

ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do Curso de Especialização em Direito Penal e Criminologia do Instituto de Direito Penal e Criminologia da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos

CURITIBA

2008

“Não só os pobres e os oprimidos devem ser libertados, senão todos os seres humanos, ricos e pobres, porque todos estão oprimidos por um paradigma que os escraviza a todos...”

Leonardo BOFF

RESUMO

Esta monografia tem por objeto a análise do estrito cumprimento do dever legal, uma das causas de exclusão da antijuridicidade previstas no artigo 23 do Código Penal Brasileiro, sua natureza jurídica, requisitos, princípios, limites e excesso. O estudo tem como finalidade saber o que há na doutrina sobre essa causa de justificação, tendo em vista ser recorrente nos meios de comunicação a divulgação de notícias sobre casos de excessos na atuação dos agentes do Estado, relacionados com a referida justificação. O trabalho está estruturado em três capítulos, baseia-se em pesquisa bibliográfica não exaustiva, sendo utilizado o método exploratório. A primeira parte trata da Teoria do Delito, com análise da conduta, da tipicidade e da antijuridicidade enquanto a segunda parte aborda o especificamente o Estrito Cumprimento do Dever Legal. Na terceira parte, as Conclusões apontam para a crescente ênfase na valorização do respeito aos direitos humanos e fundamentais pela doutrina e pela necessidade de absorção, pelos agentes públicos, desses princípios a fim de evitar casos de excessos no cumprimento dos seus deveres que violem os direitos humanos.

Palavras chave: cumprimento do dever legal; natureza jurídica; limites; excesso

ABSTRACT

The objective of this monograph is to analyze the strict compliance of legal duty, one of the causes of exclusion of unlawfulness under Article 23 of the Brazilian Penal Code, its legal nature, requirements, principles, limits and excess. The study aims to find out what is the doctrine on the question of justification, in view of the recurrent dissemination in the news media of cases of excesses on the part of agents of the State related to said justification. The work is structured in three chapters. It is based on a non-exhaustive literature search, and the exploratory method. The first part deals with the Theory of Crime, analysis of behavior, determination of proper law and unlawfulness. The second part deals specifically with the strict compliance of legal duty. In the third part, the conclusions point to the growing emphasis on the respect for human and fundamental rights, doctrine and need for acceptance by public officials of those principles in order to avoid cases of excesses in the performance of their duties, particularly by those who violate human rights.

Key words: compliance with legal duty; legal nature; limits; excess.

LISTA DE ABREVIATURAS

CC - Código Civil

CF - Constituição Federal

CPB - Código Penal Brasileiro

CPC - Código de Processo Civil

CPP - Código de Processo Penal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 TEORIA DO DELITO	8
2.1 ASPECTOS GERAIS.....	8
2.2 CONDOTA HUMANA	9
2.3 TIPICIDADE	10
2.3.1 Conceito de tipo e tipicidade	10
2.3.2 Tipicidade e antijuricidade	11
2.3.3 Tipicidade Conglobante	13
2.4 ANTIJURIDICIDADE	14
2.4.1 Conceito	14
2.4.2 Antijuricidade material e formal	16
2.4.3 Injusto supralegal	17
2.4.4 Causas de exclusão	18
3 ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL	19
3.1 CONCEITO	19
3.2 NATUREZA JURÍDICA	20
3.3 SUJEITOS	25
3.4 REQUISITOS	26
3.5 PRINCÍPIOS	27
3.6 CONFLITO DE DEVERES	28
3.7 LIMITES E EXCESSO	29
3.8 CASOS CONCRETOS	33
3.9 CRÍTICA	36
4 CONCLUSÃO	40
REFERÊNCIAS	44

1 INTRODUÇÃO

O tema a ser abordado certamente é conhecido por todos os operadores do Direito e talvez quase exaurido pelos renomados penalistas. Trata-se do estrito cumprimento do dever legal, causa de exclusão da antijuridicidade.

Notório é que o Direito Penal tem o poder de aproximar mesmo aqueles que não são operadores do direito. Também o cidadão comum tem claro interesse em conhecer o pensamento jurídico, principalmente em questões que têm relação tão próxima da realidade social concreta.

Quem detém o poder estatal e em nome dele age, respalda suas atitudes comumente na referida causa de exclusão da antijuridicidade e o cidadão comum, que assiste, muitas vezes tem a impressão de estar diante de uma “grande injustiça”, da “impunidade”.

Por outro lado, a previsão legal do estrito cumprimento do dever legal representa uma garantia àqueles servidores responsáveis pelo cumprimento das leis e decisões judiciais.

Assim, a escolha do tema deveu-se ao fato de que, apesar de não representar novidade em termos doutrinários, é recorrente na mídia nos casos envolvendo os excessos cometidos.

Nesse contexto, se objetiva com o presente estudo fazer uma revisão bibliográfica não exaustiva sobre o tema, através do método exploratório, situando o assunto dentro da teoria do delito e demais aspectos pertinentes, como natureza jurídica do instituto, princípios e limitam a fim de apreciar com mais acuidade a presença de excessos.

Portanto, tem a finalidade de saber o estado atual da arte, como o assunto está sendo tratado na doutrina, principalmente em relação ao respeito aos direitos humanos.

2 TEORIA DO DELITO

2.1 ASPECTOS GERAIS

Segundo ZAFFARONI, à parte da ciência do direito penal que se ocupa de explicar o que é o delito em geral, quais as características que deve ter qualquer delito, denomina-se teoria do delito. O seu objetivo é facilitar a verificação da existência ou não do delito nos casos concretos. Ou seja, a fim de melhor determinar quais condutas são consideradas crimes pelo ordenamento jurídico é que se desenvolveu a teoria do delito, que “é uma construção dogmática que nos proporciona o caminho lógico para averiguar se há delito em cada caso concreto”.¹

Assim, através do conceito estratificado do delito, se realiza a verificação de vários passos para saber se o fato concreto se amolda à situação teórica prevista.

Seguindo a linha de análise, sabido é que somente as condutas humanas podem vir a configurar um delito. Dentre estas, interessam as condutas (ações ou omissões) previstas na legislação penal. Então, sendo uma conduta humana que se enquadra dentro da previsão normativa, tem-se que se trata de uma conduta humana típica. E a análise deve ser feita nesta ordem, pois somente sendo positivas as proposições anteriores é que se segue na investigação.

Sendo, pois, a conduta típica, é preciso indagar se não há permissão legal a ampará-la. As causas de justificação estão previstas no artigo 23 do Código Penal Brasileiro, a saber, estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito. Não presentes nenhuma dessas causas de exclusão da antijuricidade, a conduta será típica e antijurídica. Até este momento têm-se um injusto penal.

Estando presentes a tipicidade e a antijuridicidade da conduta, parte-se para a análise da terceira fase do conceito estratificado de crime, a culpabilidade. Esta última não será estudada neste trabalho, tendo em vista a limitação do tema, que não alcança o terceiro estrato.

Para ZAFFARONI, “o delito é uma conduta humana individualizada mediante um dispositivo legal (tipo) que revela sua proibição (típica), que por não estar

¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999. p.p. 383 e 384.

permitida por nenhum preceito jurídico (causa de justificação) é contrária à ordem jurídica (antijurídica) e que, por ser exigível do autor que agisse de maneira diversa diante das circunstâncias, é reprovável (culpável).²

2. 2 CONDUTA HUMANA

Não há crime sem ação (*nullum crimen sine conducta*), princípio que representa uma garantia jurídica básica. Interessam apenas as condutas humanas, consideradas no seu sentido cotidiano, ou seja, conforme ZAFFARONI, o conceito de conduta humana não é diferente para o direito penal, que não cria uma nova definição e sim, adota aquele já conhecido por todos. Ele considera a conduta a base do delito, afirmando que “quem quiser defender a vigência de um direito penal que reconheça um mínimo de respeito à dignidade humana não pode deixar de reafirmar que a base do delito – como iniludível caráter genérico - é a conduta, identificada em sua estrutura onto-ontológica.”³

Das teorias que surgiram para tratar da conduta, três delas mais se destacaram: a teoria causalista, que considerava a conduta um comportamento humano voluntário no mundo exterior, ou seja, um fazer ou não fazer; a teoria social, para a qual a ação é a conduta socialmente relevante, dominada ou dominável pela vontade humana e a teoria finalista, que considera que todo comportamento do homem tem uma finalidade, e assim, a conduta seria uma atividade final humana e não um comportamento simplesmente causal.⁴

A teoria finalista da ação, para a qual a vontade implica sempre uma finalidade, mais aceita atualmente, é também a adotada pelo Código Penal Brasileiro. Segundo tal teoria, conduta é um fazer final.

ZAFFARONI ressalta que a vontade sem conteúdo (finalidade) não é vontade, e a ação humana sem vontade fica reduzida a um simples processo causal.⁵

Para Francisco de Assis TOLEDO, citado MIRABETE, por a conduta, ou ação em sentido amplo, é o “comportamento humano, dominado ou dominável pela

² ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique, ob. cit. p. 392.

³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique, ob. cit. p. 409.

⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. São Paulo: Atlas, 1990-1994. p.p. 98 e 99.

⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique, ob. cit. p. 422.

vontade, dirigido para a lesão ou para a exposição a perigo de lesão de um bem jurídico, ou, ainda para a causação de uma possível lesão a um bem jurídico”⁶

2.3 TIPLICIDADE

2.3.1 Conceito de tipo e tipicidade

Separadas as condutas que interessam ao direito penal, o passo seguinte é analisar se as mesmas amoldam-se a algum tipo legal previsto no ordenamento jurídico. Nesta fase da teoria do delito, verifica-se se a conduta praticada no caso concreto é proibida em algum dispositivo da parte especial do Código Penal ou em lei especial.

O tipo penal, para ZAFFARONI, “é um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza preponderantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes (por estarem penalmente proibidas)”⁷.

Francisco MUÑOZ CONDE, citado por MOTTA, define o tipo como a descrição da conduta proibida feita pelo legislador na hipótese de fato de uma norma penal.⁸

O tipo é composto de elementos descritivos, pois “descrevem” uma conduta, através de verbos, como matar, provocar, ofender. Entretanto, muitas vezes também os tipos apresentam elementos normativos, que exigem um juízo de valor jurídico ou ético.

A tipicidade é a correspondência exata, adequação perfeita entre a conduta e a descrição legal, ou, nas palavras de ZAFFARONI, é a adequação da conduta a um tipo.⁹

Portanto, somente aquelas condutas que se amoldam perfeitamente ao tipo legal já previsto na legislação penal é que são consideradas típicas. E com o desenvolvimento da idéia de um conceito complexo para o tipo, composto por um

⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini, ob. cit., p. 101.

⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique, ob. cit., p. 443.

⁸ MOTTA, Ivan Martins, *Estrito Cumprimento do Dever Legal e Exercício Regular de Direito – Dupla Natureza Jurídica e Repercussões Processuais Penais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000. p. 3

⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique, ob. cit., p. 445.

aspecto objetivo e outro subjetivo (dolo), presentes os elementos objetivo-subjetivo, a conduta será típica.

A doutrina apresenta duas funções para o tipo penal. Em primeiro lugar, o tipo cumpre a função de garantia, pois somente a lei escrita é fonte do tipo, aperfeiçoa assim, o princípio da legalidade. Em segundo lugar, o tipo indicaria a antijuridicidade da conduta, ou seja, sua contrariedade com o ordenamento jurídico. Então, uma vez típica a conduta, presumivelmente ela também seria antijurídica, e assim, uma causa de exclusão da antijuridicidade faria cessar tal presunção. Com há mais de uma posição em relação a essa questão, trata-se do mesmo no item seguinte.

2.3.2 Tipicidade e antijuridicidade

Segundo ZAFFARONI, há três posições principais sobre a relação tipicidade e antijuridicidade, sendo adepto da teoria do tipo indiciária.¹⁰

A teoria do tipo avalorado, para a qual a tipicidade não indicaria nada acerca da antijuridicidade.

A teoria do tipo indiciário, para a qual a tipicidade é um indício ou presunção *juris tantum* da antijuridicidade, que admite prova em contrário. Esta teoria, conhecida como teoria da *ratio cognoscendi*, é sustentada, segundo MOTTA, por MAX ERNSTN MAYER, que considera a tipicidade a base mais importante para o reconhecimento da antijuridicidade, dizendo que elas se comportam como fumaça e fogo, ou seja, nas palavras de MOTTA, “a fumaça não é o fogo, nem o contém, porém, enquanto não se prove o contrário, indica a existência do fogo.”¹¹

As outras teorias consideram que a tipicidade é a razão de ser da antijuridicidade (*ratio essendi*) e, segunda elas, tipicidade implica em antijuridicidade. Para alguns, tipicidade encerra o juízo de antijuridicidade, e assim, afirmada a tipicidade, tem-se também afirmada a antijuridicidade, sendo que as causas de justificação excluem a tipicidade, sendo considerados elementos negativos do tipo. Tal teoria, conhecida como teoria dos elementos negativos do tipo, onde a justificação elimina a tipicidade, é sustentada por HELLMUTH VON WEBER. Para

¹⁰ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique, ob. cit., p. 453.

¹¹MOTTA, Ivan Martins, ob. cit., p. 7

outros, a tipicidade também implica antijuridicidade, muito embora a antijuridicidade seja eliminada em etapa posterior, por uma causa de justificação. Tal teoria, conhecida como teoria do tipo de injusto, onde a justificação elimina somente a antijuridicidade, é sustentada por PAUL BOCKELMAN.¹²

Os adeptos da teoria bipartida entendem que a conduta típica é também antijurídica, constituindo uma unidade, pois aparecem no tipo elementos característicos da antijuridicidade. Assim, o homicídio em legítima defesa seria uma conduta atípica, o que para a concepção tripartida seria uma conduta típica, porém antijurídica.

MOTTA traz a concepção de EDMUND MEZGER, para quem o tipo penal é injusto tipificado, sempre que não haja uma causa de exclusão do injusto. Este, que trata da tipicidade dentro do capítulo da antijuridicidade, entende a tipicidade como o fundamento real e de validade da antijuridicidade. MOTTA considera que esta concepção de MEZGER leva à uma fusão dos conceitos de tipicidade e antijuridicidade, o que deixaria a estrutura do delito bipartida, em antijuridicidade típica e culpabilidade.¹³

MOTTA cita a posição de REINHART MAURACH, para quem o conceito bipartido do delito leva a uma atrofia do tipo, que perde sua função básica de distinção a priori entre uma conduta penalmente relevante e um irrelevante. Pois, se a tipicidade estiver presente apenas no caso de existir uma conduta antijurídica, desaparece o caráter indiciário do tipo e a aplicação de uma causa de justificação não só elimina a ilicitude do fato, como também sua tipicidade.¹⁴

Tal entendimento é criticado e, no entendimento de MOTTA, apenas ressalta a importância da concepção tripartida do delito, que analisa os elementos de maneira lógica e estruturada. Segundo o doutrinador, WELZEL rebate a opinião de MEZGER com o seguinte exemplo: "A existência da legítima defesa tem, segundo essa doutrina, a mesma significação que a ausência de uma característica do tipo: não haveria diferença entre dar morte a um homem em legítima defesa e dar morte a um mosquito."¹⁵

¹² ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique, ob. cit., p. 454.

¹³ MOTTA, Ivan Martins, ob.cit., p. 8.

¹⁴ MOTTA, Ivan Martins, ob. cit. p. 9.

¹⁵ MOTTA, Ivan Martins, ob. cit. p. 11.

2.3.3 Tipicidade Conglobante

A tipicidade conglobante de ZAFFARONI parte do pressuposto de que o legislador, quando quer dar uma tutela penal a um determinado bem jurídico, o faz através da elaboração de tipo penal, que vai do ente à norma e desta ao tipo.

Diferentemente de quem interpreta, que, primeiro se depara com a lei (matar alguém), passa pela norma (não matar) e chega ao bem jurídico protegido (vida). Para o doutrinador, “a conduta que se adequa a um tipo penal será necessariamente contrária à norma que está anteposta ao tipo legal, e afetarà o bem jurídico tutelado”.¹⁶ Assim, a conduta formulada no tipo legal, por exemplo, “matar alguém”, é também antinormativa. Ou seja, para que haja a tipicidade penal é necessário que a conduta, além de amoldar-se ao tipo legal, viole a norma e afete o bem jurídico.

Segundo o doutrinador, deve haver uma ordem mínima entre as normas, de modo a impedir que uma norma proíba o que a outra ordena ou que uma norma proíba o que outra fomenta. Cita o exemplo do oficial de justiça que executa uma ordem de penhora e seqüestro de um quadro, de propriedade de um devedor. Tendo recebido a ordem de autoridade competente, executa-a em cumprimento do seu dever legal. A doutrina entende que se trata de um caso de estrito cumprimento de dever legal, previsto no art. 23, inciso III do CPB, que preceitua: “Não há crime quando o agente pratica o fato [...] em estrito cumprimento de dever legal...” e o doutrinador se pergunta: “que caráter do delito desaparece quando um sujeito age em cumprimento de um dever?”¹⁷

Grande parte da doutrina considera o exemplo citado causa de justificação, ou seja, uma conduta típica, porém antijurídica.

Entende ZAFFARONI, que, como a tipicidade implica antinormatividade, no sentido de contrariedade à norma, não se pode admitir que na ordem normativa uma norma ordene o que a outra proíbe. Assim, para a configuração da tipicidade conglobante há que se indagar sobre o alcance proibitivo da norma, não a considerando isoladamente, senão de modo conglobado na ordem normativa. A tipicidade conglobante é considerada, então, como corretivo da tipicidade legal, apta

¹⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique, ob. cit., p. 456.

¹⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique, ob. cit., p. 458

a excluir do âmbito típico condutas que apenas aparentemente estão proibidas, como a do exemplo citado.

O doutrinador apresenta uma definição que elucida bem sua teoria:

Tipicidade legal (adequação à formulação legal do tipo) É a individualização que a lei fez da conduta, mediante o conjunto dos elementos descritivos e valorativos (normativos) de que se vale o tipo legal

Tipicidade conglobante (antinormatividade) É a comprovação de que a conduta legalmente típica está também proibida pela norma, o que se obtém desentranhando o alcance da norma proibitiva conglobada com as restantes normas da ordem normativa.

Tipicidade penal (adequação penal e antinormatividade) É o resultado da afirmação das das anteriores

Tipicidade legal + Tipicidade conglobada = Tipicidade penal.¹⁸

Entretanto, registra que a diferença entre a tipicidade conglobante e a justificação, reside no fato de que a atipicidade conglobante não surge em função de permissões outorgadas pela ordem jurídica, como o caso da legítima defesa e do estado de necessidade, mas em razão de mandatos ou fomentos normativos, ou indiferença da lei penal.¹⁹

2.4 ANTIJURIDICIDADE

2.4.1 Conceito

A segunda estrutura do conceito analítico de crime analisa se a conduta já foi considerada típica é também antijurídica. Os tipos permissivos ou causas de justificação estão previstos nos arts. 23, 24 e 25 da parte geral do CPB.. Também há justificações específicas na parte especial do Código Penal, bem como em outras normas do ordenamento jurídico.

Antijuridicidade, segundo MIRABETE, é a contradição entre uma conduta e o ordenamento jurídico, que, como elemento na análise conceitual do crime assume significado de ausência de causas de exclusão de ilicitude.²⁰

¹⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique, ob. cit. p. 459.

¹⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique, ob. cit. p. 461.

²⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual, ob. cit. p. 165.

Para ZAFFARONI, a antijuricidade é o choque da conduta com a ordem jurídica, entendida não só como uma ordem normativa (antinormatividade), mas como uma ordem normativa e de preceitos permissivos.²¹

MOTTA define a antijuricidade como a relação de contradição entre a conduta e o ordenamento jurídico, de forma a causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem jurídico, fazendo menção à dupla função que ela desempenha, como elemento básico do delito, na qual representa uma contradição entre a conduta típica e o ordenamento jurídico como um todo e como fundamento do tipo penal, no qual representa uma grave ofensa, real ou potencial, a um bem jurídico individual ou social.²²

Claudio Roberto C.B. BRANDÃO considera a antijuridicidade como a relação de contrariedade do fato do homem com o Direito, ressaltando, que, em sua opinião, ela é a essência do crime, pois todos os elementos do crime apenas adquirem significação jurídico-penal à luz da antijuridicidade, e considerá-la como um elemento do crime é um erro. O doutrinador entende que “o crime é uma violação a uma proibição legal, definida em lei, sob ameaça de uma pena. A antijuricidade traduz-se nessa proibição. Ela é um juízo de valor negativo ou desvalor, que atribui ao fato do homem a qualidade de ser contrário ao Direito, dando à ação o caráter não-querido pelo Ordenamento Jurídico”.²³

O doutrinador, em artigo que trata da importância da conceituação da antijuridicidade para a compreensão da essência do crime, detalhou o entendimento de diversos autores renomados, acerca do assunto, dentre os quais apresento alguns:

Para FRANCESCO ANTOLISEI a antijuricidade não é elemento do crime e sim, essência, considerando-a como a contradição da conduta com um preceito do Ordenamento Jurídico. O mesmo entende GUILIO BATTAGLINI, que também vê a antijuricidade como a essência do crime.²⁴

Outros doutrinadores entendem que a antijuricidade é elemento do crime. Assim, PETROCELLI esclarece que não se deve confundir esse elemento com o

²¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique, ob. cit. p. 468.

²² MOTTA, Ivan Martins, ob. cit. p. 26.

²³ BRANDÃO, Claudio Roberto C. B. A importância da conceituação da antijuridicidade para a compreensão da essência do crime. Revista de Informação Legislativa, v.34, nº 133, p. 23-31, jan./mar. de 1997, p. 24

²⁴ BRANDÃO, Claudio Roberto C. B., ob. cit., p.p. 25 e 26.

fato antijurídico, que é o crime em si, e a antijuricidade é apenas parte do crime. ANIBAL BRUNO, também considera a antijuricidade como elemento do crime, que é formado de antijuricidade, tipicidade e, havendo culpabilidade, será punível. Do mesmo modo, NELSON HUNGRIA, que considera a antijuricidade como um elemento do crime. Para ele, o crime constitui uma ação ao mesmo tempo típica e antijurídica.²⁵

Embora tenham posições diferentes em certos aspectos, a maioria dos doutrinadores considera que a antijuricidade, basicamente, constitui-se na contradição da conduta humana em relação às normas que integram o ordenamento jurídico.

2.4.2 Antijuridicidade material e formal

A dicotomia entre antijuricidade formal e material foi concebida por VON LISZT. De acordo com ZAFFARONI, o doutrinador entendia a antijuridicidade material como o socialmente danoso, e sustentava, ainda, que ela não poderia ser considerada sem a passagem prévia pela antijuridicidade formal.²⁶ ZAFFARONI esclarece que do conceito material de antijuricidade é que surgiu a justificação supralegal, ou causas supralegais de justificação.

BRANDÃO, analisando o tema, entende que o crime é formalmente antijurídico por ser uma transgressão a uma norma estabelecida pelo Direito e materialmente antijurídico porque é uma conduta contrária à sociedade, violando os interesses vitais dela.²⁷

MOTTA discorda dos doutrinadores que criticam a concepção material da antijuridicidade, rotulando-a de conceitos metajurídicos, pois entende que ela possibilita a admissão de causas de exclusão da ilicitude não expressamente previstas na lei, pois se referem a interesses legítimos e relevantes, que fazem retroceder a norma proibitiva. Defendeu sua adoção, como regra de interpretação ou como princípio. Cita como exemplo as autorizações judiciais para a prática de aborto

²⁵ BRANDÃO, Claudio Roberto C. B., ob. cit. p. 27.

²⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique, ob. cit., p. 568.

²⁷ BRANDÃO, Claudio Roberto C. B., ob. cit. p. 30

nos casos de anencefalia (bebês sem cérebro), embora não haja previsão legal para tanto.²⁸

2.4.3 Injusto supralegal

ZAFFARONI analisa a questão do injusto supralegal e sua necessidade na ordem jurídica, no momento atual. Considera que, com a adesão dos Estados à Declaração Universal dos Direitos Humanos e os princípios fundamentais vigentes na Constituição Federal, todos os problemas podem ser solucionados sem necessidade de se recorrer a conceitos supraleais.

Sabido é que, em 10 de dezembro de 1948, a Assembléia das Nações Unidas proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos como “ideal comum a ser alcançado por todos os povos e todos os homens”. Em seu artigo I, a declaração diz que “toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.”²⁹

Outros documentos foram produzidos, no sentido de complementar a Declaração, assim o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 16 de dezembro de 1966 (em vigor desde 23 de março de 1976); a Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados de 12 de dezembro de 1974; a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, de Bogotá, de 1948; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecido como Pacto de San José de Costa Rica, de 1969.

Este último, um dos documentos mais bonitos, cuja leitura passa a idéia de esperança em um mundo melhor, sem tantas notícias de tragédia humana, proclama em seu art. 5º que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”.³⁰

Para ZAFFARONI, estes instrumentos devem ser levados em conta em qualquer interpretação que se faça do direito penal positivo interno, que não pode

²⁸ MOTTA, Ivan Martins, ob. cit. p. 24

²⁹ Declaração Universal dos Direitos Humanos, disponível em http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm

³⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique, ob. cit., p. 865.

entrar em contradição com eles. Acredita que os documentos referidos "têm criado, mediante uma base positiva, uma consciência jurídica universal."³¹

Portanto, considerando que a Constituição Brasileira recepcionou os princípios acima, todos esses direitos consagrados nos documentos internacionais não de ser respeitados no direito penal, não havendo assim necessidade de se recorrer a um inusto supralegal, eis que se trata de uma questão de legalidade.

2.4.4 Causas de exclusão

Conforme dito acima a antijuricidade é a contradição da conduta humana em relação às normas que integram o ordenamento jurídico, salvo, se nesse mesmo ordenamento jurídico houver uma norma permissiva. Assim como há normas proibitivas, também existem aqueles preceitos permissivos que autorizam a realização da conduta prevista na norma proibitiva. Então, a conduta que viola uma norma proibitiva, é considerada típica e será antijurídica, caso não haja previsão de uma autorização no ordenamento jurídico.

Essas normas permissivas são denominadas de causas de exclusão de antijuricidade, causas de justificação ou justificativas, causas de exclusão do crime ou discriminantes e tipos permissivos.

MOTTA apresenta a definição de JIMÉNEZ DE ASÚA, que considera "as causas de justificação como sendo as que excluem a antijuricidade de uma conduta que pode subsumir-se em um tipo legal; isto é, aqueles atos ou omissões que revestem aspectos de delito, figura delitiva, porém em que lhes falta, não obstante, o caráter de ser antijurídicos, de contrários ao Direito, que é o elemento mais importante do crime."³²

Segundo MOTTA, houve tentativas de sistematização das justificativas sob um único fundamento, que não prosperaram. Das concepções pluralistas, cita o doutrinador a proposta, no direito brasileiro, de HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, que as classificou em três grandes grupos, a seguir descritos: "a) causas que se fundam em situação de necessidade (estado de necessidade e legítima defesa); b) causas que se fundam na atuação do direito (exercício regular de direito e estrito

³¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique, ob. cit., p. 68.

³² MOTTA, Ivan Martins, ob. cit. p. 28

cumprimento de dever legal) e c) causa que se funda na ausência de interesse (consentimento do ofendido)”³³

MOTTA apresenta as três fontes possíveis da justificação penal, de acordo com COUSIÑO MAC IVER: “a) as que emanam de qualquer ramo do ordenamento jurídico; b) as causas de exclusão da ilicitude expressamente previstas no Código Penal, e c) as que nascem de uma consideração supralegal.”³⁴ Cita como exemplo da primeira fonte a violência empregada para repelir a turbação da posse, prevista no art. 502 do Código Civil; a legítima defesa como exemplo da segunda fonte e as recentes autorizações judiciais para a prática do aborto médico em caso de anencefalia do feto.³⁵

O CPB prevê algumas causas de justificação na parte especial, como por exemplo, o art. 128 e 142. Também prevê, na parte geral, como causas de justificação o estado de necessidade, a legítima defesa, o exercício regular de direito e o estrito cumprimento do dever legal, do qual nos ocuparemos daqui por diante.

3. ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL

3.1 CONCEITO

O CPB não apresenta definição do estrito cumprimento do dever legal, limitado-se o legislador a dizer que não há crime quando o agente pratica o fato: III – em estrito cumprimento do dever legal.

Assim também fizeram inúmeros doutrinadores, que limitaram-se a dizer que o estrito cumprimento do dever legal é uma causa de exclusão da ilicitude, destinando ao tema uma ou duas páginas, sendo muito econômicos no assunto.

Juarez CIRINO DOS SANTOS considera o estrito cumprimento do dever legal a renúncia de parcelas da liberdade individual em prol do Estado e da coletividade e compreende os deveres de intervenção do funcionário público na esfera privada para assegurar o cumprimento da lei ou de ordens de superiores da administração pública.³⁶

³³ MOTTA, Ivan Martins, ob. cit. p. 31

³⁴ MOTTA, Ivan Martins, ob. cit. p. 33

³⁵ MOTTA, Ivan Martins, ob. cit. p. 33

³⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 187

Para Luiz Augusto Sanzo BRODT, “o estrito cumprimento do dever legal é o instituto jurídico penal que compreende as normas e princípios relativos à situação de quem, sob comando legal (ditado por relevante interesse público e legitimado pela observância dos limites impostos pela própria lei e pelos direitos fundamentais consagrados na Constituição), pratica conduta descrita em um tipo legal de crime.”³⁷

FERNANDO CAPEZ considera o estrito cumprimento do dever legal como a “causa de exclusão da ilicitude que consiste na realização de um fato típico, por força do desempenho de uma obrigação imposta por lei, nos exatos limites dessa obrigação.”³⁸

3.2 NATUREZA JURÍDICA

A grande maioria da doutrina considera o estrito cumprimento do dever legal como causa de exclusão da antijuricidade. Cita como exemplo, o caso dos policiais que empregam força física para cumprir o dever de evitar a fuga, ou de impedir a ação de pessoa armada que está praticando um ilícito ou, ainda, que atuam para controlar a perturbação da ordem pública.³⁹

Entretanto, ZAFFARONI, apoiado na consideração conglobada da norma sobre a tipicidade legal, entende que o cumprimento de um dever jurídico é causa de atipicidade penal, pois as causas de justificação são geradas de preceitos permissivos, como é o caso da legítima defesa, em que o direito não nos obriga a suportar a agressão injusta, então, o ordenamento jurídico permite a defesa, não ordena, mas admite que se faça.⁴⁰

Diferente, segundo o doutrinador, é o caso do cumprimento do dever legal, pois aqui há apenas uma norma preceptiva, ou seja, uma ordem. E “quem deixa de cumprir com um dever jurídico é punido, porque o direito lhe ordena que aja desta forma. Ademais, enquanto no cumprimento do dever jurídico há uma ordem, na causa de justificação não há sequer um favorecimento da conduta justificada, que

³⁷ BRODT, Luis Augusto Sanzo. *Parâmetros do Estrito Cumprimento do Dever Legal*. Dataveni@ Revista Jurídica. ISSN 1519-9916. Disponível em <http://datavenia.net/artigos/parametrosdoestritocumprimentodedevellegal.htm>, p.1

³⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral: volume 1*, 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 258

³⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. ob. cit. p. 181.

⁴⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique, ob. cit., p. 553

somente está permitida como gesto de impotência diante de uma situação conflitiva.”⁴¹

O doutrinador reforça sua tese com os exemplos: do policial que detém um suspeito entendendo que seria um absurdo dizer que ele cometeu uma privação ilegal de liberdade justificada; do oficial de justiça que seqüestra uma coisa móvel, que da mesma forma seria absurdo afirmar que ele comete um furto justificado e do médico que cumpre com o dever de denunciar uma doença infecciosa e nessa situação alegar-se que ele cometeu uma violação do segredo profissional justificada. Considera os exemplos citados como condutas diretamente atípicas.⁴²

Há ainda, outra teoria, desenvolvida por Ivan Martins MOTTA, para quem o estrito cumprimento do dever legal tem dupla natureza jurídica, podendo ser causa de exclusão da tipicidade ou causa de exclusão da antijuricidade.

O doutrinador lembra que o CPB optou pelo sistema legislativo que se limita a prever a justificativa de forma genérica, anunciando-a na parte geral, sem especificar seus requisitos. Assim, registra que não há uma sistematização dos mesmos, que estão espalhados por todo o ordenamento jurídico, especialmente no direito administrativo, civil, penal e processual.

Apesar desta dificuldade em sistematizar os deveres legais, o doutrinador divide-os em deveres que se revestem de caráter público e deveres que se revestem de caráter privado.

Os deveres legais de caráter público o doutrinador dividiu em duas categorias: aquele dever genérico de atuar, que não acarreta necessariamente uma ofensa a um bem jurídico penalmente tutelado, embora possa fazê-lo e o dever específico de atuar com lesão a um bem jurídico, no qual o cumprimento implica sempre uma ofensa a um bem jurídico.

Considera o ilustre doutrinador, que o estrito cumprimento de um dever genérico de atuar, que pode vir a ofender um bem jurídico constitui uma causa de exclusão de antijuricidade, enquanto no caso de um dever específico de atuar com ofensa a um bem jurídico há exclusão da tipicidade. Explica que, na “primeira hipótese, a lei não ordena ao agente público que atue com lesão ao bem jurídico, mas apenas lhe impõe o cumprimento de um dever genérico de atuar, ao passo que,

⁴¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique, ob. cit., p. 551.

⁴² ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique, ob. cit. p. 553.

na outra, a lei ordena ao agente público que execute a conduta determinada que, forçosamente, implica ofensa a determinado bem jurídico.”⁴³

Cita como exemplo da primeira situação, do dever genérico de atuar, caso do policial que, para deter preso em fuga atira contra as suas pernas. Caso em que a lei não ordena que ele ofenda a integridade corporal do fugitivo, apenas que o detenha, com o emprego da força indispensável para o cumprimento do dever. Em relação à segunda hipótese, do dever específico de atuar com lesão a bem jurídico, o autor cita o exemplo do policial que prende o delinqüente em cumprimento de ordem judicial, e o exemplo daquele que executa a pena de morte, casos em que necessariamente, para cumprimento do dever, são necessárias a ofensa aos bens jurídicos liberdade e vida, respectivamente.⁴⁴

Importante apresentar o fundamento que o doutrinador traz para sua concepção. Entende ele que, nos casos de dever específico de atuar com lesão a bem jurídico, é a própria lei que ordena a prática da conduta lesiva. Nestes casos, de exclusão da tipicidade a partir de uma análise conglobada das normas, haveria, em seu entendimento, apenas um concurso aparente de normas, que pode ser resolvido aplicando-se os princípios que regem o conflito aparente de normas. Segundo o doutrinador, com isso, se chega à mesma conclusão que ZAFFARONI, sem a necessidade de dividir a tipicidade em penal e legal, o que, em sua opinião, prejudica desnecessariamente a pureza do conceito analítico de crime.⁴⁵

Assim, apresenta a solução para resolver a questão da antinomia (incompatibilidade entre duas normas) aparente, com fundamento em Norberto BOBBIO, que utiliza três critérios distintos: o cronológico, o hierárquico e o da especialidade.

Respalda em BOBBIO, o doutrinador explica que o critério cronológico é aquele segundo o qual entre duas normas jurídicas incompatíveis prevalece a norma posterior (*lex posterior derogat priori*), o critério hierárquico é aquele no qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior (*lex superior derogat lex inferior*) e o critério da especialidade é aquele pelo qual, entre duas

⁴³ MOTTA, Ivan Martins, ob. cit. p.p 64 e 65.

⁴⁴ MOTTA, Ivan Martins, ob. cit. pág. 65

⁴⁵ MOTTA, Ivan Martins, ob. cit. pág. 68

normas incompatíveis, uma geral e outra especial, prevalece a especial (*lex specialis derogat generali*).⁴⁶

MOTTA considera que “a norma não penal, que obriga à prática da conduta lesiva, prevalece sempre sobre a norma penal, que a proíbe, em razão da primeira obrigar à prática do ato, enquanto que a norma penal apenas proíbe a conduta prevista no tipo legal de crime”.⁴⁷ Traz também, o ensinamento de COUSIÑO MAC IVER, para quem, no caso do cumprimento do dever legal, não se mede o interesse preponderante pela natureza ou quantidade das sanções, sendo que sempre prevalente a norma imperativa ante a proibitiva.⁴⁸

A fim de corroborar seu entendimento, MOTTA traz, ainda, a lição de ARMIN KAUFMANN, para quem as ordens cujo conteúdo são matéria proibitiva, que MOTTA classificou como dever específico de atuar com lesão ao bem jurídico, são na maioria das vezes ordens administrativas, ou seja, normas que precisam ser ditadas por uma autoridade competente. E assim, entendendo que essas normas são especiais, afirma que “o que está ordenado, não está proibido; o mandato dirigido especialmente a determinada classe de pessoas tem precedência com relação à proibição geral”.⁴⁹

MOTTA então conclui sua teoria aduzindo que, a norma não penal, por ser preceptiva (ordena) e se dirigir a uma determinada classe de pessoas, é especial, e assim sendo, prevalece sobre a norma penal, que é proibitiva (proíbe) e é destinada a todos em geral. Aplica, desse modo, o princípio de que a lei especial derroga a lei geral, *lex specialis derogat generali*.

Mas, registra, ainda, a solução para o conflito entre o critério da especialidade e o critério cronológico, socorrendo-se do entendimento de BOBBIO, que assim trata a questão: “*Lex posterior generalis non derogat priori speciali*. Com base nessa regra, o conflito entre critério de especialidade e critério cronológico deve ser resolvido em favor do primeiro: a lei geral sucessiva não tira do caminho a lei especial precedente.”⁵⁰

Em resumo, entende MOTTA que o cumprimento dos deveres jurídicos pode ser de caráter privado ou particular, que ele trata como exercício regular de direito,

⁴⁶ MOTTA, Ivan Martins, ob. cit. p.p. 69 e 70

⁴⁷ MOTTA, Ivan Martins, ob. cit. p. 70

⁴⁸ MOTTA, Ivan Martins, ob. cit. p. 70

⁴⁹ MOTTA, Ivan Martins, ob. cit. p. 71

⁵⁰ MOTTA, Ivan Martins, ob. cit. p. 72

ou de caráter público. Neste caso, separa aqueles deveres onde há dever genérico de atuar, nos quais não necessariamente há lesão a bem jurídico penalmente tutelado, e que tem natureza jurídica de causas de exclusão de antijuricidade, e aqueles deveres onde há dever específico de atuar, nos quais necessariamente há ofensa ao bem jurídico penalmente tutelado, que trata como causas de exclusão de tipicidade.

No último caso, que considera o cumprimento de dever legal como causa de exclusão de tipicidade, fundamenta sua teoria aplicando os princípios que resolvem o conflito aparente de normas, em especial o critério da especialidade, ou seja, *lex specialis derogat generali*.

Diferentemente de ZAFFARONI, que dividiu a tipicidade em legal e penal, MOTTA dividiu os deveres jurídicos e resolveu a questão central, de que uma norma não pode ordenar o que a outra proíbe, aplicando as regras do conflito aparente de normas. Os dois doutrinadores chegam ao mesmo resultado, em parte, pois para ZAFFARONI o estrito cumprimento do dever legal é sempre um caso de atipicidade, enquanto MOTTA conclui pela dupla natureza jurídica do estrito cumprimento do dever legal, como causa de exclusão da tipicidade e como causa de exclusão da antijuricidade.

Portanto, encontrou-se na doutrina pesquisada três posições sobre a natureza jurídica do estrito cumprimento do dever legal.

A primeira delas, posição adotada pela maioria da doutrina, considera o cumprimento do dever legal uma causa de exclusão de antijuridicidade. Nesse caso, agindo o servidor público em cumprimento do seu dever legal, a sua conduta não será antijurídica, eis que acobertada pela justificativa do art. 23, inciso III do CPB e não haverá crime.

A segunda posição, sustentada por ZAFFARONI, é de que o estrito cumprimento do dever legal é caso de exclusão da tipicidade da conduta, como consequência da correção que a análise conglobada das normas proporciona, já que se pode excluir do âmbito da tipicidade condutas que apenas aparentemente estão proibidas.

Segundo COUSIÑO MAC IVER, citado por MOTTA, a tese de ZAFFARONI é de uma solidez e profundidade que não pode ser facilmente contestada, uma vez parte de premissas inatacáveis.⁵¹

O terceiro entendimento, exposto acima, desenvolvido por MOTTA, resultou em sua dissertação de mestrado, e considera que o estrito cumprimento do dever legal possui dupla natureza jurídica, ou causa de exclusão da tipicidade, ou como causa de exclusão da antijuridicidade, conforme se trate de um dever genérico de atuar, que pode ou não afetar um bem jurídico protegido pela lei penal, ou um dever específico de atuar, que certamente envolve a ofensa a um bem jurídico tutelado penalmente. Preocupou-se o doutrinador com a consequência prática de âmbito processual para as situações que envolvem tais condutas, que não será aqui tratada, em virtude da limitação do tema. Fundamentou sua teoria a partir dos princípios que norteiam o conflito aparente de normas, que considerou aplicável ao caso.

3.3 SUJEITOS

O estrito cumprimento do dever legal é uma excludente que se aplica ao servidor público, em casos de autoria, e também pode ser alegada por particular que esteja no exercício de função pública, como é o caso de jurado, perito ou o do mesário da Justiça Eleitoral. E, na condição de co-autor ou partícipe, qualquer pessoa, “desde que atue em conjunto com um funcionário público, que seja reconhecida a excludente para este e que tenha consciência de que também está agindo sob o albergue da causa de justificação – o fato não pode ser objetivamente lícito para uns e ilícito para outros”.⁵²

Kleber Martins de ARAÚJO cita o exemplo do particular que, vendo a polícia perseguir o delinqüente, trava luta corporal com este, causando-lhe lesões em virtude da prisão, com o objetivo de ajudar o trabalho da polícia na detenção do sujeito. Neste exemplo, o particular, que foi co-autor da prisão, tinha conhecimento

⁵¹ MOTTA, Ivan Martins, ob. cit. p. 64

⁵² ARAÚJO, Kleber Martins de. *O Estrito Cumprimento do Dever Legal como Causa de Excludente de Ilícitude*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, nº 90, 1 out. 2003. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4262> Acesso em 06 set. 2007, p. 3

(consciência) de que sua atividade tinha respaldo legal e sendo a excludente reconhecida para os policiais, também será para ele. No mesmo caso, se o particular não tivesse agido com a intenção de auxiliar os policiais (autores da conduta) nem tivesse consciência da situação justificante, não se beneficiaria da excludente.⁵³

3.4 REQUISITOS

Para configurar a excludente do estrito cumprimento do dever legal é necessário que a conduta apresente alguns requisitos, cuja análise é imprescindível no caso concreto, a saber:

- dever legal: é necessário que o dever decorra de lei, no sentido amplo, ou seja, norma jurídica, como lei, decreto. Assim ainda as decisões judiciais, pois decorrem de lei.

- estrito cumprimento: somente os atos rigorosamente necessários justificam o comportamento permitido⁵⁴ e só será estrito se corresponder à real vontade da ordem jurídica, o que pressupõe a observância dos direitos fundamentais, tanto pelo legislador quanto por quem executa o dever imposto por lei.⁵⁵

Luiz REGIS PRADO classifica os requisitos do estrito cumprimento do dever legal, em objetivos e subjetivos, enquanto Vicente de Paula RODRIGUES MAGGIO, além do dever legal e do estrito cumprimento, expostos acima, cita o elemento subjetivo:

- subjetivo: é preciso que o agente tenha consciência de que age em cumprimento de um dever legal.⁵⁶ Nesse sentido não se admite a excludente nas condutas típicas culposas, tão somente nas dolosas. Ou seja, conhecimento do dever e vontade de cumpri-lo, nos exatos termos da lei.⁵⁷

- objetivo: cumprimento estrito, regular, isto é, nos limites do dever imposto pela norma, sendo punível todo excesso ou abuso de direito.

⁵³ ARAÚJO, Kleber Martins de., ob. cit., p. 3

⁵⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*, volume 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 401

⁵⁵ BRODT, Luis Augusto Sanzo. ob. cit., p.1

⁵⁶ MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. *Direito Penal: parte geral*. Campinas, São Paulo. 5. Ed. – Millennium, 2005, p. 157

⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Ob. cit., p. 409.

3.5 PRINCÍPIOS

O princípio do interesse preponderante é citado por Luis REGIS PRADO como o fundamento dessa causa de justificação. Entende o doutrinador que tal princípio deve orientar o cumprimento de dever legal, exceto quando for o caso de conflito de deveres iguais, caso em que a conduta será lícita cumprido qualquer deles. Ressalta, entretanto, que mesmo que o dever cumprido seja de categoria igual ou superior, ele será ilícito se importar grave atentado à dignidade humana.⁵⁸

BRODT cita os princípios que, em seu entendimento, devem orientar o cumprimento do dever legal:

- princípio da intervenção mínima – segundo o autor, no Estado Democrático de Direito, o que se exige do agente no cumprimento da lei não é que execute, a qualquer custo, o que nela estiver previsto, mas que realize o comando legal de forma que lese o menos possível os interesses particulares. Considera os artigos 659 e 620 do CPC, que impõem ao oficial de justiça a obrigação de efetuar a penhora do modo menos gravoso para o devedor, como exemplos do referido princípio.⁵⁹

- princípio da proporcionalidade – o encarregado de executar o comando legal somente poderá fazer uso ou dispor da força em caso de desobediência daquele que deve submeter-se ao ato, sem jamais ultrapassar a medida necessária para efetuar o que manda a lei, apesar da oposição.⁶⁰

- princípio da inviolabilidade dos direitos fundamentais – o agente a quem cabe executar o comando legal, deve fazê-lo de maneira a não ferir os direitos fundamentais em proporção superior à admitida constitucionalmente, mesmo havendo oposição. Para o doutrinador, somente assim estará ele “agindo em consonância com a finalidade precípua do Estado como conformado: assegurar a todos os seus direitos, sobretudo os fundamentais.”⁶¹

No entendimento do doutrinador, o uso de armas de fogo (letais), por implicar lesão inevitável dos direitos fundamentais, exclui-se do âmbito do estrito cumprimento do dever legal, e a utilização de algemas, por tratar-se de uma das

⁵⁸ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, volume 1: parte geral, arts 1º a 120. 5. ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.p. 407 e 408.

⁵⁹ BRODT, Luis Augusto Sanzo, ob. cit. p.1

⁶⁰ BRODT, Luis Augusto Sanzo, ob. cit. p.2

⁶¹ BRODT, Luis Augusto Sanzo, ob. cit. p.1

formas de utilização da força, não está livre à discricionariedade do policial e deve submeter-se aos princípios citados.⁶²

Assim, apesar de não ter o legislador definido no Código Penal o estrito cumprimento do dever legal, a doutrina dá as balizas necessárias à análise da conduta dos agentes responsáveis pela execução dos comandos legais, indicando os contornos que devem norteá-la. Ao mesmo tempo, tais princípios possibilitam a investigação da conduta no caso concreto pelo julgador, que aliados aos requisitos supra-citados, indicarão se a conduta está ou não amparado pela justificativa e seu houve atuação além do limites permitidos ou fora dos limites.

3.6 CONFLITO DE DEVERES

Para REGIS PRADO o indivíduo que realiza uma conduta em estrito cumprimento do dever legal se encontra diante de uma situação de colisão de deveres. O dever de omitir a ação proibida entra em conflito com a outra norma qualquer do ordenamento jurídico.⁶³

O doutrinador cita o exemplo do policial que tem o dever legal de intervir para restabelecer a ordem em uma manifestação e que, ao fazê-lo, acerta um golpe em um dos manifestantes, lesando-o. Ou o policial infringe o dever, caso se abstenha de realizar as condutas proibidas, ou infringe quando pratica condutas descritas no tipo lesões corporais e constrangimento ilegal. Neste último caso, "a ação típica será, porém, lícita se o dever cumprido for de nível ou grau superior se comparado com a omissão da ação proibida."⁶⁴

E prossegue esclarecendo que, sendo dois deveres do mesmo nível, a conduta do sujeito que cumpra qualquer deles, será lícita. Porém, sendo o conflito entre um dever de agir e um dever de omitir, no caso de interesses iguais o dever de omitir ocupará posição superior. "E isso é assim porque o dever de agir é mais oneroso que o cumprimento do dever de omitir, portanto, a infração do dever de agir é menos grave que a infração de dever de omitir (as condutas omissivas são geralmente menos graves que as comissivas)".⁶⁵

⁶² BRODT, Luis Augusto Sanzo, ob. cit. p.2

⁶³ PRADO, Luiz Regis, ob. cit. p. 408

⁶⁴ PRADO, Luiz Regis, ob. cit. p. 408

⁶⁵ PRADO, Luiz Regis, ob. cit. p. 408

O doutrinador registra que, em qualquer caso, sendo o dever cumprido de nível inferior ao infringido, a conduta será ilícita, de acordo com o princípio do interesse preponderante. "No entanto, aquele que realiza uma ação típica em cumprimento de um dever jurídico de nível superior ou igual ao de omitir a ação proibida ou de realizar a ação ordenada atuará de forma lícita."⁶⁶

E conclui que o agente que atentar de modo grave contra a dignidade do ser humano não terá sua conduta justificada, mesmo que esta tenha sido realizada em cumprimento de um dever legal de nível igual ou superior.⁶⁷

O critério trazido pelo doutrinador para resolver a questão da dupla incidência de norma, uma proibindo determinada conduta, e outra ordenando, em razão do cumprimento do dever, baseia-se no princípio que ele denominou de interesse preponderante. Entretanto, não apresenta nenhum entendimento especial acerca do que considera "dever de nível ou grau superior" ou "dever de nível ou grau inferior", do que se depreende, até pelos exemplos citados, que a idéia é balizar a comparação no bem jurídico tutelado, afetado com a conduta.

3.7 LIMITES E EXCESSO

O art. 23 parágrafo único do CPB dispõe que no estado de necessidade, na legítima defesa, no cumprimento do dever legal e no exercício regular de um direito o agente responderá pelo excesso doloso ou culposos.

ZAFARONI ensina que o excesso significa "passar dos limites" de uma das causas eximentes, mas para passar dos limites será sempre necessário se ter estado, em algum momento, dentro deles. Cita como exemplo, no cumprimento de um dever, quando tenham cessado as circunstâncias que criaram o dever e assim mesmo a ação continua. Para o doutrinador, o legislador criou um problema ao dizer que o agente responderá pelo excesso culposos. Relata que o caso ocorre para a doutrina, quando o agente acredita que as circunstâncias justificantes persistem, sendo que na realidade estas não existem. Seria o caso de erro vencível, de uma apreciação imprudente ou negligente dos requisitos de justificação. Entretanto, em

⁶⁶ PRADO, Luiz Regis, ob. cit. p. 409

⁶⁷ PRADO, Luiz Regis, ob. cit. p. 409

seu entendimento, nestes casos a lei está prevendo condutas dolosas, sendo “a única explicação plausível para o ‘excesso culposo’ é o de que se trata de uma ação dolosa, mas que, aplicando-se a regra da segunda parte do parágrafo primeiro do art. 20, a lei impõe a pena do delito culposo”.⁶⁸

BITENCOURT cita Francisco De Assis TOLEDO, para quem o excesso punível, “seja a título de dolo seja a título de culpa, decorre do exercício imoderado ou excessivo de determinado dever, que acaba produzindo resultado mais grave do que o razoavelmente suportável e, por isso mesmo, nas circunstâncias, não permitido”.⁶⁹

A fim de ilustrar a questão dos limites do estrito cumprimento do dever legal se apresenta dois exemplos muito conhecidos. Um deles é do policial que prende fugitivo da polícia, privando-o de sua liberdade. Nesse caso, o agente público deve limitar-se a cumprir exatamente o que a lei lhe impõe. Se, após a prisão, o policial continuar desnecessariamente a usar a força ou ofender o fugitivo, estará exorbitando os limites que a lei lhe permite agir.

Outro exemplo clássico é o do oficial de justiça que, embora em cumprimento de mandado judicial, recolhe dois ou mais bens do proprietário quando a ordem era levar apenas um, sendo suficiente este.

No caso de serem ultrapassados esses limites do dever da lei pelo servidor público, haverá segundo Juarez CIRINO DOS SANTOS, duas conseqüências imediatas: primeira, a de excluir a justificativa da conduta; e a segunda, permitir a legítima defesa por parte do particular agredido.⁷⁰

Conclui o autor que “o erro inevitável do funcionário público ocorrido em exame da situação conforme ao dever, ou seja, com o emprego do cuidado devido, exclui o dolo e a culpa e, por conseqüência, o desvalor da ação, impedindo a legítima defesa; mas o erro evitável do funcionário público não exclui o desvalor da ação e autoriza o exercício da legítima defesa, embora com as necessárias limitações ético-sociais”.⁷¹

Para BITENCOURT, o estrito cumprimento do dever legal, enquanto norma permissiva, não autoriza, contudo, que os agentes do Estado possam ferir ou matar

⁶⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique, ob. cit. p. 596

⁶⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Excesso no Estrito Cumprimento do Dever Legal: compatibilidade lógico-dogmática*. São Paulo. Boletim IBCCRIM, vol. 13, abr. 2006, p. 1

⁷⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos, ob. cit. p. 188

⁷¹ SANTOS, Juarez Cirino dos, ob. cit. p. 190

peças apenas porque são marginais, estão delinqüindo ou sendo perseguidos. Para o doutrinador, nem mesmo a resistência do suposto infrator autoriza essa excepcional violência oficial. Assim, sendo a resistência (ilegítima) "violência ou grave ameaça ao exercício da atividade de autoridades públicas, configura-se uma situação de legítima defesa, permitindo a reação dessas autoridades, desde que empreguem moderadamente, os meios necessários para impedir ou repelir a agressão. Mas, repita-se, a atividade tem de ser legal e a resistência com violência tem de ser injusta, além da necessidade da presença dos demais requisitos da legítima defesa. Será uma excludente dentro da outra."⁷²

Assim, temos que, o excesso do servidor público no cumprimento do dever legal autoriza a legítima defesa pelo particular e também ao servidor público no cumprimento do seu dever legal, sofrendo violência ou grave ameaça cabe a legítima defesa.

A primeira situação é mais comum, sendo inúmeros os relatos dos excessos cometidos por servidores públicos no cumprimento dos seus deveres, principalmente os policiais, que mais diretamente atuam nos conflitos de toda ordem.

BRODT lembra que também nesta causa de justificação, para cumprir determinação legal, somente poderá o agente público valer-se dos meios permitidos na ordem jurídica e de modo que lese o menos possível o interesse dos particulares. Ressalta que "em especial, deve-se atentar à necessidade de não violar os direitos fundamentais, a não ser na medida expressamente permitida pela CF".⁷³

Segundo BRODT, ultrapassados os limites e evidenciado o excesso, estes serão punidos pelos crimes de abuso de autoridade previstos na Lei 4.898/65.

O doutrinador apresenta os quatro entendimentos doutrinários e jurisprudenciais existentes quanto à responsabilização do agente pelo excesso cometido, no caso de resultarem lesões corporais do abuso praticado:

- o crime de abuso de autoridade absorve o de lesões corporais;
- há concurso formal;
- há concurso material ou
- o crime de lesões absorve o de abuso de poder.

⁷² BITENCOURT, Cezar Roberto., ob. cit., p. 402

⁷³ BRODT, Luis Augusto Sanzo, ob. cit. p.1

O autor adota a solução do concurso formal, pois entende que foram lesados dois bens jurídicos fundamentais, que seriam “o interesse da administração pública de que seus servidores atuem conforme prescrito em lei e a integridade física da vítima (direito fundamental do homem)”.⁷⁴

No entanto, BRODT lembra, ainda, que o excesso da autoridade pública e sua atuação fora dos limites poderá configurar a prática de tortura, prevista no artigo 1º da Lei 9.455/97. Nesse caso, entende que resta afastada a incidência do abuso de autoridade, em vista do aumento de pena previsto na Lei 9.455/97 quando se tratar de crime praticado por servidor público.

Porém, tratando-se de atos de policiais, o doutrinador alerta para o fato de que, às vezes, eles podem ser compelidos ao uso da força, sendo que aos mesmos cabe a atuação em legítima defesa, conforme dito acima, mas poder de polícia não é absoluto, subordinado aos ditames legais e constitucionais.

Conclui que, o policial quando do cumprimento do dever legal também está vinculado aos princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade e da inviolabilidade dos direitos fundamentais, como recomendado pela Assembléia Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução 34/169.

Cita um exemplo que transcrevo na íntegra, tendo em vista a clareza e a pertinência com o tema.

“Desse modo, o policial que, por exemplo, ao cumprir o dever legal de realizar a prisão em flagrante delito (art. 301 do CPP), em primeiro lugar, deve tentar executá-la utilizando simplesmente a chamada ‘voz de prisão’. Caso não seja atendido, deverá emprestar a força física necessária para deter o infrator. Não poderá, porém, com o intento de evitar a fuga do capturado, usar arma de fogo para matá-lo ou mesmo feri-lo.”⁷⁵

Alerta o Eminentíssimo Doutrinador para o fato de que a Constituição Federal assegura ao preso respeito à integridade física e moral e que a mesma garantia abrange, obviamente, aquele que está prestes a ser preso, pois se encontra em uma situação jurídica mais favorável do que aquele que já se encontra preso.⁷⁶

Observa-se nitidamente a preocupação dos doutrinadores com a questão do respeito aos direitos humanos e fundamentais assegurados na Constituição Federal

⁷⁴ BRODT, Luis Augusto Sanzo, ob. cit. p.2

⁷⁵ BRODT, Luis Augusto Sanzo, ob. cit. p. 2

⁷⁶ BRODT, Luis Augusto Sanzo, ob. cit. p. 2

e em protocolos internacionais de comum acordo, mormente os relativos à vida, integridade física e dignidade humana.

3.8 CASOS CONCRETOS

Na prática, o estrito cumprimento do dever legal é utilizado como causa de justificação, na grande maioria dos casos, pelos policiais, que não só têm a obrigação de agir em situações de conflito, como também são chamados a cumprir mandados em circunstância de aparente tranqüilidade, que envolvem não criminosos nem furtivos, mas tão somente cidadãos.

“Age em estrito cumprimento de dever legal e, destarte, não pratica crime algum o policial que, em perseguição a delinqüente em fuga, atira contra a sua perna para obstar aquele, ao receber a ordem, nesse sentido da autoridade hierarquicamente superior (TACRIM-SP – AC – Rel. Mattos Faria – RT 402/276)”⁷⁷

“Crime contra o patrimônio – Dano – Policiais que invadem residência, sem mandado de busca e apreensão – Invasão que se deu para prenderem em flagrante a vítima, por tráfico de entorpecentes – Ato em cumprimento do legítimo dever de ofício – Sentença absolutória mantida.

Cuidando-se de agentes da autoridade, tinham eles até mesmo a obrigação de prender a pessoa que se encontrava em flagrante delito. Houve, portanto, exclusão da ilicitude, uma vez que os agentes praticaram o fato em estrito cumprimento de dever legal (TACRIM – SP – Ap. – Rel. Penteado Navarro – RT 720/463).”

Esclarece MOTTA que, neste caso, embora se trata de cumprimento de um dever legal – prisão em flagrante – que necessariamente ofende determinado bem jurídico – liberdade pessoal – os réus foram processados não por ofensa à liberdade pessoal, o que seria inadmissível, mas por crime de dano. O dano contra o patrimônio, provocado por ocasião da prisão em flagrante, evidentemente não é uma consequência natural do ato, daí explicar-se o porquê da persecução penal.⁷⁸

Entretanto, a justificativa é alegada também pelos demais servidores públicos, na atuação do enorme leque de atividades em que está presente o Estado. Veja-se nos exemplos abaixo:

“É isento de pena o funcionário público que emitir conceito injurioso ou difamatório sobre alguém, em apreciação ou informação que preste no cumprimento do dever de ofício. A exclusão de criminalidade decorre do

⁷⁷ MOTTA, Ivan Martins, ob. cit., p 91

⁷⁸ MOTTA, Ivan Martins, ob. cit., p 92

que dispõe os arts. 19, III (atual art. 23, III), e 142, III, do CP (TACRIM-SP-HC – Rel. Valentim Silva – RT 476/366)⁷⁹

Na primeira situação, por mais que os policiais estejam preparados para atuar, questão que não cumpre analisar neste momento, o fato é que são inúmeros os registros sobre a atuação desses servidores com resultados trágicos. Veja-se as jurisprudências abaixo:

“Não agem em estrito cumprimento do dever legal policiais que, ao terem de prender indiciado de má fama, não usam a força ou a astúcia para dominá-lo, seguramente, mas antes, logo atiram contra ele, matando-o (TJMT – Rec. – Rel. Raul Bezerra – RT 482/398).⁸⁰

“Se o comportamento da vítima não ataca a ordem social, a ação do policial militar que a agride e prende é ilegítima, não se caracterizando o regular exercício de suas funções ou o estrito cumprimento do dever legal (TACRIM – SP – Ap. – Rel. Junqueira Sangirardi – RJD 28/33)⁸¹

“Não age ao abrigo da excludente do estrito cumprimento do dever legal o policial que, à título de fazer averiguação atira na vítima pelas costas quando esta, temerosa de uma possível detenção, se afasta a correr. (TJSC – AC – Rel. José Eduardo Grandi Ribeiro – RT 644/311 e RTJE 63/250)⁸²

“Policial Militar. Disparos efetuados contra veículo e seu motorista. Necessidade de diligências.

Protocolado n. 36.828/96 – Art. 28 CPP

Investigado: J.W.S.J.

I.P. n. (foro Regional de Santana)

EMENTA: Crime de perigo. Policial militar que, em tese, no estrito cumprimento do dever legal, efetua diversos disparos de arma de fogo contra veículo dirigido por indivíduo que, tendo cometido crime de ameaça e lesão culposa, descumpriu ordem de parada para não ser preso em flagrante.

“Ao que tudo indica, havia, de fato, necessidade de intervenção mais contundente por parte dos policiais militares. Observa-se, entretanto, que perfurações estão localizadas nas regiões esquerda do pára-brisa e mediana do painel, permitindo a inferência de que eles podem ter sido realizados, não contra o veículo, mas contra seu motorista. Há que se perquirir, portanto, se não houve excesso nos meios utilizados para cumprimento do dever legal, com a configuração até mesmo de crime mais gravoso. Para tanto, é de bom alvitre que sejam realizadas diligências sugeridas pelo ilustre Magistrado.

Decisão: determino a devolução dos autos ao juízo de origem para que possam ser realizadas diligências sugeridas pelo Inclito Magistrado”

(Ministério Público do Estado de São Paulo – Procuradoria Geral de Justiça – Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminais. Boletim Informativo 3/1996, PP 18 e 19)⁸³

⁷⁹ MOTTA, Ivan Martins, ob. cit., p 91

⁸⁰ MOTTA, Ivan Martins, ob. cit., p 92

⁸¹ MOTTA, Ivan Martins, ob. cit., p 92

⁸² MOTTA, Ivan Martins, ob. cit., p 92

⁸³ MOTTA, Ivan Martins, ob. cit., p 93

Tais situações não se amoldam a nenhuma causa de justificação, e em alguns casos, nem mesmo de excesso, pois conforme afirma ZAFARONI, para haver excesso é necessário que em algum momento a conduta tenha estado dentro dos limites legais. A jurisprudência acima citada, em que a vítima não parou para a polícia tão somente porque estava com medo, tendo sido executado pelos policiais infelizmente não é tão incomum assim. Estes nem mesmo analisaram a circunstância, o fato de que poderia tratar-se de um jovem, assustado por ter incorrido em um algum descuido, como é comum à idade. Como se poderia esperar que nesses casos eles recorressem à análise crítica, mesmo que em questão de segundos, refletissem acerca dos seus deveres, que devem ser estritamente legais, e dos princípios que devem orientá-los, como a inviolabilidade dos direitos fundamentais, proporcionalidade e intervenção mínima?

Ressalta-se, novamente, o entendimento de BRODT, para quem o uso de armas de fogo (letais), por implicar a lesão inevitável dos direitos fundamentais, exclui-se do âmbito do estrito cumprimento do dever legal.⁸⁴

O cumprimento do dever deve ser estritamente legal, não havendo no ordenamento jurídico brasileiro norma que determine que se execute a prisão mesmo que para isso tenha que se matar o suspeito. Justamente ao contrário, não há pena de morte prevista em nosso Código Penal, até para a legítima defesa há que se ter presentes os requisitos, como o uso moderado dos meios, então, assim também deve ser para o cumprimento do dever legal, sendo imprescindíveis a presença dos requisitos acima citados, bem como o atendimento aos princípios apresentados pela doutrina.

Portanto, depreende-se da doutrina que o cumprimento do dever legal deve submeter-se, além dos limites legais já citados, também aos princípios que visam assegurar o respeito aos direitos humanos fundamentais, como vida e integridade corporal. Nesse sentido, para efetuar-se a prisão não se pode admitir que vidas sejam tiradas ao simples argumento de se tratar de criminosos, sob pena de se tolerar verdadeiras execuções e atropelar os direitos humanos fundamentais.

⁸⁴BRODT, Luis Augusto Sanzo, ob. cit. p.2

3.9 CRÍTICA

O estrito cumprimento do dever legal recebe críticas da sociedade, que o vincula à impunidade, em decorrência das notícias veiculadas na mídia, que relatam excessos cometidos na atuação rotineira de policiais no exercício do seu dever e nas atuações envolvendo o cumprimento de determinações judiciais.

Em relação à primeira situação, Crishma Mirella de ANDRADE CORREA, analisando a violência policial como paradigma do sujeito em relação ao direito, descreve uma atuação de policiais militares da seguinte forma: “os policiais que agredem possuem o aparato fornecido institucionalmente pelo Estado: roupa, proteção, cacetetes e outros instrumentos de agressão. Assim, o que aparece não é o homem. Este está escondido atrás do uniforme padronizado. Mostra-se apenas o funcionário, o qual exerce a força em nome do Estado e respaldado por ele.”⁸⁵

Em sua opinião, o policial cumpre o dever legal sem se preocupar com uma posterior responsabilização pelas conseqüências que possam advir, pois a “instituição estatal garante a sua isenção, tanto física, quanto jurídica. Ainda que os Tribunais Militares tentem coibir os excessos, a ação em si é permitida”. Conclui que, “no caso brasileiro, a dificuldade de responsabilizar se agrava porque a exclusão de ilicitude, nesse caso, é inclusive legal.”⁸⁶

A outra situação, recorrente nos noticiários, diz respeito às situações envolvendo cumprimento de ordens judiciais. Trata-se de circunstâncias em que os agentes policiais, em nome do Estado, lidam não com criminosos e sim com cidadãos comuns (distinção que se presta tão somente para fins didáticos, já que todos são cidadãos, sujeitos dos mesmos direitos e garantias).

Um dos mais freqüentes, na atualidade, é o caso das reintegrações de posses em áreas invadidas por trabalhadores rurais, como o lamentável episódio por todos conhecido, ocorrido em Eldorado de Carajás.

O caso é divulgado no site de um dos movimentos populares da seguinte forma: no dia 17 de abril de 1996, “três mil famílias Sem Terra, que ocupavam a rodovia PA 150 para exigir a desapropriação de um latifúndio improdutivo, foram

⁸⁵ CORREA, Crishma Mirella de Andrade, *Sujeito e Direito: subjetividade na modernidade e o papel da lei*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 43, 2005. Disponível em <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/6990/4968>, p. 3

⁸⁶ CORREA, Crishma Mirella de Andrade, ob. cit., p.4

cercados por duas tropas de militares, que abriram fogo a fim de cumprir a ordem do governador do Estado na época”.⁸⁷ A data, na qual 19 (dezenove) trabalhadores foram assassinados, virou marco na luta do movimento, sendo comemorado pela organização de movimentos sociais do campo como Dia Internacional de Luta.

Outro episódio, diz respeito ao dia 29 de novembro de 2007, assim descrito: “a tropa de choque invadiu o acampamento Elizabeth Teixeira, no Horto Florestal Tatu, município de Limeira (próximo a Campinas), em São Paulo, para promover ação de despejo de 250 famílias acampadas. A ação truculenta da Polícia já deixou três pessoas feridas [...] um contingente grande de policiais se recusaram a negociar com os Sem Terra. Houve confronto e a polícia atirou contra as famílias, inclusive contra um deficiente físico numa cadeira de rodas, que teve de ser carregado”.⁸⁸

Relatos como os acima não são raros, e também nestes casos o que se observa é o excesso cometido por parte dos policiais, no segundo caso, e verdadeiras execuções, no primeiro caso, cometidos apenas para o cumprimento de ordens e decisões judiciais.

Carlos Roberto BACILA, em estudo acerca das diligências de urgência realizadas pela polícia e os direitos humanos, também cita o ocorrido em Eldorado de Carajás, que considera caso de abuso não amparado pelo estrito cumprimento do dever legal. Entende que o ordenamento jurídico incorporou os princípios fundamentais dos direitos humanos, e assim, o atendimento ao paradigma da legalidade implica respeito aos direitos humanos.⁸⁹

Entretanto, ao estudar a dificuldade da atuação policial no caso concreto, e a preocupação com a observância dos direitos humanos, registra que em se tratando de casos concretos, “a vida, que é repleta de detalhes e particularidades, torna a avaliação extremamente mais complexa”. E ilustra o que diz com a afirmação de um professor que se tornou policial:

⁸⁷ Coordenador Nacional do MST. Eldorado de Carajás, até quando? Site do MST – Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, disponível em <http://www.mst.org.br/mst/pagina.php?cd=599>

⁸⁸ Coordenador Nacional do MST. Choque invade acampamento e atira contra Sem Terra. Site do MST – Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra, disponível em <http://www.mst.org.br/mst/pagina.php?cd=4573>

⁸⁹ BACILA, Carlos Roberto. *Polícia e Direitos Humanos: Incompatibilidade?* Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2004, p.p. 79 e 80.

“...como policial, muitas vezes fui forçado a resolver problemas humanos incomparavelmente mais difíceis do que aqueles que enfrentava para solucionar assuntos correcionais ou de sanidade mental: rixas familiares, neuroses, reações coletivas perigosas de grandes multidões e criminosos. Até então, estivera afastado de toda espécie de miséria humana que faz parte do dia-a-dia da vida de um policial”⁹⁰

Portanto, de um lado está o cidadão, que vê no instituto do estrito cumprimento do dever legal uma forma de proteção do Estado àquelas autoridades que deveriam garantir a segurança, e que acabam exorbitando, atuando além dos limites (no caso do excesso), ou fora dos limites, e de outro lado, estão os servidores públicos, em geral o policial, a quem o instituto representa verdadeira garantia.

Pois, se do servidor público, mormente do policial, se deve exigir o cumprimento do seu dever dentro dos estritos limites legais e ainda em total respeito aos direitos humanos fundamentais, principalmente o mais importante deles, a vida, assim também, há que se lhes assegurar que, cumprido seu mister em acordo com o que dele se espera, possa ele invocar o instituto como garantia.

Observa-se então, que tanto nos casos que envolvem cidadãos que tenham praticado algum crime (ou disso se suspeite), como naqueles em que estão do outro lado cidadãos trabalhadores, apesar de o CPB não definir o estrito cumprimento do dever legal, pelos parâmetros trazidos pela doutrina, anteriormente expostos, extrai-se que o instituto está delimitado, pois o que se percebe de todos os exemplos citados é que houve:

- excesso ou;
- atuação fora dos limites do estrito cumprimento do dever legal ou;
- crime de abuso de autoridade ou
- verdadeiros homicídios.

Portanto, para alegar a causa de justificação, devem estar presentes os requisitos do estrito cumprimento e terem sido respeitados os princípios norteadores, conforme se expôs até aqui, o que, não sendo possível, não autoriza o servidor a cumprir a ordem a qualquer preço, fazendo uso de arma de fogo.

Nesse sentido o entendimento de BITENCOURT para quem a “norma permissiva não autoriza, contudo, que os agentes do Estado possam, a miúdo, matar ou ferir pessoas apenas porque são marginais ou estão delinqüindo ou então

⁹⁰ BACILA, Carlos Roberto, ob. cit. p.p. 84 e 85

estão sendo legitimamente perseguidos. A própria resistência do eventual infrator não autoriza essa excepcional violência oficial.”⁹¹

ZAFFARONI questiona se, em nosso direito positivo, pode-se admitir a defesa da propriedade à custa da vida do agressor, nos casos de legítima defesa, já que não pode haver uma desproporção muito grande entre a conduta defensiva e a do agressor, mormente considerando a proteção à vida humana proclamada na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Entende que, tendo em vista a Declaração e a tradição abolucionista da pena de morte no Brasil, tudo indica o alto respeito que se dedica à vida humana.

Então, se até na legítima defesa há este questionamento, quanto mais no cumprimento do dever legal, quando está em jogo a defesa da administração da justiça. O doutrinador relata que uma das situações mais freqüentes é a defesa da administração da justiça por parte dos funcionários, a custa da vida dos agressores, particularmente em casos de fuga de detentos, como na situação acima citada ou de pessoas que não acatam uma ordem judicial, como exemplo nos casos de a pessoa não acatar ordem de prisão ou nas ordens de reintegração de posse. Pergunta-se o Mestre se é admissível a morte de uma pessoa para evitar sua evasão, porque não acata a sua detenção, e, particularmente, pode-se usar armas para matá-los em tais casos?⁹²

E prossegue o doutrinador considerando que, sendo a moderação um dos princípios da legítima defesa, não é admissível o homicídio como meio legítimo para que em um Estado de Direito defenda a administração da sua justiça. E nesse caso incluem-se o cumprimento dos deveres pelos funcionários do Estado. Em sua opinião, a normas que dispuserem em sentido contrário, em desacordo com este princípio, autorizando a utilização de armas de fogo para a causação da morte, ou à custa da morte do fugitivo, “são manifestamente inconstitucionais em qualquer Estado de Direito, e as ações dos agentes do poder público [...] constituem homicídios”.⁹³

⁹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto, ob. cit., p. 402.

⁹² ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique, ob. cit. p. 586

⁹³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique, ob. cit. p. 586

4 CONCLUSÃO

O estrito cumprimento do dever legal é previsto no ordenamento jurídico brasileiro no art. 23 do CPB. Não há no mesmo uma definição, tampouco previsão de requisitos. A doutrina também não se ocupa muito do tema, talvez o considerando já exaurido.

No entanto, um bom número de doutrinadores trata do assunto, dando ênfase à necessidade de absoluto respeito aos direitos humanos.

O objetivo do trabalho foi analisar o tema e saber o estado atual da arte, tendo em vista as recorrentes notícias na mídia envolvendo ações de servidores do Estado em defesa da administração da justiça, alguns com resultados trágicos.

Trata-se de uma causa de justificação que se aplica aos servidores públicos ou a particulares no exercício de função pública, como é o caso de jurado, perito ou o do mesário da Justiça Eleitoral.

Acerca da natureza jurídica do instituto, encontrou-se três posições: 1) dentre os adeptos do conceito tripartido de crime, que o divide em conduta típica, antijurídica e culpável, a maioria da doutrina considera o estrito cumprimento do dever legal causa de exclusão da antijuricidade; 2) de acordo com a teoria da tipicidade conglobante o cumprimento de dever legal é um caso de atipicidade, pois uma norma não pode proibir o que a outra ordena ou fomenta. Para a teoria as condutas que visam o cumprimento de deveres legais são atípicas porque não são antinormativas, então não podem ser típicas; 3) por fim, há ainda o entendimento de que o instituto possui dupla natureza jurídica, sendo ou causa de exclusão da antijuricidade ou causa de atipicidade, conforme se trate de um dever genérico de atuar, que pode ou não afetar um bem jurídico protegido pela lei penal, ou um dever específico de atuar, que certamente envolve a ofensa a um bem jurídico tutelado penalmente.

Considerando que no estrito cumprimento do dever legal há uma norma que proíbe determinadas condutas e outra que ordena, no mesmo ordenamento jurídico, o que representa uma incompatibilidade entre duas normas, ou uma antinomia, há duas posições a fim de dirimir o problema.

A primeira delas trata a questão como conflito de deveres, apresentando a solução levando-se em conta o grau do interesse em conflito, do bem jurídico tutelado. Então, sob a ótica do bem jurídico tutelado, havendo dois interesses iguais

a conduta será lícita, cumprido qualquer dos deveres. Porém, sendo o conflito entre um dever de agir e um dever de omitir, no caso de interesses iguais o dever de omitir ocupará posição superior. O critério é baseado no princípio do interesse preponderante e considera que, de qualquer forma, se houver atentado grave contra a dignidade do ser humano a conduta não será justificada, mesmo que esta tenha sido realizada em cumprimento de um dever legal de nível igual.

A segunda posição encontrada na doutrina resolve a questão utilizando-se das diretrizes do conflito aparente de normas, baseadas nos critérios cronológico, hierárquico e da especialidade. Considera que, sendo as normas que tratam do cumprimento de deveres dirigidas a um grupo específico de pessoas, os agentes públicos que atuam em nome do Estado, enquanto aquelas proibitivas têm caráter geral, prevalece o princípio da *lex specialis derogat generali*. Assim, propõe o deslinde da questão sem dividir o conceito de tipicidade.

Depreende-se da análise, os princípios imprescindíveis ao instituto, a saber: o princípio do interesse preponderante, como fundamento da causa de justificação; o princípio da intervenção mínima, segundo o qual o agente não deve cumprir o dever a qualquer custo, e sim de modo que lese o menos possível o interesse dos particulares; o princípio da proporcionalidade, que exige para o uso da força, a desobediência daquele que deve submeter-se, e mesmo nesse caso, orienta a jamais ultrapassar a medida necessária para efetuar o que manda a lei, apesar da oposição e o princípio da inviolabilidade dos direitos humanos, extremamente importante, que reza que agente a quem cabe executar o comando legal, deve fazê-lo de maneira a não ferir os direitos fundamentais em proporção superior à admitida constitucionalmente, mesmo havendo oposição.

Os princípios citados são de extrema relevância tanto para que o servidor saiba, antes, se sua conduta estará amparada legalmente, como para estabelecer, após, se a atuação se deu dentro dos limites, ou se é caso de excesso, bem como se houve atuação fora dos limites.

A doutrina apresenta os requisitos do instituto, que são: dever legal, decorrente de lei em sentido amplo, no qual se incluem decisões e ordens judiciais, pois essas decorrem de lei; deveres estritamente necessários, no sentido de que somente os atos rigorosamente necessários justificam o comportamento permitido e elemento subjetivo, ou seja, é preciso que o agente tenha consciência de que age em cumprimento de um dever legal.

Dos casos analisados e dos exemplos citados pela doutrina, conclui-se que, presentes os requisitos citados e atendidos os princípios elencados a conduta estará amparada pelo estrito cumprimento do dever legal, independente da natureza jurídica que se dê ao instituto. Ou seja, apesar de não presentes no Código Penal definições e maiores elementos, a doutrina traz embasamento suficiente para nortear as decisões que analisam a conduta do agente público, a quem o instituto representa verdadeira garantia.

Infelizmente, observa-se que em muitos casos, principalmente aqueles noticiados na mídia, de grande repercussão, ainda são cometidos excessos (em algum momento a conduta esteve dentro dos limites, porém foi além); ou a atuação se deu fora dos limites do estrito cumprimento do dever legal (quando a mesma nunca esteve dentro dos limites); ou trata-se de crime de abuso de autoridade e outros até mesmo de verdadeiros homicídios.

Por óbvio, todos essas situações devem ser punidos. No caso do excesso, resultando lesões corporais, a responsabilização do agente pode ser dar pelo crime de abuso de autoridade que absorve o de lesões corporais; em concurso formal com o crime de abuso de autoridade; em concurso material ou o crime de lesões absorve o de abuso de poder. Porém o excesso pode, ainda, caracterizar prática de tortura, quando então se entende afastado a incidência do abuso de autoridade.

Entretanto, o pior caso é quando, em nome da defesa da administração da justiça, como detenção de presos em fuga ou não atenção a uma ordem, se ceifam vidas humanas.

Tais situações são duramente criticadas pela doutrina, que questiona o uso de armas e condena os homicídios que são praticados em nome do “cumprimento de um dever”, a despeito de toda tradição de abolição da pena de morte no Brasil e da previsão de direitos fundamentais consagrados na Constituição.

Entende a doutrina que o uso de arma de fogo, por significar lesão inevitável dos direitos fundamentais, exclui-se do estrito cumprimento do dever legal.

Conclui-se, portanto, que resta muito ainda a fazer em termos de conscientização jurídica acerca do tema, mormente por parte daqueles que atuam diretamente no cumprimento de ordens e decisões judiciais. Toda a ordem normativa assegurando direitos, principalmente aqueles relativos à vida e integridade física, previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos e consagrados na Constituição Federal somente será coroada de êxito quando

respeitada na prática, prestando-se a causa de justificação tão somente àqueles casos em que estejam presentes os requisitos legais e atendidos os princípios expostos.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Kleber Martins de. **O Estrito Cumprimento do Dever Legal como Causa de Excludente de Ilícitude**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, nº 90, 1 out. 2003. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4262> Acesso em 06 set. 2007.
- BACILA, Carlos Roberto. **Polícia e Direitos Humanos: Incompatibilidade?** Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2004.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Excesso no Estrito Cumprimento do Dever Legal: compatibilidade lógico-dogmática**. São Paulo. Boletim IBCCRIM, vol. 13, abr. 2006.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral, volume 1**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BRANDÃO, Claudio Roberto C. B. **A Consciência da Antijuricidade no Moderno Direito Penal**. Revista de Informação Legislativa, v.34, nº 136, p. 55-61, out./dez. de 1997. Disponível em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/290>
- BRANDÃO, Claudio Roberto C. B. **A importância da conceituação da antijuricidade para a compreensão da essência do crime**. Revista de Informação Legislativa, v.34, nº 133, p. 23-31, jan./mar. de 1997. Disponível em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/190>
- BRODT, Luis Augusto Sanzo. **Parâmetros do Estrito Cumprimento do Dever Legal**. Dataveni@ Revista Jurídica. ISSN 1519-9916. Disponível em <http://datavenia.net/artigos/parametrosdoestritocumprimentodedevellegal.htm> em 09/10/2007.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral: volume 1**, 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.
- COORDENADOR NACIONAL DO MST. **Eldorado de Carajás, até quando?** Site do MST – Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, disponível em <http://www.mst.org.br/mst/pagina.php?cd=599> em 01/12/2007
- COORDENADOR NACIONAL DO MST. **Choque invade acampamento e atira contra Sem Terra**. Site do MST – Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra, disponível em <http://www.mst.org.br/mst/pagina.php?cd=4573>, em 01/12/2007
- CORREA, Crishma Mirella de Andrade, **Sujeito e Direito: subjetividade na modernidade e o papel da lei**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 43, 2005. Disponível em <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/6990/4968>, em 01/12/2007

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, disponível em http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Direito Penal: parte geral**. Campinas, São Paulo. 5. Ed. – Millennium, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 1990-1994.

MOTTA, Ivan Martins, **Estrito Cumprimento do Dever Legal e Exercício Regular de Direito – Dupla Natureza Jurídica e Repercussões Processuais Penais**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, volume 1: parte geral, arts 1º a 120. 5. ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999.