F. O EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA

O Código Penal brasileiro dispõe expressamente que o excesso no exercício de qualquer causa de justificação implica a punição, conforme o caso, por dolo ou culpa (art. 23, parágrafo único). Especificamente na legítima defesa, o excesso ocorre quando o agente reage a uma agressão já passada ou emprega meios desproporcionais ou o faz imoderadamente.

A doutrina alemã costuma classificar o excesso em duas categorias: o excesso extensivo e o excesso intensivo. Essa classificação é própria para o código alemão, que tem uma norma disciplinando o excesso intensivo (§ 33). Fala-se de excesso extensivo quando agente reage a uma agressão passada. Haverá excesso intensivo, quando são violados os limites da proporcionalidade da reação. Esses conceitos podem ser aplicados também ao direito brasileiro, porque, na verdade, na reação a uma agressão já passada são estendidos os pressupostos da legítima defesa, relativos ao momento de agressão ao bem jurídico. O agente, aqui, cria uma situação que não está prevista na lei, daí se dizer que atua de modo extensivo. Nesse caso, ocorre um nítido erro de permissão, que é regulado como verdadeiro erro de proibição (art. 21, CP). No excesso intensivo, o agente está diante de uma agressão real, mas exagera na reação, portanto, estende essa reação para além dos limites necessários a repelir a agressão. De acordo com a norma expressa do código alemão (§ 33), o excesso intensivo não é punido quando resulta de confusão, medo ou susto, os quais são considerados como perturbações do sistema anímico. A questão da punibilidade ou não do excesso intensivo, resultante de perturbação do sistema anímico, é matéria da culpabilidade e ali será tratada.

3. O EXERCÍCIO REGULAR DE UM DIREITO

A realização de uma conduta conforme a autorização legalmente expressa não só exclui sua antijuridicidade, como também, antecipadamente, sua própria antinormatividade. Essa solução decorre da visão acerca da unidade do injusto, pela qual tipicidade e antijuridicidade devem ser analisadas conjuntamente. Na teoria causal e mesmo na teoria final de ação, o exercício regular de um direito só poderia implicar uma exclusão de antijuridicidade, jamais de tipicidade. Ocorre, porém, que a formulação dos requisitos acerca da conduta criminosa não pode ficar adstrita à sua tipicidade. A caracterização de uma conduta como adequada à ordem jurídica deve produzir efeito no âmbito da própria relevância penal dessa conduta, a qual é extraída do princípio da legalidade, que fundamenta sua descrição em uma lei escrita, como também de seu confronto com a ordem jurídica, em sua totalidade. Nesse sentido, se alguém desfere em outro um soco na cara, em uma luta de boxe, produzindo-lhe lesões, a autorização estatal para essa espécie de atividade desportiva impede que se constitua uma zona de ilicitude, na qual se insere também a infração à norma proibitiva. Nesse caso, não haverá nem tipicidade nem antijuridicidade. O mesmo se aplica às lesões ocorridas em outras práticas desportivas coletivas, como o futebol, o basquete, o polo etc.

Para isso, há os seguintes pressupostos: a) uma regra legal expressa permissiva, que pode ser uma lei em sentido estrito ou mesmo uma resolução administrativa; b) a execução da atividade dentro dos limites ali estabelecidos; c) o agente se incluir entre os sujeitos autorizados a atuar. O Código de Processo Penal autoriza qualquer pessoa a prender quem se ache em flagrante delito (art. 301); quem o fizer não viola a proibição de privação de liberdade e, portanto, não comete o crime de sequestro (art. 148, CP). Não importa, nesse caso, a vontade do agente; vale unicamente a norma legal que ampare sua tarefa. Observe-se que no caso da prisão, o ato é complexo e só se satisfaz quando executado de conformidade com o seu objetivo, que é conduzir o preso à autoridade competente. O detido não pode ficar, assim, à mercê do particular. A condução do preso à autoridade deve ser imediata a fim de que seja formalizado o auto de prisão em flagrante nos termos do art. 304 do Código de Processo Penal. A demora injustificada de cumprimento dessa exigência transforma a prisão, inicialmente lícita, em uma prisão ilegal, por abuso de direito.

O chamado abuso de direito vigora, aqui, como o fato que, embora pudesse ser visto como lícito, teve extraída sua ilicitude justamente por extrapolar os limites do necessário e moderado.

Incluem-se também no exercício regular de um direito a decisão e a execução de um ato de greve, conforme expressa disposição

constitucional (art. 9º, CR). Não desnatura a condição de causa de justificação e, pois, de exclusão da tipicidade o fato de a Justiça do Trabalho declarar a greve ilegal, por descumprimento de algumas formalidades. A única restrição imposta pela Constituição ao seu exercício diz respeito à definição legal dos serviços e atividades essenciais e sobre o atendimento de necessidades inadiáveis da comunidade (art. 9º, § 1º). Em se tratando, assim, de um direito constitucional, o ato de greve não é ato antinormativo e, consequentemente, não é ato típico. Com a unificação da tipicidade e da antijuridicidade sob conceito superior de injusto essas diferenciações, na verdade, tornam-se supérfluas e só são relevantes, de modo a exigir um tratamento diferenciado, quando os atos impliquem diretamente a violação de direitos subjetivos alheios.

Não existe na ordem jurídica brasileira uma disposição semelhante ao art. 20, IV, da Constituição alemã, que dispõe sobre o direito de resistência, de acordo com o qual qualquer cidadão poderá atuar em favor da ordem constitucional, caso esta seja violada e não lhe estiver à disposição outra forma de forma de auxílio. A matéria é relevante, mas a doutrina penal alemã a tem deixado em segundo plano, por entender tratar-se de uma disposição mais teórica do que prática. Isso porque só exequível em face de tentativa de quebra constitucional e será inútil depois de ter havido a insurreição. Na verdade, o direito de resistência não envolve atos que persigam o objetivo de mudar o regime. Ao contrário, o que se assegura é a atividade de se opor, justamente, a qualquer tentativa de alterar a ordem constitucional vigente. O direito de resistência pode ser passivo, como uma greve, ou ativo, mediante ato de violência contra aqueles que tenham tentado promover a sedição.[391]

Importante, no entanto, é não confundir o direito de resistência com a *desobediência civil*. O direito de resistência visa à preservação da ordem constitucional; a desobediência civil é um ato contra o governo ou sua política. A Corte Constitucional da Alemanha conceitua a desobediência civil como um ato de resistência dos cidadãos contra uma decisão estatal relevante, que consideram ilegítima, mediante manifestações e protestos e até mesmo violações de normas legais. De conformidade com essa decisão, o Tribunal considerou a desobediência

391. ROXIN, Claus. (Nota 105), p. 785/786.

civil um direito constitucional dos cidadãos, como extensão do direito de associação ou reunião.[392] Uma vez incluída entre os direitos fundamentais, a execução de atos de desobediência civil deve ser enquadrada como exercício regular de um direito e, portanto, como causa de exclusão da antinormatividade e, pois, da tipicidade..

A questão que se coloca é se essas manifestações, que constituem um direito assegurado aos cidadãos, podem se estender também a outros atos que lhes sejam similares, como a ocupação de terras improdutivas para o efeito de reforma agrária ou o bloqueio de estradas e vias de comunicação. Aqui, cabem algumas observações. Caso as manifestações se expressem no sentido de uma passeata, ainda que com perturbação do trânsito ou outros inconvenientes, tratar-se-á de legítimo exercício regular de um direito, por força do disposto no art. 5º, XVI, da Constituição, que assegura a todos a liberdade de reunião em local público, e cujas únicas limitações são de não frustrar outra manifestação anteriormente convocada para o mesmo local e de providenciar prévio aviso à autoridade competente. Note-se que o prévio aviso à autoridade não significa pedir-lhe autorização para o ato. Como direito constitucional, essas manifestações não necessitam de autorização da autoridade e nem podem ser impedidas pelo poder público. Deve-se, inclusive, falar, aqui, de falta de tipicidade da conduta pela ausência de antinormatividade. Saliente-se que o direito de reunião não se limita à aglomeração em assembleia ao ar livre, nem a Constituição teve em vista, ao assegurar esse direito, a permissão de convescotes ou cirandas. A norma constitucional tem aplicação mais ampla do que se possa extrair de sua literalidade. Incluem-se também nesse direito de reunião todas as formas de manifestação, que podem implicar movimentos, distribuição de folhetos, uso de faixas e vestimentas especiais, máscaras, bloqueio de estradas, ruas e outras vias de comunicação. De vez que a Constituição autoriza a manifestação, a demonstração de inconformismo com as políticas públicas é inerente ao exercício desse direito, o qual, para ser eficiente, não pode prescindir de meios às vezes extravagantes. O direito de reunião pública é, na verdade, um direito ao protesto, perfeitamente válido no Estado Democrático de Direito, agora não apenas em relação ao Estado, mas também frente a particulares, especialmente, grandes conglomerados

392. BVerfG, 73, 206.

ou consórcios, cujas decisões podem afetar os interesses mais relevantes da população, que sobre elas deve se pronunciar publicamente, inclusive, com recursos eficientes para coibi-las.[393] Há, pois, um direito constitucional ao protesto. Caso o governo, por exemplo, decida montar uma usina nuclear no centro de uma cidade ou em área urbana povoada, ou mesmo em um local de veraneio ou especialmente protegido em virtude de seu valor paisagístico, histórico ou arqueológico, é perfeitamente lícito que os cidadãos bloqueiem, sentados no chão ou por outro meio mais ativo, o acesso ao canteiro de obras, até porque a proteção ao meio ambiente é direito de todos, de acordo com a Constituição (art. 170, VI). Os inconvenientes causados por essas manifestações são consequências do exercício do direito de realizá-las, e os cidadãos que exercitem esse direito não podem ser tratados como inimigos políticos de quem detém o poder, sob pena de transformar o Estado Democrático e Social de Direito em um Estado pós-democrático, como demonstra CASARA.[394]

Caso, porém, as manifestações extrapolem do seu significado originário de protesto e impliquem ocupação de propriedade e seu uso pelos manifestantes, o fato comporta outra análise. A própria Constituição confere aos cidadãos não apenas direitos expressos, mas também outros decorrentes do sistema e que estão de acordo com os objetivos fundamentais do Estado, que são explicitados como a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades (art. 3º, III). Se o Estado está comprometido com esses objetivos, deve executar tarefas para alcançá-los dentro de um tempo razoável. Se não o faz, porque dá prioridade a outros empreendimentos, é direito dos cidadãos exigirem seu cumprimento por meio de protestos, manifestações e, inclusive, antecipação das próprias medidas cometidas ao Estado. Em sequência dos objetivos traçados no art. 3º da Constituição, ela mesma dispõe que a União deverá desapropriar, para fins de reforma agrária, imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, por ser improdutivo (art. 184). A própria Constituição ainda dispõe sobre a necessidade de a União propor a respectiva ação de desapropriação, tão logo seja o imóvel declarado, por decreto, de interesse social (art. 184, § 2º). Nos termos da Constituição, uma vez declarado o

393. PISARELLO/ASENS. *La bestia sin bozal. En defensa del derecho a la protesta*, Madrid: Catarata, 2014, p. 149.

394. CASARA, Rubens R. R. *Estado pós-democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p. 185.

imóvel de interesse social, a única discussão possível, no âmbito judicial, é sobre o processo de desapropriação, mas não sobre a destinação dada ao imóvel (art. 184, § 3º). Ademais, a Lei Complementar nº 76/93, que regula o procedimento de desapropriação, dispõe que a respectiva ação, além ter preferência e ser prejudicial a qualquer outra ação sobre o imóvel (art. 18), deve ser proposta no prazo máximo de dois anos (art. 3º). O objetivo legal é o de apressar o processo de desapropriação para que se possa dar sequência à reforma agrária e proceder aos assentamentos, os quais deverão ser efetuados no máximo em três anos (Lei 8.629/93, art. 16), em terreno economicamente útil (art. 17). Sob esse panorama, havendo demora injustificada nesses procedimentos, depois de ter sido o imóvel declarado de interesse social, em face da inércia ou omissão dos órgãos da União, as manifestações no sentido de que esses assentamentos sejam efetivados constitui exercício regular de um direito daqueles que deveriam ser assentados ou que cumpram as condições do assentamento. Como as manifestações rurais diferem das urbanas, os meios nelas empregados também são distintos do simples fechamento de rua ou bloqueio de acesso a canteiros de obras. Para que tenham a mesma eficiência de uma desobediência civil clássica, podem compreender também, inclusive por aplicação analógica do art. 5º, XVI, da Constituição, o fechamento de rodovias e a ocupação de terras, ou mesmo do terreno no qual deverá ser procedido o assentamento. A prática dessas ações corresponde à necessidade de que, com essas manifestações, se produza um choque na inércia dos poderes públicos, capaz de levá-los a realizar aquilo que a ordem jurídica lhes reserva como deveres políticos. Não teria sentido permitir apenas que um punhado de camponeses se postasse na beira das estradas, portando faixas e gritando palavras de ordem. Esse tipo de manifestação em nada afeta a atuação política dos governantes. Isso só ocorre quando as manifestações desempenham um papel mais significativo, capaz de chamar a atenção de todos para a situação de abandono dos direitos de assentamento. Sob essa perspectiva e inerentes aos objetivos da manifestação, são justificáveis, assim, ações mais candentes, como a ocupação dos terrenos e o bloqueio de estradas principais ou vicinais. Tendo em vista, ademais, que a própria lei determina que os terrenos destinados aos assentamentos sejam economicamente úteis, o protesto pode visar também a se opor à decisão estatal que tenha descumprido essa determinação.

Quando as manifestações rurais, ao contrário das manifestações urbanas necessitem, como ocorre muitas vezes, violar direito alheio, devem ser enquadradas como estado de necessidade justificante quando os direitos em conflito forem de igual valor. Uma vez que não violem direito alheio, são elas nítido exercício regular de um direito, que no caso exclui sua própria antinormatividade.

Contudo, tal como ocorre no âmbito das manifestações urbanas, as manifestações rurais, como decorrência do direito constitucional de reunião, devem ser precedidas de prévio aviso à autoridade competente, a qual não pode, por sua vez, impedi-las. Independentemente, ademais, de sua inclusão no exercício regular de um direito, atipicidade ou como estado de necessidade justificante, as manifestações rurais, principalmente, quando impliquem ocupação de imóvel, podem ter também a culpabilidade excluída por força da incidência uma causa supralegal de exculpação.

De modo semelhante, em relação aos protestos, em geral, ZAFFARONI os inclui como formas de atipicidade penal, quando forem aqueles amparados por enunciados constitucionais. Quando, porém, implicarem violação de outros direitos, de modo a configurar ato típico, entende adequado aplicar-lhes as normas do estado de necessidade justificante. Diante de situações extremamente conflitivas, os elementos do estado de necessidade devem ser flexibilizados para admitir que também o perigo de vida decorrente de precárias condições de subsistência possa ser considerado perigo atual. Essas considerações tampouco impedem que o ato de protesto, dependendo de suas consequências, possa se incluir também na esfera das causas de exculpação, por força da aplicação do princípio da vulnerabilidade. [395]

O exercício regular de um direito deve se pautar nos limites indicados na norma autorizadora. Quando o agente ultrapassar os limites legais do exercício do direito, responderá pelo respectivo excesso, nos termos do art. 23, parágrafo único, do Código Penal.

4. O ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL

Se a lei impõe, expressamente, um dever de agir, quem executa a

395. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Derecho penal y protesta social", in *¿Es legítima la criminalización de la protesta social. Derecho y libertad de expresión en América Latina*, Universidad de Palermo, 2010, p. 1 e ss.

ação dentro de seus limites tampouco obra antinormativa ou antijuridicamente. Aqui, no estrito cumprimento de um dever legal, dão-se os mesmos efeitos já assinalados quanto ao exercício regular de um direito. Por exemplo, o Código de Processo Penal obriga os agentes policiais a efetuarem a prisão de quem esteja em flagrante delito (art. 301). Se o fizerem, igualmente não podem cometer abuso de autoridade.

Da mesma forma, devem ser cumpridos os seguintes requisitos: a) a imposição legal de um dever, que, em face do art. 5º, II, da Constituição, tem que se dar por meio de uma lei formal; b) a execução da conduta dentro dos limites traçados legalmente; c) o agente se incluir entre os sujeitos obrigados a cumprirem o dever.

Observe-se que, aqui, a exigência de que o dever seja criado por uma lei, conforme o processo legislativo instituído no art. 59 da Constituição, não se resume à lei ordinária, mas inclui também as emendas à Constituição, as leis complementares, as leis delegadas, as medidas provisórias, os decretos legislativos e as resoluções parlamentares. Estão fora desse elenco os decretos, as resoluções e os regulamentos administrativos e as instruções normativas do Banco Central, da Receita Federal e demais órgãos.

Apesar disso, o cumprimento de um dever imposto por norma administrativa pode ser acolhido como causa supralegal de justificação. O ato será justificado quando cumprir integralmente o dever imposto. O cumprimento parcial do dever não torna o ato lícito, mas pode interferir na culpabilidade do agente, cuja análise deve conduzir a eliminar a solução penal quando os efeitos do fato forem alcançados.

Convém salientar que nenhuma norma legal impõe a quem quer que seja, nem mesmo aos agentes estatais, o dever de matar. Se o agente policial mata outrem, só poderá ter a antijuridicidade de sua conduta excluída pela legítima defesa uma vez observados seus requisitos, jamais por efeito de estrito cumprimento de dever legal. Também nenhuma norma impõe a tortura para fins de investigação criminal.

Quando o agente se excede no cumprimento do dever legal, responde pelo excesso, conforme o art. 23, parágrafo único, do Código Penal. Quanto a esse excesso, convém fazer-se uma observação específica no que toca ao dever de prender quem esteja em flagrante de acordo com o disposto no art. 301, do Código de Processo Penal. A norma, nesse caso, não