

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Gemaiel Ribeiro da Amaral

OS LIMITES DO ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL

Porto Alegre  
2017

Gemaiel Ribeiro da Amaral

## **OS LIMITES DO ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Ângelo Roberto Ilha da Silva

Porto Alegre

2017

Gemaiel Ribeiro da Amaral

## **OS LIMITES DO ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em: \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

### **BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Ângelo Roberto Ilha da Silva  
Orientador

---

Prof. Dr. Sami Abder Rahim Jbara El Jundi

---

Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, que me deu todas as forças necessárias para que pudesse concretizá-lo. Aos meus pais que nunca desistiram e me educaram através dos exemplos de caráter e determinação, à minha querida esposa que sempre esteve ao meu lado nos dias e noites de estudo, ao meu professor e orientador Ângelo e a todos os operadores do Direito que buscam incessantemente a justiça e a paz social.

## RESUMO

No Estado Democrático de Direito as leis servem como balizas para evitar excessos e abusos no convívio social. A existência ou vigência de qualquer norma jurídica é condicionada pelo princípio da legalidade, que é um princípio geral de direito público. Nesse sentido tanto a sociedade como os agentes públicos do Estado devem atuar dentro das normas legais, obedecendo os limites que o ordenamento jurídico determina. Os agentes do Estado devem atuar sobre a égide do cumprimento de um dever estabelecido por lei ou ordem de superiores da administração porque o estrito cumprimento do dever legal é uma causa de justificação exclusiva do funcionário público, que é vista como causa de exclusão da ilicitude. Além disso, quando houver necessidade de agir, o agente deve usar os meios necessários e proporcionais para cumprir a lei de maneira que não ocorram excessos, sendo o uso da força seu último recurso, pois no Estado Democrático de Direito os limites da lei devem ser observados rigorosamente, respeitando todos os direitos fundamentais e garantias individuais.

**Palavras-chave:** Estado Democrático de Direito. Princípio da Legalidade. Estrito cumprimento do dever legal. Obediência hierárquica.

## ABSTRACT

In the Democratic State of Law, laws serve as markers to prevent excesses and abuse in social life. The existence or validity of any rule of law is subject to the principle of legality, which is a general principle of public law. In this sense, both the society and the public agents of the State must act within legal norms, obeying the limits that the legal order determines. State agents must act on the aegis of the fulfillment of a duty established by law or order of superiors of the administration because the strict fulfillment of the legal duty is a justification cause exclusively of the public official, that is seen as cause of exclusion of the illicitness. In addition, when there is a need to act, the agent must use the necessary and proportionate means to comply with the law in a way that does not cause excesses, and the use of force is his last resort, because in the Democratic State of Law the limits of the law must be strictly observed, respecting all fundamental rights and individual guarantees.

**Keywords:** Democratic State of Law. Principle of Legality. Strict compliance with legal duty. Hierarchical obedience.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>8</b>
<b>2 ESTADO, DIREITO PENAL E LEGALIDADE</b> .....	<b>10</b>
2.1 FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO PENAL.....	10
2.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	12
<b>2.1.1 Legalidade Formal o Estado De Direito</b> .....	<b>13</b>
2.1.1.1 <i>Destinatários</i> .....	14
<b>2.1.2 Legalidade Material no Estado de Direito</b> .....	<b>15</b>
<b>2.1.3 Funções do princípio da legalidade</b> .....	<b>16</b>
<b>3 ANTIJURIDICIDADE, INJUSTO E TIPICIDADE</b> .....	<b>17</b>
3.1 A ANTIJURIDICIDADE (ILICITUDE) .....	17
3.2 TIPICIDADE .....	18
<b>3.2.1 Tipicidade Conglobante</b> .....	<b>20</b>
<b>3.2.2 Teoria da Imputação Objetiva</b> .....	<b>22</b>
3.3 ANTIJURIDICIDADE (ILICITUDE) E INJUSTO.....	24
<b>3.3.1 Antijuridicidade Formal e Antijuridicidade Material</b> .....	<b>25</b>
<b>4 ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL</b> .....	<b>27</b>
4.1 DELIMITAÇÃO .....	27
4.2 DEVER LEGAL .....	30
4.3 DIREITO DE INTERVENÇÃO NO EXERCÍCIO DE UM CARGO .....	31
4.4 ORDEM ANTIJURÍDICA OBRIGATÓRIA.....	32
<b>5 ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL E A OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA</b> .....	<b>35</b>
5.1 FUNDAMENTO E NATUREZA JURÍDICA .....	35
5.2 DIVERGÊNCIA ENTRE CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL E OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA .....	38
5.3 OBEDIÊNCIA E CUMPRIMENTO DE UM DEVER NO DIREITO PENAL MILITAR .....	40
5.4 OS EXCESSOS NO CUMPRIMENTO DE UM DEVER .....	42
<b>6 JURISPRUDÊNCIA</b> .....	<b>46</b>
6.1 ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL .....	46
<b>6.1.1 Disparo de Arma de Fogo em Via Pública</b> .....	<b>46</b>
<b>6.1.2 Lesão Corporal Culposa</b> .....	<b>46</b>

<b>6.1.3 Disparo com munição não letal lesão corporal.....</b>	<b>47</b>
<b>6.2 OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA .....</b>	<b>47</b>
<b>6.2.1 Furto com concurso de agentes .....</b>	<b>47</b>
<b>6.2.2 Porte ilegal de arma de fogo .....</b>	<b>47</b>
<b>7 CONCLUSÃO .....</b>	<b>49</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>52</b>



## 1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal encontra sua base fundamental no texto constitucional, que lhe determina o alcance e limites, pois é na Carta magna que o Direito Penal vem auferir sua legitimidade.

O Brasil, assim como outras nações, vive um período em que as leis não coincidem com o que é realmente justo e correto, conforme a declaração dos direitos humanos fundamentais consagrados no texto constitucional pátrio.

Nesses períodos, grupos pequenos da sociedade transformam e manipulam as leis de acordo com seus interesses, submetendo a sociedade às suas vontades e causando insegurança.

Vive-se em um Estado democrático constituído de leis e normas em que as questões legais estão sendo colocadas à prova dia após dia devido ao crescimento da violência. Limites estão sendo extrapolados, ora pelo Estado ora pela sociedade diante da falta de um balizamento jurídico.

O interesse público deve ser realizado com a mínima lesão aos direitos dos particulares. Observa-se hoje que a violência emerge na sociedade através da falta de presença do Estado em diversas áreas.

É fácil verificar situações em que condutas típicas são praticadas e nada influenciam na culpa e punibilidade do agente executor. São casos acobertados por excludentes, situações em que o agente público atua por intermédio de uma norma jurídica ou em cumprimento de uma ordem de superior hierárquico.

Nesse contexto, o estrito cumprimento do dever legal implica em tudo o que já foi dito, pois é o elo entre o direito penal do Estado e da sociedade. Diariamente a mídia relata casos em que as forças públicas ultrapassaram seus limites de atuação, evidentemente fruto do poder e abusos da criminalidade que no mesmo sentido extrapolam os limites da violência, contribuindo para o “caos” social.

Através do presente trabalho pretende-se demonstrar que o agente público tem que respeitar os limites de necessidade e proporcionalidade frente a seu dever de atuar, de maneira que o Estado não seja um mero propagador de violência desmedida e abusiva. Nesse sentido serão delimitados o estrito cumprimento de dever legal e a

obediência hierárquica de forma a analisar a correta conduta dos agentes públicos na propagação dos interesses sociais.

## 2 ESTADO, DIREITO PENAL E LEGALIDADE

### 2.1 FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO PENAL

A Carta Magna de 1988 possui características de pacto social, por marcar o rompimento da sociedade brasileira com uma antiga ordem caracterizada pelo cerceamento das liberdades políticas<sup>1</sup>. A chamada Constituição cidadã foi elaborada pelos membros do Congresso Nacional democraticamente eleitos.

O artigo 1º da Constituição Federal determina que:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.<sup>2</sup>

Ferrajoli ensina que o Estado de Direito passa ser entendido como um tipo de ordenamento em que o poder público, especificamente o penal, está rigidamente vinculado à lei no plano substancial e processual<sup>3</sup>.

O Estado de Direito, em seu sentido primeiro, é um estado que tem como principal função a de estabelecer e manter os direitos, e cujos limites de atuação estão rigorosamente definidos por este. Ele não se identifica com qualquer legalidade, senão com uma legalidade que não lesione certos valores pelos quais se constitui o ordenamento jurídico que expressa normas em princípios que a lei não pode violar<sup>4</sup>.

No que diz respeito ao direito penal, o princípio da legalidade, próprio o Estado de Direito, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a

---

<sup>1</sup> FERRAJOLI, Luigi. *El Garantismo Y la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001. p. 176.

<sup>2</sup> BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<https://goo.gl/tzcxFG>>. Acesso em: 24 dez. 2017.

<sup>3</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1998. p. 104.

<sup>4</sup> SBARDELLOTTO, Fabio Roque. *Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 31.

minimizar a violência e a maximizar a liberdade sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos<sup>5</sup>.

A concepção de pacto social é resultado da ideia contratualista de Hobbes desenvolvida no Iluminismo. Para ele, todos os homens são iguais e vivem em constante guerra, todos contra todos. O desejo de sair dessa condição e ter uma vida mais satisfeita é que faz os homens conferirem toda sua força e poder a um homem ou uma assembleia de homens que possa reduzir as suas diversas vontades a uma só vontade, pois entende que é a única forma de instituir um poder comum capaz de assegurar-lhes a segurança suficiente para viverem satisfeitos<sup>6</sup>.

Locke afirma que para que todos os homens sejam impedidos de invadir direito alheios e de se prejudicarem entre si deve ser estabelecida uma clara diferença entre estado de natureza e estado de guerra: como no estado de natureza não há jurisdição nem superioridade de um homem sobre outro, a responsabilidade pela execução da lei da natureza é de cada homem<sup>7</sup>.

Sempre que se deseje estudar a regulação social, o ponto de partida jamais deverá ser o indivíduo considerado isoladamente. Vem de Hegel a ideia de que a sociedade é um aglomerado em que os homens convivem em razão de uma mera necessidade não planejada.

O inter-relacionamento social nem sempre é pacífico, pois diversos agrupamentos sociais vão se formando segundo interesses comuns e algumas vezes esses interesses se chocam. Mesmos nas sociedades mais desenvolvidas a discórdia sempre existiu e sempre existirá, e, com ela, a violência surge. A busca pelo ideal da paz só terá benefícios da submissão estatal quando a soberania administre o interesse geral. O estado sujeito de Direito e Obrigações. Na busca da legitimação, o Estado deverá atentar para os diversos mecanismos de que dispõe para enfrentar as reações antissociais.

---

<sup>5</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 383.

<sup>6</sup> SBARDELLOTTO, Fabio Roque. *Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 30.

<sup>7</sup> LOCKE, John. *Dois Tratados Sobre o Governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 382;385;392.

O Direito Penal, em um Estado Democrático e Social de Direito, não pode ficar imune à filtragem constitucional, extraíndo-se da hierarquia valorativa contida na Constituição seu conteúdo material e sua legitimação. Há na Constituição brasileira cláusulas expressas indicando um catálogo de bens jurídicos necessariamente tuteláveis pelo direito penal, a exemplo do art. 5º, XLII, XLIII e XLIV, onde se impõe a penalização acentuada à prática dos crimes definidos como hediondos<sup>8</sup>.

Essas normas constitucionais têm sido chamadas de cláusulas de criminalização, sendo algumas expressas e inequívocas, e outras facilmente deduzíveis do contexto das normativas constitucionais. Sob esse prisma, ressalta de importância a necessidade de o conteúdo das normas penais direcionarem-se no sentido da proteção dos bens e valores constitucionalmente estabelecidos<sup>9</sup>. O Direito Penal vigente, desde os primórdios da colonização até o implemento do atual Código e a maior parte da legislação penal esparsa, tem sido marcado por características que norteiam o interesse individual, reproduzindo o interesse das camadas sociais dominantes, que sob influência do liberalismo, apregoam a igualdade entre todos, onde na realidade constitui-se um instrumento de manutenção do *status quo*, ou seja, da realidade jurídica e social construída sob a ótica do modelo de Estado Liberal<sup>10</sup>.

## 2.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O Princípio da legalidade tem suas raízes na época do iluminismo e pode se dividir em pontos de partida distintos. O liberalismo político exige a vinculação do Judiciário e do Executivo às leis formuladas de modo abstrato e considera a proteção da liberdade individual frente à arbitrariedade judicial<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> SBARDELOTTO, Fabio Roque. *Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 82.

<sup>9</sup> SBARDELOTTO, Fabio Roque. *Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 83.

<sup>10</sup> SBARDELOTTO, Fabio Roque. *Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 87.

<sup>11</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 137.

A legitimação das decisões jurídico-penal tomadas pelo legislador tem uma importância fundamental nos efeitos da teoria de estado como na psicologia social. Roxin ensina que o princípio da legalidade tem natureza jurídico-penal e dele surgem quatro consequências:

- a) Proibição da analogia (*nullun crimen, nulla poena sine lege striata*);
- b) Proibição do Direito consuetudinário para fundamentar ou agravar a pena (*nullun crimen, nulla poena sine lege scripta*);
- c) Proibição da retroatividade da lei (*nullun crimen, nulla poena sine lege praevia*); e
- d) Proibição das leis penais indeterminadas (*nullun crimen, nulla poena sine lege certa*<sup>12</sup>).

Ferrajoli acrescenta que o princípio da legalidade é um princípio geral de direito público que condiciona a existência ou vigência de qualquer norma jurídica. E ressalta que somente a lei penal, na medida em que incide na liberdade dos cidadãos, está obrigada a vincular a si mesma, e não somente às formas, senão também à verdade jurídica que é exigida nas motivações judiciais; portanto; esta é uma diferença estrutural do Direito Penal no Estado de Direito<sup>13</sup>.

### 2.1.1 Legalidade Formal o Estado De Direito

Em seu art. 5º, XXXIX, a Constituição da República Federativa do Brasil dispõe que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem previa cominação legal”.

Conhecido por *princípio da legalidade*, *princípio da estrita legalidade*, *princípio da reserva legal* ou *princípio da intervenção legalizada*, esse comando adstringe a existência de uma infração penal e de uma pena com previsão legal específica. No direito romano poderia haver punição sem lei. Na Idade Média o direito consuetudinário

<sup>12</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal: Parte General, La Estructura de La Teoría Del Delito*. Barcelona: Civitas, 1972. p. 141.

<sup>13</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 306.

prevalecia sobre a lei escrita. Costuma-se citar que o documento que deu origem ao Princípio da legalidade foi a Magna carta editada em 1215 na Inglaterra, por João Sem Terra. Em seu art. 39 dispunha que “Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, exilado, molestado, e nós não precederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país”.<sup>14</sup>

Assenta no Direito Ibérico as origens da reserva legal, pois em 1186, Afonso IX, sob juramento, declarou que não precederia contra a pessoa e propriedade de seus súditos<sup>15</sup>.

Atualmente, as bases do *princípio da legalidade* encontram-se arraigadas no pensamento iluminista do século XVII. Nessa época surge a lei contra a arbitrariedade estatal, assim como os direitos naturais e invioláveis da pessoa em relação a sua liberdade; em decorrência disso é tarefa do estado a proteção do Direito<sup>16</sup>.

Com a Revolução Francesa foi editada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, segundo a qual “Nenhum homem pode ser acusado impedido ou detido senão nos casos determinados em lei”. Dessa época em diante o princípio teve acolhimento por diversas constituições e Códigos Penais<sup>17</sup>.

#### 2.1.1.1 Destinatários

No direito brasileiro, num primeiro momento, tal garantia constitucional funciona como regra de competência, no sentido de que todos os atos estatais se encontram vinculados à sua prática pela autoridade competente e em estrita observância das formalidades reais<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 135.

<sup>15</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 137.

<sup>16</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 137.

<sup>17</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 139.

<sup>18</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 144.

O princípio da legalidade no Estado de Direito é um instrumento vinculador da sociedade, no sentido de que a liberdade dos associados somente pode ser restringida mediante a imposição de normas proibitivas<sup>19</sup>.

No Direito Penal, tem-se um Princípio da legalidade (*lato sensu*) dicotômico, no sentido de que institui *poderes* e *garantias*, pois só ao Poder Legislativo Federal é autorizado o poder legiferante em matéria penal<sup>20</sup>.

### 2.1.2 Legalidade Material no Estado de Direito

O *princípio da legalidade material* funciona como uma limitação ao poder estatal dirigida aos três poderes, e que possui como abrangência a capacidade de vincular não só a forma como o direito penal é criado e aplicado, mas também o conteúdo de sua criação e de sua aplicação<sup>21</sup>.

O Direito penal, como disciplina, não pode ter somente como objeto a norma, pois esta não tem validade em si mesma. Sua validade provém dos próprios valores políticos-criminais eleitos pelo Estado Democrático de Direito. As normas penais devem ser expostas a revisão crítica a partir da realidade social, e isso não deve ser alheio ao Direito Penal, portanto, deve haver uma permanente interação entre a criminologia, a política criminal e a dogmática penal<sup>22</sup>.

Um Direito Penal moderno, em um Estado Democrático de Direito, deve estar legitimado internamente não só quando respeitadas as *garantias de liberdade*, mas também as liberdades sociais, ou seja, os *direitos fundamentais*<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 137.

<sup>20</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 137.

<sup>21</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 269.

<sup>22</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 269.

<sup>23</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 270.



### 2.1.3 Funções do princípio da legalidade

Em matéria penal o referido princípio funciona como uma norma chave do *sistema constitucional penal* porque sua normatividade é a responsável por toda a estrutura da qual será deduzido o Direito Penal. Pode-se atribuir as seguintes funções ao *princípio da legalidade*:

- a) *integração do ordenamento jurídico*: funciona como um mecanismo retórico de superação de *lacunas e antinomias* no ordenamento jurídico, ou seja, como instrumento argumentativo. Aqui exerce função subsidiária em virtude da inafastabilidade da reserva da lei;
- b) *interpretação do ordenamento jurídico*: atua como um mecanismo de segurança jurídica, realizando uma interpretação constitucional do Direito Penal;
- c) *limitação da intervenção penal*: em sua conotação *material* o princípio da legalidade passa a exercer um papel fundamental na democracia, vinculando não só a aplicação da lei, mas também o processo legislativo em matéria penal;
- d) *fundamentar a ordem penal*: de todas as funções do *princípio da legalidade*, essa é a mais moderna e talvez a mais relevante para o Direito Penal. No estado Democrático de Direito, todo o processo de intervenção penal (administrativo, judicial e legislativo) deve se voltar para a proteção do indivíduo como elenca o art. 3º da CFRFB/88<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 361-363.

### 3 ANTIJURIDICIDADE, INJUSTO E TIPICIDADE

#### 3.1 A ANTIJURIDICIDADE (ILICITUDE)

A ação é antijurídica ou ilícita quando é contrária ao direito, pois a antijuridicidade exprime uma relação de oposição entre o fato e o direito. O direito penal é um complexo de normas que se reduz a um juízo do comportamento humano que tutela e protege as relações ético-sociais<sup>25</sup>.

Para Bitencourt, alguns autores utilizam a expressão antijuridicidade para definir o próprio injusto. A antijuridicidade é um predicado e o injusto é um substantivo. O injusto é a forma de conduta antijurídica propriamente: furto e a tentativa de homicídio etc. A antijuridicidade é uma qualidade dessa forma de conduta, mais precisamente a contradição em que se encontra com o ordenamento jurídico. Todas as matérias de proibição reguladas nos diversos setores do direito são antijurídicas para todo o ordenamento jurídico<sup>26</sup>.

A reforma penal de 1984, seguindo a orientação de Toledo, adotou a terminologia *ilicitude*, abandonando a tradicional *antijuridicidade* que o Código Penal de 1940 utilizava, de resto consagrada na maioria dos países europeus. Para Toledo, que segue as ideias de Carnellutti, aponta como um equívoco chamar de “antijurídico” uma criação do direito, o delito, que é essencialmente jurídico. Bitencourt adota a expressão *antijuridicidade* para se manter atualizado com as principais dogmáticas europeias. No que toca à sua terminologia, as causas de exclusão de antijuridicidade são também designadas pela lei, jurisprudência e doutrina como causas de exclusão da ilicitude (Código Penal Brasileiro), causas de justificação ou justificativas, causas de exclusão do crime ou discriminantes, tipos permissivos, além de outras denominações de menos uso. No presente trabalho os termos serão empregados como sinônimos, embora se reconheça que existam opositores na sua equiparação<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal: Introdução e Parte Geral*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 97.

<sup>26</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: Parte Geral*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 238-239.

<sup>27</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 159.

Para Muñoz Conde, uma vez tipificado o fato, na realidade, com uma norma penal, ou seja, uma vez comprovado que o caso real se adequa ao tipo do delito previsto na norma penal, o passo seguinte é determinar a antijuridicidade, isto é, constatar se o fato produzido é contrário ao direito, injusto ou ilícito. A antijuridicidade expressa a contradição entre a ação realizada e o que está previsto no ordenamento jurídico. A antijuridicidade não é um conceito exclusivo do Direito penal, ou seja, é válido para todo ordenamento jurídico<sup>28</sup>.

Bitencourt, ao citar Welzel, leciona que a *antijuridicidade* é contradição da realização do tipo de uma norma proibitiva com o ordenamento jurídico em seu conjunto. A antijuridicidade não é um instituto exclusivo do direito penal, mas, ao contrário, é um conceito universal, válido para todas as esferas do mundo. Para o mestre do finalismo, partindo da premissa que a realização típica e antinormativa, e que a violação de uma norma proibitiva e antijurídica, salvo exista um preceito permissivo, conclui que uma ação antijurídica realiza plenamente o tipo de uma norma proibitiva, a menos que proceda aplicar-se uma norma permissiva. Com a comprovação da adequação da conduta a um tipo legal de crime é possível estabelecer a antijuridicidade através de um procedimento negativo, ou seja, através da comprovação de que não intervém nenhuma norma permissiva, uma causa de justificação<sup>29</sup>.

### 3.2 TIPICIDADE

Puig leciona que para que uma conduta seja antijurídica e constitua delito é preciso que seja penalmente típica, ou seja, que se ajuste em algumas das figuras do delito previstas na parte especial do Código Penal<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1985. p. 318.

<sup>29</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: Parte Geral*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 240.

<sup>30</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: Parte General*. Barcelona: Promociones Publicaciones Universitarias, 1984. p. 128.

O criador com conceito moderno de tipo foi Beling, que foi concebido com total independência da antijuridicidade. Disso se constata que a tipicidade não implica na antijuridicidade da ação: (por exemplo: matar) pode não ser antijurídico quando concorram causas de justificação (por exemplo: matar em legítima defesa)<sup>31</sup>.

Tipicidade é a conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei. Tipicidade é a correspondência entre o fato praticado pelo agente e a descrição de cada espécie de infração contida na lei penal incriminadora<sup>32</sup>.

A tipicidade, como identidade do fato ao que é descrito pelo tipo penal, não reduz integralmente a antijuridicidade, mas apenas revela indicio de antijuridicidade, que legitima a dúvida sobre a licitude do fato<sup>33</sup>. Para Sauer, tipicidade é antijuridicidade tipificada<sup>34</sup>.

A ciência do direito primeiramente determina o que é materialmente injusto, e posteriormente delimita a antijuridicidade em lei. O tipo, elaborado pelo legislador, expressa a antijuridicidade, reunindo os elementos típicos juridicamente relevantes ou socialmente prejudiciais<sup>35</sup>.

A conduta típica é, em regra, antijurídica, funcionando a tipicidade como indicio da antijuridicidade. A função indiciária do tipo aparece nos tipos fechados (homicídio, art. 121 CP). Nos crimes culposos o tipo é aberto porque cabe ao juiz identificar a conduta proibida, contrária ao cuidado objetivo, causadora do resultado<sup>36</sup>.

No que toca o assunto tipicidade e ilicitude são quatro as teorias mais relevantes:

- a) *teoria do tipo independente ou avalorado* – a tipicidade tem função meramente descritiva, objetiva e separada da ilicitude, nada indicando ao seu respeito (sistema Liszt-Beling);

---

<sup>31</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: Parte Geral*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 194.

<sup>32</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal: Parte Geral*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 228.

<sup>33</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do Delito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 42.

<sup>34</sup> SAUER, Guillermo. *Derecho Penal: Parte General*. Barcelona: Bosch, 1956. p. 33.

<sup>35</sup> SAUER, Guillermo. *Derecho Penal: Parte General*. Barcelona: Bosch, 1956. p. 111.

<sup>36</sup> FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Bushatsky, 1976. P. 198.

- b) *Teoria indiciaria* – a tipicidade é a *ratio cognoscendi* da ilicitude, ou seja, a tipicidade constitui um indicio de sua ilicitude, salvo presença de uma justificante (sistema Welzel-Maurach);
- c) *Teoria da identidade* – a tipicidade é a *ratio essendi* da ilicitude. A tipicidade é a antijuridicidade material tipificada, ou seja, a tipicidade conduz à ilicitude (sistema Mezger-Sauer);
- d) *teoria dos elementos negativos do tipo* – essa teoria se acha ligada à anterior, visto que há uma fusão tipicidade-antijuridicidade<sup>37</sup>.

### 3.2.1 Tipicidade Conglobante

Atualmente tem-se o entendimento de que o estrito cumprimento do dever legal tem natureza jurídica de causa de atipicidade da conduta. Com a elaboração da teoria da tipicidade conglobante, as condutas ordenadas pela lei são excluídas do âmbito da proibição das normas incriminadoras por efeito da correção realizada pela compreensão conglobada das normas.

Essa teoria foi elaborada por Zaffaroni, segundo quem a tipicidade penal “deve evidenciar uma verdadeira proibição com relevância penal”. Isso significa que se ocorrer o fenômeno de a fórmula penal abranger hipóteses que são alcançadas pela norma proibitiva considerada isoladamente, será necessária uma correção na tipicidade legal. Tal correção consiste na ‘tipicidade conglobante’<sup>38</sup>.

O termo *conglobante* deriva da necessidade de que a conduta seja contrária ao ordenamento jurídico geral, e não apenas ao Direito Penal. A ideia geral dessa teoria é que não há como admitir dentro de um mesmo ordenamento jurídico a existência de normas que proíbem determinadas condutas ao passo em que outras a incentivem ou vice-versa.

---

<sup>37</sup> PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal*. v. 1: Parte Geral. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 364.

<sup>38</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 458.

Zaffaroni usa a distinção entre tipicidade e antinormatividade proposta por Wezel:

Tipo é uma figura conceitual que se descreve mediante conceitos formais da conduta humana. A norma proíbe a realização dessas condutas. Realiza-se essas condutas descritas em um tipo de uma norma proibitiva, esta conduta real entra em contradição com a exigência da norma.<sup>39</sup>

Disso se tira a antinormatividade da conduta. Esses pressupostos teóricos permitem a Zaffaroni deduzir que “a conduta que se adequa a um tipo penal será necessariamente contrária à norma que está anteposta ao tipo legal”. Exemplifica: “A conduta adequada ao tipo penal do art.121 CP será contrária à norma ‘Não matará’”<sup>40</sup>.

A tipicidade penal será sempre imprescindível à antinormatividade da conduta. Porém, tipo legal e norma penal não se confundem; não basta à tipicidade penal a mera adequação do fato à descrição típica (tipicidade legal). A antinormatividade, para Zaffaroni, “não é comprovada somente com a adequação da conduta ao tipo legal, requer uma investigação do alcance da norma que é anteposta e que deu origem ao tipo penal, e uma investigação sobre a afetação do bem jurídico”<sup>41</sup>.

Portanto, para essa teoria, a tipicidade penal resulta da junção da tipicidade legal com a tipicidade conglobante (tipicidade penal = tipicidade legal + tipicidade conglobante).

A natureza jurídica do estrito cumprimento do dever legal, de acordo com tal ideia, só pode ser causa de atipicidade do fato, por efeito da correção exercida pela consideração conglobada da norma sobre a tipicidade penal.

---

<sup>39</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 457.

<sup>40</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 458.

<sup>41</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 458.

### 3.2.2 Teoria da Imputação Objetiva

Também a teoria da imputação objetiva exclui da esfera da tipicidade penal as lesões decorrentes das condutas impostas por lei. Essas lesões integrariam o risco juridicamente permitido, pois são resultantes de condutas tipicamente regulamentadas (estrito cumprimento do dever legal). É preciso destacar que só a vontade dirige um processo causal e pode transformar acontecimentos acidentais em um fato imputado ao próprio agente que realizou a conduta<sup>42</sup>.

No âmbito jurídico essa teoria teve como precursores Honig e Larenz. O primeiro descrevia que a imputação objetiva surge da obra de um sujeito, ou seja, tenta delimitar os fatos realizados pelo próprio agente e os acontecimentos acidentais<sup>43</sup>. No mesmo sentido, Larenz fundamenta-se na vontade do ser racional que pode reconhecer o efeito de determinadas causas fixando a direção desejada de acordo com seu comportamento.

A imputação é chamada de objetiva porque a possibilidade de previsão é baseada de acordo com um critério geral e objetivo do homem inteligente e prudente, e não baseada na capacidade e conhecimentos concretos do autor<sup>44</sup>.

Mas foi nos anos setenta que a teoria da imputação objetiva foi reelaborada por Roxin, que então se dedicava, com outros doutrinadores, a uma nova forma de compreender o sistema penal. Tanto Roxin como Jakobs buscavam um conceito que abarcasse todas as formas de conduta delitiva<sup>45</sup>.

Quanto à ilicitude, Roxin a define como uma propriedade da ação típica, sua contradição com as proibições e mandamentos do direito penal, diferenciando-se do injusto, que é a própria ação típica e ilícita. Por outro lado, Jakobs considera injustas as ações não toleráveis socialmente, as quais se diferenciam das demais de dois

---

<sup>42</sup> PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal*. v. 1: Parte Geral. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 339.

<sup>43</sup> PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal*. v. 1: Parte Geral. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 339.

<sup>44</sup> PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal*. v. 1: Parte Geral. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 340.

<sup>45</sup> BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Do estrito Cumprimento do Dever legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 88.

modos: por faltarem elementos das ações antijurídicas ou por conterem elementos de justificação<sup>46</sup>.

Jakobs, por exemplo, define a imputação objetiva com base em critérios iminentemente objetivos, isto é, considera que somente os comportamentos perigosos podem ser penalmente desvalorados<sup>47</sup>. Parte do pressuposto de que o injusto possui uma medida objetiva. O comportamento do agente deve passar por um filtro da imputação objetiva, sendo definido de modo normativo, através do papel social que desempenha<sup>48</sup>.

Roxin leciona que a teoria da imputação objetiva tem por finalidade indicar circunstâncias que fazem da mera causalidade uma ação típica<sup>49</sup>:

- a) um resultado causado pelo agente somente pode ser imputado ao tipo objetivo se a conduta criou um perigo para o bem jurídico não coberto pelo risco permitido e esse perigo ocorreu também no resultado concreto<sup>50</sup>;
- b) se o resultado se apresenta como realização de um perigo criado pelo autor, em regra é imputável, de modo que se cumpre o tipo objetivo<sup>51</sup>.

Em resumo, Roxin ensina que a teoria da imputação objetiva pressupõe a realização de um perigo criado pelo autor não coberto por um risco permitido dentro do alcance do tipo penal<sup>52</sup>. Excepcionalmente, a imputação pode desaparecer se o alcance do tipo não abarca a prevenção de tais perigos.

Risco permitido, para Roxin, é a conduta que cria um risco penalmente relevante, que, de modo geral está permitida. Para Jakobs, risco permitido é o inerente à adequação social.

---

<sup>46</sup> BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Do estrito Cumprimento do Dever legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 88.

<sup>47</sup> PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal*. v. 1: Parte Geral. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 348.

<sup>48</sup> PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal*. v. 1: Parte Geral. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 348.

<sup>49</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal: Parte General, La Estructura de La Teoría Del Delito*. Barcelona: Civitas, 1972. p. 363.

<sup>50</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal: Parte General, La Estructura de La Teoría Del Delito*. Barcelona: Civitas, 1972. p. 363.

<sup>51</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal: Parte General, La Estructura de La Teoría Del Delito*. Barcelona: Civitas, 1972. p. 364.

<sup>52</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal: Parte General, La Estructura de La Teoría Del Delito*. Barcelona: Civitas, 1972. p. 364.



A realização de um risco permitido conduz ao campo da atipicidade, pois se a tipicidade depende da imputação objetiva, e essa exige a verificação de um risco proibido, os comportamentos que cingem ao risco permitido serão atípicos. As lesões decorrentes de condutas impostas por lei, quando inclusas, no âmbito do risco permitido são consideradas por isso atípicas<sup>53</sup>.

Gomes ensina que uma lesão validamente consentida pela vítima tampouco entra no âmbito do risco juridicamente proibido. A exemplo das lesões desportivas, das condutas impostas por lei (estrito cumprimento do dever legal) e dos ofendículos<sup>54</sup>.

Também para Jesus o conceito de perigo permitido e proibido projetam-se sobre todas as atividades humanas. Por exemplo, o emprego de força física pela autoridade pública na realização de certas diligências. Cuida-se de um risco tolerado (permitido)<sup>55</sup>.

A atipicidade ficará sempre caracterizada quando a conduta não superar o risco permitido, que será investigado caso a caso.

### 3.3 ANTIJURIDICIDADE (ILICITUDE) E INJUSTO

A ilicitude é constatada através de um procedimento negativo, após ter sido constatada a tipicidade. O juízo da ilicitude recai sobre a conduta típica e não sobre o agente ou sua personalidade.<sup>56</sup>

Uma conduta típica é antijurídica se não há causa de justificação. Pode-se falar também como causas de exclusão do injusto. No caso concreto, quando se admite uma causa de justificação, implica em afirmar que a conduta justificada é valorada positivamente e aprovada pelo ordenamento jurídico, a exemplo do estrito cumprimento do dever legal<sup>57</sup>.

---

<sup>53</sup> BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Do estrito Cumprimento do Dever legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 88.

<sup>54</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 141.

<sup>55</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. *Imputação Objetiva*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 39-40.

<sup>56</sup> MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962. p. 356.

<sup>57</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal: Parte General, La Estructura de La Teoría Del Delito*. Barcelona: Civitas, 1972. p. 557.

Hungria ensina que é ilícita a conduta que, a juízo do legislador, atinge certos valores da vida social que se procura proteger sob ameaça de pena. A ilicitude aparece referida a tipos de injusto, ou seja, certos modelos de comportamento que descrevem condutas proibidas porque atingem bens ou interesses da coletividade. Para que seja ilícita a conduta deve corresponder a um tipo de injusto e não estar coberta por uma causa de justificação da ilicitude. “Antijurídica é a conduta contrária ao direito”<sup>58</sup>.

Para que se estabeleça a ilicitude, não basta a mera realização da conduta correspondente ao tipo de injusto, pois existem normas que proíbem e outras que impõem certos comportamentos conforme o direito<sup>59</sup>. Para Hungria a antijuridicidade é a mesma para todo o ordenamento jurídico, ou seja, o que é antijurídico no Direito Penal será também em outros ramos do Direito<sup>60</sup>.

Os conceitos penais de “antijuridicidade” e de “injusto” se distinguem porque na antijuridicidade há uma propriedade de ação típica em contradição com as normas penais, enquanto no injusto se entende a própria ação típica e antijurídica<sup>61</sup>.

O injusto é a conduta ilícita em si mesma considerada. O homicídio constitui um injusto. O injusto pode ser penal, civil, trabalhista etc. e é suscetível de ser mais ou menos grave.

### **3.3.1 Antijuridicidade Formal e Antijuridicidade Material**

A antijuridicidade não se esgota na relação de contrariedade entre a norma e a ação, pois também possui um conteúdo material que caracteriza a antijuridicidade material, representada pela danosidade social, ou seja, pela lesão ao bem jurídico<sup>62</sup>.

A antijuridicidade, como nocividade à sociedade, é expressa objetivamente pelo tipo, que distorce a realidade. A valorização tipificada não se refere à conduta

---

<sup>58</sup> HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código penal*. v. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 579.

<sup>59</sup> HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código penal*. v. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 579.

<sup>60</sup> HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código penal*. v. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 580.

<sup>61</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal: Parte General, La Estructura de La Teoría Del Delito*. Barcelona: Civitas, 1972. p. 558.

<sup>62</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: Parte Geral*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 216.

singular, a qual cabe ao juiz analisar, mas na tendência geral de uma conduta formalizada no tipo, assim sendo a antijuridicidade a tendência danosa de uma conduta<sup>63</sup>.

A *antijuridicidade material* constitui transgressão da norma e acaba por lesar ou atentar contra os bens jurídicos por ela protegidos, correspondendo a um dado constitutivo do fato típico, sob a visão de ofensa a bens jurídicos<sup>64</sup>. Para Roxin a antijuridicidade material permite realizar graduações do injusto, proporciona meios auxiliares na interpretação para as teorias do tipo e do erro, assim como torna possível determinar o alcance das causas de exclusão do injusto<sup>65</sup>.

A *antijuridicidade formal* é a contradição entre o comportamento do agente e a norma penal, sendo formalmente antijurídica em virtude do indício fundamentador da ação típica<sup>66</sup>. Sobre esse aspecto não são permitidas distinções qualitativas. Um furto de 10.000 reais em sentido formal não é menos antijurídico que um furto de 10 reais, pois em ambos os casos se infringe igualmente a mesma norma<sup>67</sup>.

Em outros termos, a ilicitude formal surge como a realização do tipo legal e a material é a conduta típica não justificada<sup>68</sup>.

---

<sup>63</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do Delito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 43.

<sup>64</sup> PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal*. v. 1: Parte Geral. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 393.

<sup>65</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal: Parte General, La Estructura de La Teoria Del Delito*. Barcelona: Civitas, 1972. p. 559.

<sup>66</sup> PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal*. v. 1: Parte Geral. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 393.

<sup>67</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal: Parte General, La Estructura de La Teoria Del Delito*. Barcelona: Civitas, 1972. p. 559.

<sup>68</sup> PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal*. v. 1: Parte Geral. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 393.

## 4 ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL

### 4.1 DELIMITAÇÃO

Toda regra jurídica que ordena ou permite a lesão ou ameaça a um bem juridicamente protegido exclui por si mesma o caráter delituoso do ato que em seu nome se realizou<sup>69</sup>. Quando se fala em exercício de cumprimento da lei, refere-se à lei propriamente dita que deriva do Legislativo e do Executivo.

O estrito cumprimento do dever legal constitui justificação exclusiva do funcionário público, onde este intervém na esfera privada para assegurar o cumprimento da lei ou de ordens superiores da administração<sup>70</sup>.

A natureza jurídica do estrito cumprimento do dever legal é vista pelos autores nacionais mais comumente como causa de exclusão da ilicitude (antijuridicidade).

Por sua vez, a atual parte geral do Código Penal menciona o estrito cumprimento do dever legal entre as situações em que considera que não há crime:

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.<sup>71</sup>

Bitencourt ressalta que quem cumpre estritamente um dever imposto por lei não comete crime, ainda que eventualmente sua conduta venha a se adequar a algum tipo penal. A execução de um comando legal com permissão do ordenamento jurídico afasta a antijuridicidade do comportamento que eventualmente se encontre justificado<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> JIMENEZ DE ASÚA, Luiz. *Tratado de Derecho Penal*. 6. ed. Buenos Aires: losada, 1952. p. 501.

<sup>70</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 330.

<sup>71</sup> BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/LxyrTx>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

<sup>72</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: Parte Geral*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 271.

Quem pratica uma ação em cumprimento de um dever não pratica crime. A lei estabelece, em determinadas situações, embora típicas, que certas condutas não serão ilícitas, ainda que causem lesão a um bem tutelado. Nessas circunstâncias não constitui crime o policial que, no estrito cumprimento do dever legal, prende o infrator em flagrante de delito<sup>73</sup>.

Quando se fala em estrito cumprimento de dever legal está-se referindo à lei em sentido lato, como norma ou regra de direito, e não apenas no seu sentido estrito ou formal. Deve-se interpretar toda a atividade normativa reguladora, quer a norma seja proveniente do legislativo (lei estrito senso) quer do poder executivo (decreto, regulamento, etc.).

Para Hungria, nenhum direito subjetivo individual, ainda que de caráter privado, pode gravitar fora da órbita do interesse social. Tal dispositivo, portanto, não pode deixar de repercutir sobre o direito penal no sentido de que um fato definido como crime passa a ser lícito quando do cumprimento de um dever legal. Para o cumprimento de um dever legal é necessário que se obedeçam, rigorosamente, as condições objetivas a que estão subordinados, pois todo direito e todo dever são limitados ou regulados na sua execução<sup>74</sup>.

Para Jescheck, em diversas leis está prevista a autorização para o Estado atuar como último recurso em cumprimento dos fins públicos. Um órgão estatal que realiza um tipo penal dentro dos seus limites atua conforme o direito<sup>75</sup>.

Motta, ao citar Maurach, afirma que

uma ordem não é outra coisa que a comunicação da vontade do ordenamento jurídico ao órgão chamado à sua execução imediata; se essa ordem contradiz o direito, não é possível aceitar sua execução de que aquele que ordena o ilícito se valha do instrumento.<sup>76</sup>

---

<sup>73</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: Parte Geral*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 271.

<sup>74</sup> HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código penal*. v. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 309.

<sup>75</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Granada, 2002. p. 422.

<sup>76</sup> MOTTA, Ivan Martins. *Estrito Cumprimento de Dever legal e Exercício Regular de Direito*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000. p. 49.

A ordem da autoridade pública, desde que provenha de uma ordem intrinsecamente adequada ao direito, ou seja, legítima, constitui uma causa de justificação<sup>77</sup>.

Os mais importantes fundamentos teóricos invocados por aqueles que atribuem ao estrito cumprimento do dever legal de justificação são o 'princípio do interesse preponderante', do 'meio justo à obtenção do fim justo' e da 'não contradição da ordem jurídica'.

Na atuação dos agentes públicos no cumprimento de um dever há a necessidade de delimitar o correto e proporcional uso da força, pois não é possível descrever legalmente todas as possíveis situações concretas em que se deverá usar a força para manter a ordem. Os princípios de necessidade e proporcionalidade devem fixar limites objetivos do uso da força pelos agentes. O emprego da força deve ser proporcional à gravidade do caso.

É importante salientar que nas hipóteses em que o agente do estrito cumprimento do dever legal é servidor público tem-se falado em uma 'antijuridicidade especial' onde os limites são ampliados e podem justificar ações que dentro de limites. O vigente Código Penal Militar, com redação que parece preferível, menciona o estrito cumprimento do dever legal entre as causas de exclusão do crime.

Porém essa antijuridicidade especial teria alguns pressupostos objetivos:

- a) Competência material e territorial para a ação;
- b) Forma prescrita em lei;
- c) Observância de princípios da necessidade e proporcionalidade (princípios de difícil compreensão).

Nesses casos a juridicidade só seria excluída por erros grosseiros em exame da situação conforme o dever<sup>78</sup>. No entanto, existem autores que pensam que essa teoria não está de acordo com a dogmática penal, pois o Estado Democrático de

---

<sup>77</sup> MOTTA, Ivan Martins. *Estrito Cumprimento de Dever legal e Exercício Regular de Direito*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000. p. 49.

<sup>78</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: Parte Geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 331.

Direito garante o respeito às liberdades do cidadão e exige estrita observância da legalidade pelo funcionário público, e não atribui ao funcionário o direito de errar<sup>79</sup>.

Portanto, pode-se dizer que se o funcionário atuar em erro inevitável e conforme o dever, isso exclui o desvalor da ação. Mas se o erro for evitável essa exclusão não ocorrerá, autorizando o exercício da legítima defesa dentro das limitações sociais<sup>80</sup>.

#### 4.2 DEVER LEGAL

O substantivo *dever* tem sentido de obrigação, que se expressa em uma regra de ação. Porém, nem todos esses deveres têm o condão de obrigar o indivíduo a praticar um fato previsto em lei como crime. Somente deveres jurídicos trazem em seu bojo uma norma imperativa que podem obrigá-lo a cometer um fato aparentemente delituoso. No ordenamento jurídico brasileiro em especial não existe uma sistematização desses deveres, ou seja, eles estão espalhados por toda a legislação: administrativa, processual, civil penal, etc.<sup>81</sup>

No cumprimento de um dever legal é possível que haja lesão de um interesse legalmente tutelado. Puig observa que a lei só estabelece deveres específicos de lesionar bens jurídicos para aqueles que exercem determinados cargos públicos, por exemplo: as forças de ordem pública, os tribunais ou funcionários de prisões<sup>82</sup>.

O entendimento é que esta causa de justificação compreende, em regra, cargos ou funções públicas. Os deveres jurídicos que se revestem de caráter público têm como pressuposto básico um dever genérico de atuar que não implica necessariamente uma lesão ao bem jurídico penalmente tutelado. Por outro lado, o dever específico de atuar ocasiona necessariamente uma ofensa a determinado

---

<sup>79</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 330.

<sup>80</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 330.

<sup>81</sup> MOTTA, Ivan Martins. *Estrito Cumprimento de Dever legal e Exercício Regular de Direito*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000. p. 44.

<sup>82</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: Parte General*. Barcelona: Promociones Publicaciones Universitarias, 1984. p. 497.

interesse tipicamente protegido.

Como *dever genérico de atuar* (causa de exclusão da antijuridicidade) pode-se citar o caso de um policial que, em perseguição a um preso em fuga, que não obedece à ordem de parar, atira contra as suas pernas para impedir a evasão. Neste caso a lei não confere ao policial o dever de atuar com a ofensa à integridade corporal do detento, mas apenas lhe impõe a obrigação de agir para impedir sua fuga<sup>83</sup>.

Como *dever específico de atuar com lesão ao bem jurídico* (causa de exclusão da tipicidade) tem-se os exemplos do verdugo, que executa pena capital, e o policial, que prende um delinquente em flagrante. Nestes casos a lei determina especificamente que o agente público atue, impondo-lhe, em consequência, o dever de ofender bens jurídicos penalmente protegidos: vida e liberdade pessoal, respectivamente<sup>84</sup>.

É importante a distinção entre estes *deveres*, pois são deveres jurídicos revestidos de caráter público, que têm especial importância para caracterização de sua natureza jurídica.

O estrito cumprimento do dever legal é justificado pela existência de lei em sentido amplo (lei, decreto, regulamento, etc.) ou de ordem de superior hierárquico que determine dever da conduta do funcionário.

Quando fundado em ordem de superior, o estrito cumprimento de dever legal pressupõe autoridade competente para emitir a ordem, objeto lícito e forma adequada da ordem emitida, tornando a conduta do funcionário limitada exclusivamente à legalidade, excluindo argumentos ou critérios de oportunidade e conveniência.

#### 4.3 DIREITO DE INTERVENÇÃO NO EXERCÍCIO DE UM CARGO

Aqueles que desempenham um cargo estatal às vezes têm que empregar diversas formas de coação para que sejam cumpridos os preceitos jurídicos. As

---

<sup>83</sup> MOTTA, Ivan Martins. *Estrito Cumprimento de Dever legal e Exercício Regular de Direito*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000. p. 45.

<sup>84</sup> MOTTA, Ivan Martins. *Estrito Cumprimento de Dever legal e Exercício Regular de Direito*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000. p. 45.



intervenções dos funcionários no exercício do seu cargo implicam em um problema de natureza especificamente penal na relação de até que ponto, seus erros no exercício do cargo, deixam intacta a conformidade do direito de agir.

Para Roxin, em determinadas circunstâncias o funcionário, no exercício de seu cargo, atuará conforme o direito, mesmo que sua conduta seja antijurídica e anulável conforme o Direito Público<sup>85</sup>. Para isso o funcionário deverá possuir competência material e territorial para agir, assim como respeitar os princípios de necessidade e proporcionalidade. A licitude jurídica dessa conduta deriva exclusivamente de o funcionário ter agido com boa-fé.

Roxin ensina que se a antijuridicidade depender da intervenção da culpabilidade, do funcionário, estarão sendo mesclados e confundidos dois institutos fundamentais do direito penal, e assim, mesmo até a boa-fé poderá excluir o dolo, mas não transformar o injusto em direito. Outrossim, afirma que o Estado tem o privilégio de errar e se justifica da necessidade político-criminal de cobrir as costas do funcionário que no exercício legal de seu cargo atua por ordem estatal<sup>86</sup>.

O agente do Estado, no cumprimento de um dever, deve agir com necessidade e proporção com todos os meios racionais para cumprir a lei. O uso da força deve ser o último recurso, ou seja, quando não houver outro meio de impedir a consumação<sup>87</sup>.

#### 4.4 ORDEM ANTIJURÍDICA OBRIGATÓRIA

O problema é saber se uma ordem antijurídica obrigatória proporciona ao funcionário uma causa de justificação ou exculpação nos casos de infrações pouco importantes.

Roxin leciona que se o subordinado não puder reconhecer a punibilidade da ordem, ela continuará sendo obrigatória e em casos de divergência entre ambos sobre

---

<sup>85</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal: Parte General, La Estructura de La Teoría Del Delito*. Barcelona: Civitas, 1972. p. 734-737.

<sup>86</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal: Parte General, La Estructura de La Teoría Del Delito*. Barcelona: Civitas, 1972. p. 734-737.

<sup>87</sup> JIMENEZ DE ASÚA, Luiz. *Tratado de Derecho Penal*. 6. ed. Buenos Aires: losada, 1952. p. 510.

a punibilidade da conduta a ordem será obrigatória, mesmo que no fim o subordinado tenha razão. Entende-se que a ordem vinculante supõe uma causa de justificação para o subordinado, mesmo que excepcionalmente antijurídica, pois nos casos que vulnerarem o direito penal e a dignidade da pessoa humana a prioridade e o interesse devem ser de evitar o injusto<sup>88</sup>.

O art.42 do Código Penal Militar exemplifica que:

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.<sup>89</sup>

Quem não quer agir justificadamente pode não o fazer, pois o direito não lhe obriga a fazer. No entanto, quem deixa de cumprir um dever jurídico será punido. O cumprimento de um dever surge de uma ordem que somente será permitida diante de uma situação conflitiva<sup>90</sup>.

Para Zaffaroni, as colisões de deveres são aparentes porque no direito não há colisão de deveres de igual hierarquia, pois uma dessas condutas deverá ser sempre conforme o direito. Imagine um comandante militar que faz o atacante desviar seu alvo para um outro povoado vizinho que não corria perigo algum. Está-se diante de um caso de sujeitos que agem em cumprimento de um dever jurídico, podendo ser punidos caso não obedeçam à ordem<sup>91</sup>.

Demonstra nesse caso que o militar age sem culpabilidade porque não é ele que quer se salvar, e sim a cidade e as vidas alheias. Portanto, a ordem jurídica

---

<sup>88</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal: Parte General, La Estructura de La Teoría Del Delito*. Barcelona: Civitas, 1972. p. 742-744.

<sup>89</sup> BRASIL. Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/pyNQXg>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

<sup>90</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 48.

<sup>91</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 48.

mediatiza o homem, não podendo descarregar sua própria inculpabilidade em quem age conforme seus mandatos<sup>92</sup>.

Para Santos o cumprimento de ordens antijurídicas de superiores é resolvido pela natureza típica da ordem:

- a) Ordens superiores ilegais de evidente natureza típica não vinculam a conduta e não devem ser cumpridas pelo subordinado, que nesse caso responde pelo injusto praticado.
- b) Ordens superiores ilegais de natureza típica, oculta ou duvidosa vinculam a conduta e são obrigatórias para o subordinado, que não responde pelo injusto.<sup>93</sup>

No mesmo sentido, entende que o cumprimento de ordens ilegais obrigatórias de natureza oculta ou duvidosa é objeto de controvérsia<sup>94</sup>:

- a) Justificação: a obrigação de cumprir a ordem é incompatível com a exposição do subordinado com a legítima defesa;
- b) Exculpação: o injusto não se transforma em justo e o que o superior não pode, o subordinado também não pode, e essa é a solução adotada pela lei penal brasileira, que pune somente o autor da ordem (art. 22, CP).

---

<sup>92</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 48.

<sup>93</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 331.

<sup>94</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 331.

## 5 ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL E A OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA

### 5.1 FUNDAMENTO E NATUREZA JURÍDICA

Sobre esse tema a doutrina alemã elaborou uma distinção entre competência concreta e competência abstrata para emanar uma ordem. O Direito não concede a ninguém competência *concreta* para emanar uma ordem antijurídica que constitua um delito, porque essa competência se refere ao caso concreto. Para a competência *abstrata* basta que o ato pertença à classe dos que normalmente se podem ser ordenados pelos órgãos)<sup>95</sup>.

Mir Puig, ao explicar a obediência hierárquica, apoia-se em duas teorias:

- a) *Teoria da aparência*: os funcionários que se negarem a realizar o cumprimento das ordens de superiores, dentro dos limites de competência e legalidade, deverão ser punidos porque a ordem tem aparência legal.
- b) *Teoria da nulidade*: o dever de obediência está arraigado nas normas administrativas que regulam em caráter geral os atos administrativos, ou seja, só poderá ser vinculante a ordem que surtir efeitos adequados no direito administrativo<sup>96</sup>.

O dever de obedecer às ordens de um órgão competente tem como fundamento o funcionamento da administração pública. Afirma Mir Puig que da mesma forma que se exige hierarquia, também é necessário que o subordinado não fique com dúvidas sobre a legalidade da ordem que recebe<sup>97</sup>.

A natureza dogmática da obediência tem como fundamento uma causa de justificação. Não há dúvidas de que em caso de conflito entre uma ordem não manifestadamente ilegal e a ofensa a um bem jurídico, afetado por essa ordem, a lei será a favor das necessidades de funcionamento da administração pública. A

---

<sup>95</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: Parte General. Barcelona: Promociones Publicaciones Universitarias, 1984. p. 497.

<sup>96</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: Parte General. Barcelona: Promociones Publicaciones Universitarias, 1984. p. 502.

<sup>97</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: Parte General. Barcelona: Promociones Publicaciones Universitarias, 1984. p. 502.

estrutura desse conflito é decidida no sentido de permitir a lesão do bem jurídico, essa é a característica de toda causa de justificação<sup>98</sup>.

Afirma Mir Puig que a obediência deve justificar o fato e não excluir a responsabilidade penal do autor. Diante disso confirma que é correto incluir a obediência hierárquica a ordens não manifestadamente antijurídicas dentro do estrito cumprimento de um dever legal<sup>99</sup>.

Obediência está ligada à sujeição a uma vontade, ou seja, é uma submissão ao cumprimento de algo prescrito. É muito difícil distinguir a obediência hierárquica do cumprimento do dever<sup>100</sup>.

Jimenez de Asúa leciona que nos casos de obediência o poder de atuar não chega ordinariamente ao funcionário pela lei, mas sim por intermédio de uma pessoa distinta que lhe dá uma ordem<sup>101</sup>.

Hungria ensina que quem cumpre ordem legal de superior hierárquico exerce o estrito cumprimento do dever legal. Nesse mesmo sentido afirma que se em virtude da subordinação hierárquica o subordinado cumprir uma ordem legal, de superior, o problema deixa de ser culpabilidade e caracteriza-se como excludente de ilicitude, ou seja, estará no exercício do estrito cumprimento do dever legal<sup>102</sup>.

O legislador de 40 classificou a obediência hierárquica como causa de exculpação, e não como causa excludente de injuricidade objetiva. Ensina Hungria que, de um ponto de vista rigorosamente jurídico, repellido o princípio da obediência cega, uma ordem ilegal, ainda que a ilegalidade seja reconhecível, não deveria jamais ser cumprida. O ato praticado em razão dela, quando correspondente a um tipo legal de crime, não perde seu caráter ilícito ou antijurídico.

A ordem de superior hierárquico só isenta de pena o executor se não for manifestamente ilegal. O que fica excluído no caso de a ordem não ser

---

<sup>98</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*. Parte General. Barcelona: Promociones Publicaciones Universitarias, 1984. p. 502.

<sup>99</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*. Parte General. Barcelona: Promociones Publicaciones Universitarias, 1984. p. 502.

<sup>100</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*. Parte General. Barcelona: Promociones Publicaciones Universitarias, 1984. p. 502.

<sup>101</sup> JIMENEZ DE ASÚA, Luiz. *Tratado de Derecho Penal*. 6. ed. Buenos Aires: losada, 1952. p. 502.

<sup>102</sup> HUNGRIA, Néilson. *Comentários ao Código penal*. v. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 260-262.

manifestamente ilegal é a culpabilidade, porque o executor por erro de direito, aqui excepcionalmente relevante, supõe a legalidade da ordem. Exemplo: um bisonho soldado de polícia, por ordem do comandante da escolta, mata com um tiro de fuzil o criminoso que tenta fugir ao mandado de prisão, supondo agir por obediência hierárquica. Não se deve confundir esta causa exculpante em que o subordinado cumpre uma ordem por erro de fato<sup>103</sup>.

Na apreciação dos casos concretos deve-se ter em conta outras circunstâncias, o grau de instrução do executor e o tempo que teve para refletir sobre a ilegalidade da ordem.

A impunibilidade decorrente de obediência hierárquica devida pressupõe, além disso:

- a) uma relação oficial de direito público;
- b) ordem emanada de autoridade superior dentro de sua competência;
- c) forma legal da ordem. O inferior não estará isento de culpa se excede na execução.

Para Fragoso a ação empreendida pelo subordinado em obediência hierárquica à ordem ilegal é antijurídica. Está isento de pena o subordinado sempre que a ordem não seja manifestamente ilegal, sem que seja necessário indagar se houve ou não, de sua parte, erro quanto à legalidade da ordem. Como se percebe, fica difícil resolver todos os casos de exclusão da culpabilidade. Se a ordem não for manifestamente ilegal, subsiste a escusa ainda que não haja erro algum por parte do executor, obrigado juridicamente a obedecer. Em princípio, não sendo a ordem manifestadamente ilegal, ela obriga<sup>104</sup>.

Exclui-se a culpabilidade do agente por inexigibilidade de outra conduta, pois o dever de obediência reside na subordinação e disciplina a que o agente está submetido. Há inexigibilidade mesmo nos casos em que o agente conhece a ilegalidade da ordem (não manifestamente ilegal), cedendo ao dever de obediência

---

<sup>103</sup> HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código penal*. v. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 260-262.

<sup>104</sup> FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao Código penal*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 574-575.

que a hierarquia e disciplina impõem. Se a ordem é manifestamente ilegal e o agente conhece a ilegalidade, responde pelo crime em concurso com o superior

Sobre o tema, Toledo afirma que se o agente atua sob abrigo de uma causa de justificação, não se lhe pode opor legítima defesa. Se o subordinado estiver cumprindo, sem saber, uma ordem antijurídica de superior hierárquico, não manifestamente ilegal, a vítima só pode encontrar abrigo em uma excludente de culpabilidade ou no estado de necessidade<sup>105</sup>.

O modo de julgar o subordinado que cumpre ordem vinculante não se apoia em juízo sobre o fato, mas sim sobre o autor, saindo da esfera da teoria da ilicitude para localizar-se na culpabilidade, possibilitando assim a condenação do superior quando emanar uma ordem ilegal<sup>106</sup>.

Não há dúvidas de que no direito brasileiro, estando caracterizada a ilicitude da ordem e inexistindo justificação a favor do executor, permite-se a legítima defesa por parte da vítima<sup>107</sup>.

## 5.2 DIVERGÊNCIA ENTRE CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL E OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA

Os institutos do estrito cumprimento do dever legal e da obediência hierárquica não se assemelham, porque a conduta praticada no estrito cumprimento do dever legal é atípica e o paciente dela não pode atuar em legítima defesa.

Por outro lado, aquele que sofre as consequências da atuação do inferior hierárquico poderá reagir em legítima defesa, pois a obediência hierárquica é excludente de culpabilidade e não elimina a tipicidade e a ilicitude da conduta<sup>108</sup>. Além disso, quem desobedece uma ordem legal fica sujeito a uma sanção penal. Assim, um

---

<sup>105</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 342-343.

<sup>106</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 342-343.

<sup>107</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 342-343.

<sup>108</sup> BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Do estrito Cumprimento do Dever legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 308-309.

agente da lei não pode deixar de executar uma prisão em flagrante, pois estará incorrendo em crime de prevaricação (art. 319 do CP).

Evidente que no estrito cumprimento do dever legal o comando sempre deriva da lei. Também, se a autoridade expedir ao subordinado uma ordem legal e esse executá-la estará atuando em estrito cumprimento do dever legal<sup>109</sup>.

Deve-se observar que em certos casos a obediência deve ser absoluta e não relativa, como acontece no sistema militar, em que não cabe ao subordinado a análise da legalidade da ordem. Se a ordem é ilegal o fato praticado pelo subordinado também será ilegal. Mas como não cabe ao subordinado discutir a legalidade, estará agindo em estrito cumprimento do dever legal (dever de obedecer a ordem). Nesse caso o subordinado não responde pelo crime, estando coberto por uma causa de excludente da ilicitude, respondendo por ele o superior<sup>110</sup>.

Se por erro o subordinado crê seguramente que a ordem é legal, quando é ilegal, aplica-se o erro de proibição, incidindo o estrito cumprimento do dever legal putativo. Havendo apenas erro de interpretação a respeito de sua legalidade, o fato permanece ilícito, mas não culpável em face do relevante erro de direito, incidindo uma excludente de culpabilidade<sup>111</sup>.

Toda ordem geral emanada do poder público dentro de suas atribuições deve ser analisada. Se for de caráter particular, um ato singular, não pode o funcionário invocar o cumprimento de um dever, mas sim um dever jurídico específico de obediência, pois nesses casos o dever de atuar não vem através de um meio ordinário e sim por meio de uma pessoa distinta que lhe emana a ordem<sup>112</sup>.

Por fim, a distinção essencial entre os institutos da obediência hierárquica e do estrito cumprimento do dever legal reside na legalidade.

---

<sup>109</sup> BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Do estrito Cumprimento do Dever legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 308-309.

<sup>110</sup> LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito penal Militar*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 66.

<sup>111</sup> LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito penal Militar*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 64.

<sup>112</sup> JIMENEZ DE ASÚA, Luiz. *Tratado de Derecho Penal*. 6. ed. Buenos Aires: losada, 1952. p. 502.



### 5.3 OBEDIÊNCIA E CUMPRIMENTO DE UM DEVER NO DIREITO PENAL MILITAR

O Direito Penal Militar, em que pese a influência dos movimentos condicionantes do Direito Penal comum, desenvolve-se paralelamente e ganha notoriedade com o início da atividade bélica, exigindo, por consequência, a apreciação do fato crime por ângulo diverso, o que resultou na origem da Justiça Militar. É possível considerar o homem, por exemplo, um ser ontologicamente belicoso, o que permitiria afirmar que desde a formação do primeiro aglomerado humano pode-se distinguir o delito cometido contra os pares do cometido contra o inimigo, em atividade de repulsa à agressão do grupo hostil<sup>113</sup>.

O dever de obediência no direito penal militar é bem mais severo. A responsabilidade penal se exclui também por inexigibilidade de outra conduta. Segundo Fragoso o dever de obediência, no Direito militar, tem como único limite a prática de ato manifestamente criminoso. Recusar-se a obedecer à ordem do superior configura crime de insubordinação. Exclui-se a culpabilidade se o agente comete o crime em estrita obediência à ordem direta de superior hierárquico em matéria de serviço. Se a ordem do superior tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso ou há excesso nos atos ou na forma de execução é punível também o inferior<sup>114</sup>.

Segundo o artigo 38 do Código Penal Militar:

Não é culpado quem comete o crime:

b) em estrita obediência a ordem direta de superior hierárquico, em matéria de serviços.

§ 1º Responde pelo crime o autor da coação ou da ordem.

§ 2º Se a ordem do superior tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso, ou há excesso nos atos ou na forma da execução, é punível também o inferior.<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de Direito Penal Militar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 50.

<sup>114</sup> FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao Código penal*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 574-575.

<sup>115</sup> BRASIL. Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/pyNQXg>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

No Direito Penal Militar a ordem deve obedecer alguns requisitos<sup>116</sup>:

a) Que a ordem seja de um superior.

O conceito de superior é dado pelo art. 24 do Código Penal Militar, *in verbis*: “O militar que em virtude da função, exerce autoridade sobre outro de igual posto ou graduação, considera-se superior, para efeito da aplicação da lei penal militar”.<sup>117</sup>

Ordem é a expressão de vontade do superior dirigida a um ou mais subordinados para que cumpram uma prestação ou abstenção no interesse do serviço.

b) Que a ordem seja relativa ao serviço.

É aquela relacionada com as funções do inferior, dentro de suas atribuições funcionais, que atendam aos interesses da corporação, não as que beneficiam interesses particulares.

c) Que a ordem seja de competência funcional do superior.

A ordem emanada do superior deve relacionar-se com sua função, respeitando as atribuições funcionais do posto e graduação de todo militar, conforme regulamentos e normas gerais de ação.

d) Que a ordem obedeça a requisitos formais.

Em princípio todo ato administrativo é formal, pois só assim poderá ser aferido pela administração e também pelo Judiciário em caso de constatação de sua validade. É expresso em ordens de serviço, memorandos, despachos normativos, etc. Excepcionalmente a ordem pode ser verbal, em caso de urgência, instrução militar, etc.

e) Que a ordem seja cumprida em estrita obediência ao superior.

---

<sup>116</sup> LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito penal Militar*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 64.

<sup>117</sup> BRASIL. Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/pyNQXg>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

Significa que o subordinado, ao cumprir a ordem do superior, não pode ir além do que foi determinado, não havendo, portanto, excludente de culpabilidade.

f) Que a ordem não seja manifestamente ilegal, isto é, criminosa.

Considera-se manifestamente ilegal quando evidente a ilicitude da ordem, sem que haja possibilidade de dúvida. Se a ordem não for manifestamente ilegal, e o funcionário inferior não se exceder em seu cumprimento, dentro dos limites de competência e revestida de formalidades necessárias, o subalterno ou presume a licitude da ordem (erro de fato), ou se sente impossibilitado de desobedecer a ordem (inexigibilidade de conduta diversa).

#### 5.4 OS EXCESSOS NO CUMPRIMENTO DE UM DEVER

Quem atua realizando uma ação típica em cumprimento de um dever jurídico se encontra em uma situação de colisão de deveres. Assim, por exemplo, o policial que tem o dever legal de estabelecer uma ordem em uma manifestação e que, ao fazê-lo, desfere um golpe em um dos participantes, lesando-o de um modo ou outro, acabará por transgredir seu dever<sup>118</sup>.

Essa ação será típica, mas lícita se o dever cumprido for de nível ou grau superior se comparado à omissão da ação proibida. Na colisão de dois deveres de mesmo nível, a conduta do sujeito que cumpre qualquer um deles será sempre lícita<sup>119</sup>.

Logicamente que um agente no cumprimento de seu dever que se justifica deve realizá-lo dentro dos limites legais conforme o direito. Nessa conformidade com o direito surgem algumas dificuldades interpretativas que remetem a outras partes do ordenamento jurídico, ou seja, para saber quando o agente público está atuando

---

<sup>118</sup> PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal*. v. 1: Parte Geral. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 408.

<sup>119</sup> PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal*. v. 1: Parte Geral. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 393.

dentro de suas competências é necessário conhecer o conteúdo da regulamentação jurídica que rege sua atuação<sup>120</sup>.

Uma norma administrativa não pode justificar abusos e arbitrariedades das autoridades. Deve-se lembrar, também, que acima de qualquer regulamentação concreta estão os princípios da dignidade da pessoa humana<sup>121</sup>.

O uso da violência pelas autoridades públicas deve ser racional e adequado, jamais ultrapassando seus limites. No caso de uso da violência deve-se observar o máximo necessário para se reestabelecer a ordem jurídica perturbada<sup>122</sup>.

O agente que atua em estrito cumprimento do dever legal deve perseguir a realização do interesse público relevante, que fundamenta a existência da norma. Porém, o encarregado de cumprir uma determinação legal somente poderá usar de meios permitidos pelo ordenamento jurídico de modo que lese menos possível o interesse dos particulares<sup>123</sup>.

A Constituição Federal protege expressamente os direitos fundamentais. Portanto, quem atua em estrito cumprimento do dever legal deve observar se os meios e os fins estão de acordo com o Direito.

Essa excludente de ilicitude não pode ser invocada sob a hipótese de os fins justificarem os meios. No Estado Democrático de Direito os limites decorrentes da lei devem ser observados rigorosamente, respeitando os direitos fundamentais e garantias individuais<sup>124</sup>.

Quando o agente da lei atua sem utilizar os meios de menor lesividade necessários, proporcionais, incide em excesso que em regra será punido com abuso de autoridade previsto na lei n. 4.898/95 (lei de abuso de autoridade).

---

<sup>120</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1985. p. 352.

<sup>121</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1985. p. 352.

<sup>122</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1985. p. 353.

<sup>123</sup> BRODT, Luís Augusto Sanzo. Parâmetros do estrito cumprimento de dever legal. *Revista Direito Militar*, Florianópolis, n. 51, p. 35-37, jan./fev. 2005. p. 36.

<sup>124</sup> BRODT, Luís Augusto Sanzo. Parâmetros do estrito cumprimento de dever legal. *Revista Direito Militar*, Florianópolis, n. 51, p. 35-37, jan./fev. 2005. p. 37.

O agente, ao praticar o cumprimento do dever por vezes pode ser compelido ao uso da força, razão pela qual é preciso fixar os limites do seu emprego por parte dos agentes públicos que atuam no estrito cumprimento de dever legal. O emprego da força, no estrito cumprimento de dever legal, deverá balizar-se pelos princípios da proporcionalidade e da inviolabilidade dos direitos fundamentais<sup>125</sup>.

O excesso pode decorrer de dolo, de culpa ou caso fortuito, hipóteses em que não se poderá falar em responsabilidade penal. Quando se analisa um excesso, inicialmente deve haver a presença de uma excludente que se mostre excessiva<sup>126</sup>.

Será doloso o excesso quando o agente se aproveitar da situação na qual a lei lhe autoriza a agir, impor um sacrifício maior do que o necessário para proteger seu direito lesado ou ameaçado. Nesses casos de excesso doloso o agente responderá pelo fato praticado<sup>127</sup>.

O excesso culposo pode decorrer de um erro escusável ou de erro de proibição evitável quando o agente realiza uma avaliação equivocada nas circunstâncias, que lhe era possível agir adequadamente e somente será punível quando houver previsão na modalidade culposa<sup>128</sup>.

O chefe de polícia que ordena o uso de gás lacrimogênio frente a uma multidão violenta, depois de ter analisado a necessidade e proporcionalidade da medida, ainda que posteriormente avalie que poderiam ter usado meios menos lesivos, age dentro dos limites legais. Nesses casos as forças públicas usam a violência necessária para impor a paz pública<sup>129</sup>.

É evidente que há situações em que os limites são difíceis de serem balizados. As forças públicas que atuam contra a criminalidade se especializam e adquirem armamentos não letais de modo a preservar as vidas de pessoas que infringem as

---

<sup>125</sup> BRODT, Luís Augusto Sanzo. Parâmetros do estrito cumprimento de dever legal. *Revista Direito Militar*, Florianópolis, n. 51, p. 35-37, jan./fev. 2005. p. 37.

<sup>126</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: Parte Geral*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 254.

<sup>127</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: Parte Geral*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 254.

<sup>128</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: Parte Geral*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 254.

<sup>129</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Granada, 2002. p. 424.

leis. Por outro lado, o crime está cada dia mais organizado, fazendo uso de armas potentes e perigosas, a exemplo de fuzis e granadas.

Diante disso analisa-se as dificuldades que os agentes públicos enfrentam no combate à criminalidade e o quanto é difícil balizar os excessos no cumprimento da lei quando sua própria vida está em risco.

Seja a título de dolo ou culpa, o excesso punível decorre do uso dos meios desnecessários, desproporcionais e imoderados, causando um resultado mais grave do que o suportável nas circunstâncias<sup>130</sup>.

---

<sup>130</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: Parte Geral*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 254.

## 6 JURISPRUDÊNCIA

### 6.1 ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL

#### 6.1.1 Disparo de Arma de Fogo em Via Pública

Condenação e materialidade inquestionáveis. Pleito de absolvição, sob prática do crime de disparo de arma de fogo em via pública. Autoria. A alegação de ter o réu agido ao amparo da excludente de ilicitude do estrito cumprimento do dever legal, descabido. Prova dos autos suficientes a demonstrar que o réu efetuou disparos de arma de fogo em via pública quando estava "à paisana", e sem que as pessoas por ele abordadas tivessem esboçado qualquer ato agressivo contra o mesmo que justificasse os disparos realizados. Sentença correta. Recurso desprovido.<sup>131</sup>

#### 6.1.2 Lesão Corporal Culposa

Ministério Público Militar. Absolvição em primeira instância. Lesão corporal culposa decorrente de ingresso clandestino em área militar. Alegação de imprudência. Não configuração. Estrito cumprimento do dever legal. Observância da norma interna da organização militar. A condenação do militar que age em estrito cumprimento do dever legal resultaria no esvaziamento dos serviços armados das Unidades Militares, fomentando o desrespeito às forças de defesa do país, sendo a absolvição medida que se impõe. Apelo a que se nega provimento.<sup>132</sup>

---

<sup>131</sup> PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal n. 1449808-3. Apelante: Cristiano Soares Fragoso. Apelado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Des. Roberto de Vicente. Curitiba, 03 mar. 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/Q4QE6j>>. Acesso em: 29 dez. 2017.

<sup>132</sup> BRASIL. Superior Tribunal Militar. Apelação n. 00001104120127010201. Apelante: Ministério Público Militar. Apelada: Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 1ª CJM. Relator: Min. Ten. Brig. Ar. Cleonilson Nicácio Silva. Brasília, 25 mar. 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/KX8sWX>>. Acesso em: 29 dez. 2017.

### **6.1.3 Disparo com munição não letal lesão corporal**

Age em estrito cumprimento do dever legal o militar que, diante da fuga de civil preso por patrulha militar, em operação de GLO, persegue-o por vias públicas e, constatando não poder alcançá-lo, dispara armamento com munição de borracha almejando evitar a evasão, causando-lhe lesões corporais mínimas. Presentes a razoabilidade e proporcionalidade a indicar o emprego moderado dos meios. Eventual regra administrativa não possui condão de retirar, ou mesmo restringir, alcance de dispositivo penal que legitima o emprego moderado de força em situações dessa natureza.<sup>133</sup>

## **6.2 OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA**

### **6.2.1 Furto com concurso de agentes**

Furto de gêneros alimentícios. Concurso de agentes. Obediência Hierárquica. Princípio da Insignificância. Tentativa. Soldados presos em flagrante, tentando subtrair gêneros alimentícios do serviço de aprovisionamento de organização militar. A alegação de que cumpriam ordem superior não prospera, uma vez que seria razoável presumir tratar-se de prática de ato manifestamente criminoso. Quantidade e valores dos bens que não autorizam enquadrar-se como delito de bagatela. Recursos improvidos. Decisão unânime.<sup>134</sup>

### **6.2.2 Porte ilegal de arma de fogo**

---

<sup>133</sup> BRASIL. Superior Tribunal Militar. Apelação n. 1626220117010301. Apelantes: João Luis Augusto da Silva e Felipe Rosa do Carmo. Apelada: Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 3ª Auditoria da 1ª CJM. Relator: Min. Fernando Sérgio Galvão. Brasília, 13 dez. 2012. DOSTM 11 mar. 2013.

<sup>134</sup> BRASIL. Superior Tribunal Militar. Apelação n. 49934 PE 2005.01.049934-2. Relator: Min. Henrique Marini e Souza. Brasília, 16 mar. 2006. DJ 10 maio 2006.



Agentes que trabalhavam irregularmente como vigilantes armados e foram abordados em via pública, portando munições e arma de fogo. O Estatuto do Desarmamento existe há quase 12 (doze) anos, foi ampla e abertamente discutido em toda sociedade e submetido a referendo popular em outubro/2005. A ilegalidade do porte de arma é diuturnamente noticiada nos meios de comunicação mais acessíveis. Nesse contexto, não cabe alegação de desconhecimento quanto à ilicitude do porte de armas sem autorização legal. O cumprimento da ordem de portar arma de fogo e munições - manifestamente ilegal e não emanada de superior hierárquico - não encontra amparo na excludente de culpabilidade.<sup>135</sup>

---

<sup>135</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Criminal n. 20080810057736. Apelante: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Apelados: Alex Jesus dos Santos, Zildemar Avelino de Souza, Geovane Oliveira Brito, Valdiney Barbosa Almeida. Relator: Des. Esdras Neves. Brasília, 6 ago. 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/T6nX5k>>. Acesso em: 29 dez. 2017.

## 7 CONCLUSÃO

Pelo que foi exposto, é possível extrair as seguintes conclusões:

O Estado Brasileiro tem em sua Constituição Federal um pacto fundamental onde estão envolvidos todos os direitos fundamentais. E também ao legislador penal está determinado o respeito aos direitos constitucionais.

A sociedade atual tem como principal característica a dignidade da pessoa humana, fato que aumenta a responsabilidade do direito penal na promoção e guarda desses direitos.

A lei deve descrever o mais exato possível qual é a ação proibida, porque uma lei pouco clara não produzirá efeitos. Isso tem como base o princípio da legalidade, princípio geral de direito público que condiciona a existência ou vigência de qualquer norma jurídica. Portanto, essa é uma diferença estrutural do Direito Penal no Estado de Direito.

A tipicidade corresponde ao fato praticado pelo agente como está descrito na lei. Atualmente tem-se o entendimento de que o estrito cumprimento do dever legal tem natureza jurídica de causa de excludente de ilicitude. Na teoria da tipicidade conglobante as condutas ordenadas pela lei são excluídas do âmbito da proibição das normas incriminadoras por efeito da correção realizada pela compreensão conglobada das normas.

Além disso, a teoria da imputação objetiva descreve que são atípicas as condutas que integram um risco juridicamente permitido por lei a exemplo do estrito cumprimento do dever legal.

A contrariedade entre o fato típico praticado por alguém e o ordenamento jurídico chama-se antijuridicidade ou ilicitude. A conduta que, a juízo do legislador, atinge certos valores da vida social que se procura proteger sob ameaça de pena é ilícita. Ou seja, antijurídica é a conduta contrária ao direito.

No mesmo sentido, a regra jurídica que ordena ou permite a lesão ou ameaça de um bem juridicamente protegido exclui por si mesma a ilicitude. O estrito cumprimento do dever legal constitui justificção exclusiva do funcionário público. As

condutas do agente público que operam em cumprimento de um dever legal são atípicas, ou seja, abarcadas pela exclusão da ilicitude.

No ordenamento jurídico nacional os deveres estão espalhados por toda legislação: administrativa, processual, civil penal, etc. Para que o agente atue em estrito cumprimento do dever legal é necessária a existência de lei, decreto, regulamento ou ordem de superior hierárquico.

Quem desempenha um cargo estatal, às vezes, enfrenta problemas de natureza especificamente penal na relação de até que ponto seus erros no exercício do cargo, configurariam excessos.

Para o bom funcionamento, a administração pública deve ter como base o dever de obedecer às ordens de um órgão competente. A hierarquia também é necessária para que o subordinado não fique com dúvidas sobre a legalidade da ordem que recebe.

Nesse sentido, a obediência tem como fundamento uma causa de justificação porque, na obediência, o poder de atuar não chega ordinariamente ao funcionário pela lei, mas através de seu superior hierárquico.

No direito penal militar o dever de obediência é bem mais severo. Recusar-se a obedecer a ordem do superior configura crime de insubordinação. No sistema militar, não cabe ao subordinado analisar da legalidade da ordem. Portanto, estará agindo em estrito cumprimento do dever legal (dever de obedecer a ordem). Nesse caso, o subordinado não responde pelo crime, estando coberto por uma causa de excludente da ilicitude, respondendo por ele o superior<sup>136</sup>.

A obediência hierárquica e o estrito cumprimento de um dever legal não se assemelham, porque o primeiro exclui a culpabilidade e o segundo exclui a ilicitude. Em certos casos a obediência deve ser absoluta e não relativa, como acontece no sistema militar. No entanto, o que realmente difere esses institutos é de onde vem o comando para agir, ou seja, ordem legal de superior enseja estrito cumprimento do dever legal.

---

<sup>136</sup> LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito penal Militar*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 66.

O agente que atua no cumprimento de seu dever deve realizá-lo dentro dos limites legais conforme o direito. Nesses casos os direitos fundamentais constitucionais devem ser respeitados, proibindo os excessos na atuação do agente público. Diante disso o agente tem a obrigação de conhecer o conteúdo regulamentar que está regendo sua atuação.

A realização do interesse público deve ser o fundamento para atuação do agente público que atua em estrito cumprimento do dever legal. A violência usada pelo Estado no estrito cumprimento do dever legal deve ser necessária e proporcional de maneira que os direitos individuais constitucionais estejam totalmente protegidos.

O Estado deve sempre zelar pela proteção e manutenção da paz social de maneira que a sociedade não veja no Estado uma máquina que propaga violência e intolerância. Atualmente, a mídia ataca as atuações do Estado com imagens e reportagens que, muitas vezes, não mostram os fatos na íntegra, mas direcionam de maneira a influenciar ideias políticas e ideológicas de certos fragmentos da sociedade.

Portanto, no Estado Democrático de Direito a preservação das liberdades e dos direitos individuais fundamentais não pode ser inferior à certeza da aplicação justa da norma jurídica.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BETIOL, Giuseppe. *Direito Penal, Parte Geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 1970.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: Parte Geral*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<https://goo.gl/tzcxFG>>. Acesso em: 24 dez. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/pyNQXg>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/LxyrTx>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. Apelação n. 00001104120127010201. Apelante: Ministério Público Militar. Apelada: Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 1ª CJM. Relator: Min. Ten. Brig. Ar. Cleonilson Nicácio Silva. Brasília, 25 mar. 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/KX8sWX>>. Acesso em: 29 dez. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. Apelação n. 1626220117010301. Apelantes: João Luis Augusto da Silva e Felipe Rosa do Carmo. Apelada: Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 3ª Auditoria da 1ª CJM. Relator: Min. Fernando Sérgio Galvão. Brasília, 13 dez. 2012. DOSTM 11 mar. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. Apelação n. 49934 PE 2005.01.049934-2. Relator: Min. Henrique Marini e Souza. Brasília, 16 mar. 2006. DJ 10 maio 2006.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Do estrito Cumprimento do Dever legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. Parâmetros do estrito cumprimento de dever legal. *Revista Direito Militar*, Florianópolis, n. 51, p. 35-37, jan/fev, 2005.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Criminal n. 20080810057736. Apelante: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Apelados: Alex Jesus dos Santos, Zildemar Avelino de Souza, Geovane Oliveira Brito, Valdiney Barbosa Almeida. Relator: Des. Esdras Neves. Brasília, 6 ago. 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/T6nX5k>>. Acesso em: 29 dez. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

- FERRAJOLI, Luigi. *El Garantismo Y la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.
- FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao Código penal*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 141.
- HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código penal*. v. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Granada: Comares, 2002.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal: Parte Geral*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Imputação Objetiva*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- JIMENEZ DE ASÚA, Luiz. *Tratado de Derecho Penal*. 6. ed. Buenos Aires: losada, 1952.
- LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*. Madrid: Editorial Réus, 1929.
- LOCKE, John. *Dois Tratados Sobre o Governo*. São Paulo: Martins Fontes 1998.
- LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito penal Militar*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado*. v. 1. São Paulo: Método, 2013.
- MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962.
- MEZGER, Edmund. *Derecho Penal*. Madrid: Revista Derecho Privado, 1935.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: Parte General*. Barcelona: Promociones Publicaciones Universitarias, 1984.
- MOTTA, Ivan Martins. *Estrito Cumprimento de Dever legal e Exercício Regular de Direito*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1985.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de Direito Penal Militar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal: Introdução e Parte Geral*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1989.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal n. 1449808-3. Apelante: Cristiano Soares Fragoso. Apelado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Des. Roberto de Vicente. Curitiba, 03 mar. 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/Q4QE6j>>. Acesso em: 29 dez. 2017.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal*. v. 1: Parte Geral. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do Delito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: Parte General, La Estructura de La Teoría Del Delito*. Barcelona: Civitas, 1972.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SAUER, Guillermo. *Derecho Penal: Parte General*. Barcelona: Bosch, 1956.

SBARDELOTTO, Fabio Roque. *Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

WEINMANN, Amadeu de Almeida. *Princípios de Direito Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 458.