UNILEÃO
CENTRO UNIVERSITÁRIO DOUTOR LEÃO SAMPAIO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

WAGNER VIRGÍNIO DE LIMA

EXCLUSÃO DE ILICITUDE E O ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL

JUAZEIRO DO NORTE-CE
2021

WAGNER VIRGÍNIO LIMA

EXCLUSÃO DE ILICITUDE E O ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL

Trabalho de Conclusão de Curso – *Artigo Científico*, apresentado à Coordenação do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Doutor Leão Sampaio, em cumprimento às exigências para a obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: José Boaventura Filho

JUAZEIRO DO NORTE-CE
2021

WAGNER VIRGÍNIO DE LIMA

EXCLUSÃO DE ILICITUDE E O ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL

Este exemplar corresponde à redação final aprovada do Trabalho de Conclusão de Curso de WAGNER VIRGÍNIO LIMA

Data da Apresentação _____/_____/_____

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Esp. José Boaventura Filho- UNILEÃO

Membro: Prof. Esp. Raimundo Carlos Alves Pereira- UNILEÃO

Membro: Prof. Me. Francysco Pablo Feitosa Gonçalves- UNILEÃO

JUAZEIRO DO NORTE-CE
2021

A EXCLUSÃO DE ILICITUDE E O ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL

Wagner Virgínio de Lima [1]
José Boaventura Filho[2]

RESUMO

O presente trabalho explica as circunstâncias em que o Instituto Jurídico da excludente de ilicitude e o devido cumprimento do dever legal. A exclusão da ilegalidade indica também a especificidade da sua designação, pois tem a capacidade de eliminar elementos ilegais de comportamento típico e não permite a constituição de uma estrutura de análise do crime, excluindo, portanto, as consequências que devem afetar o crime. A finalidade específica deste trabalho fundamenta-se no estudo da adequação de transferir a resposta defensiva da agressão para o momento da agressão indevida, tendo em vista que, em determinada situação, aguardar o comportamento indevido para repelir é impraticável, seja porque de violência excessiva ou porque não existe outro meio eficaz. Tendo como objetivo explanar sobre os limites para alcançar a excludente do dever legal. Elaborou-se uma pesquisa bibliográfica tendo como recursos artigos científicos, livros, teses e dissertações, manuais de Direito e diversos outros materiais que sejam pertinentes ao assunto.

Palavras Chave: Direito. Direito Penal. Excludente de Ilicitude. Estrito cumprimento do dever legal

ABSTRACT

This paper explains the circumstances in which the Legal Institute excludes illegality and the due fulfillment of legal duty. The exclusion of illegality also indicates the specificity of its designation, as it has the ability to eliminate illegal elements of typical behavior and does not allow the constitution of a crime analysis structure, thus excluding the consequences that should affect the crime. The specific purpose of this work is based on the study of the adequacy of transferring the defensive response of aggression to the moment of undue aggression, considering that, in a given situation, waiting for undue behavior to repel is impractical, either because of excessive violence or because there is no other effective way. Aiming to explain the limits to reach the exclusion of legal duty. A bibliographic research was carried out using scientific articles, books, theses and dissertations, law manuals and various other materials that are pertinent to the subject as resources.

Keywords: Law. Criminal Law. Excluded from Illicitness. Strict compliance with legal duty

1 INTRODUÇÃO

Todos os campos do Direito encontram sua base fundamental no texto constitucional, que lhe produz o alcance e limites, pois é na Constituição Federal que o Direito vem auferir sua legitimidade, o que não se modifica no caso do Direito Penal.

[1]: Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Doutor Leão Sampaio/Unileão.
[2] Pós graduado em Direitos Humanos Fundamentais pela Universidade Regional do Cariri.

O Brasil, vive um momento em que a legislação não combina com o que é realmente justo e correto, segundo a declaração dos direitos humanos básicos consagrados no texto da Carta Magna.

Habitua-se em um Estado democrático composto de leis e normas em que as teses legais estão sendo assentadas à prova dia após dia carecido ao crescimento da violência. Alcances estão sendo excedidos, ora pelo Estado ora pela sociedade perante da falta de um balizamento jurídico.

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

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

No decorrer do trabalho, responder-se a seguinte problemática: Quais os limites necessários para alcançar a excludente pelo estrito cumprimento do dever legal?

Tendo como objetivo explanar sobre os limites para alcançar a excludente do dever legal.

Houve ganho social, já que necessário se faz para a nação brasileira, a exclusão da ilicitude, quando o agente pratica o fato amparado legalmente.

No Estado Democrático de Direito as leis servem como balizas para evitar excessos e abusos no convívio social. A existência ou vigência de qualquer norma jurídica é condicionada pelo princípio da legalidade, que é um princípio geral de direito público. (SANTANA,2012)

Nesse sentido tanto a sociedade como os agentes públicos do Estado devem atuar dentro das normas legais, obedecendo os limites que o ordenamento jurídico determina. Os agentes do Estado devem atuar sobre a égide do cumprimento de um dever estabelecido por lei ou ordem de superiores da administração porque o estrito cumprimento do dever legal é uma causa de justificação exclusiva do funcionário público, que é vista como causa de exclusão da ilicitude. (SANTANA,2012)

Além disso, quando houver necessidade de agir, o agente deve usar os meios necessários e proporcionais para cumprir a lei de maneira que não ocorram excessos, sendo o uso da força seu último recurso, pois no Estado Democrático de Direito os limites da lei devem ser observados rigorosamente, respeitando todos os direitos fundamentais e garantias individuais.

Elaborar-se-á uma pesquisa bibliográfica tendo como recursos artigos científicos, livros, teses e dissertações, manuais de Direito e diversos outros materiais que sejam pertinentes ao assunto. Os recursos metodológicos a serem utilizados para exposição do tema escolhido serão: pesquisas bibliográficas (nacional), pesquisa sistemática em sites, bibliotecas (anais, manuais, Códigos, entre outras fontes) a serem realizados através de rede mundial de computadores (internet).

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 EXCLUDENTES DE ILICITUDE

Cada vez que surge um fato típico, há indícios de que também é ilegal (função indicativa de um fato típico), a menos que haja uma determinada situação que possa abandonar sua ilegalidade. Essas situações são chamadas de exclusão da ilegalidade, exclusão da anti-legalidade e razões justificadas e raramente são utilizadas.

As excludentes de ilicitude, denominação selecionada e que mais frequentemente se empregará neste trabalho, têm previsão expressa na legislação Penal (Código Penal, art. 23):

> Art. 23 Não há crime quando o agente pratica o fato:
> I) em estado de necessidade;
> II) em legítima defesa;
> III) em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Para os proponentes da doutrina clássica, de acordo com a exigência objetiva (legal) de exclusão de causas ilegais, basta manter a configuração como exclusão, sem análise em circunstâncias específicas. (MASSON, 2010)

No entanto, para os autores que se identificam com a cadeia pré-selecionada, a exclusão de motivos ilegais pode afetar o comportamento, que também deve ser incluído nos requisitos de ordem subjetiva, ou seja, deve haver fatores subjetivos que discriminem a suspeita de comportamento criminoso do agente. Desta vez, não basta excluir a ilegalidade do comportamento com base na existência de fatores objetivos, mas também é importante que o agente saiba que o comportamento que está praticando é discriminatório. (LOPES JR,2012)

Para praticar um fato típico que não seja ilegal, o autor deve atuar com base na autorização que lhe foi concedida quando conhece os fatos legítimos, ou seja, deseja atuar legalmente. (WESSELS, 1976, apud MIRABETE, 2007).

O autor Damásio nos dá um exemplo muito esclarecedor para demonstrar sua posição, ou seja, há uma exigência de ordem subjetiva na eliminação de causas ilegais: suponha que o

sujeito pretenda matar seu inimigo e estar na selva em que o encontrou. Sem sua atenção, ele disparou vários tiros e o matou. Mais tarde, ficou provado que havia uma mulher desmaiada aos pés da vítima e que ele estava prestes a estuprá-la. O autor examina se o comportamento deste agente depara resguardo sob o manto da exclusão da ilicitude e emenda objetando que espera não ser possível. (DAMÁSIO, 2005)

São muitas as controvérsias sobre se existe uma doutrina que possa afastar a ilegalidade de fatos típicos e a possibilidade de comportamento discriminatório deles decorrente, e esses motivos não existem na lei. São as chamadas supralegais de exclusão da antijuridicidade ou causa supralegais de justificação.

No entanto, considerando as características dinâmicas da realidade social, a cada dia novas práticas que ocupam espaço nas relações sociais e são culturalmente aceitáveis, grande parte da doutrina radical não descarta a possibilidade de razões supralegais. O que antes era rejeitado, agora é aceito pela sociedade e legalizado pela cultura dessa sociedade. (GRECO,2013)

Dada essa vitalidade social, os legisladores realmente não podem prever todos os comportamentos que emergem das relações sociais. Para proibir ou autorizar certos comportamentos anteriormente proibidos, superficialmente, é necessário aceitar a possibilidade de razões supralegais que excluem a ilegalidade como medida de justiça. Os dogmáticos primeiro apontaram que o Artigo 23 do CP não fornece uma lista exaustiva, mas deixa muito pouco espaço para razões extrajudiciais. (NUCCI ,2006).

2.2 O ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL

O cumprimento estrito das obrigações estatutárias consiste em excluir o comportamento ilegal de agentes motivados por decisões estatutárias.

Ressalte-se que a expressão de obrigações legais limita o escopo desta norma às obrigações derivadas direta ou indiretamente da lei, excluindo obrigações decorrentes de padrões consuetudinários, religiosos, morais e sociais. Observe que as decisões judiciais se enquadram no escopo dessas funções, pois são apenas decisões proferidas pelo judiciário com base em decisões judiciais. (SANTANA 2012)

A base legal para excludente da ilicitude é fácil de entender, porque não é razoável impor a alguém a obrigação de agir e então instigá-lo a responder a tal comportamento.

É importante notar que, para configurar esta exclusão, devem existir requisitos básicos, como o cumprimento estrito, não devendo reconhecer comportamentos que agravem o

desempenho de comportamentos e as necessárias restrições às obrigações legais, sendo esta uma obrigação comportamental indispensável que surge da lei. (DAMÁSIO, 2005)

No entanto, os indivíduos que desempenham funções públicas, como júris, especialistas, justiça eleitoral, etc., não excluem a obrigação de agir e invocar tais exclusões. (DAMÁSIO, 2005)

Como todos os casos ilegais que excluem os fatos típicos realizados, também é necessária a existência de elementos subjetivos, ou seja, saber que se está agindo sob tal pretexto. Os exemplos mais comuns dessa doutrina são as execuções executadas por algozes que os matam e oficiais judiciais que cumprem mandados de prisão e removem propriedades.

2.3 O EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO E O ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL COMO EXCLUDENTES DE TIPICIDADE DO CRIME

2.3.1 Tipicidade Material

A tipicidade pode ser entendida como a suficiência total do comportamento do agente para o tipo de crime de condenação, ou seja, a suficiência do modelo de descrição abstrata do direito pelos fatos da vida real (NUCCI, 2006). Conforme discutido no Capítulo 1, a tipicidade é dividida em formalidade e materialidade.

Conforme afirma Rogério Grego (2013, p. 20), tipicidade material e tipicidade formal juntas completam a tipicidade como componente do crime:

> Para concluirmos pela tipicidade penal é preciso, ainda, verificar a chamada tipicidade material. Sabemos que a finalidade do Direito Penal é a proteção dos bens mais importante existentes na sociedade. O princípio da intervenção mínima, que serve de norte para o legislador a escolha dos bens a serem protegidos pelo Direito Penal, assevera que nem todo e qualquer bem é passível de ser por ele protegido, mas somente aqueles que gozem de certa importância. Nessa seleção de bens, o legislador abrigou, a fim de serem tutelados pelo Direito Penal, a Vida, a integridade física, o patrimônio, a honra, a liberdade sexual etc

Segundo Zaffaroni (2009, p.250), a fusão de tipicidade acrescenta tipicidade material ao seu conceito. Este é um conteúdo criminoso, o que significa que crimes específicos podem colocar ativos legais em risco. Em termos da natureza do crime defendido por Greco (2007, p.140), o crime é considerado uma "violação dos interesses legítimos mais importantes"

Julio Fabrinni Mirabete (2006) afirma que o objetivo do direito penal é proteger os bens mais importantes da sociedade. Como um guia para o legislador na escolha de bens protegidos pelo direito penal, o princípio da intervenção mínima afirma que nem todos os bens podem ser protegidos pelo direito penal, mas apenas aqueles que gozam de um certo grau de importância.

Nessa escolha de bens, os legisladores se abrigam para serem protegidos pelo direito penal, pela vida, pela integridade física, pelo patrimônio, pela honra, pela liberdade sexual, etc.

Portanto, não se pode ignorar que o princípio da insignificância é importante para a análise de atos criminosos praticados por agentes, pois esta é a última razão, pois protege uma das leis mais importantes. Dignitários ativos, o que é liberdade. Adote o princípio da irrelevância para tornar o comportamento atípico e excluir a tipicidade material.

2.3.2 Alcance da excludente quanto ao sujeito

Os sujeitos podem realizar comportamentos típicos sob a cobertura de razões exclusivas para atos ilegais que cumpram estritamente com as obrigações legais:

Autores da conduta: funcionários públicos (lato sensu) e particulares (jurados, especialistas, eleitores que elegem a justiça) - porque agem de acordo com a lei; Coautores ou participantes: qualquer pessoa, inclusive pessoas físicas, desde que atuar em conjunto com um funcionário público deve reconhecer essa exclusão, e ele sabe que também está agindo sob os auspícios de sua carreira - fatos não são objetivamente legais para algumas pessoas, mas para outras é ilegal (LOPES JR, 2012)

A hipótese de uma pessoa é cumprir estritamente as obrigações legais. A hipótese da pessoa é ver a polícia perseguir o criminoso e executar com ele punições corporais, causando-lhe ferimentos em decorrência de sua prisão, para ajudar a detê-lo. Encontra-se acobertado também pela excludente: a) foi coautor da conduta de prisão policial; b) é reconhecida, corretamente, a excludente para os policiais; c) tinha o particular a consciência íntegra de que operava sob a guarida da causa excludente (elemento subjetivo). (LOPES JR, 2012)

Contudo, se a pessoa encontrar alguém na rua, sua insatisfação não percebe que está sendo perseguida pela polícia e dá um soco no rosto dela para vingá-la. Neste caso, você é responsável por qualquer dano causado pelo comportamento, e você não pode se beneficiar do comportamento exclusivo porque: a) embora seja coautor do comportamento policial; embora a exclusividade seja reconhecida, o comportamento não se destina a ajudar os agentes cumprirem as suas obrigações legais e não sabiam da existência de razões legítimas no contexto dos fatos. (TOLEDO, 2000)

Há uma discussão teórica sobre a possibilidade de um indivíduo, como autor, praticar um comportamento típico, que está excluído do estrito cumprimento das obrigações legais. Eles citaram o caso do art. 1.634, inciso I, diz: “compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores, dirigir-lhes a criação e a educação". Ora, o certo é que os pais devem sempre adotar

uma atitude positiva na educação dos filhos. Se for com o propósito de corrigi-los, se de alguma forma os embaraçarem, os pais serão obrigados a "cumprir estritamente as obrigações legais" de acordo com as regras do Código Civil. Bem, desde que a punição parental atenda ao padrão de razoabilidade, pode-se determinar que não há crime sob essa premissa. No entanto, quanto aos motivos de exclusão da ilegalidade aplicáveis a este caso, existem duas tendências que procuram responder a esta questão. (TOLEDO, 2000)

Toledo (2000) compreende que operam os particulares sob o estrito cumprimento do dever legal, quando tenha norma que lhes estabeleça um dever, como no caso do art. 1.634, inciso I, do Código Civil, apesar a excludente tenha como direção a atuação dos agentes do Poder Público no exercício de suas funções. Entende que possui obrigações impostas pela legislação que não são conduzidos àqueles que perpetram parte da Administração Pública.

Por outro lado, Rogério Greco (2013), afirma que este pressuposto não afeta o "cumprimento estrito das obrigações legais" mas sim o "exercício regular de direito" porque não há obrigação de corrigir os filhos e se aplicam as penalidades cabíveis. Em outras palavras, os pais podem ou não usar castigos corporais ou outras formas de constrangimento para educar e corrigir seus filhos. Portanto, as regras do Código Civil acima mencionadas não impõem obrigações aos pais, mas apenas lhes conferem direitos.

2.3.3 Teoria da tipicidade conglobante e o exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal

Quando o jurista Eugenio Raul Zaffaroni (2009, p.395) tentou corrigir alguma antinomia do direito penal que violava todo o ordenamento jurídico, inseriu a fusão da tipicidade no conceito de tipicidade criminal, que apontava para o ato do agente. Sendo típico, ao mesmo tempo que se mostra antinormativo, e constitui crime específico contra bens vinculados ao direito penal.

Na verdade, o autor adaptou os elementos dos fatos típicos para incluir a tipicidade em seu conceito. Os fatos considerados típicos devem conter, ao mesmo tempo, os seguintes elementos: comportamento, resultado, causalidade e tipicidade criminal.

O mestre argentino defendeu a análise de todo o fato, ou seja, ou o fato e a lei como um todo contradiziam ou não contradiziam. Não será capaz de lidar com as contradições que tornam o sistema ilógico, porque o mesmo fato não pode ser legal no campo civil, mas é ilegal no campo penal. Não se pode "reconhecer que na ordem normativa uma norma ordena a outra proibida" (ZAFFARONI, 2009, p. 395).

O conceito de tipicidade criminal vigente no ordenamento jurídico brasileiro nada mais é do que sinônimo de tipicidade formal, bastando que a conduta do agente esteja de acordo com o tipo de crime descrito na norma (BITENCOURT, 2009 p.390).

Para Greco (2008, p.140), o aspecto formal é um comportamento antagônico que viola o direito penal vigente no ordenamento jurídico. A lei deve ter sanções para o comportamento descrito no tipo de crime para que possa ser punido.

Desse modo, a fusão típica "é a prova de que comportamentos jurídicos típicos também são proibidos por padrões, o que se obtém ao desvendar a combinação de normas proibitivas e outras normas da ordem normativa". (ZAFFARONI, 2009, p. 396)

Quanto aos fatos específicos denunciados como crimes, basta tratá-los como típicos, ilegais e culpados. No entanto, os elementos dos fatos típicos passaram a agregar tipicidade aos seus conceitos do ponto de vista mais moderno, devendo ser analisados sob o prisma da tipicidade formal e abrangente, pois a simples descrição dos fatos no direito não os constitui, mas a forma de crime é moldada em um tipo criminoso. Os fatos ainda precisam passar pela triagem da tipicidade da fusão antes que ela possa ser determinada como típica (ZAFFARONI, 2009, p. 354).

Conclui-se que a tipicidade coletiva leva à passagem da ilegalidade para a tipicidade no estrito cumprimento das obrigações legais e no exercício normal dos direitos de incentivo, razão pela qual se tornou o motivo de sua rejeição. (CUNHA, 2018).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve como objetivo examinar o estrito cumprimento das obrigações legais como um dos ensejos da excludente prevista pelo Direito Penal. O objetivo também é deslocar as exclusões acima mencionadas para um plano típico.

A teoria da denominação representa um avanço paradigmático com o conceito de tipicidade do crime. Sua adoção no ordenamento jurídico brasileiro fará com que as pessoas cumpram rigorosamente as obrigações legais e, muitas vezes, exerçam seus direitos típicos, gerando vagas na ilegalidade.

A teoria conglobante avigora o emprego da atipicidade material, frente à deficiência de ofensividade concreta ao bem jurídico. Dessa maneira, conforme a adoção da teoria conglobante, a tipicidade penal importaria a soma da tipicidade formal, também apontada de legal (tipo descrito na lei), mais a conglobante, está por sua vez abrangida pela antinormatividade (conduta não permitida e nem fomentada pela norma) e tipicidade material

(lesão concreta ao bem jurídico), o que geraria a condução do estrito cumprimento do dever legal (ordem) e do exercício regular de direito (fomentado) para a tipicidade.

Quando se adota a teoria da tipicidade Conglobante, qualquer diligência ou conduta realizada de acordo com as estritas disposições da lei será indiferente à punição, não sendo possível classificá-la como norma legal.

No entanto, considerando que, neste caso, há um preceito de ordem e não uma tolerância, portanto, o exercício regular da lei e o cumprimento estrito das obrigações legais, são procedimentos que não podem ser acatadas como um pretexto de justificação, tendo em vista que nesse caso tem-se uma ordem e não um preceito permissivo.

REFERÊNCIAS

BRASIL**, Lei de introdução ao Código Penal e da lei das contravenções Penais** decreto-lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.b r/ccivil_0 3/decreto- lei/de l3914.htm>. Acesso em 24 de abril. 2021.

BRASIL. **Código Penal brasileiro**. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em<http://www.Planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/ Del2848compi ladohtm>. Acesso em 14 de maio 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral.** Vol. 1. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal-Parte geral**-VI. 15ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

JESUS, Damásio E. **Direito Penal – parte geral, volume** I.23ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998

LOPES JR, Aury. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 9. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012

MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquematizado**: Parte Geral. Vol. 1. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense; são Paulo: Método, 2010. p. 401

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**-Parte Geral, 24ª Ed. São Paulo. Ed. Atlas, 2007

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SANTANA, Paula Roberta Medeiros. **Tipicidade Conglobante: O exercício regular de direito e o estrito cumprimento de dever legal como excludentes de tipicidade do delito**. 2012.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 1999

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro-parte geral**. V1.9.Ed. rev e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.