

O USO DAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE NA ATUAÇÃO POLICIAL

THE USE OF EXCLUSIONS OF ILLEGALITY IN THE POLICE ACTION

BORGES, GustavoKubitschek¹
NERES, Wesley Fábio da Silva²

RESUMO

Na profissão policial, por muitas das vezes, se torna necessário o uso de ações diferenciadas, valendo-se de força necessária para cessar ou controlar certas situações. Sendo assim, em algumas ações na atividade policial, torna-se necessário que a conduta do policial esteja amparada por uma das causas de excludentes de ilicitude que estão previstas no artigo 23 do código penal (BRASIL, 1940). Nesse contexto, o objetivo do presente trabalho é expor as causas de excludente de ilicitude que o policial pode se amparar no exercício das suas funções e quando esse agente poderá usá-la.

Palavras-chave: Excludentes de ilicitude. Policial. Conduta.

ABSTRACT

In the police profession, for many of the times, it becomes necessary to use differentiated actions, using the force necessary to cease or control certain situations. Therefore, in some actions in the police activity, it is necessary that the conduct of the police is protected by one of the exclusionary causes of illicitness that are provided for in article 23 of the penal code. In this context, the objective of the present work is to expose the causes of exclusion of illegality that the police officer can rely on in the exercise of his functions and when that agent can use it.

Keywords: Exclusion of unlawfulness; Cop; Conduct.

¹ Aluno do Curso de Formação de Praças, Turma Charlie, 4ª Companhia, Goiânia, do Comando da Academia da Polícia Militar de Goiás – CAPM, gustavomakb@hotmail.com.

² Professor orientador: Professor especialista do programa de Pós-Graduação e Extensão do Comando da Academia da Polícia Militar de Goiás-CAPM, wesleyneres09@gmail.com, Goiânia – Go, fevereiro de 2018.

1 INTRODUÇÃO

Ilicitude é a relação contrária existente entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico, a exclusão da ilicitude acontecerá quando retirar-se o carácter antijurídico de um fato típico, várias doutrinas usam o termo “antijuridicidade” como sinônimo de ilicitude, na atuação policial haverá a presença da exclusão de ilicitude tanto nas causas legais como nas extralegis.

A doutrina majoritária possui duas teorias para caracterizar a exclusão de ilicitude, a finalista onde se observa os elementos subjetivos, que são aquele em que o agente deve saber que está diante de uma excludente de ilicitude e os objetivos que são aqueles expressos pela lei e a causal em que os elementos objetivos já são suficientes.

O Código Penal (BRASIL, 1940) apresenta em seu artigo 23 as causas de exclusão de ilicitude, as causas legais são: estado de necessidade, legítima defesa, exercício do cumprimento do dever legal e exercício regular de um direito, já as causas extralegis são aquelas não previstas.

Durante o exercício de suas atividades o policial por vezes terá que tomar atitudes ou até mesmo utilizar o uso da força, de forma que se for analisada desconexa de toda a ação poderá se tornar uma conduta típica, mas ao juntar todos os fatos podemos perceber que o policial agiu dentro das normas exigidas e teve que tomar uma atitude típica para cumprir com seu dever de servir a lei, nesses casos haverá a exclusão de ilicitude desde que o policial não haja com excessos.

Um dos órgãos que compõe a segurança pública no Brasil é a polícia militar. O policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública encontram-se dentre suas atribuições. O policial a qualquer hora do dia ou da noite pode ter solicitada a sua atuação, tendo o dever funcional de agir na manutenção da segurança pública visando o bem comum.

O objetivo do artigo é descrever as excludentes de ilicitude na atuação policial, as atitudes tomadas, em quais casos a lei os resguarda, não só no Código Penal (BRASIL, 1940), como também na Constituição Federal e Legislação Extravagante, saber até onde eles podem agir e em quais situações haverão excessos, tendo em vista que não existem exceções que permitem conduta típica, a ilicitude nesses casos será presumida e a defesa deverá comprovar a causa de excludente, pois o ônus será seu.

A partir desta premissa o seguinte problema se apresenta: “como funciona as excludentes de ilicitude na atuação policial”?

Ao reconhecer a importância do tema proposto, espera-se saber quais os problemas existentes em torno das excludentes de ilicitude, se é necessário provar ou não a causa de

excludente, de quem será o ônus, os tipos de exclusão de ilicitude, situações em que se imagina que esteja sob a excludente e na verdade não está e etc.

É de fundamental importância que os policiais militares do Estado de Goiás aprimorem seus conhecimentos na parte das excludentes de ilicitude, conseguindo então que suas ações sejam sempre realizadas conforme a lei, sabendo atuar para que não sejam responsabilizados por não conhece-la, evitando assim consequências mais graves.

2 REVISÃO DE LITERATURA

2.1 Definição de ilicitude

Ilicitude é a relação de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico, Capez e Prado (2008, p.62) acreditam que toda conduta ilícita é típica, mas existem situações em que há a incidência das excludentes de ilicitude. É preciso levar em consideração os aspectos formais de antijuricidade e o material para se verificar a incidência da ilicitude.

2.2 Origem histórica

Segundo Menuzzi e Duarte (2012, n.101), no período colonial após o Brasil ser descoberto, o código que vigorava tinha por nome, Ordenações Filipinas e trouxe marco importante para a criação do instituto da legítima defesa, assim como a legítima defesa da honra, mas essa legislação trouxe graves consequências para o Brasil, pois foi considerado como um regime fantástico de terror punitivo.

Menuzzi e Duarte (2012, n.101) esclarecem sobre o período imperial, que após a independência conquistada pelo Brasil, houveram mudanças, dentre elas, a criação do Código Criminal do Império, que possuía causas de justificação, podia observar-se a presença da excludente de ilicitude de exercício regular de um direito.

O código penal de 1980 (BRASIL, 1980), foi criado com bastantes defeitos e chegou a ser considerado o pior código da legislação brasileira, entretanto já estavam presentes algumas excludentes de ilicitude.

Menuzzi e Duarte (2012, n.101) relatam sobre o código penal de 1940 que surgiu através do decreto lei nº2.848 de 7 de dezembro (BRASIL, 1940), começou a vigorar em 1942, trouxe

todas as excludentes previstas atualmente no código, porém com o nome de excludentes de criminalidade.

2.3 Espécies de excludentes de ilicitude

De acordo com o artigo 23 do Código Penal (BRASIL, 1940) haverá a exclusão da ilicitude quando o agente praticar o fato: em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito.

No artigo 150 do Código Penal (BRASIL, 1940) haverá a exclusão da ilicitude quando houver a violação de domicílio: durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência; a qualquer hora do dia ou da noite quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de ser.

No artigo 142 do Código penal (BRASIL, 1940) haverá a exclusão da ilicitude quando houver injúria ou difamação: o conceito desfavorável emitido por funcionário público, em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever do ofício.

Temos a exclusão da ilicitude também nos casos do artigo 5, inciso XI, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), onde poderá haver a violação do domicílio com o consentimento do morador, em caso de flagrante delito, desastre, para prestar socorro, ou durante o dia por determinação judicial.

Além dos artigos citados existem casos supralegais, que não estão previstos expressamente em lei, como o consentimento do ofendido.

2.4 Estado de necessidade

Antes de tudo, a situação de necessidade pressupõe a existência de um perigo atual que ponha em perigo dois ou mais interesses legítimos, que não podem ser todos salvos pelas circunstâncias.

O exemplo mais conhecido é o da “tábua de salvação”: logo após um naufrágio, dois homens se veem obrigados a dividir uma tábua, que suporta somente o peso de uma dela. O direito autoriza nesse contexto, uma delas a matar a outra, para salvar sua própria vida, se isso for preciso.

Nucci (2016, p.240) destaca que no estado de necessidade há o sacrifício de um interesse protegido por lei, para que o direito do próprio agente ou de terceiros possa ser salvo de perigo

que não é possível evitar ou atual. O Código Penal (BRASIL, 1940) diz ainda que o sacrifício deve ser aquele que não era razoável exigir-se no momento da situação. Já Greco (2016, p.145) ressalva que se tratando de estado de necessidade, haverá um conflito de bens que são amparados pela legislação e dependendo da situação um bem prevalecerá sobre o outro.

Para se falar em estado de necessidade Nucci (2016, p.242) cita que é preciso haver certos requisitos exigidos que são: presença um perigo atual, a geração do perigo não poderá ser provocada, perigo e lesão que não poderiam ser evitados, proteger direito próprio ou de terceiros, sacrifício do bem ameaçado deve ser proporcional ao dever legal de enfrentar o perigo.

Na atuação policial Greco (2016, p.146) entende que esteja em estado de necessidade os policiais que precisam se abrigar dentro de uma residência para se protegerem durante troca de tiros ou até mesmo policiais que durante a noite fiquem encurralados nas escadas de uma favela e para se protegerem precisam atirar nas lâmpadas.

No código penal militar (BRASIL, 1969), em seus artigos 39 e 43 está previsto o estado de necessidade e o mesmo adota a teoria diferenciadora. Segundo esta teoria, há dois estados de necessidade, o exculpante (exclui a culpabilidade) e o justificante (exclui a ilicitude). É verificado o estado de necessidade justificante quando for de menor importância o bem jurídico preterido que o bem jurídico salvo, que fará a necessária ponderação dos bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico pela conduta do policial.

O estado de necessidade exculpante tem como consequência a exclusão da culpabilidade, mais especificamente na exigibilidade de conduta diversa. Portanto, no caso da exculpante, na hipótese da excludente ocorreria sem haver a possibilidade de atuar de modo diferente, tendo o sacrifício da vida em proteção ao patrimônio, sendo que no ordenamento jurídico do Brasil, o direito ao patrimônio não se sobrepõe ao direito a vida.

2.5 Legítima defesa

Diz o CP (BRASIL, 1940), no art. 25: “Entende -se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

Nucci (2016, p.245) acredita que seja a defesa necessária contra agressão injusta atual ou iminente, contra direito de terceiro ou próprio usando moderadamente os meios necessários. Jiménez (p.190) destaca ainda que não se pode ultrapassar a necessidade da defesa e usar meios proporcionais diante da agressão.

Segundo Greco (2016, p.135) os elementos indispensáveis para o reconhecimento da legítima defesa são: agressão injusta, utilização dos meios necessários, moderação no uso de meios necessários, atualidade ou iminência da agressão e defesa própria ou de terceiros.

De acordo com Nucci (2016, p.262) existem 14 tipos de legítima defesa, cada uma com sua especialidade, mas esse ponto é divergente entre vários doutrinadores, alguns acreditam que realmente existem, outros acreditam na existência de somente 4 tipos.

Pode se dar em nome próprio ou alheio o exercício do direito de legítima defesa. Aquela em que o autor da ação de repelir é o próprio detentor do bem jurídico ameaçado, se trata da legítima defesa em nome próprio, enquanto que a legítima defesa em nome alheio, o autor da ação de repelir visa defender bem jurídico de outrem.

Greco (2016, p.139) diz que na atuação policial acredita-se que esteja agindo em legítima defesa os policiais que revidam ao ataque de traficantes de drogas e acabam causando a morte de dois membros do grupo. Os policiais, só estão autorizados a efetuar disparos quando estiverem agindo em situação de legítima defesa, entretanto nem toda situação será permitido o uso da arma de fogo.

Greco (2016, p.140) traz um exemplo de quando há excesso ao revidar ou tentar repelir a agressão, no caso de um traficante praticar uma injusta agressão contra um policial que estava no atributo de suas funções, se o policial agir com excesso, o traficante poderá agir em legítima defesa, pois se deve usar moderadamente dos meios de defesa.

Existe também a legítima defesa putativa, que seria a errada suposição da presença da legítima defesa por erro de tipo ou de proibição. Para que a legítima defesa seja caracterizada com base na excludente de legítima defesa, ao repelir injusta agressão é indispensável que sejam usados os meios necessários e proporcionais para cessar a agressão. Deve ser atual ou iminente essa injusta agressão e será repelida para resguardar direito de terceiros ou próprio.

2.6 Estrito cumprimento do dever legal

Nucci (2016, p.266) define como uma ação que é praticada decorrente de um dever imposto por lei, mesmo que cause lesão a bem jurídico de terceiros, cita ainda que na legislação existem vários deveres atribuídos a agentes que de uma certa forma configuram fato típico.

Bregalda (2017, p.192) cita os requisitos para estar agindo em estrito cumprimento do dever legal, que são: exercício imposto ao agente da Administração Pública e cumprimento nos exatos limites impostos.

O estrito cumprimento do dever legal previsto no art.23, do código penal (BRASIL, 1940) onde dispõe o cumprimento de dever imposto pela lei, que a ilicitude da conduta deverá

ser afastada quando a mesma for típica. É direcionado para as ações praticadas por agente público, mas não exclui o particular que atua na função pública.

Para ser configurada a excludente de estrito cumprimento do dever legal, o agente deve sempre obedecer ao requisito do dever legal, cumprindo exatamente o que a lei lhe permite fazer, isto é, deverá estar pautado, o cumprimento desse dever, ao que está imposto por lei, sem cometer abusos ou excessos.

Estará, portanto agindo em estrito cumprimento do dever legal, aquele policial que fizer a prisão de um criminoso em flagrante delito ou por exemplo quando adentrar a uma residência para fazer a prisão e um criminoso.

Conclui-se que o dever legal, via de regra, no exercício de suas funções é atribuição do agente público. O estrito cumprimento do dever legal, assim como as demais excludentes de ilicitude, possui natureza jurídica de norma permissiva, sendo que, por meio desse instituto, autoriza-se que o agente pratique uma típica conduta configurada no código penal (BRASIL, 1940), porém não possuirá o elemento antijurídico, necessário para a tipicidade do fato concreto se configurar.

2.7 Exercício regular de direito

Nucci (2016, p.268) caracteriza como a realização de prática autorizada por lei, que torna lícito um fato típico. De acordo com código penal brasileiro (BRASIL, 1940), o agente no desempenho de suas atividades possui direitos e deveres, por vezes esse direito que o agente exercita está previsto e autorizado pela lei, dessa forma ele não pode ser punido como se estivesse praticando um delito.

O exercício regular de direito e o estrito cumprimento do dever legal, ao contrário das outras excludentes de antijuricidade previstas, não foram definidas pelo legislador, cabendo isso à doutrina conceituá-la.

2.8 Limites da excludente

Assim como as demais excludentes de ilicitude, essa causa deve obedecer aos limites legais. Não pode abusar de um direito quem o tem. O abuso ou o excesso enseja, além do afastamento da excludente, a utilização por parte do prejudicado da legítima defesa pelo

exercício irregular e abusivo do direito. Além do que foi mencionado, pode ocorrer até mesmo a prática de um crime.

A moderação no emprego dos meios necessários à repulsa é um dos requisitos mais importantes para se configurar a legítima defesa. Deste item, podem ser retirados dois núcleos. Um deles seria que somente quando a conduta de defesa é necessária para repelir a agressão que ocorreria a causa de justificação. O outro item, seria a moderação no emprego dessa conduta. Para alguns doutrinadores, a repulsa, não pode ser significativamente superior à agressão.

O excesso pode ocorrer do uso inadequado do meio, sendo que, o sujeito poderia ter utilizado meios menos vulnerantes, ou a falta de moderação na ação. O princípio da proporcionalidade se faz necessário pois, afastado esse princípio, a legítima defesa perde a sua coerência.

O disparo feito por um policial em face de uma pessoa, chegando este a morrer, ocorrerá em princípio, ao cometimento do crime de homicídio (art.121, do CP), salvo se resguardado por alguma das causas de excludente de ilicitude descritas no código penal (BRASIL, 1940). Deve-se ressaltar que quando o agente extrapolar os limites na sua ação haverá crime.

Por parte do agente de segurança em caso de excesso culposo ou doloso na legítima defesa, esse será responsabilizado pelo fato típico ao excesso cometido. Quando o agente atua no estrito cumprimento do dever legal não há crime. Deve-se constar em lei esse dever, atos administrativos ou regulamentos fundados em lei.

2.9 Violação de domicílio, art.150, cp e art.5, cf

Não será considerado como crime a violação de domicílio por policiais durante o dia para efetuar prisão ou outra ação desde que siga a lei; durante o dia ou a noite violar domicílio quando algum crime estiver em andamento ou prestes a ocorrer.

§ 3º - Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências: **I** - durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência; **II** - a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser (CÓDIGO PENAL, BRASIL, 1940).

O crime de violação de domicílio será afastado se um policial no atributo de suas funções precisar violar um domicílio se o morador permitir, para impedir desastre, em casos de delito em andamento, para socorrer alguém ou para cumprir durante o dia determinação judicial.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BRASIL, 1988)

2.10 Conceito desfavorável, art.142, cp

O crime de injúria ou difamação será excluído se um policial durante o desempenho de seu dever emitir conceito desfavorável, assim como diz o Código Penal (BRASIL, 1940) “Art. 142 - Não constituem injúria ou difamação punível: III - o conceito desfavorável emitido por funcionário público, em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever do ofício”.

2.11 Caso supralegal: consentimento do ofendido

Nucci (2016, p.272) define como um direito que o ofendido tem, como titular do bem ou interesse protegido de concordar livremente com sua perda. Esse consentimento possui 2 finalidades, que são de excluir a ilicitude e afastar a tipicidade do fato, mas para que a ilicitude seja excluída existem requisitos que de acordo com Greco (2017, p.144) são: que mesmo após recair a conduta sobre o bem, ele esteja disponível, que o ofendido tenha capacidade para consentir e que esse consentimento tenha sido dado antes ou simultaneidade com a conduta do agente.

2.12 Diferenças entre legítima defesa e estado de necessidade

As principais excludentes de ilicitude (legítima defesa e estado de necessidade) diferem em alguns aspectos, sendo que a legítima defesa pressupõe agressão, e o estado de necessidade, perigo.

Outra diferença é que quando evitável a agressão há ainda legítima defesa, mas só há estado de necessidade se inevitável for o perigo. Não ocorrerá legítima defesa contra ataque de animal (exceto quando o mesmo for instrumento de uma agressão humana), mas nessa situação existe estado de necessidade.

Na legítima defesa, só haverá uma pessoa com razão; no estado de necessidade, todos têm razão, pois são legítimos seus interesses ou bens.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

De acordo com (Masson,2014):

Ilicitude é a contrariedade entre o fato típico praticado por alguém e o ordenamento jurídico, capaz de lesionar ou expor a perigo de lesão bens jurídicos penalmente tutelados. O juízo de ilicitude é posterior e dependente do juízo de tipicidade, de forma que todo fato penalmente ilícito também é, necessariamente, típico (MASSON,2014, p.382).

Para (CASAROTI,2015, p.538) relata que a ilicitude é a contrariedade entre o fato típico praticado pelo agente e o ordenamento jurídico. É o segundo elemento do crime.

Então entende-se que o simples enquadramento de um fato humano em um tipo penal incriminador leva à presunção de que o fato é ilícito. Assim, é presumidamente ilícito todo fato típico. Todavia, a presunção é relativa, pois estando presente uma causa de exclusão de ilicitude, o fato típico será considerado lícito, não havendo crime. Ex. o agente que atua em legítima defesa.

Quando ocorre uma excludente de ilicitude há uma chamada “espécie” de autorização da lei para que uma conduta típica seja praticada. O mais importante seria na constatação que será aferida a ilicitude através de um procedimento negativo logo após a verificação da tipicidade, ou seja, que não concorre qualquer causa justificante pela averiguação. O direito permite que se realize, em certos casos, um comportamento típico não antijurídico.

A vida é um bem passível de proteção, sendo assim, o policial que atua legalmente nas suas funções e é agredido injustamente, deve repelir essa injusta agressão, para preservar a sua própria vida ou a de outrem.

Portanto, nota -se a importância das excludentes de ilicitude na atividade policial, pois em certas ocasiões pelo risco da profissão é de suma importância o uso das mesmas para se tornar lícita uma conduta típica praticada por um policial. Assim, o policial que pratica fato típico acolhido por uma excludente, não cometerá ato ilícito, sendo uma exceção à regra que sempre será ilícito todo fato típico.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho viabilizou indicar os aspectos básicos que norteiam o uso das excludentes de ilicitude na atuação policial. As excludentes de ilicitude são de suma importância na atuação de qualquer policial. Num aspecto geral, verifica-se que a atividade policial é muito desgastante, tanto fisicamente quanto psicologicamente. Esse é um dos motivos que o Estado deve oferecer maior amparo ao policial enquanto agente de segurança pública, pois o agente atua em nome do próprio estado, necessitando de maior apoio em lei para desempenhar melhor sua função, contribuindo assim para a promoção e manutenção da segurança pública.

No âmbito policial, a utilização da força deve estar condicionada à observância do ordenamento jurídico, sendo o meio para controlar situações que ameaça a integridade, ordem pública ou a vida das pessoas. O policial deverá observar, ao realizar uma abordagem, fundamentos para assegurar que seja alcançado o objetivo proposto.

Portanto, levando em consideração a aplicação da força pelos responsáveis pela segurança pública, as excludentes de ilicitude são elementos indispensáveis para o embasamento legal do uso da força pelos policiais.

REFERÊNCIAS

BREGALDA, Gustavo (Org.). **Vade: Concurso Delegado Estadual**. 7. ed. São Paulo: Rideel, 2017. p.190.

GRECO, Rogério. **Atividade Policial**. 7. ed. Niterói: Impetus, 2016. p.135.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado – Parte geral – vol. 1**. 8.^a ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2014. p.382.

MENUZZI, Jean Mauro; DUARTE, Vanderlei. **Excludentes de ilicitude: localização história**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 101, jun. 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11824>. Acesso em: 17 jan. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. P.245.