

**FACULDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS
UNIPAC DE UBERABA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RAFAEL RODRIGUES DE OLIVEIRA

**A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO RECONHECIMENTO DA LEGÍTIMA DEFESA
PELA AUTORIDADE DE POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR NO AUTO DE PRISÃO
EM FLAGRANTE**

**UBERABA (MG)
2018**

RAFAEL RODRIGUES DE OLIVEIRA

**A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO RECONHECIMENTO DA LEGÍTIMA DEFESA
PELA AUTORIDADE DE POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR NO AUTO DE PRISÃO
EM FLAGRANTE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC de Uberaba, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Me. Lucas Coelho Nabut

**UBERABA (MG)
2018**

Rafael Rodrigues de Oliveira

**A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO RECONHECIMENTO DA LEGÍTIMA DEFESA
PELA AUTORIDADE DE POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR NO AUTO DE PRISÃO
EM FLAGRANTE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Graduação em Direito da Faculdade
Presidente Antônio Carlos – UNIPAC de Uberaba,
como requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Aprovado em 05/07/2018

BANCA EXAMINADORA

Lucas Coelho Nabut
Faculdade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC de Uberaba

François Silva Ramos
Faculdade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC de Uberaba

Leilane Virgínia Viêto Penariol
Faculdade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC de Uberaba

A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO RECONHECIMENTO DA LEGÍTIMA DEFESA PELA AUTORIDADE DE POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR NO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE

Rafael Rodrigues de Oliveira¹

Lucas Coelho Nabut²

RESUMO

O presente artigo científico tem por objetivo demonstrar que é legalmente possível a verificação das excludentes de ilicitude pela Autoridade de Polícia Judiciária Militar. Partindo desse pressuposto, analisar-se-á a situação fático-jurídica da prisão em flagrante do policial militar que agiu em legítima defesa, demonstrando as consequências dessa prisão e a possibilidade jurídica do reconhecimento dessa excludente, durante a formalização do auto de prisão em flagrante (APF). Vale ressaltar que nos termos literais do Código de Processo Penal Militar (CPPM) a análise da legítima defesa é competência exclusiva do juiz de direito que tem a faculdade de conceder ou não a liberdade provisória do autuado. Nesse contexto, o artigo visa propor uma releitura do estatuto processual penal militar para, a partir daí, demonstrar que a Autoridade de Polícia Judiciária Militar também é um operador do direito e está apto a observar e impedir qualquer ato que ofenda as liberdades individuais, pois, mesmo em liberdade, o policial militar terá sua conduta investigada através do Inquérito Policial Militar.

Palavras-chave: Legítima defesa. Auto de prisão em flagrante. Autoridade de Polícia Judiciária Militar.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem por objetivo demonstrar que é legalmente possível a verificação das excludentes de ilicitude no âmbito da Polícia Judiciária Militar de Minas Gerais. Partindo desse pressuposto, analisar-se-á a situação fático-

¹ Rafael Rodrigues de Oliveira, graduando do curso de Direito na Faculdade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC de Uberaba. E-mail: Rafael_oliveira_@hotmail.com

² Lucas Coelho Nabut, Doutorando em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direitos Coletivos e Função Social pela Universidade de Ribeirão Preto. Graduado e pós-graduado em Direito Civil pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Membro da Academia de Direito Civil. Professor de Direito Civil na Universidade Presidente Antônio Carlos. Autor da obra A Proteção do Consumidor nos Contratos e Crédito, publicada pela Editora Lumen Juris. Advogado atuante desde 2003. E-mail: lucas@bnradvogados.com.br.

jurídica da prisão em flagrante do policial militar que agiu em legítima defesa, demonstrando as consequências dessa prisão e a possibilidade jurídica do reconhecimento dessa excludente pela Autoridade de Polícia Judiciária Militar, durante a formalização da prisão em flagrante.

Deste modo, questiona-se se, nos termos do Código de Processo Penal Militar, a análise da legítima defesa é competência exclusiva do juiz de direito, uma vez que a norma processual castrense estabeleceu que somente a ele cabe a decisão pela concessão, ou não, da liberdade provisória ao autuado.

Nesse contexto, nosso trabalho visa propor uma releitura do estatuto processual castrense para que, a partir daí, demonstremos que a Autoridade de Polícia Judiciária Militar também é um operador do direito e está apto a observar e impedir qualquer ato que ofenda as liberdades individuais.

Será demonstrado com base no ordenamento jurídico e nas normas internas da Polícia Militar de Minas Gerais que é cabível a análise de plano da legítima defesa pela APJM, que poderá determinar, se assim entender, a soltura do autuado, pois, mesmo em liberdade, o policial militar terá sua conduta investigada através do Inquérito Policial Militar que se mostra a medida menos gravosa e legalmente adequada à situação.

Conforme dispõe o Código Penal Militar, as excludentes de ilicitude levam à inexistência do próprio crime. Sendo assim, entende-se que o policial militar, quando amparado por uma das causas excludentes de ilicitude, não deve ser levado à prisão e ter a sua liberdade restrita, pelo menor prazo que seja, sob pena de se ferir o princípio da dignidade da pessoa humana.

2 O CRIME NO DIREITO PENAL

Nesta seção será abordado o conceito contemporâneo de crime no Direito Penal. O conceito de crime é um dos pontos mais controvertidos dentro da dogmática penal. Isso ocorre, talvez, por conta da nossa legislação atual não apresentar uma definição de crime. Dessa forma, a árdua missão de definir esse importante instituto jurídico acabou por ficar a cargo da doutrina.

2.1 O conceito analítico de crime

Dentre os vários conceitos existentes para definir o crime, surge o conceito dogmático, também chamado de analítico ou jurídico. Sua função é investigar todas as características e elementos constitutivos do crime. Dessa forma, para a dogmática atual, somente estaremos diante de um crime quando a conduta do agente preencher certos elementos. Nos ensinamentos de Greco (2015, p. 142):

A função do conceito analítico é a de analisar todos os elementos ou características que integram o conceito de infração penal sem que com isso se queira fragmentá-lo. O crime é, certamente, um todo unitário e indivisível. Ou o agente comete o delito (fato típico, ilícito e culpável) ou o fato por ele praticado será considerado um indiferente penal.

Para Nucci (2008, p. 158), o crime pode ser conceituado da seguinte maneira:

Trata-se de uma conduta típica, antijurídica e culpável, vale dizer, uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade), contrária ao direito (antijuridicidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor.

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

2.2 Das excludentes de ilicitude

Uma vez analisados, em síntese, alguns dos aspectos principais da teoria analítica do crime, em atenção ao tema do presente artigo, delimitar-se-á à abordagem das excludentes da ilicitude. Vale ressaltar que não adentrar-se-á aqui ao estudo individual de cada uma das excludentes previstas no artigo 42 do Código Penal Militar.

Pois bem, ilicitude ou antijuridicidade são palavras sinônimas que indicam a “relação de antagonismo, de contrariedade, entre a conduta do agente e o

ordenamento jurídico”, conforme ensinamento de Greco (2015, p. 307). Portanto, a licitude é encontrada por exclusão, ou seja, a ação típica só será lícita se o agente tiver atuado sob o amparo de uma das quatro causas excludentes de ilicitude previstas no artigo 42 do Código Penal Militar.

Com efeito, ressalta-se que apesar de todo fato típico, a *priori*, ser considerado um ato ilícito com base na teoria indiciária da ilicitude, haverá situações em que, mesmo cometendo uma conduta típica, esta não será considerada crime. Na verdade, a tipicidade gera a suspeita de que o fato seja também ilícito, mas essa presunção não é absoluta, podendo ser afastada pela ocorrência de uma causa excludente da antijuridicidade. Nas palavras de Greco (2015, p. 162):

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

Diante do exposto, verifica-se que as excludentes de ilicitude são condições fáticas, que uma vez alcançadas, no caso concreto, desqualificam totalmente o crime, tornando uma conduta, apesar de típica, lícita. Em outras palavras, as excludentes de ilicitude são circunstâncias em que o Estado permite a realização de um fato típico. Observa-se que o fato continua sendo típico, porém, pelas condições em que esse fato é praticado, o Estado passa a considerá-lo justo, descriminalizando-o. Nos termos do artigo 42 Código Penal Militar:

Art. 42. Não há crime quando o agente pratica o fato:
I - Em estado de necessidade;
II - Em legítima defesa;
III - Em estrito cumprimento do dever legal;
IV - Em exercício regular de direito.

Nesse diapasão, verifica-se a clareza com que o ordenamento jurídico trata a questão das excludentes, quando o artigo 42 do Código Penal Militar estabelece que não há crime naquelas situações ali previstas.

2.3 A legítima defesa

Como visto no tópico anterior, a legítima defesa está prevista no artigo 42 do Código Penal Militar sendo que seu conceito e requisitos estão dispostos no artigo 44 do mesmo diploma legal que assim dispõe: "entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem."

Age em legítima defesa quem pratica um fato típico para repelir uma injusta agressão, atual ou iminente, contra direito próprio ou alheio, usando moderadamente dos meios necessários. Nesse sentido, Bitencourt (2002, p. 264) afirma que:

[...] a legítima defesa nos termos em que é proposta pelo nosso Código Penal, exige a presença simultânea dos seguintes requisitos: agressão injusta, atual ou iminente; direito próprio ou alheio; meios necessários usados moderadamente.

A legítima defesa pode ser usada para a defesa de direito próprio ou alheio. Tem-se nesse caso reconhecida a solidariedade entre os seres de uma sociedade, já que o Direito reconhece a possibilidade da existência da legítima defesa de terceiros. Nota-se que a lei não exige qualquer relação entre os agentes, podendo a excludente ser realizada até em benefício de um desconhecido.

Entretanto, vale ressaltar que caso o agente use exageradamente dos meios necessários para repelir agressão injusta, contra direito seu o de outrem, responderá pelo excesso.

3 A PRISÃO EM FLAGRANTE E SUAS ETAPAS

Na seção anterior, foi apresentado o conceito analítico de crime, em sua divisão tripartida com fundamento no finalismo penal, tendo sido demonstrado que crime é todo fato típico, ilícito e culpável. Também foram apresentadas, sinteticamente, as causas excludentes da ilicitude, sobretudo a legítima defesa, que uma vez presentes na conduta do agente, impedem o aperfeiçoamento do crime.

Passa-se agora a abordagem do instituto da prisão em flagrante, bem como as questões processuais penais relacionadas a ela e à matéria de atribuição da Autoridade de Polícia Judiciária Militar, que atua quando determinado fato típico ganha conotação penal militar.

3.1 A excepcionalidade das prisões

Vivemos em um Estado Democrático de Direito¹ cuja regra é a liberdade, e a prisão, a exceção. Tal afirmativa somente se fez possível com o advento da nova ordem constitucional inaugurada após a promulgação da Constituição Cidadã de 1988 que, dentre seus artigos, reservou grande parcela de disposições sobre o direito à liberdade e as garantias que são relativas aos presos. Conforme observa Nucci (2007, p. 575), a excepcionalidade das prisões deve ser assim compreendida:

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

Como se vê, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, prima pela liberdade dos indivíduos e, indo, além disso, sendo norteada pelo princípio da presunção da inocência. Dentro do que preceitua o artigo 5º, LVII, da Constituição Federal: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ou seja, até que fique provada a culpa do agente em sentença penal condenatória transitada em julgado, o indivíduo é um ser inocente.

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

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

¹ O Estado Democrático de Direito, que significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais, proclamado no *caput* do artigo, adotou, igualmente, no seu parágrafo único, o denominado princípio democrático, ao afirmar que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. In: MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.51.

A prisão do ser humano é uma medida excepcional, também denominada *última ratio*, somente se legitima quando o agente comete crimes graves, ou oferece risco à sociedade, ou há indícios que irá atrapalhar as investigações.

Diante de todos os argumentos expostos, fica evidenciado que a segregação de alguém no cárcere tem legitimidade, de ordinário, somente diante de condenação penal transitada em julgado; quaisquer outras formas de aprisionamento fundam licenças ameaçadoras de que se serve o Poder Público no interesse da coletividade.

A prisão em flagrante é uma espécie de prisão cautelar ou pré-processual nos termos da Lei nº 12.403/11. Fala-se cautelar pelo fato de que sua deflagração e manutenção somente poderão ocorrer em situações excepcionais e antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. De forma mais detalhada são os ensinamentos de Branco (1988, p. 31) ao dizer que a prisão em flagrante:

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

A prisão em flagrante é a única prisão no ordenamento jurídico processual penal que será realizada sem uma prévia autorização judicial. Isso ocorre, logicamente, pelo fato de que a relação de proximidade entre a infração penal e a prisão do agente impede a exigência de prévia autorização judicial, sendo necessário para sua deflagração apenas a decisão da Autoridade Policial competente. Na lição de Ferreira (2008, p. 52):

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

A prisão cautelar deve ser sempre percebida como um fenômeno excepcional, unicamente admitida ante a requisitos claramente evidenciados e, assim, adequada para excepcionar a regra constitucional da presunção de inocência. Dessa forma, as prisões cautelares somente poderão ser decretadas quando houver prova da existência de crime e indícios suficientes de autoria (*fumus comissi delicti*), ou por

conveniência da instrução criminal (*periculum libertatis*). Inexistindo tais pressupostos a prisão se mostrará infundada, e, portanto, ilegal.

3.2 O cerceamento da liberdade do Policial Militar

Ocorrendo um crime militar, o policial receberá a voz e prisão em flagrante e será conduzido até a presença da Autoridade de Polícia Judiciária Militar, normalmente o Comandante de um Batalhão da Polícia Militar, que tem competência territorial para lavratura do Auto de Prisão em Flagrante Delito. Essa é, na verdade, a primeira etapa da prisão em flagrante que não pode ser confundida com a ratificação da prisão. Nesse sentido, dispõe Ferreira (2008, p. 52):

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

Dessa forma ao ser conduzido até a Unidade da Polícia Militar o policial militar será apresentado à Autoridade de Polícia Judiciária Militar que, após analisar os fatos e as circunstâncias que ensejaram a sua detenção, ou seja, a voz de prisão em flagrante, decidirá pela sua ratificação ou não, sendo esta a segunda etapa da prisão em flagrante propriamente dita, pois, a Autoridade de Polícia Judiciária Militar não está vinculada à *notitia criminis* recebida. Nesse sentido, Castelo Branco (1988, p. 125) dispõe:

A perspectiva que se pretende traçar ao apresentar o procedimento da prisão em flagrante é demonstrar que o recebimento da voz de prisão em flagrante delito pelo militar nem sempre terá como consequência o seu recolhimento ao cárcere, posto que essa decisão caberá à Autoridade de Polícia Judiciária.

O que precisa ficar claro é que a prisão em flagrante possui dois momentos distintos: o primeiro é a detenção do policial militar que supostamente teria praticado um crime e encontra-se em uma das hipóteses do artigo 244 do Código de Processo Penal Militar e o segundo é a apresentação do detido à Autoridade de Polícia

Judiciária Militar, que, após detalhada análise, decidirá pela manutenção ou não da prisão.

Verificando a Autoridade de Polícia Judiciária Militar tratar-se de flagrante de crime, deverá ratificar a voz de prisão em flagrante e lavrar o Auto de Prisão em Flagrante Delito, cuja forma encontra-se regulamentada nos artigos 245 a 247 do Código de Processo Penal Militar. Na verdade, se dos elementos colhidos a Autoridade de Polícia Judiciária Militar constatar a existência de crime militar o Auto de Prisão em Flagrante Delito deverá ser lavrado e o policial militar deverá ser preso em flagrante delito, pois, o Código de Processo Penal Militar não prevê outra alternativa. Por outro lado, mostrar-se-á que nas hipóteses que não ocorrerem flagrante de crime militar, tal qual na legítima defesa, o fato deverá ser investigado por meio de Inquérito Policial Militar e o militar será colocado em liberdade até a manifestação judicial.

3.3 A análise jurídica realizada pela autoridade de polícia judiciária militar

A discussão que se levanta é se caberia à Autoridade de Polícia Judiciária Militar uma interpretação analítica do crime para somente então decidir pela prisão em flagrante do policial militar conduzido à sua presença, ou se essa valoração é privativa do juiz de direito do juízo militar estadual.

Pois bem, imediatamente após a apresentação do policial conduzido e a oitiva dos envolvidos, o artigo 246 do Código de Processo Penal Militar assevera que a Autoridade mandará recolher o investigado ao cárcere se das respostas resultarem fundadas suspeitas contra o conduzido.

Todavia, o artigo 247, § 2º, do Código de Processo Penal Militar, determina que a prisão deverá ser relaxada caso seja verificada a manifesta inexistência de infração penal militar.

Portanto, para que a Autoridade de Polícia Judiciária Militar mande recolher o policial militar autuado ao cárcere deve haver, obviamente, fundadas suspeitas de que o conduzido praticou um crime, ou seja, um fato típico, ilícito e culpável. No mesmo sentido, Tourinho Filho (1992, p. 458), preleciona:

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

Apresentado o policial conduzido à Autoridade de Polícia Judiciária Militar, cabe a esta uma verificação completa sobre todas as circunstâncias do fato e da detenção, pois, somente após essa minuciosa análise é que se verificará se persistem os elementos que indiquem indícios suficientes de autoria ou fundadas razões de que o autuado seja o autor do crime em questão.

3.4 O reconhecimento da legítima defesa pela autoridade de polícia judiciária militar

Diante do exposto levanta-se o seguinte questionamento: diante de um fato em que a Autoridade de Polícia Judiciária Militar, após detida análise, reconhece que o policial militar, no exercício de suas funções constitucionais, atua em legítima defesa para a proteção de um bem jurídico próprio ou de terceiros, seria cabível a manutenção da restrição de sua liberdade?

Na verdade, a grande resistência em torno da possibilidade da Autoridade de Polícia Judiciária Militar reconhecer a ocorrência da legítima defesa durante a formalização do Auto de Prisão em Flagrante Delito se perfaz pelo fato do artigo 253 do Código de Processo Penal Militar reservar exclusivamente ao juiz de direito a competência para verificar as excludentes de ilicitude e, conseqüentemente, determinar ou não a soltura do autuado. Na dicção do citado dispositivo:

Art. 253. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato nas condições dos arts. 35, 38, observado o disposto no art. 40, e dos arts. 39 e 42, do Código Penal Militar, poderá conceder ao indiciado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogar a concessão.

Como se vê, o dispositivo acima estabelece que o juiz é a autoridade responsável pela verificação das excludentes de ilicitude. Por esse motivo, parte da doutrina também entende que à Autoridade de Polícia Judiciária Militar caberia tão

somente a verificação da tipicidade formal, ou seja, a simples adequação da conduta ao tipo penal, não lhe cabendo a análise de eventual excludente de ilicitude. Porém, tal interpretação pode levar a consequências irreparáveis, como a restrição da liberdade de um policial militar que atuou para a proteção da sociedade. Comentando sobre a referida questão, Gomes (2011, p. 137) cita:

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

No mesmo sentido, Oliveira (2015, p. 75); comenta:

Questiona-se, nesse sentido, se a Autoridade de Polícia Judiciária Militar deve exercer tão somente um juízo de tipicidade quando da lavratura do APFD e ao Juiz de Direito do Juízo Militar a quem for comunicado a prisão em flagrante delito cabe, com exclusividade, exercer o juízo de ilicitude e culpabilidade.

Neste sentido, dispõe o artigo 247, §2º, Código de Processo Penal Militar:

§ 2º Se, ao contrário da hipótese prevista no art. 246, a autoridade militar ou judiciária verificar a manifesta inexistência de infração penal militar ou a não participação da pessoa conduzida, relaxará a prisão. Em se tratando de infração penal comum, remeterá o preso à autoridade civil competente.

Portanto, dizer que a Autoridade de Polícia Judiciária Militar caberia simplesmente a verificação da tipicidade formal trata-se de uma posição equivocada, pois, o crime não pode ser fragmentado. Ou o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, ou o fato por ele praticado não será considerado crime.

Ademais, o próprio Código Penal Militar, em seu artigo 247, §2º, estabelece que a autoridade militar relaxará a prisão quando se encontrar diante de manifesta inexistência de infração penal, como é o caso do cometimento de um fato amparado por uma excludente de ilicitude.

Tais argumentos por si só já demonstram que, cada vez mais, torna-se imprescindível a releitura do Código de Processo Penal Militar à luz da Constituição de 1988, de forma que as constantes lacunas legislativas não inviabilizem a aplicação da lei em consonância com a proteção aos direitos dos cidadãos.

Na atual conjuntura do nosso Estado Democrático de Direito, não se pode mais admitir o encarceramento do policial militar que agiu autorizado pelo Estado em prol da sociedade. Dizer que essa atribuição é competência exclusiva do Juiz sob o argumento de que ele é a autoridade mais bem preparada, não parece correto, visto que, tal conduta, apesar de ser a regra em nosso país, trata-se de uma solução desproporcional, que ofende a dignidade da pessoa humana.

Ora, existiria afronta maior ao princípio da dignidade da pessoa humana do que a prisão daquele que agiu com autorização legal como ocorre nos casos da legítima defesa? Veremos que não, pois, tal prática, apesar de ser a regra em nosso sistema processual penal, trata-se de uma ofensa concreta aos direitos do cidadão.

Corroborando com esse posicionamento, foi elaborada a Instrução Conjunta de Corregedoria nº 02 da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiro Militar, publicada no Boletim Geral da Polícia Militar nº 12, de fevereiro de 2014 (ICCPM/BM n. 02/2014), que padroniza as atividades de polícia judiciária militar, no âmbito das instituições. Nesse sentido, o artigo 27 da Instrução Conjunta de Corregedoria 02, dispõe:

Art. 27. Se, ao final da audiência do militar conduzido, a Autoridade de Polícia Judiciária Militar verificar a manifesta inexistência da infração penal militar, a não participação do conduzido em sua prática ou a inexistência das situações que autorizam a prisão em flagrante, nos termos do art. 246 e art. 247, § 2º, ambos do CPPM, não haverá o recolhimento do militar à prisão.

Ademais, a soltura do policial militar detido não impede que se prossiga nas investigações, através da instauração de Inquérito Policial Militar, bem como a decisão fundamentada da Autoridade de Polícia Judiciária Militar no sentido de colocar o policial em liberdade, também não exime a futura manifestação do Poder Judiciário em sentido contrário.

Ratificando tal posicionamento, a Instrução Conjunta de Corregedoria da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiro Militar n. 02/2014, ao tratar das providências a serem adotadas, caso não haja o recolhimento do militar à prisão, em seu artigo 28, III, estabelece que, imediatamente, deve ser instaurado o Inquérito Policial Militar.

4 DA JURISPRUDÊNCIA FAVORÁVEL

Quando a Polícia Militar do Estado de Minas Gerais passou a adotar o contido na Instrução Conjunta de Corregedoria nº 02/2014, com base no artigo 247, § 2º do Código de Processo Penal Militar, deixando de ratificar o Auto de Prisão em Flagrante Delito de militares que praticaram condutas típicas amparadas pelas causas excludentes de ilicitude, o Ministério Público se manifestou, solicitando à Justiça Militar de Primeira Instância, a instauração de Inquérito Policial Militar contra os comandantes que realizaram a análise jurídica acerca das causas excludentes de ilicitude em crimes militares.

A solicitação do Ministério Público foi fundamentada na alegação de que os comandantes praticaram ato privativo de juiz e incorreram no crime militar de prevaricação, ao não ratificarem o flagrante dos militares que agiram em legítima defesa.

Os comandantes ingressaram com pedidos de *Habeas Corpus*, pleiteando a concessão de medida liminar, de forma preventiva, a fim de evitar que a requisição ministerial fosse cumprida e, conseqüentemente, fosse impedida a instauração de Inquérito Policial Militar. O Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais julgou procedente os pedidos, concedendo a liminar e, por conseguinte, o trancamento dos Inquéritos Policiais em desfavor dos comandantes, como podemos verificar a seguir:

HABEAS CORPUS - REQUERIMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DIRIGIDO AO JUIZ, PARA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL MILITAR VISANDO A APURAR PRÁTICA DO CRIME DE PREVARICAÇÃO - ALEGAÇÃO DE PRÁTICA DE ATO PRIVATIVO DE JUIZ, AO DEIXAR DE RATIFICAR A PRISÃO EM FLAGRANTE DE MILITAR QUE, A PRIORI, AGIU EM LEGÍTIMA DEFESA - DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL MILITAR - A CONDUTA DO PACIENTE NÃO SE AFASTOU DA LEGALIDADE, CONSTITUINDO VERDADEIRA OBRIGAÇÃO DA AUTORIDADE MILITAR - § 2º DO ART. 247 DO CPPM - AUSÊNCIA DE FATOS QUE, AO MENOS EM TESE, POSSAM SER CONSIDERADOS COMO CRIME MILITAR - AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA A INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL MILITAR (IPM) CONTRA O PACIENTE - A INSTAURAÇÃO DE UM IPM SOMENTE É ACEITÁVEL NA HIPÓTESE DE NECESSIDADE DE APURAÇÃO SUMÁRIA DE FATO QUE CONFIGURE CRIME MILITAR - A DETERMINAÇÃO JUDICIAL DA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL É MEDIDA INCOMPATÍVEL COM A IMPARCIALIDADE DO JULGADOR, QUE CARACTERIZA O SISTEMA ACUSATÓRIO - ORDEM CONCEDIDA PARA TRANCAMENTO DO IPM INSTAURADO POR DETERMINAÇÃO DO OFÍCIO JUDICIAL. (TJMMG 00011839720149130000, Data de Julgamento: 03/06/2014, Data de Publicação: 11/06/2014).

HABEAS CORPUS - REQUISIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DIRIGIDA À JUÍZA DE DIREITO DO JUÍZO MILITAR, SOLICITANDO A INSTAURAÇÃO DE IPM COM VISTAS A APURAR CRIME DE PREVARICAÇÃO DO CMT DO 49º BPM - ALEGAÇÃO DE QUE A AUTORIDADE JUDICIÁRIA MILITAR PRATICOU ATO PRIVATIVO DE JUIZ, AO DEIXAR DE RATIFICAR A PRISÃO EM FLAGRANTE DE MILITAR, QUE, EM TESE, TERIA AGIDO AMPARADO EM EXCLUDENTES DE ILICITUDE - DETERMINAÇÃO JUDICIAL PARA O CUMPRIMENTO DA REQUISIÇÃO MINISTERIAL - PACIENTE AGIU AMPARADO PELO ART. 247, § 2º, DO CPPM - AUTORIDADE JUDICIÁRIA MILITAR TEM COMPETÊNCIA PARA DECIDIR SE DEVE OU NÃO RATIFICAR A PRISÃO EM FLAGRANTE DE MILITAR AMPARADO POR EXCLUDENTE DE ILICITUDE - IPM INSTAURADO PARA APURAR OS FATOS - RELATÓRIO CIRCUNSTANCIADO ENCAMINHADO PARA A AUTORIDADE JUDICIÁRIA - FAVORECIMENTO DO STATUS LIBERTATIS - CERCEAMENTO DA LIBERDADE DO MILITAR É MEDIDA EXTREMA, DE QUE SE DEVE UTILIZAR COMO EXCEÇÃO - PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA RAZOABILIDADE - CONCESSÃO DA ORDEM. - O CPPM, com base nos artigos 246 e 247, § 2º, institui competência para que a autoridade de polícia judiciária militar decida se o militar amparado por uma ou mais excludentes de ilicitude, em uma ocorrência policial, atuando em ação legítima, deverá ou não ser autuado em flagrante, - O Auto de Prisão em Flagrante não deverá ser lavrado quando estiver presente uma das hipóteses de excludentes legais de ilicitude. Nestes casos, cabível será a instauração do Inquérito Policial Militar para apuração das provas eficientes de crime e indícios suficientes de autoria e materialidade delitiva, que poderão fornecer subsídios valiosos um pouco mais à frente para a propositura da prisão preventiva. - O cerceamento da liberdade do militar é uma medida extrema, de que se deve utilizar como exceção, não podendo tornar-se uma praxe nas centenas de ocorrências, em que presentes se encontram excludentes de ilicitude, o que afrontaria de forma grotesca o TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS 2 princípios da presunção de inocência e da razoabilidade, tão consagrados em nossa Constituição Federal. - Concessão da ordem. (TJMMG 00013484720149130000, Relator: JUIZ CEL PM RÚBIO PAULINO COELHO, Data de Julgamento: 05/08/2014, Data de Publicação: 14/08/2014).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo cuidou de demonstrar, através da interpretação analítica do conceito de crime e uma releitura do artigo 246, combinado com o artigo 247, § 2º do Código de Processo Penal Militar, que é possível a verificação da legítima defesa pela Autoridade de Polícia Judiciária Militar durante a formalização do respectivo Auto de Prisão em Flagrante Delito, e que essa atribuição, não é uma competência exclusiva do juiz de direito do juízo militar.

Como visto alhures, o crime, segundo a doutrina majoritária, é um fato típico, ilícito e culpável. Faltando um desses elementos o delito será afastado. Exatamente

por isso que o artigo 42 do Código Penal Militar dispõe veementemente que não existe crime quando o agente, seja ele policial ou não, pratica o fato amparado por uma das causas de exclusão da ilicitude, quais sejam, o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito.

Entre as excludentes de ilicitude destacou-se a legítima defesa a qual, nos termos do artigo 44 do Código Penal Militar, pode ser entendida como sendo a defesa típica utilizada para repelir uma agressão injusta, atual ou iminente contra direito próprio ou alheio, usando moderadamente dos meios necessários. A legítima defesa seria, assim, uma permissão que o ordenamento jurídico castrense confere ao cidadão de se defender ou de defender terceiros.

Ademais, quando o policial militar, se depara com um fato criminoso, ele possui, em razão de suas funções constitucionalmente previstas, o dever legal de agir e atua em nome do próprio Estado, que poderá, inclusive, vir a ser responsabilizado, caso haja excesso em sua atuação.

Foi demonstrado, ainda, que, a colocação do policial militar em liberdade, não obsta, em momento algum, que a conduta seja investigada através do Inquérito Policial Militar. Portanto, a análise do crime não deve se ater a simples verificação da tipicidade formal, sendo necessária a existência de uma conduta ilícita e culpável, as quais também deverão ser avaliadas pela Autoridade de Polícia Judiciária Militar.

Portanto, é plausível falar que se o legislador afirmou, na lei material (Código Penal Militar), que não existe crime quando o agente pratica o fato sob o manto das excludentes de ilicitude, não quis caminhar na contramão na lei processual (Código de Processo Penal Militar), no sentido de determinar a prisão pela Autoridade Policial, quando o crime inexistir ante a ausência clara de um dos seus elementos, no caso em estudo a ilicitude.

Assim, a Autoridade de Polícia Judiciária Militar que analisará, pelo menos, preliminarmente, se houve a incidência da causa excludente de ilicitude ou não. Tal discricionariedade permite que a referida Autoridade, mesmo que precariamente, aplique a lei ao caso concreto e evite o encarceramento do policial militar que, pelo que foi demonstrado no presente estudo é arbitrário.

A Autoridade de Polícia Judiciária Militar é a presença do Estado no calor dos acontecimentos e deve ser um promotor dos direitos humanos, capaz de analisar a constitucionalidade e legalidade de quaisquer atos tendentes a restringir as liberdades e que possam configurar ofensa aos direitos e garantias individuais.

Assim, pela inteligência do artigo 247, § 2º do Código de Processo Penal Militar, combinado com o art. 28, III, da Instrução Conjunta de Corregedoria da Polícia Militar e Corpo de Bombeiro Militar nº 02/2014 se após a lavratura do Auto de Prisão em Flagrante Delito a Autoridade de Polícia Judiciária Militar não vislumbrar fundadas suspeitas do cometimento de crime, tal qual na legítima defesa, deverá ele fundamentar sua decisão quanto ao não encarceramento do autuado e, imediatamente, instaurar Portaria de Inquérito Policial Militar, instrumento através do qual os fatos serão investigados.

Nota-se que não existe prejuízo para a persecução penal uma vez que a decisão da Autoridade de Polícia Judiciária Militar no sentido de não encarcerar o militar é uma decisão precária que não vincula o entendimento do promotor ou do juiz que, entendendo não ser caso de legítima defesa, ainda poderão, presentes os requisitos autorizadores, determinar a sua prisão preventiva e o processo seguirá seu curso normal.

Por fim, ressalta-se que não se trata de uma faculdade e sim de um dever atribuído à Autoridade de Polícia Judiciária Militar de colocar o policial militar em liberdade quando, dos elementos colhidos no auto, ficar evidente a existência da legítima defesa, pois, não havendo crime não haverá fundadas suspeitas contra o conduzido e, não havendo fundadas suspeitas, a prisão se torna ilegal. Ora, se o policial militar atuou de acordo com o direito, não existem razões para que este permaneça preso ou recolhido ao quartel, pelo menor prazo que seja, até que o juiz possa determinar sua soltura.

THE LEGAL POSSIBILITY OF THE RECOGNITION OF THE LEGITIMATE DEFENSE BY THE AUTHORITY OF MILITARY JUDICIAL POLICE IN THE FLAGRANT PRISON

ABSTRACT

This scientific article aims to demonstrate that it is legally possible to verify the exclusions of illegality by the Military Judicial Police Authority. Based on this assumption, the factual-legal situation of the flagrant arrest of the military police officer who acted in self-defense, demonstrating the consequences of that arrest and the legal possibility of the recognition of this exclusion, during the formalization of the arrest warrant in flagrante (APF). It is worth mentioning that under the terms of the Military

Criminal Procedure Code (CPPM), the analysis of self-defense is the exclusive competence of the court that has the power to grant the provisional release of the accused. In this context, the article aims to propose a re-reading of the military criminal procedural statute to demonstrate that the Military Judicial Police Authority is also an operator of the law and is able to observe and prevent any act that offends individual freedoms, since, even in freedom, the military police officer will have his conduct investigated through the Military Police Inquiry.

Keywords: Legitimate defense. Arrest warrant in flagrante. Military Judicial Police Authority.

REFERÊNCIAS

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

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

BRASIL, **Código Penal Militar 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm>. Acesso em: 02 de abril de 2018.

BRASIL, **Código de Processo Penal Militar de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm>. Acesso em: 02 de abril de 2018.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/FConstituicao/Constituicao.htm>. 02 de abril de 2018.

BRASIL. **Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Político**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. 02 de abril de 2018.

FERREIRA, Daniel Barcelos. **Análise da legítima defesa no auto de prisão em flagrante: A (im) possibilidade de reconhecimento da legítima defesa no auto de prisão em flagrante**. 2008. 52 fls. Escola Superior Dom Helder Câmara. Belo Horizonte 2008. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=2366>. Acesso em: 25 de março de 2018.

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

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, Volume I: Parte Geral**. 17 ed. Niterói: Ímpetus, 2015.

MINAS GERAIS. Polícia Militar de Minas Gerais. Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais. Corregedoria da Polícia Militar de Minas Gerais. Corregedoria do Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais. **Instrução Conjunta de Corregedorias n. 02, de 03 de fevereiro de 2014 (ICCPM/BM N. 02/14)**. Estabelece padronização sobre as atividades de Polícia Judiciária Militar no âmbito da PMMG e CBMMG. Belo Horizonte, 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais. **Habeas Corpus nº 1183-97.2014 (Processo 645-10.2014)**. Paciente: Marcos da Costa Negraes. Autoridade Coatora: Juíza de Direito Titular da 3ª AJME. Relator: Juiz Fernando Galvão da Rocha. Minas Gerais. 11 de junho de 2014. Disponível em: <<https://tjmmg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/417638688/11839720149130000/inteiro-teor-417638857>>. Acesso em: 15 de abril de 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais. **Habeas Corpus nº 1348-47.2014 (Processo 523-94.2014)**. Paciente: Cláudio Heleno Rosa do Nascimento. Autoridade Coatora: Juíza de Direito Titular da 3ª AJME. Relator: Juiz Cel. PM Rubio Paulino Coelho. Minas Gerais. 14 de agosto de 2014. Disponível em: <<https://tjmmg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/417638688/11839720149130000/inteiro-teor-417638857>>. Acesso em: 15 de abril de 2018.

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

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

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

OLIVEIRA, Mauricio Jose de. **Prisão em flagrante delito: estudo sobre o limite da atribuição de polícia judiciária militar**. Monografia (Curso de Especialização em Segurança Pública) – Fundação João Pinheiro e Academia de Polícia Militar, Belo Horizonte, 2015.

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