

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIRETO

ANÁLISE DAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE PELA AUTORIDADE POLICIAL

Aline Patrícia da Silva

Presidente Prudente/SP
2016

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

ANÁLISE DAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE PELA AUTORIDADE POLICIAL

Aline Patrícia da Silva

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof^a. Ligia Maria Lario Fructuozo.

Presidente Prudente/SP
2016

ANÁLISE DAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE PELA AUTORIDADE POLICIAL

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Ligia Maria Lario Fructuozo

Orientadora

João Augusto Arfeli Panucci

Examinador

Aline Aparecida Novais Silva Lima

Examinadora

Presidente Prudente/SP, 28 de novembro de 2016.

AGRADECIMENTOS

A Deus que em sua infinita bondade me cuida e me guia nas escolhas.

Em especial a minha mãe Maria e meu tio Euclides (in memoriam) que me deram a oportunidade do estudo, me plantaram bons princípios e acima de tudo me ensinaram a lutar pelos meus sonhos.

Externo igualmente o meu agradecimento a minha orientadora Ligia Maria Lario Fructuozo pela confiança e pelo apoio dispensado.

RESUMO

Sob uma ótica objetiva, por intermédio de uma exposição branda, a presente pesquisa objetiva ilustrar em linhas gerais as circunstâncias excludentes de ilicitude, tal como uma das formas de prisão provisória, qual seja, a prisão em flagrante. Aborda, neste ponto, as hipóteses de prisão em flagrante, bem como o auto de prisão em flagrante e a discricionariedade do delegado de polícia. Visa principalmente declinar se é concedida à autoridade policial a possibilidade de aplicação das causas excludentes de antijuricidade na fase pré-processual. Para tanto, busca enfatizar as reais circunstâncias do sistema penitenciário brasileiro e a sua decorrente falência no que concerne a finalidade da prisão, pontuando como local o qual o Esta do pretende expor aquele que ao certo não praticou crime, mas tão somente a conduta típica amparada por causa permissiva. Busca declinar as principais garantias que contornam aqueles submetidos ao cárcere em razão de prisão anterior a eventual condenação transitada em julgado e as consequências que a não aplicação, de imediato, dessas causas que excluem o crime, acarretam na vida do agente que praticou a conduta típica.

Palavras-chave: Excludentes de Ilicitude. Autoridade Policial. Sistema Prisional. Direito de Liberdade.

ABSTRACT

From an objective point of view, through a mild exposure, this research aims to illustrate in general exclusionary conditions of illegality, or exclusive of illicitas a form of preventive detention, namely the arrest in flagrante. Addresses at this point, prison cases in flagrante, and the arrest of self in the act and the discretion of the police chief. It mainly aims decline if it is granted to the police authority the applicability of the causes of illicit.In the pre-trial phase. Therefore, it seeks enfatizaras the actual circumstances of the Brazilian penitentiary system and its resulting failure regarding the purpose of the prison, the place where the State intends to expose one that sure did not commit crime, but only typical conduct supported because permissive. also address the main guarantees that outline those subjected to jail because of prior prison eventual final conviction and the consequences that failure to apply immediately, these causes that exclude the crime, result in the agent's.

Keywords: Exclusive of Illegality. Police authority. Prison system. Right to Freedom.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 ANÁLISE DAS PRISÕES NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	09
2.1 A Origem das Repressões	09
2.2 Finalidade da Prisão.....	11
2.2.1 Justiça restaurativa e justiça retributiva.....	12
2.2.2 Ressocialização: a efetiva finalidade.....	13
2.3 A Frustração da Finalidade Prisional Frente à Desídia Estatal	14
3 PRISÃO EM FLAGRANTE	18
3.1 Prisões que Antecedem a Sentença Penal Condenatória.....	18
3.2 Conceito de Prisão em Flagrante	20
3.3 Natureza Jurídica da Prisão em Flagrante	21
3.4 Hipóteses de Prisão em Flagrante	24
3.5 Auto de Prisão em Flagrante.....	30
4 A PRISÃO À LUZ DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAS.....	33
4.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	33
4.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana sobre o prisma das garantias aos encarcerados.....	35
4.2 Princípio do Devido Processo Legal.....	37
4.3 Princípio da Presunção de Inocência	38
4.4 Princípio da Insignificância	39
4.5 O Efeito Reverso do Excesso de Direitos Fundamentais aos Apenados e o Desrespeito à Dignidade do Homem pelo Próprio Estado.	41
5 EXCLUDENTES DE ILICITUDE	45
5.1 Considerações acerca de Aspectos Processuais.....	47
5.2 Excesso nas Excludentes de Ilícitude	48
5.3 Ilícitude Formal e Ilícitude Material	48
5.4 Estado de Necessidade.....	49
5.4.1 Direito e faculdade	50
5.4.2 Estado de necessidade defensivo e agressivo.....	51
5.4.3 Estado de necessidade justificante e exculpante	52
5.4.4 Requisitos objetivos e subjetivos.....	53
5.4.5 Estado de necessidade real e putativo.....	55
5.5 Legítima Defesa	55
5.5.1 Legítima defesa real e putativa.....	56
5.5.2 Requisitos da legítima defesa.....	56
5.6 Estrito Cumprimento de Dever Legal ou no Exercício Regular do Direito	57
6 PRISÃO EM FLAGRANTE E A ANÁLISE DAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE	59
6.1 Discricionariedade do Delegado de Polícia	59
6.2 Teoria da Indiciabilidade ou da <i>Ratio Cognoscendi</i>	63

6.3 Promoção de Arquivamento à Luz das Excludentes de Ilícitude	65
6.4 O Delegado de Polícia na Análise das Excludentes de Ilícitude.....	67
7 CONCLUSÃO	70
8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	71

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho buscou focar as excludentes de ilicitude, suas consequências processuais e extraprocessuais. Buscou igualmente compreender a prisão em flagrante, suas modalidades, mormente discutir a discricionariedade da autoridade policial frente ao auto de prisão em flagrante e face às excludentes de antijuricidade.

Desejou, de igual modo, evidenciar os aspectos concernentes ao Sistema Prisional Brasileiro, agregado a finalidade do Estado de ressocialização nestes estabelecimentos. Todavia, em contrapartida abordou o colapso Estatal por não materializar o objetivo nem de longe ao expectável e, por conseguinte, o enigma do perigo e dos efeitos de submeter o indivíduo inocente ao encarceramento, ainda que por um curto período.

Sem prejuízo, almejou a ilustração dos conceitos e das análises dos princípios constitucionais, almejando arrazoar brevemente alguns dos cruciais direitos a todos os homens, em especial aqueles que circundam o indivíduo encarcerado, que se encontra à disposição da justiça.

Adentrou-se, por esse turno aos motivos ensejadores da prisão anterior a sentença penal condenatória transitada em julgado, em razão de se tratar de exceção extrema ao princípio da liberdade.

Por essa linha, a pesquisa contornou as circunstâncias que excluem a ilicitude do fato, enfatizando que uma conduta pode ser identificada como um tipo penal, mas ainda assim não se contrapor ao ordenamento jurídico, acarretando, dessa maneira, em condutas que embora típicas, não são ilícitas e por consequência não se enquadram no conceito de crime.

Sobretudo, o trabalho delineou a necessidade de que tais excludentes sejam aplicadas tão logo apreciadas no contexto da conduta pelo delegado de polícia, quem primeiramente toma ciência do crime, contato com o indivíduo e inicia as providências pertinentes ao caso concreto em conformidade com a discricionariedade de que dispõe a sua função, desde que em todo tempo fundamentadas sob os ditames do ordenamento.

2 ANÁLISE DAS PRISÕES NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

É necessário tecer considerações a fim de clarear e guiar o entendimento correspondente a causa determinante do surgimento da prisão, sua evolução ao longo do tempo e especialmente a sua finalidade.

Acima de tudo, é preciso verificar se os motivos que ensejaram sua origem ainda persistem, se a sua progressão foi válida e principalmente se a sua finalidade satisfaz as carências e anseios da atualidade ou considera-se ultrapassada, bem como se é alcançado o objetivo em vista do sistema prisional do país, conforme será possível aferir:

2.1 A Origem das Repressões

Embora não seja possível reputar com exatidão o momento de surgimento dos crimes e das conseqüentes penas, é certo que se deu à vista do anseio da sociedade por segurança e respostas diante da criminalidade. O fato é que desde o princípio restou necessário idealizar modelos alternativos de justiça em detrimento da autotutela atrelada ao desejo de vingança comum no íntimo de todos os seres humanos e legítima em tempos remotos. De certo modo, a punição atribuída a alguém pela prática de erros sempre foi comum à espécie humana, e ainda de forma mais evidente em versões primitivas (PINTO, 2012, p. 20).

A princípio sem a presença do Estado, a justiça era executada diretamente do ofendido para o ofensor, e mais tarde, ainda que sob o parecer de ordem superior e soberana, aquele que havia cometido um mal era castigado de maneira selvagem e desumana por intermédio de penas caracterizadas por amputações de membros, queimaduras na face, além de exposições em praças públicas. De modo muito influente, também se pregava a justiça divina, no sentido de que havia a necessidade de sacrifícios e torturas em nome de Deus (NUNES, 2014, s.p).

Pretérito que Felipe Machado Caldeira (2009, p. 260), ilustra com maestria:

O ser humano sempre viveu agrupado, em virtude de seu nítido impulso associativo e lastreou, no seu semelhante, suas necessidades, anseios, conquistas, enfim, sua satisfação. E desde os primórdios, o ser humano

violou as regras de convivência, ferindo os semelhantes e a própria comunidade onde vivia, tornando inexorável a aplicação de um castigo (sanção).

Nesse passo, verifica-se que atos contrários aos regramentos e as consequentes punições existem desde a origem da convivência da humanidade em grupos, isto é, o Estado Punitivo advém da existência de conflitos entre os grupos formados e a necessidade de regras e sanções para aqueles que convivem dentro da esfera de coabitação.

Todavia, em que pese desde os primórdios ter sido estabelecido uma espécie de retorno, nem sempre os motivos, os meios utilizados e as finalidades coincidiram com as atuais.

Ainda na alta Idade Média perdurava a ausência do poder judiciário, de modo que as resoluções de desordens cabiam quando não aos senhores soberanos, aos próprios indivíduos, porém, estes senhores se incumbiam de atestar a regularidade do procedimento. Inclusive no Direito Grego e Romano a situação não divergiu muito dos demais povos antigos, com o diferencial da presença de prisões com destinação de isolamento (SILVA, s.a, s.p).

Posteriormente, alicerçado pelos dogmas da Igreja Católica e o Direito Canônico sucedeu uma tentativa de amenização das penas, bem como se passou a levar em conta a proporcionalidade entre o crime cometido e a resposta aplicada. Entretanto, de fato, iniciou-se a discussão acerca da humanização da pena somente por volta dos Séculos XVII e XVIII, conduzindo a ideologia de afrouxamento da penalidade baseado na sensatez e coerência de punir ao passo de vingar (Nunes, 2014, s.p).

No século XII, a idade medieval passou por um efetivo amadurecimento diante da estruturação da grande monarquia. A justiça passou a ser concentrada e imposta pelo Estado, de modo que a ofensa a um indivíduo era considerada também uma ofensa ao Estado. Nesse momento é que surgem as imposições de multas e encarceragens. Apesar disso, a pregação por humanização das formas de repreensões eram desconsideradas, subsistindo a maneira igualmente bárbara e cruel compostas por cárceres em castelos, calabouços e torres, submissão a tortura, inclusive pena de morte (FEITOSA, 2011, s.p).

No século XVIII e início do século XIX, com influências de autores como Beccaria e Bentham, a lei penal passou a desconsiderar a moral e religião para

operar os fundamentos dos crimes e penas. Nessa fase, despertam as codificações e a tendência da pena privativa de liberdade em detrimento da ideologia do corpo como alvo de repressão. Também nesse período, ainda que de forma precária, iniciam as políticas criminais e uma sucinta preocupação com as condições do ambiente de aplicação da pena e de finalidades específicas que passam a serem almeçadas pelas sanções (BITENCOURT, 2011, p. 53).

Considerando o exposto e levando em conta a atualidade, em que pese seja possível constatar evidentes mudanças, subsistem as semelhanças nos modos empreendidos. Assim, uma vez que o indivíduo tenha atentado contra as ordens da sociedade, o Estado é chamado para dirimir o conflito desde que não tenha caracterizado um irrelevante penal. Em contrapartida, o Estado não age mediante subjetivismo de seus governantes, sequer é pautado por algum segmento religioso, longe disso, é regido por leis previamente estabelecidas por meio do qual o indivíduo é acusado, julgado e, se condenado deve pagar pelo mal cometido prestando contas à sociedade.

Conforme evidenciado ao longo da narrativa explanada, a evolução histórica buscou a melhoria nas circunstâncias relativas à pena, fato que foi se concretizando por meio das distintas mudanças no sistema, englobadas pela pluralidade de métodos na aplicação de punições, além de inclusões alternativas com o fito de maior proporcionalidade no tocante aos crimes de menor potencial ofensivo.

2.2 Finalidade da Prisão

De fato, a pena, mormente a privativa de liberdade acata direitos fundamentais do indivíduo. Todavia, as limitações acarretadas das sanções às garantias do homem, desde as mais superficiais até as mais severas são justificáveis uma vez que visam atender as finalidades da pena.

Verifica-se, contudo, que a pena possui finalidades a serem atingidas, para tanto, devem ser adequadas e suficientes para que alcance aos fins almejados. Tudo isso, não significa que a pena necessita ser extremamente rígida e cruel, mas sim correspondente ao crime praticado e eficaz no intuito de ser razoável, mas não menor ou deficiente.

Com efeito, é imprescindível frisar que se tratando o Direito Penal de um controle social mínimo, é de se ponderar que diante de uma conduta já regulamentada no âmbito extrapenal, com registro de prévia resposta equilibrada, desde que justa e eficiente, não há de se assentir a intervenção criminal e suas consequentes penalidades.

Uma explicação tradicional ensina existir duas modalidades ou duas reações por parte do Estado no exercício de seu *jus puniendi*, quais sejam, a justiça restaurativa e a justiça retributiva, as quais serão levantadas a seguir:

2.2.1 Justiça restaurativa e justiça retributiva

Para a teoria restaurativa, a pena não passa senão de uma necessidade social focada em um caráter educativo, um método de atuação por intermédio das prevenções de crimes, tanto no que diz respeito aos crimes já praticados como aos ainda não praticados. Este parâmetro se funda em um processo informal, acessível e baseado no diálogo, segundo o qual apresenta três modelos de práticas restaurativas: o reparo do dano; resolução do conflito e conciliação e a reconciliação (SILVA, 2015, p. 5).

As palavras do respeitado Renato Sócrates Gomes Pinto (2006, p. 1), traduzem com maior clareza a ideologia deste modelo de justiça:

A ideia, então, é voltar-se para o futuro e para restauração dos relacionamentos, ao invés de simplesmente concentrar-se no passado e na culpa. A justiça convencional diz: você fez isso e tem que ser castigado! A justiça restaurativa pergunta: o que você pode fazer agora para restaurar isso?

Sob outro viés, para a justiça retributiva, a pena é classificada como resposta do Estado ao delinquente e a todos da sociedade tendo em vista a prática de um ilícito penal. Em outros termos, a característica deste método é punitiva voltada ao contentamento do Estado de satisfazer a sociedade no seu desejo de vingança por meio da retribuição do mal cometido.

É por esse ângulo que explica Eduardo Rezende Melo (2005, p. 59):

O modelo retributivo, portanto, funda-se apenas na sucessão de imposições de sofrimento, mantendo o homem, com isso, sempre preso a uma situação passada, insuscetível de reversão para dar margem ao novo, o que se

justifica por este olhar centrado marcadamente no passado, não no presente, muito menos no porvir.

De mais a mais, há ainda um entendimento híbrido, que de maneira válida sustenta a junção das principais e melhores características da justiça retributiva e da Justiça Restaurativa, realizando uma fusão dos sistemas com o fim efetivo de uma restauração. Não compactua com a pena no intento único de reação punitiva do Estado, no entanto, também não visaa despenalização, mas sim algo que possa servir como prevenção e reintegração efetiva do delinquente à sociedade.

2.2.2 Ressocialização: a efetiva finalidade

Conforme explanado, embora existam teorias para explicar com maior eficácia a finalidade da pena, de forma simples e precisa o objetivo, em especial da pena privativa de liberdade, é o propósito retributivo, segundo o qual quem pratica um ilícito não pode sair impune. Agregado a este propósito, está a finalidade da pena de provocar no delinquente, bem como em todos a sua volta, a sensação de que o crime não compensa e conseqüentemente propiciar prevenção no tocante à execução de novos delitos, vez que o cumprimento da pena se torna um demonstrativo de efetivação da justiça. E por último, mas não menos importante, diante dos traços delineados por um Estado Democrático de Direito, a pena privativa de liberdade possui um escopo ressocializador que atua na fase de execução com destinação não apenas de concretizar a punição e prevenção, mas de reeducar o delinquente para que possa futuramente ser novamente inserido ao convívio social sem provocar desordem (SILVA, 2015, p. 7).

Esse caráter reeducativo leva em estima que a esmagadora maioria dos criminosos cometem delitos movidos por ausências de valores em sua personalidade, conseqüências da falta de oportunidades no princípio da vida, aliás, uma vida obscura para muitos, sem preparo, saber e ensinamentos.

Nesse sentido, a ideia é a de que por intermédio de atividades recreativas e aprendizagens operadas dentro dos próprios estabelecimentos prisionais, os indivíduos possam tomar outro norte às suas vidas e ao finalizarem o cumprimento da pena possam estar efetivamente aptos à vida em sociedade.

Com efeito, não há divergências no sentido de que tais práticas são aceitas, vez que diante do quadro educacional deficiente ofertado pelo Brasil, muitos

não chegam a terem acesso a qualquer sistema de ensino que assuma a função de corroborar com os ensinamentos da família na aceção do que é o bem. Pelo contrário, há aqueles que além da falta de uma educação que a princípio deveria partir das escolas, sequer possuem famílias para instruí-los, ou que ainda que disponham de um lar, seus laços familiares estão igualmente, senão piores, perdidos no universo do crime, motivados também, mesmo que parcialmente, pelas falhas do Estado no tocante a proporção de educação suficiente para prevenção de crimes (SILVA, 2015, p.5).

Desse modo, não tendo o indivíduo oportunamente no princípio da vida recebido a educação esperada, ou ainda que tenha se desviado dos ensinamentos por qualquer que seja a razão, é em tese, o momento da prisão, mais um instante em que em o Estado em poder do indivíduo delinquente, poderia valer-se da ocasião para uma nova tentativa de ressocializá-lo, concretizando o dialeto popular: “antes tarde do que nunca”.

2.3 A Frustração da Finalidade Prisional Frente à Desídia Estatal

Devido a uma série de circunstâncias e fatores, essencialmente a escassez de recursos financeiros e ausência de práticas voltadas à recuperação, a reeducação dentro dos presídios, embora seja uma concepção primorosa e nobre, é ingênua e inconsistente diante da problemática serrada no Brasil acerca da educação em todos os âmbitos.

Nessa perspectiva, aponta César Roberto Bitencourt (1999, v.1, p. 01):

A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamento que se fazem à prisão refere-se à impossibilidade absoluta ou relativa de obter algum efeito positivo sobre o apenado.

Tais afirmativas se tornam redundantes em razão de serem óbvias a qualquer cidadão independente da capacidade intelectual, no entanto, cabe a reiteração de que se o país proporcionasse educação e emprego, ainda que no mínimo esperado, as estatísticas de envolvidos no contexto da ilegalidade por falta de saber, de personalidade e de condições financeiras se tornariam infinitamente

menores, embora seja hipocrisia afirmar que se transformariam em um número insignificante.

A estrutura antiga, abandonada e precária dos estabelecimentos prisionais, bem como a falta de higiene e condições humanas, de forma gritante afronta aos direitos básicos dos indivíduos presos, não recomendáveis sequer para animais. Tais condições, do ponto de vista irrefutável, acarretam no aumento disparado de doenças dentro desses locais insalubres, acarretando até na fatalidade antecipada pela ausência de suporte à saúde.

Além de que, a ausência de estrutura dos prédios proporciona uma incontrolável superlotação que foge do razoável. Tamanho é o descontrole estatal, que gera perigo e consequências para seus próprios servidores, vez que são poucos, incapazes de conter aos detidos.

Nesse contexto, bastante aquém dos propósitos da pena privativa de liberdade são os seus reais efeitos. Na lamentável realidade, os indivíduos ao serem literalmente atirados dentro dos estabelecimentos submetidos às condições bárbaras, não vêem o menor reflexo das propostas ditadas pelo Estado. Em outra direção, de forma rude, mas verdadeira, poderiam sem medo taxar as prisões como verdadeiras e violentas escolas do crime, lugar em que criminosos por força da hierarquia ditada no interior das celas prescrevem ordens de sobrevivência àqueles que não eram legítimos delinquentes, que por sua vez, se revertem em criminosos da mesma espécie, tão ou mais perigosos (PINTO, 2012, p. 26).

A violência no interior dos cárceres é tão certa que aqueles que ousem refutar aos ditames impostos, restam sujeitos às represálias bárbaras pelos companheiros de cárcere que entre as brechas e abandono das grades estabelecem suas próprias leis.

Carvalho Filho, explica que ainda que o indivíduo não seja criminoso, a prisão o deforma (2002, p. 69):

O cárcere é uma instituição totalitária, que, com o passar do tempo, deforma a pessoa e acentua seus desvios morais. Os Códigos costumam assegurar aos presos direitos que são inerentes à perda da liberdade, mas eles vivem num mundo em que desaparecem os valores que existiam em seu meio, desde a opção sexual até qualquer outra iniciativa pessoal que não se enquadre nos estreitíssimos limites de um regulamento que tem como objetivo castrar, inibir. A condição de encarceramento pode até ser melhorada; mas na essência, a prisão continuará a mesma, um atentado à condição humana". Qualquer modalidade de prisão envolve distorções. Se o isolamento é cruel, a "coabitação obrigatória é um sofrimento moral.

De fato, tais circunstâncias ficam incontestáveis pelas transparências registradas, como a abominável chacina no complexo penitenciário de pedrinhas, no Maranhão em 2013, em que pelo menos, sessenta detentos foram assassinados por companheiros. Notícia que apesar de ter chocado o país, não provocou modificações em busca de melhorias (MOREIRA, 2014, s.p).

Em que pese à ideologia de muitos compactuarem com a perspectiva de que o delinquente merece o caos do sistema como método de prevenção e castigo paralelo, as listagens de reincidência tem apontado o sentido oposto, pois ao saírem desses estabelecimentos voltam a delinquir, inclusive em praticas criminosas superiores e mais violentas. Isso se deve ao fator de não terem tido o amparo social anterior ao crime, durante a execução da pena e menos ainda ao saírem desses estabelecimentos, fato que se comprova com o número frágil de ex-detentos que conseguem oportunidade de emprego.

Entretanto, alguns, mesmo com conhecimento e capacidade de compreensão a respeito do peso das mãos do Estado e do quão incompesador são as práticas de crimes, optam, ainda assim, por cruzarem o caminho ilegítimo e vetado, em razão do Estado não fornecer meios para que pudessem obter sucesso por outras trajetórias. Ora, o intento não é o de prestigiar a prática criminosa, mas também não a de apreciar os recursos oferecidos pelo Estado para que os indivíduos desorientados seguissem outras diretrizes, tampouco os retornos concebidos diante das ilicitudes cometidas, principalmente no âmbito prisional.

Nessa lógica, Ferreira, elucida em uma crítica proveitosa (2002, p. 34):

É preciso acabar com as masmorras medievais que se tornaram nossos presídios. Esperar somente o poder público é cômodo demais – ou a sociedade participa na recuperação dos presos ou então passará lamentando o resto dos dias de que os presos têm um tratamento melhor do que merecem, da sustentação ociosa dos criminosos, que pode a qualquer instante, nas fugas, resgates ou rebeliões voltarem à cena e fazer vítimas em circunstâncias cada vez mais animalescas.

Como se constata, as ideologias da pena privativa de liberdade não são negativas, pelo menos não no Brasil, em que teoricamente são embasadas nos princípios do Estado Democrático de Direito. Contudo, o sistema penal tradicional não atinge um bom desempenho no momento de concretizar as ideologias taxadas em leis e princípios, demonstrando-se ineficaz na prevenção dos crimes e na

recuperação do delinquente, além de comicamente não ser eficiente no contexto da punição, posto que para muitos não é penoso estar em encarcerado.

3 PRISÃO EM FLAGRANTE

A prisão em flagrante é modalidade de prisão que antecede a sentença penal condenatória. Sabe-se que em razão do princípio da presunção de inocência tão somente situações extremas justificam a prisão, mais ainda quando antecedentes a sentença definitiva.

Será exposto, portanto, o conceito da prisão em flagrante à luz do estado de flagrância, assim como as hipóteses em que a previsão legal permite esta prisão, em conformidade com o que sucede:

3.1 Prisões que Antecedem a Sentença Penal Condenatória

Ainda que o direito à liberdade seja a regra, existem exceções que verificamos por meio do conceito de prisão. Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2012, v.1, p. 606), podemos conferir: “a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere”.

Nesse íterim, ele ainda declina que:

Não se distingue, nesse conceito, a prisão provisória, enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, daquela que resulta de cumprimento de pena. Enquanto o Código Penal regula a prisão proveniente de condenação, estabelecendo as suas espécies, forma de cumprimento e regime de abrigo do condenado, o Código de Processo Penal cuida da prisão cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar, enquanto necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

A grande realidade, entretanto, é que comum pela própria natureza do direito, persistem discussões acerca do conceito mais adequado para definir prisão, tendo em vista que alguns autores pecam em não conceituá-la em toda a sua acepção.

Contudo, Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 1168), em sua magnitude busca alcançar um conceito amplo:

A prisão deve ser compreendida como a privação da liberdade de locomoção, com o recolhimento da pessoa humana ao cárcere, seja em virtude de flagrante delito, ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, seja em face de transgressão militar ou por força de crime propriamente militar, definidos em lei.

Isto colocado, cientes da descrição de tal, resta possível resumirmos suas espécies de acordo com os ensinamentos de Fernando da Costa Tourinho Filho (2003, p. 543), que didaticamente dividiu a prisão em duas espécies:

Duas espécies de prisão: a prisão como pena, ou prisão sanção, isto é, a decorrente de sentença penal condenatória, utilizada como meio de repressão aos crimes e contravenções, e a prisão sem o caráter de pena, também conhecida sob a denominação genérica de prisão sem pena. (grifo nosso)

Por esse ponto, a prisão que efetivamente nos cabe mencionar é a prisão cautelar, ou segundo verificamos por intermédio das palavras de Tourinho Filho (2003, p. 543), as prisões sem penas, que são elas antecedentes a prisão penal, decretadas em *última ratio* sob o fundamento do *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.

Com presteza equivalente, Rogério Greco (2012, p. 19), declina sobre elas:

As prisões cautelares são todas aquelas que ocorrem anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, somente podendo ser decretadas, em virtude do princípio da presunção de inocência e de não culpabilidade, nos casos estritamente necessários.

Também discorre com maestria Renato Brasileiro (2011, p. 1195):

A prisão cautelar deve estar obrigatoriamente comprometida com a instrumentalização do processo criminal. Trata-se de medida de natureza excepcional, que não pode ser utilizada como cumprimento antecipado de pena, ma medida em que o juízo que se faz, para sua decretação, não é de culpabilidade, mas sim de periculosidade.

Nesses termos é que se dirige o constituinte no artigo 5º, incisos LVII e LXI, da Carta Magna:

Artigo 5º, LVII, da Constituição Federal: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;
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.

Igualmente o legislador no *caput* do artigo 283, do Código de Processo Penal:

Artigo 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Extraí-se, portanto, três modalidades de prisão cautelar: a prisão decorrente da situação de flagrante delito, a prisão temporária e a prisão preventiva.

3.2 Conceito de Prisão em Flagrante

Importante um exame acerca dos vocábulos oferecidos pelo dicionário, conforme a expressão “flagrante” vem do latim *flagranse*, que nos remete aquilo que está no calor da ação; que é ardente; acalorado; manifesto; evidente; praticado na própria ocasião em que é surpreendido.

Trazendo o referido termo para o contexto, flagrante delito é:

O estado de quem se encontra cometendo determinada infração, acaba de cometê-la; e prisão em flagrante é a que deve ser feita obrigatoriamente pela autoridade policial, e que pode ser efetuada por qualquer pessoa, para prender quem se encontre em flagrante delito (MEDEIROS, 1994, p. 56).

À luz do Código de Processo Penal a prisão em flagrante é ilustrada pelo artigo 301, segundo o qual, qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. Ainda sob a vertente do artigo 302 do mesmo código, considera-se em flagrante delito quem está cometendo a infração penal; acaba de cometê-la; é perseguido logo após pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; ou é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser autor da infração.

Nesta ótica, extraí-se que existe a faculdade para que qualquer pessoa do povo prenda alguém que se encontre em situação de flagrância, ao passo que os agentes policiais, possuem o dever de agir nessa situação.

Trata-se, de fato de:

Medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e caráter eminentemente administrativo, que não exige ordem escrita do juiz, porque o fato ocorre de inopino (artigo 5º, inciso LXI da CF). Permite-se que se faça

cessar imediatamente a infração com a prisão do transgressor, em razão da aparente convicção quanto à materialidade e a autoria permitida pelo domínio visual dos fatos (TÁVORA, 2011, p. 530).

Na continuidade desse raciocínio, Paulo Rangel (2007, p. 585), declina que são exigidos os elementos da atualidade e visibilidade para a configuração da referida prisão. Vejamos as palavras do escritor:

A atualidade é expressa pela própria situação flagrancial, ou seja, algo que está acontecendo naquele momento ou acabou de acontecer. A visibilidade é a ocorrência externa do ato. É a situação de alguém atestar a ocorrência do fato ligando-o ao sujeito que o pratica. Portanto, somadas a atualidade e a visibilidade tem-se o flagrante delito.

Dito isto, infere-se que o parâmetro da prisão em flagrante é propriamente a possibilidade de se verificar a ocorrência do delito de modo cabal, tornando desnecessária uma análise de um juiz de direito a fim de aferir seu real acontecimento. Por outro lado, esta prisão tem o viés de impedir a fuga do infrator, tal como assegurar a colheita de provas da materialidade e da autoria, além de em muitos casos ter o êxito de obstruir a consumação do delito.

Tem-se por certo, portanto, que a prisão em flagrante independe de autorização judicial, limitando-se ao preenchimento das situações de flagrância circunscrita pelo legislador.

3.3 Natureza Jurídica da Prisão em Flagrante

Por obra das consideráveis alterações no Código de Processo Penal com o advento da Lei 12.403/2011, a doutrina não é unânime no correspondente a natureza jurídica da prisão em flagrante.

A divergência se deve principalmente porque anteriormente a prisão em flagrante era fundamento suficiente para que o acusado permanecesse preso durante todo o processo, constituindo-se assim medida de natureza cautelar, independente de sua conversão em prisão em flagrante (COSTA NETO, 2012, s.p).

Todavia, com o advento da mencionada lei, seguindo o preconizado pelo artigo 310 do Código de Processo Penal, ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente relaxar esta prisão, ou tendo ela por

legal, convertê-la em preventiva ou conceder liberdade provisória, preenchido os requisitos da lei.

Artigo 310 do Código de Processo Penal: 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 artigo 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Pelo todo mostrado, há entendimentos divergentes na doutrina no intuito de aclarar a natureza jurídica da prisão em flagrante, nascendo dessas discordâncias três posicionamentos distintos que a caracterizam como ato administrativo, prisão cautelar ou medida pré-cautelar.

Para aqueles que a classificam como ato administrativo, argumentam que a prisão, posteriormente quando homologada pelo magistrado é de natureza processual (cautelar), portanto, antes da análise do juiz com a consequente decisão de manter o indivíduo encarcerado não passa senão de um ato administrativo.

Tal argumento é transparente observando os dizeres de Walter Nunes da Silva Júnior (s.a) apud Nilo Siqueira Costa Neto (2012, s.p):

O que ocorre com a prisão em flagrante é, tão somente, a detenção do agente, a fim de que o juiz, posteriormente, decida se a pessoa deve ser levada, ou não, à prisão. Com isso, se quer dizer que não há, propriamente, uma prisão em flagrante como espécie de medida acautelatória processual penal. O flagrante delito se constitui e justifica apenas a detenção, cabendo ao juiz, após a análise por meio da leitura do auto de prisão em flagrante, definir se a prisão preventiva deve, ou não, ser decretada.

Esta corrente leva em conta principalmente o fato de que a natureza administrativa possibilita a qualquer do povo determiná-la, muito embora caiba ao delegado de polícia efetuar o auto de prisão em flagrante.

Por outro sentido, é forte o entendimento na ótica de tratar-se de uma espécie de prisão cautelar, tal como o é a prisão preventiva e a temporária. Rogério Greco (2012, p.19), compactua com esta posição ao defender que todas as aquelas prisões que ocorrem anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, possuem natureza cautelar.

Ampliando ainda a visão nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 631), defende um posicionamento híbrido entre ambas as correntes

expostas, justificando que a princípio compreende-se a natureza administrativa, por ser formalizada pela polícia judiciária, mas se torna jurisdicional a partir do ponto em que o juiz toma alguma das medidas prevista no artigo 312 do Código de Processo Penal a relaxando ou mantendo, convertendo-a em preventiva.

Em uma colocação mais clara Tales Castelo Branco (2001 p. 10), explica que exatamente o que temos antes da sentença penal condenatória, são prisões cautelares que antecedem a prisão penal, contudo, são prisões cautelares processuais ou prisões cautelares administrativas, que no caso desta última, com a alteração da Lei de 12.403/11, retirou-se a prisão em pronúncia, sobrevivendo apenas a prisão em flagrante:

A prisão cautelar é chamada processual quando decretada pelo juiz e é representada pela prisão preventiva, pela prisão temporária etc. Quando emana de outra autoridade é denominada prisão administrativa. Ambas visam a garantir a tutela de um bem jurídico para impedir as consequências do periculum in mora. (g.n)

Portanto, seguindo os traços coerentes de seus termos, a prisão cautelar pode ser de natureza processual ou administrativa a depender da autoridade que a emana, isto é, o juiz ou a autoridade policial.

E por fim, de maneira ainda mais acertada Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 182), expõe em suas palavras tratar-se a prisão em flagrante de caráter pré-cautelar. Justifica ser essa a natureza jurídica que comporta, uma vez que esta modalidade de prisão não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas objetiva colocar o capturado à disposição do juiz para que ele sim adote uma verdadeira medida cautelar.

Coaduna neste rumo Luiz Flávio Gomes (2011, p. 90), fundamentando que: “a prisão em flagrante é uma medida pré-cautelar, porque não tem o escopo de tutelar o processo ou o seu resultado final, sim, ela se destina a colocar o preso à disposição do juiz, para que tome as providências cabíveis”.

De resto, seja uma corrente ou a outra, retirando conclusões sob a visão prática, não restam dúvidas de que para ser apta a manter o agente encarcerado antes da prisão penal, é imprescindível a decisão do juiz pela conversão desta prisão em preventiva com a observância dos requisitos da lei. Daí porque a prisão em flagrante possui inicialmente natureza administrativa ou pré-cautelar, consoante a adoção das razões pelo operador do direito, tornado-se

efetivamente cautelar a partir do momento em que o juiz a converte em preventiva com o real escopo de garantir o resultado do processo, haja vista a imprescindibilidade abordada pela lei da análise judicial do auto de prisão em flagrante dentro do prazo de 24 horas.

3.4 Hipóteses de Prisão em Flagrante

O Sistema Processual Penal Brasileiro ilustra, tempestivamente, as razões que autorizam a prisão perante a condição da flagrância, no artigo 302 do Código de Processo Penal. São as modalidades esboçadas taxativamente pela legislação, e outras salientadas pela doutrina, mas igualmente pautadas nos traços do que designa a lei no artigo declinado.

No entanto, apesar das classificações apontadas, nossa legislação não tratou de diferenciar as hipóteses, reduzindo todas, para fins legais, as situações previstas no artigo 302 do Código de Processo Penal.

Sérgio Marcos de Moraes Pitombo (1980) apud Daniela Cristina Rios Gonçalves (2004, p. 36), apresenta uma classificação um tanto limitada, sobre a qual existem apenas duas espécies de flagrante: o real, correspondente as hipóteses dos incisos I e II, e o virtual referente às hipóteses dos incisos III e IV, visto que para as últimas hipóteses os casos baseiam-se em presunção.

Não obstante as considerações delineadas, majoritariamente a doutrina por questão de sistematização, apresenta outras espécies de flagrante. Trataremos, pois, de minuciar as particularidades essenciais de cada, sem, conquanto, desvirtuar-se do que seja relevante para o presente estudo.

A lei é bastante clara ao tracejar a espécie classificada pela doutrina como flagrante próprio, real ou verdadeiro. Sucintamente dá-se quando o agente é surpreendido praticando a infração penal, no exato instante da prática da infração, ou, quando acaba de cometê-la.

Roberto Delmanto Junior (2001, p. 99), para uma melhor percepção coloca:

A propósito da modalidade de flagrante próprio ou real do inciso I, são pertinentes as observações de Rene Garraud, ao salientar que é esta a situação do flagrante propriamente dito, posto que o agente é pego no momento do acontecimento.

Rogério Greco (2012, p. 23), em sua maestria, frisa que, nesta modalidade, mais do que qualquer outra, podemos dizer que a infração penal ainda é ardua.

Ressalta-se, para que está prisão seja possível de nada importa se o agente encontra-se em qualquer excludente de ilicitude, haja vista bastar que o agente tenha cometido a infração, ou acabado de cometê-la, conforme delineado pelo inciso I e II do artigo 302 do Código de Processo Penal.

Por sua vez, outra modalidade de prisão em flagrante é a espécie definida como flagrante impróprio, irreal e também tratado por “quase flagrante”. Ocorre quando o agente é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser o autor da infração, seguindo o taxado pelo inciso III, do artigo discutido.

Neste parâmetro, por existirem questionamentos acerca do que exatamente refere-se a perseguição, tal como o tempo de sua duração a fim de manter o requisito da flagrância, o artigo 290, §1º, do Código de Processo Penal, expõe:

Artigo 290, §1º - Entender-se-á que o executor vai em perseguição do réu, quando: a) tendo-o avistado, for perseguindo-o sem interrupção, embora depois o tenha perdido de vista; b) sabendo, por indícios ou informações fidedignas, que o réu tenha passado, há pouco tempo, em tal ou qual direção, pelo lugar em que o procure, for no seu encalço.(g.n)

Rogério Greco (2012, 24) prossegue nos ensinamentos acerca da perseguição:

Criou-se na mente da população a necessidade da prisão ocorrer no prazo de 24 horas. Tal determinação não consta de qualquer dispositivo legal. Assim, respondendo às nossas indagações, ainda haverá situação de flagrante enquanto durar a perseguição, ou seja, enquanto os agentes estiverem sendo perseguidos pela autoridade policial após a prática da infração penal. Se, no entanto, houver interrupção na perseguição, ou seja, se a autoridade policial, por exemplo, perder de vista, por um tempo razoável, aquele que supostamente praticou a infração penal, sua prisão realizada horas depois, já não mais poderá ser considerada como em flagrante delito. (g.n)

Desse modo, esta perseguição deverá ser imediata e ininterrupta, não restando ao autor um momento de tranquilidade; de alívio entre a conduta e a perseguição (DELMANTO, 2001. p. 104).

Mesmo assim, é preciso tecer ponderações também quanto ao termo “logo após” expressa pelo dispositivo. Nessa esteira Júlio Fabrini Mirabete (2009, p.403) explica que:

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.

Verifica-se, de imediato, que a lei elenca passos: “perseguido”, “logo após”, “flagrância”, que devem ser revistos em conjunto para que sobrevenha a hipótese da prisão.

Em outra direção, diferente do flagrante impróprio, o inciso IV, exhibe a espécie de flagrante presumido, denominado ou também aludido por ficto, uma vez que ocorre quando o agente é encontrado, logo depois do fato, com instrumento, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração.

Nesta modalidade, ainda não existia conhecimento de quem seria o autor do crime. Não se trata de uma perseguição, mas de ato de achada (DELMANTO, 2001, p. 103).

Muito bem colocada é a ressalva:

Não é necessário no caso que haja perseguição, mas sim que a pessoa seja encontrada logo depois da prática do ilícito com coisas que traduzem um veemente indicio da autoria ou participação no crime. A pessoa não é “perseguida”, mas “encontrada”, pouco importando se por puro acaso, ou se procurado após investigações (MIRABETE, 2009, p. 372).

No que despende a expressão “logo depois”, referida ao lapso temporal entre a prática do delito e o fato de ser a pessoa encontrada com os objetos ou instrumentos do crime, o mesmo doutrinador prossegue:

Considerando-se o interesse na repressão dos crimes, há maior margem na discricionariedade da apreciação do elemento cronológico quando o agente é encontrado com objetos indicativos do crime, o que permite estender o prazo a várias horas ou, considerando-se o problema do repouso noturno, até o dia seguinte (MIRABETE, 2009, p. 374).

Compreende-se de todo o exposto, que para justificar o estado de flagrância e assim tornar possível a prisão em flagrante nesta forma, é realizada uma relação entre a pessoa encontrada com os materiais e objetos, e um delito ocorrido momentos antes. Nessa linha de pensamento, restaria ao juiz a tarefa de verificar se no momento do encontro do indigitado autor do delito, ainda estão fumegantes as cinzas deixadas, ou seja, se o calor do delito é ainda perceptível (DELMANTO 2001. p. 106).

Continuando, consta ainda, a hipótese de flagrante preparado, provocado ou induzido, trata-se da modalidade do delito escrito pela doutrina também como ensaiado, de experiência; o delito putativo por obra do agente provocador. Segue que, alguém, de forma insidiosa, provoca o agente à prática de um crime, e ao mesmo tempo, toma providências para que ele não se consuma.

Bem na verdade, refere-se a uma situação de não flagrante, vez que o autor é induzido a prática de certo delito, restando, por conseguinte, caracterizado o flagrante nulo. O Supremo Tribunal Federal assim pacificou por meio da súmula 145 do STF: “não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

Com a finalidade de que não haja engano entre esta modalidade de flagrante e a hipótese de flagrante esperado, o Supremo Tribunal Federal tece explicações por intermédio de julgados:

O flagrante preparado se distingue do flagrante esperado. No flagrante preparado, desvirtua-se a atividade que tenha sido desenvolvida pelo infrator, nos seus aspectos fundamentais da espontaneidade do querer, exclusividade da ação e autenticidade dos fatos. No flagrante esperado, a atividade policial é apenas de alerta, sem instigar o mecanismo causal da infração. Procura colhê-la ou frustrá-la na sua consumação.

Em vista disso, a razão da nulidade se deve ao fato de que o agente foi instigado a praticar o crime, sem saber que estaria sob a vigilância atenta de outrem.

Por outro ponto, o flagrante esperado é modalidade válida de prisão. De fato, o policial toma a atitude apenas de esperar a prática do delito a fim de prender o agente em flagrante, sem, contudo, induzi-lo de qualquer maneira.

Com demasiada nitidez Noberto Avena, (2011, v.1, p. 371) conceitua:

É aquele no qual alguém, tomando conhecimento de que um crime será praticado, desloca-se até o respectivo local, onde fica à espreita,

aguardando o início dos atos de execução, ou conforme o caso, a própria consumação para, ato contínuo, efetivar a prisão em flagrante.

Em continuidade, o autor oferece um exemplo prático:

Mediante uma interceptação telefônica autorizada judicialmente, descobre a autoridade policial que determinado navio atracará ao porto com uma carga de drogas camufladas em forma de mercadorias lícitas. Chegando a embarcação e iniciado o descarregamento, aproximam-se os policiais e, constatando a veracidade da informação, realizam a prisão dos traficantes.

Sucedendo então que, é empregada a prisão pela prática do delito consumado ou tentado, sempre por meio de modalidades investigativas, por intermédio de diligências, campana, interceptação telefônica dentre outras. Sempre, nesse plano, com intuito de interceptar certo indivíduo que se sabe estar com intenção de práticas delituosas.

Por outro lado, inclui-se o flagrante forjado, fabricado, maquinado ou urdido, que ocorre quando policiais ou terceiros criam um crime inexistente com o propósito de prender o agente em flagrante. Noutros termos, as provas arguidas para a efetivação da prisão em flagrante são forjadas pela própria polícia ou mesmo por particulares.

Noberto Avena (2011, p. 371), segue em seus dizeres:

É aquele no qual o fato típico não foi praticado, sendo simulado pela autoridade ou pelo particular com o objetivo direto de incriminar falsamente alguém. Caracteriza-se pela absoluta ilegalidade e sujeita o responsável a responder penalmente por essa conduta.

Evidentemente, esta espécie não possui validade, encontrando-se na catalogação da doutrina para fins didáticos e compreensão do efeito.

Por último, fala-se além das outras, na modalidade de flagrante protelado, diferido ou retardado. Este modelo de prisão em flagrante possui previsão legal pela Lei do Crime Organizado (Lei nº 9.034/95).

Conforme se verifica do artigo 2º da referida lei, o legislador permite certos procedimentos de investigação e formação de provas, dentre os quais:

A ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações constante no inciso II.

De outra maneira, trata-se nada mais, do que a faculdade daquele que possui obrigação legal de realizar a prisão em flagrante, no sentido de retardá-la visando obter maiores informações a respeito da ação dos criminosos (AVENA, 2011. p. 372).

O mesmo raciocínio no tocante a possibilidade desta postergação, se aplica para a Lei de Drogas (Lei 11.343/06), em virtude da previsão em seu artigo seu 53, inciso II:

Artigo 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios: I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes; II - a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível. Parágrafo único: na hipótese do inciso II deste artigo, a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores. (g.n)

A finalidade desta retardação é ilustrada sabiamente por Guilherme de Souza Nucci (2008, v.1, p. 391):

O objetivo do legislador em atingir o peixe graúdo, sem que se dissemine a prisão dos meros carregadores de drogas ilícitas, atuando por ordem dos verdadeiros comandantes [...] justamente por isso a lei menciona a ação retardada em relação aos portadores de produtos, substâncias ou drogas ilícitas.

Frisa-se que somente é possível em se tratando de crimes praticados por organizações criminosas, sobre o qual não necessita de ordem judicial ou mesmo oitiva prévia do MP, cabendo, neste caso, a autoridade policial administrar a conveniência e oportunidade da postergação.

E igualmente possível em se tratando dos crimes previstos na Lei de Drogas, imprescindível neste feito a ordem judicial e oitiva prévia do Ministério Público.

3.5 Auto de Prisão em Flagrante

De modo sucinto é necessário ponderar que depois de emanada a voz de prisão, necessariamente são tomadas providências, resumidamente declinadas pelo rol exemplificativo do artigo 6º do Código de Processo Penal, procedendo, logo que a autoridade policial tiver conhecimento da prática da infração penal, a observâncias dos incisos:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; IV - ouvir o ofendido; V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura; VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações; VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias; VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes; IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter; X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.

Além das medidas elencadas no artigo 306, a autoridade cuidará das providências dos artigos 304 e 309, todas do Código de Processo Penal:

Artigo 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto. §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; §2º A falta de testemunhas da infração não impedirá o auto de prisão em flagrante; mas, nesse caso, com o condutor, deverão assiná-lo pelo menos duas pessoas que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade; §3º Quando o acusado se recusar a assinar, não souber ou não puder fazê-lo, o auto de prisão em flagrante será assinado por duas testemunhas, que tenham ouvido sua leitura na presença deste; §4º Da lavratura do auto de prisão em flagrante deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.

Artigo 309. Se o réu se livrar solto, deverá ser posto em liberdade, depois de lavrado o auto de prisão em flagrante.

Ademais, conforme expresso pelo artigo 5º da Constituição Federal, inciso LXII: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.”

Salienta-se que a apresentação do preso à autoridade policial é o primeiro momento em que esta poderá analisar a legitimidade da prisão, sendo que, se for realmente caso de autuação em flagrante, deverá presidi-la seguindo os moldes legais e o disposto no artigo 5º, LXII da Carta Magna, comunicando a prisão à família do preso ou à pessoa por ele indicada, a fim de que, caso queiram, tomem as providências que entenderem necessárias. Além disso, deverá comunicar o fato ao juiz competente (GONÇALVES, 2004, p. 68).

O que se verifica, de imediato, é que após a voz de prisão em flagrante, os atos relativos a ela são documentalizados pondo a termo os acontecimentos, por intermédio do que se entende por autuação da prisão em situação de flagrância.

Trata-se, outrossim, o auto de prisão em flagrante, de uma das modalidades de *notitia criminis*, e peça inicial do inquérito policial (GONÇALVES, 2004, p. 67).

Nesse sentido, após encaminhado o suposto delinquente à autoridade policial, comunicado a família do preso e autoridade competente acerca da prisão, bem como colhida a oitiva do condutor, de eventuais testemunhas e da vítima, será procedido o interrogatório do preso. Na sequência lavrar-se-á, então, o auto de prisão em flagrante e o encaminhará ao juiz competente acompanhado das demais peças, assim como remessa à defensoria pública na hipótese do detido não ter informado o nome do seu advogado, ademais, no mesmo prazo será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa (AVENA, 2011, v.1, p. 374).

Seguindo este procedimento, também é imprescindível que no preâmbulo do auto de prisão em flagrante conste que o indiciado poderá permanecer calado à vista de qualquer pergunta no que toca ao fato pelo qual foi detido, sob os ditames do inciso LXIII, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Destarte, a autoridade policial entendendo não ser o caso de prisão em flagrante, poderá não lavrar o auto, mas sim instaurar o inquérito policial. Nesse ponto, Daniela Cristina Rios Gonçalves (2004, p. 69):

A autoridade policial ao entender que não estão presentes as situações próprias de flagrante, de acordo com a rígida conceituação legal, ou que, segundo a opinião de alguns autores, não existe fundada suspeita de que o conduzido seja o autor do delito, ou, ainda, se faltar alguma formalidade essencial, como o pedido-autorização do ofendido nos crimes de ação penal condicionada à representação e ação privada, não lavrará o auto. Na prática, o que ocorre, em regra, é que a autoridade policial, nas hipóteses citadas, faz tão somente um registro policial, para análise e controle posterior, e determina, se for o caso, a instauração do inquérito policial ou termo circunstanciado, ou ainda, lavra o auto e coloca o preso em liberdade.

Isso se deve ao fato de que, o delegado lavrando o auto de prisão em flagrante de forma arbitrária, quando as circunstâncias indicarem que não deveria, a prisão será relaxada, consoante artigo 5º, inciso LXV da Constituição Federal: “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”.

4 A PRISÃO À LUZ DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAS

Partindo do ponto de que todo o ordenamento jurídico deva ser enraizado sob a voz da Constituição Federal, também constitui extenso o quadro de direitos garantidos ao preso, expressamente ou mediante princípios constitucionais implícitos.

Nessa acepção, ao preso são assegurados numerosos direitos específicos, não apenas na esfera constitucional, mas também na legislação esparsa, além daqueles direitos gerais garantidos a todos os indivíduos.

De tal maneira, imprescindível arrazoar aqueles direitos que se destacam e que respaldam tanto outros, como prossegue:

4.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

É crível até mesmo aos olhos do leigo o extenso quadro de garantias ao indivíduo sujeito a pena privativa da liberdade espalhados pela legislação.

Sobre o prisma constitucional destaca-se, explicitamente, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, também reputado como Princípio Guarda-Chuva, com previsão posicionada no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, à sombra do realce e da grandiosidade merecida:

Art. 1º da Constituição Federal/88: a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I a soberania; II a cidadania III a dignidade da pessoa humana; IV os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V o pluralismo político. (g.n)

A definição do que comporta o conceito da Dignidade da Pessoa Humana não é função simples, por possuir conteúdo amplo e de difícil delimitação, formada gradativamente pela necessidade advinda ante aos acontecimentos históricos cruéis vivenciados pelos homens. Podemos destacar a necessidade do surgimento do princípio na medida das causalidades não apenas antigas, mas também das recentes.

Rogério Greco (2012, p. 67), expõe acertadamente:

No entanto, mesmo reconhecendo a sua existência, conceituar dignidade da pessoa humana continua a ser um enorme desafio. Isto porque tal conceito encontra-se no rol daqueles considerados vagos e imprecisos. É um conceito, na verdade, que, desde a sua origem, encontra-se em um processo contínuo de construção. Não podemos, de modo algum, edificar um muro com a finalidade de dar contornos precisos a ele, justamente por ser um conceito aberto. (g.n)

Como exemplo dos episódios presentes na construção vagarosa do que compõe este princípio, podemos citar a inquisição; época em que se queimavam as pessoas vivas acusadas de bruxaria; os castigos corporais que levavam a morte na Idade Média; a escravidão que sujeitava o escravo a todo tipo de abuso; as guerras mundiais e, finalmente o episódio do nazismo, que teve seu ápice durante a Segunda Guerra Mundial (BERTONCINI; MARCONDES, 2013, s.p).

Todos os fatores citados somados a outros inúmeros elementos, foram fundamentais para uma mudança de paradigma, com o propósito de evitar incidentes semelhantes.

Neste íterim, com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, a fim de cumprir tal intento, em seu artigo 1º foi previsto: “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação uma as outras com espírito de fraternidade”.

Por esse turno, embora o homem tenha demorado tempo demasiado para aferir seu valor, progressivamente cresceu a ideologia de oferecer um mínimo imprescindível para compor a vida de cada pessoa, trazendo nossa legislação interna, por fim, a convicção obrigatória dos direitos inerentes ao homem, como deveria o reconhecimento ter se efetivado desde os primórdios.

Afinal, segundo já apontava Immanuel Kant, toda pessoa deve ser considerada como fim em si mesma, não meramente como meio, de modo que nenhum ser humano deve ser coisificado ou instrumentalizado (RIBEIRO, 2012, s.p).

Contudo, devemos destacar que, em que pese estejamos em um patamar elevado, considera-se longe ainda de atingir o ideal no correspondente ao esgotamento das possibilidades, mormente da efetivação do que propõe o princípio da dignidade humana.

Sobre o assunto, José Afonso da Silva, (2007, p. 153):

O reconhecimento dos direitos fundamentais do homem em enunciados explícitos nas declarações de direitos, é coisa recente, e está longe de se esgotarem suas possibilidades, já que a cada passo na etapa da evolução

da Humanidade importa na conquista de novos direitos. Mais que conquista, o reconhecimento desses direitos caracteriza-se como reconquista de algo que, em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividiu em proprietários e não proprietários.

Tamanha é a abrangência deste princípio, que se vale também da denominação de “guarda chuva”, por amparar ou fundamentar os demais princípios, dentre eles aqueles que protegem o investigado, o acusado, o condenado e, em linha direta o homem preso à disposição da Justiça.

Sobre isso, dessa maneira, qualquer violação a direitos é diretamente uma violação ao Princípio da Dignidade Humana, por ser o que lhe garante o que, em termos simples, embasa a existência de qualquer outro direito previsto ou não no ordenamento jurídico.

4.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana sobre o prisma das garantias aos encarcerados

Ao indivíduo preso se sobreleva, especialmente o respeito à integridade física e moral apontado no artigo 5º, XLIX, da Constituição Federal de 1988: “é assegurado ao preso o respeito à integridade física e moral”.

Além desse, há vários outros direitos fundamentais que em iguais condições se ressaltam nos incisos do artigo 5º da Constituição Federal, a serem respeitados pelo Estado no exercício do *ius puniendi*:

Inciso III, ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;
 Inciso XLV, nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;
 Inciso XLVI, a lei regulará a individualização da pena [...];
 Inciso XLVII, não haverá penas:a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;b) de caráter perpétuo;c) de trabalhos forçados;d) de banimento;e) cruéis;
 Inciso XLVIII, a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;
 Inciso L, às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;
 Inciso LIII, ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;
 Inciso LIV, ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;
 Inciso LVII, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Em perspectiva infraconstitucional, a lei de execuções penais, em vigor desde 1984, no capítulo II, sob dever do Estado elenca um catálogo assistencial aos presos, que possui por objetivo prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade, garantindo a assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa.

Sob os ditames do Artigo 41 da Lei de Execução Penal (Lei. 7.210/1984), são direitos do preso:

Art. 41 - Constituem direitos do preso:
Inciso I, alimentação suficiente e vestuário;
Inciso II, atribuição de trabalho e sua remuneração;
Inciso III, Previdência Social;
Inciso IV, constituição de pecúlio;
Inciso V, proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
Inciso VI, exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
Inciso VII, assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
Inciso VIII, proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
Inciso IX, entrevista pessoal e reservada com o advogado;
Inciso X, visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
Inciso XI, chamamento nominal;
Inciso XII, igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;
Inciso XIII, audiência especial com o diretor do estabelecimento;
Inciso XIV, representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;
Inciso XV, contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.
Inciso XVI, atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

Também na acepção de proteção ao indivíduo, a mesma lei, estabelece que não haverá sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar, sob pena de culpa do Estado no tocante a qualquer abuso e constrangimento ilegal.

Não obstante, os direitos humanos reconhecidos em documentos internacionais, principalmente no tocante a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de San José da Costa Rica, aprovado em 1969, aderido e ratificado pelo Brasil apenas em 1992, contorna a justiça social e a liberdade social,

constituída no respeito aos direitos essenciais aos homens, carregando preocupação de caráter humanitário no cumprimento da pena.

Em seu artigo 11, a Convenção confirma o preceito do artigo 1º da Constituição Federal de 1988 que promete a preservação da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado democrático de Direito.

Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade:

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas. (g.n)

Difundido na legislação pátria e universal, há múltiplos direitos assegurados que não convêm apontá-los e especificá-los, não por possuírem cunho de menor relevância, mas em virtude de seu volume extraordinário.

4.2 Princípio do Devido Processo Legal

O devido processo legal está consagrado no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, sobre o qual ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem que haja um processo prévio: “artigo. 5º, inciso LIV, CF: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Acerca deste princípio deve-se delinear que tal como ocorre com o princípio da dignidade da pessoa humana, o devido processo legal também alicerça uma série de direitos ao acusado, como o de ser ouvido pessoalmente perante o juiz a fim de narrar sua versão dos fatos; de acesso à defesa patrocinada por profissional como capacidade técnica; de motivação das decisões judiciais; do duplo grau de jurisdição; de revisão criminal das decisões condenatórias; de observância do rito processual estabelecido por lei para a hipótese concreta etc (AVENA, 2011, v.1, p. 40).

Conclui-se desta premissa que a restrição à liberdade do acusado, não apenas depende de ordem judicial, posto que está adstrita à observância de procedimento qualificado por garantias mínimas, inseridas em seu catálogo.

4.3 Princípio da Presunção de Inocência

O princípio da presunção de inocência ou princípio da não-culpabilidade é um dos princípios constitucionais protetivos do direito à liberdade.

Foi proclamado originariamente na França pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e reconhecido internacionalmente por meio da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948:

Declaração de Direitos Humanos da ONU, em 1948, artigo 11: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”.

Reconhecido e expresso também pelo Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, de 1966, e pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o princípio da presunção de inocência veio a ser consagrado em nosso ordenamento com o advento da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, LVII, prevendo expressamente: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (GONÇALVES, 2004, p. 08).

Em 1922 este princípio foi reforçado com a adesão do Brasil à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que estabelece: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. Tal regra possui índole constitucional por força do disposto no artigo 5º, §2º, da Magna Carta.

Para Noberto Avena (2011, v.1, p. 42), o princípio da presunção de inocência trata-se de um desdobramento do princípio do devido processo legal, consagrando-se como um dos mais importantes alicerces do Estado de Direito.

A presunção de inocência é na verdade, um estado de inocência, no qual o acusado permanece até que seja declarado culpado por sentença transitada em julgado. Logo, o acusado é inocente durante o processo e seu estado só se modificará com a declaração de culpado por sentença. (g.n)

À vista deste princípio, passou-se a inquirir a possibilidade de aplicação das prisões processuais, isto é, as que antecedem o trânsito em julgado. Assim, Noberto Avena (2011, p. 43), explica as razões pelas quais são aceitas as prisões cautelares:

Por força do princípio constitucional da presunção de inocência, as prisões de natureza cautelar – assim entendidas as que antecedem o trânsito em julgado da decisão condenatória – são medidas de índole excepcional, as quais somente podem ser decretadas (ou mantidas) caso venham acompanhadas de efetiva fundamentação, não sendo, a alusão à gravidade abstrata do delito ou sua hediondez, suficientes à manutenção da medida extrema. (g.n)

Por esse lado, mesmo que as medidas sejam permitidas por força da mitigação do princípio em decorrência da lei, existem oposições a essas exceções que fazem sentido, conquanto sejam superadas. Em função disso, parcela da doutrina, repudia a prisão provisória em sua total acepção, inclusive, na obra de Gomes Filho (1991, p. 68) encontramos que trata-se esta modalidade de prisão de: “uma antecipação da punição, ditada por razões de ordem substancial e que pressupõe o reconhecimento da culpabilidade”.

Em parâmetro não muito desigual, Kato argumenta (2005, p. 115):

A leitura tradicional da prisão cautelar [...] é um dos motivos que permite sua desmedida aplicação como medida punitiva, antecipatória da pena, com razões ocultas e diversas da sua finalidade instrumental de efetividade do procedimento penal.

Assim exposto, a despeito das divergências, em proveito de toda a explicação, extraímos que este princípio, por óbvio não é absoluto. As prisões cautelares são aceitas sob o fundamento de que o próprio texto constitucional admite expressamente a prisão em flagrante e outras modalidades de privação da liberdade, desde que resultantes de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, bem como não representem verdadeiras antecipações da pena.

4.4 Princípio da Insignificância

Na obra de Luiz Flávio Gomes (2009 p. 15), acerca do princípio da insignificância, ele traduz, primeiramente, o que exatamente entende-se por um crime insignificante:

Infração Bagatelar ou delito de bagatela ou crime insignificante expressa o fato de ninharia, de pouca relevância (ou seja: insignificante). Em outras

palavras, é uma conduta ou um ataque ao bem jurídico tão irrelevante que não requer a (ou não necessita da) intervenção penal. Resulta desproporcional a intervenção penal nesse caso. O fato insignificante, desarte, deve ficar reservado para outras áreas do Direito (civil, administrativo, trabalhista, etc). Não se justifica a incidência do Direito penal (com todas as suas pesadas armas sancionatórias) sobre o fato verdadeiramente insignificante).

Nesse passo, o autor avança em suas explicações ao ensinar que:

O princípio da insignificância é o que permite não processar condutas socialmente irrelevantes, assegurando não só que a Justiça esteja mais desafogada, ou bem menos assoberbada, senão permitindo também que fatos nímios não se transformem em uma sorte de estigma para seus autores.(g.n)

Sobre isso, para que a conduta praticada seja considerada como crime, não basta que tenha apenas correspondência nos elementos de um tipo penal, referindo-se a tipicidade formal. Faz-se necessário, sobretudo, que a conduta seja capaz de lesar ou expor terceiros a risco; provocar lesões significantes ao bem jurídico tutelado, entendido pela tipicidade material (MICHELETTO, s.p, s.a)

A Jurisprudência sedimentou a aplicação de tal princípio, preponderando o bom senso do magistrado, principalmente a fim de evitar aberrações no mundo jurídico diante de situações concretas. Para tanto, tem seguido vetores que tornam possível o efeito, consoante o julgado solidifica:

STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL :AgRg no REsp 1377789 MG 2013/0127099-0 – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DIMINUTO VALOR. RESTITUIÇÃO À VÍTIMA. PREPONDERÂNCIA SOBRE A REITERAÇÃO DELITIVA. AGRAVO PROVIDO. - 1. Sedimentou-se a orientação jurisprudencial no sentido de que a incidência do princípio da insignificância pressupõe a concomitância de quatro vetores: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. - 2. A reiteração delitiva tem sido compreendida como obstáculo inicial à tese da insignificância, ressalvada excepcional peculiaridade do caso penal. - 3. Em razão da coisa que se tentou furto (dois cosméticos), seu diminuto valor (R\$ 8,38 - oito reais e trinta e oito centavos), com restituição à vítima, estabelecimento comercial, admite-se a insignificância, excepcionando-se a condição de reiteração delitiva do agente. - 4. Agravo regimental provido. Recurso especial a que se nega provimento. – Acórdão - Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao agravo regimental para, reformando a decisão agravada, negar provimento ao recurso especial, nos termos do

voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogério Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.(g.n)

Nesse balaio, sintetiza-se que a idealização deste princípio, remete ao princípio da intervenção mínima do direito penal. Por decorrência, logo, a insignificância é tida pela jurisprudência como causa excludente de tipicidade, permanecendo o fato como formalmente típico, mas materialmente atípico.

4.5 O Efeito Reverso do Excesso de Direitos Fundamentais aos Apenados e o Desrespeito à Dignidade do Homem pelo Próprio Estado

É necessária a advertência de que os princípios expostos, não são os únicos que garantem a vida individual do homem e, principalmente dos indivíduos encarcerados ou submetidos a um regime de pena mais brando. Tão somente são os que melhor se destacam para a relevância do tema discutido.

Afere-se que congregando os princípios, as cartas de boas intenções e todos os demais esforços teóricos empreendidos pelo Estado para o fim de proteger a todos de sua força opressora, reputa-se, uma atuação louvável e digna de admiração.

Sobretudo, faz-se ainda mais necessário, com infelicidade revelar que nem de longe tais garantias são efetivadas. Ademais, o Estado não cumpre com a promessa de ressocialização dos homens presos¹.

A Constituição brasileira reconhece, por exemplo, o direito à saúde, educação, moradia, lazer, alimentação, enfim, direitos mínimos, básicos e necessários para que o ser humano tenha uma condição de vida digna. No entanto, em maior ou menor grau, nesses direitos são negligenciados pelo Estado. Veja-se, por exemplo, o que ocorre, via de regra, com o sistema penitenciário brasileiro, em que indivíduos que foram condenados ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade são afetados, diariamente, em sua dignidade, enfrentando problemas como os da superlotação carcerária, espancamentos, ausência de programas de reabilitação etc (GRECO, 2012, p. 11).

Igualmente, o Estado é um exemplo de insucesso não apenas no tocante ao encarcerado, mas também na vida daquele que é livre, no sentido impedir sua entrada aos cárceres qualificados como o lugar propício para o crime.

¹ Este tema foi abordado no tópico 2.3 e 2.4.

Nessa medida, há de se lamentar que embora o princípio da dignidade da pessoa humana seja condigno e possua sede constitucional, sendo, portanto, considerado como um princípio expresso, em muitas situações percebe-se a sua violação pelo próprio Estado. Assim, aquele que deveria ser o maior responsável pela sua observância, acaba se transformando em seu maior infrator (GRECO, 2012, p. 11).

A grande verdade, em suma, é que para a infelicidade geral, as extensas garantias existentes não se materializam sequer no que toca ao imprescindível.

Sob este aspecto, é que se torna ainda mais repugnante restringir a liberdade daquele que não foi julgado a pretexto das custódias provisórias:

Todas as modalidades de restrição à liberdade humana representam instrumentos empregados para obtenção dos interesses sociais predominantes. É cadente o rigorismo dessas medidas, principalmente porque atinge o homem sem ele tenha, ainda, sido julgado, ou mesmo, como no caso da prisão em flagrante, sem nenhuma autorização judicial. [...] Todo castigo antecipado é revoltante e atenta contra dignidade da pessoa humana. É deletério porque retira da sanção a sua eventual expressão pedagógica, transformado-a, apenas, em martírio (CASTELO BRANCO, 2001, p.5).

Poucas são as oposições à prisão em flagrante, uma vez que há certa unanimidade quanto à sua necessidade. As divergências dizem respeito às formalidades que devem cercá-la e aos maiores ou menores rigores para a concessão da liberdade provisória (GONÇALVES, 2004, p. 17).

Zucher (s.a) apud Daniela Cristina Rios Gonçalves (2004, p. 17): “a prisão em flagrante visa punir o autor do crime antes da sentença e é um resquício de formas antigas de procedimento preservadas para satisfazer o desejo de vindita, ânsia de fazer brilhar a majestade da lei.”

De qualquer modo, não se discute que as proteções que deveriam ser prévias ao ingresso nas cadeias, e da mesma maneira a ressocialização posterior não alcançam sequer o próximo das expectativas.

Tales Castelo Branco, (2001, p. 1), com Excelência faz ver a inversão de valores do Estado:

O Estado condena por vadiagem e sustenta vadios. Difunde e cultiva a sujagem cerebral, facilita o envenenamento moral, realiza o confisco da personalidade, condena esposas à renúncia ou à miséria e filhos à

perdição. Inutiliza vontades, esmaga caracteres, prende consciências e solta instintos, de alto a baixo da “família penitenciária”. A prisão é a perda traumática dos bens de primeira necessidade imaterial, material e até natural.(g.n)

São incitáveis as circunstâncias negativas que a prisão repercute na vida do indivíduo levando-se em conta a situação real dos estabelecimentos prisionais. Nesses casos, o que se nota é a corrupção da personalidade com o total abalo psique, principalmente àqueles que novamente pela indolência Estatal, são mantidos nesses locais por tempo superiores ao razoável.

Por esse ângulo é que não poderia ser deixado de mencionar a audaciosa e admirável decisão do Julgador Rafael Gonçalves de Paula, na época em exercício junto à 3ª Vara Criminal da Comarca de Palmas/TO, ao determinar a liberdade de um lavrador e de um auxiliar gerais, pelo furto de duas melancias, considerando, mormente os danos de eventual prisão:

Para conceder a liberdade aos indiciados, eu poderia invocar inúmeros fundamentos: os ensinamentos de Jesus Cristo, Buda e Ghandi, o Direito Natural, o princípio da insignificância ou bagatela, o princípio da intervenção mínima, os princípios do chamado Direito alternativo, o furto famélico, a injustiça da prisão de um lavrador e de um auxiliar de serviços gerais em contraposição à liberdade dos engratados que sonem milhões dos cofres públicos, o risco de se colocar os indiciados na Universidade do Crime (o sistema penitenciário nacional).

Poderia sustentar que duas melancias não enriquecem nem empobrecem ninguém.

Poderia aproveitar para fazer um discurso contra a situação econômica brasileira, que mantém 95% da população sobrevivendo com o mínimo necessário.

Poderia brandir minha ira contra os neo-liberais, o consenso de Washington, a cartilha demagógica da esquerda, a utopia do socialismo, a colonização européia.

Poderia dizer que George Bush joga bilhões de dólares em bombas na cabeça dos iraquianos, enquanto bilhões de seres humanos passam fome pela Terra – e aí, cadê a Justiça nesse mundo?

Poderia mesmo admitir minha mediocridade por não saber argumentar diante de tamanha obviedade.

Tantas são as possibilidades que ousarei agir em total desprezo às normas técnicas: não vou apontar nenhum desses fundamentos como razão de decidir.

SIMPLESMENTE MANDAREI SOLTAR OS INDICIADOS.

QUEM QUISE QUE ESCOLHA O MOTIVO!

Expeçam-se os alvarás. Intimem-se.

Palmas – TO, 05 de setembro de 2003.

Rafael Gonçalves de Paula

Juiz de Direito

Diante de tamanha decisão, frágil é qualquer palavra na tentativa de justificar o contrário. Fica evidente a desnecessidade e o perigo de submeter

qualquer indivíduo aos cárceres antes de decisão válida no sentido de que seja imprescindível a ele e a sociedade o seu isolamento frente ao fato típico praticado.

A decisão trazida, embora teça sobre o princípio da insignificância, nos cabe ressaltar, uma vez que sua aplicabilidade imediata evita igualmente prisões diante da inexistência de crime pela atipicidade material, assim como será abordado a necessidade da análise imediata das excludentes de ilicitude pela autoridade policial a fim de evitar injustiças em vista de prisões em situações que restem patentes causas excludentes de ilicitude.

5 EXCLUDENTES DE ILICITUDE

De início, antes de explorar qualquer conteúdo relacionado à ilicitude do fato, é necessário decifrar, ainda que ligeiramente o conceito analítico de crime. Para tanto, existem basicamente duas correntes predominantes, excluindo as minoritárias.

Sem delongas, para a teoria bipartida o crime é um fato típico e antijurídico ou ilícito, tratando-se a culpabilidade apenas de um pressuposto de aplicação da pena. Em aspecto mais amplo, para a teoria tripartida, o crime é um fato típico, antijurídico e também culpável.

A realidade é que os efeitos da adoção pelo conceito bipartido ou tripartido são muito mais teóricos do que práticos, uma vez que para ambas as correntes se não houver a culpabilidade não haverá a imposição da pena (MARTINS, 2014, s.p).

Sob a vertente coerente traçada pelas palavras do Professor Luís Augusto Freire Teotônio (2002. p. 120) entendemos tratar-se adequada a teoria tripartida:

Não é correta a afirmação de alguns doutrinadores de que o finalismo apenas se afina com a corrente bipartida, que considera a culpabilidade como mero pressuposto de aplicação da pena. Welzel, considerado pai do finalismo, seus discípulos, bem assim os autores que introduziram a doutrina no Brasil, João Mestieri, Heleno Fragoso e Assis Toledo, entre outros, nunca disseram que o crime formava-se apenas pelo fato típico e ilícito, considerando sempre a culpabilidade como um dos seus elementos ou requisitos.

Neste mesmo diapasão, segue os doutrinadores: Cesar Bitencourt, Francisco de Assis Toledo, Edgard Magalhães Noronha, Frederico Marques, Heleno Fragoso, Anibal Bruno, Nelson Hungria, Guilherme Nucci, Luís Regis Prado, Rogério Greco, entre outros.

As Excludentes de Ilicitude, também tratadas por discriminantes, justificantes de antijuricidade e tipos permissivos, encontram-se elencadas nos incisos do artigo 23 do Código Penal, sobre os quais, não há crime quando o agente pratica o fato em estado de necessidade; em legítima defesa; em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular do direito.

Além dessas causas legais gerais, existem as causas especiais, previstas na parte especial do Código Penal, para crimes determinados, tais quais outras podem existir que, mesmo não tendo sido expressamente previstas pela lei, afastam a ilicitude da conduta levada a efeito pelo agente. São as chamadas causas supraleais de exclusão de ilicitude (GRECO, 2012, p. 128).

Neste posto, Cezar Roberto Bitencourt (2011, v.1, p.870):

Essas causas supraleais podem encontrar seu fundamento nos princípios gerais de direito, na analogia e nos costumes. No entanto, diante da regulamentação das excludentes de criminalidade no nosso Código Penal, sobra pouco espaço para a ocorrência de alguma excludente supraleal, com exceção, por exemplo, do consentimento do ofendido, conforme análise que faremos mais adiante. Mas, se o caso concreto o exigir, a doutrina e a jurisprudência jurídico-penais brasileiras estão suficientemente maduras e atualizadas para analisá-lo e admitir eventuais causas supraleais que, porventura, venham a configurar-se.(g.n)

Rogério Greco (2012, p. 121) define apropriadamente a ilicitude:

Illicitude, ou antijuridicidade, é a relação de antagonismo, de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico que cause lesão, ou exponha a perigo de lesão um bem jurídico protegido. Quando nos referimos ao ordenamento jurídico de forma ampla, estamos querendo dizer que a ilicitude não se resume à matéria penal, mas sim que pode ter natureza civil, administrativa, tributária etc. Se a conduta típica do agente colidir com o ordenamento jurídico penal, diremos ser ela penalmente ilícita.

Transferindo para simplórios termos, o direito admite que se realize, em certas circunstâncias, um comportamento típico não antijurídico, haja vista a tipicidade não constituir a ilicitude.

A regra seria a de que a prática de uma conduta típica, devidamente prevista no tipo penal, em tese, seria também antijurídica. Sobretudo, há exceções, no ensinamento de Aníbal Bruno (1967) apud Rogério Greco (2012, p. 121), é possível compreender com perfeição, que: “pela posição particular em que se encontra o agente ao praticá-las, se apresentam em face do direito como lícitas.”

Assim, o fato mesmo que considerado típico, se efetuado diante das causas que excluam a ilicitude da conduta, assim não será considerado pelo afastamento de um dos elementos trazidos pelo próprio conceito do crime. Frisa-se sob este aspecto novamente, por ser de importância, que o fato deixa de ser considerado crime, embora faça-se fato típico.

5.1 Considerações acerca de Aspectos Processuais

À vista das excludentes sucederão consequências processuais, desencadeando a possibilidade de o Ministério Público promover o arquivamento, de o juiz não receber a denúncia, absolver sumariamente ou a de absolvição por ocasião da sentença.

Do mesmo modo, a lei determina a proibição do decreto de prisão preventiva do agente que assim tenha agido. Pelo mesmo ângulo elucida o parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal, no que toca a liberdade provisória:

Art. 310, parágrafo único do Código de Processo Penal: Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

Mais do que tudo isso, destaca-se, em outros termos, especificamente que havendo excludente de ilicitude e, por conseguinte sobrevindo a inexistência de crime, o Ministério Público deverá promover o arquivamento de eventual inquérito policial ou termo circunstanciado pela ausência de condição da ação penal. Sobretudo, se insistir em tomar a denúncia como medida, o magistrado oportunamente a rejeitará, sob os ditames do artigo 395, II, do Código de Processo Penal que define: “a denúncia ou queixa será rejeitada quando: faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal”.

Superada esta oportunidade, na hipótese de ter sido recebida a denúncia, o juiz poderá após a apresentação da resposta escrita, absolver sumariamente o acusado, em face da presença manifesta de causa de exclusão da ilicitude do fato, nos moldes do artigo 397, I, do Código de Processo Penal:

Art. 397, II, do Código de Processo Penal: após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: II a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade. (g.n)

Por último, superadas todas essas ocasiões, considerando que durante o curso da ação penal restem dúvidas sobre a presença da causa excludente, o juiz

no momento da análise do auto de prisão em flagrante poderá conceder a liberdade provisória ao preso que tenha, em tese, agido sob qualquer dessas causas, e posteriormente, quando houver o convencimento, absolvê-lo com fulcro no artigo 386, VI, do Código de Processo Penal, que determina a absolvição do réu diante de circunstâncias que excluam o crime ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência.

5.2 Excesso nas Excludentes de Ilícitude

Apesar da inexistência de crime mencionada nas circunstâncias em que estiverem presentes as excludentes, devemos observar o que determina o parágrafo único do artigo 23 do Código Penal: “o agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo”.

Tornando outra a consequência para o excesso correspondente a qualquer das causas excludentes, conforme Bitencourt (2011, v.1, p. 879) dispõe:

Em qualquer das causas de justificação, quando o agente, dolosa ou culposamente, exceder-se nos limites da norma permissiva, responderá pelo excesso. A Reforma Penal de 1984, mais bem sistematizada, prevê a punibilidade do excesso em relação a todas as excludentes, ao contrário da redação original do Código Penal de 1940, que se limitava a prevê-la somente em relação à legítima defesa.

Então, o excesso é punível, seja a título de dolo, seja a título de culpa, que acontece no momento em que se exercita uma ação de salvaguarda ou uma conduta consentida, que, aliás, decorre normalmente da escolha de meio inadequado ou do uso imoderado e por vezes desnecessário de determinado meio, em princípio ajustado, que causa resultado mais grave do que o razoavelmente suportável nas circunstâncias (BITENCOURT, 2011, p. 881).

Sendo assim, se o agente se exceder em sua conduta, responderá exatamente por aquilo que não for necessário para fazer cessar o perigo.

5.3 Ilícitude Formal e Ilícitude Material

A doutrina revela ainda, diferença entre ilícitude formal e material. Emblema que a ilícitude formal corresponde a mera contrariedade do fato ao

ordenamento jurídico legal, sem qualquer preocupação quanto à perniciosidade social da conduta. O fato é considerado ilícito porque não estão presentes as causas de justificação, pouco importando se a coletividade reputa reprovável (FERNANDES, 2013, s.p)

Na realidade, tal conceito quase se confunde com a tipicidade, haja vista a contradição entre a conduta do homem e proibição penal da lei, por isso é que se torna irrelevante o espaço para sua discussão.

Por outro lado, a ilicitude material é retratada como a contrariedade do fato em relação ao sentimento comum de justiça, no que se refere ao justo à sombra dos olhos do homem mediano. Não se limita sobre essa ótica, a afrontar o texto da lei, mas sim em provocar um efeito dano à coletividade.

Fernando Capez (2012, v.1, p. 295), em seus termos instrui:

a) Illicitude formal: mera contrariedade do fato ao ordenamento legal (ilícito), sem qualquer preocupação quanto à efetiva perniciosidade social da conduta. O fato é considerado ilícito porque não estão presentes as causas de justificação, pouco importando se a coletividade reputa-o reprovável. b) Illicitude material: contrariedade do fato em relação ao sentimento comum de justiça (injusto). O comportamento afronta o que o homem médio tem por justo, correto.

Por seu turno, Luiz Regis Prado (20011, v.1, p. 360): “a ilicitude formal significa realização do tipo legal e a material é a conduta típica não justificada.

Verifica-se, tênue a linha de entendimento, tendo por antijuricidade formal a tipicidade e, a antijuricidade material a própria antijuricidade em si mesmo.

5.4 Estado de Necessidade

O estado de necessidade é definido pelo artigo 24 do Código Penal, partindo sempre do padrão do homem médio, segundo o qual:

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.

O exemplo clássico traçado pela doutrina, diz respeito a dois naufragos disputando a mesma tábua, que não suporta mais de um, uma vida terá de ser sacrificada para salvar outra (BITENCOURT, 2011, p. 883).

5.4.1 Direito e faculdade

Vale a pena ressaltar a divergência que a doutrina revela acerca da essência do estado de necessidade, se direito ou faculdade.

À vista do entendimento de Nelson Hungria (1949) apud Cleber Masson (2011, v.1, p. 382), trata-se de faculdade na medida do que expõe:

Faculdade, e não propriamente direito, porque a este deve corresponder necessariamente uma obrigação (*jus et obligatio sunt correlata*) e, no caso, nenhum dos titulares dos bens ou interesses em colisão está obrigado a suportar o sacrifício do seu. A lei, aqui, assume uma atitude de neutralidade e declara sem crime o vencedor (seja este o mais forte ou o mais feliz).!(g.n)

Para outra corrente, cuida-se de um direito a ser exercido não contra aquele que suporta o fato necessitado, mas frente ao Estado, que tem o dever de reconhecer a exclusão de ilicitude, e por corolário, o afastamento do crime (MASSON, 2011, p. 382).

Cleber Masson (2011, p. 383) defende o lado que assegura titular-se de uma faculdade e de direito subjetivo do réu simultaneamente, discussão sobre a qual aponta que a doutrina se encontra pacificada. Outras não poderiam ser suas palavras:

Com o devido respeito, a questão deve ser encarada por outro prisma, frente ao qual a doutrina é pacífica. O estado de necessidade constitui-se em faculdade entre os titulares dos bens jurídicos em colisão, uma vez que um deles não está obrigado a suportar a ação alheia, e, simultaneamente, em direito diante do Estado, que deve reconhecer os efeitos descritos em lei. Mais do que um mero direito, portanto, consiste em direito subjetivo do réu, pois o JUIZ não tem discricionariedade para concedê-lo. Presentes os requisitos legais, tem o magistrado a obrigação de decretar a exclusão da ilicitude.

Pautado neste entendimento, Bitencourt (2011, v.1, p. 896) aponta o estado de necessidade também no prisma de um dever no que diz respeito à necessidade de terceiros:

Ao contrário de uma corrente doutrinária que vê no estado de necessidade o exercício de um direito, reconhecemos nela tanto a) uma faculdade, no sentido de direito facultativo do próprio indivíduo afetado pela situação de necessidade de escolher entre deixar perecer o seu interesse juridicamente protegido, ou sacrificar o interesse de outra pessoa, igualmente tutelado

pela ordem jurídica; como também b) um dever, nos casos de estado de necessidade de terceiro, em que é obrigatória a ação de salvaguarda para aquele que está em condições de prestar assistência, sob pena de ver-se incurso nas penas do crime de omissão de socorro.

Verifica-se, portanto, tratar-se de faculdade do agente, na medida em que agirá de acordo com o seu instinto de sobrevivência e de preservação pessoal, bem como, por lado contrário, um direito subjetivo exercido contra o Estado e um dever no que toca ao estado de necessidade de terceiros.

5.4.2 Estado de necessidade defensivo e agressivo

No que diz respeito à origem do perigo, configuraria o estado de necessidade defensivo quando o agente, para salvar direito próprio ou de terceiro, lesa o bem jurídico do causador do perigo. Neste plano, o próprio causador do perigo sofre as consequências de seu ato. Em outra medida, estaria caracterizado o estado de necessidade agressivo quando o agente que age utilizando a causa justificante viola bem jurídico de pessoa diversa àquela que causou o perigo.

Nas palavras de Cleber Masson (2011, p. 390) é transparente o que pretende-se expor:

Agressivo: é aquele em que o agente, para preservar bem Jurídico próprio ou de terceira pessoa, pratica o fato necessitado contra bem jurídico pertencente a terceiro inocente, ou seja, pessoa que não provocou a situação de perigo. O autor do fato necessitado, embora não seja responsável pelo perigo, deve indenizar o dano suportado pelo terceiro (CC, art. 929), reservando-lhe, porém, ação regressiva contra o causador do perigo (CC, art. 930, caput). Defensivo: é aquele em que o agente, visando a proteção de bem Jurídico próprio ou de terceiro, pratica o fato necessitado contra bem jurídico pertencente àquele que provocou o perigo. Obviamente, não há obrigação de ressarcir os danos causados, como se extrai da análise a contrario sensu do art. 929 do Código Civil.

O que resta a declinar, é que ambas as espécies de estado de necessidade excluem a ilicitude da ação, havendo, contudo, diferenças no âmbito civil, na oportunidade da reparação do dano.

5.4.3 Estado de necessidade justificante e exculpante

Esta diferenciação é analisada sob o enfoque do bem jurídico sacrificado. Percebe-se, que na referida excludente há um conflito de direitos, que a depender do caso resultará na prevalência de um, e conseqüente supressão do outro. Exemplos clássicos apontados pela doutrina são o furto famélico, a morte de um animal que ataca uma pessoa sem nenhuma intervenção dolosa ou culposa do seu dono, entre outros (MIRABETE; FABBRINI 2009, p. 163).

Relativamente desta supressão de um direito em detrimento de outro, necessário se faz conhecer as duas teorias que procuram explicar a questão no que corresponde a valoração dos objetos tutelados.

O fato é que para a teoria unitária, adotada pelo Código Penal, qualquer conduta que seja praticada em estado de necessidade é justificante, isto é, não há distinção de valor entre o bem sacrificado e o prevalente.

Em outro lado, a teoria diferenciadora, a seu posto, faz distinção entre o estado de necessidade justificante, apto a excluir a ilicitude, e o estado de necessidade exculpante, que enseja a seu ver exclusão da culpabilidade. Justifica, neste caso, que para ser justificante o valor do bem sacrificado é maior, ao passo que sendo ele de valor inferior ao prevalente, tratar-se-á de estado de necessidade exculpante (BITENCOURT, 2011, v.1 p. 885).

Contudo, evidencia-se que tal particularidade não é relevante para o Direito Penal brasileiro, pelo menos não foi abordado pelo Código Penal:

O Código Penal brasileiro consagra o estado de necessidade somente como excludente da antijuricidade, ou seja, justificante, sem as distinções feitas pela legislação alemã entre: a) estado de necessidade justificante, nos casos de conflito de bens jurídicos de distinto valor; e b) estado de necessidade exculpante, nos casos de conflito de bens jurídicos de igual valor. Chegamos a essa conclusão porque o Código Penal brasileiro prevê, expressamente, o estado de necessidade no art. 23, I, como uma causa de "excludente de ilicitude". Além disso, diferentemente da legislação alemã, não estabelece expressamente a ponderação de bens como critério distintivo entre os casos que podem ser julgados como excludentes da antijuricidade, e os que podem ser julgados como excludentes de culpabilidade, como também não define a natureza dos bens em conflito ou a condição dos titulares dos respectivos bens. Tudo isso nos permite concluir que o nosso ordenamento jurídico adota, em outros termos, a chamada teoria unitária do estado de necessidade (BITENCOURT, 2011, v.1, p. 886).

Ante esse quadro, quando diante de uma situação de desproporcionalidade entre valor preservado e valor sacrificado, o autor aduz ao interpretar o Código Penal, que a ação de salvaguarda não está abrigada pela previsão do estado de necessidade justificante, uma vez que o próprio artigo 24 do Código Penal estabelece que a justificação da ação de salvaguarda decorre da razoabilidade do sacrifício de um bem em prol da preservação de outro (BITENCOURT, 2011, v.1, p. 889).

Afere-se, acima do todo, que tudo será verificado à luz da razoabilidade e do princípio de exigibilidade. Não poderia ser diferente, dado que o próprio §2º do Art. 24, assim determina, ao expressar que: “embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços”.

5.4.4 Requisitos objetivos e subjetivos

Necessário se faz uma breve análise relativamente ao estado de necessidade, uma vez que para sua formação é preciso a junção cumulativa dos requisitos extraídos do próprio artigo 24 do Código Penal.

De início é necessária a existência de situação de necessidade correlata ao perigo atual e inevitável, em que Cleber Masson (2011, v.1, p. 385) retrata para melhor compreensão: “perigo é a exposição do bem jurídico a uma situação de probabilidade de dano, advinda de um fato da natureza humana, de seres irracionais ou mesmo de uma atividade humana.”

O perigo, sobretudo, deve ser atual, e estar concretamente ocorrendo no momento em que o fato é praticado. Não basta, para tanto o perigo abstrato, pautado em incerteza, tão pouco na mera iminência.

Na sequência é exigido que o perigo não tenha sido praticado voluntariamente pelo agente, ou seja, ele não poderá ter dado causa à situação de perigo dolosamente. Para a parcela majoritária da doutrina, apenas a conduta dolosa seria apta a impedir a utilização da causa justificante, seguindo exposto pelo código ao expressar “que não provocou por sua vontade”, podendo, então, aquele que cria a situação de perigo culposamente, utilizar da excludente.

Embora, quanto ao exposto, haja divergências na doutrina:

Aníbal Bruno, Basileu Garcia, Bento de Faria, Damásio E. de Jesus e Heleno Cláudio Fragoso aduzem ser a palavra "vontade" um sinal indicativo de dolo. Logo, aquele que culposamente provoca uma situação de perigo pode se valer do estado de necessidade para excluir a ilicitude do fato típico praticado. [...] Por outro lado, E. Magalhães Noronha, Francisco de ASSIS Toledo, José Frederico Marques e Néelson Hungria sustentam que a atuação culposa também é voluntária em sua origem: a imprudência, a negligência e a imperícia revivam da vontade do autor da conduta. Consequentemente, não pode suscitar o estado de necessidade a pessoa que culposamente produziu a situação perigosa (MASSON, 2011, v.1,p. 386).

Guilherme Nucci, bem como Cleber Masson, defendem este segundo entendimento, de que a forma culposa, assim como a dolosa não é causa justificante.

Além de a culpa também ser voluntária em sua origem (involuntário é somente o resultado naturalístico), o Direito não pode ser piedoso com os incautos e imprudentes, autorizando o sacrifício de bens jurídicos alheios, em regra de terceiros inocentes, para acobertar com o manto da impunidade fatos típicos praticados por quem deu causa a uma situação de perigo (MASSON, 2011, v.1, p.223)

Ainda é preciso mencionar que, o direito a que se direciona o perigo pode ser próprio ou de terceiro, uma vez que ambos merecem ser tutelados penalmente, exigindo, apenas, que o bem seja legítimo, devidamente reconhecida sua proteção pelo ordenamento jurídico, como discorre e exemplifica Capez (2012, v.1, p. 302):

É imprescindível que o bem a ser salvo esteja sob a tutela do ordenamento jurídico, do contrário não haverá "direito" a ser protegido. Exemplo: condenado à morte não pode alegar estado de necessidade contra o carrasco, no momento da execução.

Cabe ainda marcar que, conforme seguimento do exposto pelo §1º do artigo ora estudado, "não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo", em razão dos riscos inerentes da função que deva suportar. Claro que, frisando, mais uma vez, sob o ponto de vista da razoabilidade.

Nesta continuidade, por último, além do todo já explanado, deve-se observar o requisito da inexigibilidade de sacrifício do bem ameaçado. Isso significa nada mais de que a conduta deva ser absolutamente indispensável para evitar a lesão ao bem jurídico, evidenciando a característica subsidiária de tal excludente.

5.4.5 Estado de necessidade real e putativo

Pela linha de uma singela explicação é possível verificar que ao atuar em estado de necessidade putativo, o agente acredita estar em situação de perigo, que se existisse, justificaria sua ação. Trata-se, na realidade, de erro, que poderia variar entre erro de tipo e erro de proibição.

Nos termos de Júlio Fabrini Mirabete (2009, v.1, p. 167):

Haverá estado de necessidade putativo se o agente supõe, por erro, que se encontra em situação de perigo. Supondo o agente, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, estar no meio de um incêndio, não responderá pelas lesões corporais ou morte que vier a causar para salvar. Inexiste a justificativa, mas o agente não responde pelo fato por ausência de culpa em decorrência de erro de proibição.

Na conclusão disso, no estado de necessidade real o perigo verdadeiramente existe, sobrevindo a ilicitude. No outro aspecto subjetivo, especialmente no estado de necessidade putativo, não existe a situação de perigo, mas o agente considera presente a necessidade pela falsa percepção da realidade. Todavia, neste caso, persiste a ilicitude.

Isto posto, cotejando o §1º do artigo 20 do Código Penal, que dispõe sobre o erro, será o agente isento de pena.

5.5 Legítima Defesa

A excludente de ilicitude na modalidade legítima defesa encontra-se estabelecida no artigo 25 do Código Penal: “entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

Ela se justifica porque é impossível o Estado diretamente, por intermédio de seus representantes, estar absolutamente em todos os locais, permitindo desta forma, que os cidadãos atuem em legítima defesa em certas e limitadas circunstâncias; frisa-se limitadas para que não se confunda com a vingança pessoal repelida pelo ordenamento.

5.5.1 Legítima defesa real e putativa

As espécies de legítima defesa real e putativa dizem respeito ao fato da situação de agressão estar realmente ocorrendo ou tratar-se de falsa percepção do agente. Fala-se em legítima defesa putativa quando a situação de agressão é imaginária, ou seja, só existe na mente do agente. Só o agente acredita, por erro, que está sendo ou virá a ser agredido injustamente (GRECO, 2012, p. 128).

Importante destacá-las uma vez que possuem consequências processuais diversas.

Um exemplo clássico é apontado pela doutrina em geral:

O sujeito que após ter sido assaltado diversas vezes dispara contra a pessoa que tenta saltar o muro de sua residência, causando-lhe lesões corporais, constatando, finalmente, que não era, um assaltante, mas o seu próprio filho que voltava para casa, tarde da noite, sem as chaves. Nessa hipótese não é possível a aplicação da causa de justificação porque falta o seu pressuposto objetivo, a agressão injusta, que somente existia na representação do agente (BITENCOURT, 2011, v.1, p. 916).

Então, na medida em que a legítima defesa real exclui a ilicitude do fato, a mesma excludente na modalidade putativa possui natureza de discriminante putativa, na forma do §1º do artigo 20 do Código Penal, pelo erro de proibição.

5.5.2 Requisitos da legítima defesa

Em conformidade com o aludido, existem limitações para a aplicação desta excludente, e por razões óbvias diversamente não deveria ser.

O próprio artigo saca os requisitos: a agressão injusta; utilização dos meios necessários; moderação no uso dos meios necessários; atualidade ou iminência da agressão; defesa própria ou de terceiros.

Neste prosseguimento, Rogério Greco (2012, p. 129), transparece de que se trata a agressão injusta: “agressão, aqui, é entendido como um ato do homem. Ela deve ser reputada como injusta, ou seja, não pode, de qualquer modo, estar aparada pelo nosso ordenamento jurídico”.

Ainda no seguimento da interpretação da lei, motiva de que cuida-se os meios necessários: “são todos aqueles eficazes e suficientes à repulsa da agressão

que está sendo praticada ou que está prestes a acontecer”, sempre pautados em moderação pela proporcionalidade.

É certo que ultrapassando qualquer dos limites, especialmente os meios para repelir o mal, haverá de responder pelo excesso².

Nos ensinamentos de Bitencourt, (2011, v.1, p. 917): “atual é a agressão que está acontecendo, isto é, que ainda não foi concluída; iminente é a que está prestes a acontecer, que não admite nenhuma demora para a repulsa”.

Finaliza, o autor, delineando sobre o requisito do direito próprio ou alheio, relacionando ele à disponibilidade ou indisponibilidade de tais:

Qualquer bem jurídico pode ser protegido pelo instituto da legítima defesa, para repelir agressão injusta, sendo irrelevante a distinção entre bens pessoais e impessoais, disponíveis e indisponíveis. Considerando, porém, a titularidade do bem jurídico protegido por esse instituto, pode-se classificá-lo em: próprio ou de terceiro, que autorizam legítima defesa própria, quando o repelente da agressão é o próprio titular do bem jurídico ameaçado ou atacado, e legítima defesa de terceiro, quando objetiva proteger interesses de outrem. No entanto, na defesa de direito alheio, deve-se observar a natureza do direito defendido, pois quando se tratar de bem jurídico disponível, seu titular poderá optar por outra solução, inclusive a de não oferecer resistência.

Esses colocados são os requisitos essenciais a configuração da legítima defesa.

5.6 Estrito Cumprimento de Dever Legal ou no Exercício Regular do Direito

O estrito cumprimento do dever legal não possui conceito estabelecido pela lei, mas sim pela doutrina pátria. Pode-se defini-lo, contudo, como a causa de exclusão da ilicitude que consiste na prática de um fato típico, em razão de cumprir o agente uma obrigação imposta por lei, de natureza penal ou não (MASSON, 2011, v.1, p. 412).

Reforça Júlio Fabbrini Mirabete (2009, p.174):

Quem cumpre regularmente um dever não pode, ao mesmo tempo, praticar ilícito penal, uma vez que a lei não contém contradições. [...] A excludente pressupõe no executor um funcionário ou agente público que age por ordem da lei. [...] Tratando-se de dever legal, estão excluídas da proteção as obrigações meramente morais, sociais ou religiosas.

² Este tema foi abordado no tópico 5.1.1.

Assim sendo, só ocorre quando há um dever imposto pelo direito objetivo. As obrigações de natureza social, moral ou religiosa, não determinadas por lei, não se incluem na justificativa. O dever pode estar contido em regulamento, decreto ou qualquer ato emanado do poder público, desde que tenha caráter geral (JESUS, 2011, v.1, p. 442).

De igual modo, o exercício regular do direito não foi definido pela lei, até mesmo porque não há demais particularidades a serem tracejadas.

Ora, qualquer direito, público ou privado, penal ou extrapenal, regularmente exercido, afasta a antijuricidade. Mas o exercício deve ser regular; deve obedecer a todos os requisitos objetivos exigidos pela ordem pública (BITENCOURT, 2011, v.1, p. 230).

A doutrina, por sua vez, possui observação acerca da moderação no exercício de direito em especial, no tocante aos ofendículos, instrumentos que possuem o fim impedir ofensa ao bem jurídico, perfazendo uma forma de proteção. Ressalta a doutrina de forma unânime a necessidade de cuidado redobrado em seu uso.

6 PRISÃO EM FLAGRANTE E A ANÁLISE DAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE

Discorrida toda a análise necessária no que diz respeito à situação real e atual do sistema penitenciário brasileiro, foi também versado sobre os mais relevantes aspectos da prisão em flagrante, tais quais suas possibilidades.

Igualmente levantou-se os direitos fundamentais que giram entornam das prisões, especialmente àquelas que antecedem a sentença penal condenatória. Seguidamente, abordou-se as causas excludentes de ilicitude e seus efeitos em torno do conceito de crime.

Restando possível, desse modo, adentrar-se ao questionamento no que aduz a viabilidade de que tais excludentes sejam analisadas pela autoridade policial, pelo menos, especialmente quando cabalmente presentes.

6.1 Discricionariedade do Delegado de Polícia

A discricionariedade atribuída à autoridade policial se justifica principalmente em razão de ser o primeiro agente estatal aplicador do direito a ter contato direto com o criminoso; o primeiro a realizar o controle de legalidade da prisão, bem como o primeiro a tecer contorno jurídico perante a notícia da hipótese de crime.

Encontra-se nas sábias e destacáveis palavras de Adilson Mehmeri, (1992, p. 384) que esta proximidade imediata com o crime e o criminoso, torna possível verificar suas características e formar opinião própria por intermédio de elementos concretos:

É preciso, pois, e é importante também que a autoridade, diante do suposto criminoso, distinga o pacato do violento; o insensível e irrecuperável do que pode ser aproveitável. Evidente que isso não se afere senão através de habilidade e cautela.

Importante colocação no encaicho da discricionariedade confere-se no entendimento didático seguinte:

A atividade discricionária assemelha-se a uma viagem empreendida por uma composição ferroviária, em que a administração seria a locomotiva com os respectivos vagões, sendo o maquinista o Administrador Público. Os trilhos correspondem à lei. O itinerário seguirá tranquilo e previsível, pois

submisso ao princípio da legalidade o administrador deverá traçá-lo sempre em cima dos trilhos, sob pena de descarrilamento da composição. Haverá de chegar um momento, contudo – uma encruzilhada com várias vertentes -, em que a lei não o informará qual a direção a ser seguida. Incumbirá ao maquinista, administrador público, sem se afastar dos trilhos da lei, aferir a oportunidade e a conveniência da escolha do caminho ou da vertente apropriada (BACELLAR FILHO, 2005, p. 54).

Nota-se que o poder discricionário é concedido desde que empregado em torno dos limites da lei, uma vez que a atividade da polícia judiciária exige cautela especial por lidar diretamente contra direitos fundamentais do indivíduo, principalmente no tocante a prisão em flagrante que restringe o direito de liberdade. Noutras palavras, a prisão antes da sentença penal condenatória transitada em julgado é uma violação, que apenas situações excepcionais ensejam.

Antônio Scarence Fernandes (2002, p. 297) explica a excepcionalidade da prisão:

São providências urgentes, através das quais se tenta evitar que a decisão da causa, ao ser proferida, não mais satisfaça o direito da parte, atingindo-se, assim, a finalidade instrumental do processo, consistente em uma prestação jurisdicional justa.

Por esses termos, diante dos cerceamentos dos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal, advindos não apenas da lavratura do auto de prisão em flagrante pelo delegado de polícia, mas também de toda a sua atividade investigatória, deve-se adotar certa margem de discricionariedade em sua atuação, mormente por ser o primeiro agente estatal a desempenhar deliberações diante da notícia do fato típico:

Nesse sentido:

Toda a atividade policial, por sua natureza, em tese, possui o condão de tolher o direito à liberdade do indivíduo. Esse direito fundamental é, de fato, o princípio constitucional, compreendendo ele uma das chaves de todo o sistema normativo. Por isso, precisa ser visto como critério mormente no campo penal. Se é pacífico que o próprio Estado-juiz não pode olvidar de observar com a máxima cautela esse direito constitucional, também o deve ser pela Autoridade Policial, pois não é fadado a este cometer abusos manifestos contra os direitos da pessoa humana, sob argumento de que não lhe conferido pela norma competência para se levar a efeito, de acordo com o seu discernimento, a medida mais adequada ao caso concreto. (BRUTTI 2002, s.p)

Destaca-se que a autoridade policial atua conforme interpretação da lei e análise do acontecimento, com absoluta independência funcional quanto ao Ministério Público e os magistrados, mormente por sua função ser igualmente essencial a administração da justiça. A propósito, menos não deveria ser o seu prestígio na medida da grandiosidade de seu múnus.

Ao delegado de polícia, importa enfatizar, possui grande importância no sistema penal, sendo a primeira autoridade que o ordenamento jurídico determina que analise o fato criminoso. Não é ele um frio e inveterado aplicador das normas estabelecidas, sendo permitido interpretar e aplicar o seu entendimento e, conquanto possa estar sujeito a eventuais críticas, tomando posições sólidas e bem fundamentadas, deverá ter em mente que emprestou sua colaboração para que se viva em um Estado Democrático de Direito, que é o fim último de todo agente do Estado (CASTRO, 2016, s.p).

Por isso, à autoridade policial confere-se a discricionariedade de agir não apenas apegado unicamente na interpretação gramatical da lei, mas atuar com cautela observando sempre os demais princípios que informam o direito penal e o direito processual penal, e por óbvio o direito constitucional.

Discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei. Se a autoridade policial ultrapassa esses limites, sua atuação passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei. Logo, não se permite à autoridade policial a adoção de diligências investigatórias contrárias à Constituição Federal e à legislação infraconstitucional (BRASILEIRO, 2011, p. 134).

Acima de tudo, a discricionariedade conferida a ele não é justificável se empregada em desfavor do agente. Se assim fosse possível, significaria defender o poder de arbitrariedade ao assegurar ao delegado de polícia valer-se de suas prerrogativas para o propósito de cometer abusos.

A faculdade que a lei confere à autoridade policial não poder exercida senão na medida da necessidade e da própria legalidade. O inquérito policial por si só não constitui constrangimento ilegal. Mas nem por isso poderá a autoridade indiciar alguém sem ter os elementos mínimos necessários de suspeita (MEHMERI, 1992, p.387).

Nessa esteira, em suma, o delegado de polícia diante de um fato criminoso, conforme convencimento extraído do ordenamento jurídico deverá explorar o caso e seguidamente decidir se a ocorrência é típica ou não.

Na ocasião em que ele entenda tratar-se de conduta típica, cuidará de prover a medida que julgar pertinente desde que em conformidade com a disposição

literal da lei ou mesmo em sentido diverso a ela, desde que fundado na inconstitucionalidade, na injustiça da lei ou em pronunciamento judicial anterior, porém nunca afastado da lógica e do bom senso jurídico.

No que tange a atuação frente à notícia do crime, Renato Brasileiro (2011, p. 134) expende:

O arts. 6º e 7º do CPP apontam várias diligências que podem ser determinadas pela autoridade policial, logo que tiver conhecimento da prática da infração penal: conservação do local do fato delituoso, até a chegada dos peritos criminais; apreensão dos instrumentos e objetos que tiverem relação com o fato; colheita de todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; oitiva do ofendido; oitiva do indiciado; reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações, exame de corpo de delito e quaisquer outras perícias; identificação do indiciado; averiguação da vida pregressa do indiciado; e reconstituição do fato delituoso.

Apesar de tais dispositivos enumerarem várias diligências que podem ser determinadas pela autoridade policial, tão logo tome conhecimento da prática de determinado delito, daí não se pode concluir que o delegado de polícia esteja obrigado a seguir uma marca procedimental preestabelecida. Tem-se, nos arts. 6º e 7º, apenas uma sugestão das principais medidas a serem adotadas.

Salienta-se neste íterim, que a autoridade policial imediatamente após a comunicação do crime deverá lavrar o auto de prisão em flagrante, ou poderá deixar de lavrá-lo por não existirem circunstâncias que alicercem a prisão.

Clara a faculdade de o Delegado de Polícia, nas hipóteses de flagrante delito, levar a efeito, conforme o seu pertinente juízo de valor, aquela melhor decisão que lhe surgir à consciência, vertendo-se para a lavratura do auto ou não, consoante a sua apreciação daquilo que for o mais conveniente e o mais oportuno diante do caso em concreto (BRUTTI (2002, s.p).

Poderá então, decidir em detrimento da prisão em flagrante, a necessidade de instauração de inquérito policial para melhor apurar os fatos, podendo a qualquer momento no transcorrer da investigação representar ao magistrado pela prisão temporária ou pela prisão preventiva desde que observe a necessidade.

6.2 Teoria da Indiciariedade ou da *Ratio Cognoscendi*

Sob o parâmetro da teoria da autonomia ou absoluta independência, a tipicidade não possui qualquer relação com a ilicitude, de maneira que uma vez ocorrido o fato típico, não há presunção de fato ilícito (GHIRALDELLI, 2014, s.p).

Para outra ótica, a teoria da indiciariedade ou *ratio cognoscendi*, a mais acertada e dominante no sistema penal brasileiro, dispõe que havendo fato típico, presume-se relativamente que ele também é ilícito. Dessa forma, por existir a presunção da ilicitude, em tese, não se tratará de ônus da acusação provar a inexistência de causa excludente de ilicitude, bastando provar que o fato é típico, subsistindo o ônus da defesa em afastar a ilicitude mediante prova em contrário.

Mirabete e Fabbrini (2009, p. 159) delineiam nessa direção:

Diz-se que a tipicidade é o indício da antijuricidade, que será excluída se houver uma causa que elimine sua ilicitude. “Matar alguém” voluntariamente é fato típico, mas não será antijurídico, por exemplo, se o autor do fato agiu em legítima defesa.

Damásio de Jesus (2011, v.1, p. 309) expõe a explicação em seus termos:

Sendo a tipicidade a *ratio cognoscenda* antijuricidade, basta que o fato se amolde à norma penal incriminadora para que resulte um indício de ilicitude que pode ser afastado quando presente uma causa de justificação [...] Suponha que o sujeito ofenda a integridade física de alguém. Desde logo o fato se ajusta à descrição legal do crime de lesão corporal (art. 129 de nosso Código). A adequação do fato ao tipo faz surgir o indício de que a conduta é antijurídica. Todavia, poderá o sujeito provar que agiu acobertado por uma causa de exclusão de ilicitude, o que desfaz o indício.

Fernando Capez (2011, 204) interpreta em teor transparente o caráter indiciário:

O tipo possui uma função seletiva, segundo a qual o legislador escolhe, dentre todas as condutas humanas, somente as mais perniciosas ao meio social, para defini-las em modelos incriminadores. Dessa forma, sempre que se verifica a prática de um fato típico, surge uma primeira e inafastável impressão de que ocorreu algo extremamente danoso ao meio social, já que uma conduta definida em lei como nociva foi realizada. Por essa razão, costuma-se dizer que todo fato típico contém um caráter indiciário da ilicitude. Isso significa que, constatada a tipicidade de uma conduta, passa a incidir sobre ela uma presunção de que seja ilícita, afinal de contas no tipo penal somente estão descritas condutas indesejáveis.

Porém, além disso, é preciso assinalar que, por outro seguimento, existe a teoria da absoluta dependência ou *ratio essendi*, segunda a qual se não houver ilicitude também não haverá tipicidade, sustentando uma absoluta relação de dependência entres esses elementos. Em seu estudo a tipicidade não ocupa um lugar próprio, independente da antijuricidade, mas, pelo contrário, é uma parte dela (JESUS, 2011, v.1, p. 305).

Ocorre que, a teoria *ratio cognoscendi*, agregada com a letra do artigo 156 do Código Penal, ao determinar que: “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”, tem sido utilizada como salvo conduto para desvios no sentido de comumente concluir que não se trata de ônus da acusação provar a inexistência de causa excludente de ilicitude, mas tão somente que o fato é típico, subsistindo unicamente à defesa o ônus de evidenciar a causa excludente de ilicitude.

Para explicar essa linha de pensar, Damásio de Jesus (2011, p. 305) salienta que: “a adequação do fato ao tipo faz surgir o indício de que a conduta é antijurídica. Todavia, poderá o sujeito provar que agiu acobertado por uma causa de exclusão da ilicitude, o que desfaz o indício”.

A fim de evitar tais colapsos é que se torna imprescindível a lei e a referida teoria integralmente em conformidade com os preceitos do Estado Democrático de Direito, serem analisadas pelo enfoque do princípio do estado de inocência e por efeito do *in dubio pro reo* (SANTANA; OLIVEIRA, 2013, s.p).

Portanto, diversamente do colocado inicialmente, há necessidade de que se adeque a teoria da *ratio cognoscendi* aos princípios fundamentais, de forma que se no caso houver excludente de antijuricidade não será ônus de a defesa evidenciar a causa, bastando para a absolvição tão somente que demonstre a probabilidade da ocorrência de causa justificante, dispensando de prová-la categoricamente.

A doutrina, nessa acepção manifesta-se:

O in dubio pro reo não é, portanto, uma simples regra de apreciação das provas. Na verdade. Deve ser utilizada no momento da sua valoração: na dúvida, a decisão tem de favorecer o imputado, pois este não em a obrigação de provar que não praticou o delito. Antes, cabe à parte acusadora (Ministério Público ou querelante) afastar a presunção de não culpabilidade que recai sobre o imputado, provando além de uma dúvida razoável que praticou a conduta delituosa cuja prática lhe é atribuída. (BRASILEIRO, 2011, p.13)

Isto porque, certamente a acusação possui ônus de apresentar provas de certeza, mas à defesa é o bastante lançar luzes de probabilidade aptas para sobrepor estado de dúvida às teses do órgão acusador, haja vista que em conformidade com o que descreve o próprio artigo 386, inciso IV do Código de Processo Penal, basta a fundada dúvida para que o juiz absolva o réu:

Artigo 386, IV, Código de Processo Penal: o juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência (g.n)

Muito embora, lado outro, para a absolvição sumária o juiz deva pautar-se na manifesta certeza quanto à causa permissiva, tendo em vista que para receber a denúncia basta indícios de materialidade:

Artigo. 397 do CPP: após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato.

Nessa esteira, em uma interpretação tracejada por justiça e por intermédio de relativização da teoria *ratio cognoscendi*, vigorando incertezas acerca da presença da causa justificante, deve-se verificar o momento do processo, pois na oportunidade em que vigorar o princípio *pro societate*, o processo deverá ser tocado adiante a fim de buscar a verdade real. Todavia, persistindo indecisões por ocasião da sentença, em razão do *in dubio pro réu*, a absolvição será a medida de rigor.

6.3 Promoção de Arquivamento à Luz das Excludentes de Ilicitude

Em consonância com o arrazoado, para o que se pretende atingir com o esboço da teoria *ratio cognoscendi*, antes merece espaço revelar que sua importância não se manifesta apenas por ocasião da sentença, mas sim ao longo de toda a investigação e ação penal.

Toda essa explanação nos leva a compreender e julgar razoável o Ministério Público, pautado no princípio *pro societate* denunciar o acusado em vista da aparência de dúvidas quanto à presença de causa excludente de antijuricidade,

deixando, assim, a ônus da defesa evidenciá-la ou lançar probabilidades de sua presença no caso concreto. É perfeitamente compreensivo que desse modo atue para que melhor o processo seja instruído com o propósito de sanar incertezas e transparecer a realidade (GOMES, 2008, s.p).

Mas por outra direção, na situação de presença cabal de excludente de antijuricidade, o arquivamento dos autos deve ser a medida adotada, isso segue: uma vez que não há um motivo qualquer que justifique a continuidade da ação, os dissabores e as amarguras que o réu inocente irá carregar pelo tempo que durar o processo. Assim tem guiado os Tribunais:

Reconhecimento da excludente de antijuricidade. Arquivamento deferido. Pedido de arquivamento formulado pela procuradoria geral de justiça. Formação de coisa julgada material. Necessidade de apreciação e decisão pelo órgão jurisdicional competente. Atendimento, no caso concreto, dos requisitos previstos em lei para o reconhecimento da excludente de ilicitude. arquivamento. 1. Investigação instaurada para apurar a suposta prática do delito de homicídio por Promotor de Justiça do Estado do Ceará. 2. Arquivamento requerido pelo Procurador-Geral de Justiça do Ceará ao argumento de que a conduta investigada fora praticada sob o influxo da excludente de ilicitude da legítima defesa. 3. Consoante reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nas hipóteses de atipicidade da conduta, ilicitude do fato ou extinção da punibilidade, deverá o Tribunal apreciar o mérito das alegações que nortearam o juízo negativo acerca da necessidade de apuração da prática delitiva. 4. Dimensão fática que atesta o legítimo exercício de defesa pelo investigado, o qual sofreu injusta agressão originária da vítima que, munida de arma de fogo, anunciou assalto, ameaçando-lhe a integridade física e do seu irmão. Agressão repelida por meio idôneo e adequado, de forma moderada diante das circunstâncias encerradas no caso concreto. 5. Reconhecimento da excludente de antijuricidade.

Ainda mais além, a doutrina e a jurisprudência não apenas consentem com arquivamento, mas proclamam que a decisão que determina o arquivamento em razão de causas excludentes de ilicitude faz coisa julgada formal e também material, não se aplicando o artigo 18 do Código de Processo Penal, isto é, impede sua reabertura ainda que sob argumento de novas provas:

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz negando provimento ao recurso e o voto do Sr. Ministro Nefi Cordeiro dando provimento ao recurso, no que foi acompanhado pela Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, por maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencido o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Ericson Maranhão

(Desembargador convocado do TJ/SP). RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 1º, §§ 2º E 4º, DA LEI N. 9.455/1997. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. DECISÃO DA JUSTIÇA MILITAR QUE DETERMINOU O ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL MILITAR COM BASE EM EXCLUDENTE DE ILICITUDE. COISA JULGADA MATERIAL. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA POSTERIOR PELOS MESMOS FATOS. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

Tudo aludido deve-se unicamente ao escopo de que diante da causa excludente o crime inexistente e, portanto o arquivamento é a medida mais sensata e humana diante daquele que não praticou fato definido como delito e por consequência não deve suportar os efeitos irreparáveis de eventual ação penal.

6.4 O Delegado de Polícia na Análise das Excludentes de Ilícitude

Conforme todo o lançado, se ao Ministério Público fundado na existência manifesta da justificante é coerente arquivar o feito para não levar à frente uma ação que não merece prosperar, o que justifica o delegado de polícia, na oportunidade da análise do fato, restando a presença plena da excludente de antijuricidade, recolher o indivíduo ao cárcere?

Simplesmente adstrito ao entendimento infundado com fulcro em exame literal da lei, vinculam a função da autoridade policial unicamente ao mero juízo de tipicidade, procedendo no caso da presença de excludente de ilicitude o encarceramento daquele que praticou a conduta desde típica, pouco importando que inexista crime pela ausência de um dos elementos, uma vez que considera-se crime a conduta típica, ilícita e culpável.

Diverso a esses argumentos ultrapassados a longa data, vêem-se ainda percepções coerentes:

Não podemos diminuir a importância do delegado de polícia afirmando que ele deve fazer apenas um juízo de tipicidade ou de subsunção entre os fatos e o tipo penal. Cabe a autoridade de polícia judiciária analisar o fato como um todo, com todas as suas peculiaridades e decidir fundamentadamente (NETO, 2015, s.p).

Nesse diapasão, firmado em propósitos superados, a autoridade policial, ao desprezo de seu curso de bacharel em direito; de seu conhecimento suficiente para exercer função de autoridade; da economia processual; de seu

convencimento jurídico, de seu senso profissional e prudência humana; de sua consciência; ou ainda de sua honra, dignidade e tranquilidade de fazer o que julgar por justo, deverá, ainda que diante de uma excludente de antijuricidade, lavrar o auto de prisão em flagrante e conduzir o praticante da conduta até ao xadrez, masmorra, gaiola, grades ou a definição que a cada um comportar.

Para então apenas posteriormente, passado um, dois, talvez três ou quem sabe mais dias, o magistrado, quem por óbvio não estará à disposição da justiça da justiça 24 horas diárias, determine a liberdade provisória, consoante o artigo 310, parágrafo único do Código de Processo Penal:

Art.310, parágrafo único do Código de Processo Penal: se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do artigo 23 do Decreto-Lei nº2848, 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.

Sobretudo, prescreve-se que em virtude da discricionariedade do delegado de polícia e embasado na teoria da indiciabilidade interpretada de maneira mitigada para atender o princípio da inocência; o delegado de polícia deve se opor a efetivação da manutenção da prisão em flagrante nesses casos, em proteção à liberdade daquele que é inocente, segundo afere-se:

Ora, impor a segregação de alguém que pratica fato típico, porém não ilícito, equivaleria a abandonar a teoria da *ratiocognoscendi* em prol da rechaçada teoria da *ratioessendi*, fundindo o fato típico e a ilicitude num tipo total do injusto e se esquecendo que a cisão entre fato típico e ilicitude é consenso relativamente antigo, desde a teoria do delito-tipo (CASTRO, 2016, s.p)

Nem de longe o explanado possui o condão de liberação de criminosos flagrados na prática do delito a mercê de fantasiosas exposições de que agiram amparados por excludente de ilicitude. Veja que para a não lavratura do auto de prisão em flagrante é indispensável a existência razoável da causa permissiva devidamente comprovada aos olhos da autoridade competente alicerçadas em robusto quadro probatório, não apenas a mera probabilidade na medida de que vigora o *in dubio pro societate*.

Sendo assim, se esta evidente a causa justificante pela autoridade, é certo que não há crime. Isso não apenas pautado no conceito de crime traçado pela doutrina, pois o próprio artigo 23 do Código Penal expõe a inexistência de crime quando presente uma das causas excludentes de ilicitude, motivo pelo qual o artigo 314 do Código de Processo Penal, inclusive impede a decretação de prisão preventiva daquele que praticar o fato amparado por uma dessas causas.

Portanto, não há o que sustente a manutenção da prisão, aliás, bem colocado o pensamento de Renato Brasileiro (2011, p.1997), ao pontuar que por demasiadas vezes nas medidas cautelares, persiste inversão da repressão do que seria coerente para a sentença condenatória:

O símbolo da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de eficiência do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser excepcional torna-se um instrumento comum e ordinário, desnaturando-o completamente.

Conclui-se, por tudo afirmado, observado e discorrido cuidadosamente, que seria coerente e humano a análise das excludentes de ilicitude pela autoridade policial, não apenas em prestígio a autonomia profissional do delegado de polícia, mas igualmente pela economia processual, bem como pela proteção à liberdade do indivíduo inocente, que não merece ser lançado nos estabelecimentos denominados pelo Estado de centro de detenção, por mais que seja por período provisório. Aliás, referir-se a esses estabelecimentos como indignos pode aparentar trágico, mas é amargamente real, e frisa-se, inaceitável de submeter às suas condições alguém que não é culpado, tratando-o como se criminoso fosse.

7 CONCLUSÃO

Pelo todo declinado, ressalta-se a relevância do múnus do delegado de polícia, sobretudo, a necessidade de que a ele seja reconhecido o valor condigno, no sentido de que a autonomia funcional seja extraída do plano de teoria em que se encontra.

É certo que o operador do direito não deve se restringir unicamente a lei no momento de sustentar o que tem por justo, mas sim valer-se de toda a legislação pátria, agregada aos princípios de direito, bem como a jurisprudência.

Com efeito, não é válido restringir a atuação da autoridade policial quando a realidade diária na análise do caso concreto demanda em direção inversa. Não é adequado exigir que o valor de sua função seja reduzido e a sua percepção de justiça desconsiderada, ao impor que cerceie a liberdade de alguém que por certo é inocente.

Nesse plano, exigir a restrição da liberdade de alguém que não cometeu crime, mas sim uma conduta amparada por causa excludente de ilicitude, é em outros termos, assegurar a necessidade de que a autoridade policial afronte o justo, mormente os direitos individuais daquele que é inocente, para que na sequência o magistrado ordene que tal prisão seja desfeita, quando desde o princípio o delegado de polícia, por seu turno já tinha a convicção de que o caso não comportaria a prisão.

Cegamente defender a impossibilidade de que a autoridade policial analise as excludentes de ilicitude, não significa ofender apenas a grandeza e seriedade da função do delegado de polícia, mas sim especialmente afrontar direitos e garantias do indivíduo que não é culpado pela prática de crime, mas será submetido ao cárcere, ainda que por um tempo mínimo.

Verdade seja dita e assim seja repetida, é impossível convencer aquele que possui emprego, família e acima de tudo honra própria, da necessidade de ocupar o espaço físico reservado para aquele que é delinquente. Sabendo, principalmente, das circunstâncias cruel, doentio e repudiante do atual sistema prisional do país, que vêem aqueles que lá ocupam como animais mercedores da retribuição do Estado pela prática de real delito.

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREOTTI, Alessandro Tadeo Haggi. **Reconhecimento das excludentes de antijuricidade pela autoridade policial no auto de prisão em flagrante delito.** Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Toledo, Araçatuba, 2008. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp077090.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2016.

AVENA, Noberto. **Processo penal.** 6º ed. São Paulo: Método, 2011.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo.** 2º Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARBOSA, Manoel Messias. **Inquérito policial.** 4º ed. São Paulo: Método, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira.** 7º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** 2ª ed. São Paulo: RT, 1999.

BERTONCINI, Mateus Eduardo; MARCONDES, Thais Caroline. **A dignidade da pessoa humana e os direitos humanos no sistema prisional brasileiro.** Monografia (bacharelado em direito) – [s.l.], [201-], Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ec1093fe1626f25b>>. Acesso em 10 out. 2016.

BITENCOURT, César Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas.** 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRANCO, Tales Castelo. **Da prisão em flagrante.** 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília. DF: Senado, 1998.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 03 de out. de 1941.

BRASIL. **Lei de execução Penal.** Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984.

BRASIL. Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Arquivamento formulado pela Procuradoria Geral de Justiça – Formação de Coisa Julgada Material**. Relator: Francisco Sales Neto. Ceará, 25 jun. 2015. Disponível em: <<http://tj-ce.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/202429066/procedimento-investigatorio-do-mp-pecas-de-informacao-8283220158060000-ce-0000828-3220158060000>>. Acesso em: 11 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em HC – Flagrante Preparado**. RHC 61018 RN. Relator: Alfredo Buzaid. Distrito Federal, 17 jun. 1973. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14687095/recurso-em-habeas-corpus-rhc-61018-rn>>. Acesso em: 25 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 145. Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação. In: Supremo Tribunal Federal. **Súmulas**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2119>>. Acesso em: 02 out. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins. **Juiz manda soltar os dois réus com fundamentação inusitada**. Saul e Hagamenon. Julgador: Rafael Gonçalves de Paula. Palmas, set. 2013. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121925362/furto-de-duas-melancias-juiz-manda-soltar-os-dois-reus-com-fundamentacao-inusitada>>. Acesso em: 18 mai. 2016.

BRUTTI, Roger Spode. Concepções acerca do poder discricionário da autoridade policial. **Boletim Jurídico**. Uberaba, ano 15, n. 1388, ago. 2006. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1520>>. Acesso em: 07 out. 2016.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. O Delegado de Polícia e a análise de excludentes na prisão em flagrante. **Conteúdo Jurídico**. Distrito Federal, nov. 2011. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=371_Eduardo_Cabette&ver=1089>. Acesso em: 05 mai. 2016.

CALDEIRA, Felipe Machado. **A evolução histórica, filosófica e teórica da pena**. Porto Alegre, ano 9, n. 45, out. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao032/felipe_caldeira.html> Acesso em: 03 mai. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 1 v.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro. Delegado pode e deve aplicar excludentes de ilicitude e culpabilidade. **Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-06/academia-policia-delegado-aplicar-excludentes-ilicitude-culpabilidade#_ftn8>. Acesso em: 05 out. 2016.

CHAVES, Talyta de Lima. Bipartida ou tripartida? A teoria adotada pelo Código Penal. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 19, n. 3997, jun. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28195/bipartida-ou-tripartida-breves-consideracoes-sobre-a-teoria-adotada-pelo-codigo-penal>>. Acesso em: 19 set. 2016.

_____. **Convenção americana de direitos humanos**. São José da Costa Rica, 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em 03 de ago de 2016.

COSTA NETO, Nilo de Siqueira. Prisão em flagrante: análise de sua natureza jurídica diante do advento da lei 12.403/11. **Jusbrasil**. Teresina, ano 17, n. 3387, out. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22769/prisao-em-flagrante-analise-de-sua-natureza-juridica-diante-do-advento-da-lei-12-403-11>>. Acesso em: 01 out. 2016.

DELMANTO Junior, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3º ed. São Paulo: RT, 2002.

FERNANDES, Larissa de Sousa. As causas legais e supralegais de excludentes de ilicitude. **Passeidireto**. 2013. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/17550804/as-causas-legais-e-supralegais-de-excludentes-de-ilicitude->>. Acesso em: 07 out. 2016.

FLAGRANTE. In Dicionário online de português. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/flagrante/>>. Acesso em: 15 out. 2016.

FRANCO, Paulo Alves. **Inquérito policial**. 2º ed. São Paulo: Agá Juris, 1999. 2 v.

GHIRALDELLI Felipe. Direito penal geral tipicidade. **Canal Carreiras Policiais**. 2014. Disponível em <<http://www.canalcarreiraspoliciais.com.br/news/direito-penal-geral-tipicidade/>>. Acesso em: 23 out. 2016.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMES, Luiz Flávio. O arquivamento do inquérito policial pode ter como base excludente de ilicitude? **Jusbrasil**. 2008. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/46268/o-arquivamento-do-inquerito-policial-pode-ter-como-base-excludente-de-ilicitude>>. Acesso: 14 out. 2016.

_____. MARQUES, Ivan Luís. **Prisão e medidas cautelares**. São Paulo: RT, 2011.

_____. **Princípio da insignificância**. São Paulo: RT, 2009. 1 v.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: RT, 2003.

GONÇALVES, Daniela Cristina Rios. **Prisão em flagrante**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRECO, Rogério. **Atividade policial**. 4º ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

_____. **Código penal comentado**. 7º ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

HEIDEMANN, Juliana. Prisão provisória versus princípio da presunção de inocência. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, ano 15, n. 105, out. 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/%3C?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12348>. Acesso em: 21 out. 2016.

INELLAS, Gabriel Cesar Zaccaria. **Da exclusão de ilicitude**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**. 32º ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 1 v.

KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. **A (des) razão da prisão provisória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. 1 v.

MARTINS, João. Conceito Analítico de Crime e Teoria da Ação. **Jusbrasil**, 2014. Disponível em: <<http://joaomartinspositivado.jusbrasil.com.br/artigos/147934887/conceito-analitico-de-crime-e-teoria-da-acao>>. Acesso em: 04 out.2016.

MASSON, Cleber. **Código penal comentado**. Rio de Janeiro: Método, 2013.

MAXIMIANO, Vitore André Zilio. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2010. 14 v.

MEDEIROS, Flavio Meirelles. **Do inquérito policial**. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 1994.

MEHMERI, Adilson. **Inquérito policial: dinâmica**. São Paulo: Saraiva, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: RT, 1990

MICHELETTO, Paula. Princípio da insignificância ou bagatela. **Jusbrasil**. 2013. Disponível em: <<http://paulamicheletto.jusbrasil.com.br/artigos/112021033/principio-da-insignificancia-ou-bagatela>>. Acesso em: 01 out. 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2009.

MOREIRA, C.A. Chacina no presídio em Pedrinhas. **Entretenimento**. Disponível em:<<http://zh.clicrbs.com.br/rs/entretenimento/noticia/2014/01/chacina-no-presidio-de-pedrinhas-no-maranhao-reabre-debate-sobre-o-sistema-carcerario-4387745.html>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

NAHUM, Marco Antonio. **Inexigibilidade de conduta diversa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NETO, João Pedro Gebran. **Inquérito policial: arquivamento e princípio da obrigatoriedade**. Curitiba: Juruá, 1996.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 9º ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. **Código de processo penal comentado**. 11º ed. São Paulo: RT, 2012.

_____. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2008.

NUNES, Thaíza Soares. Sistema Penitenciário Brasileiro. **Jus Navigandi**, 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/34627/o-sistema-penitenciario-brasileiro>>. Acesso em: 02 out. 2016.

PASSOS, Maier Luis. **A prisão em flagrante delito**. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2010. Disponível em: <<http://tcconline.utp.br/wp-content/uploads/2012/06/A-PRISAO-EM-FLAGRANTE-DELITO.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2016.

PEREIRA, Kennyr Macdonad de Lima. Princípio da presunção de inocência e o conflito com a prisão provisória. **Webartigos**. 2013. Disponível em: <<https://www.webartigos.com/artigos/principio-da-presuncao-de-inocencia-e-o-conflito-com-a-prisao-provisoria/112027/>> . Acesso em: 20 out. 2016.

PINTO, Nathália Regina. **O princípio da humanidade da pena, a falência da pena de prisão e breves considerações sobre as medidas alternativas**. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2012. Disponível em: <http://www.gecap.direitorp.usp.br/index.php/2013-02-04-13-50-03/2013-02-04-13-54-44/monografias-publicadas/26-monografia-o-principio-da-humanidade-da-pena-a-falencia-da-pena-de-prisao-e-breves-consideracoes-sobre-as-medidas-alternativas-por-nathalia-regina-pinto>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Coletânea de artigos: justiça restaurativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Justiça restaurativa: um novo caminho?** Porto Alegre, ano 7. n. 47, dez. 2007. Disponível em: <http://justica21.web1119.kinghost.net/arquivos/bib_357.pdf>. Acesso em 09 mai. 2016.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 10^o ed. São Paulo: RT, 1999. 1 v.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 12^o ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

REITZ, Darlan Emir. **As espécies de prisão em flagrante no direito penal processual brasileiro e a lavratura do auto**. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade do Vale do Itajaí, São José, 2005. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Darlan_Reitz.pdf>. Acesso em: 25 set. 2016.

RIBEIRO, Bruno Quiquinato. A dignidade da pessoa humana em Immanuel Kant. **Jusnavigandi**. Teresina, ano 17, n 3223, abr. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21605>. Acesso em 21 out. 2016.

SANNINI NETO, Francisco. Delegado de polícia e as excludentes de ilicitude. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 20, n. 4416, ago. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41301>>. Acesso em: 10 out. 2016.

SANTANA, Alexsandro Guimarães de; OLIVEIRA, Ilzver de Matos. **A teoria da indiciabilidade ou teoria da ratiocognoscendi: o ônus probatório da defesa nas causas excludentes de ilicitude à luz do princípio da presunção da inocência**. Ideias & Inovações. Aracaju, ano. 12, n. 02, mai. 2012. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwi4IZ6n0>>. Acesso em: 20 out. 2016.

SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Aline Patrícia. **Mediação penal e a justiça restaurativa aliada à justiça retributiva**. Presidente Prudente, set. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7^o ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 6^o ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

TEOTÔNIO, Luís Augusto Freire. **Culpabilidade, Concepções e modernas tendências internacionais e nacionais**. Campinas: Minelli, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 5.^o ed. São Paulo: Atlas, 2003.