

IVAN MARTINS MOTTA

**A DUPLA NATUREZA JURÍDICA DO ESTRITO CUMPRIMENTO
DE DEVER LEGAL E DO EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO**

MESTRADO

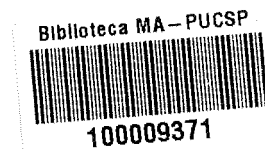
DIREITO PENAL

PUC/SÃO PAULO - 1997

7255
EX 2

IVAN MARTINS MOTTA

**A DUPLA NATUREZA JURÍDICA DO ESTRITO CUMPRIMENTO
DE DEVER LEGAL E DO EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO**



Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Penal, sob orientação do Professor Doutor Dirceu de Mello.

TUMBU 161 - 10x
FA D 1'06/10/98
NF
VALOR
PROCED.

FICHA CATALOGRÁFICA

DM
340
M

Motta, Ivan Martins

A dupla natureza jurídica do estrito
cumprimento de dever legal e do exercício
regular de direito. – São Paulo : s.n. ,
101. ; 30 cm

Dissertação (Mestrado) – Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo
Área de concentração – Direito Penal
Orientador : Prof. Dirceu de Mello

1. Direito Penal. 2. Direito Processual Penal

Palavras-chave : Natureza Jurídica – Cumprimento
de dever legal – Exercício de direito - Repercussões
processuais penais



DM
340
M921d
EX.2

COMISSÃO JULGADORA

[Handwritten signature]
.....
[Handwritten signature]
.....
[Handwritten signature]
.....

RESUMO DO TRABALHO

O estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular de direito, têm dupla natureza jurídica : causa de exclusão da tipicidade e causa de exclusão da antijuridicidade.

Os referidos institutos exercem a função de excludentes da tipicidade sempre que a conduta, cujo exercício *implique necessariamente uma lesão a determinado bem jurídico*, tenha sido *ordenada* ou *fomentada* pelo ordenamento jurídico, pois a lógica mais elementar nos diz que o tipo não pode proibir o que o direito ordena ou fomenta. Nas demais hipóteses, desempenham o papel de excludentes da antijuridicidade.

Na primeira hipótese, a omissão das autoridades públicas na sua persecução penal deve-se, portanto, ao fato de que as condutas não são típicas. Nestes casos, seria um absurdo exigir que os agentes, que cumprem à risca o dever legal ou exercem de forma regular o direito, se justifiquem, sendo submetidos ao ônus do processo.

Este entendimento preserva o nexo de harmonia que deve existir entre o direito material e o direito instrumental, evitando as perplexidades decorrentes da consideração das entidades jurídicas em exame unicamente como causas de exclusão da antijuridicidade, não obstante, nas hipóteses mencionadas, os autores das condutas " típicas " não sejam submetidos a qualquer procedimento persecutório, o que seria um contra-senso.

DEDICATÓRIA :

In memoriam dos saudosos :

Dr. José Alves Motta, meu pai, combativo representante do Ministério Público paulista.

Prof. Dr. José Frederico Marques, meu mestre na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Aos quais devo o entusiasmo pelo estudo do Direito Penal.

ÍNDICE GERAL

Introdução	8
-------------------------	---

Capítulo I

TIPICIDADE

1. Tipo e tipicidade	10
2. Origem histórica do conceito de tipo legal de crime	11
3. Evolução do conceito tipo na dogmática alemã : as teorias de BELING, M. E. MAYER, MEZGER e WELZEL.....	11
4. Importância e funções do tipo no direito penal moderno	18
5. A norma como pressuposto do tipo penal	19
6. Tipicidade, antinormatividade e antijuridicidade	22
7. Concepção material do tipo penal	24

Capítulo II

ANTI JURIDICIDADE

1. Função dúplice da antijuridicidade e a distinção entre antijuridicidade formal e material.....	26
2. Repercussões práticas da concepção material da tipicidade e da antijuridicidade material	28
3. Conceito de antijuridicidade	29
4. Causas de exclusão da antijuridicidade	31
5. Fundamentos das causas de exclusão da antijuridicidade e a tentativa de sua sistematização	33

6. Fontes das causas de exclusão da antijuridicidade	36
7. Elementos subjetivos das causas de exclusão da antijuridicidade	37
8. Efeitos penais comuns das causas de exclusão da antijuridicidade	39

Capítulo III

O ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL E O EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO

1. Generalidades	41
2. Estrito cumprimento de dever legal	45
3. Exercício regular de direito	51
4. Natureza jurídica do cumprimento de deveres	60
5. Natureza jurídica do exercício de direitos	72

Capítulo IV

ASPECTOS PROCESSUAIS PENAIS

1. Tipicidade e seu valor processual penal	81
2. Causas de exclusão da antijuridicidade e sua repercussão no processo penal	84
3. O cumprimento de deveres e suas implicações processuais penais	87
4. O exercício de direitos e suas implicações processuais penais	88
5. A posição da jurisprudência sobre o cumprimento de deveres e o exercício de direitos	90

Conclusões	94
-------------------------	----

Bibliografia	100
---------------------------	-----

INTRODUÇÃO

A escolha do tema desta monografia é resultado da observação que a identificação do estrito cumprimento de dever legal e do exercício regular de direito unicamente como causas de exclusão da antijuridicidade gera uma contradição entre esta natureza jurídica, e as conseqüências processuais daí resultantes.

É sabido que a consideração de qualquer causa de exclusão da antijuridicidade pressupõe logicamente a presença da tipicidade, ou seja, a prática de uma conduta que se amolda a um tipo legal de crime, pois é evidente que não se pensaria em excluir a ilicitude de uma conduta atípica. Isso é uma decorrência necessária do conceito analítico ou dogmático de crime em que os seus elementos - tipicidade, antijuridicidade (ilicitude) e culpabilidade - estão vinculados de tal maneira que o posterior pressupõe o anterior.

É, igualmente, cediço que a prática de uma conduta prevista num tipo penal repercute no plano processual, quer através da instauração de inquérito policial, termo circunstanciado ou qualquer outro ato ou procedimento administrativo averiguador, quer através do oferecimento de denúncia ou queixa.

Porém, é de fácil verificação que, muitas vezes, a prática de condutas aparentemente típicas não tem qualquer repercussão processual, muito embora seja do conhecimento da autoridade pública ou do ofendido. Assim, por exemplo, nenhuma autoridade policial submeteria ao inquérito o boxeador que, com um potente soco, nocauteasse o seu contendor no ringue. Da mesma forma, não sujeitaria àquele procedimento o cirurgião que lancetasse um abscesso no corpo de seu paciente em uma intervenção cirúrgica. Também não o faria com relação ao policial que prendesse alguém em cumprimento de uma ordem judicial de prisão. No entanto estas condutas, aparentemente, estariam subsumidas nos tipos legais dos crimes de lesão corporal ou seqüestro e cárcere privado.

Se manusearmos uma boa parte dos manuais de direito penal verificaremos que os casos acima citados são, geralmente, apontados como exemplos de estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito. No entender de seus autores, muito embora as condutas sejam típicas, elas estariam justificadas por aquelas excludentes. No entanto, esses compêndios não explicam a razão pela qual, nestas hipóteses, não se inicia a persecução penal, muito embora típicas as condutas. Aliás, saliente-se, nem sequer superficialmente abordam a questão, ignorando totalmente o reflexo

necessário da natureza jurídica por eles atribuída aos referidos institutos sobre o plano processual penal.

A constatação desta omissão nos despertou o desafio de enfrentar o árduo tema da natureza jurídica do estrito cumprimento de dever legal e do exercício regular de direito. O objetivo deste trabalho não é investigar e esmiuçar todas as suas hipóteses legais espalhadas pelo ordenamento jurídico, esgotando a matéria, mas, apenas e tão somente, obter uma exata compreensão sobre a sua natureza jurídica e, desta forma, procurar superar a contradição apontada.

Através da presente obra pretendemos demonstrar que o estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular de direito, têm dupla natureza jurídica : causa de exclusão da tipicidade e causa de exclusão da antijuridicidade.

Exercem a função de excludentes da tipicidade sempre que a conduta, cujo exercício *occasione necessariamente una lesão a determinado bem jurídico*, tenha sido *ordenada* ou *fomentada* pelo direito, pois a lógica mais elementar nos diz que o tipo não pode proibir o que o direito ordena ou fomenta.

De acordo com a nossa ótica, a omissão das autoridades públicas na persecução penal das condutas supra exemplificadas e congêneres, deve-se ao fato de que elas não são penalmente típicas, face à presença do estrito cumprimento de dever legal e do exercício regular de direito que, no caso, atuam como excludentes da tipicidade. Esse entendimento preserva o nexo de harmonia que deve existir entre o direito material e o direito instrumental, evitando, conseqüentemente, as perplexidades decorrentes da consideração dos institutos em exame exclusivamente como causas de exclusão da ilicitude, não obstante os autores das mencionadas condutas " típicas " não sejam submetidos a qualquer procedimento persecutório, o que seria um contra-senso.

CAPÍTULO I

TIPICIDADE

1. Tipo e tipicidade

Preliminarmente, é necessário que se distinga de forma nítida os conceitos de tipo e tipicidade antes que se possa desenvolver a matéria deste estudo. Não se deve confundir o tipo com a tipicidade.

FRANCISCO MUÑOZ CONDE, que concebe o tipo como uma figura puramente conceitual, suficientemente abstrata para poder conter dentro de si todas as condutas que tenham características essenciais comuns, distingue o tipo da tipicidade em termos bem precisos. Para o mestre de Sevilha, *tipo* é a descrição da conduta proibida feita pelo legislador na hipótese de fato de uma norma penal. *Tipicidade* é a adequação de um fato cometido à descrição que dele se faz na lei penal.¹

EUGENIO RAUL ZAFFARONI, também, estabelece com singular clareza os contornos dos conceitos de tipo e tipicidade. *Tipo*, na sua visão, é a fórmula que pertence à lei, enquanto *tipicidade* é a característica que tem uma conduta em razão de estar adequada a um tipo penal, pertencendo, portanto, ao âmbito da ação.²

Adaptando o exemplo de ZAFFARONI à nossa lei penal, podemos dizer que *tipo* é a fórmula legal do artigo 121 do Código Penal que diz : " matar alguém... ", e *tipicidade* é a característica que tem a conduta de A, que dispara cinco balas de revólver contra B causando-lhe a morte, em virtude de estar adequada àquele tipo legal de crime. Logo, o *tipo* está no *código penal* e a *tipicidade* está na *realidade*.

Seguindo a linha de raciocínio de LUIS COUSIÑO MAC IVER, verificamos que ambos os termos, *tipo* e *tipicidade*, são substantivos : " o primeiro é abstrato e, por conseguinte, vive no mundo do pensamento; o segundo é concreto e designa fatos que têm uma existência real. Por conseguinte, a tipicidade não é uma adjetivação do tipo, posto que possui uma individualidade independente, não obstante que, dentro do ordenamento

¹ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, Teoria Geral do Delito, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1988, ps. 41 e 42.

² EUGENIO RAUL ZAFFARONI, Manual de Derecho Penal, sexta edición, Ediar, Buenos Aires, 1991, p. 373.

lógico e jurídico, exista uma necessária prioridade : o *prius* da tipicidade é o tipo. " ³

Resumimos, invocando ZAFFARONI : " a) *típica* é a conduta que apresenta a característica específica de tipicidade (*atípica* é a que não apresenta); b) *tipicidade* é a adequação da conduta a um tipo; c) *tipo* é a fórmula legal que permite averiguar a tipicidade da conduta. " ⁴

2. Origem histórica do conceito de tipo legal de crime

Foi ERNST VON BELING quem melhor explicou a origem histórica do conceito de tipo (*Tatbestand*). Segundo o seu ensinamento, os práticos haviam estendido de tal forma o poder da justiça que era possível castigar com uma pena qualquer fato antijurídico e culpável, ainda quando a ação mesma não pudesse ser considerada como punível. Contra este estado de coisas lutou o liberalismo do século XVIII. A seguir, continua o fundador da atual teoria da tipicidade : " Seguindo este movimento liberal, a legislação posterior estreitou o conceito de ação antijurídica. Do denominador comum da ilicitude culpável foram recortados e extraídos determinados tipos delitivos (assassinato, furto, etc.). Para cada um de tais tipos se previu uma pena concreta e determinada para ele; e assim ficaram como não puníveis certas formas de atuar antijurídicas, que não correspondiam a nenhum desses tipos enumerados. Assim logrou expressão um valioso pensamento : o de que somente certos modos de conduta antijurídica (os ' típicos ') são suficientemente relevantes para a intervenção da retribuição pública e que, ademais, devem ser colocados em uma firme escala de valores. " Aduz, em seguida, o insigne mestre : " Deste modo o atual direito penal se reduz a um *catálogo de tipos delitivos* " ⁵.

Esta origem histórica revela a importância da tipicidade na salvaguarda do princípio *nullum crimen nulla poena sine lege*, pois ela serve para efetivar a função de garantia fundamental, característica dos sistemas jurídicos penais liberais da nossa civilização ocidental. Nesta função os tipos penais são, sem dúvida, tipos de garantia ⁶.

3. Evolução do conceito de tipo na dogmática alemã : as teorias de BELING, M. E. MAYER, MEZGER e WELZEL.

³ LUIS COUSIÑO MAC IVER, Derecho Penal Chileno, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979, p. 99.

⁴ EUGENIO RAUL ZAFFARONI, obra citada, p. 373.

⁵ ERNST VON BELING, Esquema de Derecho Penal, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944, ps. 37 e segs.

⁶ LUIS COUSIÑO MAC IVER, obra citada, Tomo I, 1975, p. 401.

Neste trabalho não trataremos das concepções dogmáticas que as referidas teorias desenvolveram à propósito da natureza da ação dentro do conceito analítico de crime (teorias causal e final da ação), por se tratar de objeto que foge ao seu tema. A mesma advertência fazemos com relação aos conceitos doutrinários que as mesmas teorias sustentaram em torno da posição do dolo dentro da estrutura do delito.

Vamos restringir o estudo da evolução do conceito de tipo à dogmática alemã, pois foi na Alemanha que ele teve origem e atingiu a excelência em termos de desenvolvimento doutrinário.

A doutrina do tipo teve sua origem imediata na interpretação do § 59 do Código Penal alemão de 1871 que, ao tratar do erro, estabelecia a necessidade de que o autor do delito conhecesse as circunstâncias de fato que integrassem o *Tatbestand* legal. A elaboração do significado deste vocábulo deu lugar ao desenvolvimento da teoria do tipo e da tipicidade. Da Alemanha o conceito se estendeu ao resto do mundo ocidental, provavelmente devido à sua função reguladora do princípio da legalidade.

Para LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, que se apoia em KARL BINDING, o termo *Tatbestand* é a versão à língua alemã dos vocábulos latinos *corpus delicti*, feita no século XVIII. O *Tatbestand* foi então o *hecho del delito*, o conteúdo real, em oposição ao conceito.⁷ No início, portanto, o *Tatbestand* era a soma de todos os caracteres ou elementos do delito.

Inclusive no plano legislativo aparecia essa identificação entre a expressão *corpus delicti* e o tipo legal, no sentido lato, como observa JIMÉNEZ DE ASÚA ao invocar o § 133 da Ordenança criminal prussiana, que dispunha : " O tipo legal (*corpus delicti*) compreende o conjunto daquelas circunstâncias que torna certo ou de máxima probabilidade que um crime se tenha cometido ".⁸ Esta noção ampla do termo se alastrou por toda Europa. Assim, por exemplo, na Itália até hoje se usa o vocábulo *fattispecie*, que corresponde ao significado de *figura delitiva*.

A doutrina anterior a BELING, desta forma, concebia um *Tatbestand* em sentido lato, que compreendia o conjunto de todos os pressupostos da punibilidade, incluídos os elementos da ilicitude (objetiva) e da culpabilidade (subjetiva). De acordo com esta concepção o tipo confundia-se com o próprio fato criminoso. Tal amplitude comprometia o sentido e a função própria da figura típica legal.

BELING libertou o tipo dessa distorção e limitou-lhe o conceito, colocando a tipicidade na dianteira dos elementos do delito. O seu grande

⁷ LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado de Derecho Penal, tomo III, Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1951, p. 657.

⁸ LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, obra citada, tomo III, ps. 99 e 100.

mérito foi ter introduzido no conceito de delito a noção de tipo e ter estabelecido, como exigência da punição, o requisito da adequação típica da ação (tipicidade), ao lado dos demais elementos destacados pela doutrina então dominante (antijuridicidade e culpabilidade).

Assim sendo, BELING elaborou a concepção tripartida do delito : tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Com muita acuidade assinala CARLOS VICO MAÑAS que o tipo deixa de ser considerado a realidade do delito, mas o modelo a que esta se ajusta. ⁹ Em suma, o tipo passa a ser entendido como a descrição legal da ação punível.

BELING, dentro de um estrito positivismo jurídico, concebeu o tipo como algo meramente descritivo, objetivo e livre de qualquer valoração. O tipo seria, pois, mera descrição objetiva de um fato externo, inteiramente estranho a qualquer juízo de valor. Em seu entender, o tipo deveria estar purificado de todo momento valorativo com relação à antijuridicidade. No entanto, esta concepção só poderia sustentar-se se o tipo fosse uma descrição completamente neutra do acontecimento.

A concessão máxima que BELING fez com relação aos vínculos entre a tipicidade e a antijuridicidade foi ter afirmado que " em geral, o cumprimento do *Tatbestand* é antijurídico. " ¹⁰

Não obstante a notável contribuição de BELING à teoria do delito, a sua concepção de tipo como algo rigorosamente descritivo, objetivo e neutro, foi seriamente abalada com o descobrimento que MAX ERNST MAYER fez dos chamados elementos normativos do tipo. Tal fato acarretou o reconhecimento de uma relação entre o tipo e a antijuridicidade.

Logo ficou patente que um tipo totalmente neutro, carente de valor, não poderia cumprir o seu principal objetivo, qual seja o de proporcionar um esboço do delito, uma vez que nem sempre a conduta incriminada poderia ser caracterizada exclusivamente por elementos descritivos. Muitas vezes era necessário fazer-se referência a certos elementos subjetivos (que dizem respeito aos especiais fins e motivos de agir que animam o agente, v.g., intuito de obter vantagem econômica, motivo fútil, etc.) ou normativos (que necessitam ser submetidos a um juízo de valor, jurídico, ético ou cultural, v.g., funcionário público, sem autorização, indevidamente, ato obsceno, etc.), a fim de se caracterizar a conduta delituosa.

Constatou-se, em conseqüência, que os tipos legais de crime estavam diretamente relacionados com a antijuridicidade, visto que nada mais eram do que modelos de condutas ilícitas, socialmente danosas, razão pela

⁹ CARLOS VICO MAÑAS, O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal, Editora Saraiva, 1994, p. 43.

¹⁰ Apud LUIS COUSINO MAC IVER, obra citada, tomo I, p. 408.

qual a tipicidade não poderia ser considerada como algo neutro, carente de valor.

Coube a M. E. MAYER recompor e reescrever a doutrina da tipicidade de BELING, com horizontes mais amplos, procurando relacioná-la, sobretudo, com a antijuridicidade, a fim de estabelecer o nexo entre estes dois elementos do delito.

Enquanto BELING manteve o tipo como uma mera descrição objetiva e desprovida de valor, M. E. MAYER, influenciado pelo neokantismo, aumentou o seu campo conceitual, introduzindo os referidos elementos normativos, saturados de valor.

Com o reconhecimento de um tipo valorado, M. E. MAYER considera a tipicidade a base mais importante para o reconhecimento da antijuridicidade, aduzindo que elas se comportam como a fumaça e o fogo. A fumaça não é o fogo nem o contém, porém, enquanto não se prove o contrário, indica a existência do fogo. Da mesma forma, a tipicidade é um indício da antijuridicidade (*ratio cognoscendi*).

No que tange aos elementos normativos do tipo, M. E. MAYER entende que os mesmos são autênticos elementos da antijuridicidade. Eles não denotam a antijuridicidade, mas a fundamentam; não são *ratio cognoscendi*, mas *ratio essendi* da antijuridicidade. Por esse motivo, M. E. MAYER os considera como corpos estranhos dentro do tipo penal, neutro em termos de valor, pois apoiam um de seus extremos no tipo legal e o outro na antijuridicidade.

Como CLAUS ROXIN assinala, M. E. MAYER mantém a opinião de que os elementos normativos do tipo somente constituem casos particulares. Os tipos penais têm basicamente uma função indiciária. O caráter fundamentador do injusto que possuem os elementos normativos, representa uma exceção.¹¹

EDMUND MEZGER, o penalista mais importante dentro do neokantismo, procurou conjugar sistematicamente a teoria de BELING com uma consideração valorativa do direito penal. Como JUAN BUSTOS RAMÍREZ mostra com muita clareza, o conteúdo valorativo de MEZGER transpassa todo o injusto e faz com que a tipicidade e a antijuridicidade fiquem indissoluvelmente unidos.¹²

Nesse sentido, MEZGER define o delito como ação tipicamente antijurídica, pessoalmente imputável e cominada com pena, considerando

¹¹ CLAUS ROXIN, Teoría del Tipo Penal, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 63.

¹² JUAN BUSTOS RAMÍREZ, Manual de Derecho Penal Español, Parte General, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1ª edición, 1984, p. 129.

como seus principais elementos a ação, a antijuridicidade, a culpabilidade e a pena.

Para o mestre da Universidade de Munique o tipo é o injusto descrito concretamente pela lei (tipo de ilícito) e à cuja realização vai ligada a sanção penal. Em sua obra *Lehrbuch* trata da tipicidade dentro do capítulo da antijuridicidade e afirma que ela é o fundamento real e de validez (*ratio essendi*) da antijuridicidade.¹³ A concepção de MEZGER leva, pois, à uma verdadeira fusão dos conceitos de tipicidade e de antijuridicidade. A estrutura tripartida do delito passou a ser bipartida, dividida entre a antijuridicidade típica e a culpabilidade.

De acordo com MEZGER, o tipo penal " é injusto tipificado (sempre que não exista uma causa de exclusão do injusto) " ¹⁴ Desta forma, o tipo, ao contrário das concepções de BELING e M. E. MAYER, deixa de ser objeto de valoração e passa a conter diretamente a valoração de todos os fatos que se lhe subsumem.

No mesmo sentido, WILHELM SAUER afirma : " Tipicidade é antijuridicidade tipificada. Tipicidade e antijuridicidade não estão coordenadas, como todavia BELING o co-criador da doutrina moderna do tipo aceitou com uma mentalidade positivista. Antes, o tipo é somente uma forma de aparição do injusto e certamente *uma* de suas duas cunhagens típicas, a saber a positiva, enquanto a outra, a negativa, forma as causas de justificação. " ¹⁵

JORGE FIGUEIREDO DIAS, partidário da concepção do tipo como *tipo-de-ilícito*, reconhece que esta teoria " teve o seu germe em um aprofundamento da tese de M. E. MAYER segundo a qual o tipo, ainda que só excepcionalmente, contém ' elementos normativos ' cuja especificidade estaria em se não limitarem a revelar ou indiciar a ilicitude, constituindo a sua mera *ratio cognoscendi*, mas irem até o ponto de a *fundamentar*, sendo a sua verdadeira *ratio essendi*; pois assim – ao menos na medida do reconhecimento de tais elementos, que aliás a partir de M. E. MAYER não deixou de aumentar – logo ficava afastada a idéia de que o tipo constituiria tão-só o objeto da valoração da ilicitude. Daqui à afirmação de que o tipo é afinal, ele próprio e na sua unidade, a *ratio essendi* da ilicitude distava só um passo que grande parte da doutrina alemã conduzida por HEGLER e SAUER e robustecida por adesões prestigiosas como a de MEZGER, não tardou a dar." Segundo o professor da Universidade de Coimbra, o mérito desta tese está no pleno reconhecimento de que " a tipicidade não pode ser afirmada ou negada independentemente da valoração da ilicitude e de que, portanto, esta

¹³ EDMUND MEZGER, Derecho Penal, Libro de Estudio, Parte General, Cardenas Editor e Distribuidor, Mexico, 1985, p. 145.

¹⁴ EDMUND MEZGER, obra citada, p. 145 p.145.

¹⁵ WILHELM SAUER, Derecho Penal (Parte General), Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1956, p. 111.

se não deixa, relativamente à concepção daquele, por entre parêntesis; ou, por outras palavras, no pleno reconhecimento de que, em perspectiva normativo-material e metodológica, o tipo não ' precede ' (como em BELING e WELZEL) a ilicitude, mas constitui um *posterius* relativamente a ela, ' mostra a ilicitude em regra existente ' (HEGLER), é ' tipicização da ilicitude ' (SAUER), é o ' interposto da valoração jurídico-criminal ' (EDUARDO CORREIA). " ¹⁶

No entanto, como observa com propriedade REINHART MAURACH, o conceito bipartido de delito leva a uma atrofia do tipo que, desta forma, " perde a sua função básica de distinção *a priori* entre um acontecer penalmente relevante e um irrelevante. " ¹⁷ Acrescenta que isto conduz, também, a uma inversão das funções já que, estando a tipicidade somente presente no caso de existir uma conduta antijurídica, desaparece o caráter indiciário do tipo e a aplicação de uma causa de justificação não só elimina a ilicitude do fato, como também sua tipicidade.

Foi HANS WELZEL, fundador da doutrina finalista, quem logrou superar o estreito positivismo jurídico de BELING e as contradições do neokantismo de MEZGER e, ao mesmo tempo, elaborar, em várias etapas desde os princípios dos anos trinta, uma teoria do delito que, conquanto não se afaste fundamentalmente da visão belinguiana do tipo e da tipicidade, admite dentro dele os elementos subjetivos e reconhece a sua natureza valorativa.

O processo de subjetivação do tipo penal, que teve início na década de trinta, conduziu ao reconhecimento da existência do *tipo subjetivo*. Segundo LUIZ LUISI, " os primeiros a sustentar este inovador entendimento da tipicidade foram HELMUTH VON WEBER e ALEXANDER GRAF ZU DOHNA. No entanto, a palavra definitiva – dando sólida fundamentação a este modo de entender a tipicidade – se deve a HANS WELZEL e a seus ilustres seguidores REINHART MAURACH, WERNER NIESE, RICHARD BUSCH e outros. " ¹⁸

WELZEL distingue um tipo objetivo e um tipo subjetivo. O tipo é objetivo, não no sentido de alheio ao subjetivo, mas no sentido de encontrar-se objetivado no mundo exterior. O núcleo objetivo de todo delito é a ação, ordinariamente junto a uma lesão ou perigo de lesão de um bem jurídico, que constituem as circunstâncias de resultado da ação. À ação se agregam, conforme o caso, os meios e as modalidades especiais da ação e, em determinados delitos, outras circunstâncias objetivas do fato e as

¹⁶ JORGE FIGUEIREDO DIAS, O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal, Coimbra Editora Ltda., Coimbra, 3ª edição, 1987, ps. 87 e 88.

¹⁷ REINHART MAURACH, Derecho Penal, Parte General, I, atualizada por Heinz Zipf, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 415.

¹⁸ LUIZ LUISI, O Tipo Penal, a Teoria Finalista e a Nova Legislação Penal, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, p. 28.

características do autor do tipo. O tipo subjetivo abarca o dolo, como momento final da ação, e certos momentos subjetivos do autor da ação (os chamados elementos subjetivos do injusto).¹⁹

WELZEL entende o tipo como uma descrição da matéria proibida, e que a sua realização é indiciária da antijuridicidade. Porém, não compartilha a opinião de MEZGER, sustentada igualmente por SAUER, de que o tipo seja antijuridicidade tipificada. Atribui a estrutura bipartida de MEZGER ao seu afã em superar a neutralidade valorativa do conceito de BELING. Afirmar, ainda, que a teoria de MEZGER leva a um círculo vicioso : " a tipicidade pode ser afirmada somente depois da constatação da antijuridicidade, e a antijuridicidade somente pode ser determinada depois da constatação da tipicidade. " ²⁰

WELZEL, com crítica sutil e irônica, afirma que a doutrina que esposa o conceito bipartido de delito , que acabou conduzindo as excludentes da ilicitude à condição de elementos negativos do tipo, desconhece a significação autônoma das normas permissivas : " A existência da legítima defesa tem, segundo essa doutrina, a mesma significação que a ausência de uma característica do tipo : não haveria diferença entre dar morte a um homem em legítima defesa e dar morte a um mosquito. " ²¹

WELZEL volta à concepção tripartida do delito e salienta " que eles estão vinculados logicamente de tal maneira que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior; por isto, a culpabilidade – a responsabilidade pessoal pelo fato antijurídico – supõe a antijuridicidade do fato; assim como a antijuridicidade, por sua parte, deve estar concretizada nos tipos legais. " ²² Como vemos, WELZEL faz uma nítida distinção entre a tipicidade e a antijuridicidade.

HANS-HEINRICH JESCHECK observa que o conceito de delito do finalismo, elaborado principalmente por WELZEL, " respondeu no metodológico ao abandono do pensamento logicista e abstrato próprio da época precedente. WELZEL quis erigir de novo o ser real da *ação humana* em conceito central da teoria do delito (ponto de vista ontológico). " Mais adiante, referindo-se ao finalismo, acrescenta o mestre de Friburgo : " Unido à superação do neutralismo valorativo se achava o intento de uma verdadeira *fundamentação ético-social do Direito Penal*, que encontrou expressão na concepção pessoal da antijuridicidade, no postulado da responsabilidade do

¹⁹ HANS WELZEL, Derecho Penal Aleman, Parte General, 11ª edición, Editorial Juridica de Chile, 1976, ps. 93 e seguintes.

²⁰ HANS WELZEL, obra citada, ps. 80/1.

²¹ HANS WELZEL, obra citada, ps. 118/9.

²² Apud LUIS COUSIÑO MAC IVER, obra citada, tomo I, p. 411.

homem pela objetiva correção de suas decisões voluntárias e no redescobrimento do pensamento da retribuição como sentido da pena.²³

Tão grande foi a influência de WELZEL na dogmática alemã que, no dizer de ZAFFARONI, " na atualidade, na Alemanha Federal, quase não há autores que não sigam este esquema, ainda que nem todos sustentem a teoria completa de WELZEL, particularmente seus pontos de partida jurídico-filosóficos :

1. Conduta, entendida como fazer voluntário (final).
2. Tipicidade, como proibição de conduta em forma dolosa ou culposa.
3. Antijuridicidade, entendida como contradição da conduta proibida com a ordem jurídica.
4. Culpabilidade, entendida como reprovação."²⁴

4. Importância e funções do tipo no direito penal moderno

ANIBAL BRUNO, invocando MAURACH, acentua a importância da noção do tipo, afirmando ser direito penal moderno " um Direito Penal fundado no tipo, porque o tipo é, por um lado, limitação do poder estatal de punir (função de garantia), e, por outro lado, fundamento do fato punível (função de fundamentação). "²⁵

Realmente, a importância da noção de tipo no direito penal recente advém, principalmente, destas duas funções básicas mencionadas pelo professor de Recife.

MAURACH salienta que essas tarefas primordiais do tipo penal – função de garantia e função fundamental – fazem com que o direito penal do Estado de direito esteja vinculado ao tipo.

A função de garantia provém do fato que o tipo é sempre " tipo legal ". Só a lei escrita é fonte do tipo. Conforme MAURACH coloca com correção : " o tipo é ao mesmo tempo a *lex* no sentido do princípio *nulla poena sine lege*. "²⁶

A função de fundamentação deriva do fato que o tipo penal é o fundamento do fato punível, o ponto de partida do exame judicial de um caso concreto, o qual deve ser realizado através de um processo abreviado, possibilitado graças à criação do tipo. Como MAURACH assinala : " Dado

²³ HANS-HEINRICH JESCHECK, Tratado de Derecho Penal, Parte General, volumen primero, 3ª edición, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1981, ps. 282/3.

²⁴ EUGENIO RAUL ZAFFARONI, obra citada p. 330.

²⁵ ANIBAL BRUNO, Direito Penal, Parte Geral, tomo 1º, 3ª edição, Companhia Editora Forense, 1967, p. 334.

²⁶ REINHART MAURACH, obra citada, p. 348.

que o tipo consiste na descrição geral de ações antijurídicas, isto permite a seleção imediata entre os ilícitos puníveis e os não puníveis. Visto positivamente, dá lugar a um juízo preliminar acerca do caráter antijurídico do fato. " ²⁷

Desta função de fundamentação decorre que, na tarefa de subsunção judicial, podem surgir três possibilidades : existência de um ilícito atípico, como acontece, por exemplo, com o dano culposo de coisas e com furto de uso; existência de uma ação típica, mas justificada, como sucede, por exemplo, com o homicídio praticado em legítima defesa; e, finalmente, existência de um ilícito típico, em que o juízo de desvalor adquire caráter definitivo. ²⁸

5. A norma como pressuposto do tipo penal

À guisa de esclarecimento, cumpre inicialmente mencionar que o vocábulo *norma* é um termo ambíguo, como esclarece ARMIN KAUFMANN com minudência. Para o discípulo de WELZEL, além de outras ambigüidades, no próprio conceito de norma se distingue entre um significado da ordem do *ser* e outro da ordem do *dever ser*. " Norma, no primeiro sentido, é o que sucede comumente; no segundo, o que deve suceder. Aquilo é normal, em oposição ao anormal, ao enorme ou ao excepcional; conforme a norma, à diferença do contrário à norma (antinormativo). Neste último sentido, todas as proposições jurídicas que contêm um dever ser são chamadas normas; e se sustenta que é o conceito do dever ser o que atribuímos ao direito quando o chamamos norma. " ²⁹

BINDING designa como normas as " ordens obrigatórias com conteúdo jurídico. " São " proposições jurídicas obrigatórias " sob a forma de proibições ou mandatos, " sem referência alguma às suas conseqüências jurídicas. " ³⁰ É neste sentido que, basicamente, utilizamos o conceito de norma, embora em algumas passagens desta obra empregemos, à título excepcional, a expressão " normas permissivas ", na acepção de autorizações conferidas pelo direito para a prática, em certos casos, da conduta típica.

Se folhearmos os compêndios de direito penal notaremos que quase todos, direta ou indiretamente, fazem referência à proibição ou ao mandato que se encontram, geralmente, implícitos em todo tipo legal de crime. Estas proibições e estes mandatos, que se inferem dos tipos, constituem, como mencionamos, aquilo que BINDING denomina de normas.

²⁷ REINHART MAURACH, obra citada, p. 348.

²⁸ REINHART MAURACH, obra citada, ps. 348 e 349.

²⁹ ARMIN KAUFMANN, Teoria de las Normas, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977, ps. 47 e 48.

³⁰ Apud ARMIN KAUFMANN, obra citada, p. 50.

ZAFFARONI é o autor que mais didaticamente aborda a relação entre o processo legislativo e a estrutura normativa dos tipos legais. Segundo o professor da Universidade Nacional de Buenos Aires, quando " o legislador se encontra em frente a um ente e tem *interesse* em tutelar este ente, é porque o valora. Sua valoração do ente se traduz em uma *norma*, que eleva o ente à categoria de *bem jurídico*. Quando à esse bem jurídico quer dar uma tutela penal, com base na norma elabora um tipo penal e o bem jurídico passa a ser *penalmente tutelado*.³¹

ZAFFARONI passa, em seguida, a ilustrar o referido processo legislativo : " Vejamo-lo com um pouco mais de clareza : o legislador se encontra frente ao ' ente ' ' vida humana ' e tem *interesse* em tutelar a vida humana, porque a valora (a considera positiva, boa, necessária, digna de respeito, etc.). Esse *interesse jurídico* em tutelar o ente ' vida humana ' o tem que traduzir em uma norma; quando se pergunta ' como o tutelo? ', a única resposta é : ' proibindo matar '. Esta é a norma proibitiva ' não matarás '. Esta norma tem que ser expressada em leis e com isto a vida humana se revelará como um bem jurídico. Assim, a vida humana é um bem jurídico à luz das disposições civis (arts. 1084 CC por exemplo). Porém, pode ser que não se contente com esta manifestação da norma e requeira também uma tutela penal, ao menos para certas formas de afetar o bem. É então quando o legislador elabora o tipo penal e o bem jurídico vida humana passa a ser um bem jurídico penalmente tutelado (art. 79, CP). "³²

Desta forma, continua ZAFFARONI, vemos que o legislador " vai do ente à norma e da norma ao tipo. " Porém, ao interpretarmos a lei para determinarmos o seu alcance, devemos fazer o caminho inverso, ou seja, " da lei (tipo legal : ' Se aplicará... àquele que matar o outro... ') à norma (não matarás), e através da norma conhecemos o ente que em definitiva será bem jurídico (a vida humana). "³³

Discorrendo à propósito da norma-garantia, PIETRO NUVOLONE afirma que o seu objeto " é essencialmente o bem ou interesse tutelado : a temática do objeto da infração penal insere-se nesse enfoque. Mas o objeto da norma-garantia, em sentido finalístico, é, também a realização dos interesses coletivos que se costumam compreender no conceito de defesa social. "³⁴

Pela incontestável teoria de ZAFFARONI vemos que a norma e o bem jurídico não pertencem à lei, mas se conhecem através da lei (tipo legal) e limitam o seu alcance.

³¹ EUGENIO RAUL ZAFFARONI, obra citada, p. 382.

³² EUGENIO RAUL ZAFFARONI, obra citada, p. 383.

³³ EUGENIO RAUL ZAFFARONI, obra citada, p. 383.

³⁴ PIETRO NUVOLONE. O Sistema do Direito Penal, volume 1º, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981, p. 243.

Assim, o conteúdo das normas é o pressuposto dos tipos penais. As leis não fazem outra senão reconhecer o valor das distintas normas criadas em defesa dos bens jurídicos e da ordem ético-social. Impõe-se, desta forma, a proclamação da prioridade lógica da norma em relação ao tipo penal, que se manifesta na seqüência valoração do bem-proibição.

Agora é possível entender porque BINDING defende que o delito se choca contra essas proibições e esses mandatos, não porém contra a lei penal. Conforme KAUFMANN nos ensina : " O ponto de partida de BINDING é a comprovação de que o delinqüente não pode atuar contra as distintas leis penais particulares. Atua precisamente conforme à primeira parte da lei penal. Com outras palavras : O delinqüente realiza o tipo penal da lei, vale dizer, não viola em nada a lei penal ".³⁵

BINDING afirma que pelo fato da norma ser anterior à lei penal, o delinqüente " contravém a norma (se proíbe matar, roubar, etc.) porém não a lei penal, pois neste caso o delinqüente a única coisa que faz é cumprir a primeira parte dela (o que mate outro... o que se aproprie com violência ou intimidação ou força nas coisas da coisa móvel alheia..., etc.). Logo, a norma se deduz exclusivamente da primeira parte da lei penal, enquanto a ação realizada pelo sujeito justamente cumpre totalmente aquilo que a proibição quer que se omita " (Normen, III, p. 42 ss.).³⁶

Após reconhecer o *prius* lógico da norma em relação ao tipo penal, MAURACH, abordando a norma sob o prisma dogmático-jurídico-penal, aduz : " tanto a teoria da antijuridicidade quanto a da culpabilidade somente chegam à uma solução satisfatória mediante o reconhecimento da norma. O problema da justificação da conduta típica descansa sobre a retirada do mandato normativo (§ 25); " Logo após, continua : " O juízo de culpabilidade pressupõe a possibilidade da consciência da ilicitude; esta, porém, não é outra coisa que o potencial reconhecimento da norma. " Finalmente, acrescenta : " Por outro lado, somente com a ajuda da norma é possível traçar a delimitação entre erro de tipo e erro de proibição. " ³⁷

BINDING identifica, de acordo com as suas funções, dois tipos de normas : as proibições e os mandatos. Assim, " a função das proibições é proibir toda modificação sensível da ordem jurídica mediante a ação humana; a função do mandato é produzir toda modificação indispensável, mediante a ação humana. " ³⁸

A propósito, FRANCESCO ANTOLISEI salienta : " Os preceitos penais adotam quase sempre a forma de proibição, já que proibem realizar

³⁵ ARMIN KAUFMANN, obra citada, p. 3.

³⁶ Apud JUAN BUSTOS RAMÍREZ, obra citada, p. 11.

³⁷ REINHART MAURACH, obra citada, p. 345.

³⁸ Apud ARMIN KAUFMANN, obra citada, p. 10.

determinada ação ou produzir certo resultado. Em não poucos casos, porém, se manifestam em forma de mandato, prescrevendo que se cumpra certo ato, como, por exemplo, no art. 361 do CP, que castiga ao oficial público que omite ou retarda denunciar à autoridade competente os delitos de que tenha notícia no exercício de suas funções ou por causa delas. " ³⁹

6. Tipicidade, Antinormatividade e Antijuridicidade

Como vimos, o tipo é o conteúdo das normas penais, tanto das proibições (não deves matar, furtar, etc.) quanto dos mandatos (deves prestar assistência à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo, etc.).

Na correta apreciação de WELZEL, " O tipo é uma figura conceitual que descreve mediante conceitos formas possíveis de conduta humana. A norma proíbe a realização destas formas de conduta. Se se realiza a conduta descrita de forma conceitual no tipo de uma norma proibitiva (assim, p. ex. o dar a morte a um homem), esta conduta real entra em contradição com a exigência da norma. Daí se deriva a ' antinormatividade ' da conduta. Assim, toda realização do tipo de uma norma proibitiva é certamente antinormativa. " ⁴⁰

Isto é uma decorrência do *prius* lógico da norma em relação ao tipo penal, conforme acentuamos no capítulo anterior. Em consequência, a tipicidade pressupõe a antinormatividade.

Porém, nem sempre a realização do tipo de uma norma proibitiva é antijurídica, pois, conforme diz WELZEL, " o ordenamento jurídico não é constituído somente de normas, mas também de preceitos permissivos (' autorizações '). Existem preceitos permissivos que permitem, em certos casos, a conduta típica, por exemplo, a realização do tipo ' dar morte a um homem ' em caso de legítima defesa ou de guerra. Sua interferência impede que a norma geral (abstrata) se converta em um dever jurídico concreto para o autor. Neste caso, a realização de um tipo de proibição é conforme ao Direito. " ⁴¹

WELZEL, após definir a antijuridicidade como " a contradição de uma realização típica com o ordenamento jurídico em seu conjunto (não só com uma norma isolada) ", esclarece : " Não o tipo (como figura conceitual), mas sim somente a realização do tipo pode ser antijurídica. Não há tipos antijurídicos mas só realizações antijurídicas do tipo. " ⁴²

³⁹ FRANCESCO ANTOLISEI, Manual de Derecho Penal. Parte General, 8ª edición, Editorial Temis, Bogotá, 1988, p.32.

⁴⁰ HANS WELZEL, obra citada, p. 76.

⁴¹ HANS WELZEL, obra citada, p. 76.

⁴² HANS WELZEL, obra citada, p. 76.

Enfocando a tipicidade e a antijuridicidade sob este ângulo, podemos afirmar que a *tipicidade* é a contradição entre uma conduta real e a norma proibitiva contida num tipo legal de crime (proibições e mandatos). A *antijuridicidade*, por sua vez, é a contradição entre uma conduta real (típica) e o ordenamento jurídico como um todo. Em conseqüência, *a tipicidade pressupõe a antinormatividade e a antijuridicidade pressupõe a tipicidade*. Dito em outras palavras, o *prius* lógico da tipicidade é a antinormatividade e o da antijuridicidade é a tipicidade.

É por isso que WELZEL adverte que " a identificação muitas vezes propugnada do tipo com a antijuridicidade teria que conduzir, por conseguinte, a uma grave confusão de conceitos. " ⁴³

Não convence a argumentação de FRANCISCO ASSIS DE TOLEDO que, ao criticar WELZEL por preconizar a distinção entre antinormatividade e antijuridicidade, reputa a mesma uma construção artificial que encerra uma contradição lógica : " um fato antinormativo que, a um só tempo, esteja autorizado por alguma norma (WELZEL, em vez de norma fala em ' proposições permissivas ' – *Erlaubinissätzen* – o que nos parece a mesma coisa). Ora, uma conduta lícita, autorizada, e, concomitantemente, ' antinormativa ', é qualquer coisa parecida com o ' permitido-proibido ', algo muito difícil de se pensar. " ⁴⁴

Neste passo, ASSIS TOLEDO é contraditório porque, em outro trecho de sua obra, ao se referir à contrariedade ao direito, essência do conceito de ilicitude, afirma que um de seus pressupostos é " a existência de uma conduta voluntária na origem, positiva ou negativa (ação ou omissão), em antagonismo com o comando normativo (fazer o que está vedado ou não fazer o que está determinado); " ⁴⁵ Ora, o que significa *antagonismo com o comando normativo* senão a própria *antinormatividade* ? Como vemos, a distinção entre antinormatividade e antijuridicidade, ao contrário do que afirma o ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça, nada tem de artificial, visto que a antinormatividade é o antecedente lógico da antijuridicidade.

Além do mais, WELZEL não confunde preceitos permissivos com normas, ao contrário, distingue-os de forma bastante precisa. Como anteriormente mencionado, para o mestre alemão as normas, pressupostos dos tipos legais de crime, são constituídas de proibições e mandatos (" normas proibitivas " *lato sensu*), ao passo que os preceitos permissivos são meras " autorizações ", o que é algo completamente diferente.

⁴³ HANS WELZEL, obra citada, p. 76.

⁴⁴ FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, Princípios Básicos de Direito Penal, Editora Saraiva, 4ª edição, 1991, p. 123.

⁴⁵ FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, obra citada, p. 163.

Segundo BINDING, toda norma, se não necessária ao menos geralmente, tem exceções. O distinto mestre refuta, expressamente, a noção de que " o crime... é o não permitido em absoluto ou em si mesmo. " Refere-se, especialmente, " à antijuridicidade que fica eliminada por causas gerais " e faz com que " todas as normas se apresentem como normas com exceções. " BINDING divide as exceções em " suspensões ", " *autorizações* " e " deveres jurídicos ", de realizar determinada ação.⁴⁶

Sendo a norma o antecedente lógico e necessário do tipo, a antinormatividade é o antecedente lógico e necessário da tipicidade, uma vez que esta nada mais é que a adequação de uma conduta concreta a um tipo legal de crime. Logo, *a norma está para o tipo penal assim como a antinormatividade está para a tipicidade.*

7. Concepção material do tipo penal

Sendo os tipos penais modelos abstratos de condutas proibidas, é impossível evitar-se que tenham um alcance muito amplo, maior do que o desejado. Como uma figura puramente conceitual, o tipo penal é suficientemente abstrato para poder conter dentro de si todas as condutas que tenham características essenciais comuns.

Em conseqüência, algumas condutas insignificantes, socialmente adequadas e até socialmente necessárias podem ser abrangidas pelo tipo penal. Nestes casos, seria um desconchavo exigir-se que o agente se defenda invocando uma causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade. Como frisa ASSIS DE TOLEDO, tal exigência não teria cabimento, visto que seria fazer com que uma pessoa que age dentro dos padrões vigorantes na sociedade em que vive tenha de prestar contas, justificar-se por ter praticado um comportamento aceito pela maioria das pessoas, ou por ter realizado uma conduta estimada como sem importância pelo meio social.⁴⁷

Como limitar esta ampla abrangência do tipo legal de crime e evitar que as pessoas tenham que justificar condutas que são aceitas pela comunidade em que vive ? VICO MAÑAS diz, com exatidão, que esse desiderato só pode ser atingido atribuindo-se ao tipo penal, ao lado do caráter formal, um sentido material.⁴⁸

Desta forma, conforme ASSIS TOLEDO, para que se possa enquadrar uma determinada conduta concreta como típica é necessário que,

⁴⁶ Apud ARMIN KAUFMANN, obra citada p. 319.

⁴⁷ FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, obra citada, p. 129.

⁴⁸ CARLOS VICO MAÑAS, obra citada, p. 53.

além do juízo formal de subsunção, a mesma seja materialmente lesiva a bens jurídicos ou ética e socialmente reprovável.⁴⁹

Socorrendo-nos desta interpretação teleológica, podemos afastar do juízo de tipicidade determinadas condutas socialmente adequadas ou que causem um dano irrelevante, sem lançarmos mão de excludentes da ilicitude ou da culpabilidade.

Ação socialmente adequada, portanto, não se confunde com ação justificada, uma vez que não estando, desde o início, albergada em um tipo legal de crime, não há necessidade de ser submetida à verificação da presença de uma causa de justificação. Dito de outra forma, a adequação social situa a conduta dentro dos comportamentos atípicos.

O mesmo se pode dizer, embora com diversa fundamentação, com relação àquelas condutas que provocam um dano insignificante, desprezível, pois o direito penal só deve cuidar de comportamentos que lesem ou exponham a perigo de lesão bens jurídicos relevantes, não devendo se preocupar com bagatelas.

Observe-se que a adequação social e o princípio da insignificância são regras gerais de interpretação que têm por objetivo limitar o alcance dos tipos legais de crime.

Podemos, pois, dizer que a concepção material do tipo penal, afasta do âmbito de incidência da tipicidade condutas que, embora formalmente típicas, não merecem a reprovação social, quer por serem socialmente adequadas quer por provocarem um dano insignificante.

A importante consequência prática disto resultante é que não é suficiente para a caracterização da tipicidade a simples coincidência formal entre uma conduta concreta e o tipo legal. É necessário algo mais. É preciso que a conduta seja, também, materialmente lesiva ao bem jurídico ou ética e socialmente reprovável. Com isto se resolve no juízo de atipicidade muitos comportamentos apenas aparentemente típicos, com manifesta repercussão no plano processual penal.

⁴⁹ FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, obra citada, p. 131.

CAPÍTULO II

ANTI JURIDICIDADE

1. Função dúplice da antijuridicidade e distinção entre antijuridicidade formal e material

A antijuridicidade desempenha uma dupla função no campo penal : função de fundamento básico dos tipos penais e função de elemento básico do delito.

Exerce a função de *fundamento básico dos tipos penais* enquanto representa o trabalho legislativo de seleção entre as condutas ética e socialmente injustas e danosas (perigosas ou lesivas) que, por serem extremamente insuportáveis ao convívio social, devem merecer a atenção do direito penal.

Cumprir a função de *elemento básico do delito* à medida que representa a relação de contrariedade entre a conduta típica e o ordenamento jurídico como um todo.

Não passou despercebido a COUSIÑO MAC IVER que essa função dúplice da antijuridicidade " provoca, às vezes, certas perplexidades nos estudantes, posto que resulta aparentemente absurdo dizer que o cumprimento dos tipos penais, que encerram condutas antijurídicas, deve levar-se a cabo, ademais, para constituir delitos, antijuridicamente; ou, dito com outros termos, que o antijurídico requer ser antijurídico. Porém, não existe tal contradição, como não existe na afirmação de que a presença de um fio requer a de outro fio para ser um sabre. " ⁵⁰

Atribui-se a FRANZ VON LISZT a primazia da distinção entre antijuridicidade material e formal, na 12ª edição de seu Tratado. A partir de então, o tema se transformou em uma das mais controvertidas questões da antijuridicidade.

Na obra mencionada, que data de 1903, LISZT sustentou que o juízo de desvalor jurídico do fato típico era duplo, um formal e outro material, isto é, existia uma antijuridicidade formal e outra material. Posteriormente, na última edição de seu trabalho, LISZT abrandou a rigidez da sua colocação e afirmou : " A respeito do juízo de desvalor jurídico do fato são possíveis *duas formas de consideração*. Estas são : 1. Formalmente antijurídica é a ação como transgressão de uma norma estatal, um mandato ou uma proibição do

⁵⁰ LUIS COUSIÑO MAC IVER, obra citada, tomo II, p.7.

ordenamento jurídico; 2. Materialmente antijurídica é a ação como conduta danosa para a sociedade (anti-social). A ação antijurídica é um ataque aos interesses vitais dos particulares e da coletividade, protegidos pelas normas jurídicas; portanto, a lesão ou o perigo de lesão a um bem jurídico." ⁵¹

Observe-se que a postura metodológica de LISZT, quanto à questão da autoridade e da legitimidade do legislador e da lei penal para a definição de bem jurídico, é oposta à de BINDING. Conforme MANUEL DA COSTA ANDRADE frisa, BINDING, adepto do mais estrito positivismo legal, adotando uma perspectiva intrassistemática " comete exclusivamente à lei a competência para definir – e *hoc sensu* criar – o bem jurídico e identificar as formas de agressão que reclamam a intervenção do direito penal. Ao jurista, enquanto tal, está vedada a possibilidade de sugerir o que há-de valer como bem jurídico e complementarmente como socialmente danoso. Ele tem de tomar como boa e definitiva a solução legalmente sancionada. " No entender do professor da Universidade de Coimbra, " a partir de uma postura político-criminal antitética - porquanto tendencialmente trans-sistemática e crítica – vê-se LISZT compelido a uma via metodológica divergente, orientada, em primeira linha, para a realidade sociológica, para a vida real dos homens e correspondentes expressões de danosidade. É a realidade social que cria os interesses vitais do homem e da colectividade, que a ordem jurídica reconhece e protege como *bens jurídicos*. ⁵²

Esse afastamento, metodológico e político-criminal, entre BINDING e LISZT, projeta-se, também, no posicionamento de ambos quanto às relações que medeiam a norma e o bem jurídico. Como com clareza nos mostra COSTA ANDRADE, esta relação entre norma e bem jurídico é segundo BINDING " uma relação de congruência absoluta : fundamento e medida da existência do bem jurídico, a norma consome sem resíduos a valência jurídica e mesmo político-criminal deste último. Noutros termos, a norma constitui a única e definitiva fonte de revelação do bem jurídico. Já para LISZT, o mais freqüente será uma relação de incongruência e tensão. Uma vez que os interesses a proteger penalmente e susceptíveis de ser atingidos pelo crime existem antes e independentemente da lei, também o conteúdo e a dimensão da danosidade social terão de aferir-se à margem do direito positivo. LISZT vê-se, deste modo, confrontado com a distinção, que não tem lugar na doutrina de BINDING, entre ilicitude formal e ilicitude material. " ⁵³ Assim, segundo LISZT a norma não cria o bem jurídico, mas apenas encontra-o.

No entender de JESCHECK, a concepção material da antijuridicidade encerra duas importantes conseqüências práticas : " a) ...

⁵¹ Apud LUIS COUSIÑO MAC IVER, obra citada, tomo II, p. 41.

⁵² MANUEL DA COSTA ANDRADE, Consentimento e Acordo em Direito Penal, Coimbra Editora, Limitada, Coimbra, 1991, ps. 65 e 66.

⁵³ MANUEL DA COSTA ANDRADE, obra citada, p. 67.

serve de guia ao legislador na tarefa de criação dos tipos penais e aos órgãos encarregados da Administração de Justiça na busca do preceito legal aplicável ao caso concreto. Ademais, permite a gradação do injusto segundo a sua gravidade e sua expressão na medida da pena. Por último, o ponto de vista material torna possível a interpretação dos tipos penais com base nos fins e perspectivas valorativas que os inspiram. b) Outra conseqüência importante da consideração material da antijuridicidade é a possibilidade de admitir a presença de uma causa de justificação em hipóteses não previstas em lei, porém nas quais a ponderação de bens que requer a lei mostra que os fins e representações valorativas que subjazem à norma jurídico-penal têm de retroceder ante outros interesses legítimos a que serviu a ação. " ⁵⁴

É importante que se constate, neste passo, que, no fundo, a distinção entre antijuridicidade material e formal, nada mais é que um reflexo da dupla função que a antijuridicidade desempenha na área penal. Com efeito, se cotejarmos a colocação de LISZT com aquilo que foi dito a propósito da função dúplice da antijuridicidade chegaremos facilmente à conclusão que a *antijuridicidade formal* corresponde à função de *elemento básico do delito*, enquanto a *antijuridicidade material* equivale à função de *fundamento básico do tipo penal*.

Desta forma, acertada é a conclusão de ZAFFARONI que, ao concluir pelo *caráter unitário da antijuridicidade*, afirma : " a antijuridicidade é una, material por que implica invariavelmente a afirmação de que um bem jurídico foi afetado, formal enquanto o seu fundamento não pode achar-se fora da ordem jurídica. " ⁵⁵

2. Repercussões práticas da concepção material da tipicidade e da antijuridicidade material.

Mencionamos, ao tratarmos da concepção material do tipo penal e da antijuridicidade material, o importante papel prático que ambos os conceitos desempenham.

Com a *concepção material do tipo penal*, pode-se resolver de plano, no juízo de atipicidade, muitas situações concretas nas quais as condutas apenas formalmente se enquadram num tipo legal de crime, uma vez que ou acarretam uma lesão desprezível ao bem jurídico ou são ética e socialmente aprovadas pela comunidade.

Pense-se, por exemplo, nas lesões corporais insignificantes; nas privações de liberdade de escassa importância; nos brindes de pequeno valor

⁵⁴ HANS-HEINRICH JESCHECK, obra citada, volumen primero, ps. 316 e 317.

⁵⁵ EUGENIO RAUL ZAFFARONI, obra citada, p. 482.

oferecidos aos funcionários públicos por ocasião do Natal; na posse de pequena quantidade de produto estrangeiro sem que o imposto tenha sido devidamente recolhido, etc.

Com a *concepção da antijuridicidade material*, possibilita-se a admissão de causas de exclusão da ilicitude não expressamente previstas em lei, visto que se referem a interesses legítimos e relevantes que, como tais, fazem retroceder a norma proibitiva.

Considere-se, à guisa de exemplo, as freqüentes autorizações judiciais para a prática de aborto nos casos de anencefalia – monstruosidade consistente na falta de cérebro - muito embora não haja previsão legal para tanto.

Pelas importantíssimas repercussões de ordem prática nos planos penal e processual penal, a concepção material do tipo e a concepção da antijuridicidade material, tanto como regra de interpretação, no primeiro caso, quanto de princípio vivo, profundamente inserido na consciência jurídica da comunidade, no outro, justificam plenamente o destaque que lhes é dado pelo mundo jurídico.

Assim sendo, não procedem as críticas daqueles que, rotulando-as, precipitadamente, de conceitos meta-jurídicos, procuram afastar o seu reconhecimento pela ciência do direito.

No que tange, especificamente, à antijuridicidade material, o fato da antijuridicidade ser una, como afirmado, não impede que se reconheça que ela é, a um só tempo, formal e material. Assim sendo, a sua aceitação pela ciência penal, em nada compromete o seu rigor jurídico.

3. Conceito de antijuridicidade

Definir a antijuridicidade, no dizer de ALDO MORO, " equívale a esclarecer a essência do ato ilícito, é dizer, a indicar aquela característica que o distingue dos fatos que têm relevo jurídico. " ⁵⁶

Porém, como ASSIS DE TOLEDO esclarece, ao iniciar a sua obra sobre a ilicitude penal : " já se disse que sob o título de ilicitude, costuma-se tratar do que, em verdade, constitui o tema das causas de sua exclusão. Assim, freqüentemente, sob a denominação de ilicitude (ou antijuridicidade), deparamo-nos, logo, com o estudo das denominadas causas de justificação, com poucas linhas ou quase nada a respeito da ilicitude propriamente dita. A

⁵⁶ ALDO MORO, La Antijuridicidad Penal, Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1949, p. 7.

razão disso está em que, na área penal, o princípio da reserva legal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) simplifica bastante as coisas, ao confinar a principal forma de aparecimento da ilicitude penal dentro dos estreitos limites da tipicidade legal. " ⁵⁷

A comprovação desse fato levou JESCHECK a afirmar que, após a constatação da subsunção da conduta a um tipo legal de crime, se examina se a antijuridicidade da ação típica está excluída por alguma causa de justificação. Para o Diretor do Instituto Max Planck de Direito Penal de Friburgo, " na *prática* não tem lugar, pois, a comprovação *positiva* da antijuridicidade do fato. Na resolução de um caso não se coloca de forma positiva a pergunta se concorre antijuridicidade pela razão de que não importa a antijuridicidade em si, senão a antijuridicidade *característica do delito* (*deliktstypische*), isto é, a antijuridicidade típica. E esta antijuridicidade característica do delito há de afirmar-se já enquanto se constata a presença da tipicidade. " ⁵⁸

No mesmo sentido, MAURACH : " aquilo que tradicionalmente recebe o nome de teoria da antijuridicidade é, na realidade, o oposto a uma busca dos fundamentos e dos elementos que permitem reconhecer a ilicitude de uma conduta declarada como punível; na prática, a teoria da antijuridicidade é uma teoria da juridicidade, mais precisamente, daquelas circunstâncias de fato que, não obstante preencher um tipo, no caso particular não são antijurídicas e que, por isto, passam a ser penalmente irrelevantes. A possibilidade da utilização de um procedimento semelhante, que facilita em grande medida o trabalho prático do juiz do crime, descansa sobre a base do sistema dos tipos legais. " ⁵⁹

Porém, a ciência penal não pode limitar-se a essa constatação de ordem prática, mas deve definir de forma positiva e precisa o significado da antijuridicidade em si, a fim de que se possa atender às exigências da teoria geral do delito. Conforme ensina ALBERTO SILVA FRANCO : " embora a ilicitude seja detectada a partir de uma verificação negativa de sua ocorrência, isto é, do fato de não existir causa de justificação, é evidente que seu conceito apresenta um significado positivo próprio. " ⁶⁰

Como dissemos no capítulo anterior, a antijuridicidade é uma, formal e material ao mesmo tempo, pois desempenha uma dupla função em razão dos diversos planos em que o intérprete se coloque : como *elemento básico do delito* a antijuridicidade representa uma contradição entre a conduta típica e o ordenamento jurídico como um todo; como *fundamento do tipo*

⁵⁷ FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, *Ilicitude Penal e Causas de Sua Exclusão*, Forense, Rio de Janeiro, 1984 p.1.

⁵⁸ HANS-HEINRICH JESCHECK, obra citada, volumen primero, p. 314.

⁵⁹ REINHART MAURACH, obra citada, p. 414.

⁶⁰ ALBERTO SILVA FRANCO *et alii*, *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, volume 1, tomo I, Parte Geral, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 6ª edição, 1997, p. 333.

penal representa uma grave ofensa, real ou potencial, a um bem jurídico individual ou social.

ANTOLISEI, embora negue à antijuridicidade o caráter de elemento constitutivo do delito, conclui corretamente dizendo que a mesma é somente uma, " precisamente a que emana da oposição entre o fato e as normas do ordenamento jurídico positivo. " A fim de esclarecer melhor a sua colocação, aduz o mestre italiano : " não queremos com isso que a antijuridicidade tenha somente caráter formal. Não está desprovida de sentido e, portanto, tem também caráter substancial. O conteúdo da antijuridicidade consiste na ofensa ao interesse protegido pelo direito, e mais precisamente na lesão ou na exposição ao perigo do bem ou dos bens que a norma jurídica intentava manter inalteradas. " ⁶¹

Partindo, dessarte, do reconhecimento do caráter unitário da antijuridicidade e da duplicidade de suas funções, pode-se defini-la como *a relação de contradição entre a conduta e o ordenamento jurídico, de forma a causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem jurídico.*

Efetivamente, uma conduta que está em relação de contradição com o ordenamento jurídico não pode deixar de lesar ou expor a perigo de lesão o bem jurídico tutelado por este mesmo ordenamento jurídico, pois, nas palavras de GIUSEPPE BETTIOL : " a contraposição entre antijuridicidade formal e antijuridicidade material não tinha uma suficiente razão de ser mantida em vida, porque é antijurídico somente aquele fato que pode ser julgado lesivo a um bem jurídico. Fora disso, a antijuridicidade não existe. " ⁶²

4. Causas de exclusão da antijuridicidade

A tipicidade, ou seja, a adequação de uma conduta concreta a um tipo legal de crime, é um indício da antijuridicidade, visto que, como assinalamos, o tipo penal nada mais é que a descrição de condutas proibidas, materialmente lesivas a bens jurídicos e ética e socialmente reprováveis. Por ser típica, a ação se presume antijurídica.

Porém, como WELZEL coloca com precisão, nem sempre a realização do tipo de uma norma proibitiva é antijurídica, porque o ordenamento jurídico não é constituído somente de normas, mas também de preceitos permissivos. Existem preceitos permissivos que autorizam, em certos casos, a conduta típica, por exemplo, a realização do tipo " matar

⁶¹ FRANCESCO ANTOLISEI, obra citada, 142.

⁶² GIUSEPPE BETTIOL, Diritto Penale, Parte Generale, Cedam, Padova, sesta edizione, 1966, p. 260.

alguém " em caso de legítima defesa. Neste caso, a realização de um tipo de proibição é conforme ao direito.

A partir da relação entre tipicidade, antinormatividade e antijuridicidade, WELZEL deduz um método racional de comprovação da antijuridicidade. O mestre do finalismo, partindo da premissa que a realização típica é antinormativa, e que a violação de uma norma proibitiva é antijurídica, salvo se exista um preceito permissivo, conclui que " uma ação é antijurídica se realiza plenamente o tipo de uma norma proibitiva, a menos que proceda aplicar-se uma norma permissiva. " ⁶³ Com a comprovação da adequação da conduta a um tipo legal de crime é possível estabelecer a antijuridicidade através de um procedimento exclusivamente negativo, ou seja, através " da comprovação de que não intervém nenhuma norma permissiva (causa de justificação). " ⁶⁴

As normas permissivas, que ZAFFARONI denomina de tipos permissivos, pressupõem, conseqüentemente, para a sua aplicação " uma tipicidade proibitiva, porque não se pode pensar em tratar de averiguar se uma conduta está justificada quando ainda não se comprovou sua tipicidade. " ⁶⁵

JIMÉNEZ DE ASÚA define as causas de justificação como sendo as que " excluem a antijuridicidade de uma conduta que pode subsumir-se em um tipo legal; isto é, aqueles atos ou omissões que revestem aspectos de delito, figura delitiva, porém em que lhes falta, não obstante, o caráter de ser antijurídicos, de contrários ao Direito, que é o elemento mais importante do crime. Em suma; as causas de justificação não são outra coisa que aqueles atos realizados conforme ao Direito. Seu conceito depende, pois, da antijuridicidade, antes estudada. " ⁶⁶

Esses preceitos permissivos, ou seja, essas autorizações impedem que as ações típicas venham a ser antijurídicas. São essas situações de excepcional licitude que constituem as chamadas causas de exclusão da antijuridicidade.

As causas de justificação representam a antítese da proibição contida no tipo legal de crime, devido à sua função supressora da antijuridicidade. São, desta forma, autênticas normas permissivas. Sendo a antijuridicidade comum a todo ordenamento jurídico, é curial que as referidas normas antitéticas encontrem-se em outros ramos do direito. Como diz COUSIÑO MAC IVER, isto constitui um sério óbice para qualquer tentativa de sistematizar as causas e justificação. ⁶⁷

⁶³ HANS WELZEL, obra citada, p. 119.

⁶⁴ HANS WELZEL, obra citada, p. 119.

⁶⁵ EUGENIO RAUL ZAFFARONI, obra citada, p. 484.

⁶⁶ LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Ley y el Delito*, 2ª edição, Editorial Hermes, Buenos Aires, 1954, p. 506.

⁶⁷ LUIS COUSIÑO MAC IVER, obra citada, tomo II, ps. 121 e 122.

No que toca à sua terminologia, as causas de exclusão da 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 menor uso. Neste trabalho todos esses termos são empregados como sinônimos, muito embora o autor reconheça que existam opositores à sua equiparação semântica. ⁶⁸

5. Fundamentos das causas de exclusão da antijuridicidade e a tentativa de sua sistematização

A ciência penal, não obstante a aludida dificuldade na sistematização das causas de justificação, tem procurado buscar um fundamento geral que possa abrigar todas essas situações que excluem a antijuridicidade de uma ação típica, a fim de que possa ser um referencial interpretativo para orientar a solução dos casos não previstos em lei.

ANIBAL BRUNO, com acuidade, observa que as fórmulas propostas para identificar um fundamento geral para todas as excludentes da ilicitude " geralmente apoiam-se no conceito de antijuridicidade material e procuram descobrir na essência do injusto aquilo que, excluindo-se, pode tornar justa a ação cuja tipicidade faz presumir a sua contrariedade ao Direito. Na realidade, trata-se de investigar o conteúdo material da ação lícita, que torne a sua tipicidade um atributo sem valor e constitua o elemento comum que englobe todas as situações previstas na lei ou de exceção. " ⁶⁹

Juntamente com o mestre da Universidade de Recife podemos adiantar que todas essas fórmulas perdem-se pelo seu caráter vago e incerto.

Mencione-se em primeiro lugar, com apoio nos ensinamentos de MAURACH, a chamada " teoria do fim ", preconizada por ALEXANDER GRAF ZU DOHNA e continuada especialmente por EBERHARD SCHMIDT, segundo a qual uma ação típica não é antijurídica quando se apresenta como um meio adequado (correto) para a consecução dos fins da vida em comum regulada pelo Estado. Esta teoria, no entender de MAURACH, tem o defeito de representar nada mais que um meio auxiliar, quase natural, de interpretação das causas de justificação, um mero princípio regulador. ⁷⁰ Realmente, a fórmula de DOHNA, sendo por demais vaga e

⁶⁸ Assim, por exemplo, NELSON HUNGRIA insurge-se contra o uso da expressão causa de justificação, ou justificativa, uma vez que, no seu entender, o fato surge lícito, intrinsecamente lícito, e não apenas justificado. Para HUNGRIA, só pode ser justificado o que é injusto, e não o que é " congenitamente " justo. Comentários ao Código Penal, volume I, tomo II, NELSON HUNGRIA e HELENO CLAUDIO FRAGOSO, Companhia Editora Forense, Rio de Janeiro, 5ª edição, 1978, p. 267.

⁶⁹ ANIBAL BRUNO, obra citada, p. 22.

⁷⁰ REINHART MAURACH, obra citada, p. 425.

genérica, pode servir apenas como meio auxiliar de orientação, principalmente para os casos não previstos em lei.

Também improdutivo, reconhece MAURACH, foi o princípio introduzido por SAUER como uma lei jurídica fundamental : um obrar (comportamento, ação ou omissão) é jurídico (no sentido material) quando sua tendência geral ofereça mais benefício (ideal, cultural) que dano à comunidade estatal. No entender de MAURACH, a teoria de SAUER, que é uma expressão do princípio da ponderação de bens, é inútil porque se for considerada na fórmula generalizadora com que seu autor a concebeu, seu conteúdo substantivo se dilui para transformar-se num conceito indeterminado.⁷¹

EBERHARD SCHMIDHÄUSER faz menção à ponderação de bens (respeito de uma pretensão reconhecida como preeminente no marco do ordenamento jurídico total), como a idéia fundamental subjacente em todas as causas de justificação. Tal teoria peca, igualmente, pela sua generalidade.⁷²

Como se pode observar, as teorias monísticas, que procuraram sistematizar as justificativas penais por meio de um único fundamento, não prosperaram em conseqüência da vagueza e indeterminação causada pela excessiva generalização com que os seus conceitos foram formulados.

Levando em conta essas dificuldades, uma parte da doutrina não buscou sistematizar as causas de exclusão da ilicitude através de um único fundamento, mas procurou reuni-las dentro de determinados grupos de maior ou menor extensão, atendendo a fundamentos pluralistas.

MEZGER crê que existem dois princípios básicos dentro dos quais se pode compreender todas as excludentes da antijuridicidade : o *princípio da ausência do injusto* e o *princípio do direito preponderante*. O primeiro princípio, por ele inicialmente denominado de *princípio da ausência do interesse*, se dá quando " desaparece, por determinado motivo, o interesse que, em outro caso, seria lesionado pelo injusto. " Esclarece que esse princípio se aplica aos casos de consentimento do ofendido e de consentimento presumido. O princípio do direito preponderante, que inicialmente foi por ele chamado de *princípio do interesse preponderante*, se dá quando surge frente ao interesse protegido pela norma proibitiva " outro de mais valor que transforma em conduta conforme ao Direito o que em outro caso teria constituído um injusto. " Menciona que tal princípio se aplica aos casos de : a) direitos especiais de ação (v.g., legítima defesa, estado de necessidade, etc.); b) deveres especiais de ação (v.g., os deveres oficiais,

⁷¹ REINHART MAURACH, obra citada, p. 425.

⁷² Apud REINHART MAURACH, obra citada, p. 426.

profissionais, etc.); c) como resultado do princípio da ponderação de bens (v.g., tratamento curativo e demais intervenções médicas).⁷³

Dentre os autores modernos que se filiam à corrente pluralista deve-se destacar JESCHECK, que se baseia em duas idéias dominantes que, mescladas em diferentes combinações com outras considerações valorativas, oferece o fundamento dos tipos de justificação. A primeira " é a idéia da *ponderação de bens*, que corresponde à concepção do delito como lesão de um bem jurídico (injusto do resultado) e conduz à pergunta : que efeito produziu o fato ? A segunda é a *idéia do fim*, que corresponde à concepção do delito como atuação antinormativa da vontade (injusto da ação) e conduz à pergunta : o que perseguia o autor ? "

Para apreender o sentido das distintas causas de justificação, JESCHECK parte do conceito de antijuridicidade material, pois em seu entender a justificação " significa que a ação, ainda que em si mesma oposta à norma geral proibitiva, aparece no caso concreto de tal forma configurada que deve aceitar-se em benefício de valores superiores a lesão ou a exposição a perigo do objeto da ação protegido e aprovar-se também o fim perseguido pelo autor. Em outras palavras, em conseqüência da intervenção da contranorma, desaparecem ou se contrabalançam, totalmente, ou em sua maior parte, tanto o injusto do resultado como o injusto da ação. " ⁷⁴

WELZEL classifica as causas de justificação em três grupos : a) necessidade (a legítima defesa – defesa necessária, o estado de necessidade do Direito Civil e o estado de necessidade supralegal); b) as situações que requerem a intervenção de força imediata (a auto-ajuda, a detenção provisória) e c) o consentimento do ofendido.⁷⁵

No direito brasileiro, HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, após reconhecer que não existe um princípio geral que abranja todas as causas de justificação, classifica-as em três grandes grupos : a) causas que se fundam em situação de necessidade (estado de necessidade e legítima defesa); b) causas que se fundam na atuação do direito (exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal) e c) causa que se funda na ausência de interesse (consentimento do ofendido).⁷⁶

O que podemos dizer a respeito de todas essas teorias é que a excessiva unilateralidade das mesmas as tornam inaceitáveis como conceito unificador da fundamentação das causas de justificação, como salienta COUSIÑO MAC IVER. Isto, contudo, não impede que se reconheça a validade de alguns princípios como o da *ponderação de bens* e a *doutrina do fim*. No

⁷³ EDMUND MEZGER, Tratado de Derecho Penal, tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 409.

⁷⁴ HANS-HEINRICH JESCHECK, obra citada, volumen primero, p. 444.

⁷⁵ HANS WELZEL, obra citada, p. 121.

⁷⁶ NELSON HUNGRIA e Heleno Cláudio Fragoso, obra citada, volume I, tomo II p. 586.

entender do professor da Universidade do Chile, " na busca da calma se desatou um temporal. " Na atualidade, a tendência da doutrina é deixar de lado todo tratamento sistemático das causas de justificação, cuidando das mesmas sem seguir qualquer método predeterminado.⁷⁷

6. Fontes das causas de exclusão da antijuridicidade

Como mencionado, a antijuridicidade não é um território exclusivo do direito penal, mas pertence a todo o ordenamento jurídico que, por esta forma, conta com um conceito unitário de antijuridicidade.

No dizer de JESCHECK, o único que varia segundo os diversos ramos do direito " são as conseqüências jurídicas da ação antijurídica (por exemplo, indenização dos prejuízos no Direito Civil, anulação do ato administrativo no Direito Administrativo, reparação no Direito Internacional, penas e medidas no Direito Penal). "⁷⁸

No mesmo sentido MAURACH, ao acentuar que quando se fala de um ilícito civil ou administrativo não se quer dizer que a ação respectiva seja ilícita somente perante o direito civil ou o administrativo, mas apenas que a referida ação não provoca conseqüências jurídicas especificamente no âmbito penal, dado que esse ilícito não se acha incorporado dentro dos tipos penais.⁷⁹

Como conseqüência do conceito unitário da antijuridicidade, as causas de sua exclusão devem, também, provir do ordenamento jurídico em seu conjunto. A propósito MAURACH destaca que tanto o direito escrito como o não escrito " estão chamados a decidir se uma ação típica está justificada por uma autorização para atuar. "⁸⁰

Deste caráter ilimitado das fontes de onde provêm as excludentes da ilicitude segue-se, conseqüentemente, não ser possível a sua enumeração exaustiva. Daí ter JESCHECK acentuado a impossibilidade de uma regulação legal cerrada, acrescentando que junto à lei deverão ser arroladas como fontes das proposições permissivas " o Direito Internacional, o Direito Consuetudinário e o Direito suprapositivo presidido pelas concepções superiores da comunidade (Direito natural).⁸¹

Procurando afastar os temores que adviriam da sua colocação, JESCHECK afirma que " a *função de garantia* da Lei Penal não resulta questionada pela admissão de causas de justificação suprapositivas ou

⁷⁷ LUIS COUSIÑO MAC IVER, obra citada, tomo II, p. 132.

⁷⁸ HANS-HEINRICH JESCHECK, obra citada, volumen primero, p. 445.

⁷⁹ REINHART MAURACH, obra citada, p. 427.

⁸⁰ REINHART MAURACH, obra citada, p. 428.

⁸¹ HANS-HEINRICH JESCHECK, obra citada, volumen primero, p. 446.

consuetudinárias, pela razão de que não determinam aplicações, mas restrições da punibilidade.⁸²

JESCHECK, porém, adverte mais adiante que, por razões de segurança e igualdade jurídica, o legislador deveria cuidar de prever, na medida do possível, as causas de justificação. O insigne mestre complementa dizendo que, na medida em que as causas supraleais de justificação forem sendo aceitas na prática, elas não deveriam limitar-se ao caso particular, mas sim " entenderem-se como regras gerais susceptíveis de extensão aos casos análogos. " ⁸³

Com propriedade, COUSIÑO MAC IVER aponta as três fontes possíveis da justificação penal : " a) as que emanam de qualquer ramo do ordenamento jurídico; b) as causas de exclusão da ilicitude expressamente previstas no Código Penal, e c) as que nascem de uma consideração supraleal. " ⁸⁴ Assim, por exemplo, em nosso ordenamento jurídico, a violência empregada para repelir a turbação da posse, prevista no artigo 502 do Código Civil; a legítima defesa, prevista nos artigos 23, II e 25 do Código Penal e, finalmente, as recentes autorizações judiciais para a prática do aborto médico em caso de anencefalia do feto, respectivamente.

As causas de exclusão da ilicitude expressamente previstas no nosso Código Penal, artigo 23, incisos I a III, são : a) estado de necessidade; b) legítima defesa; c) estrito cumprimento de dever legal e d) exercício regular de direito.

7. Elementos subjetivos das causas de exclusão da antijuridicidade

Assim como no tipo penal doloso se exige que o agente saiba o que faz e queira o que faz, ou seja, que haja uma correspondência entre os seus aspectos objetivos e subjetivos, também no tipo permissivo se requer uma congruência entre os mesmos, ou seja, que o agente haja reconhecido a situação justificante e atuado em conformidade a ela.

Assim, não basta que se dêem os pressupostos objetivos da correspondente causa de exclusão da ilicitude, por exemplo, que esteja caracterizada uma situação de legítima defesa. É, também, necessário que o autor *conheça* a situação de perigo atual ou iminente a direito seu ou de outrem causada pela agressão injusta, e *queira* atuar no exercício da autorização que a lei lhe confere para repelir esta agressão, usando moderadamente dos meios necessários.

⁸² HANS-HEINRICH JESCHECK, obra citada, p. 447.

⁸³ HANS-HEINRICH JESCHECK, obra citada, p. 447.

⁸⁴ LUIS COUSIÑO MAC IVER, obra citada, tomo II, p. 134.

Para que se possa realizar a absoluta necessidade da congruência entre os aspectos objetivos e subjetivos das excludentes da antijuridicidade, atente-se aos seguintes exemplos, formulados em forma de perguntas por HEITOR COSTA JÚNIOR :

" Age em estado de necessidade justificante o que furta um medicamento raro e valioso com fins puramente lucrativos se, ao chegar em casa, o subministra a seu cônjuge que nesse intervalo havia contraído um enfermidade delicada, só suscetível de ser reduzida por esse meio, à qual o delinqüente não poderia socorrer em outras circunstâncias, dada a exiguidade de seus recursos ? "

" Age no cumprimento do dever legal o policial que, para vingar-se de seu vizinho, o detém, ignorando que à mesma hora foi expedido pelo Juiz competente uma ordem de prisão contra este indivíduo, cuja execução foi precisamente a ele confiada ? " ⁸⁵

É evidente que as questões supra somente podem ser respondidas de forma negativa, uma vez que é impossível prescindir no exame da ação típica final dos aspectos subjetivos que excluem a antijuridicidade. Isto porque, conforme o ensinamento de GÜNTER STRATENWERTH, " os requisitos subjetivos da justificação, assim considerados, constituem a exata contrapartida do dolo " ⁸⁶

Além do mais, o sentido ontológico final de toda ação, como conduta humana dominada pela vontade e dirigida a um determinado fim, impõe a consideração do aspecto subjetivo nas causas de exclusão da ilicitude.

Porém, esta necessária consideração do elemento subjetivo nas justificativas penais, não deve ser estendida a ponto de se perquirir, também, as especiais *motivações* que, eventualmente, possam acompanhar a finalidade do agente. Assim, por exemplo, suponha-se o caso citado por COUSIÑO MAC IVER " do indivíduo que, frente a uma agressão injusta de um inimigo, e dando-se os demais pressupostos da legítima defesa, lhe mata por sentimentos de vingança, porém com intenção de defender-se. " Conforme com acerto explica, neste caso " nos encontramos novamente com o velho problema das *motivações*, que não obstante a sua importância para o direito, por exemplo, como circunstância atenuante do delito, não pode confundir-se com as *finalidades* da ação. " ⁸⁷ Embora o motivo vingativo seja reprovável, a ação contudo se ajusta ao direito.

⁸⁵ Apud DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, Direito Penal, 1º volume, Editora Saraiva, São Paulo, 17ª edição, 1993, p. 313.

⁸⁶ Apud LUIS COUSIÑO MAC IVER, obra citada, tomo II, p. 141.

⁸⁷ LUIS COUSIÑO MAC IVER, obra citada, tomo II, ps. 142 e 143.

A propósito da crítica dos doutrinadores que adotam a teoria causal da ação, no sentido de que a consideração da intenção do agente na apreciação das causas de exclusão da ilicitude, abre as portas a um *direito penal do ânimo*, por fazer depender a licitude ou ilicitude de posições subjetivas, deve-se meditar nos ensinamentos de ENRIQUE CURY : " Tais críticas somente são possíveis por causa de uma confusão entre *finalidade e motivação*. À lei só interessa que a finalidade atual do sujeito seja conforme à norma jurídica. A formação da vontade, com toda sua rica gama de afetos, tendências, sentimentos, convicções, etc., permanece à margem da valoração. O direito somente aspira que o sujeito se comporte conforme as suas prescrições; não lhe importa porque o faz. Por isso, *para que opere uma causa de justificação, basta com que o sujeito haja conhecido e querido a situação de fato em que esta consiste*; os motivos que acompanhavam a vontade de concretização adequada à norma restam irrelevantes. " ⁸⁸

Deve-se advertir, neste passo, que o reconhecimento dos elementos subjetivos das causas de exclusão da antijuridicidade, não exclui a possibilidade de se admitir a justificação de um delito culposo, pois não afasta a apreciação da finalidade que imbuíu o autor ao praticar a ação da qual resultou, por imprudência ou negligência, o resultado lesivo. Assim, mencione-se o caso real de uma pessoa que, atingida por um golpe de faca no peito, com forte hemorragia, não tendo quem a conduzisse ao pronto-socorro, assumiu a direção do próprio veículo e, em conseqüência, veio a causar um atropelamento ao desfalecer em decorrência da perda dos sentidos no momento do acidente. ⁸⁹

Na atualidade, se reconhece amplamente a necessidade da presença dos elementos subjetivos das causas de exclusão da ilicitude, quer entre os autores nacionais, ⁹⁰ quer entre os estrangeiros ⁹¹.

8. Efeitos penais comuns das causas de exclusão da antijuridicidade

Não obstante os diversos fundamentos sobre os quais descansam as causas de exclusão da ilicitude, todas elas apresentam determinadas

⁸⁸ ENRIQUE CURY URZÚA, Orientación para el estudio de la teoría del delito. Ediciones Nueva Universidad. Santiago, 2ª edición, p.155.

⁸⁹ JUTACRIM 45/399 e RT 400/294.

⁹⁰ Nesse sentido, entre outros, ANIBAL BRUNO, obra citada, p.347; HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, Lições de Direito Penal, Parte Geral, Companhia Editora Forense, Rio de Janeiro, 14ª edição, 1992, ps.187,190 e191; FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, obra citada, p. 173; DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, obra citada, 1º volume, p.313; JULIO FABBRINI MIRABETE, Manual de Direito Penal, Parte Geral, 1, Editora Atlas S.A., São Paulo, 7ª edição, 1992, p.168.

⁹¹ Assim, entre outros, HANS WELZEL, obra citada, p.121; REINHART MAURACH, obra citada p.432; HANS-HEINRICH JESCHECK, obra citada, volumen primero, p.447; EUGENIO RAUL ZAFFARONI, obra citada, p.485; LUIS COUSIÑO MAC IVER, obra citada, Tomo II, p. 137; ENRIQUE CURY URZÚA, obra citada, p. 155.

conseqüências comuns. A seguir alinhamos os efeitos penais comuns de maior relevância.

1. - Aquele que sofre a ação amparada por uma excludente da antijuridicidade não pode invocar a legítima defesa para justificar a sua reação. Isto porque, conforme assinala MAURACH, toda causa de justificação concede um verdadeiro direito, que o titular pode fazer prevalecer inclusive com o uso adequado da força, se necessário. Assim, jamais uma ação justificada pode constituir uma agressão injusta no sentido das disposições relativas à legítima defesa.⁹²

2. - A ação justificada se estende a todos os partícipes. Isto porque a participação supõe a prática dolosa de uma ação típica antijurídica. Apenas se poderia admitir a autoria mediata, desde que preenchidos certos pressupostos (quando o instrumento atua conforme ao direito, v.g., o policial que pratica de boa fé uma detenção em virtude de uma acusação falsa consciente).

3. - Ao que age amparado por uma causa de exclusão da antijuridicidade jamais se pode impor uma medida de segurança, muito embora, ao tempo da ação ou omissão, ele fosse, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

⁹² REINHART MAURACH, obra citada, ps. 430 e 431.

CAPÍTULO III

O ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL E O EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO

1. Generalidades

Nas palavras de MUÑOZ CONDE : " não existe maior justificação do que cumprir um dever ou exercer legitimamente um direito, ofício ou cargo. " ⁹³ O referido artigo 23, inciso III, do Código Penal, estabelece que não há crime quando o agente pratica o fato em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. Com superabundância de termos, o legislador penal proclama o pleonástico princípio de que não atua contra a lei aquele que se conduz conforme à lei.

Esta aparente superfluidade foi justificada por NELSON HUNGRIA, com apoio em PAUL LOGOZ, como uma " advertência ao juiz, para que tenha em conta *todas* as regras de direito, mesmo extrapenais, que, no caso vertente, podem ter por efeito a excepcional legitimidade do fato incriminado. " E, em seguida, complementa : " E ainda mais se justifica essa ressalva expressa quando sua fórmula sirva também para frisar que a licitude excepcional está rigorosamente condicionada aos limites traçados ao exercício do *direito* ou ao cumprimento do *dever legal*. " ⁹⁴

BASILEU GARCIA, embora considere ambas as disposições não indispensáveis à estrutura do Código Penal, assevera que elas são úteis " para afastar dúvidas e abranger certos casos, perfeitamente atendíveis, de exclusão da antijuridicidade que poderiam não caber muito nitidamente nos contornos das demais justificativas. " ⁹⁵

No mesmo sentido, apesar de reconhecer que disposição de tal natureza é tão evidente que parece quase supérfluo fazê-la constar em um código, JIMÉNEZ DE ASÚA afirma que : " ainda que somente fosse para chamar a atenção dos magistrados, um preceito desta índole deve figurar nos Códigos. " ⁹⁶

Com propriedade, COUSIÑO MAC IVER adverte que a superfluidade de uma disposição legal " nem sempre é razão suficiente para

⁹³ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, obra citada, volume I, tomo II, p. 114.

⁹⁴ NELSON HUNGRIA e HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, obra citada, volume I, tomo II, p. 309.

⁹⁵ BASILEU GARCIA, Instituições de Direito Penal, volume I, tomo I, 3ª edição, 1956, Max Limonad, São Paulo, p. 319.

⁹⁶ LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, tomo IV, 1952, p. 490.

omiti-la de um Código que, como corpo ordenado de leis metodicamente agrupadas, deve bastar-se tecnicamente a si mesmo. " ⁹⁷

Não obstante a manifesta utilidade da inserção de tal preceito no código penal, não faltaram aqueles que o tacharam de inútil, como BERNARDINO ALIMENA, e, também, de supérfluo, como GIUSEPPE MAGGIORE. ⁹⁸

Os autores que acham que os institutos em exame são supérfluos fundamentam o seu ponto de vista na falta de uma definição legal de suas características básicas pelos estatutos penais, que apenas se limitam a enunciá-los. Segundo eles, a caracterização dos deveres e direitos está disseminada por toda legislação : administrativa, processual, civil, penal, etc. Dito em outras palavras, mesmo que o cumprimento de deveres e o exercício de direitos não fossem previstos de forma genérica pelos códigos penais, de toda forma se chegaria ao mesmo resultado, qual seja, a eliminação da antijuridicidade ou da tipicidade da conduta.

Porém, à medida que os autores aprofundam o exame das muitas questões práticas que são solucionadas graças a essas justificativas, desaparecem dos textos de doutrina os qualificativos de inutilidade e superfluidade, como se observa pelos ensinamentos de ANTOLISEI, BETTIOL e FRANCESCO CARNELUTTI. Mesmo na Alemanha, que não dispõe de um preceito geral nesse sentido, jamais as referidas justificativas foram tachadas de inúteis ou supérfluas, como se verifica pelas lições de BINDING, M. E. MAYER, MEZGER, MAURACH, etc. ⁹⁹

Outro aspecto que também merece ser abordado é o da conveniência de se enumerar taxativamente os deveres e direitos que justificam a conduta. Bem andou o legislador brasileiro ao não fazê-lo, limitando-se a mencioná-los genericamente, pois tratam-se de conceitos jurídicos suficientemente amplos aptos a abranger todas as hipóteses que implicam em uma conduta ajustada ao direito.

Segundo COUSIÑO MAC IVER, os juristas espanhóis e latino-americanos, cujos códigos possuem disposições semelhantes, se limitam a dar exemplos ilustrativos de ambas as justificativas. Para tanto, os autores se utilizam da " *função predominante* que desempenha a causa de justificação na atuação incriminada. Por exemplo, deveria entender-se que o agente policial que detém o delinqüente em flagrante, o faz no exercício legítimo de sua autoridade, e que o pai que castiga moderadamente o seu filho menor, exercita um direito. " ¹⁰⁰

⁹⁷ LUIS COUSIÑO MAC IVER, obra citada, tomo II, p. 433.

⁹⁸ Apud LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, tomo IV, ps. 489 e 490.

⁹⁹ Apud LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, tomo IV, p. 490.

¹⁰⁰ LUIS COUSIÑO MAC IVER, obra citada, tomo II, p. 434.

Também na Itália, cujo código penal possui uma fórmula genérica similar, os doutrinadores se preocuparam apenas em exemplificar as diversas hipóteses que podem ocorrer em ambas as justificativas.

Porém, nem todas as legislações penais contemplam os institutos em estudo. Como mencionado, o legislador alemão, tanto em 1871 como em 1975, nada diz sobre o assunto. No entanto, tal omissão não impediu que a doutrina se manifestasse sobre os mesmos de uma forma abrangente, considerando-os como justificativas extrapenais. Escolhendo MEZGER para representar os autores alemães, assim ele discorre a propósito das ações realizadas em virtude de deveres especiais : " *Não atua antijuridicamente aquele que em virtude de sua situação oficial ou de serviço está obrigado ou tem o direito de atuar na forma que o faz.* Por isto, não procedem antijuridicamente o oficial de justiça que dentro dos limites do cumprimento de sua missão subtrai do devedor contra sua vontade, ou inclusive com emprego de força, determinados objetos sobre os quais recai o embargo, nem o verdugo que executa uma sentença de morte, nem o funcionário das prisões que, dando cumprimento a uma sentença encerra o réu, nem o guarda rural ou o agente de polícia que se servem de medidas de força no exercício e dentro dos limites de seu dever oficial, nem os funcionários da alfândega, arrecadação de impostos e florestais que executam, empregando a coação, o que lhes impõe o serviço público que desempenham. Aqui pertencem também o exercício das faculdades disciplinares dos superiores hierárquicos, a conduta do soldado na guerra, assim como o uso autorizado das armas pelo militar e pelo funcionário em tempo de paz. A respeito da extensão de tais faculdades, nos informam o Direito Administrativo e outros ramos jurídicos extrapenais. Em todos os casos, o limite da faculdade oficial ou pública constitui também o limite da causa de exclusão do injusto. " ¹⁰¹

O velho Código Penal da França de 1810, que vigorou até 01.03.94, não previu na Parte Geral as referidas justificativas. Apenas no artigo 327, aplicável aos delitos contra as pessoas, estatuiu que : " não há crime nem delito quando o homicídio, as lesões e os golpes estão ordenados pela lei e comandados pela autoridade legítima. " Sobre este preceito os tratadistas elaboraram uma doutrina com relação aos institutos em análise.

Desta forma, verifica-se que há três sistemas legislativos distintos a propósito do cumprimento de deveres e do exercício de direitos como causas de justificação. Há aqueles que não os mencionam, como, entre outros, o código penal alemão; há os que não os enunciam na Parte Geral, limitando-se a considerá-los com respeito a determinados delitos, como o antigo código penal francês e, finalmente, há aqueles que os prevêm na Parte Geral, como

¹⁰¹ EDMUND MEZGER, Tratado, p. 439.

os códigos penais brasileiro, francês, italiano, português, espanhol, latino-americanos em geral, entre vários outros.

Insista-se, porém, que, mesmo naqueles países cujos diplomas legais silenciam sobre os referidos estatutos jurídicos, há uma intensa elaboração dogmática sobre os mesmos, o que, sem dúvida, revela a sua importância para a teoria geral do delito.

A lei penal brasileira, que se esmerou em assinalar minuciosamente os requisitos do estado de necessidade e da legítima defesa (artigos 24 e 25, respectivamente), ao tratar do cumprimento de deveres e do exercício de direitos cinge-se exclusivamente a enunciá-los. Este fato fez com que COUSIÑO MAC IVER, ao discorrer sobre a lei penal chilena, que contém uma fórmula similar à nossa, dissesse que a mesma constitui uma verdadeira " lei aberta que deverá ser preenchida pelo juiz discricionariamente para ajustá-la ao caso particular submetido à sua decisão, salvo o caso excepcional de exigências contidas na fonte que cria o dever, o direito, a autoridade, o ofício ou o cargo. " ¹⁰²

Esta característica de lei aberta foi, também, acentuada por MUÑOZ CONDE que diz que, para se saber quando um policial, um funcionário, um médico, etc. atuam dentro de suas respectivas competências ou atribuições jurídicas, " é necessário conhecer qual é o conteúdo da regra jurídica (administrativa, laboral, etc.) que disciplina tal atuação. " E, em seguida, adverte : " A questão tem transcendência porque nem sempre esta regra jurídica é suficientemente clara ou, inclusive, pode ser contrária aos princípios informadores das causas de justificação. " ¹⁰³

Deve, portanto, ser apreciada com cautela a observação de COUSIÑO MAC IVER que, em se tratando de causas que excluem a ilicitude ou a tipicidade, " não se encontra em jogo o princípio *nullum crimen nulla poena sine lege* e, portanto, o caráter de aberta que esta lei reveste não merece a mesma crítica que a lei punitiva. " ¹⁰⁴ A precaução é necessária porque, não obstante não se encontre em jogo o princípio da legalidade, o intérprete não pode ser condescendente com estas excludentes, principalmente com o cumprimento de deveres que se revestem de caráter público, a fim de evitar que se firam direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. Desta forma, tais justificativas demandam uma interpretação rigorosamente estrita

Em nosso país, a jurisprudência sobre estas causas de exclusão da tipicidade ou da ilicitude é muito escassa. Isto pode, em parte, ser atribuído à falta de uma adequada elaboração doutrinária. Porém, com apoio em COUSIÑO MAC IVER, podemos, também, explicar o fenômeno pelo fato

¹⁰² LUIS COUSIÑO MAC IVER, obra citada, tomo II, p. 436.

¹⁰³ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, obra citada, p. 114.

¹⁰⁴ LUIS COUSIÑO MAC IVER, obra citada, tomo II, p. 436.

que aqueles que são afetados pelo cumprimento do dever legal ou pelo exercício do direito raramente recorrerem à justiça penal, por serem os primeiros a estarem convencidos da sua legitimidade.¹⁰⁵

O dispositivo legal em questão, artigo 23, inciso III, do Código Penal, classificado sob a rubrica " Exclusão da Ilicitude ", apresenta dois núcleos essenciais, consubstanciados nos termos *dever* e *direito*, que são os dois aspectos que uma norma jurídica pode assumir, conforme se *imponha* ou se *faculte* uma determinada conduta. Nos próximos capítulos esses dois núcleos serão analisados separadamente, quer como causas de exclusão da tipicidade, quer como causas de exclusão da ilicitude.

2. Estrito cumprimento de dever legal

Quando falamos em cumprimento de dever legal estamos nos referindo à lei em sentido lato, como norma ou regra de direito, e não apenas à lei no seu sentido estrito ou formal. Assim, deve-se interpretar o adjetivo *legal* como se reportando à toda atividade normativa reguladora, quer a norma provenha do poder legislativo (lei *stricto sensu*) quer do poder executivo (decreto, regulamento, etc.).

O substantivo *dever* tem sentido de obrigação, que se expressa numa regra de ação, seja esta imposição derivada de preceitos morais, religiosos ou legais. Porém, nem todos esses deveres têm o condão de *obrigar* o indivíduo a praticar um fato previsto em lei como crime. Somente os *deveres jurídicos*, que trazem em seu bojo uma norma imperativa, podem obrigá-lo a cometer um fato aparentemente delituoso. Tanto isto é verdadeiro que o não cumprimento de um dever legal, por proceder de normas imperativas, acarreta sanções para o infrator, de forma que não fica ao arbítrio do indivíduo realizar ou não a conduta prescrita.

Como visto, nos ordenamentos jurídicos em geral, e no nosso em especial, não existe uma sistematização desses deveres, espalhados que estão por toda legislação : administrativa, processual, civil, penal, etc. Levando em conta esta característica assistemática dos deveres jurídicos, os doutrinadores que cuidaram do tema sempre evitaram classificá-los metodicamente, limitando-se a exemplificá-los de uma forma geral como modelos aos quais se ajustariam todos os casos concretos (o carrasco que executa a pena de morte, o policial que detém o criminoso em flagrante delito, o agente carcerário que recolhe à prisão o sentenciado, o oficial de justiça que ingressa em imóvel para executar despejo forçado, etc.). Veja-se, por exemplo, ANTOLISEI que, ao tratar dos deveres provenientes de normas públicas, discorre quase que

¹⁰⁵ LUIS COUSIÑO MAC IVER, obra citada, tomo II, p. 437.

exclusivamente sobre o *uso legítimo de armas* que, no seu entender, constitui a hipótese mais importante dessa justificativa.¹⁰⁶ Da mesma forma Welzel, ao destacar as hipóteses de " auto-ajuda de caráter público ", exemplifica com o funcionário que conduz a detenção de pessoas que perturbam ou resistem às ações constritivas de caráter processual penal e com a " detenção provisória de quem foi surpreendido em flagrante delito ou logo após em perseguição posterior ao flagrante delito. " ¹⁰⁷

Repetimos a advertência que fizemos na parte introdutória que, neste trabalho, não há a preocupação de relacionar exaustivamente esses deveres nem de analisá-los em profundidade, não só porque tal empreitada constituiria um estéril exercício de casuística, como também fugiria ao seu verdadeiro objetivo, que é a compreensão da *natureza jurídica* desta causa de justificação, tendo em vista suas importantes *repercussões no plano processual penal*.

Não obstante a apontada dificuldade na sistematização dos deveres jurídicos, podemos dividi-los em dois blocos, conforme se tratem de deveres que se revestem de *caráter público* e deveres que se revestem de *caráter privado*. Neste sentido, JIMÉNEZ DE ASÚA menciona dois grandes grupos de cumprimento de deveres : " a) atos executados em cumprimento de um dever resultante de funções públicas; é dizer, em deveres de serviço; b) atos executados em cumprimento de um dever imposto ao particular. " ¹⁰⁸

Com relação aos deveres que se revestem de *caráter público* cumpre também distinguir entre *dever genérico de atuar*, cujo exercício não acarreta necessariamente uma ofensa ao bem jurídico e o *dever específico de atuar com lesão ao bem jurídico*, cujo cumprimento implica forçosamente uma ofensa a um determinado bem jurídico tipicamente protegido. Tal divisão é fundamental para a caracterização da natureza jurídica do instituto.

No cumprimento do dever legal é possível, pois, que haja lesão a um interesse penalmente tutelado, ou até mesmo que concorra um dever específico de atuar com ofensa ao bem jurídico. Em princípio, como observa SANTIAGO MIR PUIG, " a lei só estabelece *deveres específicos de lesionar bens jurídicos* para aqueles que exercem determinados cargos públicos – assim, por exemplo : para as forças de ordem pública, para os Tribunais ou para os funcionários de prisões. " ¹⁰⁹ (g.n.)

Neste estudo, a justificativa do estrito cumprimento de dever legal compreende apenas os deveres inerentes ao cargo ou à função pública, aqui denominados deveres que se revestem de *caráter público*. Quanto aos deveres

¹⁰⁶ FRANCESCO ANTOLISEI, obra citada, p. 192.

¹⁰⁷ HANS WELZEL, obra citada, p. 136.

¹⁰⁸ LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, tomo IV, p. 509.

¹⁰⁹ SANTIAGO MIR PUIG, Derecho Penal, Parte General, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1984, p. 415.

jurídicos que se revestem de caráter particular, preferimos tratá-los como hipóteses de exercício regular de direito, como realçaremos mais adiante.

O entendimento de que esta causa de justificação compreende somente os deveres inerentes ao cargo ou à função pública é acentuado por DÉLIO MAGALHÃES, com apoio em VINCENZO MANZINI e EUGENIO CUELLO CALÓN, : " certo é que no *cumprimento de dever legal* se pressupõe no executor, em regra geral, um *funcionário ou militar* (Código Penal Militar), agindo por ordem da lei a que deve estrita obediência, ao passo que no *exercício de direito* o fato pode ser praticado por qualquer pessoa, - *quidam de populo*, não sendo necessário, portanto, aquele pressuposto especial. " ¹¹⁰

No que tange aos deveres que se revestem de caráter público, isto é, aqueles resultantes do exercício de cargo ou função pública, deve-se enfatizar que a atividade administrativa é regida, entre outros, pelo *princípio da legalidade* (Constituição Federal, artigo 37, *caput*).

HELLY LOPES MEIRELLES assim se manifesta sobre o referido princípio : " A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não pode se afastar nem desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei. Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa " pode fazer assim "; para o administrador público significa " deve fazer assim ". As leis administrativas são, normalmente, de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contêm verdadeiros poderes-deveres, irreligáveis pelos agentes públicos. Por outras palavras, a natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercitar os poderes e cumprir os deveres que a lei lhes impõe. Tais poderes, conferidos à Administração Pública para serem utilizados em benefício da coletividade, não podem ser renunciados ou descumpridos pelo administrador sem ofensa ao bem comum, que é o supremo objetivo de toda ação administrativa. " ¹¹¹

CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, no mesmo diapasão, ensina que : " Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da

¹¹⁰ DÉLIO MAGALHÃES, *Causas de Exclusão de Crime*, Saraiva S/A Livreros Editores, São Paulo, 1968, p. 41.

¹¹¹ HELLY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 18ª edição, 1993, Malheiros Editores, ps. 82 e 83.

Administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no direito brasileiro. " ¹¹²

Como mencionado, no caso dos deveres jurídicos que se revestem de *caráter público*, a justificativa em análise tem como pressuposto básico ou um *dever genérico de atuar*, cujo exercício não implica necessariamente uma lesão ao bem jurídico penalmente tutelado, ou um *dever específico de atuar com lesão ao bem jurídico*, cujo cumprimento ocasiona necessariamente uma ofensa a determinado interesse tipicamente protegido.

Como exemplo da primeira hipótese – *dever genérico de atuar* – pode-se citar o caso do 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 expressamente ao policial o dever de atuar com ofensa à integridade corporal do detento, mas apenas lhe impõe, genericamente, a obrigação de agir para frustrar a sua fuga, não admitindo o emprego de força, salvo a indispensável para tal desiderato. ¹¹³

Pode-se ilustrar a segunda hipótese – *dever específico de atuar com lesão ao bem jurídico* – com os exemplos do verdugo, que executa a pena capital e do policial, que prende um delinqüente em flagrante. Nestes casos, a lei determina especificamente que o agente público atue, impondo-lhe, em consequência, o dever de ofender determinados bens jurídicos penalmente protegidos : vida e liberdade pessoal, respectivamente.

Esta distinção entre *dever genérico de atuar* e *dever específico de atuar com lesão ao bem jurídico*, tratando-se de deveres jurídicos que se revestem de caráter público, tem, insistimos, especial importância para a caracterização de sua natureza jurídica.

Como se verá, o cumprimento de um *dever genérico de atuar* que, eventualmente, venha a lesar um bem jurídico tipicamente protegido constituirá uma causa de exclusão da antijuridicidade, ao passo que o cumprimento de um *dever específico de atuar com lesão ao bem jurídico* constituirá uma causa de exclusão da tipicidade. Isto porque, na primeira hipótese, a lei não ordena ao agente público que aja lesando o bem jurídico, mas apenas lhe impõe o cumprimento de um dever genérico de atuar, ao passo que, na outra hipótese, a lei ordena ao agente público que pratique

¹¹² CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, Curso de Direito Administrativo, 4ª edição, 1993, Malheiros Editores Ltda., p. 48.

¹¹³ Artigo 284 do Código de Processo Penal : " Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso. "

determinada conduta que, *necessariamente*, ofende o interesse tipicamente tutelado.

Nas leis se encontram numerosos deveres, distintos dos anteriores, que se revestem de *caráter particular*, ou seja, aqueles que não pressupõem no executor um agente público. Assim, pode-se mencionar, no direito de família, os deveres que ambos os cônjuges têm de " fidelidade recíproca; vida em comum, no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos (Código Civil, artigo 231, incisos I a IV).

No entanto, em regra, o dever legal pressupõe que o seu destinatário seja um servidor público. Por serem excepcionais, consideramos os deveres que se revestem de *caráter particular* como casos de *exercício regular de direito*, reservando a justificativa do estrito cumprimento de dever legal somente para aquelas hipóteses em que o seu destinatário seja um agente público. Na prática, contudo, os resultados são os mesmos.

BETTIOL distingue entre deveres impostos através de uma norma jurídica e deveres impostos através de uma ordem da autoridade pública. Por *ordem da autoridade pública* o mestre de Pádua entende todo comando que um superior determina a um inferior hierárquico, dentro de uma relação de hierarquia pública.¹¹⁴

No entanto, para os propósitos deste trabalho tal distinção não apresenta maior relevância, pois toda ordem legítima emanada de um superior hierárquico, pressupõe uma norma jurídica que a fundamenta, o que faz com que tudo se reduza ao cumprimento de deveres legais. No mesmo sentido, KAUFMANN.¹¹⁵ Tratando dos efeitos de uma ordem em matéria de serviço, MAURACH, com propriedade, 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 a sua execução somente pela circunstância de que aquele que ordena o ilícito se valha do instrumento. " ¹¹⁶

Corolário disto é que a *obediência devida* é a outra face da moeda da *ordem da autoridade pública* e, como tal, constitui uma causa de justificação, desde que provenha de uma ordem intrinsecamente adequada ao direito, ou seja, legítima. Podemos citar como exemplo a conduta do policial que detém o sentenciado dando cumprimento a uma ordem judicial de prisão.

¹¹⁴ GIUSEPPE BETTIOL. obra citada, p. 278.

¹¹⁵ Apud CLAUS ROXIN que, abordando a teoria de ARMIN KAUFMANN, afirma que " Tal ordem oficial é uma norma, tal como a que se deduz da própria lei, ' dado que não se diferencia materialmente das outras normas. ' A ordem de um funcionário ou de uma autoridade é, segundo esta concepção, equivalente a uma norma legal." Obra citada, p. 21.

¹¹⁶ REINHART MAURACH, obra citada, p. 505.

A Comissão Redatora do Código Penal do Chile fundamenta a supressão da excludente genérica da *obediência devida* em duas ordens de razões : em primeiro lugar, porque daria a todo subordinado o direito de examinar o mandato de seu superior, fazendo com que a insubordinação estivesse baseada até certo ponto na lei; e, em segundo lugar, porque seria supérflua, uma vez que não constituiria outra coisa senão uma repetição da excludente do cumprimento de dever legal.¹¹⁷

CURY URZÚA, após refutar os fundamentos da Comissão Redatora do Código Penal chileno, aponta como razão principal da conveniência de não se incluir a *obediência devida* no rol das excludentes, não porque a mesma levaria à canonização da insubordinação, mas porque tenderia " à implantação de um sistema de sujeição cega aos mandatos dos superiores. " ¹¹⁸

No entanto, o principal motivo da oposição da doutrina chilena à inclusão da *obediência devida* entre as causas de justificação residiu, no entender de COUSIÑO MAC IVER, nos problemas que poderiam advir no cumprimento de ordens *ilegítimas* e dos seus efeitos na qualificação da conduta daquele que age.¹¹⁹ Efetivamente, as questões que eventualmente surjam no cumprimento de ordens ilegítimas de superior hierárquico dizem respeito exclusivamente à culpabilidade e, como tal, para lá deverão ser remetidas, como fez o nosso Código Penal ao dispor sobre o assunto no artigo 22, segunda parte.¹²⁰

Porém é incontroverso que os casos mais freqüentes de *obediência devida* são semelhantes aos do *cumprimento de dever legal* e, conseqüentemente, a mesma é aqui tratada como uma subespécie desta causa de justificação.

Deve-se, por ora, adiantar que, frente ao cumprimento de um dever legal, seja ele excludente da ilicitude ou da tipicidade, o interesse preponderante não se mede pela natureza ou quantidade da pena, mas, como destaca COUSIÑO MAC IVER, pelo princípio de que " sempre é prevalente a norma imperativa ante a norma proibitiva. " ¹²¹ A *obediência devida*, subespécie do cumprimento de um dever legal, apresenta a mesma solução jurídica, resolvendo-se, também, pela prevalência da norma imperativa.

¹¹⁷ ENRIQUE CURY URZÚA, Derecho Penal, Parte General, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1985, p. 88.

¹¹⁸ ENRIQUE CURY URZÚA, obra citada, tomo II, p. 88.

¹¹⁹ LUIS COUSIÑO MAC IVER, obra citada, tomo II, p. 451.

¹²⁰ Art. 22, 2ª parte, Código Penal :

" Se o fato é cometido ... em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da ... ordem ."

¹²¹ LUIS COUSIÑO MAC IVER, obra citada, tomo II, p. 441.

Observe-se que o cumprimento de deveres legais deve ser efetivado dentro da restrição expressa pelo adjetivo *estrito*, ou seja, de forma prudente e rigorosamente dentro da exata medida. Muito embora os agentes públicos estejam obrigados a cumpri-los, ainda que à custa da lesão de interesses penalmente protegidos, a lei penal pune todo e qualquer *excesso*, quer à título de dolo, quer à título de culpa (Código Penal, artigo 23, parágrafo único), sem prejuízo do enquadramento da conduta como crime de abuso de autoridade (Lei n.º 4898/65, artigos 3º e 4º).

Todo excesso, assim, descaracteriza a causa de justificação, pois o abuso do dever equívale à sua negação, dando azo que o prejudicado reaja legitimamente. JOSÉ ALVES MOTTA, assim se manifesta sobre a resistência empreendida ao cumprimento de uma ordem de prisão expedida sem as formalidades legais e de modo manifestamente contrário às leis : " Quando um funcionário público não executa a lei, saindo de suas funções ou abusando delas, comete um ato arbitrário em prejuízo do cidadão, e este, resistindo, não se opõe à execução da lei e sim à sua violação (Sent. do Juiz Sanchez de Lemos, 7 de julho de 1911). " ¹²²

Abordando o problema do emprego da violência por parte da autoridade pública, MUÑOZ CONDE afirma que a gravidade deste fato fez com que doutrina e jurisprudência estabelecessem limites com o fito de evitá-la. No entender do professor da Universidade de Sevilha estes limites são a necessidade racional da violência e a sua adequação proporcional ao fato. O primeiro exige que a violência empregada " tem que ser a necessária para restabelecer a ordem jurídica conturbada, não estando justificada, por desnecessária, se, por exemplo, isto seja suficiente com qualquer outra espécie de medida não violenta. " O segundo limite exige que a violência além de necessária " deve ser proporcional à medida do fato que a motivou, evitando qualquer excesso, por mais que aparentemente possa estar autorizado por qualquer espécie de regulamento administrativo. " ¹²³

3. Exercício regular de direito

Também aqui, cumpre esclarecer que, quando se fala em exercício de direito, não se está referindo apenas ao direito legislado, ou seja, à lei em sentido estrito, mas ao direito em seu sentido lato, compreendendo toda atividade normativa reguladora da conduta, quer a norma provenha do poder legislativo (lei *stricto sensu*), do poder executivo (decreto, regulamento, etc.), ou até mesmo do costume.

¹²² JOSÉ ALVES MOTTA, Na promotoria pública, Editores : Livraria Acadêmica, Saraiva & Cia, São Paulo, 1932, p. 284.

¹²³ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, obra citada, p.115.

Reina sobre esta causa de justificação tamanha balbúrdia de conceitos que a maioria dos autores, nacionais e estrangeiros, nela pouco se detêm em seus manuais, cursos e tratados, como que procurando se livrar o mais rápido possível de tão tormentoso tema. Boa parte da dificuldade reside na sua amplitude, que dificulta a análise sistemática do instituto, visto que o exercício de direitos, como a própria expressão indica, abrange todo o ordenamento jurídico.

De um modo geral, da mesma forma como procederam com relação ao estrito cumprimento de dever legal, os doutrinadores limitam-se a enumerar os casos mais freqüentes que se enquadram dentro de seu vastíssimo pálio, sem se preocupar com a relevante questão da análise de sua natureza jurídica.

Apenas nos restringindo à doutrina nacional sobre o Código Penal de 1940 : HUNGRIA, além de não distinguir com precisão os casos de cumprimento de dever legal e exercício de direitos, cinge-se a citar, entre os casos de excepcional licitude, além daqueles previstos na parte especial da lei penal, a prática de esportes violentos, as operações cirúrgicas e qualquer fato que seja inerente ao exercício normal de uma profissão.¹²⁴ JOSÉ FREDERICO MARQUES inclui dentro de seu âmbito, no que toca à lei não penal, o costume, o *ius corrigendi* que promana do pátrio poder, o tratamento médico-cirúrgico e os esportes violentos. Com relação a estes dois últimos, o sempre lembrado mestre da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo acrescenta o consentimento do ofendido também como fundamento da sua licitude.¹²⁵ ANIBAL BRUNO insere nesta fórmula os atos praticados com o fim de correção por pais ou mestres, as defesas predispostas ou *offendicula*, as intervenções médicas e cirúrgicas e as lesões em jogos esportivos.¹²⁶ BASILEU GARCIA exemplifica com o direito de correção e com a defesa da posse executada pelo possuidor esbulhado, quando a mesma se efetua logo após a sua perda.¹²⁷ HELENO FRAGOSO menciona as intervenções cirúrgicas e os esportes violentos.¹²⁸ EDGARD MAGALHÃES NORONHA relaciona o castigo paterno, a agressão no esbulho possessório, o costume, a violência nos desportes e a intervenção médico cirúrgica, estas últimas com fundamento, também, no consentimento do ofendido.¹²⁹ ASSIS DE TOLEDO inclui o costume e o desforço imediato na defesa da posse no caso de esbulho possessório.¹³⁰ DAMÁSIO enumera a prisão em flagrante realizada por um particular, a liberdade de censura prevista no artigo 142 do Código Penal, o direito de retenção permitido pelo Código Civil, o direito de

¹²⁴ NELSON HUNGRIA e HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, obra citada, volume I, tomo II, ps. 310 e 311.

¹²⁵ JOSÉ FREDERICO MARQUES, Curso de Direito Penal, volume II, Edição Saraiva, São Paulo, 1956, p. 141.

¹²⁶ ANIBAL BRUNO, obra citada, tomo 2º, ps. 8 a 17.

¹²⁷ BASILEU GARCIA, obra citada, volume I, tomo I, ps. 319 e 320.

¹²⁸ HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, obra citada, ps. 191 e 192.

¹²⁹ EDGARD MAGALHÃES NORONHA, Direito Penal, volume I, Editora Saraiva, São Paulo, 29ª edição, 1991, ps. 201 a 203.

¹³⁰ FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, obra citada, p. 213.

correção do pai em relação ao filho, as intervenções médicas e cirúrgicas e a violência esportiva.¹³¹ JULIO FABBRINI MIRABETE inclui o direito de correção dos filhos pelos pais, a prisão em flagrante pelo particular, o penhor forçado (artigo 779 do Código Civil), a defesa em esbulho possessório recente (artigo 502 do Código Civil), os ofendículos, a violência esportiva e as intervenções médicas e cirúrgicas.¹³² CEZAR ROBERTO BITENCOURT alude às intervenções médico-cirúrgicas e à violência esportiva.¹³³

Assim, a imensa maioria dos mais prestigiados autores nacionais aborda apenas tangencialmente o exercício de direitos, restringindo-se a enumerar os casos ou grupo de casos que se amoldam ao seu âmbito, nada ou quase nada dizendo sobre a sua natureza jurídica, limitando-se a fundamentar a justificativa num genérico *qui iure suo utitur neminem laedit*. Desta forma, acompanham a tendência geral da doutrina estrangeira.

Igualmente aqui, não existe nos ordenamentos jurídicos em geral, e no nosso em especial, uma sistematização desses direitos, espalhados que estão por toda legislação, escrita : direito civil, penal, administrativo, processual, etc. e não escrita : costume. Levando em consideração esta característica assistemática, os doutrinadores que cuidaram do tema sempre evitaram classifica-los metodicamente, limitando-se a enumera-los casuisticamente : prática de esportes violentos, intervenção médica e cirúrgica, direito correccional, etc.

Como salientado, nas leis se encontram numerosos *deveres* que se revestem de *caráter particular*, ou seja, aqueles preceitos que não pressupõem no executor um agente público. Assim, mencionou-se no direito de família os deveres que ambos os cônjuges têm de " fidelidade recíproca; vida em comum, no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos " (Código Civil, artigo 231, incisos I a IV).

Como o dever legal, em regra, faz supor que o seu destinatário seja um servidor público, preferimos tratar esses excepcionais deveres que se dirigem aos particulares como uma espécie de exercício regular de direito, conforme afirmado. Porém, na prática o resultado é o mesmo.

Repetindo o que foi assinalado ao se tratar do cumprimento de dever legal, aqui também não temos a preocupação de relacionar exaustivamente os direitos abrangidos por esta justificativa, nem de analisá-los em profundidade, não só porque tal tarefa constituiria um inútil exercício de casuística, como também porque fugiria ao verdadeiro desiderato deste

¹³¹ DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, obra citada, 1º volume, ps.348 e 349.

¹³² JULIO FABBRINI MIRABETE, obra citada, 1, ps. 182 e 183.

¹³³ CEZAR ROBERTO BITENCOURT, Manual de Direito Penal, Parte Geral, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 4ª edição, 1997, p. 290.

estudo, que é a compreensão da *natureza jurídica* desta causa de justificação, objetivando suas importantes *repercussões no plano processual penal*.

Não obstante a dificuldade na sistematização desses direitos, podemos dividi-los em dois segmentos, conforme se tratem de direitos *meramente autorizados* e direitos *incentivados ou fomentados* pelo ordenamento jurídico.

Como exemplo do primeiro grupo – direitos *meramente autorizados* - pode-se mencionar o artigo 502 do nosso Código Civil, que autoriza ao possuidor turbado, ou esbulhado, a manter-se ou restituir-se na posse mediante o emprego da violência indispensável à manutenção ou restituição da posse, desde que o faça logo.

Como exemplo do segundo grupo – direitos *incentivados ou fomentados* – pode-se citar a prática de esportes violentos (boxe, judô, luta-livre, etc.), em que o Estado não só os regulamenta, como também os incentiva e fomenta através de atos inequívocos, tais como : premiação, patrocínio, divulgação, etc.

Esta distinção entre direitos *meramente autorizados*, de um lado, e direitos *incentivados ou fomentados*, de outro, reveste-se de fundamental importância para a caracterização da natureza jurídica da justificativa em exame.

Efetivamente, como oportunamente se verá, o regular exercício de um direito *meramente autorizado* pelo ordenamento jurídico, cuja conduta venha a causar lesão a algum interesse tipicamente protegido, constituirá *sempre* uma *causa de exclusão da ilicitude*, ao passo que o regular exercício de um direito *incentivado ou fomentado* pelo Estado, cuja conduta venha a lesar o bem jurídico protegido, *poderá* constituir uma *causa de exclusão da tipicidade* ou uma *causa de exclusão da ilicitude*.

Se o regular exercício de direito *incentivado ou fomentado* pela ordem jurídica *implicar necessariamente na lesão ao bem jurídico* a conduta será *atípica*. Se, porém, o seu exercício regular *não acarretar forçosamente ofensa ao interesse protegido*, a conduta será *típica*, porém *lícita*.

Deve-se destacar que nem todo exercício de um direito *incentivado ou fomentado* pela ordem jurídica, necessariamente acarreta lesão ao bem ou interesse juridicamente protegido. Assim, por exemplo, o exercício da profissão de advogado, de notória relevância e interesse público (artigo 133 da Constituição Federal e artigo 2º, *caput*, e parágrafos 1º, 2º e 3º da Lei 8906/90), não resulta obrigatoriamente em dano a um bem jurídico. Se do seu regular exercício se praticar um fato previsto em lei como crime, por exemplo, injúria ou difamação, através de ofensas irrogadas em juízo na

discussão da causa, a conduta que as ocasiona estará amparada por uma causa de justificação, que no caso atua como excludente da ilicitude (artigo 142, I, Código Penal).

No rol dos direitos *meramente autorizados* pelo ordenamento jurídico, no Direito Civil pode-se mencionar, entre outros, o direito de empregar a violência indispensável para repelir a turbção e o esbulho da posse, autorizado pelo artigo 502 do Código Civil, caso de exercício do direito de posse; o direito do depositário de retenção do depósito até que se lhe pague o valor das despesas feitas com a coisa, autorizado pelo artigo 1.279 do Código Civil, hipótese de exercício do direito de retenção; o direito do locatário reter a coisa alugada, a fim de que seja ressarcido pelas despesas necessárias efetuadas na coisa locada, ou mesmo pelas despesas úteis feitas com o consentimento do locador, autorizado pelo artigo 1.199 do Código Civil, igualmente caso de exercício do direito de retenção.

No Direito Penal, além de outros mais, mencione-se o emprego não abusivo pelos pais de meios de correção com o fim de educar os filhos, conforme dispõe o artigo 136 do Código Penal, interpretado *a contrario sensu*, como um exercício do direito de correção dos filhos.

No Direito Processual Penal, cite-se, entre outros, o direito de qualquer pessoa prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito, como um exercício do direito de detenção, praticando um ato *pro magistratu*, a fim de colaborar com a persecução penal, conforme autorização expressa do artigo 301 do Código de Processo Penal.

O direito costumeiro legitima também certas condutas típicas, como se verifica com o trote acadêmico não abusivo, em que violências, constrangimentos e injúrias são cometidas pelos veteranos contra os calouros. O mesmo se diga a respeito da já tradicional " pendura " acadêmica, praticada pelos estudantes de direito como comemoração da data festiva de onze de agosto.

Embora não exista uniformidade na doutrina quanto à sua natureza jurídica, pode-se, também, mencionar no direito costumeiro as *offendicula*, ou seja, mecanismos de defesa adrede predispostos para a proteção de residências (cacos de vidro sobre os muros, pontas em forma de lança em cima das grades exteriores dos prédios, etc.), como um caso de exercício do direito de propriedade.

Em todas as hipóteses supra citadas de exercício de direitos *meramente autorizados*, na eventualidade de alguma lesão vir a ser causada a um bem jurídico penalmente protegido, a conduta do agente, que exerceu o direito de forma regular, será *típica*, porém *lícita*, encontrando-se amparada

pelo exercício regular de direito que, nestes casos, atua como causa de exclusão da ilicitude.

No que tange aos direitos *incentivados ou fomentados* pelo ordenamento jurídico, cujo exercício *ocasiona necessariamente uma lesão a determinado bem jurídico*, relevo especial merece ser dado ao exercício da profissão médico-cirúrgica e à prática de esportes violentos.

Tanto a *saúde* quanto o *desporto* estão abrigados no Título VIII da Constituição Federal, que cuida da Ordem Social, inseridos nos capítulos que tratam da Seguridade Social (capítulo II) e da Educação, da Cultura e do Desporto (capítulo III), respectivamente.¹³⁴

Não só no direito pátrio, mas também em todos os ordenamentos jurídicos das nações civilizadas, tanto o exercício da profissão médica quanto a prática esportiva são atividades incentivadas ou fomentadas pelo Estado que, inclusive, as regulamenta.

Referindo-se especificamente à regulamentação dos desportos e à do exercício da medicina, observa EDUARDO CORREIA : " a regulamentação de uma certa atividade não pode deixar de ser tomada em conta para concluir da existência do direito de a levar a cabo; assim acontecerá v. g., com a regulamentação dos desportos, que supõe o direito de exercer as respectivas atividades, ... com a regulamentação do exercício da medicina, etc. De resto, a esta regulamentação se terá em muitos casos de recorrer para explicar a não punição das ofensas corporais que dessas actividades resultam e que preenchem um tipo legal de crime. " ¹³⁵

A prática desportiva se encontra difundida pelo mundo inteiro e os Estados dão aos esportes um tratamento especial, incentivando-os, fomentando-os e apoiando-os de todas as formas em razão da influência benéfica que exercem sobre a saúde física e mental de seus cidadãos : *mens*

¹³⁴ Quanto à *Saúde*, dispõe o artigo 197 da Constituição Federal :

" São de *relevância pública* as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. " (g.n.)

No que se refere ao *Desporto*, diz o artigo 217 da Lei Maior :

" É dever do Estado *fomentar* as práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados :

- I – a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;
- II – a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para o desporto de alto rendimento;
- III – o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não-profissional;
- IV – a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.

(g.n.)

¹³⁵ EDUARDO CORREIA, Direito Criminal, II, Livraria Almedina, Coimbra, 1993, ps. 137 e 138.

sana in corpore sano. Para tanto, organizam-se federações e confederações desportivas, reconhecidas pelos governos e, em certos casos, por eles até suportadas financeiramente; estádios e ginásios são construídos, muitas vezes com emprego de recursos públicos; criam-se órgãos governamentais, a fim de promover as atividades esportivas e prêmios oficiais são conferidos por alguns países aos seus atletas vitoriosos.

Os esportes violentos não estão excluídos deste incentivo e fomento oficiais. Basta consultar os anais das olimpíadas para se constatar que o boxe, o judô, a luta livre, etc. estão incluídos entre os seus jogos. Nosso país, de um modo geral, além de regulamentar e incentivar suas federações e confederações, prestigia seus atletas com prêmios oficiais e até com patrocínio através de sociedades de economia mista (Veja-se, por exemplo, o patrocínio conferido pelo Banco do Brasil S/A aos judocas brasileiros nas últimas olimpíadas).

Nestes esportes, em especial no boxe, judô, luta livre e congêneres, a sua prática *sempre* implica em uma agressão com o fim de eliminar o rival, seja por desistência, esgotamento, imobilização ou nocaute. Especificamente no boxe é comum que, em decorrência dos golpes desferidos, um dos contendores sofra lesões irreparáveis ou até a morte.

Para a solução jurídica desses eventos a doutrina se digladia e os doutrinadores apresentam as mais diversas respostas.

Para uma parte reduzida da doutrina nacional e uma parte razoável da doutrina estrangeira, esses resultados lesivos ou mortais, desde que respeitadas as regras do esporte, não constituem fatos típicos, sendo a tipicidade excluída com fundamento na adequação social da conduta, na ausência de dolo, etc. Assim, entre nós, MIGUEL REALE JÚNIOR é de opinião que, tanto a prática de esportes violentos, quanto a de intervenções médico-cirúrgicas constituem ações socialmente adequadas, de sorte que as lesões delas resultantes carecem de adequação típica.¹³⁶

Para outros - a esmagadora maioria dos autores nacionais e uma boa parte dos doutrinadores estrangeiros - esses resultados danosos são eventos típicos, sendo a antijuridicidade, porém, excluída com base no exercício regular de direito, consentimento do ofendido, etc.

Neste trabalho, por se reconhecer que a prática das aludidas competições esportivas violentas decorre de um direito *incentivado ou fomentado* pela ordem jurídica, cujo exercício *implica necessariamente uma lesão ao bem jurídico*, vai-se, oportunamente, concluir que as ofensas dela resultantes, desde que obedecidas as regras do jogo, não são eventos típicos,

¹³⁶ MIGUEL REALE JÚNIOR, Antijuridicidade Concreta, José Bushatsky Editor, São Paulo, 1973, p. 58.

estando a conduta que as ocasiona amparada pelo exercício regular de direito, que no caso atua como *excludente da tipicidade*.

O exercício da medicina, por outro lado, além de regulado pelo Estado, é uma atividade fomentada e incentivada pelo ordenamento jurídico, como se constatou pelo destaque que lhe foi dado no texto constitucional pátrio, ao considerar de relevância pública as ações na área da saúde.

As intervenções médico-cirúrgicas, ações dirigidas à preservação da saúde física e psíquica da população, não discrepam deste incentivo e fomento pelo Estado.

Também aqui, as lesões corporais são uma consequência direta do seu exercício e, igualmente, para a solução jurídica desses eventos lesivos a doutrina se contende e os autores apresentam as mais variadas soluções.

Um grupo de doutrinadores distingue, de um lado, as intervenções cirúrgicas necessárias, com finalidade eminentemente curativa, e, de outro, aquelas meramente eletivas, com finalidade exclusivamente estética, apresentando diversa solução jurídica conforme as lesões decorram de uma ou de outra. Outro segmento de autores não diferencia entre cirurgia necessária e cirurgia eletiva, dando uma solução jurídica unitária. Em ambos os grupos, por sua vez, há os que discriminam entre operações efetuadas com êxito e aquelas malogradas, e os que não levam em conta o sucesso ou insucesso da intervenção, desde que tenha sido respeitada as regras da arte médica.

Na Alemanha, por exemplo, onde não existe a previsão da excludente genérica do exercício regular de direito, a *jurisprudência* tem sido remansosa em reconhecer que as intervenções médicas dirigidas à cura dos pacientes constituem lesões típicas, porém justificadas pelo consentimento expresso ou presumido do paciente. Já os autores que aderem a esta solução são uma franca minoria.¹³⁷ A opinião dominante na *doutrina* germânica é contrária à jurisprudência e entende que não há conduta típica, uma vez que a ação está dirigida ao restabelecimento da saúde, distinguindo, no entanto, entre intervenções efetuadas com êxito e malogradas. Porém não existe unanimidade com relação ao fundamento da exclusão da tipicidade, uns se socorrendo da adequação social da conduta, outros da teoria dos riscos permitidos e outros da ausência do dolo de lesar.¹³⁸

Entre nós, JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI diferencia entre cirurgias com fins terapêuticos e cirurgias sem fins terapêuticos, exemplificando estas com as operações que objetivam um fim estético, para

¹³⁷ LUIS COUSIÑO MAC IVER, obra citada, tomo II, p. 470.

¹³⁸ LUIS COUSIÑO MAC IVER, obra citada, tomo II, p. 471.

dar tratamento jurídico diverso : ato atípico e causa de exclusão da ilicitude, respectivamente. ¹³⁹

Entendemos que *toda e qualquer cirurgia, desde que praticada dentro da lex artis e com observância dos princípios éticos que informam a profissão médica, é fomentada e incentivada pela ordem jurídica*. Quem pode negar que a cirurgia estética, desde que não infrinja os preceitos éticos e os bons costumes, não tem finalidade curativa ? Será que a plenitude da saúde psíquica não constitui uma finalidade terapêutica ? Cremos que sim.

Nesta obra, por se reconhecer que a prática das aludidas intervenções médico-cirúrgicas decorre de um direito *incentivado ou fomentado* pela ordem jurídica, cujo exercício *implica necessariamente uma lesão ao bem jurídico*, vai-se, oportunamente, concluir que as lesões dela resultantes, desde que tenham sido obedecidas as regras da arte médica, não são eventos típicos, estando a conduta que as ocasiona amparada pelo exercício regular de direito que, no caso, atua como *excludente da tipicidade*.

Deve-se, neste passo, adiantar que o aparente conflito entre duas normas, uma proibindo a prática da conduta através de um tipo legal de crime, outra incentivando-a ou fomentando-a, deve sempre ser resolvido em favor da norma que incentiva ou fomenta a prática da conduta. Isto porque, conforme os ensinamentos de Nelson Hungria " nenhum direito subjetivo individual, ainda que de caráter privatístico, pode gravitar fora da órbita do interesse social. Se o direito civil, por exemplo, disciplinando esta ou aquela *facultas agendi*, autoriza, para assegurar-lhe o pleno exercício, a prática de um fato que, em outras ocasiões constituiria crime, tem-se entender que assim dispõe, não apenas por amor ao direito individual em si, mas também no interesse da ordem jurídica em geral. Tal dispositivo, portanto, não pode deixar de repercutir sobre o direito penal. " ¹⁴⁰

BETTIOL, após afirmar que aquele que age no exercício de um direito não pode realizar um ilícito penal, diz que " tal princípio responde a uma exigência lógica, enquanto seria absurdo que de um lado a lei autorizasse a um sujeito a liberdade de agir em vista de um dado interesse e de outro considerasse tal atividade como ilícita, lesiva que é de um bem penalmente protegido. A razão da justificação é dada pela prevalência reconhecida ao interesse daquele que exercita um próprio direito subjetivo sobre o interesse que através de tal exercício resulta sacrificado. " ¹⁴¹

Cabe mencionar que os *atos emulativos*, que, segundo GIULIO BATTAGLINI, consistem no exercício de direito sem utilidade própria, mas

¹³⁹ JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI, O consentimento do ofendido (na Teoria do Delito), Editora dos Tribunais, São Paulo, 2ª edição, 1995, p.192.

¹⁴⁰ NELSON HUNGRIA e HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, obra citada, volume I, tomo II, p.309.

¹⁴¹ GIUSEPPE BETTIOL, obra citada, p. 273.

para prejudicar outrem (por exemplo, pintar de preto a própria casa, com a única finalidade de diminuir a luz ao proprietário da casa defronte), são geralmente considerados lícitos.¹⁴² No mesmo sentido, MARCELLO JARDIM LINHARES destaca que os atos emulativos; que se acham em regra relacionados com o direito de propriedade, não constituem ilícitos, salvo quando o direito expressamente o declare. Podem caracterizar, por exemplo, infração penal quando causarem perturbação do trabalho ou do sossego alheios (Lei das Contravenções Penais, artigos 42 e 65). Também o nosso Código Civil, ao disciplinar o direito de vizinhança, dá ao proprietário ou ao inquilino de um prédio o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que nele habitarem (artigo 554).¹⁴³

Finalmente, deve-se observar que o exercício de direitos deve ser efetivado dentro da condicionante expressa pelo adjetivo *regular*, ou seja, de forma não abusiva e rigorosamente dentro da autorização dada. Muito embora as pessoas estejam autorizadas e sejam até incentivadas ou fomentadas a exercê-los, ainda que à custa da lesão de interesses penalmente protegidos, a lei penal pune todo e qualquer excesso no exercício dos referidos direitos, quer à título de dolo, quer à título de culpa (Código Penal, artigo 23, parágrafo único). O excesso, assim, descaracteriza a causa de justificação, pois o direito exercido de forma não regular, abusiva, equívale à sua negação.

4. Natureza jurídica do estrito cumprimento de dever legal

É necessário, inicialmente, nos remetermos a algumas colocações anteriormente feitas, a fim de que precisemos a natureza jurídica do cumprimento de deveres.

Dissemos, com apoio em ZAFFARONI, que quando o legislador se encontra perante um ente e tem *interesse* em tutelá-lo, é porque o valora. Sua valoração do ente se traduz numa *norma*, que o eleva à categoria de *bem jurídico*. Quando o legislador quer dar a esse bem jurídico uma proteção penal, elabora, com base na norma, um tipo legal de crime e, então, o bem jurídico passa a ser *penalmente tutelado*. Assim, exemplificou-se que o legislador, valorando o ente " vida humana ", tem *interesse* em o tutelar. Este interesse jurídico em proteger a entidade " vida humana " é traduzido numa *norma* : " é proibido matar ", que a eleva à categoria de *bem jurídico*. Esta norma proibitiva, por sua vez, tem que ser expressada na lei penal e, com isto, a vida humana se revelará como um *bem jurídico penalmente tutelado*. É

¹⁴² GIULIO BATTAGLINI, Direito Penal, 1º volume, Saraiva S/A, Livreiros Editores, São Paulo, 1973, p. 384.

¹⁴³ MARCELLO JARDIM LINHARES, Estrito Cumprimento de Dever Legal – Exercício Regular de Direito, Forense, Rio de Janeiro, 1983, p. 250.

nesse momento que o legislador elabora o tipo legal de crime (art. 121, CP) e, então, o bem jurídico " vida humana " passa a ser penalmente tutelado.

Desta forma, *o legislador vai do ente à norma e da norma ao tipo*. Vimos, também, que ao interpretarmos a lei para podermos determinar o seu alcance, devemos fazer o caminho inverso : da lei ("Art. 121. Matar alguém : Pena – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos ") à norma (" é proibido matar ") e, através da norma, conhecemos o ente que é o bem jurídico protegido (" vida humana ").

Assim sendo, ficou evidente que tanto a norma quanto o bem jurídico não pertencem à lei, mas se conhecem através da lei (tipo legal) e limitam o seu alcance.

Em razão disto, o conteúdo das normas é o pressuposto dos tipos penais. As leis não fazem outra senão reconhecer o valor das distintas normas criadas em defesa dos bens jurídicos e da ordem ético-social. Impõe-se, desta forma, o reconhecimento da prioridade lógica da norma em relação ao tipo, que se manifesta na seqüência : valoração do bem-norma proibitiva-lei penal.

Conforme ficou demonstrado pelos ensinamentos de WELZEL, o tipo é uma figura conceitual que descreve mediante conceitos formas possíveis de conduta humana. A norma proíbe a realização destas formas de comportamento. Caso se realize concretamente a conduta, descrita por meio de suas características gerais no tipo de uma norma proibitiva (assim, por exemplo, causar a morte de alguém), a mesma entra em contradição com a exigência da norma (" não mate "). Daí deriva a *antinormatividade* da conduta. Assim, *toda realização do tipo de uma norma proibitiva é certamente antinormativa*. Isto é uma decorrência da prioridade lógica da norma em relação ao tipo penal. Em conseqüência, *a tipicidade, pressupõe a antinormatividade*.

Desta forma, *a norma está para o tipo penal assim como a antinormatividade está para a tipicidade*.

Porém, também foi evidenciado por WELZEL que nem sempre a realização do tipo de uma norma proibitiva é antijurídica, uma vez que o ordenamento jurídico não é constituído somente de normas, mas também de preceitos permissivos (" autorizações "). Existem preceitos permissivos que autorizam, em certos casos, a prática da conduta típica, por exemplo a realização do tipo " matar alguém " em caso de legítima defesa. Sua interferência impede que a norma geral (abstrata) se converta num dever jurídico concreto para o autor. Neste caso, a realização do tipo penal é conforme ao direito.

Enfocando a tipicidade e a antijuridicidade sob este ângulo, afirmamos que *a tipicidade é a contradição entre uma conduta real e a norma proibitiva contida num tipo legal de crime (proibições e mandatos) e a antijuridicidade a contradição entre uma conduta real (típica) e o ordenamento jurídico como um todo*. Como conseqüência, *a tipicidade pressupõe a antinormatividade e a antijuridicidade pressupõe a tipicidade*. Dito em outras palavras, o *prius* lógico da tipicidade é a antinormatividade e o da antijuridicidade é a tipicidade.

É mister, agora, desenvolvermos na íntegra a teoria de ZAFFARONI, face à sua relevância para o deslinde da natureza jurídica do instituto em exame.

Inicialmente, ZAFFARONI adverte que o fato de uma conduta se adequar formalmente a um tipo legal de crime não significa que ela seja penalmente típica porquanto " Que uma conduta seja típica não significa necessariamente que seja antinormativa, é dizer, que esteja proibida pela norma (pelo ' não matarás ', ' não furtarás ', etc.). O tipo é criado pelo legislador para tutelar o bem contra as condutas que a norma proíbe, de modo que o juiz não pode jamais considerar incluídas no tipo aquelas condutas que, ainda que formalmente se ajustem à descrição típica, realmente não podem considerar-se contrárias à norma nem afetantes do bem tutelado. " ¹⁴⁴

Em seguida, o mestre argentino distingue entre tipicidade legal e tipicidade penal : " *A antinormatividade não se comprova com a só adequação da conduta ao tipo legal, senão que requer uma investigação do alcance da norma que está anteposta e que deu origem ao tipo legal, e uma investigação sobre a afetação do bem jurídico*. Esta investigação é uma etapa posterior do juízo de tipicidade que, uma vez comprovada a *tipicidade legal*, obriga a indagar sobre a antinormatividade, e somente quando esta se comprovou podemos concluir na *tipicidade penal* da conduta." A seguir, assevera ZAFFARONI : " *Tipicidade legal e tipicidade penal não são a mesma coisa : a tipicidade penal pressupõe a legal, porém não a esgota; a tipicidade penal requer, ademais da tipicidade legal, a antinormatividade*." Logo depois, termina o raciocínio com destaque : " **A TIPICIDADE PENAL REQUER QUE A CONDUTA, ADEMAIS DE ENQUADRAR-SE NO TIPO LEGAL, VIOLE A NORMA E AFETE O BEM JURÍDICO.** " ¹⁴⁵

Exemplificando com a conduta do oficial de justiça que, dando cumprimento a uma ordem judicial que determinou o embargo e o seqüestro de um quadro de propriedade do devedor, solicita o auxílio da força pública e, obedecendo todas as formalidades legais, seqüestra a obra e a põe à disposição do juízo, afirma ZAFFARONI : " O mais elementar sentido

¹⁴⁴ EUGENIO RAUL ZAFFARONI, obra citada, p. 384.

¹⁴⁵ EUGENIO RAUL ZAFFARONI, obra citada, ps. 384 e 385.

comum indica que essa conduta não pode ter nenhuma relevância penal, que em modo algum pode ser delito. " ¹⁴⁶

Segundo ZAFFARONI, para uma boa parte dos autores argentinos (e para maioria dos nossos doutrinadores, acrescentamos) o oficial de justiça atuou amparado por uma causa de justificação, ou seja, a sua conduta seria típica, porém não antijurídica. ¹⁴⁷

Este entender é inadmissível para ZAFFARONI porque " tipicidade implica antinormatividade (contrariedade à norma) e não podemos admitir que na ordem normativa uma norma mande o que outra norma proíbe. Uma ordem normativa em que uma norma possa mandar o que outra norma possa proibir, deixa de ser uma ordem e de ser normativa e fica numa desordem arbitrária. " E, mais adiante, prossegue : " Esta ordem mínima que devem guardar as normas entre si impede que uma norma proíba o que a outra ordene, como também impede que uma norma proíba o que a outra fomente. Pode bem suceder que o tipo legal pareça incluir na tipicidade estes casos, como sucede com o do oficial de justiça e, não obstante, quando penetramos um pouco mais no alcance da norma que está anteposta ao tipo, nos advertimos de que, à luz da mesma entendida como parte da ordem normativa, a conduta que se ajusta ao tipo legal não pode estar proibida, porque a mesma ordem normativa a ordena ou a fomenta. " ¹⁴⁸

A seguir, ZAFFARONI passa a expor o núcleo de sua bem elaborada teoria : " Isto nos indica que o juízo de tipicidade não é um mero juízo de *tipicidade legal*, senão que exige outro passo, que é a comprovação da *tipicidade conglobante*, consistente na averiguação da proibição mediante a indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, mas *conglobada* com a ordem normativa. *A tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal*, posto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que só aparentemente estão proibidas, como sucede no caso exposto do oficial de justiça, que se ajusta ao ' apropriação (subtração) de uma coisa móvel alheia ' (art. 162, CP), mas que não está alcançada na proibição do ' não furtarás. ' " ¹⁴⁹

Finalmente, conclui ZAFFARONI : " Será pois, função deste segundo passo do juízo de tipicidade penal, reduzi-la à verdadeira dimensão do que a norma proíbe, deixando fora da tipicidade penal aquelas condutas que só são alcançadas pela tipicidade legal, mas que a ordem normativa não quer proibir, precisamente porque as ordena ou as fomenta. " ¹⁵⁰

¹⁴⁶ EUGENIO RAUL ZAFFARONI, obra citada, p. 385.

¹⁴⁷ EUGENIO RAUL ZAFFARONI, obra citada, p. 385.

¹⁴⁸ EUGENIO RAUL ZAFFARONI, obra citada, p. 386.

¹⁴⁹ EUGENIO RAUL ZAFFARONI, obra citada, p. 386.

¹⁵⁰ EUGENIO RAUL ZAFFARONI, obra citada, p. 386.

Como reconhece COUSIÑO MAC IVER, a tese de ZAFFARONI é de uma solidez e profundidade que não pode ser facilmente contestada, um vez que parte de premissas inatacáveis.¹⁵¹

O único reparo que fazemos à tese de ZAFFARONI é que se pode sustentar, como logo veremos, a ausência de tipicidade, naquelas situações de estrito cumprimento de dever legal e de exercício regular de direito em que a ordem normativa ordena e fomenta a conduta, empregando a sua linha mestra de raciocínio, porém sem a necessidade de se cindir a tipicidade entre tipicidade legal e tipicidade penal. No nosso entender, esta cisão do conceito de tipicidade prejudica a nitidez que deve existir no conceito analítico de crime, complicando-o desnecessariamente.

Como visto, o cumprimento do dever jurídico está previsto no artigo 23, inciso III, primeira parte, do Código Penal que dispõe que não há crime quando o agente pratica o fato : " em estrito cumprimento de dever legal... ".

O nosso Código Penal, filiou-se àqueles sistemas legislativos que se limitam a prever esta justificativa de forma genérica, não especificando os seus requisitos, cingindo-se, assim, a enunciá-la na Parte Geral. Esta técnica legislativa levou alguns autores a dizer que o dispositivo legal que a prevê constitui uma *lei aberta*, que deverá ser preenchida pelo juiz discricionariamente, a fim de ajustá-la ao caso particular submetido à sua decisão, salvo a hipótese excepcional de exigências contidas na fonte que cria o dever.

Como os deveres legais estão espalhados por toda a legislação, especialmente no direito administrativo, civil, penal e processual, não existe nos ordenamentos jurídicos em geral, e no nosso em particular, uma sistematização dos mesmos, o que, conforme dissemos, explica o fato de terem os doutrinadores evitado classificá-los metodicamente, limitando-se a exemplificá-los de uma forma geral, através de modelos casuísticos aos quais se ajustariam os casos concretos.

No entanto, embora reconhecendo essa dificuldade na sistematização dos deveres jurídicos, dividimo-los em dois segmentos conforme se tratem de deveres que se revestem de *caráter público* e de deveres que se revestem de *caráter privado*.

Dentre os deveres que se revestem de *caráter público* distinguimo-los entre *dever genérico de atuar*, cujo cumprimento não acarreta necessariamente uma ofensa ao bem jurídico penalmente tutelado, e *dever*

¹⁵¹ LUIS COUSIÑO MAC IVER, obra citada, tomo II, p. 474.

específico de atuar com lesão ao bem jurídico, cujo cumprimento implica forçosamente uma ofensa ao interesse tipicamente protegido.

Como exemplo da primeira hipótese – *dever genérico de atuar* – mencionamos o caso do policial que, em perseguição a um preso em fuga, atira contra as suas pernas para obstar a evasão. Neste caso, a lei não impõe, especificamente, ao policial o dever de ofender a integridade corporal do fugitivo, mas apenas lhe ordena, genericamente, o dever de atuar para detê-lo, ressaltando o emprego da força indispensável para tanto.

Ilustramos a segunda hipótese – *dever específico de atuar com lesão ao bem jurídico* – com os exemplos do verdugo, que executa a pena capital, e do policial, que prende o delinqüente em cumprimento de uma ordem judicial. Nestas hipóteses, a lei determina aos agentes públicos que atuem, impondo-lhes, em consequência, o dever de ofender determinados bens jurídicos penalmente protegidos : vida e liberdade pessoal, respectivamente.

Foi visto que esta distinção entre *dever genérico de atuar* e *dever específico de atuar com lesão ao bem jurídico*, no caso dos deveres jurídicos que se revestem de *caráter público*, tem especial importância para a caracterização da natureza jurídica do instituto.

Adiantamos que o estrito cumprimento de um *dever genérico de atuar* que, eventualmente, venha a ofender um bem jurídico tipicamente protegido constituirá uma *causa de exclusão da antijuridicidade*, ao passo que o estrito cumprimento de um *dever específico de atuar com lesão ao bem jurídico* constituirá uma *causa de exclusão da tipicidade*. Isto porque, na primeira hipótese, a lei não ordena ao agente público que atue com lesão ao bem jurídico, mas apenas lhe impõe o cumprimento de um dever genérico de atuar, ao passo que, na outra, a lei ordena ao agente público que execute a conduta determinada que, forçosamente, implica a ofensa a determinado bem jurídico.

Equiparamos, igualmente, o cumprimento da *ordem da autoridade pública* ao cumprimento de um dever legal, uma vez que toda ordem legítima de superior hierárquico, pressupõe uma norma jurídica que a fundamenta, o que faz com que tudo se reduza ao cumprimento de deveres legais. É fora de dúvida que os casos mais freqüentes de *obediência devida* são semelhantes aos de cumprimento de dever legal o que, portanto, justifica a equiparação, de forma que a mesma é aqui tratada como uma subespécie desta causa de justificação.

Foi, também, mencionado que nas leis se encontram numerosos deveres jurídicos, distintos dos anteriores, que se revestem de *caráter particular*, ou seja, aqueles preceitos que não pressupõem no executor um

agente público. Assim, no direito de família os deveres que ambos os cônjuges têm de fidelidade recíproca; vida em comum, no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos (Código Civil, artigo 231, incisos I a IV). No exercício destes deveres pode ocorrer, por exemplo, que qualquer um dos cônjuges tenha a necessidade de praticar alguma conduta que venha a ofender tipicamente algum interesse juridicamente protegido dos filhos.

Dissemos que, para aqueles que entendem que esses deveres impostos pela lei aos particulares são uma hipótese de cumprimento de dever legal, as condutas que, em seu exercício, venham a causar alguma lesão a um bem jurídico serão consideradas como típicas, porém lícitas, uma vez que a ofensa ao bem jurídico não é, especificamente, imposta pelo dispositivo legal, que apenas se limita, de uma forma genérica, a enunciar os deveres.

No entanto, com respeito a esses deveres jurídicos que se revestem de caráter particular, deixamos consignado que, por serem excepcionais, preferimos tratá-los como casos de exercício regular de direito. Como dito, na prática, contudo, os resultados são os mesmos.

Finalmente, foi observado que o cumprimento de deveres legais deve ser efetivado dentro da condicionante manifestada pelo adjetivo *estrito*, ou seja, de forma prudente e rigorosamente dentro da devida medida. Muito embora os agentes públicos estejam obrigados a cumpri-los, ainda que a custa da lesão de interesses penalmente protegidos, a lei penal pune o excesso, quer à título de dolo, quer à título de culpa (Código Penal, artigo 23, parágrafo único). Além do mais, o exercício abusivo dos referidos deveres pode caracterizar o crime de abuso de autoridade (Lei n.º 4898/65, artigos 3º e 4º). Todo excesso, pois, desfigura a causa de justificação, haja vista que o abuso do dever equívale à sua negação.

Vamos agora fundamentar a assertiva que anteriormente fizemos no sentido de que o *estrito* cumprimento de um *dever genérico de atuar* que, eventualmente, venha a ofender um bem jurídico tipicamente protegido constituirá uma *causa de exclusão da antijuridicidade*, ao passo que o *cumprimento de um dever específico de atuar com lesão ao bem jurídico* constituirá uma *causa de exclusão da tipicidade*.

Primeiramente, cumpre esclarecer que as demais causas de exclusão da ilicitude se originam de um preceito permissivo, que apenas *faculta, autoriza* que se pratique a conduta que corresponde a um tipo legal de crime, ao passo que o cumprimento de deveres procede de uma norma preceptiva, que *obriga, impõe* a prática da conduta que, eventualmente, pode se ajustar ao modelo típico, de vez que consiste num *imperativo*, numa ordem.

ZAFFARONI coloca com muita justeza : " Quem não quer atuar justificadamente, pode não fazê-lo, porque o direito não lhe ordena que o faça senão que simplesmente lhe permite. Em lugar, quem deixa de cumprir com um dever jurídico é sancionado, porque o direito lhe ordena que atue dessa forma. Por outro lado, no cumprimento de dever jurídico há uma ordem, na causa de justificação não há sequer um favorecimento da conduta justificada, a qual somente está permitida como um gesto de impotência ante uma situação de conflito. " ¹⁵²

Acrescentaremos que, embora no *dever genérico de atuar* haja uma ordem, o seu cumprimento não implica necessariamente uma lesão ao bem jurídico tipicamente protegido. Lembremos o exemplo do policial que persegue o preso em fuga e atira contra as suas pernas para evitar a evasão. Neste caso, a lei não ordena ao policial que ofenda forçosamente a integridade corporal do delinqüente, mas apenas lhe impõe, genericamente, a obrigação de atuar para impedir a fuga, com emprego da violência indispensável. Por isso, a sua conduta é *típica*, de vez que a norma que o obriga a atuar não implica necessariamente uma ofensa à integridade corporal. No entanto, esta conduta típica (e, portanto, antinormativa) é *lícita*, justificada que está pelo estrito cumprimento de dever legal, que no caso atua como causa de *exclusão da ilicitude*.

Já no *dever específico de atuar com lesão ao bem jurídico*, é a própria lei que ordena a prática da conduta lesiva. Tomem-se os exemplos do carrasco que, dando cumprimento à sentença que condenou o réu à pena de morte, aciona o mecanismo fatal e o do policial que, em cumprimento de uma ordem judicial, efetua a prisão preventiva do réu. Em ambas as hipóteses o estrito cumprimento do dever legal *necessariamente* acarreta lesão a um determinado bem jurídico : vida e liberdade pessoal, respectivamente. Por este motivo, as condutas dos agentes públicos *não são típicas*, uma vez que as normas que os obrigam a agir implicam obrigatoriamente matar e ofender a liberdade pessoal de alguém. O estrito cumprimento de dever legal, nestas hipóteses, atua como *causa de exclusão da tipicidade*.

Seria, realmente, um despropósito exigir-se que o agente público, que cumpre um dever legal, cujo exercício *necessariamente* se ajusta a um tipo penal, se defenda socorrendo-se desta excludente da ilicitude, sendo submetido, pois, ao ônus do processo. É por isto que o policial, que prende alguém no estrito cumprimento de uma ordem judicial, não é chamado a prestar contas, a justificar-se pela privação da liberdade pessoal da pessoa detida.

Tal fato não passou despercebido a BUSTOS RAMÍREZ que, ao comentar sobre o cumprimento de deveres, afirma : " nem sempre estas

¹⁵² EUGENIO RAUL ZAFFARONI, obra citada, ps. 464 e 465.

causas serão de justificação, senão também podem ser de atipicidade quando há uma *obrigação* específica de atuar para o sujeito, pois não se trata de uma permissão, senão que *cometeria delito se não atuara*. De forma igual que na obediência devida, então, se chegaria a uma contradição insolúvel uma vez que, por uma parte, seria típico não atuar e também típico atuar. Daí que nestes casos não se estará perante uma causa de justificação, senão de atipicidade (por exemplo, quando o funcionário público tem a obrigação de deter) . " ¹⁵³

Dissemos, com respaldo em COUSIÑO MAC IVER, que a tese de ZAFFARONI é incontestável. O único reparo que lha fizemos foi o de causar uma cisão na tipicidade, distinguindo entre tipicidade legal e tipicidade penal, o que prejudica desnecessariamente a pureza do conceito analítico de crime.

Não achamos necessário cindir o conceito de tipicidade para se chegar à conclusão da atipicidade das condutas que cumprem determinados deveres legais - *deveres específicos de atuar com lesão ao bem jurídico*. Chegaremos à mesma conclusão de ZAFFARONI lançando mão dos princípios que regem o *conflito aparente de normas*, perfeitamente aplicável à espécie.

Efetivamente, nestes casos o que se verifica é o concurso, apenas aparente, de duas normas : a *norma penal* que *proíbe* que se mate, se prive alguém da liberdade pessoal, etc. e a *norma não penal* (de caráter administrativo, processual, etc.) que *ordena* que se execute a sentença de morte, que se prenda o réu preventivamente, etc. Como as duas normas se contradizem, à evidência que elas não podem ser afirmadas simultaneamente : apenas uma delas deve prevalecer. Na realidade, não há conflito algum.

HANS Kelsen, ao indagar sobre o modo pelo qual os princípios lógicos, particularmente o princípio da não-contradição, podem ser aplicados às relações entre normas dá a seguinte resposta à questão : " os princípios lógicos podem ser, se não direta indiretamente, aplicados às normas jurídicas, na medida em que podem ser aplicados às proposições jurídicas que descrevem estas normas e que, por sua vez, podem ser verdadeiras ou falsas. Duas normas jurídicas contradizem-se e não podem, por isso, ser afirmadas simultaneamente como válidas quando as proposições jurídicas que as descrevem se contradizem; e uma norma jurídica pode ser deduzida de uma outra quando as proposições jurídicas que as descrevem podem entrar num silogismo lógico. " ¹⁵⁴ Como veremos, a norma que *ordena* a conduta *prevalece* logicamente sobre a que *proíbe*, afastando a hipótese de se cogitar de uma real contradição entre as normas.

¹⁵³ JUAN BUSTOS RAMÍREZ, obra citada, p. 257.

¹⁵⁴ HANS Kelsen, Teoria Pura do Direito, Martins Fontes, São Paulo, 1997, p. 84.

NORBERTO BOBBIO afirma que o ordenamento jurídico constitui um *sistema* porque nele não podem coexistir normas incompatíveis. Nas palavras do representante da corrente jusfilosófica do Positivismo Analítico, o vocábulo *sistema* " aqui equívale à validade do princípio que *exclui a incompatibilidade das normas*. Se num ordenamento vêm a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas. " ¹⁵⁵ (g.n.)

A incompatibilidade entre duas normas é aquilo que os juristas denominam de *antinomia*. A antinomia é definida por BOBBIO como o encontro de duas proposições incompatíveis. Neste caso, ambas não podem ser verdadeiras e, conforme por ele acentuado, a eliminação do inconveniente não poderá consistir em outra coisa senão na eliminação de uma das duas normas ou de ambas, se as mesmas forem contrárias.

O problema se resume em se identificar qual das duas normas deverá ser eliminada. BOBBIO distingue entre antinomias *solúveis*, que ele chama de *aparentes*, e antinomias *insolúveis*, por ele denominadas de *reais*. No seu entender, são antinomias insolúveis não só aquelas em que não se pode aplicar nenhuma das regras pensadas para a solução de antinomias, como também aquelas em que se podem aplicar ao mesmo tempo duas ou mais regras em conflito entre si.

Para a solução das antinomias *aparentes* BOBBIO apresenta três critérios distintos : critério cronológico; critério hierárquico e critério da especialidade. ¹⁵⁶

Segundo BOBBIO, o *critério cronológico*, chamado também de *lex posterior*, é aquele segundo o qual entre duas normas jurídicas incompatíveis prevalece a norma posterior : *lex posterior derogat priori*; o *critério hierárquico*, também chamado de *lex superior*, é aquele pelo qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior : *lex superior derogat lex inferior*; o *critério da especialidade*, dito *lex specialis*, é aquele pelo qual, entre duas normas incompatíveis, uma geral e outra especial (ou excepcional), prevalece a segunda : *lex specialis derogat generali*. ¹⁵⁷

Considerando o nosso direito positivo, podemos dizer com MIR PUIG que, em se tratando de cumprimento de deveres, o artigo 23, inciso III, primeira parte, do Código Penal, vem negar a vontade do direito penal de derrogar os deveres definidos em outras normas jurídicas. Como ensina o mestre da Universidade de Barcelona, quando " um fato se acha ao mesmo tempo previsto em uma lei penal ou em outra norma jurídica não penal, que

¹⁵⁵ NORBERTO BOBBIO, Teoria do Ordenamento Jurídico, Editora UNB, Brasília, 9ª edição, 1997, p. 80.

¹⁵⁶ NORBERTO BOBBIO, obra citada, p. 92.

¹⁵⁷ NORBERTO BOBBIO, obra citada, ps. 95 e 96.

obriga ou permite positivamente sua realização, se apresenta uma situação de *conflito de leis* que o art. 8, 11.º decide em favor da norma não penal. " ¹⁵⁸

O preceito contido na primeira parte do inciso III do artigo 23 do Código Penal não se limita, pois, a declarar um princípio tão óbvio como o de que quem atua conforme o direito não se comporta antijuridicamente, posto que, conforme MIR PUIG, " poderia resultar duvidoso se o dever ou o direito estabelecido por uma lei não penal pode justificar o fato, afastando a lei penal que em geral o castiga. " ¹⁵⁹

Embora MIR PUIG estivesse se referindo ao cumprimento de deveres e ao exercício de direitos apenas como causas de exclusão da ilicitude, o raciocínio é idêntico caso os mesmos sejam considerados como causas de exclusão da tipicidade.

Com a didática de sempre, COUSIÑO MAC IVER nos ensina que frente ao " cumprimento de um dever, seja ele excludente da tipicidade ou da antijuridicidade, o interesse preponderante não se mede pela natureza ou pelo *quantum* das respectivas sanções, senão que sempre é prevalente a norma imperativa ante a proibitiva. " ¹⁶⁰

O caráter impositivo da norma não penal é, destarte, a razão pela qual o aparente conflito de normas é sempre resolvido em seu favor. Dito em outras palavras, a *norma não penal*, que *obriga* à prática da conduta lesiva, prevalece sempre sobre a *norma penal*, que *proíbe*, em razão da primeira obrigar à prática do ato, enquanto que a norma penal apenas proíbe a conduta prevista no tipo legal de crime.

HUNGRIA, após acentuar que o direito é um complexo harmônico de normas, assevera não ser admissível um conflito entre estas. Assim, prossegue, se " uma norma penal incrimina tal ou qual fato, que, entretanto, em determinados casos, outra norma jurídica penal ou extrapenal, *permite* ou *impõe*, não há reconhecer, em tais casos, a existência de crime. " ¹⁶¹

KAUFMANN, ao estabelecer um paralelo entre a norma e a proposição permissiva, afirma : " De uma proibição surge um dever de omissão quando não existe nenhuma permissão. *A permissão impede a concretização da norma em dever.* " ¹⁶²

Mais adiante, ao cuidar daquelas *ordens cujo conteúdo é uma matéria proibida* (por nós denominada *dever específico de atuar com lesão ao bem jurídico*), KAUFMANN diz que as mesmas " ocupam uma posição

¹⁵⁸ SANTIAGO MIR PUIG, obra citada, p. 412.

¹⁵⁹ SANTIAGO MIR PUIG, obra citada, p. 413.

¹⁶⁰ LUIS COUSIÑO MAC IVER, obra citada, tomo II, p. 411.

¹⁶¹ NELSON HUNGRIA, obra citada, p. 309.

¹⁶² ARMIN KAUFMANN, obra citada, p. 334.

especial na justificação : por exemplo, a morte levada a cabo pelo verdugo, a privação da liberdade imposta por um policial. A maioria das vezes se trata aqui de ' ordens administrativas ', é dizer, de normas cuja existência depende de haver sido ditadas por parte de uma autoridade competente. O que está ordenado, não está proibido; o mandato dirigido especialmente a determinada classe de pessoas tem precedência com relação à proibição geral. " ¹⁶³

Após se referir a essas normas como *especiais*, KAUFMANN acrescenta : " No contexto desta investigação, estes ' deveres justificantes ' interessam sobretudo por outras razões : excluem por sua vez os ' tipos penais de exceção ' gerais. Frente à ação legal do funcionário não existe legítima defesa alguma, etc." ¹⁶⁴

Assim, a *norma não penal* que *impõe* ao agente a prática de um fato previsto em lei como crime, somente em aparência conflita com a *norma penal* que *proíbe* a conduta, de vez que o aparente conflito é sempre resolvido pela prevalência da primeira sobre a segunda : " o que está ordenado não está proibido. " A *norma não penal*, por ser preceptiva (ordena) e se dirigir a uma determinada classe de pessoas, é *especial*, logo sempre prevalece sobre a *norma penal* que, por ser proibitiva (proíbe) e se endereçar a todos, é *geral*. Isto é uma decorrência do princípio lógico segundo o qual o especial absorve geral e, portanto, sobre ele sempre prevalece : *lex specialis derogat generali*.

Esclareça-se que a lei especial sempre derroga a lei geral, inclusive quando esta última for posterior àquela. O conflito entre o critério da especialidade e o critério cronológico foi muito bem resolvido por BOBBIO : " esse conflito tem lugar quando uma norma anterior-especial é incompatível com uma norma posterior-geral. Tem-se conflito porque, aplicando o critério de especialidade, dá-se preponderância à primeira norma, aplicando o critério cronológico, dá-se prevalência à segunda. Também aqui foi transmitida uma regra geral, que soa assim : *Lex posterior generalis non derogat priori specialis*. Com base nessa regra, o conflito entre critério de especialidade e critério cronológico deve ser resolvido em favor do primeiro : a lei geral sucessiva não tira do caminho a lei especial precedente. O que leva a uma posterior exceção ao princípio *lex posterior derogat priori* : esse princípio falha, não só quando a *lex posterior* é inferior, mas também quando é *generalis* (e a *lex prior* é *specialis*). " ¹⁶⁵

Resumindo, o cumprimento de deveres jurídicos que se revestem de *caráter público*, que é o único que consideramos como abrangido pela expressão *estrito cumprimento de dever legal*, de vez que o cumprimento de deveres que se revestem de caráter privado ou particular foi por nós

¹⁶³ ARMIN KAUFMANN, obra citada, p. 343.

¹⁶⁴ ARMIN KAUFMANN, obra citada, p. 343.

¹⁶⁵ NORBERTO BOBBIO, obra citada, p. 108.

considerado como hipótese do exercício regular de direito, tem dupla natureza jurídica : causa de exclusão da ilicitude e causa de exclusão da tipicidade.

O cumprimento dos deveres que denominamos *dever genérico de atuar*, possui natureza jurídica de causa de exclusão da ilicitude (artigo 23, inciso III, primeira parte, do Código Penal), uma vez que não acarreta necessariamente uma lesão ao bem jurídico.

O cumprimento dos deveres que designamos *dever específico de atuar com lesão ao bem jurídico* tem natureza jurídica de causa de exclusão da tipicidade, porque implica necessariamente uma ofensa ao bem jurídico.

O estrito cumprimento de dever legal, como causa de exclusão da ilicitude, exige a adequação da conduta a um tipo penal e, assim, sujeita o agente ao ônus da persecução penal. Como causa de exclusão da tipicidade, pressupõe que o ato praticado seja atípico e, destarte, não submete o autor ao gravame do processo.

5. Natureza jurídica do exercício de direitos

Também aqui é necessário nos remetermos a algumas colocações anteriormente feitas, a fim de precisarmos a natureza jurídica do exercício de direitos.

Vimos que a norma e o bem jurídico não pertencem à lei, mas se conhecem através da lei (tipo legal) e limitam o seu alcance, permanecendo a ela antepostos.

Ficou claro que o conteúdo das normas é o pressuposto dos tipos penais. As leis não fazem outra senão reconhecer o valor das distintas normas criadas em defesa dos bens jurídicos e da ordem ético-social.

Mostramos que a tipicidade é a contradição entre uma conduta concreta e a norma proibitiva contida no tipo penal e a antijuridicidade a contradição entre uma conduta real (típica) e o ordenamento jurídico. Afirmamos, em conseqüência, que a tipicidade pressupõe a antinormatividade e a antijuridicidade pressupõe a tipicidade.

Concluimos com ZAFFARONI que a tipicidade requer que a conduta, além de se enquadrar formalmente no tipo legal, viole a norma e afete o bem jurídico.

No caso do exercício de direitos, confirmamos praticamente essa conclusão com o exemplo do boxeador que, obedecendo as regras do esporte,

desfere um potente soco no queixo do seu contendor e, desta forma, põe fim à luta, nocauteando-o. O bom senso indica que esta conduta não pode ter qualquer relevância penal, pois de nenhuma forma se enquadra no delito de lesões corporais.

Como demonstrado, os autores brasileiros, de um modo geral, entendem que o boxeador praticou uma conduta típica, porém lícita, justificada pela excludente do exercício regular de direito (e, para alguns, também pelo consentimento do ofendido, que seria uma espécie de causa supralegal de exclusão da antijuridicidade ¹⁶⁶).

Vimos ser essa colocação inadmissível, uma vez que, se a tipicidade implica antinormatividade, não é logicamente razoável que uma norma *incentive ou fomenta* a prática de uma conduta (por exemplo, praticar o pugilismo) e outra norma proíba a mesma ação.

Também consignamos, ao tratar do cumprimento de deveres, não ser necessário cindir a tipicidade em tipicidade legal e tipicidade penal, construção que consideramos desnecessária e, até, prejudicial à pureza do conceito de tipicidade, para chegarmos à incontestável conclusão de ZAFFARONI. Vamos logo demonstrar que, também no exercício de direitos, podemos concluir pela atipicidade das condutas que exercitam determinados direitos - direitos *incentivados ou fomentados* pela ordem jurídica - utilizando-nos dos princípios que regem o *conflito aparente de normas*, perfeitamente aplicável à espécie.

O exercício de direito, como visto, vem previsto no artigo 23, inciso III, segunda parte, do Código Penal, que dispõe que não há crime quando o agente pratica o fato : " no exercício regular de direito. "

Igualmente aqui o nosso Código Penal não especificou os requisitos da justificativa, limitando-se a prevê-la de forma genérica. Serve também para este dispositivo legal o epíteto de *lei penal aberta*, que deverá ser preenchida pelo juiz discricionariamente ao aplicá-la ao caso concreto.

De forma similar aos deveres, os direitos estão espalhados por toda legislação, especialmente no direito privado, administrativo, processual, etc., estando dispostos de forma assistemática.

Incluimos entre os direitos, certos deveres jurídicos que se revestem de *caráter privado*, ou seja, aqueles endereçados aos particulares. Assim, por exemplo, no direito de família o dever de ambos os cônjuges de sustento, guarda e educação dos filhos (Código Civil, artigo 231, inciso IV). A razão

¹⁶⁶ Não vemos necessidade na consideração do consentimento do ofendido como causa supralegal de exclusão da ilicitude, uma vez que o mesmo nada mais é que o exercício regular do direito de liberdade em relação aos bens disponíveis.

da classificação desses deveres como modalidades de exercício regular de direito se justifica pelo fato deles serem excepcionais, conforme deixamos estabelecido.

Não obstante tivéssemos reconhecido esta dificuldade na sistematização dos direitos assegurados por lei, dividimo-los em dois grupos conforme se tratem de direitos *meramente autorizados* ou direitos *fomentados ou incentivados* pelo ordenamento jurídico.

Mencionamos que essa distinção entre direito *meramente autorizado* de um lado, e direito *incentivado ou fomentado* de outro, reveste-se de capital importância para caracterização da natureza jurídica da justificativa em exame.

Adiantamos que o regular exercício de um direito *meramente autorizado* pelo direito, cuja conduta venha a causar lesão a algum interesse tipicamente protegido, constituirá uma *causa de exclusão da ilicitude*, ao passo que o regular exercício de um direito *incentivado ou autorizado* pelo direito, cuja conduta venha a lesar o bem jurídico protegido poderá constituir uma *causa de exclusão da tipicidade* ou uma *causa de exclusão da ilicitude*.

Distinguimos, com relação aos direitos *incentivados ou fomentados* pela ordem jurídica, de um lado, aqueles cujo exercício implica necessariamente uma lesão ao bem jurídico e, de outro, aqueles cujo desempenho não ofende necessariamente o interesse protegido.

Vimos que na primeira hipótese – direitos *incentivados ou fomentados* cujo exercício *implique necessariamente uma lesão a determinado bem jurídico* – a conduta que os exerce *não é típica*, uma vez que está amparada pela justificativa do exercício regular de direito que, neste caso, atua como *excludente da tipicidade*.

Vimos que na outra hipótese – direitos *incentivados ou fomentados* cujo exercício *não ofenda necessariamente o bem jurídico* – a conduta que os exerce de forma regular *é típica*, porém *lícita*, por estar amparada pela justificativa do exercício regular de direito que, na conjuntura, opera como *excludente da ilicitude*.

Insistimos que nem todo exercício de um direito incentivado ou fomentado pela ordem jurídica necessariamente ofende a um bem ou interesse tipicamente protegido. Exemplificamos com a profissão de advogado, de notória relevância pública, cujo exercício não resulta obrigatoriamente em dano a um determinado bem jurídico.

Destacamos, dentre outros, como exemplos de exercício de direitos *meramente autorizados*, a violência empregada para repelir a turbção e o

esbulho, nos termos do artigo 502 do Código Civil ; a ofensa irrogada em Juízo na discussão da causa pela parte ou por seu procurador, *ex vi* do artigo 142, inciso I, do Código Penal; a autorização dada pelo artigo 301 do Código de Processo Penal a qualquer pessoa para que prenda em flagrante quem quer que seja encontrado em flagrante delito; a *offendicula*; o trote acadêmico, a tradicional "pendura", etc.

Dissemos que, em qualquer desses casos de exercício de direitos, na hipótese da conduta que os pratica de forma regular vir a causar alguma lesão a um bem jurídico, o agente é amparado pela justificativa do exercício regular de direito, que aqui exerce o papel de *causa de exclusão da ilicitude*, uma vez que o exercício do direito foi *meramente autorizado* pela ordem jurídica.

Quanto aos *direitos incentivados ou fomentados* pelo ordenamento jurídico, demos especial atenção ao exercício da profissão médico-cirúrgica e à prática de esportes violentos (boxe, luta-livre, judô, etc.). Enfatizamos que tanto as ações na área da saúde quanto a prática desportiva são, respectivamente, considerados pelos artigos 197 e 217 da Constituição Federal como de " relevância pública " e " fomentados. "

No que toca a prática de esportes violentos, vimos que eles estão difundidos por todo o mundo e os Estados lhes dão toda a sorte de incentivos e fomentos : prêmios, patrocínios, etc.

Dissemos que, para a solução jurídica dos eventos lesivos causados por esses esportes, a doutrina está longe de ser pacífica. Para uma parte dela, as condutas que os causam não são típicas, desde que respeitadas as regras do jogo. Outro segmento dos autores entende que os danos ocasionados são eventos típicos, porém as condutas que os provocam são lícitas por estarem amparadas pela justificativa do exercício regular de direito e/ou pelo consentimento do ofendido.

Mesmo para aqueles que entendem ser a conduta atípica, há controvérsia quanto ao fundamento da atipicidade : para uns a mesma decorre de se tratar de uma ação socialmente adequada, para outros da ausência de dolo, etc.

Quanto à atividade médico-cirúrgica, vimos que as lesões são conseqüências inevitáveis do seu exercício e, igualmente, a doutrina se debate na busca de uma solução jurídica.

Mencionamos que um segmento dos autores distingue, de um lado, entre intervenção cirúrgica necessária, com finalidade curativa, e intervenção cirúrgica eletiva, com finalidade meramente estética, apresentando soluções diversas para as lesões que derivam de uma ou de outra. Outra parte da doutrina não faz qualquer distinção, dando uma solução jurídica unitária. Em

ambos os grupos, por sua vez, há os que distinguem entre operações efetuadas com êxito e malogradas e os que não levam em conta o seu sucesso ou insucesso, desde que respeitadas as regras da arte médica.

É necessário esclarecer, neste ponto, que, segundo o sistema tradicional causal-naturalista, a conduta que, no exercício regular de direito, cause uma ofensa a um bem jurídico, é típica, porém lícita. Assim, por exemplo, a conduta do médico-cirurgião que opera o paciente enfermo é típica (lesões corporais ou homicídio). Se o facultativo agiu dentro da *lex artis*, a sua conduta, embora típica, é lícita, divergindo os propugnadores desta teoria apenas no que se refere ao fundamento da licitude : consentimento do ofendido, ação socialmente adequada, exercício regular de direito, etc.

O sistema finalista, por outro lado, entende que, quem age no exercício regular de direito não realiza qualquer conduta típica. Assim, no exemplo mencionado da operação cirúrgica, o médico atua com o objetivo de curar ou aliviar o enfermo, ou prevenir seus males e, por isso, sua ação final não visa lesar ou matar seus pacientes. Desta forma, sua conduta não é dolosa e, portanto, não é típica, uma vez que não se ajusta a qualquer tipo legal de crime.

Quando o Código Penal assinala no artigo 23, inciso III, segunda parte, a causa de exclusão da ilicitude do " exercício regular de direito " é evidente que não está se referindo à realização de condutas não proibidas, pois isso seria absolutamente desnecessário face ao princípio constitucional que dispõe que " ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei " (artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988). Não seria necessário nenhum dispositivo do Código Penal para enunciar esta verdade tão simples. No dizer de ZAFFARONI " se a lei penal menciona o exercício de um direito, é porque se refere ao caso em que haja um preceito permissivo especial para autorizar em uma circunstância determinada a realização de uma conduta típica, é dizer, proibida. " ¹⁶⁷

Neste sentido, torna-se evidente que o exercício regular de direito não pode ser considerado como causa *una* de exclusão da ilicitude, mas, apenas e tão somente, conforme ensina ZAFFARONI, " o enunciado genérico que remete a solução a qualquer parte do ordenamento jurídico, onde se ache o respectivo preceito permissivo. " ¹⁶⁸ Assim, quem priva da liberdade alguém que é encontrado em flagrante delito não comete o crime de seqüestro ou cárcere privado (CP, art.148), porquanto o artigo 301 do Código de Processo Penal autoriza a qualquer pessoa prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. Neste caso, o enunciado genérico do exercício

¹⁶⁷ EUGENIO RAUL ZAFFARONI, obra citada, ps. 503 e 504.

¹⁶⁸ EUGENIO RAUL ZAFFARONI, obra citada, p. 504.

regular de direito remeteu a solução ao referido preceito permissivo previsto na lei processual penal.

No que diz respeito ao exercício de direitos, vimos com Hungria que nenhum direito subjetivo individual pode gravitar fora da órbita do interesse social. Se qualquer ramo do ordenamento jurídico : civil, administrativo, processual, etc., disciplinando qualquer direito, autoriza a prática de um fato descrito em lei como crime, à evidência tal preceito permissivo não pode deixar de repercutir no direito penal.

Vamos agora fundamentar a assertiva que fizemos no sentido de que o regular exercício de um direito *meramente autorizado* pelo ordenamento jurídico, cuja conduta venha a causar lesão a algum interesse tipicamente protegido, constituirá uma *causa de exclusão da ilicitude*, ao passo que o regular exercício de um direito *incentivado ou fomentado* pela ordem jurídica, que necessariamente *implique em lesão ao bem jurídico*, constituirá uma *causa de exclusão da tipicidade*.

ZAFFARONI, após afirmar que a natureza última de qualquer causa de exclusão da antijuridicidade é o exercício de um direito, complementa : " *Os exercícios de direitos que surgem dos tipos permissivos não são fomentados pelo Estado, senão somente concedidos ante a impossibilidade de resolver a situação conflitiva de outra maneira.* " ¹⁶⁹ O mestre argentino, embora deixe consignado ser difícil assinalar um fundamento comum para todos os tipos permissivos, reconhece que a " teoria do fim " pode ser um indicador : " o fim de coexistência demanda que em certas situações conflitivas se concedam direitos a realizar condutas antinormativas, que tem por limite o próprio fim de que emergem " ¹⁷⁰

Efetivamente, não obstante a ressalva de que não se pode identificar um fundamento comum à todas as excludentes da ilicitude, pode-se, no entanto, vislumbrar em todas elas, inclusive no exercício regular de direito, uma autorização concedida pela lei penal para o exercício de direitos face à presença de uma situação de fato na qual não há possibilidade de se resolver a situação conflitiva de outra maneira.

Sendo este " fim de coexistência " a razão última pela qual a lei autoriza a se praticar condutas antinormativas, é evidente que não se pode inserir sob a égide do exercício regular de direito, como causa de exclusão da ilicitude, a prática de condutas fomentadas ou incentivadas pelo próprio Estado.

Seria, realmente, um absurdo exigir que a pessoa que pratica de forma regular um direito *incentivado ou fomentado* pelo ordenamento

¹⁶⁹ EUGENIO RAUL ZAFFARONI, obra citada, p. 486.

¹⁷⁰ EUGENIO RAUL ZAFFARONI, obra citada, ps. 486 e 487.

jurídico, cujo exercício *occasione necessariamente uma lesão a determinado bem jurídico*, tenha que se defender utilizando-se da excludente da ilicitude, sendo submetido aos inconvenientes de um processo. É por isso que, na prática, o lutador de boxe que, observando as regras do esporte, põe o contendor a nocaute não é chamado a justificar-se pelas lesões corporais que causou; da mesma forma o cirurgião, que seguindo os cânones da *lex artis*, realiza uma operação cirúrgica necessária ou eletiva (incluída, pois, a cirurgia meramente estética efetuada com o consentimento do paciente e com observância dos preceitos éticos e dos bons costumes) não é chamado a prestar contas pelas lesões advindas do ato cirúrgico.

A razão disto é evidente : nenhuma conduta típica foi cometida. Tanto a prática dos esportes violentos regulamentados quanto a das intervenções médico-cirúrgicas são atividades *fomentadas ou incentivadas* pelo direito que *implicam necessariamente em ofensa a determinados bens jurídicos*. Desta forma, o seu regular exercício não constitui qualquer evento típico.

Se nenhum direito subjetivo individual pode gravitar fora do interesse público, com muito maior razão o exercício regular daqueles direitos subjetivos *incentivados ou fomentados* pelo Estado pode ser enquadrado sob a moldura de qualquer tipo penal. Caso contrário, a lei estaria obrigando à pessoa que praticou a conduta por ela mesma fomentada e incentivada a ter que se justificar, e ser submetido ao processo, o que seria um contra-senso.

Aqui, também, o princípio lógico da não-contradição entre normas deve ser chamado à colação. Duas normas jurídicas que se contradizem não podem ser afirmadas simultaneamente como válidas, como afirmamos com base em KELSEN.

Conforme os ensinamentos de BOBBIO, vimos que a antinomia *aparente* será solucionada pela eliminação de uma das normas.

À diferença do estrito cumprimento de dever legal, cujas normas aparentemente em conflito têm a natureza de norma preceptiva (que ordena) e de norma proibitiva (que proíbe), aqui as normas em questão têm a natureza de norma permissiva incentivada ou fomentada, de um lado, e de norma proibitiva, de outro.

Porém, uma norma permissiva que o ordenamento jurídico *fomenta ou incentiva*, tem natureza assemelhada à uma norma preceptiva, uma vez que incentivar ou fomentar determinada conduta equivale a *dirigi-la* para um determinado fim.

Muitas vezes, como vimos com relação a determinados esportes violentos regulamentados, a sua prática é não só incentivada ou fomentada, como também *encorajada* através de premiações e patrocínios oficiais.

O mesmo se diga com relação à atividade médico-cirúrgica que, conforme com precisão apontou PIERANGELI, " é fomentada pela ordem jurídica e o próprio Estado chega a sustentá-la mediante órgãos administrativos (Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), postos médicos-sanitários, postos de puericultura, etc.) " ¹⁷¹

Veja-se, a propósito, o que escreveu ARTURO ROCCO sobre o aparente conflito mencionado : " Uma ação ou omissão que seja, ao mesmo tempo, a transgressão de um preceito penal e a aplicação de outra norma jurídica, a violação de uma obrigação e do direito jurídico ou o exercício de um direito subjetivo respectivamente imposto ou concedido ao agente por outra norma jurídica é um absurdo inconcebível... Um conflito de normas jurídicas não é, pois, logicamente e praticamente pensável. ¹⁷²

E, realmente, não há conflito algum. Insista-se que a norma permissiva que se refere ao exercício um direito que o Estado *fomenta ou incentiva* prevalece sobre a norma proibitiva, da mesma forma que a norma preceptiva (que ordena) prevalece sobre a norma proibitiva (que proíbe).

A norma que *incentiva ou fomenta* a prática de uma conduta, que necessariamente se amolde a um tipo legal de crime, somente em aparência conflita com a norma penal que proíbe a conduta, uma vez que o aparente concurso de normas é sempre resolvido pela prevalência da primeira sobre a segunda : o que é incentivado ou fomentado não é proibido. A *norma não penal*, por *incentivar ou fomentar* a prática da conduta e se dirigir a um determinado grupo de pessoas, é *especial*, logo sempre prevalece sobre a *norma penal* que, por ser proibitiva e se dirigir a todos, é *geral*. Isto é uma decorrência do aludido princípio lógico segundo o qual o especial sempre prevalece sobre o geral : *lex specialis derogat generali*.

Tenha-se sempre presente, conforme já visto com BOBBIO, que a lei especial sempre derroga a lei geral, inclusive quando esta é posterior àquela : *lex posterior generalis non derogat priori speciali*.

Concluindo, podemos resumir dizendo que a justificativa em exame tem dupla natureza jurídica : causa de exclusão da ilicitude e causa de exclusão da tipicidade.

¹⁷¹ JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI, obra citada, p. 192.

¹⁷² Apud JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI, obra citada, p. 192.

O exercício regular de um direito *meramente autorizado* pelo ordenamento jurídico, cuja conduta venha a causar lesão a algum interesse penalmente protegido, constitui sempre uma *causa de exclusão da ilicitude*.

O exercício regular de um *direito incentivado ou fomentado* pela ordem jurídica, cuja conduta ofenda a um bem jurídico, pode constituir uma *causa de exclusão da tipicidade* ou uma *causa de exclusão da ilicitude*. Se a sua realização *implicar necessariamente uma lesão a determinado bem jurídico*, a conduta será *atípica*, pois, neste caso, o exercício regular de direito atua como *causa de exclusão da tipicidade*. Se, porém, o seu regular desempenho *não acarretar forçosamente ofensa ao bem jurídico*, a conduta que, eventualmente, venha a causá-lo será *típica*, porém *lícita*, uma vez que a justificativa opera nesta hipótese como *causa de exclusão da ilicitude*.

O exercício regular de direito, como causa de exclusão da ilicitude, pressupõe a adequação da conduta a um tipo legal de crime e, portanto, sujeita o agente ao ônus da persecução penal. Como causa de exclusão da tipicidade, presume que o ato praticado seja atípico e, desta forma, não submeterá o autor ao gravame do processo.

ASPECTOS PROCESSUAIS PENAIS

1. Tipicidade e seu valor processual

O tipo, como ressaltado, é um modelo abstrato de comportamento proibido. Para que haja crime é necessário, em primeiro lugar, que a conduta se ajuste a um tipo penal, ou seja, que se possa afirmar a sua tipicidade.

O tipo penal é, no preciso enfoque de MAURACH, " o ponto de partida do exame judicial de um caso concreto, o qual deve realizar-se conforme a um procedimento abreviado, possibilitado pela criação do tipo e que ao mesmo tempo permita oferecer a garantia da segurança jurídica." ¹⁷³

A tipicidade penal, assim, reveste-se de capital importância para a persecução penal. Empregamos, com suporte em FREDERICO MARQUES, o vocábulo " persecução " para indicar " não só a propositura da ação penal, como ainda, a simples investigação e a atribuição a alguém em *notitia criminis* de um fato delituoso. " ¹⁷⁴

Na correta colocação do insigne mestre, o processo penal " só se instaura com a propositura da ação. Esta, no entanto, é precedida de uma fase de pesquisas, ou *informatio delicti*, em que se colhem os dados necessários para ser pedida a imposição da pena. Verifica-se, portanto, que a *persecutio criminis* apresenta dois momentos : o da investigação e o da ação penal. Esta consiste no pedido de julgamento da pretensão punitiva, enquanto que a primeira é atividade preparatória da ação penal, de caráter preliminar e informativo : *inquisitio nihil est quam informatio delicti*. " ¹⁷⁵

Em quase todos os países a ação penal é precedida de uma fase preparatória destinada a apurar a existência do crime e identificar o seu autor.

BELING realça esta atividade inquisitiva, preparatória da ação penal, como uma das notas diferenciais entre o processo civil e o processo penal alemão. No seu entender, no " processo civil o autor não possui um 'procedimento' especial para informar-se sobre os fatos e os meios de prova a fim de decidir se quer ou não empreender a sua demanda. No processo penal, ao contrário, existe antes da querela uma fase procedimental, submetida a

¹⁷³ REINHART MAURACH, obra citada, p. 348.

¹⁷⁴ JOSÉ FREDERICO MARQUES, Elementos de Direito Processual Penal, volume I, Bookseller Editora e Distribuidora, Campinas, 1997, p.127.

¹⁷⁵ JOSÉ FREDERICO MARQUES, Elementos, volume I, p. 128.

uma regulamentação jurídica. " Em seguida, prossegue o fundador da moderna teoria do tipo : " a primeira fase do processo é constituída pelo ' procedimento fiscal ', que chega até a querela e que é denominada pela Lei também ' procedimento preparatório ' e ' procedimento de inquirição '. Depois, vem o procedimento judicial, cuja admissibilidade está condicionada, segundo o princípio da querela formal, pelo ato de interposição desta. " ¹⁷⁶

Como acentua ANTONIO EVARISTO DE MORAIS FILHO, no que toca à atribuição para conduzir estas investigações preliminares, há dois sistemas principais : " o inglês, pelo qual a incumbência é da polícia; e o continental, onde, no dizer do novo Código de Processo Penal italiano, *o ministério público dirige o inquérito e dispõe diretamente da polícia judiciária* (art. 327). " ¹⁷⁷

Porém, conforme os ensinamentos de HÉLIO TORNAGUI : " o processo, como procedimento, inclui também o inquérito. Não há erro, como por vezes se afirma, em chamar processo ao inquérito. Deve subtender-se que a palavra não está usada para significar relação processual, que, em regra, se inicia com a acusação. " ¹⁷⁸ Desta forma, ao tratarmos da repercussão da tipicidade no plano processual penal, empregamos, às vezes, o vocábulo processo no sentido compreensivo que lhe deu o mestre da antiga Faculdade Nacional de Direito, incluindo também o inquérito policial.

JIMÉNEZ DE ASÚA, ao abordar o valor processual da tipicidade, destaca a relevância das repercussões processuais penais advindas do seu reconhecimento. O mestre espanhol, referindo-se ao Juízo de Instrução, assim resume a função do Juiz Instrutor : " Provar a existência da tipicidade, fazendo uma subsunção rigorosa do fato da vida real ao tipo da lei, e estabelecer indícios racionais de que uma pessoa determinada participou no acontecimento e por isso lhe deve ser atribuído. " ¹⁷⁹

Já vimos que os elementos do delito – tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade – estão de tal forma vinculados logicamente que cada elemento posterior pressupõe o anterior. Assim, a culpabilidade pressupõe a antijuridicidade; esta, por sua vez, a tipicidade.

No entanto, para instaurar-se a persecução penal não é necessário que o crime se apresente na integridade de seus elementos constitutivos. Desde que a conduta se enquadre num tipo legal de crime ela passa a ser relevante para a atividade persecutória do Estado. Por isso, consoante os ensinamentos de FREDERICO MARQUES, basta à autoridade policial " a

¹⁷⁶ ERNST VON BELING, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Labor S/A, Barcelona, 1943, p. 265.

¹⁷⁷ ANTONIO EVARISTO DE MORAIS FILHO, *O Ministério Público e o Inquérito Policial*, Revista Brasileira de Ciências Criminais n.º 19, julho-setembro de 1997, p. 106.

¹⁷⁸ HÉLIO TORNAGUI, *Instituições de Processo Penal*, 2ª edição, 1977, 1º volume, Saraiva S.A – Livradores Editores, p. 308.

¹⁷⁹ LUIZ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, tomo III, p. 805.

notícia de um fato típico, para que se inicie as investigações em que se corporifica o momento inicial da *persecutio criminis*. Quando se fala, pois, de notícia do crime, não se cogita da infração penal em sua integridade, mas tão-só de acontecimento penalmente relevante por ser a consubstanciação de ação ou omissão *típica*. " ¹⁸⁰

Prossegue, a seguir, FREDERICO MARQUES : " Disto se infere que a ausência de ' fato típico ' torna inadmissível a persecução penal contra o autor de uma conduta que possa ser tida como ilícita ou antijurídica. *Notitia criminis* é notícia da ocorrência de acontecimento enquadrável numa das figuras típicas com que a lei define a estrutura das infrações penais. " Mais adiante enfatiza, novamente, a transcendência da tipicidade : " Vê-se, pois, que o problema da adequação típica é de grande relevância no processo penal. O enquadramento de um fato ou acontecimento na descrição legal da norma incriminadora está presente em todos os momentos da *persecutio criminis*, justificando e graduando a *potestas coercendi* e a *potestas cognoscendi* dos diversos órgãos do procedimento penal. " ¹⁸¹

ASSIS TOLEDO salienta, também, a importância da tipicidade no processo penal, embora de forma indireta. Ao acentuar a atipicidade da ação socialmente adequada, exemplificando com os ferimentos causados pelo cirurgião no paciente com o bisturi e o hematoma resultante do soco do boxeador em seu adversário, afirma que : " a questão se resolve, de plano, a nível de atipicidade. E, com efeito, dentro da concepção material que sustentamos, bastam a adequação social e a difundida noção de atipicidade dessas espécies de lesões corporais para caracterizar a sua licitude, salvo se algum fato novo e significativo introduzir-se no quadro dos acontecimentos para alterar-lhes completamente a fisionomia. " ¹⁸²

No mesmo sentido, VICENTE GRECO FILHO sobressai a importância da tipicidade ao tratar da necessidade da ação penal vir acompanhada de elementos probatórios que a fundamentem : " Já se sustentou que bastaria como justa causa para a ação penal a descrição, na denúncia ou queixa, de um fato típico. A doutrina atual, porém, à unanimidade, percebendo que a ação penal por si só é, já, um constrangimento à liberdade individual, exige, para que a ação penal seja proposta e se mantenha, elementos probatórios que sirvam de fundamento razoável para sustentar esse constrangimento, o qual, caso contrário, seria ilegal. " ¹⁸³

RAFAEL FONTECILLA, evidencia a relevância da tipicidade no plano processual penal por dois motivos : " 1º Porque é condição da existência do processo penal (atual artigo 108); 2º Porque aos juizes é

¹⁸⁰ JOSÉ FREDERICO MARQUES, Elementos, volume I, p. 130.

¹⁸¹ JOSÉ FREDERICO MARQUES, Elementos, volume I, p. 130.

¹⁸² FRANCISCO ASSIS DE TOLEDO, Princípios, p. 168.

¹⁸³ VICENTE GRECO FILHO, Manual de Processo Penal, 2ª edição, 1993, Editora Saraiva, São Paulo, p.

vedado iniciar um processo se não estão na presença de um possível tipo (atuais artigos 91, 102 e 106)¹⁸⁴

O mesmo ocorre entre nós onde não pode haver atuação persecutória penal sem tipicidade. À propósito, adverte FREDERICO MARQUES : " para a existência da investigação (que é uma *informatio delicti*) torna-se imprescindível a *notitia criminis* , isto é, a comunicação ou o conhecimento de conduta configurada como fato típico. " ¹⁸⁵

Se a conduta, objeto da investigação, não for típica, o procedimento poderá ser encerrado mediante a concessão da ordem de *habeas corpus*, impetrado em razão do constrangimento ilegal causado pela falta de justa causa para a instauração do inquérito (Código de Processo Penal, artigo 648, inciso I).

No mesmo sentido TORNAGUI, ao comentar a possibilidade da autoridade policial indeferir o requerimento de abertura de inquérito (Código de Processo Penal , artigo 5º, parágrafo 2º) : " Não diz o Código em que caso pode a autoridade policial negar deferimento ao pedido de abertura de inquérito. Deve entender-se, entretanto, que isto lhe é dado fazer : 1.º quando o fato narrado não for típico; ... Não cabe à autoridade policial aferir da licitude do fato ou da culpabilidade do agente. Se o fizesse estaria julgando, vale dizer, usurpando atribuições do juiz. Assim, não lhe compete, v.g., deixar de abrir inquérito por entender que, tendo sido o fato cometido em qualquer das circunstâncias do artigo 19 (atual 23) do Código Penal, não constitui crime. Deve ater-se exclusivamente à configuração, à adequação, do fato à descrição legal. " ¹⁸⁶

Concluindo o exame da relevância da tipicidade no processo penal, invocamos, mais uma vez, os preciosos ensinamentos de JIMÉNEZ DE ASÚA : " A tipicidade concebida fundamentalmente como descrição objetiva e mero indício de antijuridicidade, tem um papel de enorme valor no período de instrução do juízo. Em holocausto aos princípios liberais, o juiz não poderá atuar senão quando o fato revista todos os elementos do tipo delitivo. " ¹⁸⁷

2. Causas de exclusão da antijuridicidade e sua repercussão no processo penal

¹⁸⁴ Apud LUIS COUSIÑO MAC IVER, obra citada, tomo II, p.169.

¹⁸⁵ JOSÉ FREDERICO MARQUES, Elementos, tomo I, p. 130.

¹⁸⁶ HÉLIO TORNAGUI, obra citada, 2º volume, p. 261.

¹⁸⁷ LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, tomo III, p. 804.

Como mencionado, para que haja crime é necessário, em primeiro lugar, que a conduta se amolde a um tipo penal, ou seja, que a mesma seja típica.

Se os elementos do delito estão vinculados logicamente, de tal modo que o posterior pressupõe o anterior, a antijuridicidade exige necessariamente a tipicidade como antecessor.

Se, por outro lado, a tipicidade é o elemento deflagrador da persecução penal, à evidência que a presença de uma causa de exclusão da ilicitude, não impede que o agente se submeta ao ônus do processo.

COUSIÑO MAC IVER captou com propriedade a diferença de tratamento processual entre o ato atípico e o ato típico, porém lícito : " Frente ao direito processual, não é igual a situação que se apresenta ao juiz quando se lhe denuncia um fato que não é típico, que quando se lhe denuncia um fato que, não obstante ser típico, não é antijurídico; no primeiro caso, deverá abster-se de todo procedimento; no segundo, ao contrário, deverá investigar a efetividade da existência da causa de justificação e, em caso afirmativo, poderá deixar em liberdade o inculpado, sem declarar-lhe réu, ou bem poderá ditar uma sentença de sobrestamento ou de absolvição, segundo seja a etapa do processo em que a efetividade do fato se comprove. " ¹⁸⁸

Com ressalva de certas peculiaridades características do direito processual penal chileno, o mesmo ocorre entre nós, visto que a prática de um fato típico, embora lícito, não poupa o agente de ser submetido ao respectivo procedimento, onde irá se averiguar e constatar a presença da causa de exclusão da ilicitude aplicável à espécie. Se ela for evidente e, mesmo assim, o promotor, ao invés de pedir o arquivamento do inquérito, oferecer a denúncia, caberá ao juiz não recebê-la, com fundamento no artigo 43, inciso I, do Código de Processo Penal. Se a sua caracterização demandar um exame mais detido da prova, o juiz poderá reconhecer a justificativa por ocasião da sentença, absolvendo o réu com fundamento no artigo 386, inciso V, do mesmo diploma legal. Isto, evidentemente, sem prejuízo do recurso à garantia constitucional do *habeas corpus*.

Neste sentido, ASSIS TOLEDO : " a afirmação positiva da tipicidade do fato poderá, em algumas hipóteses, não significar um juízo definitivo desse fato, pois se incidir alguma das denominadas causas de exclusão da ilicitude, o fato, embora aparentemente típico, não será um crime mas sim um lícito penal. Tomemos o exemplo de Mévio que desfere um tiro causador da morte de Caio. O fato ajusta-se, aparentemente, à figura do homicídio. Se todavia ficar demonstrado que Mévio agiu em legítima defesa ou ao abrigo de outra causa de justificação, não haverá o crime de homicídio.

¹⁸⁸ LUIS COUSIÑO MAC IVER, obra citada, tomo II, p. 168.

Por isso é que se diz que o juízo de atipicidade é um juízo definitivo de licitude penal, ao passo que o de tipicidade é um juízo condicionado. " A seguir, prossegue o distinto professor : " A consequência prática desta colocação teórica se projeta para a área processual. Assim é que onde houver uma causa de justificação já suficientemente caracterizada, faltará uma condição para a ação penal, pois se o fato, que deve ser narrado com todas as suas circunstâncias (CPP, art. 41), não constitui crime, autorizado está o pedido de arquivamento pelo Ministério Público ou a rejeição da denúncia ou da queixa pelo juiz (CPP, art. 43, I). " ¹⁸⁹

Observe-se que ASSIS TOLEDO se perfila ao lado daqueles que, como nós, entendem que, diante da presença manifesta de uma causa de exclusão da antijuridicidade, não há justa causa para a propositura da ação penal, face à ausência de uma de suas condições, pois o fato narrado *evidentemente* não constitui crime. Isto, porém, não obsta o início da persecução penal.

JIMÉNEZ DE ASÚA, comparando a conduta do verdugo que executa uma sentença de morte – ato atípico – e a conduta de quem mata outrem para defender-se de uma agressão injusta – conduta típica, porém lícita – assim se expressa, realçando a diferença de tratamento entre ambas as hipóteses e, também, rechaçando a crítica que lhe foi formulada : " Dizer que com a teoria que sustentamos, o juiz de instrução deverá processar o verdugo porque no fato de fazer justiça se produziu a morte de um homem, é desconhecer que na atuação do executor da sentença não só está ausente a antijuridicidade do fato, senão o tipo de delito, já que fazer justiça não é simplesmente matar. Igualmente é falso que o juiz de instrução deve abster-se de processar quando se produziu a morte de um homem em legítima defesa. Neste caso sim há tipicidade, porém não antijuridicidade : o juiz processa, porque não valora, e recolhe as provas da agressão ilegítima e da defesa necessária do agente, para que o Tribunal sentenciador valere os fatos. " ¹⁹⁰

Assim, quando a conduta é típica porém lícita, a presença da justificativa não impede que o indiciado ou o réu sejam submetidos à persecução penal - inquérito policial ou ação penal - com os ônus que lhes são inerentes. É manifesta, portanto, a diferença entre o valor processual de uma conduta atípica e o de uma conduta típica, embora lícita.

No que tange à prisão em flagrante do autor de uma conduta que se ajusta a um tipo legal de crime, e que atuou sob a égide de qualquer uma das causas de exclusão da ilicitude previstas no artigo 23 do Código Penal, o juiz poderá, após ouvir o Ministério Público, conceder ao agente liberdade provisória. Embora livre, o autor deve comparecer a todos os atos do processo, sob pena de revogação da liberdade concedida (Código de Processo

¹⁸⁹ FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, obra citada, p. 169.

¹⁹⁰ LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, tomo III, p. 808.

Penal, artigo 310, *caput*). Resta-lhe, apenas, almejar que o processo tenha vida curta e que o juiz determine o seu arquivamento a requerimento do promotor, ou que rejeite a denúncia ou queixa nos termos do já citado artigo 43, inciso I do mesmo estatuto legal.

3. O cumprimento de deveres e suas implicações processuais penais

Conforme destacado, equiparamos o cumprimento de ordem da autoridade pública com o cumprimento de dever legal, dado que as ordens legítimas de superior hierárquico pressupõem uma norma jurídica que as fundamenta. Desta forma, a execução de uma ordem da autoridade pública se reduz ao cumprimento de um dever legal.

Também ressaltamos que o cumprimento de deveres jurídicos que se revestem de *caráter particular*, ou seja, referente a atos executados por particulares, está sendo tratado como hipótese de exercício regular de direito.

Como mencionado, dividimos os cumprimentos de deveres jurídicos que se revestem de *caráter público* em duas grandes categorias : cumprimento de um *dever genérico de atuar*, cujo exercício não implica necessariamente uma lesão ao bem jurídico, e cumprimento de um *dever específico de atuar com lesão ao bem jurídico*, cujo exercício implica necessariamente uma ofensa a um determinado interesse tipicamente protegido.

Foi visto que o estrito cumprimento de um *dever genérico de atuar* que, eventualmente, venha a causar alguma ofensa a determinado interesse penalmente tutelado constituirá uma *causa de exclusão da ilicitude*, ao passo que o estrito cumprimento de um *dever específico de atuar com lesão ao bem jurídico* constituirá uma *causa de exclusão da tipicidade*.

Assim, no primeiro caso, é típica a referida conduta do policial que dispara contra as pernas do preso em fuga, a fim de impedir a sua evasão, em face de se ajustar ao tipo penal de lesões corporais (leves, graves ou gravíssimas). Porém, a sua ação, embora típica, é lícita, uma vez que agiu no estrito cumprimento de dever legal que, nesta hipótese, constitui uma causa de exclusão da ilicitude. Isto porque, em tese, o cumprimento do dever legal de evitar a fuga do preso não implica necessariamente uma ofensa ao bem jurídico integridade corporal : o fugitivo pode ser detido, em certas situações, sem que sofra lesão corporal.

No outro caso, a citada ação do verdugo que, dando cumprimento à sentença condenatória, executa a pena capital, não se enquadra na figura legal

do crime de homicídio, uma vez que o exercício do dever legal de executar a sentença implica necessariamente uma ofensa ao bem jurídico vida.

Desta forma, conforme o cumprimento seja de um *dever genérico de atuar* ou de um *dever específico de atuar com lesão ao bem jurídico*, causa de exclusão da antijuridicidade e causa de exclusão da tipicidade, respectivamente, diversos serão os reflexos processuais penais.

Como realçado, a atividade persecutória do Estado apresenta dois momentos : o da investigação e o da ação penal. Esta consiste no pedido de julgamento da pretensão punitiva, enquanto a primeira constitui a atividade preparatória da ação penal, de caráter preliminar e informativo.

No cumprimento de um *dever genérico de atuar*, a conduta do agente, que executa à risca o dever legal e ofende um determinado bem jurídico, é *típica*, embora *lícita*, justificada que está pelo estrito cumprimento de dever legal que, neste caso, opera como *causa de exclusão da ilicitude*. Desta forma, a conduta do autor é relevante para a *persecutio criminis* : ele terá que se submeter ao procedimento administrativo investigante ou ao processo penal. No exemplo citado, o policial deverá se sujeitar à atividade persecutória, podendo o inquérito ser arquivado a pedido do Ministério Público ou a denúncia ser rejeitada, nos termos do artigo 43, inciso I, do Código de Processo Penal; caso a denúncia tenha sido recebida, deverá ser proferido o decreto absolutório, com fundamento no artigo 386, inciso V da mesma lei processual.

No cumprimento de um *dever específico de atuar com lesão ao bem jurídico*, não há que se falar em persecução penal, pois a conduta do agente é *atípica*, justificada que está pelo estrito cumprimento de dever legal que, neste caso, atua como *causa de exclusão da tipicidade*. No exemplo dado, o carrasco não se submeterá às vicissitudes da persecução penal, não se cogitando, sequer, de procedimento administrativo investigador.

4. O exercício de direitos e suas implicações processuais penais

Face à essencial importância para a caracterização de sua natureza jurídica, dividimos os direitos assegurados pelo ordenamento jurídico em dois grandes blocos, conforme se tratem de direitos *meramente autorizados* ou direitos *incentivados ou fomentados*.

Distinguimos, com relação aos *direitos incentivados ou fomentados* pela ordem jurídica, de um lado, aqueles cujo exercício *implique necessariamente uma lesão a determinado bem jurídico* e, de outro, aqueles cujo exercício *não ofenda necessariamente o interesse protegido*.

Tendo em vista a natureza jurídica do instituto em foco, foi visto que : a) O exercício regular de um direito *meramente autorizado* pelo ordenamento jurídico, cuja conduta venha a causar lesão a determinado interesse penalmente protegido, constituirá sempre uma *causa de exclusão da ilicitude*; b) O exercício regular de um direito *incentivado ou fomentado* pela ordem jurídica, cuja conduta ocasione ofensa a determinado bem jurídico tutelado, poderá constituir uma causa de exclusão da tipicidade ou uma causa de exclusão da ilicitude. Se a sua efetivação *implicar necessariamente uma lesão ao bem jurídico*, a conduta será *atípica*, pois, neste caso, o exercício regular de direito atua como *causa de exclusão da tipicidade*. Se a sua realização *não acarretar forçosamente uma ofensa ao bem jurídico*, a conduta que, eventualmente, venha a causar alguma lesão a um interesse penalmente protegido, será *típica*, porém *lícita*, dado que a justificativa, aqui, opera como *causa de exclusão da ilicitude* .

Como exemplo de exercício regular de um direito *meramente autorizado* pelo ordenamento jurídico mencione-se a conduta do possuidor esbulhado que, ao empregar os atos de desforço indispensáveis para se manter na posse, ofende à integridade corporal do usurpador. Neste caso, a sua conduta é *típica*, embora *lícita*, de forma que é relevante para a *persecutio criminis*. Assim, o possuidor esbulhado deverá se sujeitar à atividade persecutória, sendo, posteriormente, arquivado o inquérito ou rejeitada a denúncia, nos termos do inciso I, artigo 43, do Código de Processo Penal ou, se a denúncia foi recebida, proferida sentença absolutória, com fundamento no artigo 386, inciso V do mesmo Código.

Como exemplo de exercício regular de um direito *incentivado ou fomentado* pela ordem jurídica, cuja conduta *ofende necessariamente a determinado bem jurídico*, mencionamos as intervenções médico-cirúrgicas e a prática de certos esportes violentos, como o boxe. Em ambos os casos a conduta do agente é *atípica*, não sendo relevante para a *persecutio criminis*. Nestas hipóteses, não há que se falar em persecução penal e, em consequência, nem o cirurgião nem o boxeador serão submetidos ao processo, não se cogitando, sequer, de inquérito policial.

No caso do exercício regular de um direito *incentivado ou fomentado* pelo ordenamento jurídico, cuja conduta *não implique forçosamente uma lesão ao bem jurídico*, exemplificamos com o exercício da profissão de advogado, de notória relevância pública. No regular exercício de sua profissão pode o advogado, por exemplo, irrogar ofensas injuriosas ou difamantes à parte contrária na discussão da causa. Nesta hipótese, se a parte ofendida oferecer queixa, o advogado deverá se sujeitar à atividade persecutória, sendo, depois, ou rejeitada a queixa, nos termos do artigo 43, inciso I, do Código de Processo Penal ou, se a mesma foi recebida, prolatada

sentença absolutória com fundamento no artigo 386, inciso V, do referido diploma legal.

5. A posição da jurisprudência sobre o cumprimento de deveres e o exercício de direitos

Frisamos que, não só em nosso país como também naqueles que contêm os institutos em estudo, a jurisprudência sobre os mesmos é muito escassa, o que se pode explicar por duas ordens de razões. Em primeiro lugar, porque falta às referidas justificativas uma adequada elaboração doutrinária. Como vimos, a maioria dos autores nacionais e estrangeiros limita-se casuisticamente a enumerá-las, sem se aprofundar no exame de sua natureza jurídica. Em segundo lugar, na esteira dos ensinamentos de COUSIÑO MAC IVER, porque aqueles que são afetados pelo cumprimento dos deveres legais ou pelo exercício dos direitos raramente recorrem à justiça penal, uma vez que, reconhecem a legitimidade das condutas dos agentes.

A seguir, transcrevemos as ementas de alguns acórdãos e uma decisão da Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo sobre o artigo 28 do Código de Processo Penal.

A) ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL

Age no estrito cumprimento de dever legal e, destarte, não pratica crime algum o policial que, em perseguição a delinqüente em fuga, atira contra a sua perna para obstar aquele, ao receber a ordem, nesse sentido da autoridade hierarquicamente superior (TACRIM – SP – AC - Rel. Mattos Faria – RT 402/276).

É isento de pena o funcionário público que emitir conceito injurioso ou difamatório sobre alguém, em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever de ofício. A exclusão de criminalidade decorre do que dispõe os arts. 19, III (atual art. 23, III), e 142, III, do CP (TACRIM – SP – HC – Rel. Valentim Silva – RT 476/366).

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

Cuidando-se de agentes da autoridade, tinham eles até mesmo a obrigação de prender a pessoa que se encontrava em flagrante delito. Houve, portanto, exclusão da ilicitude, uma vez que os agentes praticaram o fato em estrito

cumprimento de dever legal (TACRIM – SP – Ap. – Rel. Penteado Navarro – RT 720/463).¹⁹¹

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

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

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

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

Protocolado n.º 36.828/96 – Art. 28 CPP

Investigado : J.W.S.J.

I.P. n.º (Foro Regional de Santana)

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

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

Decisão : determino a devolução dos autos ao juízo de origem para que possam ser realizadas as diligências sugeridas pelo ínclito Magistrado. "

(**Ministério Público do Estado de São Paulo – Procuradoria Geral de Justiça** – Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminais. Boletim Informativo 03/1996, ps. 18 e 19).

¹⁹¹ Neste caso, embora se trate de cumprimento de um dever legal – prisão em flagrante - que necessariamente ofende determinado bem jurídico – liberdade pessoal – os réus foram processados não por ofensa à liberdade pessoal, o que seria inadmissível, mas por crime de dano. O dano contra o patrimônio, ocasionado por ocasião da prisão em flagrante, evidentemente não é uma consequência natural do ato, daí explicar-se o porquê da persecução penal.

B) EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO

Desforço imediato para a manutenção ou restituição na posse

Não comete o crime de dano à coisa pública, porque agindo no exercício regular de direito, aquele que pratica o desforço imediato para recuperar a posse de terreno de sua propriedade esbulhada em razão de ilícito da municipalidade, que nele construiu abrigo para usuário de ônibus, com total inobservância do devido procedimento legal de desapropriação (TJMG – AC 11.690 – Rel. José Loyola).

O exercício regular do direito de defesa da propriedade permite ao senhor do imóvel determinar com energia a retirada do intruso, até mesmo renunciando consequência caso não seja atendido, o que não se consubstancia no delito de ameaça (TJSC – AC – Rel. Ernani Ribeiro – RTJE 89/228).

Ofensa irrogada em juízo por advogado

Inocorrem os delitos previstos nos arts. 138 e 139 do CP, se as afirmações reputadas ofensivas à honra da vítima foram irrogadas em juízo, por meio de contestação trabalhista oferecida pelo advogado do reclamado, e guardam nexos com o fundamento do direito pleiteado pela ofendida, vez que as alegações feitas pelo defensor estão acobertadas pela imunidade prevista no art. 142 do CP, não constituindo, portanto, crime punível "(TACRIM – SP – HC – Rel. José Santana – RJD 23/399).

EMENTA: Penal. Crimes contra a honra. Inviolabilidade do advogado.

Difamação e injúria atribuídas a advogado que, no curso de ação penal movida a seu constituinte pela prática de corrupção de menores, ao contraditar testemunha arrolada pela parte contrária, justificou a impugnação denunciando-lhe a vida desregrada.

Inexistência de crime contra a honra (Código Penal, art. 142, I) pelo comportamento do advogado, manifestado no exercício da profissão e dentro dos limites da lei (Constituição, art. 133).

Habeas Corpus concedido.

(Revista do STJ, Brasília, 2(15): 97-144, nov. 1990).

Violência esportiva

Lesões corporais – Violência esportiva.

Se a lei extrapenal permite a violência esportiva, desde que respeitadas as normas de seu exercício, as consequências lesivas daí resultantes não podem ser penalmente imputadas. Todavia, a agressão do atleta que extravasa os limites de tolerância constitui delito, porque não necessária à prática do jogo

ou produzida além das regras técnicas permitidas pela moral prática, regulada e regulamentada pelo Poder Público " (TAMG – AC – Rel. Joaquim Alves – RT 611/418).

Competição automobilística

LESÃO CORPORAL CULPOSA - Acidente de trânsito - Competição em estrada pública aberta - Ferimentos provocados em terceiros estranhos ao torneio - Alegação de exercício regular de direito - Inadmissibilidade - Possibilidade somente se tratasse de prova realizada em circuito fechado e o fato se desse entre seus participantes - Excludente de antijuridicidade afastada justa causa para a ação penal - "Habeas corpus" denegado (TACRIM – SP - RT 622/287).

Direito de correção

À evidência, não age sob o manto do *jus corrigendi* o pai que, para repreender a filha de doze anos de idade, arma-se com uma faca tipo " peixeira " e atinge a menor na cabeça, lesionando-a, embora levemente (TACRIM – SP – AC – Rel. Pires Neto, - RJD 12/94).

Direito de petição

CRIME CONTRA A HONRA - Calúnia - Descaracterização - Acusado que apenas representou à autoridade judiciária competente narrando arbitrariedades envolvendo policiais e magistrado e requerendo sua apuração - Exercício regular do direito de petição - *Animus calumniandi* inexistente - Falta de justa causa para a instauração de inquérito policial - Trancamento determinado - "Habeas corpus" concedido - Declarações de votos (STF) RT 630/387

CONCLUSÕES

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

1. As normas, que BINDING conceitua como proposições jurídicas obrigatórias sob forma de proibições ou mandatos, são o pressuposto do tipo penal. As leis penais não fazem outra coisa senão reconhecer o valor das distintas normas criadas em defesa dos bens jurídicos. O legislador quando se encontra perante um ente que valora positivamente, por exemplo a " vida humana ", tem interesse em tutelá-lo. Este interesse jurídico é traduzido numa norma : " é proibido matar ", que o eleva à categoria de bem jurídico. Esta norma proibitiva é, por sua vez, expressada na lei penal : " Art. 121. : Matar alguém : ... " e, com isto, a " vida humana " se revelará como um bem jurídico penalmente tutelado. Desta forma, o legislador vai do ente à norma e da norma ao tipo (ZAFFARONI). Logo, *a norma é o antecedente lógico do tipo legal de crime.*

2. O tipo é uma figura conceitual que descreve, mediante características gerais e abstratas, formas possíveis de conduta humana. A norma proíbe a prática destas formas de conduta. Caso se realize o comportamento descrito no tipo legal de uma norma proibitiva, este entra em contradição com a exigência da norma. Assim, *toda realização do tipo de uma norma proibitiva é necessariamente antinormativa (WELZEL).*

3. Porém, nem sempre a realização do tipo legal de normas proibitivas (proibições ou mandatos) é antijurídica, porquanto o ordenamento jurídico-penal não é constituído somente destas espécies de normas, mas também de preceitos permissivos, os quais permitem, em determinadas situações, a prática da conduta típica (matar alguém em legítima defesa, por exemplo). Neste caso, a realização do tipo é conforme ao direito. *A antijuridicidade é, pois, a contradição entre uma conduta típica e o ordenamento jurídico como um todo (WELZEL).*

4. Como a tipicidade é a contradição entre uma conduta real e a norma proibitiva contida no tipo penal e a antijuridicidade, por sua vez, a contradição entre uma conduta típica e o ordenamento jurídico, podemos logicamente concluir que *a tipicidade pressupõe a antinormatividade e a antijuridicidade pressupõe a tipicidade.*

5. A partir da relação entre tipicidade, antinormatividade e antijuridicidade deduzimos que uma ação é antijurídica quando realiza integralmente o tipo legal de uma norma proibitiva, a menos que se aplique um preceito permissivo. As normas permissivas são, por conseguinte, autorizações que impedem que as ações típicas venham a ser consideradas antijurídicas. Estas situações de excepcional licitude constituem as chamadas

causas de exclusão da antijuridicidade, também denominadas causas de exclusão da ilicitude (Código Penal Brasileiro), causas de justificação, justificativas, causas de exclusão do crime ou discriminantes, tipos permissivos, entre outras menos freqüentes.

6. Entre as justificativas penais, o legislador brasileiro inclui o *estrito cumprimento de dever legal* e o *exercício regular de direito*. Apesar destas figuras serem consideradas por alguns autores como supérfluas, as mesmas têm o condão de alertar o juiz para que leve em conta todas as regras do direito, na eventual caracterização de uma excepcional licitude do fato incriminado (HUNGRIA).

7. A nossa lei penal, que se esmerou em assinalar minuciosamente os requisitos do estado de necessidade e da legítima defesa, silencia sobre as características do cumprimento de deveres e do exercício de direitos, cingindo-se apenas a enunciá-los. É por isto que alguns juristas consideram o artigo 23, inciso III, uma *lei aberta*. Porém, andou bem o legislador, uma vez que, desta forma, estabeleceu conceitos jurídicos suficientemente amplos para abranger todas as hipóteses que possam implicar uma conduta ajustada ao direito.

8. Relativamente à justificativa do *estrito cumprimento de dever legal*, os deveres jurídicos podem ser revestidos de *caráter público* ou de *caráter privado*. Em relação aos primeiros, distinguimos entre *dever genérico de atuar*, cuja realização não ocasiona forçosamente uma ofensa ao bem jurídico (por exemplo, o dever do policial evitar a fuga do prisioneiro), e *dever específico de atuar com lesão ao bem jurídico*, cujo cumprimento implica necessariamente um dano ao mesmo (por exemplo, o dever do carrasco cumprir a sentença judicial que condenou o réu à pena de morte).

9. Incluímos, também, como espécie de cumprimento de dever legal o dever imposto através de uma *ordem da autoridade pública*, porquanto toda ordem legítima desta pressupõe uma norma jurídica que a fundamenta. Desta forma, a execução de uma ordem da autoridade pública se reduz ao cumprimento de um dever legal.

10. O dever legal, em regra, exige que o seu destinatário seja um servidor público. Entretanto, existem deveres jurídicos que se revestem de *caráter privado*, dirigindo-se, por conseguinte, a particulares (por exemplo, o artigo 231 do Código Civil, que estabelece os deveres de ambos os cônjuges). Por serem excepcionais, consideramos tais deveres como hipóteses de *exercício regular de direito*, reservando a justificativa do estrito cumprimento de dever legal somente para aqueles cujo destinatário seja um agente público. Porém, na prática a consequência é a mesma.

11. No que tange à causa de justificação do *exercício regular de direito*, distinguimos entre direitos *meramente autorizados* e direitos *incentivados ou fomentados* pelo ordenamento jurídico. Quanto aos últimos, diferenciamos entre direitos cujo exercício *implique necessariamente uma lesão a determinado bem jurídico* (atividade médico-cirúrgica e prática de esportes violentos, por exemplo) e aqueles cujo desempenho *não ocasione forçosamente uma ofensa ao bem jurídico* (exercício da profissão de advogado, por exemplo).

12. O *estrito cumprimento de dever legal* tem *dupla natureza jurídica*, conforme se trate do cumprimento de um *dever genérico de atuar* ou de um *dever específico de atuar com lesão ao bem jurídico*. No primeiro caso, como a sua cuidadosa execução não implica necessariamente uma lesão ao bem jurídico, caso esta ocorra, a conduta do agente será *típica*, porém *lícita*, justificada pela excludente do estrito cumprimento de dever legal que, nesta hipótese, desempenha a função de *causa de exclusão da ilicitude*. No segundo caso, face à inevitabilidade da ofensa a determinado bem jurídico, a conduta do agente será *atípica*, uma vez que a justificativa do estrito cumprimento de dever legal exerce o papel de *causa de exclusão da tipicidade*. É um despropósito exigir-se que o agente público que age no estrito cumprimento de um dever legal, cujo exercício implique uma ofensa inevitável a determinado bem jurídico, tenha de justificar-se, sendo submetido ao ônus do processo. Se entendêssemos diferentemente, chegaríamos à uma *contradição insolúvel*, pois, *tanto seria típico atuar, cumprindo o dever legal, quanto não atuar, deixando de cumpri-lo*.

13. O fundamento jurídico da atipicidade de uma conduta praticada no estrito cumprimento de dever legal, cujo exercício ocasione forçosamente uma lesão a determinado bem jurídico, deve ser buscado nas regras que regem o concurso aparente de normas. Efetivamente, neste caso, nos deparamos com um concurso *aparente* de duas normas : a norma penal, que *proíbe* a conduta, e a norma não penal (de caráter administrativo, processual, etc.), que *obriga* a prática da conduta proibida. Trata-se de concurso aparente porque duas normas jurídicas que se contrapõem, não podem ser afirmadas simultaneamente como válidas, quando as proposições jurídicas que as descrevem se contradizem (KELSEN). O ordenamento jurídico é um *sistema*, portanto, não pode abrigar normas incompatíveis. Se numa determinada ordem jurídica vêm a existir duas normas aparentemente incompatíveis entre si, uma das duas deve ser eliminada (BOBBIO). A *antinomia*, encontro de duas proposições incompatíveis, é, nesta conjuntura, resolvida pelo *princípio da especialidade*, dito *lex specialis*. Através deste princípio, havendo incompatibilidade entre duas normas, uma geral e outra especial, prevalece sempre a segunda : *lex specialis derogat generali*. A lei especial sempre derroga a geral, mesmo quando esta é posterior àquela : *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, porque o critério da especialidade tem primazia sobre o cronológico. Como o que é ordenado não

é proibido, o mandato, que se dirige a uma determinada classe de pessoas, é especial e, portanto, prevalece com relação à proibição, que é geral, pois se endereça a todas as pessoas (KAUFMANN). Desta forma, somente em aparência a norma não penal, que impõe ao agente a prática de uma ação prevista em lei como crime, conflita com a norma penal, que proíbe a conduta, visto que o conflito é resolvido pela prevalência da primeira sobre a segunda : *o que está ordenado não está proibido*.

14. O *exercício regular de direito* também tem *dupla natureza jurídica*, conforme se trate do exercício de um direito *meramente autorizado*, ou de um direito *incentivado ou fomentado* pela ordem jurídica, cujo desempenho *implique necessariamente uma lesão a determinado bem jurídico*. Na primeira hipótese, como o seu exercício regular não ocasiona necessariamente uma ofensa ao bem jurídico, se a mesma ocorrer, a conduta do agente será *típica*, porém *lícita*, justificada pela excludente do exercício regular de direito que, neste caso, subsiste como *causa de exclusão da ilicitude*. Na hipótese de direito *incentivado ou fomentado*, cujo exercício regular *ocasiona necessariamente uma lesão a determinado bem jurídico*, a conduta do agente será *atípica*, uma vez que a justificativa vigora como *causa de exclusão da tipicidade*. É, pois, um absurdo exigir-se que a pessoa que exerce de forma regular um direito *incentivado ou fomentado* pelo Estado, cuja execução implique uma ofensa inevitável a determinado bem jurídico, tenha de justificar-se, sendo submetido ao gravame do processo.

15. O fundamento jurídico da atipicidade de uma conduta praticada no exercício regular de direito *incentivado ou fomentado* pelo ordenamento jurídico, cujo desempenho *implique forçosamente uma lesão a determinado bem jurídico*, deve ser buscado, também, nas regras que regem o concurso aparente de normas. Efetivamente, neste caso, nos encontramos diante de um concurso *aparente* de duas normas : a norma penal, que *proíbe* a conduta, e a norma não penal (de caráter civil, processual, etc.), que *incentiva ou fomenta* a sua prática. Esta última tem a natureza assemelhada à de uma norma preceptiva, porque incentivar ou fomentar determinado comportamento equivale a dirigi-lo para um determinado fim. Desta forma, defrontam-se duas normas jurídicas que, por, aparentemente, se contradizerem, não podem ser afirmadas simultaneamente como válidas. A *antinomia* é resolvida, igualmente, pelo princípio da especialidade : *lex specialis derogat generali*. Como o que é fomentado ou incentivado pelo Estado não é proibido, a norma que fomenta ou incentiva a prática da conduta, que se dirige a uma determinada classe de pessoas, é especial e, portanto, prevalece com relação à proibição, que é geral, pois se endereça a todas as pessoas. Desta forma, somente em aparência a norma não penal conflita com a norma penal, de vez que o conflito é sempre resolvido pela prevalência da primeira sobre a segunda : *o que é incentivado ou fomentado não é proibido*.

16. A tipicidade reveste-se de capital importância para a persecução penal, dado que o processo (*lato sensu*) se inicia com a prática da conduta que se enquadra num tipo legal de crime. A ausência de tipicidade de uma conduta torna, pois, inadmissível a *persecutio criminis*, poupando o agente de ser submetido ao ônus do processo. Desta forma, sendo a tipicidade o elemento do delito deflagrador da ação penal, a presença de uma causa de exclusão da ilicitude não impede que o autor da conduta típica seja submetido ao procedimento persecutório, muito embora seja lícita a sua conduta. Já o mesmo não ocorre com o ato atípico, que livra o autor dos inconvenientes do processo.

17. Quanto aos deveres legais, na primeira hipótese - *dever genérico de atuar* - se, no seu exato cumprimento, o agente vier a lesar determinado bem jurídico, a sua conduta será *típica*, sendo, por conseguinte, relevante para a *persecutio criminis*. Neste caso, por ser lícita a conduta, a ação penal, se houver, terminará com a sentença absolutória. Na segunda hipótese - *dever específico de atuar com lesão a determinado bem jurídico* - a conduta do agente será *atípica* e, portanto, ele não poderá ser submetido à persecução penal.

18. Quanto ao exercício de direitos, na primeira hipótese - *direitos meramente autorizados* - se, no seu regular desempenho, o agente vier a lesar um bem jurídico a sua conduta será *típica* e, em consequência, relevante para a *persecutio criminis*. Neste caso, por ser a sua conduta lícita, a ação penal, se houver, terminará com o decreto absolutório. Na segunda hipótese - *direitos incentivados ou fomentados* - cujo exercício implique necessariamente uma lesão a determinado bem jurídico, a conduta do agente é *atípica* e, deste modo, ele não poderá ser submetido a qualquer espécie de procedimento persecutório.

19. Não sendo típicas as condutas quando o agente opera em estrito cumprimento de *dever específico de atuar com lesão ao bem jurídico* e em exercício regular de *direito incentivado ou fomentado pela ordem jurídica*, cujo desempenho ocasione necessariamente uma ofensa a determinado bem jurídico justifica-se a omissão das autoridades públicas na sua persecução penal. Nestas hipóteses, as justificativas do estrito cumprimento de dever legal e do exercício regular de direito desempenham o papel de *excludentes da tipicidade*. Este entendimento preserva o nexo de harmonia que deve existir entre o direito material e o direito instrumental, evitando, conseqüentemente, as perplexidades decorrentes da consideração das entidades jurídicas em exame *exclusivamente* como causas de exclusão da ilicitude, não obstante, os autores das mencionadas condutas " típicas " não sejam submetidos a qualquer procedimento persecutório, o que seria um contra-senso.

BIBLIOGRAFIA

- ANTOLISEI, Francesco. Manual de Derecho Penal, Parte General, 8ª edición, Editorial Temis, Bogotá.
- ASSIS TOLEDO, Francisco de. Princípios Básicos de Direito Penal, Editora Saraiva, 4ª edição, 1991.
- Ilicitude Penal e Causas de Sua Exclusão, Forense, Rio de Janeiro, 1984.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 4ª edição, 1993, Malheiros Editores Ltda.
- BATTAGLINI, Giulio. Direito Penal, 1º volume, Saraiva S/A, Livreiros Editores, São Paulo, 1973.
- BELING, Ernst von. Esquema de Derecho Penal, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944.
- Derecho Procesal Penal, Editorial Labor S/A, Barcelona, 1943.
- BETTIOL, Giuseppe. Diritto Penale, Parte Generale, Cedam, Padova, sexta edizione, 1966.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal, Parte Geral, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 4ª edição, 1997.
- BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico, Editora UNB, Brasília, 9ª edição, 1997.
- BRUNO, Anibal. Direito Penal, Parte Geral, tomo 1º, 3ª edição, Companhia Editora Forense, 1967.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de Derecho Penal Español, Parte General, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1ª edición, 1984.
- CORREIA, Eduardo. Direito Criminal, II, Livraria Almedina, Coimbra, 1993.
- COSTA ANDRADE, Manuel da. Consentimento e Acordo em Direito Penal, Coimbra Editora, Limitada, Coimbra, 1991.
- COUSIÑO MAC IVER, Luis. Derecho Penal Chileno, tomos I e II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1975 e 1979.
- CURY URZÚA, Enrique. Derecho Penal, Parte General, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1985.
- Orientación para el estudio de la teoria del delito. Ediciones Nueva Universidad, Santiago, 2ª edición.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge. O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal, Coimbra Editora Ltda., Coimbra, 3ª edição, 1987.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal, Parte Geral, Companhia Editora Forense, Rio de Janeiro, 14ª edição, 1992.
- GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal, volume I, tomo I, 3ª edição, 1956, Max Limonad, São Paulo.
- GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal, 2ª edição, 1993, Editora Saraiva, São Paulo.

- HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Heleno Cláudio. Comentários ao Código Penal, volume I, tomo II, , Companhia Editora Forense, Rio de Janeiro, 5ª edição, 1978.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal, Parte General, volumen primero, 3ª edición, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1981.
- JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal, 1º volume, Editora Saraiva, São Paulo, 17ª edição, 1993.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal, tomos III e IV, Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1951 e 1952.
- La Ley y el Delito, 2ª edição, Editorial Hermes, Buenos Aires, 1954.
- KAUFMANN, Armin. Teoria de las Normas, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977.
- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, Martins Fontes, São Paulo, 1997.
- LINHARES, Marcello Jardim. Estrito Cumprimento de Dever Legal – Exercício Regular de Direito, Forense, Rio de Janeiro, 1983.
- LUISI, Luiz. O Tipo Penal, a Teoria Finalista e a Nova Legislação Penal, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre.
- MAGALHÃES, Délio. Causas de Exclusão de Crime, Saraiva S/A Livreros Editores, São Paulo, 1968.
- MARQUES, José Frederico. Curso de Direito Penal, volume II, Edição Saraiva, São Paulo, 1956.
- Elementos de Direito Processual Penal, volume I, Bookseller Editora e Distribuidora, Campinas, 1997.
- MAURACH, Reinhart. Derecho Penal, Parte General, I, atualizada por Heinz Zipf, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 18ª edição, 1993, Malheiros Editores.
- MEZGER, Edmund. Derecho Penal, Parte General, Libro de Estudio, Cardenas Editor e Distribuidor, Mexico, 1985.
- Tratado de Derecho Penal, tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal, Parte Geral, 1, Editora Atlas S.A., São Paulo, 7ª edição, 1992.
- MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal, Parte General, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1984.
- MORAIS FILHO, Antonio Evaristo de. O Ministério Público e o Inquérito Policial, Revista Brasileira de Ciências Criminais n.º 19, julho/setembro de 1997.
- MORO, Aldo. La Antijuridicidad Penal, Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1949.
- MOTTA, JOSÉ ALVES. Na promotoria pública, Editores : Livraria Acadêmica, Saraiva & Cia, São Paulo, 1932.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoria Geral do Delito, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1988.

- NORONHA, Edgar Magalhães. Direito Penal, volume I, Editora Saraiva, São Paulo, 29ª edição, 1991.
- NUVOLONE, Pietro. O Sistema do Direito Penal, volume 1º, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981.
- PIERANGELI, José Henrique. O consentimento do ofendido (na Teoria do Delito), Editora dos Tribunais, São Paulo, 2ª edição, 1995.
- REALE JÚNIOR, Miguel. Antijuridicidade Concreta, José Bushatsky Editor, São Paulo, 1973.
- ROXIN, Claus. Teoría del Tipo Penal, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979.
- SAUER, Wilhelm. Derecho Penal (Parte General), Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1956.
- SILVA FRANCO, Alberto *et alii*. Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, volume 1, tomo I, Parte Geral, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 6ª edição, 1997.
- TORNAGUI, Hélio. Instituições de Processo Penal, 2ª edição, 1977, 1º volume, Saraiva S.A – Livreiros Editores.
- VICO MAÑAS, Carlos. O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal, Editora Saraiva, 1994.
- WELZEL, Hans. Derecho Penal Aleman, Parte General, 11ª edición, Editorial Juridica de Chile, 1976.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. Manual de Derecho Penal, sexta edición, Ediar, Buenos Aires, 1991.