

# Revista Científica

FACULDADE ATENAS- PARACATU-MG

Ano 2024, V.17, N.1



FACULDADE  
ATENAS

[www.atenas.edu.br](http://www.atenas.edu.br)

38 3672-3737

# EXCLUDENTES DE ILICITUDE NA ATUAÇÃO POLÍCIAL

Calixto Alves Gomes Neto  
Flávia Christiane Cruvinel Oliveira  
Altair Gomes Caixeta  
Diogo Pereira Rosa  
Sérgio Augusto Santos De Moraes

## RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo tratar das excludentes de ilicitude e como são aplicadas na atuação policial. A proposta basilar do trabalho é pontuar cada excludente com base no entendimento de distintos autores, visando analisar o enfoque legal permitido nas ocasiões das excludentes. Em relação a metodologia foi aplicada a pesquisa bibliográfica juntamente com o Código Penal e análise jurisprudencial, sendo com foco em demonstrar se as excludentes são suficientes para a segurança jurídica dos policiais. Constatou-se que elas dão estabilidade para que o agente faça uma ação que a princípio seria considerada como ilícita, de modo que, a necessidade do cumprimento dos deveres funcionais supera o ilícito quando se trata de um bem maior como no caso da segurança pública.

**Palavras-chave:** Ilicitude. Excludente. Segurança. Atividade policial.

## ABSTRACT

The aim of this research is to deal with exclusions from unlawfulness and how they are applied in police action. The basic proposal of the work is to punctuate each exclusion based on the understanding of different authors, aiming to analyze the legal approach allowed on the occasions of the exclusions. In terms of methodology, bibliographical research was applied together with the Penal Code and jurisprudential analysis, with a focus on demonstrating whether the exclusions are sufficient for the legal security of police officers. It was found that they provide stability for the agent to carry out an action that would at first be considered illicit, so that the need to fulfill functional duties outweighs the illicit when it comes to a greater good, as in the case of public safety.

**Keywords:** Illegality. Exclusion. Safety. Police activity.

## 1 INTRODUÇÃO

As excludentes de ilicitude são conceitos jurídicos que se referem a circunstâncias em que uma conduta, normalmente seria considerada ilícita, é justificada ou permitida devido a certas condições específicas. Ao longo da história, essas excludentes têm sido discutidas e estabelecidas como uma forma de equilibrar a aplicação da lei, com a proteção dos direitos individuais e a promoção da segurança pública. As bases das excludentes de ilicitude remontam aos primórdios do Direito, quando se reconhecia a necessidade de ações justificadas em circunstâncias extraordinárias. Em várias culturas antigas já existiam princípios que permitiam a defesa pessoal, uso de força legítima para proteção própria ou de outros esses princípios que evoluíram ao longo do tempo, influenciados pelas tradições jurídicas de diferentes sociedades.

No campo do Direito Penal, as excludentes de ilicitude começaram a ser formalmente definidas e codificadas em sistemas jurídicos modernos dos códigos penais e legislações específicas, que passaram a contemplar situações em que uma conduta pode ser considerada justificada ou permitida, mesmo que tecnicamente infrinja a lei. Essas excludentes geralmente se baseiam em princípios fundamentais como a legítima defesa, o estado de necessidade, a estrita obediência ao cumprimento do dever e outras circunstâncias justificadoras.

Ao longo dos anos, o entendimento e a aplicação das excludentes têm sido objeto de debates jurídicos e revisões legislativas. A evolução da sociedade, a mudança nas percepções de direitos humanos e o desenvolvimento das ciências jurídicas contribuíram para aprimorar os critérios e os limites dessas excludentes. O objetivo é encontrar um equilíbrio entre a necessidade de proteger a sociedade e garantir a segurança pública, ao mesmo tempo em que são respeitados os direitos e as liberdades individuais.

No contexto da atuação policial, as excludentes de ilicitude assumem um papel crucial na determinação da legalidade e da legitimidade das ações dos agentes de segurança. Elas buscam estabelecer as circunstâncias em que a conduta policial, que poderia ser considerada ilícita em outras circunstâncias, é justificada e necessária para o cumprimento do dever e a proteção da sociedade.

Ao longo do presente trabalho, será examinado mais detalhadamente as diferentes excludentes de ilicitude na atuação policial, suas bases legais e éticas, bem

como os desafios e as responsabilidades envolvidas na aplicação adequada delas, sempre respeitando os princípios fundamentais do Estado de Direito.

## **2 DA ILICITUDE**

### **2.1 ANÁLISE DA ILICITUDE**

A ilicitude, também denominada de antijuridicidade, se dá devido a um conflito entre uma conduta praticada pelo agente e o ordenamento jurídico conforme o conceito que o doutrinador Greco nos traz:

Ilicitude, ou antijuridicidade, é a relação de antagonismo, de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico. Quando nos referimos ao ordenamento jurídico de forma ampla, estamos querendo dizer que a ilicitude não se resume a matéria penal, mas sim que pode ter natureza civil, administrativa, tributária etc. Se a conduta típica do agente colidir com o ordenamento jurídico penal, diremos ser ela penalmente ilícita. (Greco, 2015, p. 369).

Algumas doutrinas definem a ilicitude em dois aspectos o formal sendo o amoldamento da conduta a um tipo penal; e o material como o efetivo dano gerado a coletividade. Fazendo a análise dessa divisão tem-se o entendimento de Capez:

A ilicitude material, apesar de seu nome, nada tem que ver com a antijuridicidade. Trata-se de requisito da tipicidade, daí a impropriedade de ser denominada "ilicitude" material. Com efeito, o juízo de valor quanto ao conteúdo material da conduta, ou seja, se esta é lesiva ou não, socialmente adequada ou inadequada, relevante ou insignificante etc., não pertence ao terreno da antijuridicidade, mas ao tipo penal. Um fato somente será considerado típico se, a despeito de sua subsunção formal ao modelo incriminador, for dotado de efetiva lesividade concreta e material. Se o fato não tiver significância mínima (furto de um chiclete), não é inadequado (relações normais entre adolescente virgem e seu marido adulto, na lua de mel) e não possui lesividade, a ação será atípica, nem se cogitando de sua antijuridicidade. (Capez, 2020, p.377).

Partindo dessa visão tem-se a ideia de que este aspecto material se amolda mais a um elemento de tipicidade do que de ilicitude efetivamente. Isso se deve ao fato de que para que seja feita a análise da ilicitude, deve preliminarmente ser analisado a existência de tipicidade, pois são elementos intrinsecamente relacionados. Nesse sentido temos o entendimento de Welzel trazido por Greco:

...a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são três elementos que convertem uma ação em um delito. A culpabilidade - a responsabilidade pessoal por um fato antijurídico - pressupõe a antijuridicidade do fato, do mesmo modo que a antijuridicidade, por sua vez, tem de estar concretizada em tipos legais. A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade estão relacionadas logicamente de tal modo que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior. (Welzel apud Greco, 2015, p. 371).

Complementando o pensamento exposto, tem-se o entendimento de Capez sobre o tema:

Em primeiro lugar, dentro da primeira fase de seu raciocínio, o intérprete verifica se o fato é típico ou não. Na hipótese de atipicidade, encerra-se, desde logo, qualquer indagação acerca da ilicitude. É que, se um fato não chega sequer a ser típico, pouco importa saber se é ou não ilícito, pois, pelo princípio da reserva legal, não estando descrito como crime, cuida-se de irrelevante penal. Por exemplo, no caso do furto de uso, nem se indaga se a conduta foi ou não acobertada por causa de justificação (excludente da ilicitude). O fato não se amolda a nenhum tipo incriminador, sendo, por isso, um “nada jurídico” para o Direito Penal.

Ao contrário, se, nessa etapa inicial, constata-se o enquadramento típico, aí sim passa-se à segunda fase de apreciação, perscrutando-se acerca da ilicitude. Se, além de típico, for ilícito, haverá crime. (Capez, 2020, p.372).

Estando comprovada a tipicidade passa-se à análise da ilicitude do fato. Dessa forma pode suceder que um fato, apesar de típico não seja ilícito, devido a ocorrência de causas excludentes. Nesta situação o fato é típico, mas não ilícito, resultando na ausência de crime.

### **3. DAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE**

Como mencionado anteriormente, em determinados casos o fato típico poderá ser justificado, fazendo com que se torne lícito e a sua prática não gere para o autor penalidades previstas em lei. De acordo com Masson (2020 p. 232), “Presente uma excludente da ilicitude, estará excluída a infração penal. Crime e contravenção penal deixam de existir, pois o fato típico não é contrário ao Direito. Ao contrário, a ele se amolda.”

As hipóteses das excludentes de ilicitude estão previstas no Código Penal de 1940 e no Código Penal Militar de 1969, sendo idênticas em seu conteúdo se diferindo apenas pela redação. Veja-se a redação do artigo 23 do Código Penal:

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.

Excesso punível

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo. (BRASIL, 1940).

É importante se atentar ao parágrafo único, ficando clara a punibilidade de possíveis excessos cometidos. Assim, cumpre a seguir a análise das hipóteses previstas no dispositivo ora citado e de seus requisitos.

### 3.1 DO ESTADO DE NECESSIDADE

O artigo 24 do Código Penal aduz que “Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.” (BRASIL, 1940).

Em uma análise desta excludente Capez traz o seguinte conceito:

No estado de necessidade existem dois ou mais bens jurídicos postos em perigo, de modo que a preservação de um depende da destruição dos demais. Como o agente não criou a situação de ameaça, pode escolher, dentro de um critério de razoabilidade ditado pelo senso comum, qual deve ser salvo. Por exemplo, um pedestre joga-se na frente de um motorista, que, para preservar a vida humana, opta por desviar seu veículo e colidir com outro que se encontrava estacionado nas proximidades. Entre sacrificar uma vida e um bem material, o agente fez a opção claramente mais razoável. Não pratica crime de dano, pois o fato, apesar de típico, não é ilícito. (Capez, 2020, p. 379).

Havendo o conflito entre dois bens jurídicos tutelados em determinadas circunstâncias, poderá ocorrer para a preservação de um a destruição do outro. Nas palavras de Nucci “É o sacrifício de um interesse juridicamente protegido, para salvar de perigo atual e inevitável o direito do próprio agente ou de terceiros, desde que outra conduta, nas circunstâncias concretas, não fosse razoavelmente exigível.” (2020, p. 188’).

Existem alguns requisitos que devem ser observados para que fique caracterizado o estado de necessidade, sendo eles perigo atual, não provocação voluntária pelo agente e ausência do dever legal de enfrentar o perigo.

Quanto a necessidade de ser o perigo atual Masson diz (2020, p. 336), “O Código Penal exige seja o perigo atual: deve estar ocorrendo no momento em que o

fato é praticado. Sua presença é imprescindível.” Complementando o pensamento, Nucci (2020 p. 190) trata sobre a possibilidade da aplicabilidade nos casos de perigo iminente: “Não se inclui, propositadamente, na lei, o perigo iminente, visto ser uma situação futura, nem sempre fácil de ser verificada. Um perigo que está por acontecer é algo imponderável, não autorizando o uso da excludente.”

A não provocação voluntária se deve a que, se o agente através de sua conduta gerar o perigo é afastado a aplicabilidade desta excludente como aduz Nucci:

É certo que a pessoa que deu origem ao perigo não pode invocar a excludente para sua própria proteção, pois seria injusto e despropositado. Tratando-se de bens juridicamente protegidos e lícitos que entram em conflito por conta de um perigo, torna-se indispensável que a situação de risco advenha do infortúnio. Não fosse assim, exemplificando, aquele que causasse um incêndio poderia sacrificar a vida alheia para escapar, valendo-se da excludente, sem qualquer análise da origem do perigo concretizado. (Nucci, 2020, p. 191).

O parágrafo 1º do artigo 24 do Código Penal aduz que “Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.” (BRASIL, 1940). Masson trata sobre o tema com a seguinte visão:

O fundamento da norma é evitar que pessoas que têm o dever legal de enfrentar situações perigosas se esquivem de fazê-lo injustificadamente. Aquele que, por mandamento legal, tem o dever de se submeter a situações de perigo, não está autorizado a sacrificar bem jurídico de terceiro, ainda que para salvar outro bem jurídico, devendo suportar os riscos inerentes à sua função. Exemplificativamente, não pode um bombeiro, para salvar um morador de uma casa em chamas, destruir a residência vizinha, quando possível fazê-lo de forma menos lesiva, ainda que mais arriscada à sua pessoa. (Masson, 2020, p. 338).

Desta forma os agentes públicos como policiais e bombeiros não podem utilizar desta excludente para justificar o cometimento de uma conduta ilícita.

### **3.2 DA LEGÍTIMA DEFESA**

O artigo 25 do Código Penal aduz que “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.” (BRASIL, 1940).

O Estado é o responsável pela segurança pública, sendo assim ele detém o monopólio do uso da força e caso ela seja utilizada por um particular a princípio

estaria caracterizado crime. No entanto não é possível que o Estado, através de seus agentes, esteja presente em todos os lugares e a todo tempo.

A legitima defesa possibilita aos cidadãos que, em situações específicas, possam agir em sua própria defesa ou de terceiros. Sobre este aspecto Nucci aduz que:

Trata-se do mais tradicional exemplo de justificação para a prática de fatos típicos. Por isso, sempre foi acolhida, ao longo dos tempos, em inúmeros ordenamentos jurídicos, desde o direito romano, passando pelo direito canônico, até chegar à legislação moderna. Valendo-se da legítima defesa, o indivíduo consegue repelir agressões indevidas a direito seu ou de outrem, substituindo a atuação da sociedade ou do Estado, que não pode estar em todos os lugares ao mesmo tempo, através dos seus agentes. A ordem jurídica precisa ser mantida, cabendo ao particular assegurá-la de modo eficiente e dinâmico. (Nucci, 2020, p. 194).

A legitima defesa possui cinco elementos cumulativos para que seja caracterizada, sendo eles injusta agressão, agressão atual ou eminente, agressão a direito próprio ou alheio, reação com os meios necessários e uso moderado dos meios.

### **3.2.1 AGRESSÃO INJUSTA**

No primeiro elemento tem-se que é necessário a existência de uma agressão e que essa agressão deve ser injusta. Masson (2020, p. 346) traz o conceito de agressão “Agressão é toda ação ou omissão humana, consciente e voluntária, que lesa ou expõe a perigo de lesão um bem ou interesse consagrado pelo ordenamento jurídico.”.

Nesse aspecto a agressão deve ser necessariamente humana, não podendo ser praticada por um animal por este não possuir voluntariedade ínsita na sua ação. Portanto, animais que atacam e coisas que oferecem riscos podem ser sacrificados ou danificados com fundamento no estado de necessidade. Nada impede, todavia, a utilização de animais como instrumento para a prática de uma agressão, como nos casos em que são ordenados por alguém, amoldando-se novamente a legitima defesa.

Quanto a ser injusta a agressão Masson (2020, p. 346) aduz que “Agressão injusta é a de natureza ilícita, isto é, contrária ao Direito Pode ser dolosa ou culposa. É obtida com uma análise objetiva, consistindo na mera contradição com o

ordenamento jurídico.”. Não é exigência que a agressão injusta seja advinda da prática de um crime, também é permitido o uso da legítima defesa por exemplo nos casos como proteção da posse e contra furto de uso.

### **3.2.2 PERIGO ATUAL OU EMINENTE**

Diferente do estado de necessidade, na legítima defesa além da possibilidade da defesa contra perigo atual também existe a figura do perigo iminente, isso se deve à falta de sentido de que o agente diante da eminência de uma agressão tivesse que aguardar ela se concretizar para só então se defender, Masson disciplina acerca do tema veja-se:

Indentado: Não pode o homem de bem ser obrigado a ceder ao injusto. Seria equivocado exigir fosse ele agredido efetivamente para, somente depois, defender-se. Exemplificativamente, não está ele obrigado a ser atingido por um disparo de arma de fogo para, após, defender-se matando o seu agressor. Ao contrário, com a iminência da agressão é permitida a reação imediata contra o agressor, desde que presente o justo receio quanto ao ataque a ser contra ele perpetrado. (Masson, 2020, p. 347).

Um aspecto que deve ser observado é que somente é admitida a defesa antes que ela seja concretizada na forma do perigo eminente, nesse sentido o Greco aduz (2015, p. 404) “É preciso que consideremos, sempre, na agressão iminente, a sua certeza em acontecer quase que imediatamente, de modo que nos impeça, também, de buscar auxílio junto aos aparelhos repressores formalmente instituídos.”, complementando o pensamento tem-se o entendimento de Capez:

Indentado: Convém ainda registrar que, se a agressão é futura ou remota, inexistente a legítima defesa. Não pode, portanto, arguir a excludente aquele que mata a vítima porque esta ameaçou-lhe de morte (mal futuro). Igualmente, se a agressão é passada ou pretérita, não haverá legítima defesa, mas vingança. (Capez, 2020, p. 391).

Dessa forma fica claro que existe um limite temporal para que seja possível a utilização desta excludente, não admitindo a defesa de uma suposta agressão futura.

### **3.2.3 AGRESSÃO A DIREITO PRÓPRIO OU ALHEIO**

Qualquer bem jurídico pode ser protegido pela legítima defesa, podendo ser pertencente ao agente que o defende ou a de terceiro. O Código Penal admite expressamente a legítima defesa de bens jurídicos alheios, com amparo no princípio da solidariedade humana, veja-se o entendimento de Greco acerca do tema:

Há possibilidades, ainda, de o agente não só defender-se a si mesmo, como também de intervir na defesa de terceira pessoa, mesmo que esta última não lhe seja próxima, como nos casos de amizade e parentesco. Fala-se, assim, em legítima defesa própria e legítima defesa de terceiros. (Greco, 2015, p. 406).

Um aspecto interessante da legítima defesa de terceiro é que ela pode ser arguida contra o próprio terceiro no caso de a conduta lesiva ser emanada dele conta si mesmo, Capez (2020, p. 391) exemplifica essa situação “Nesse caso, o agredido é, ao mesmo tempo, o defendido. Por exemplo, alguém bate no suicida para impedir que ponha fim à própria vida.”. Além dos casos de defesa de bens jurídicos de pessoas físicas, admite-se também o emprego da excludente para a tutela de bens pertencente às pessoas jurídicas, inclusive do Estado, como no caso de uma pessoa que, percebendo a ocorrência de um furto a uma empresa, imobiliza o indivíduo até a chegada da força policial.

### **3.2.4 MEIOS NECESSARIOS**

Outra distinção que ocorre em comparação com o estado de necessidade é que mesmo havendo a possibilidade de fuga, na legítima defesa o agente pode optar por enfrentar a agressão pois esta é injusta, para isso ele pode utilizar dos meios disponíveis e eficazes para repelir a agressão, devendo ser observado a proporcionalidade como traz Capez:

São os menos lesivos colocados à disposição do agente no momento em que sofre a agressão. Por exemplo, se o sujeito tem um pedaço de pau a seu alcance e com ele pode tranquilamente conter a agressão, o emprego de arma de fogo revela-se desnecessário. (Capez, 2020, p. 391).

No mesmo sentido tem-se o entendimento de Greco:

Ainda podemos afirmar que quando o agente tiver à sua disposição vários meios aptos a ocasionar a repulsa à agressão, deverá sempre optar pelo menos gravoso, sob pena de considerarmos como desnecessário o meio por ele utilizado. (Greco, 2015, p. 403).

Dessa forma tendo o agente várias opções disponíveis, deve utilizar a que mais se adequar a situação, observando a proporcionalidade e a necessidade do meio utilizado, no entanto pode ocorrer situações e que o agente não possui opções para que possa optar pela menos gravosa, veja-se o entendimento de Masson:

O meio necessário, desde que seja o único disponível ao agente para repelir a agressão, pode ser desproporcional em relação a ela, se empregado moderadamente. Imagine-se um agente que, ao ser atacado com uma barra de ferro por um desconhecido, utiliza uma arma de fogo, meio de defesa que estava ao seu alcance. Estará caracterizada a excludente. (Masson, 2020, p. 349).

Dessa forma é garantido a proteção da conduta pela excludente, por não ser razoável exigir a não utilização do único meio disponível por este ser considerado desproporcional em comparação a agressão sofrida.

### **3.2.5 MODERAÇÃO DOS MEIOS**

Além da utilização dos meios necessários é exigido do agente a moderação no seu uso, uma vez que mesmo que seja utilizado um meio considerado proporcional, caso a utilização deste seja excisava a conduta deixara de se enquadrar a um caso de legítima defesa, como disciplina Capez (2020, p. 393) “Presente o excesso, os requisitos das discriminantes deixam de existir, devendo o agente responder pelas desnecessárias lesões causadas ao bem jurídico ofendido.”.

Para a análise da moderação do meio é utilizado o perfil do homem médio, o magistrado faz uma comparação com o comportamento que seria adotado por um ser humano comum, essa análise é subjetiva e não possui um critério específico, Masson trata sobre o aspecto subjetivo, veja-se:

Essa análise não é rígida, baseada em critérios matemáticos ou científicos. Comporta ponderação, a ser aferida no caso concreto, levando em conta a natureza e a gravidade da agressão, a relevância do bem ameaçado, o perfil de cada um dos envolvidos e as características dos meios empreendidos para a defesa. (Masson, 2020, p. 350).

A legítima defesa possui um limite de atuação resguardando a atuação do agente enquanto não cessar a agressão, devido a esse aspecto esse critério sobrepõe a ideia de que exista uma quantidade matemática limitada, a exemplo da crença comum de somente ser legítima defesa se for efetuado apenas um disparo, nesse sentido Greco elucida:

Não é o número de golpes ou disparos, por exemplo, que caracteriza a imoderação, levando o agente a atuar em excesso. Pode acontecer que, para fazer cessar a agressão que estava sendo praticada contra a sua pessoa, o agente tenha de efetuar, v.g., mais de cinco disparos, sem que isso possa conceituar-se como uso imoderado de um meio necessário. (Greco, 2015, p. 404).

Esse critério possibilita a verificação se foi moderado ou não a conduta, através dessa limitação se estabelece um marco no momento em que o agente consegue repelir a injusta agressão, após isso será considerado excesso caso o agente cause lesões desnecessárias.

### **3.3 ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL**

Diferentemente da legítima defesa e do estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal não possui um conceito definido pelo Código Penal ficando a cargo da doutrina essa definição. Masson (2020, p.350) o define da seguinte forma “... a causa de exclusão da ilicitude que consiste na prática de um fato típico, em razão de cumprir o agente uma obrigação imposta por lei, de natureza penal ou não”. Com isso, o agente deve estar resguardado, pois a prática de um fato que a princípio seria típico ocorreu em decorrência um dever legal, conforme o entendimento de Capez:

Quem cumpre um dever legal dentro dos limites impostos pela lei obviamente não pode estar praticando ao mesmo tempo um ilícito penal, a não ser que aja fora daqueles limites. Mesmo porque, seria incompreensível que a ordem jurídica impusesse a alguém o dever de agir para, em seguida, o chamar para responder pela ação praticada. (Capez, 2020, p. 401)

Para que essa excludente seja utilizada é necessário o fato realizado advir de um dever legal, podendo ser este dever decorrente de diversas fontes como a própria lei penal ou uma decisão judicial. Masson elucida tal requisito como:

...qualquer obrigação direta ou indiretamente resultante de lei, em sentido genérico, isto é, preceito obrigatório e derivado da autoridade pública competente para emití-lo. Compreende, assim, decretos, regulamentos, e, também, decisões judiciais, as quais se limitam a aplicar a letra da lei ao caso concreto submetido ao exame do Poder Judiciário.

O dever legal pode também originar-se de atos administrativos, desde que de caráter geral, pois, se tiverem caráter específico, o agente não estará agindo sob o manto da excludente do estrito cumprimento de dever legal, mas sim protegido pela obediência hierárquica... (Masson, 2020, p.360)

A princípio, essa excludente seria dirigida aos agentes públicos que agem em decorrência de um dever imposto por lei, todavia a doutrina estende sua aplicabilidade ao particular. Nesse sentido Masson (2020, p. 361) exemplifica "... não há crime de falso testemunho na conduta do advogado que se recusa a depor sobre fatos que tomou conhecimento no exercício da sua função, acobertados pelo sigilo profissional (Lei 8.906/1994 - Estatuto da OAB, arts. 2.º, § 3.º, e 7.º, XIX)" demonstrando que a destinação da excludente não se limita aos agentes públicos.

No que tange a extensão da aplicabilidade para coautores e partícipes Capez elucida que:

Reconhecendo-se a excludente em relação a um autor, o coautor ou o partícipe do fato, em regra, também não podem ser responsabilizados. O fato não pode ser objetivamente lícito para uns e ilícito para outros.

Ressalva-se, no entanto, o caso de coautor ou partícipe que desconhece a situação justificadora, atuando com o propósito de produzir um dano. Ante a falta de conhecimento da situação justificante, responderá isoladamente pelo crime. (Capez, 2020, p. 402)

Assim o particular que auxiliar o agente público a cumprir o dever estabelecido, fica resguardo a exemplo do chaveiro que, juntamente com o Oficial de Justiça, arromba a fechadura de uma residência para cumprimento de mandado.

### **3.4 EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO**

Diferentemente da excludente tratada acima, no exercício regular de direito a conduta resguardada não tem como origem um dever imposto por lei e sim uma autorização legal, permitindo uma ação que a princípio seria típica. Para melhor entendimento, Nucci traz o seguinte conceito sobre o tema:

É o desempenho de uma atividade ou a prática de uma conduta autorizada por lei, que torna lícito um fato típico. Se alguém exercita um direito, previsto e autorizado de algum modo pelo ordenamento jurídico, não pode ser punido, como se praticasse um delito. (Nucci, 2020, p. 211)

Prevista no artigo 23 do Código Penal, III, essa excludente traz como principal ponto o direito. Essa palavra é tratada de forma ampla no ordenamento jurídico de modo que, esse direito pode surgir de conjunturas retratadas nas regulamentações ou através de costumes. Posto isso, o indivíduo é autorizado pelo ordenamento a praticar o ato definido como um direito, agindo licitamente. Masson (2020, p.363) exemplifica tal ponto "...ao particular que, diante da prática de uma infração penal, corajosamente efetua a prisão em flagrante de seu autor, não pode ser imputado o crime de constrangimento ilegal, em razão da permissão contida no art. 301..."

Apesar desse direito ser abordado de forma ampla, ele não é absoluto, sua amplitude termina no momento que ele é usado de forma abusiva. Greco (2015, p. 429) em apud a Bitencourt retrata "O limite do lícito, como assevera Cezar Roberto Bitencourt, "termina necessariamente onde começa o abuso, posto que aí o direito deixa de ser exercido regularmente, para mostrar-se abusivo, caracterizando sua ilicitude".".

À vista disso, atos como a correção aplicada pelos pais a seus filhos menores são amparados por essa excludente desde que o genitor pense em corrigir e não em ofender ou causar lesão. Isso é válido para as práticas esportivas violentas, sob condição de que os atletas permaneçam nas regras previstas; o direito do proprietário em podar árvores limítrofes nos termos do art. 1.283 do Código Civil, entre outros.

### **3.5 CONSENTIMENTO DO OFENDIDO**

O consentimento do ofendido é uma excludente de ilicitude supralegal que permite que o titular de um bem jurídico considerado disponível, concorde com a sua perda ou que ele seja colocado em risco, excluindo o caráter penal da conduta realizada contra esse bem. Existem alguns aspectos que devem ser observados para que essa excludente possa ser utilizada, o doutrinador Capez traz com bastante clareza esses requisitos:

Para tanto, é necessário que: (i) o bem jurídico seja disponível; (ii) o consenciente tenha capacidade jurídica e mental para dele dispor; (iii) o bem jurídico lesado ou exposto a perigo de lesão situe-se na esfera de disponibilidade do aquiescente; (iv) o ofendido tenha manifestado sua

aquiescência livremente, sem coação, fraude ou outro vício de vontade; (v) o ofendido, no momento da aquiescência, esteja em condições de compreender o significado e as consequências de sua decisão, possuindo, pois, capacidade para tanto; (vi) o fato típico penal realizado identifique-se com o que foi previsto e constitua objeto de consentimento pelo ofendido. (Capez, 2020, p. 408)

Além de o consentimento ter que estar livre de vícios, o principal requisito para que ele seja utilizado é ser o bem seja disponível, caso não seja de nada ira adiantar esta excludente, Greco elucida e exemplifica esse requisito:

São disponíveis, por natureza, os bens patrimoniais. A vida, pelo contrário, é um bem indisponível por excelência. Assim, se alguém permitir que seu automóvel faça parte de uma cena de cinema em que o veículo será explodido, embora, em tese, tenha ocorrido um fato típico, visto que o diretor das filmagens destruiu dolosamente coisa alheia, tal fato não será antijurídico, uma vez que o consentimento válido exclui a característica da ilicitude. Agora, se determinado doente em fase terminal, sofrendo intensas dores, pedir o auxílio de terceira pessoa para que desligue os aparelhos que o mantêm vivo, e se tal pessoa desligá-los, embora tenha havido um pedido do consenciente, ainda assim sua conduta será ilícita, devendo responder, pois, pelo delito de homicídio, se não houver, no caso, qualquer causa dirimente da culpabilidade, haja vista que a vida é um bem indisponível. (Greco, 2015, p. 432)

De acordo com Greco (2015) além da possibilidade de ser utilizado para afastar a ilicitude, o consentimento do ofendido pode ser adotado a fim também de afastar a tipicidade, quando o consentimento for dado em um caso em que o caráter ilícito residir na atuação contra a vontade do sujeito passivo, a exemplo a invasão de domicílio, havendo consentimento não há que se falar em tipicidade.

Essa excludente é recente tanto que ainda não foi incorporada a legislação atual e apesar de não ser matéria de aceitação pacífica tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, em sua maioria está sendo reconhecida sua utilização.

#### **4 DO RESPALDO FORNECIDO A ATIVIDADE POLICIAL**

As autoridades policiais têm como dever a investigação e repressão de crimes, preservação da ordem pública, proteção das pessoas e do patrimônio e o controle da violência, para que possam desempenhar essas obrigações é necessário que sejam garantidas pelo ordenamento jurídico a legalidade e a legitimidade das ações desempenhadas, diante dessa necessidade tem-se as excludentes.

## 4.1 DO ESTADO DE NECESSIDADE

A excludente do estado de necessidade possui uma vedação trazida pelo Código Penal, pela qual ela não pode ser alegada por quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo. Em decorrência deste dispositivo a aplicabilidade dela é bastante reduzido na atividade policial, tendo o princípio de que é uma atividade que tem como essência o dever de enfrentar o perigo.

No entanto existem casos em que ela é aplicável na ação policial, o doutrinador Greco traz a luz o entendimento dessa possibilidade:

Por outro lado, se os policiais destroem alguma propriedade privada, como por exemplo a porta de uma residência, para não serem atingidos pelos tiros dos traficantes, ainda assim teríamos uma situação de estado de necessidade, uma vez que, de um lado, teríamos o patrimônio particular como um bem a ser legitimamente protegido e, do outro, a vida dos policiais. Contudo, como o patrimônio era privado, e o dono da coisa, como diz o art. 929 do Código Civil, não foi o culpado do perigo, haveria, por parte do Estado, a obrigação de indenizá-lo. (Greco, 2020, p. 157)

Mesmo sendo uma excludente pouco associada à polícia é perfeitamente possível em casos como esse citado que ela seja alegada, tendo em vista que o dever de enfrentamento aos criminosos está sendo cumprido, ou seja o dever de enfrentar o perigo, sendo razoável a conduta assumida de sacrificar uma porta a fim de preservar a vida dos agentes.

## 4.2 DA LEGITIMA DEFESA

A legítima defesa entre as excludentes de ilicitude é nas palavras de Fernandes (2021, p. 355) "...indubitavelmente, a de maior importância teórica e prática para a atividade policial, especialmente no aspecto da repressão imediata.". Essa excludente é de suma importância para que os agentes policiais consigam garantir a segurança dos cidadãos, em especial na chamada repressão policial imediata que se trata do intervalo correspondente a recente ocorrência de uma infração penal, que exige uma atuação com maior poder coercitivo por parte do Estado.

Com o a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, acrescentou o parágrafo único ao art. 25 do Código Penal, dizendo:

Parágrafo único. Observados os requisitos previstos no caput deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes. (BRASIL, 1940).

Esse parágrafo único trata de uma das situações em que mais gera repercussão envolvendo a legítima defesa, que é a atuação policial nos casos envolvendo reféns, para a doutrina essa mudança não gerou uma real diferença para os casos já abrangidos anteriormente, Masson esclarece essa questão:

Esse dispositivo afigura-se redundante e desnecessário, por duas razões: (a) se estão “observados os requisitos previstos no caput deste artigo”, é porque já se caracteriza uma situação clara de legítima defesa; e (b) se existe “vítima mantida refém durante a prática de crimes”, o agente de segurança pública não só pode, mas deve repelir agressão ou risco de agressão a ela endereçado, inclusive com a prática de fato típico, porém lícito, seja pela configuração da legítima defesa de terceiro, seja pela obrigação de prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito (CPP, art. 301).

Em consonância com essa linha de raciocínio Greco (2021) trata sobre a desnecessidade da adição “vale dizer que tal parágrafo não se fazia necessário. Isso porque como se percebe sem muito esforço, narra uma situação de agressão atual, em que a vítima é mantida como refém durante a prática de crimes levados a efeito pelo agente.”. Apesar de efetivamente não estar gerando uma nova possibilidade, a adição desse parágrafo se mostra uma forma de gerar maior segurança jurídica aos policiais, como Masson complementa:

Fica a impressão, portanto, de que o legislador incluiu este parágrafo único no art. 25 do Código Penal para proporcionar maior segurança jurídica às instituições de segurança pública e a seus membros, conferindo-lhes uma proteção explícita para um direito que sempre foi consagrado pelo Direito Penal. (Masson, 2020, p.350)

O livro *Atividades de Polícia e o Uso da Força* (2020) em seu primeiro capítulo traz a análise da negociação em casos de gerenciamento de crises envolvendo reféns e explicita a necessidade e a eficácia da legítima defesa para a resolução desse tipo ocorrência com o menor dano colateral possível. Vez que caso a situação seja escalonada e chegar a necessidade da utilização do tiro de comprometimento esse seria de autoria do “*sniper*” por ser quem realizou a ação, porém de coautoria tanto do negociador quanto do gerente de crise, pois a negociação é utilizada prioritariamente para que o foco seja preservado e a integridade física de todos. Entretanto, quando as tratativas não conseguem prosseguir e a negociação é

frustrada ficando evidente o risco de o causador dar cabo a sua própria vida e a de terceiros, o negociador informa ao gerente de crise a frustração da negociação e então como última *ratio* é dado ao *sniper* a aquiescência para agir.

Com a utilização da excludente a ação dos agentes fica resguardada, pois apesar de chegar ao ponto da necessidade de efetuar um tiro de comprometimento gerando a morte do causador da crise, a prioridade é a preservação das vidas. A negociação objetiva a proteção da integridade de todos, porém na ocorrência da sua frustração deve ser resguardado a integridade dos reféns. Greco retrata um caso grande repercussão em que ocorreu a necessidade da utilização do tiro de comprometimento:

(...) recentemente, foi amplamente noticiado pela mídia, e também pelas redes sociais, cenas de um agente que fez várias pessoas como reféns, dentro de um ônibus, na Ponte Rio-Niterói, na cidade do Rio de Janeiro, sendo, a final, abatido pelos Snipes do BOPE RJ. (Greco, 2020, p. 163, 164)

O ônibus foi sequestrado e atravessado na pista da ponte Rio-Niterói, ao todo 39 pessoas foram feitas de reféns, o sequestrador espalhou pelo ônibus potes de garrafa pet com combustível além de portar uma faca, uma arma de choque e um simulacro de pistola, a polícia conseguiu a libertação de dois reféns até a chegada do BOPE que montou um gabinete de crise e assumiu as negociações, conseguiram que fossem liberados mais quatro reféns, após isso o sequestrador encerrou o contato que estava sendo realizado através de um rádio comunicador, diante da situação o comandante autorizou o tiro de comprometimento, anteriormente quatro atiradores de elite haviam sido posicionados em pontos estratégicos, o sequestrador em certo instante saiu um pouco pela porta do ônibus para jogar um casaco, neste momento ele ficou exposto e foi atingido por disparos de um atirador e veio a óbito, a necropsia apontou oito perfurações ao total porém foram duas que causaram o falecimento.

Nesse caso em concreto as negociações foram frustradas e o sequestrador além ameaçar atear fogo no ônibus também estava demonstrando a intenção de tirar a própria vida, o atirador efetuou mais de um disparo devido a no caso ser necessário, a ocasião não permitia a dúvida, uma vez que ao adentrar novamente o ônibus, poderia ser ateado fogo na gasolina e os agentes que estavam de fora não conseguiriam tomar medidas efetivas. Mesmo com a efetuação de vários disparos o agente não cometeu excesso e este caso evidência a efetividade da excludente, pois em matéria publicada pelo portal G1 foi noticiado que o inquérito que apurou a conduta

do policial foi arquivado a pedido do Ministério Público devido a clara ocorrência da legítima defesa de terceiro.

#### **4.3 DO ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL**

A atividade policial tem por essência o cumprimento do dever legal, e em decorrência de os agentes representarem o Estado de forma que devem agir em decorrência do interesse público e esse sobrepõe o interesse particular. O estrito cumprimento do dever legal dá segurança para que estejam resguardados no exercício de suas funções, evidencia-se nos julgados a efetividade desta excludente gerando quando bem evidenciada absolvição sumária, veja-se o caso em concreto:

APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO - ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA - EXCLUDENTES DE ILICITUDE - ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL E LEGÍTIMA DEFESA - INEQUÍVOCA DEMONSTRAÇÃO. Demonstrando inequivocadamente as provas dos autos que os acusados, no exercício da função de policiais militares, agiram no estrito cumprimento do dever legal e em legítima defesa, deve ser mantida a absolvição sumária. (TJ-MG - APR: XXXXX20268059001 Uberlândia, Relator: Eduardo Machado, Data de Julgamento: 09/12/2010, Câmaras Criminais Isoladas / 5ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 17/01/2011)

Nesse caso o estrito cumprimento do dever legal foi utilizado em conjunto com a legítima defesa gerando a legitimidade da conduta. A aplicabilidade da excludente não se restringe a esfera penal, como por vezes no desempenho da atividade é gerado dano a bens jurídicos e esse dano em circunstâncias normais seria cobrado do causador, abre a possibilidade de tentativa de responsabilização do agente na esfera cível e, como o Código Civil também recepciona essas excludentes é possível sua utilização, veja-se:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, MATERIAIS E PSÍQUICOS - VÍTIMA FATAL - ATO PRATICADO POR POLICIAL MILITAR EM LEGÍTIMA DEFESA - ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL- USO MODERADO DE MEIOS PARA REPELIR INJUSTA AGRESSÃO - PERSEGUIÇÃO POLICIAL - SUSPEITO ARMADO - INEXISTÊNCIA DE EXCESSO- ILÍCITO INEXISTENTE - RESPONSABILIDADE CIVIL NÃO CONFIGURADA - DEVER DE INDENIZAR - AUSÊNCIA. 1. As pessoas jurídicas de direito público e às de direito privado prestadoras de serviços públicos a obrigação de compor os danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. 2. Contudo, essa obrigação pode ser diminuída ou elidida por atenuantes e excludentes de responsabilidade, como o estrito cumprimento de um dever legal e a legítima defesa, os quais afastam a antijuricidade da conduta. 3. Não restando comprovado qualquer excesso do policial na perseguição, não há

falar em pagamento de indenização pelo dano material ou moral. (TJ-MG - AC: XXXXX20178130672, Relator: Des.(a) Maria Cristina Cunha Carvalhais, Data de Julgamento: 26/09/2023, 2ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 27/09/2023)

Neste caso em concreto, um ponto foi essencial para a caracterização da excludente que é a moderação, não houve excesso por parte dos agentes e esse fato refletiu diretamente para a que fosse assegurada a legalidade da conduta.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante do exposto foi possível observar a abrangência das excludentes e esclarecido se são eficazes ou não para que o agente policial tenha segurança ao desempenhar suas atribuições.

Constatou-se com esta pesquisa a importância das excludentes para o desempenho das atividades policiais e que diferentemente do que foi o pensamento inicial, comprovou-se que as excludentes são suficientes para o respaldo das condutas, e que a tentativa de especificação de excludentes no contexto policial com adição legislativa, apenas estaria gerando redundância por já estarem as condutas respaldadas.

A conduta policial sempre será lícita e legitimada enquanto permanecer dentro do cumprimento do dever legal e não for cometido excessos nesse cumprimento, caso ocorra o excesso haverá punição do agente.

Constatou-se também a importância do respaldo no contexto de gerenciamento de crise em que a atuação da equipe se baseia no objetivo de resguardar vidas e com este objetivo a legitimação do tiro de comprometimento como último recurso é de extrema importância na hipótese de não serem eficazes os métodos não letais, caso contrário os agentes ficariam de mãos atadas não podendo agir mesmo em situações extremas.

Por fim, a presente pesquisa evidenciou que a proteção ultrapassa a esfera penal e garante respaldo também na cível, gerando efetivamente segurança para os agentes de polícia.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Código penal 1940. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)> Acesso em 24/05/2023

\_\_\_\_\_. Código Penal Militar 1969. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del1001.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm)> Acesso em 24/05/2023

CAPEZ, Fernando. **Parte geral / Fernando Capez. Coleção Curso de direito penal. V. 1** – 24. ed. –São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal / Rogério Greco.** 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

\_\_\_\_\_, Rogério. **Atividade policial: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais.** – 10 ed. - Niterói, RJ: Impetus, 2020.

LEITÃO, Leslie; MARTINS, Marco Antonio. **Justiça arquiva investigação contra policiais do Bope por morte de sequestrador de ônibus na Ponte Rio-Niterói, G1,** 2022. Disponível em < <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2022/02/04/justica-arquiva-investigacao-contra-policiais-do-bope-por-morte-de-sequestrador-de-onibus-na-ponte-rio-niteroi.ghtml>.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. 5ª CÂMARA CRIMINAL - Apelação Criminal n. 1.0702.02.026805-9/001, Relator: Eduardo Machado, Julgado em: 09/12/2010. Disponível em < <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/942877681>. Acesso em 02 de novembro 2023

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. 2ª CÂMARA CÍVEL – Apelação Cível n. 09566-76.2017.8.13.0672, Relator: Des.(a) Maria Cristina Cunha Carvalhais, Julgado em: 26/09/2023. Disponível em < <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/1984085147>. Acesso em 02 de novembro 2023

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120) - v. 1 / Cleber Masson.** - 14. ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

OLIVEIRA, Alessandro Jose Fernandes de. **Manual de direito penal policial aplicado: repressão imediata.** – Curitiba: InterSaberes, 2020.

PORTELA, André Luiz Araújo. Et al. **Atividades de polícia e o uso da força.** – Pernambuco: Inoveprimer, 2020.