

## PARAMETROS DO ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL

Prof.Dr.Luís Augusto Sanzo Brodt ( O autor é advogado criminalista, professor adjunto do departamento de Ciências Jurídicas da Fundação Universidade Federal de Rio Grande, Mestre e Doutor em Ciências Penais-UFMG)

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

A conduta em estrito cumprimento de dever legal pode ter por agente tanto o funcionário público quanto o particular. Porém, exige sempre a existência de uma norma preceptiva, impondo a alguém a realização de comportamento definido em tipo legal incriminador.

A atuação em estrito cumprimento de dever legal pressupõe que se persiga a realização do interesse público relevante que fundamenta a existência da norma preceptiva. Porém, para a execução de tal escopo, o encarregado de cumprir a determinação legal somente poderá valer-se de meios permitidos pela ordem jurídica e de modo que lese o menos possível o interesse dos particulares. Em especial, deve-se atentar à necessidade de não violar os direitos fundamentais, a não ser na medida expressamente permitida pela Constituição Federal.

Portanto, para o reconhecimento do estrito cumprimento de dever legal é preciso que tanto os meios utilizados quanto o fim perseguido estejam em consonância com o direito. Não se pode dizer, assim, que se trata de hipótese em que os fins “santificam” os meios.

Desde que observados rigorosamente os limites previstos na própria lei e decorrentes do respeito aos direitos fundamentais e garantias individuais pilares do Estado Democrático de Direito, a conduta praticada no estrito cumprimento de dever legal é subtraída do âmbito de proibição de qualquer outra norma penal, ainda que algum tipo legal de crime a descreva como abstratamente proibida, pois em uma ordem normativa, como ensinam ZAFFARONI e PIERANGELI, não se pode admitir que uma norma ordene o que a outra proíbe.(1)

O cumprimento de dever legal só será “estrito” se corresponder à real vontade da ordem jurídica, o que pressupõe a observância dos direitos fundamentais, tanto pelo legislador quanto por quem executa o dever imposto em lei.

Assim, por “estrito” cumprimento de dever legal tem-se de entender a qualidade do comportamento que corresponde não ao mero sentido formal ou literal da lei, mas à sua interpretação conformada aos princípios e fundamentos do sistema constitucional.

A pessoa investida do dever legal de agir tem que verificar, em primeiro lugar, qual o verdadeiro comando que lhe cabe executar, conjugada a lei que o prevê com o conjunto da ordem normativa e, em especial com os preceitos constitucionais consagradores dos direitos fundamentais do homem. Em segundo lugar, deve atuar utilizando-se apenas dos meios compatíveis com o resguardo daquele núcleo de direitos invioláveis.

No Estado Democrático de Direito, o que se exige do agente do cumprimento da lei não é que execute, a qualquer custo, o que nela estiver previsto, mas que realize o comando legal, de forma que lese o menos possível os interesses particulares (princípio da intervenção mínima). Em consonância com tal princípio, o Código de Processo Civil impõe ao oficial de justiça (art. 659) a obrigação de efetuar a penhora do modo menos gravoso para o devedor (art. 620). (2)

De tal ordem de idéias, advêm importantes limitações à atuação de quem cumpre a lei. Assim, o encarregado de executar o comando legal somente poderá dispor de força diante da desobediência de quem deve submeter-se ao ato, sem jamais ultrapassar a medida necessária para (a despeito da oposição) efetivar o que determina a lei (princípio da proporcionalidade) e de modo a não lesar os direitos fundamentais em proporção superior à admitida constitucionalmente (princípio da inviolabilidade dos direitos fundamentais). Só assim, estará agindo em consonância com a finalidade precípua do Estado como conformado: assegurar a todos os seus direitos, sobretudo os fundamentais.(3)

Assim, podemos sintetizar os princípios que devem orientar o cumprimento de dever legal: intervenção mínima, proporcionalidade e inviolabilidade dos direitos fundamentais (exceto na medida autorizada por preceito constitucional).

A idéia de que o encarregado do cumprimento da lei tudo pode, só é compatível com uma concepção absolutista do Estado, onde o executor da lei é investido da autoridade do príncipe e em seus atos deve expressar toda a força do soberano.

Por outro lado, quando o agente do cumprimento da lei atua sem utilizar os meios de menor potencial ofensivo de que dispunha ou persiste no emprego de meios necessários mesmo após a realização do comando legal, incide em excesso.

As hipóteses de excesso, em regra, serão punidas como crime de abuso de autoridade previstos na Lei n. 4. 898/65. Caso o abuso praticado pela autoridade resulte em lesões corporais, há quatro entendimentos doutrinários e jurisprudenciais quanto à responsabilização criminal do agente: o crime de abuso absorve o de lesões; há concurso formal, verifica-se o concurso material; o crime de lesões absorve o abuso do poder.(4)

Para nós, a autoridade infratora deverá responder pelos crimes de abuso de autoridade e lesão corporal (art. 129 do CP), em concurso formal (art. 70 do CP, *caput*, primeira parte). O agente, mediante uma única ação, lesa dois bens jurídicos distintos: o interesse da administração pública de que seus servidores atuem conforme prescrito em lei e a integridade física da vítima (direito fundamental do homem). (5) Havendo concurso entre crimes da competência da Justiça comum e da justiça militar, deverá ocorrer o desmembramento dos processos (art.79, I, do CPP).

Lembre-se, entretanto, que, a atuação da autoridade pública fora dos parâmetros legais poderá caracterizar crime ainda mais grave: a prática de tortura. Tal figura criminosa ocorrerá nas hipóteses previstas no art. 1º da Lei n. 9.455/97.

O reconhecimento da existência de crime de tortura, para nós, afastará a incidência da Lei n. 4898/65, pois a pena do crime de tortura já é aumentada de um sexto até um terço quando o agente do crime for servidor público (art. 1º, § 4º da Lei n. 9.455/97).(6)

Ao tratar dos limites do comportamento de quem age no cumprimento da lei, uma atenção especial deve ser dedicada à atuação dos policiais.

O exame da natureza dos atos que incumbe ao policial praticar no cumprimento do dever evidencia-nos que, por vezes, pode ser ele compelido ao uso da força.

Portanto, é preciso fixar os limites do seu emprego por parte dos policiais que atuam no estrito cumprimento de dever legal. Mesmo porque o recurso à força também lhes

é reconhecido em legítima defesa e o poder da Polícia, como não poderia deixar de ser, também não é absoluto, subordinado que está aos parâmetros legais e constitucionais.

O policial, quando no cumprimento de dever funcional, está sujeito às limitações que vinculam todos os incumbidos de obrigação legal: órgãos dos Poderes do Estado, seus agentes e particulares.

Assim, o emprego da força pela Polícia, no estrito cumprimento de dever legal, deverá nortear-se pelos princípios já referidos: da intervenção mínima, da proporcionalidade e da inviolabilidade dos direitos fundamentais. Aliás, como recomendado pela Assembléia Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução n. 34/169.

Desse modo, o policial que, por exemplo, ao cumprir o dever legal de realizar prisão em flagrante delito (art. 301 do CPP), em primeiro lugar, deve tentar executá-la utilizando simplesmente a chamada “voz de prisão”. Caso não seja atendido, deverá empreender a força física necessária para deter o infrator. Não poderá, porém, com o intento de evitar a fuga do capturando, usar de arma de fogo para matá-lo ou mesmo feri-lo. Note-se que a Constituição Federal assegura ao preso respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX). Tal garantia evidentemente abrange a pessoa que está preste a ser presa, pois está numa situação jurídica mais favorável do que a de quem já se encontra privado da liberdade.

O uso de armas de fogo (letais), por implicar a lesão inevitável dos direitos fundamentais, exclui-se do âmbito do estrito cumprimento de dever legal.

Mesmo a utilização de algemas não fica à livre discricionariedade do policial. Por constituir uma das modalidades do uso da força, submete-se aos princípios antes relacionados.

(1)cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 460).

(2)Nesse sentido Humberto Theodoro Júnior. (Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 2, p. 187).

(3) cf. FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofia del derecho*, cit., p. 173).

(4)Nesse sentido, cf. FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Abuso de autoridade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 77 e 78. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na apelação n. 7000914226, decidiu em acórdão de que foi relator o Des. Walter Jobim, que o crime de lesões absorve o crime de abuso de autoridade.

(5)O entendimento dominante no STF, a que aderem Gilberto e Vladimir Passos de Freitas, é o de que há concurso material entre os dois crimes.

(6)Nesse sentido, cf. FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Op. cit.*, p. 81.

