico e estrutural de crime em típico, ilícito e culpável, aquele que pratica um fato previsto na norma penal, entretanto, por ausência de algum elemento contido na tipicidade ou havendo alguma excludente de ilicitude, não praticará crime. Nesse sentido, o delegado de polícia não poderá lavrar o auto de prisão em flagrante, por não haver crime.

Por conseguinte, o delegado de polícia ao analisar não só a tipicidade, mas também as excludentes de ilicitude, garante o direito à liberdade de locomoção daquele que agiu conforme a lei. Ademais, as funções da autoridade policial são de natureza jurídica, exigem conhecimento técnico e jurídico para seu exercício, também sendo privativo para bacharéis em direito, assim, essa autoridade pode avaliar se houve a presença da legítima defesa. Inclusive, tal conduta não afasta apreciação do judiciário em momento posterior, mas garante o direito de ir e vir daquele que não violou a norma jurídica.

2 CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME

O conceito de crime pode ser analisado sob três aspectos: formal, material e analítico. No aspecto formal, o crime é uma conduta humana rotulada como crime sob imposição de sanção penal. No aspecto material, o crime é toda ação ou omissão que gera intolerável lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido penalmente. No aspecto analítico de crime, que é o objeto de estudo, será analisado com base na teoria tripartite.

Bitencourt (2012, p.234) leciona que: “Embora a inicialmente confusa e obscura definição desses elementos estruturais, que se depuraram ao longo do tempo, o conceito analítico predominante passou a definir o crime como a ação típica, antijurídica e culpável.”

Dessa forma, segundo essa teoria, o crime divide-se em três elementares: fato típico, ilícito e culpável. Assim, a conduta deixa de ser crime, caso não preencha todos os requisitos da tipicidade e ilicitude, e não havendo a culpabilidade, tem se isenção de pena.

O fato típico “é a síntese da conduta ligada ao resultado pelo nexo causal, amoldando-se ao modelo legal incriminador” (NUCCI, Guilherme de Souza, 2013, p.202), assim o fato típico divide-se na conduta, resultado, nexo causal e tipicidade.

A antijuridicidade (ilicitude) é “a contrariedade de uma conduta com o direito causando efetiva lesão a um bem jurídico protegido” (NUCCI, 2013, p.262), ou seja, preenchendo os requisitos do fato típico, haverá indícios de ilicitude.

A culpabilidade, para Rogério Greco (2014, p.379), “Culpabilidade é o juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente.” Assim, não basta que a conduta seja típica e ilícita, avalia-se também o juízo de reprovação sobre as elementares iniciais.

Portanto, para que haja um crime é necessário, conforme a teoria tripartite, que se analise as três elementares apresentadas. Desse modo, faz-se necessário abordar as causas que excluem a segunda elementar do crime (ilicitude), abordando, de forma detalhada, a legítima defesa.

3 CAUSAS DE EXCLUSÃO DE ILICITUDE

Ao analisar o fato típico, que decorre de conduta, resultado, nexo causal e tipicidade, segue-se para a segunda elementar do crime que é a ilicitude, que será analisada sob exclusão, ou seja, caso o agente tenha agido conforme o art. 23, não terá ilicitude, assim não terá praticado crime.

Assim prevê o Código Penal em seu 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"

Assim, embora o agente pratique um fato definido como crime, em função das causas que apresenta o artigo 23 do Código Penal, não haverá sanção penal por sua conduta, pois não praticou crime. Cumpre elucidar, portanto, as três hipóteses dessas excludentes, o que se faz a seguir.

No que se refere ao estado de necessidade, previsto no artigo 24 do Código Penal, menciona, ipsis litteris, que “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”.

Já em relação à legítima defesa, que será abordada em tópico específico de forma enfática, faz se necessário expor, de forma sucinta, o que prevê Código Penal: “Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. ”

O estrito cumprimento do dever legal, por sua vez, decorre da prática de um fato em decorrência de um dever legal definido no ordenamento jurídico praticado sem excesso, para que não seja responsabilizado.

Já o exercício regular de direito, que não tem definição na lei, é o exercício de um direito por qualquer cidadão, assim devendo obedecer aos limites legais e proporcionais para não incorrer em excesso.

Observa-se que o legislador, ao estipular as causas de exclusão da ilicitude, deu ao particular a possibilidade de defesa de possíveis ameaças ao bem jurídico protegido, assim, só havendo a responsabilização por possíveis excessos que decorram da conduta que legalizam o direito de se proteger.

3.1 DA LEGÍTIMA DEFESA

Uma vez já exposta a definição legal do tema, cumpre mencionar a definição doutrinária sobre. De acordo com NUCCI (2005, p.222), legítima defesa: “É a defesa necessária empreendida contra agressão injusta, atual ou iminente, contra direito próprio ou de terceiros, usando para tanto, moderadamente, os meios necessários.”

Elucida, ainda, que existem duas teorias que explicam a legítima defesa: teoria subjetiva e teoria objetiva. A primeira entende que esse instituto seja causa de excludente de culpabilidade, a segunda, conforme entendimento de MIRABETE, que é a majoritária, entende como causa de exclusão da ilicitude do fato, pois há existência do direito primário de se defender.

Assim, sendo necessário conceituar os requisitos para que o agente esteja amparado pela legítima defesa.

3.1.1 REQUISITOS DA LEGÍTIMA DEFESA

De acordo com entendimento doutrinário e na própria legislação pertinente, os requisitos da legítima defesa são estes:

- a. Reação a uma agressão atual ou iminente e injusta;
- b. Defesa de um direito Próprio ou alheio;
- c. Moderação no emprego dos meios necessários à repulsa;
- d. O elemento subjetivo.

Analisando o primeiro requisito, deve se conceituar como a doutrina entende o que seja uma agressão. Assim, segundo MIRABETE, é um ato humano que lesa ou põe em perigo um direito e que, embora, em geral, implique em violência, nem sempre está presente na agressão, pois poderá consistir em um ataque sub-recéptico (no furto, por exemplo), e até em uma omissão ilícita (o carcereiro que não cumpre o alvará de soltura, o médico que arbitrariamente não concede alta ao paciente, a pessoa que não sai da residência após sua expulsão pelo morador, etc.)

Assim, para caracterizar a legítima defesa, é necessário que seja uma reação a uma agressão injusta e humana. Ou seja, não há o que se falar nesta excludente de ilicitude quando decorrer de atos da natureza ou decorrido de animais, exceto quando usado como instrumento por pessoa que assim o instiga.

Ainda, entende-se como agressão atual aquela agressão que está acontecendo. E a agressão iminente a que está prestes a acontecer.

No segundo requisito, por sua vez, é a defesa de direito próprio ou alheio, que é aquele direito que está tutelado juridicamente. Podendo o mesmo ser decorrido da violação do titular do direito, como também, de terceiro.

Na terceira análise, emprego dos meios necessários, entende NUCCI (2005, p.229) da seguinte forma: “são os eficazes e suficientes para repelir a agressão ao direito, causando o menor dano possível ao atacante”.

Assim, deve haver proporcionalidade dos meios utilizados por quem está amparado pela legítima defesa, devendo ser razoável para repelir a agressão sofrida.

Por fim, no último requisito, o elemento subjetivo: “ANIMUS DEFENDENDI”, decorre do ânimo que o agente tem em se defender. Conforme ensinamento de MIRABETE (2000, p.186):

Como em todas as justificativas, o elemento subjetivo, ou seja, o conhecimento de que está sendo agredido, é indispensável. Como já se observou, não se tem em vista apenas o fato objetivo nas justificativas, não ocorrendo a excludente quando o agente supõe estar praticando ato ilícito. Inexistirá a legítima defesa quando, por exemplo, o sujeito atirar em um ladrão que está à porta de sua casa, supondo tratar-se do agente policial que vai cumprir o mandado de prisão expedido contra o autor do disparo.

Assim, o agente que repele uma injusta agressão deve estar consciente de que está se defendendo de uma violação ao bem jurídico protegido no ordenamento jurídico.

Vale também mencionar que diante da ocorrência de uma conduta que pode ser entendida como criminosa, o estado tem o dever de apurar o caso para que haja, se necessário,

as sanções previstas no ordenamento jurídico. Sendo de suma importância explicar o que vem a ser o Persecutio Criminis.

4 PERSECUTIO CRIMINIS

O Estado como garantidor da paz social tem o dever de proteger os bens jurídicos tutelados, através das polícias, as quais fazem a fiscalização das condutas que podem ameaçar a ordem pública. A Constituição Federal em seu artigo 144 dispôs sobre os órgãos de segurança pública, logo a função de investigação criminal pela polícia cabe a Polícia Judiciária, tal qual, no âmbito dos Estados, a Polícia Civil; em âmbito Federal, a Polícia Federal, cada órgão com atribuições específicas definidas em lei.

A persecutio criminis vem a ser, segundo De Placido e Silva (1986, p.359), "derivada do latim persecutio (seguir sem parar, ir ao encalço, perseguir), é tomado na acepção jurídica como ação de seguir ou perseguir em justiça". Ou seja, havendo a ocorrência de uma infração penal, o Estado tem o dever de agir através das respectivas instituições para responsabilização do autor da conduta delituosa.

A Constituição Federal atribui a organização da Polícia Civil da seguinte forma: art. 144, § 4º "Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto os militares. "

Assim, o delegado de polícia tem atribuição de direção da polícia judiciária, apuração de infrações penais, e o exercício dessas atribuições pela autoridade policial são de natureza jurídica e essenciais de Estado, conforme prevê o art. 2º da lei 12.830/13.

Após apresentado o papel do Estado como garantidor da paz social e a polícia específica para apuração das infrações penais, cabe analisar: o que ocorre após acontecido um crime? Quem tem obrigação legal de prender em flagrante?

O Código de Processo Penal estipula os agentes que podem realizar a prisão em flagrante da seguinte forma: "Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. "

Ainda, conforme previsão do artigo 13, §2º do Código Penal, as polícias, como órgão de segurança pública, têm o dever legal de prender aquele indivíduo que incide em crime, ou seja, o policial tem o dever de prender. Já ao particular, na lei há uma faculdade quando este se depara com um infrator.

Sendo necessário exemplificar o que vem a ser uma prisão em flagrante, como também expor os diferentes tipos de flagrante. Pois mesmo sem ordem fundamentada da autoridade judicial pode ser realizada.

4.1 PRISÃO EM FLAGRANTE

No que se refere à prisão em flagrante, o doutrinador Capez (2013, p. 326) sintetiza bem o conceito de prisão em flagrante, como sendo “medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e processual, consistente na prisão, independentemente de ordem escrita do Juiz competente, de quem é surpreendido cometendo ou logo após cometer um crime ou uma contravenção”.

Assim, o Código de Processo Penal também normatizou as modalidades do que pode ser considerado em 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 autor da infração.

É importante elucidar, ainda, a definição majoritária, pela doutrina, sobre os incisos I e II, apresentando para tanto os entendimentos de Távora e Alencar (2016, p.874):

“Dá-se o flagrante próprio quando o agente é surpreendido cometendo a infração penal ou quando acaba de cometê-la. É a modalidade que mais se aproxima da origem da palavra flagrante, pois há um vínculo de imediatidate entre a ocorrência da infração e a realização da prisão”.

Na análise do inciso III, a doutrina majoritária o nomeia como flagrante impróprio, imperfeito, irreal ou quase flagrante. Sendo o conceito apresentado por Lima (2014, p.865):

O flagrante impróprio, também chamado de imperfeito, irreal ou quase flagrante, ocorre quando o agente é perseguido logo após cometer a infração penal, em situação que faça presumir ser ele o autor do ilícito. Exige o flagrante impróprio a conjunção de 3 (três) fatores: a) perseguição (requisito de atividade); b) logo após o cometimento da infração penal (requisito temporal); c) situação que faça presumir a autoria (requisito circunstancial).

Assim, para haver a legalidade dessa modalidade de flagrante, deve-se analisar sob o aspecto de perseguição, ou seja, enquanto houver perseguição para a prisão do infrator, haverá legalidade na prisão.

Na avaliação de legalidade dessa modalidade de flagrante, Capez (2015, p.226), analisa da seguinte forma: “Nesta hipótese, contanto que a perseguição não seja interrompida, o executor poderá efetuar a prisão onde quer que alcance o capturando, desde que dentro do território nacional.”

No inciso IV, não está condicionado a perseguição do autor da infração, mas que este seja encontrado com os objetos materiais da ação delituosa, para que haja o flagrante presumido.

No flagrante presumido, o agente é preso, logo depois de cometer a infração, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que presumam ser ele o autor do delito. Esta espécie não exige perseguição. Basta que a pessoa, em situação suspeita, seja encontrada logo depois da prática do ilícito, sendo que, o móvel que a vincula ao fato é a posse de objetos que façam crer ser o autor do crime. O lapso temporal consegue ainda ter maior elasticidade pois a prisão decorre do encontro do agente com os objetos que façam a conexão com a prática do crime.

Assim, foi exposto as hipóteses legais das espécies do que pode ser considerado como flagrante como também os agentes que devem e os que podem realizar a prisão do infrator conforme entendimento de Távora e Alencar (2016, p.874).

Por conseguinte, dada a voz de prisão para o infrator que fora visto praticando um crime, o condutor (quem deu a voz de prisão), de imediato, deve se dirigir a delegacia de polícia mais próxima do local do crime para que se inicie a formalização da prisão através da lavratura do auto de prisão em flagrante pela autoridade policial.

4.2 LAVRATURA DO AUTO DE PRISÃO

A lavratura do auto de prisão em flagrante consiste na formalização da prisão em flagrante do autor do crime que fora presenciado por policial ou qualquer do povo na prática de uma infração penal.

Assim prevê o CPP:

Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá está o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a esta 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.

A autoridade competente que estabelece no Código de Processo Penal é definida na Lei Complementar nº. 85 de 2008 do Estado da Paraíba:

“Art. 228: Aos delegados de polícia, no cumprimento das funções institucionais e das atribuições da polícia civil do estado da Paraíba, incumbe:

III – No curso de procedimentos de sua atribuição:

a) presidir, com exclusividade, auto de prisão em flagrante e de apreensão em flagrante de adolescentes infratores;”

Dessa forma, fica estabelecido que a autoridade competente para formalização da prisão em flagrante é o Delegado de Polícia, entretanto esta autoridade deve avaliar as condições que se apresentam no art. 304 do CPP.

5 LEGITIMIDADE DO RECONHECIMENTO DA LEGÍTIMA DEFESA PELO DELEGADO DE POLÍCIA

A autoridade policial passa a ser o primeiro garantidor dos direitos daquele que possivelmente pode ter praticado uma infração penal, ou seja, caso não esteja previsto as condições da prisão em flagrante, como por exemplo a concessão de fiança arbitrada pelo delegado, conforme previsão do art. 322 do CPP, deve-se conceder a liberdade do infrator.

O objeto de estudo do trabalho está relacionado na não lavratura do auto de prisão em flagrante diante de uma excludente de ilicitude, especificamente à Legítima Defesa, assim, conforme a teoria tripartite que define o crime em fato típico, ilícito e culpável, não havendo os requisitos das elementares da tipicidade e ilicitude, não há crime. Mesmo assim, deve-se autuar quem agiu em legítima defesa? O delegado deve formalizar a prisão sem fazer uma análise jurídica do caso?

Oportuna doutrina defendida por Mirabete (2005, p.288) profere:

“Ao receber o preso e as notícias a respeito do fato tido como criminoso, a autoridade policial deverá analisar estes e os elementos que colheu com muita cautela, a fim de verificar se é hipótese de lavrar o auto de prisão em flagrante. A prisão não implica obrigatoriamente na lavratura do auto, podendo a autoridade policial, por não estar convencida da existência de infração penal ou por entender que não houve situação de flagrância, conforme for a hipótese, dispensar a lavratura do auto, determinar a instauração de inquérito policial para apurar o fato, apenas registrá-lo em boletim de ocorrência etc., providenciando então a soltura do preso.”

É relevante apresentar, ainda, a decisão em sede de recurso especial do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, nº 679/351, que aduz:

"A determinação da lavratura do auto de prisão em flagrante pelo Delegado de Polícia não se constitui em um ato automático, a ser por ele praticado diante da simples notícia do ilícito penal pelo condutor. Em face do sistema processual vigente, o Delegado de Polícia tem o poder de decidir da oportunidade ou não de lavrar o flagrante."

Assim, a autoridade policial deve estar convencida que está presente de uma infração penal, ou seja, caso entenda que não está diante de um flagrante legal, não deve lavrar o auto de prisão.

Ademais, conforme a Lei nº 12.830 que dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo Delegado de Polícia, as funções exercidas por esta autoridade são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado e sendo privativo de Bacharel em Direito. Logo, o delegado tem conhecimento técnico para restringir ou não a liberdade de locomoção daquele que pode ter sido conduzido de forma ilegal.

Acerca do despacho ratificador da Autoridade Policial (Delegado de Polícia de carreira), Brene e Lépore (2013, p.132), ensinam que:

Em seguida, a Autoridade Policial deve realizar um juízo de tipicidade sobre os fatos e, se resultar das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão (art. 304, § 1.º, CPP). No denominado despacho ratificador, deverá o Delegado de Polícia justificar a prisão do autor, descrevendo em qual hipótese de flagrante do art. 302, CPP, se amolda, bem como elencar as diligências necessárias para a conclusão do inquérito policial.

Assim, o delegado de polícia fará um juízo de tipicidade sobre os fatos e a suspeita contra o conduzido para assim formalizar o tipo normativo penal violado pelo conduzido. Além disso, irá descrever o tipo de flagrante que o conduzido foi identificado pelo condutor. Diante disso, mostra-se que a autoridade policial pode e deve qualificar a conduta no art. 25 do CP quando estiver diante de fatos que descrevem a legítima defesa.

Na mesma senda, Nucci (2012, p.600-601) afirma que:

[...] conforme o auto de prisão em flagrante desenvolve-se, com a colheita formal dos depoimentos, observa-se a Autoridade Policial que a pessoa presa não é aparentemente culpada. Afastada a autoria, tendo sido constatado o erro, não recolhe o sujeito, determinando sua soltura. É a excepcional hipótese de se admitir que Autoridade Policial relaxe a prisão.

Assim, os doutrinadores apresentados entendem que o delegado de polícia deve estar convencionado na legalidade do flagrante e também que o conduzido tenha cometido um crime.

Entretanto, há o entendimento que prevalece na doutrina tradicional in litteris:

Por interpretação do art. 310 do CPP, Parágrafo Único, não há possibilidade do delegado de polícia reconhecer excludentes de ilicitude. Esta é inclusive a lição encontrável da doutrina tradicional. Espínola Filho (2000, p.423), por exemplo, afirma que nessas condições cabe somente à Autoridade Policial prender em flagrante e apresentar o Auto de Prisão o mais rápido possível ao magistrado para este deliberar sobre a concessão da liberdade provisória. Do mesmo entendimento comunga Tornaghi (1990, p.58), alegando que a legislação brasileira foi prudente ao vedar a análise das excludentes pela Autoridade Policial executora do flagrante, devendo realmente tal mister caber somente ao Juiz. À Autoridade Policial só restaria comunicar a prisão ao magistrado, o qual procederia a devida avaliação.

Dessa forma, o entendimento da doutrina tradicional descarta a teoria tripartite que conceitua de forma analítica o crime, assim, mesmo não havendo um crime, o delegado de polícia deveria lavrar o Auto de prisão em flagrante e em até 24 horas encaminhá-lo para autoridade judicial para que assim o reconheça. Seguindo esse entendimento, uma pessoa que não praticou crime nenhum estaria com seu direito de locomoção restrinido e que, muitas vezes, esses prazos de 24 horas se excedem e prolongam a privação de liberdade do inocente.

O entendimento que corresponde à teoria adotada no Código Penal e que se apresenta como mais eficiente e justa no ordenamento jurídico, conforme Luis Flávio Gomes e Ivan Luis Marques da Silva (2011, pág. 138) apud Neto:

A verdade é que o Delegado de Polícia – autoridade com poder discricionário de decisões processuais – analisa se houve crime ou não quando decide 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 permitido 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, ilicitude e culpabilidade existe apenas por questões didáticas. Ao delegado de polícia cabe decidir se houve ou não crime. E o art. 23, I a III, em letras garrafais, diz que não há crime em situações excludentes de ilicitude.

Por conseguinte, o delegado garantirá de forma mais eficiente e justa os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, pois esta autoridade é a que faz, de imediato, uma análise de legalidade e possíveis abusos que o conduzido pode sofrer. Ademais, diante desse entendimento, observa-se que há preservação da dignidade da pessoa humana em não expor um inocente ao desgaste que se tem numa delegacia de polícia por um crime que não existiu; promove o direito à liberdade de locomoção, não restringindo o direito de ir e vir daquele que agiu conforme a lei; adequa-se a teoria que define o crime em seu conceito analítico e promove o sentimento de justiça, pois não há violações de direitos do inocente.

5.1 CRIAÇÃO DE MEIOS FACILITADORES A ESSE RECONHECIMENTO

Diante do exposto, observa-se que mesmo havendo renomados doutrinadores defendendo a atribuição do delegado em reconhecer a legítima defesa, é necessário haver previsão normativa para que haja uma segurança jurídica tanto para a autoridade policial, quanto para o particular que agiu diante de uma causa justificante de crime.

Toda a administração pública é regida pelos princípios expostos no art. 37 da CF da seguinte forma: “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. Numa análise sobre o princípio da legalidade em relação aos agentes do estado, extrai-se que todas as atribuições dos agentes que atuam em nome do estado devem estar conforme previsão em lei.

Como leciona Meirelles (2009, p.89): “a legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso”.

Assim, sendo necessário que haja previsão normativa para que essa atribuição esteja de acordo com o que expõe a Constituição Federal. Portanto, não basta que haja doutrinadores e princípios que legitimam essa atribuição do delegado, pois como sua atuação é administrativa (vinculada a lei), diferente da atuação jurisdicional que pode decidir com base em princípios, é necessária alteração no CPP para que preveja essa atribuição.

Vale também ressaltar que havia no pacote Anticrime a inclusão do texto legal ampliando a atribuição do delegado para o reconhecimento da legítima defesa, especificamente seria uma inserção do art. 309-A no Código de Processo Penal. Entretanto, esta parte do projeto foi rejeitado por um Grupo de Trabalho da Câmara, o qual decidiu que a manutenção da prisão ou não em flagrante cabe ao juiz.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou apresentar a legalidade do reconhecimento da legítima defesa pelo delegado de polícia, quando esta autoridade deixa de lavrar o auto de prisão em flagrante por ter identificado que o conduzido agiu em legítima defesa. Observa-se que, após o estudo,

não só poderia deixar de lavrar em razão da legítima defesa, mas sim de qualquer excludente de ilicitude, porém o estudo buscou analisar de forma específica a legítima defesa, pois esta ocorre com mais frequência nas delegacias de polícia.

A atuação do delegado de polícia como primeiro garantidor de direitos do conduzido, que pode ter cometido ou não uma infração penal, deve corresponder a uma atuação justa e efetiva de forma que garanta o direito de ir e vir de quem agiu conforme a lei. É claro que a não lavratura não implicaria que o agente não possa ser investigado ou denunciado em momento futuro, já que a análise feita pela autoridade policial não vincula a avaliação feita pelo Ministério público nem o entendimento da autoridade judicial, mas que, tal atribuição, garantirá que naquele momento seja, se for o caso, garantido o direito de locomoção do indivíduo.

O trabalho expõe a teoria que explica a definição do crime de forma analítica, que estabelece os requisitos do crime e os requisitos da excludente de ilicitude, ou seja, o delegado não fazendo a lavratura do Auto de prisão em flagrante por identificar a legítima defesa, deixará de manter no cárcere aquele que não praticou crime. Além dessa teoria que define o crime, há também doutrinadores que dessa forma entendem, mostrando o quanto é relevante a atuação do delegado de polícia na análise desse instituto.

Ademais, é necessário que haja alteração legislativa, para garantir um melhor exercício da autoridade policial no reconhecimento de casos de legítima defesa. Assim, essa atribuição não ficaria respaldada apenas em doutrinadores, princípios e teorias, mas com o devido amparo legal.

Desse modo, após análise do estudo apresentado, conclui-se que o delegado de polícia deve deixar de lavrar o Auto de prisão em flagrante caso identifique a legítima defesa, não só está, mas qualquer excludente de ilicitude. Logo, preservará o direito de locomoção do conduzido, a exposição do inocente no cárcere por crime que não existiu, e reduzindo a movimentação da máquina pública com um instituto que esta autoridade pode e deve aplicar esse instituto para que proteja o direito de ir e vir de quem agiu conforme a lei.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, 1. – 17.** ed. rev., ampl. E atual. De acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo: Saraiva, 2012.

CABETE, Eduardo Luiz Santos. **Prisão em flagrante: delegado de polícia e análise de excludentes**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3062, 19 nov. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20463>>. Acesso em: 20 maio de 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.226.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. Campinas: Bookseller, 2000, p. 423.

GOMES, Luis Flávio. SILVA, Ivan Luis Marques da. **Prisão e Medidas Cautelares - Comentários à Lei 12.403**, de 4 de maio de 2011. 3^a edição. São Paulo: RT, 2011, p. 138.

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

LÉPORE, Paulo; BRENE, Cleyson. **Manual do delegado de polícia civil**. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 132.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. Volume único. 2. Ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**, 35º edição, Malheiros, 2009, p. 89;

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte geral**, 16^a. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 186.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 9^a Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 9. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: RT, 2012. p. 600-601.

RT 679/351 – Tribunal de Alçada. **Criminal de São Paulo**. Disponível em: <<http://jusbrasil.com.br/jurisprudencia>> Acesso em: 27 maio de 2021.

SANNINI NETO, Francisco. **Delegado de Polícia e as excludentes de ilicitude**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4416, 4ago.2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/41301>>. Acesso em: 20 maio de 2020.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 9. Ed. Rio de Janeiro. Forense. 1986, p. 359.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**, 11. Ed. São Paulo: JusPodivm, 2016.p. 874.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 7^a. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 58