

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE BRASÍLIA

GRADUAÇÃO EM DIREITO

**AS EXCLUDENTES DE ILICITUDE NAS
OCORRÊNCIAS DOS GRUPOS ESPECIAIS DE
POLÍCIA**

Aluno: Wesley de Almeida e Santos

Orientador: Prof. Heli Gonçalves Nunes

BRASÍLIA

2007

WESLEY DE ALMEIDA E SANTOS

**AS EXCLUDENTES DE ILICITUDE NAS OCORRÊNCIAS DOS
GRUPOS ESPECIAIS DE POLÍCIA**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Universidade Católica de Brasília - UCB como exigência parcial para obtenção do grau de bacharelado em Direito sob a orientação do Professor Heli Gonçalves Nunes

Brasília

2007

SANTOS, Wesley de Almeida e.

As excludentes de ilicitude nas ocorrências dos grupos especiais de polícia/ Santos, Wesley de Almeida e. – Brasília [S.n.], 2007.

xx p.

Trabalho de conclusão de curso UCB. Curso de Direito.

1. 2. 3. 4.

CDU- XXX.XX

WESLEY DE ALMEIDA E SANTOS

**AS EXCLUDENTES DE ILICITUDE NAS OCORRÊNCIAS DOS
GRUPOS ESPECIAIS DE POLÍCIA**

Monografia apresentada à Universidade Católica de Brasília como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ____/____/____, com menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.
Universidade Católica de Brasília

Integrante: Prof.
Universidade Católica de Brasília

Integrante: Prof.
Universidade Católica de Brasília

Dedico este trabalho aos meus familiares e amigos pela compreensão dos momentos convivência furtados em prol desta etapa a ser concluída.

Agradeço ao Professor Heli Gonçalves Nunes pela orientação desta pesquisa.
Aos companheiros e colegas de turma pelo tempo que passamos juntos.
Aos meus familiares pela ajuda e compreensão até aqui.

“Quem passou pela vida em brancas
nuvens
E em plácido repouso adormeceu,
Quem não sentiu o frio da desgraça,
Quem passou pela vida e não sofreu,
Foi espectro de homem, não foi
homem.
Só passou pela vida... não viveu.”
Francisco Otaviano.

RESUMO

SANTOS, Wesley de Almeida e. **As excludentes de ilicitude nas ocorrências dos grupos especiais de polícia.** 2007. Trabalho de conclusão de curso (Graduação). Faculdade de Direito, Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2007.

A monografia versa sobre a conduta dos grupos especiais de polícia durante uma ocorrência crítica, estabelecendo uma adequação aos acontecimentos do cotidiano policial, com o ordenamento jurídico pátrio, para saber-se quando o operador pode ser responsabilizado penalmente e também, ao contrário, quando pode a sua conduta ser considerada lícita ou incensurável. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica e prescritiva. O objetivo é mostrar que os grupos especiais de polícia agem, primeiramente, amparados por excludentes que justificam a sua ação e posteriormente, por uma tese complementar, demonstrar que, pela situação fática em que se encontra, não lhe é exigível comportamento diferente do que foi adotado.

Palavras-chave: Excludentes de ilicitude. Direito penal. Polícia Militar. Operações Especiais. Gerenciamento de Crises.

ABSTRACT

SANTOS, Wesley de Almeida e.

THE monograph versed above the behavior from the groups special of police duringe an occurrence criticism , establishing an adequacy the events of the daily policeman , with the rights fatherland , about to know - if when the operator may be undertook and also , on the contrary , when can you the she sweats behavior be considerate lawful. Treated - if from a research bibliographic & prescribed. The purpose is show as the groups special of police do, first of all , assist for what justified the she sweats act & at a later date , for a thesis complementary , demonstrate what by she situates where you she meets , no him is required behavior different whereby was adopting.

Keywords: Excluding of illicitude. Right penal. Military Police. Operations Special. Manegement of Crisis.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABREVIATURAS

Art. por artigo.

SIGLAS

SWAT – Special Weapons And Tactics

S.R.T – Special Response Team

EUA – Estados Unidos da América

S.A.T. – Special Attack Team

CEL – Coronel

TEN CEL – Tenente Coronel

MAJ - Major

CAP – Capitão

TEN – Tenente

SGT – Sargento

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
Capítulo 1	13
ORIGEM DOS GRUPOS DE OPERAÇÕES ESPECIAIS	13
1.1 SURGIMENTO DOS GRUPOS ESPECIAIS DE POLÍCIA	15
1.2 O CONCEITO S.R.T.	19
Capítulo 2	21
Ações Táticas	21
2.1 EMPREGO DE ALTERNATIVAS TÁTICAS	21
2.2 NEGOCIAÇÃO	22
2.3 TÉCNICAS NÃO LETAIS	24
2.4 TIRO DE COMPROMETIMENTO - SNIPER	27
2.4.1 <i>Sniper</i> militar	29
2.4.2 <i>Sniper</i> policial	29
2.3.1 Escudeiro:	34
2.3.2 Equipe de invasão:	34
2.3.4 Atirador de elite e observador:	34
2.3.5 Explosivista:	35
Capítulo 3	36
DAS CAUSAS QUE TORNAM UMA CONDUTA LÍCITA	36
3.1. As Causas Legais Excludentes de Antijuridicidade	36
3.2. Outras Causas da Exclusão de Ilícitude (As Causas Extralegais)	50
3.3. O excesso punível nas excludentes de ilicitude	51
Capítulo 4	56
CULPABILIDADE	56
4.1. Conceito	56
4.2. Elementos	58
4.2.1. Da Imputabilidade Penal	59
4.2.2 Das causas que excluem a imputabilidade	60
4.2.3 Do potencial consciência da ilicitude	62
4.2.4 Da exigibilidade de conduta diversa	65
4.2.5 Da inexigibilidade de conduta diversa como causa legal e supra-legal de exclusão da culpabilidade	72
Capítulo 5	81
DA ATUAÇÃO DOS GRUPOS ESPECIAIS E AS EXCLUDENTES DE ILICITUDE	81
5.1. Os Grupos Especiais e o estado de necessidade	81
5.2. Os Grupos Especiais e a legítima defesa	83
5.3. Do exercício regular do direito na atuação do Time tático	86
5.4. Os grupos Especiais e o estrito cumprimento do dever legal	87
Capítulo 6	89
AS CAUSAS LEGAIS DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE PELA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA EM RELAÇÃO À CONDUTA DOS GRUPOS ESPECIAIS DE POLÍCIA	89
6.1. A obediência hierárquica do time tático e do atirador de elite	90
Capítulo 7	95
DAS HIPÓTESES QUE PODEM OCORRER NA REALIZAÇÃO DA TAREFA COMO EXCLUDENTE DE ILICITUDE	95
7.1. O Grupo tático age antes de ser liberada a luz verde	95
7.2. O sniper atira após a liberação da luz verde pelo Comandante do time	97

Capitulo 8	99
OS GRUPOS ESPECIAIS E SUA ATUAÇÃO AMPARADA PELAS CAUSAS LEGAIS EXCLUDENTES DE CULPABILIDADE	99
CONCLUSÃO.....	108
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	110

INTRODUÇÃO

O trabalho agora apresentado constitui-se numa pesquisa sobre a conduta dos grupos especiais de polícia, estabelecendo uma adequação aos acontecimentos do cotidiano policial, com o ordenamento jurídico pátrio, para saber-se quando o operador pode ser responsabilizado penalmente e também, a contra sensu, quando pode a sua conduta ser considerada lícita ou incensurável. A pesquisa foi realizada através da leitura de obras de vários doutrinadores que escrevem sobre o Direito Penal e em Jurisprudências dos Tribunais Regionais e Superiores.

Desde a morte da estudante Adriana Caringe, em virtude de um tiro disparado por um atirador de elite que objetivava unicamente salvá-la da mira de um meliante que lhe apontava o revólver em direção à sua cabeça, que esse tema se torna muito relevante. A grande questão é saber até que ponto o sniper pode ser responsabilizado por sua conduta, já que há vários institutos previstos no ordenamento jurídico pátrio que amparam a licitude e a inexigibilidade de um comportamento diferente. Será que qualquer um de nós na posição em que se encontrava o atirador não teria agido da mesma forma?

Quer-se, com essa indagação, mostrar que o operador dos grupos especiais de polícia age, prima facie, amparado por excludentes que justificam a sua ação e, posteriormente, por uma tese complementar, demonstrar que, pela situação fática em que se encontra não lhe é exigível comportamento diferente do que foi adotado.

Tem-se, como objetivo geral, proporcionar uma visão ampla, no âmbito da legislação penal pátria, da conduta dos grupos especiais de polícia. Até que ponto o operador pode responder pelo resultado que causou. Aprofundando-se ainda mais, o objetivo específico é dar subsídios a estes profissionais, para uma defesa amplamente fundamentada, analisando todos os institutos previstos no ordenamento jurídico brasileiro que se coadunam com o tema, em caso de uma eventual ação penal, dando-se soluções para as várias hipóteses que podem ocorrer. Notadamente, se dará mais ênfase à

figura do Atirador de Precisão, o chamado “Sniper”, haja vista ser ator das maiores controvérsias neste tipo de ocorrência.

Destarte, pela relevância do tema, tentaremos mostrar que nem sempre se pode censurar a conduta de quem tem o dever específico de salvar vidas, mesmo que, às vezes, ocorra alguma fatalidade inerente à profissão, pois existem diversas soluções jurídicas para os vários desdobramentos quando da realização da árdua tarefa do sniper policial.

Quanto aos meios, a pesquisa é bibliográfica, uma vez que retira das obras que falam sobre os institutos de Direito Penal que tornam a ação lícita e da responsabilidade penal, os elementos úteis às soluções dos diversos problemas que serão apresentados. Quanto aos fins, é uma pesquisa prescritiva, já que no estudo do problema prescrevem-se soluções para os questionamentos e hipóteses apresentadas.

Dividido em oito capítulos, inicialmente busca-se esclarecer a origem dos Grupos Especiais e o surgimento na esfera policial. No terceiro e quarto capítulos são abordadas as excludentes de ilicitude e a chamada culpabilidade. Após, estabelecer-se-á a relação entre o comportamento do operador com as excludentes de ilicitude e, no capítulo sexto, com as de culpabilidade. Nos dois últimos capítulos, serão levantadas várias hipóteses que podem ocorrer na realização da missão dos grupos especiais de polícia, dando soluções tipicamente jurídicas para a resolução das diversas situações.

Capítulo 1

ORIGEM DOS GRUPOS DE OPERAÇÕES ESPECIAIS

A origem dessas tropas consideradas de emprego especial, remonta à Antigüidade e isso de uma maneira brilhante foi lembrado pelo 1º Ten PM Décio¹, citando Ulisses.

Desde o princípio dos tempos o homem tem realizado ações de comandos em guerras. A famosa lenda do “Cavalo de Tróia”, que teria ocorrido em 1200 AC, poderia ser considerada uma ação de comandos: os Gregos após sitiarem Tróia por mais de dez anos, só conseguiram dominá-la após um pequeno grupo de soldados entrar na cidade dentro de um cavalo de madeira, presenteado pelos gregos aos troianos.

O estratagema do Cavalo de Tróia foi autoria de ULISSES, narrado na obra de HOMERO, “A ILÍADA”:

Falou Ulisses aos seus homens: “Príncipes, lembrai-vos de que a audácia vence a força. É tempo de subir para o nosso engenhoso e pérfido esconderijo. Já dentro da cidade de Tróia, com a ajuda hábil de Epeu, Ulisses abriu sem ruídos os flancos do animal e, pondo a cabeça para a frente, observou por todos os lados se os troianos vigiavam. Não vendo nada e ouvindo apenas o silêncio, tirou uma escada e desceu à terra. Os outros chefes, deslizando ao longo de um cabo, seguiram-no sem tardar. Quando o cavalo havia devolvido todos à noite sombria, uns aprestaram-se a começar o massacre e os outros, caindo sobre as sentinelas, que em lugar de vigiar, dormiam ao pé das muralhas descobertas, degolaram-nas e abriram as portas da ilustre cidade do infeliz Priamo.

Já na Segunda Guerra Mundial, tem-se notícia das primeiras ações de pequenos grupos de homens bem treinados e equipados que atuaram em missões de invasão, destruição e retirada rápida, surgindo então a expressão **comandos** que o Cap PM Ikeda soube muito bem retratar em sua obra².

Os verdadeiros COMANDOS foram criados, originalmente, em 08 de junho de 1940, na Inglaterra. Durante a Segunda Guerra Mundial, os

¹ LEÃO, 1º Ten PM D.J.A. *A história dos comandos*. Junho 1993, p.1.

² IKEDA, M.Y. *Curso de controle e resolução de conflitos e situações de crise. Noções de operações especiais*. Grupo Tático. Btl. de Operações Especiais. Brigada Militar. Rio Grande do Sul, Maio 2001.

ingleses viram-se ameaçados com a expansão e constantes vitórias dos Alemães, cujo desenvolvimento poderia culminar com a própria invasão da Grã-Bretanha. Visando incrementar as operações da Inglaterra na guerra, o Ten Cel DUDLEY CLARKE, inspirado nas técnicas de guerrilhas e nas tropas pára-quedistas alemãs (uma inovação na época), sugeriu ao Alto Comando e ao Primeiro Ministro, a criação de tropas especiais de assaltos, constituídas por pequenos grupos que atuariam somente com seu equipamento e armamento individual, desenvolvendo operações rápidas e simples dentro do território inimigo, como sabotagens, incursões, destruições de pontos estratégicos, guerrilhas, etc.

Livre da burocracia e da dependência de apoio de grandes tropas de infantaria ou artilharia, a operacionalidade e versatilidade desses grupos seria a melhor possível.

O nome “COMANDO” foi escolhido em homenagem ao Primeiro Ministro WINSTON CHURCHILL. A palavra surgiu na Guerra dos Boers (1899-1902) onde os colonos holandeses, chamados Boers, lutaram contra os ingleses pela posse da África do Sul. Os Boers, por sua inexperiência militar, lutavam a guerra de guerrilhas e sua organização consistia em unidades de cem homens, cada qual denominada de um “Comando Boer” (Boer Commando). Nessa guerra, Sir WINSTON CHURCHILL participou como Oficial do Exército Inglês, chegando a ser aprisionado por um Comando Boer.

A idéia foi imediatamente aceita e já no mesmo mês, iniciou-se as operações das Companhias de Comandos, atuando no norte da Europa, Mediterrâneo e posteriormente na África.

Apesar das dificuldades iniciais, as operações dos Comandos atingiram seus objetivos de forma tal que HITLER enviou um memorando aos seus subordinados determinando “execução sumária e sem perdão a todos os soldados inimigos identificados como COMANDOS ou presos em ações desse tipo.

Durante a Segunda Guerra Mundial, os Comandos realizaram mais de cem operações bem sucedidas [sic] sendo a Unidade sucessora dos Comandos originais os ROYAL MARINE COMMANDOS (Reais Fuzileiros Navais) da Inglaterra.

Já na década de 60 surgiu nos Estados Unidos um modelo que viria a inspirar fortemente muitos órgãos policiais espalhados pelo mundo; eram as “SWAT” – Special Weapons and Tactics, cuja tradução literal significa – Armas e Táticas Especiais, tropa que tinha como objetivo na época e válido até hoje, a missão de atuar em situações que exigissem

forte trabalho de equipe e perícia no uso de equipamentos e armamentos diferenciados. Vale lembrar que equipes com esse perfil são realidade em muitos países como por exemplo: SAS da Inglaterra, GSG9 da Alemanha, GIGN da França, GEO da Espanha, Fuerzas Especiales da Argentina e outros.

1.1 SURGIMENTO DOS GRUPOS ESPECIAIS DE POLÍCIA

A idéia de AÇÕES TÁTICAS ESPECIAIS ou os chamados GRUPOS TÁTICOS surgiu na década de 60 como uma resposta do L.A.P.D. (Los Angeles Police Department), em decorrência de uma série de incidentes ocorridos durante aquele período, que ficou conhecido como WATTS RIOT, além da onda de violência que foi desencadeada, especificamente a partir do ano de 1965, por uma série de motivos políticos e econômicos, e, para qual, a polícia não estava preparada para o enfrentamento.

O confronto com os criminosos era inevitável e muitos policiais foram mortos e feridos pelo despreparo para ações desse tipo e pelas situações adversas, fossem de caráter psicológico ou de caráter material, o que exigia uma rápida decisão do poder governante. Como uma resolução política para uma melhoria operacional não surgiu e diante do quadro que se agravava, alguns policiais em decisão pessoal e com os próprios recursos, começaram a treinar, em suas horas de folga, táticas de tiro e de invasão, tudo ocorrendo, porém de forma e maneira empírica e com base em experiências pessoais de alguns membros do grupo.

Como era de se esperar, a tendência ao surgimento de situações mais difíceis e trágicas, não tardariam a ocorrer, como de fato aconteceu no ano de 1966, fato que levou a polícia americana passar por mais uma provação pelo desconhecimento técnico. Universidade do Texas: um ex-Marine, subiu a torre da igreja de Austin e munido com um fuzil de caça, dotado de aparelho de pontaria, uma carabina .30M1 e farta munição, começou a disparar atingindo a todos que cruzavam pelo retículo de pontaria do seu fuzil. Após diversas mortes e ficando comprovada a incapacidade da Corporação que ali atuava, um policial e dois civis, por decisão pessoal, resolveram tentar a neutralização do atirador subindo ao alto da torre, quando o eliminaram.

Diante de tão dramática situação que consternou a população e que fez merecer uma análise mais acurada e profunda por parte dos membros dirigentes das instituições policiais dos Estados Unidos, além da troca de idéias entre o pessoal operacional, chegou-se a conclusão de que havia a necessidade de serem criadas unidades anti-atiradores (counter snipers).

Em 1967, na cidade de Los Angeles, foi criada a primeira unidade de Ações Táticas que recebeu a denominação S. A. T. (Special Attack Team), grupo de ataque especial, mas que, por questões de relacionamento com o público, o nome foi modificado, posteriormente, para S. W. A. T. (Special Weapons and Tactics), Armas e Táticas Especiais.

Como ficou evidenciada a necessidade de formação desses grupos face o avanço da violência criminal, a SWAT não foi a única unidade a ser criada, gerando-se outras entidades especializadas, como: a S. E. B. (Special Enforcement Bureau) em Los Angeles; a S. E. D. (Special Enforcement Detail) dos Sheriffs de Sacramento; a Special Operation Group ((U.S. Marshal Service); a H. R. T. (Hostage Rescue Team) do F. B. I , e vários outros.

Contudo, como o crescente emprego desses grupos ocorreu em Los Angeles, cidade cosmopolita e de uma mídia de grande poder de divulgação, além de ser tema de filmes e séries de T. V., a população passou a achar que só havia um grupo policial de elite a S.W.A. T.

Face a expectativa de melhoramentos teóricos e práticos e na busca de um emprego mais eficiente e eficaz para as novas unidades especializadas, os departamentos de polícia solicitaram apoio do Exército Norte Americano que desenvolveu estudos em conjunto com policiais, cuja conclusão foi a de que tais unidades deveriam ser diferenciadas do restante da Corporação policial que realizava os serviços de patrulhamento normal, os "beat patrol". Assim foram iniciados os treinamentos dos voluntários, tendo-se como base os princípios de formação das unidades de tropas especiais. Conseqüentemente, as equipes eram supridas com equipamentos do Exército, menos armamento, e boa parte dos seus integrantes haviam servido durante o confronto do Vietnã.

Acompanhando-se o histórico dessa atividade policial tem-se o

registro de que a modificação do contexto em uso pelos grupos táticos ocorreu nos idos de 1969. Quando o Departamento de Polícia de Los Angeles investigava um grupo político paramilitar denominado Black Panthers (Panteras Negras) composto por negros, cujo radicalismo contra a discriminação racial era a bandeira para realizarem os mais variados tipos de crimes, os policiais locais descobriram uma localidade suspeita de ser um abrigo de criminosos e por suporem de que poderia haver troca de tiros, acionaram a S.W.A.T. Para espanto dos operacionais, quando foi notificada a voz de prisão, ocorreu uma violenta reação por parte dos criminosos que dispararam suas armas de potência e quantidade tal que impediam, até mesmo aos policiais levantarem as cabeças acima da calçada, pois os criminosos portaram fuzis automáticos e submetralhadoras, enquanto a S. W. A. T. estava armada apenas com espingardas calibre 12. A violência e o efeito do incidente levou a adoção, para a tropa de elite, de fuzis M-16, pistolas 45 ACP, submetralhadoras Walther MPK e MPL 9mm e fuzis de precisão Remington 700 e Winchester, sendo que parte desse material foi cedido pelo Exército Norte Americano.

Pesa, e muito, na maneira de atuar de uma Instituição policial, o pensamento da população a respeito das ações da Polícia local, sendo interessante e necessário, muito das vezes, revisar o modo de agir da equipe, quer seja no aspecto da estratégia no desenrolar dos acontecimentos, quer seja no preparo psicológico do pessoal para ser adaptado às circunstâncias.

Em 1974, quando F. B. I. investigava criminosos com tendência comunista (S.L.A.) e que eram suspeitos de terem seqüestrado a filha de um rico empresário, no centro de Los Angeles, requisitou a Polícia local à apoiá-lo na operação a fim de invadir o esconderijo dos meliantes, já que, ao se aproximarem do local, foram recebidos por uma saraivada de balas. Como a S. W. A. T. havia realizado treinamentos de táticas de invasão a edificações recentemente, a mesma foi acionada e, ao chegar ao local, deslocou-se em direção ao objetivo atirando em todas as direções, lançando, em seguida, granadas de gás lacrimogêneo. Devido ao tipo de ignição, ou seja, de acionamento pirotécnico, uma das granadas jogadas caiu sobre o carpete e próximo a uma cortina, incendiando a casa e causando a morte de todos os elementos que estavam no interior da casa: sete no total.

Dentro do prisma militar a operação tinha sido um grande

sucesso, desde que todos “inimigos” estavam mortos e nenhum policial ferido. Mas, a partir deste momento, iniciou-se uma grande e nova discussão sobre o resultado, inicialmente entre leigos, comunidades, mídia, e mais quem fosse e, posteriormente, técnicos, tendo sempre como base a pergunta: e se o F.B.I tivesse **negociado** não teria se saído melhor?

Olhando-se por esse mesmo ângulo, outra ação com base nas mesmas características operacionais e que mereceu destaque da mídia além de ter causado traumas e indignação na comunidade norte americana e no mundo, foi o desastre da operação em Waco, no Texas, onde mais de cem pessoas pertencentes a um grupo religioso radical foram mortas por uma instituição policial, gerando novas controvérsias a respeito do trabalho dos grupos especiais. Não só os presentes casos, mas vários outros transcritos na imprensa, citados no rádio ou mostrados pela televisão, que resultaram em mortes de civis ou mesmo de criminosos, motivaram novos estudos, novos redimensionamentos nas ações dos grupos táticos.

Evidenciado está, que os treinamentos das equipes especiais de policia ou grupos de ações táticas, foram esboçados nos princípios das tropas especiais das forças armadas norte americana que, sem contestação, serviu de base e foi o embrião da operacionalidade das diversas entidades de segurança dos Estados Unidos e do mundo.

Entretanto houve a necessidade de adaptação, uma vez que a Polícia foi criada para lidar com as comunidades de onde absorve informações e opiniões para uma adequação às necessidades do grupo social e de modo que se evitem desastres como os aqui citados, especialmente o de Waco, no Texas, o que fez gerar novos conceitos e decisões entre as quais as de que as policias deixariam de se militarizar, convergindo para uma especialização voltada especificamente ao âmbito policial.

O militar em si é preparado e treinado, dentro da concepção de que o combate é a sua rotina e onde matar ou morrer é uma mera consequência da sua atividade, diferentemente do policial, mesmo o de elite, que lida, no seu dia a dia, com os mais diversos problemas sociais da comunidade e que dela tem de absorver as opiniões sobre o seu “modus operandi”.

Em consequência, hoje predomina no universo policial a

conceituação de que a forma e estrutura dos grupos táticos continuam baseados nos moldes militares, e a tática e a estratégia dos movimentos ficam com a peculiaridade dos trabalhos policiais.

1.2 O CONCEITO S.R.T.

Recentemente observar-se que começa a surgir e tornar-se comum a utilização de uma sigla, comum a integrante de grupos táticos: S.R.T. - Special Response Team - Grupo de Resposta Especial.

Há uma verdadeira corrente de pessoas que creditam a utilização da sigla S.R.T. - como novo conceito tático, com vistas a substituir a terminologia SWAT (Special Weapons and Tactics). Mas, se bem observarmos veremos que o que existe na verdade, isto sim, é um novo conceito no que diz aos integrantes do policiamento de rua (nos EUA). Durante algum tempo, e após diversas ocorrências, verificou-se que as unidades de patrulha sempre chegavam e continuaram a chegar quase que imediatamente (nos EUA) a cena de incidente, e obedecendo ao que preconiza o SOP - Standard Operations Procedures - Procedimentos de Operações Padronizado - cercavam e isolavam o local, aguardando a vinda das equipes táticas, para que assumissem a ocorrências e procedimentos táticos. Ocorria que, até a chegada das equipes táticas muitos eram feridos ou mortos os policiais que lá se encontravam nada podiam fazer a não ser aguardar, visto que se tratava de uma situação atípica para os mesmos e não eram treinados, armados e equipados para tal.

A partir desses episódios, verificou-se a necessidade de treinar policiais para o pronto atendimento, quando ao acontecimento de ocorrências ditas atípicas, era necessário também a adoção de armamento diferenciado, bem como equipamentos. Tais policiais não fariam parte de um grupo especializado, mas teriam sim, individualmente e em conjunto, condições de fazer frente imediata as ditas ocorrências. Como utilizam armas e táticas especiais, a terminologia SWAT (Armas e Táticas Especiais), decerto cairia em desuso, optando-se agora pela sigla S.R.T.

Para esses policiais treinados e armados de maneira diferenciada

dos demais, foi escolhida a terminologia FIRST RESPONDERS, que poderia ser traduzida como primeira resposta, ou pronto atendimento. Ao entrar em ações os policiais devem conter a ameaça até que esta seja neutralizada e venha a se formar uma situação de crise, com tomada de reféns, o Grupo Tático ou S.R.T. (SWAT) será acionado.

As principais diferenças entre FIRST RESPONDERS e os S.R.T. (SWAT) residem no que diz respeito ao treinamento e emprego. Enquanto que os primeiros treinam para enfrentarem situações de alto risco, como enfrentamento com marginais armados com fuzis e submetralhadoras, os S.R.Ts. treinam para fazerem frente a ocorrências de crise, tal como situação de reféns, na qual se exige um maior dinamismo do grupo empregado, além da coesão entre seus membros, de modo que exista uma sincronia no desenrolar tático do grupo.

Capítulo 2

Ações Táticas

São ações de natureza não convencional desenvolvidas notadamente em ambientes urbanos, e por equipes não convencionais, com vistas a empreender missões de âmbito estratégico e tático e em condições de alto risco.

a) Tática: Arte de dispor e ordenar tropas em posições definidas, e meios móveis para o combate. É a forma com se emprega a técnica em situações reais.

Para um integrante da equipe o som desta palavra exprime movimentos, trocas de posições e um constante esforço mental, significando em realidade, uma parte intrínseca da arte policial, que está sempre em desenvolvimento regida sensivelmente pela tecnologia, novos armamentos, controle e métodos de operações criminais atualizados.

Nenhuma tática é totalmente efetiva para todas as situações, portanto, um grupo de ações táticas deve saber adaptar-se as mais variadas situações e missões a serem enfrentada, ou seja, não existe fórmulas para as ações táticas.

b) Estratégia: Ciência de organizar e planejar uma operação militar cujo objetivo final seja alcançado por uma completa vitória sobre o adversário.

Diferente da Ação Tática, a ação estratégica desenvolve-se num plano bem maior.

c) Técnica: A técnica é o conjunto de processos de uma arte. É o processo de habilidades individuais que permite e facilita ao conjunto, ao todo operacional, a execução da arte da estratégia da ação tática.

2.1 EMPREGO DE ALTERNATIVAS TÁTICAS

Mundialmente difundidas, são conhecidas também como sendo os passos a serem seguidos para a solução de uma crise:

- Negociação
- Técnicas não letais
- Tiro de comprometimento
- Assalto Tático

Abordaremos a seguir, cada um destes segmentos em separado.

2.2 NEGOCIAÇÃO

A negociação constitui, o que se costuma dizer, a **rainha** das alternativas táticas. Isso porque, na quase totalidade das ocorrências em nosso país, o transgressor da lei faz o refém de forma ocasional, ou seja, foi percebido na sua ação criminosa, teve sua fuga frustrada e, temendo o confronto com a polícia, cria a situação de refém. Note-se que age assim para preservar a sua vida e nesse fato reside a fórmula básica que qualquer policial pode aplicar para resolver uma ocorrência dessa natureza. Em outras palavras, se faz necessário demonstrar ao transgressor da lei que ele terá sua vida preservada se entregar as armas e liberar os reféns, mas será preso.

No entanto, como conseguir atingir esse objetivo dentro de um cenário de crise, envolvendo reféns localizados, com dezenas de policiais falando ao mesmo tempo, posicionando-se a bel-prazer, portando armas sem segurança, repórteres fazendo o seu trabalho intempestivamente, familiares e vizinhos em estado de desespero? Como transmitir confiança ao criminoso trazendo-o à calma necessária para que possa refletir e concluir que só lhe resta ir para a prisão?

Em essência, é simples resolver uma ocorrência com refém, só precisamos observar alguns princípios que são: **a contenção da crise**, que significa cercar o local de modo que o transgressor da lei fique de uma certa forma confinado; **o isolamento do local**, estabelecendo-se perímetros diferenciados de concentração entre policiais, repórteres e civis de modo que no denominado perímetro crítico – que é a área mais próxima do evento –

fiquem somente o negociador, o gerente da crise e o grupo tático, fazendo retornar ao trabalho todos os outros policiais que não tenham função definida no local da ocorrência. Tudo isso facilitará a ação do negociador que, aplicando as técnicas que serão exploradas posteriormente, conduzirá a ocorrência a um final o mais satisfatório possível sob a ótica de preservação da vida, da integridade física, da dignidade de todas as pessoas e também da imagem da Força Policial e do Poder Público que devem ter credibilidade perante a sociedade.

Portanto, em síntese, o processo de negociação consiste em conduzir o transgressor da lei à calma, estabelecendo uma relação de confiança entre ele e o negociador de forma a convencer o transgressor de que a melhor solução é entregar-se para que lhe seja garantida a vida e a integridade física.

Como foi dito, trata-se de um processo, por isso, é da natureza de uma ocorrência com reféns durar, em geral, bastante tempo. Como uma competição de esgrima em que a disputa ocorre em uma faixa estreita, tornando-se pois necessário ter sabedoria para avançar e também retroceder, pois só uma ou outra levará o competidor à derrota.

Com grande precisão, o Maj PM Rodolfo Pacheco, citando *A Arte da Guerra* de Sun Tzu em sua apostila³, demonstrou, metaforicamente, a importância da negociação em relação ao emprego de uma alternativa tática mais agressiva:

[...] o general que vence uma batalha, fez muitos cálculos no seu templo, antes de ter travado o combate. [...] o chefe habilidoso conquista as tropas inimigas sem luta; toma as cidades sem submetê-las a cerco; derrota o reinado sem operações de campo muito extensas. Com as forças intactas disputa o domínio do Império e, com isso, sem perder um soldado, sua vitória é completa. Quando cercar um exército deixe uma saída livre. Isso não significa que permita ao inimigo fugir, o objetivo é fazê-lo acreditar que é um caminho para a segurança, evitando que lute com a coragem do desespero pois não se deve pressionar demais um inimigo desesperado.

³ PACHECO, Maj PM R. (Brigada Militar do Rio Grande do Sul). *Técnicas de negociação*. (Curso de controle de conflitos e situações de crise) (Apostila Técnica).

2.3 TÉCNICAS NÃO LETAIS

Doutrinariamente essa alternativa tática é conhecida como *Agentes não-letais*. Entretanto, a experiência tem mostrado que os agentes tidos como não-letais, se mal empregados, podem gerar a letalidade ou não produzir o efeito desejado. Como exemplo, pode-se citar o cartucho plástico calibre 12, padrão AM403, constituído de um projétil cilíndrico de borracha (elastômero) que, se utilizado a uma distância inferior a 20 metros, pode produzir ferimentos graves ou até mesmo letais. No entanto, se o mesmo projétil for utilizado a uma distância muito superior a 30 metros não produzirá as fortes dores que se deseja produzir para alcançar a intimidação psicológica e o efeito dissuasivo.

É muito comum, quando se fala em emprego de técnicas não-letais, lembrar da classificação das armas que, de acordo com o Manual Técnico de Escola de Soldados de Pirituba⁴, se divide em:

- a) Brancas – aquelas caracterizadas pela cor do aço de que foram fabricadas, sendo de corte e perfurantes. Para tais características, os instrumentos são afiados, o que deixa o metal mais claro. Exemplos: faca, baioneta, canivete etc.
- b) De fogo – são aquelas que se caracterizam pela utilização dos gases resultantes de combustão da pólvora. Os ferimentos provocados são do tipo perfurante e contundente. Exemplos: revólver, carabina etc.
- c) Especiais – são aquelas que não se enquadram nas especificações anteriores, mas que não deixam de ser ofensivas ou defensivas. Exemplos: armas de gás, cassetete, elétricas etc.

O Cap PM Salvador Loureiro Júnior, em sua obra, retrata de forma interessante, o surgimento das armas especiais: o uso de armas especiais teve início quando da ocorrência dos primeiros conflitos havidos entre os povos, e sua utilização, seja em teatro de guerra ou operações de controle de distúrbios civis, sempre objetivou uma diminuição na ocorrência de contatos pessoais

⁴ ASSUMPÇÃO, E. *Manual Técnico*. São Paulo. Imprensa Oficial do Estado, 1999. p.509.

entre os participantes do litígio. Tem-se notícia do uso de substâncias químicas desde os tempos mais remotos da civilização humana. Joseph Sayegh, em *Spray Pimenta: Aspectos Farmacológicos e Toxicológicos de sua Utilização*⁵, alinhava:

Durante a Guerra do Peloponeso (431— 404 A.C.) gases sufocantes advindos da queima do enxofre foram utilizados pelos espartanos contra os soldados atenienses.

Na Idade Média, surgiu uma das mais famosas armas químicas, conhecida como fogo grego. Tal arma foi usada pelos bizantinos contra os sarracenos no cerco de Constantinopla, em 673 D.C. Uma das características interessantes desta arma é que a água não apagava o fogo.

Possivelmente tratava-se de uma mistura de breu, piche, enxofre, nafta e cal, finamente divididas. Em contato com a água, o calor da hidratação do cal provocaria a ignição dos vapores combustíveis. Contudo, a composição do fogo grego ainda é motivo de controvérsias, acreditando alguns historiadores que se tratava de uma mistura de salitre, piche e enxofre.

No novo mundo, existem vários relatos dos índios das três Américas utilizarem em combate a queima de vegetais que desprendiam fumaças ou odores sufocantes.

Na Guerra Civil Americana (1861—1865), o governo cogitou do uso do gás cloro (CL₂) contra os revoltosos, com o intuito de removê-los das eficientes trincheiras desenvolvidas pelas tropas confederadas.

[...]

A história da utilização de armas químicas começou de fato durante a 1ª Guerra Mundial (1914—1918), com a morte de mais de 100.000 pessoas entre civis e militares.

Após a 1ª Guerra, novos usos dos gases atingiria a Etiópia durante o seu conflito com a Itália. Durante a guerra entre Japão e China (1938), os japoneses usaram iperita junto com agentes biológicos, disseminando a peste bubônica. Na guerra da Coreia, em 1951, os EUA foram acusados de usar agentes asfixiantes despejados por bombardeios B-29. O fato não foi comprovado pela ONU.

Verifica-se, portanto, que a utilização de armas especiais, no início de sua evolução, teve aplicação comprovadamente letal e resumia-se

⁵ SAYEGH, E.J. *Spray Pimenta: Aspectos Farmacológicos e Toxicológicos de sua Utilização*. São Paulo, 1999. Monografia (Centro de Aperfeiçoamento e Estudos Superiores, CAO – 1). p.14.

basicamente em armas químicas. Consubstancia-se ainda que sua aplicação era indiscriminada, atingindo não só pessoas ligadas diretamente ao conflito, mas também pessoas comuns, ou seja, a população civil.

Em virtude da forma indiscriminada que essas armas foram utilizadas, podemos ter uma pequena idéia dos resultados por elas causados por meio de Lee, Fiely e McGowan em *Armas não-letais: tecnologias, potencial, aspectos legais e políticos*:⁶

O final do século dezenove assistiu ao desenvolvimento de armas químicas em significativa escala. Armas químicas foram usadas freqüentemente durante a Primeira Grande Guerra, sob forma de compostos tóxicos tais como o Cloro, o fosfogênio e os gases de mostarda. O fosfogênio tem efeito lento sobre a vítima. A pessoa terá crescente dificuldade de respirar, à medida em que o tecido dos pulmões vai sendo destruído e preenchido por secreções corporais. A morte, que chega lentamente, ocorre por asfixia. Como a morte vinha lentamente, os pulmões comprometidos da vítima sofriam infecções bacteriológicas que se tornariam a real causa da morte. Gases sulfúricos de mostarda também destroem os tecidos. Se entram em contato com a pele ela é destruída. Se inalados, o revestimento dos pulmões é destruído.

Pode-se verificar, portanto, que a utilização de armas químicas tinha comprovadamente o intuito de exterminar as pessoas envolvidas no teatro de operação. Essa política de guerra ainda não sofria pressões, pois, naquele período, não existiam organismos de proteção às garantias individuais e a mídia não possuía ainda o poder de persuasão e de presença dos tempos atuais. Os fatos não eram testemunhados por outras pessoas senão por aquelas diretamente envolvidas no conflito. Quando outras pessoas tomavam conhecimento dos fatos, estes já haviam ocorrido e, em virtude dessa lacuna temporal, não os sensibilizava. Atualmente, em virtude da tecnologia, um fato dessa natureza, ou qualquer outro que atente contra a dignidade humana ou contra os direitos humanos, é transmitido ao vivo e em tempo real para todo o mundo, sensibilizando, assim, milhões de pessoas ao mesmo tempo.

⁶ LEE, J.W.; FIELY, D.P.; MCGOWAN, M.T. *Armas não letais: Tecnologia potencial, aspectos legais e políticos*. Site: <http://www.cdsar.af.mil/apj-p/autores.html>.

2.4 TIRO DE COMPROMETIMENTO - SNIPER

O tiro de comprometimento constitui também uma alternativa tática de fundamental importância para resolução de crises envolvendo reféns localizados. No entanto, a aplicação dessa alternativa tática necessita de uma avaliação minuciosa de todo o contexto, sobretudo, do polígono formado pelo treinamento, armamento, munição e equipamento, que são os elementos fundamentais para que o objetivo idealizado seja alcançado.

Ser um sniper (atirador de elite) transcende ter uma arma qualquer e uma luneta de pontaria, para acertar um tiro na cabeça.

O Cel Res PM Nilson Giraldi, em seu trabalho⁷, sintetizou a responsabilidade e a expectativa gerada pelo emprego dessa alternativa tática, como segue: O atirador de elite exerce grande fascínio na imprensa e no povo, que vêem nele uma figura mística, um herói cinematográfico, infalível, sempre pronto para derrotar o mal e restabelecer a ordem.

No entanto, ninguém tem feito mais estragos em seqüestros que os atiradores de elite. Suas atuações têm sido o ponto fraco de todas as polícias anti-seqüestro do mundo.

Embora tais atuações pareçam simples e claras, afinal é só mirar e atirar, sem sequer se expor, na realidade são difíceis, complexas, quase impossíveis de serem exercidas em toda a sua plenitude e, quando existe mais de um seqüestrador, se tornam mais difíceis ainda. Por isso, o atirador de elite costuma ser uma figura polêmica, criticada e interpelada em muitos seqüestros, mesmo que não entre em ação.

Ele atua numa área cinzenta, pouco conhecida e explorada nas instruções, nos manuais e nos livros especializados. Dos procedimentos previstos para a atuação da polícia num seqüestro, por incrível que pareça, é o mais difícil de ser preparado e executado com sucesso, não admitindo qualquer erro. O atirador de elite tem de ser infalível.

Instrutor ou técnico para atirador de elite é coisa rara no mundo. Selecionam-se e preparam-se policiais até com certa facilidade, para qualquer um dos outros procedimentos básicos, mas para atirador de elite, não.

⁷ REVISTA A FORÇA POLICIAL. *Seqüestro com refém – Atirador de elite: o mito e a realidade*. São Paulo. n.º.29, jan/fev/mar, 2001. p.51.

Descobrem-se poucos policiais com potencial para a função e, uma vez descobertos, necessitarão de um instrutor (ou técnico), altamente competente para prepará-los. Por si só ou nas mãos de leigos, por mais que o façam, não chegarão a lugar algum.

Durante a Guerra de Secessão nos EUA, o Coronel de Exército da União, Hiram Berdam treinou especialmente, um batalhão com fuzis Sharp, dotados de primárias lunetas telescópicas, com o corpo em bronze. Esse batalhão recebeu a informal alcunha de sharpshooters cuja tradução literal seria atiradores afiados ou atiradores precisos, sendo que há o registro de um de seus integrantes, Califórnia Joe, que teria abatido um oficial confederado a uma distância de 800 jardas (731,20 metros), de seu posto de tiro.

Com a Primeira Guerra Mundial, os alemães e ingleses também desenvolveram unidades especiais de atiradores de precisão, com o maior desenvolvimento desse tipo de ação: tiro de precisão a uma longa distância. Isso se deu na Segunda Guerra Mundial alcançou seu ponto alto durante a Guerra do Vietnã.

Nesse período, os melhores atiradores poderiam ser considerados os japoneses, os quais eram treinados duramente em condições reais de combate (baixa luminosidade, clima adverso, longas horas de imobilidade), além de sofrer pressões psicológicas extremas, por parte de seus oficiais.

A origem do *sniper* se deu por um fato curioso: no período entre as duas grandes guerras mundiais, os americanos faziam seus treinamentos militares em grandes campos abertos e, ao realizarem o tiro, notavam o vôo rápido e irregular de uma pequena ave chamada *sniper*, que fugia espantada. Esse pequeno pássaro era um grande freqüentador de linhas de tiro, devido ao seu alimento preferido, uma planta gramínea, ser freqüente naqueles lugares. Assim, muitos atiradores preferiam acertar o tiro no pássaro em movimento, daí surgiu o apelido *sniper*, ou seja *aquele que se dedica ao pássaro sniper*.

2.4.1 *Sniper* militar

O Maj John L. Plaster⁸, em sua obra, define o *sniper* militar como sendo um elemento de inquietação da tropa inimiga, diminuindo o seu moral por causa das baixas que ele inflige. Serve como elemento de observação, reconhecimento e informação sobre o inimigo e o terreno da sua missão. É utilizado também contra alvos materiais, tais como: helicópteros, aviões pousados, depósitos de munição e combustível, radares, mísseis em plataformas, entre outros, causando, assim, prejuízos à operacionalidade do inimigo.

2.4.2 *Sniper* policial

Durante a década de 50, nos EUA, quando a polícia necessitava de um tiro de precisão em uma ação policial, buscava o melhor caçador da região que, geralmente, resolvia a situação como um auxiliar voluntário de polícia. Isso ocorria porque, naquela época, a polícia não previa como uma alternativa tática, em ocorrências policiais graves, o emprego de um tiro preciso e premeditado.

O Cap PM Jerônimo, em sua obra, apresenta um exemplo real da dificuldade de se resolver uma ocorrência crítica, quando não se tem uma alternativa tática:

Aconteceu em 1º de outubro de 1966 na cidade de Austin, Texas, onde o estudante Charles Witman, após matar sua mãe e sua esposa, escondeu-se na torre do relógio da Universidade de Austin com um saco de armas (entre elas um fuzil de caça), sanduíches, desodorante e toalhas de papel. Então, começou a disparar em qualquer pessoa que estivesse ao alcance de seus disparos e antes de ser morto, já havia matado 12 pessoas e ferido outras 31. A polícia local encontrava-se armada apenas com revólveres e espingardas calibre 12, que devido à distância e à forte proteção que Witman possuía, não atribuíram qualquer efeito às ações policiais.

A partir desse fato, o *sniper* começou a ter emprego na atividade policial, para ocorrências em que um ou vários tiros precisos a longa distância possam fazer a diferença, em particular aqueles envolvendo reféns, terroristas

⁸ PLASTER, Maj J.L. *The ultimate sniper – An advanced manual for military and police snipers*. EUA, Paladin Press, 1993.

e atiradores em estado de confusão mental. Através do uso do seu potente equipamento ótico e habilidade de camuflar inerente ao seu usuário, ele também é utilizado como um fornecedor de informações tais como: número e estado psicológico de marginais e reféns, tipo de arma utilizada e possíveis rotas de fuga. Permite assim, um acompanhamento bastante atualizado das últimas mudanças que envolvem a ocorrência.

Na década de 70, com o surgimento de ações terroristas nos EUA e de situações criminosas mais graves como franco-atiradores em edifícios disparando contra a multidão, tomada de reféns e seqüestros, as polícias aperfeiçoaram sua tática, baseando-se em unidades contraterror da Europa, surgiu, então, a *Special Weapons and Tactics Teams (SWAT)* – Equipes de Armas e Táticas Especiais, nas quais havia, pelo menos, um atirador de alta precisão em cada grupo, e, em muitos casos, têm participação determinante na resolução de ocorrências críticas e em ações de cobertura da tropa de choque em ações de distúrbios civis e operações de alto risco. Nos dias de hoje, todas as SWAT's da polícia americana possuem um atirador de elite.

No Brasil, o emprego de atiradores de precisão em casos policiais também era de forma ocasional, até a criação do GATE na Polícia Militar do Estado de São Paulo, em 4 de agosto de 1988, em que se organizou e efetivou, dentro das equipes táticas, atiradores de elite, com armas específicas, sendo denominados de *full* (*cheio*, completo, devido ao ângulo de visão da luneta) e a partir de 1994, passou a constituir-se como uma equipe própria, independente da equipe tática de assalto.

2.3 ASSALTO TÁTICO OU INVASÃO TÁTICA

A invasão tática representa, em geral, a última alternativa a ser empregada em uma ocorrência com refém localizado. Isso ocorre porque o emprego da invasão tática aumenta sobremaneira o risco da operação, elevando, conseqüentemente, o risco de vida para o refém, para o policial e para o transgressor da lei. Isso por si só colide com um dos objetivos principais do gerenciamento de crises que é a preservação da vida.

Dessa forma, só se admite a aplicação dessa alternativa tática quando, no momento da ocorrência, o risco em relação aos reféns se torna um risco

insuportável ou ainda quando, na situação em andamento, houver uma grande **possibilidade de sucesso**.

Em qualquer grupo tático no mundo, a invasão tática é a alternativa mais treinada, porém, paradoxalmente, a menos utilizada e, isso acontece pelo simples fato de, por mais cenários que sejam criados e montados nos treinamentos, o cenário de uma crise real terá a sua própria característica mantendo assim o risco elevado.

O treinamento incessante e diversificado de invasões táticas em cenários diferentes aumenta somente a chance de acerto sem, no entanto, eliminar o risco.

O conceito de invasão tática se popularizou no meio policial por intermédio dos modelos das SWATs americanas e, posteriormente, em outros grupos similares em países da Europa. Como já foi dito, os modelos citados tiveram forte influência das denominadas Ações de Comando, que tinham como objetivo, geralmente, causar destruição e baixas nos inimigos. Deve-se observar que esse modelo, para o uso policial, não se aplica e, por isso, as expressões tais como *compromisso de matar*, *agir com violência* e outras similares, não são pertinentes para nenhum grupo tático que tenha o propósito de agir, buscando alcançar os objetivos da doutrina de gerenciamento de crise, que, nunca é demais lembrar, é a preservação da vida e a aplicação da lei.

Existe um abismo de diferenças entre promover uma invasão tática para salvar os reféns e promover uma ação tática para eliminar os transgressores da lei.

O uso da força letal não deve ultrapassar o limite do estrito cumprimento do dever legal e da legítima defesa que, sendo excludentes de ilicitude, tornam legítima a ação policial, ainda que o resultado seja a morte do transgressor da lei. Cada policial de um grupo de invasão tática deve ter esses parâmetros bem solidificados.

Outro ponto importante são os denominados fundamentos éticos dos grupos táticos, tais como: a *responsabilidade coletiva* e o *dever de silêncio* que, freqüentemente, têm sido mal interpretados até por operadores de gerenciamento de crise que absorveram a doutrina base norte-americana, sem se acautelar a respeito da Legislação Brasileira. Desse modo admitem a responsabilidade coletiva como sendo a responsabilidade de **todos** os

integrantes do grupo tático que solidariamente são responsáveis pelos atos praticados durante uma ação tática e, isso, não deve ser interpretado de tal forma pois, mesmo tendo os policiais, normalmente, o mesmo biótipo e ainda utilizando a denominada *balacava* que protege o rosto, é possível individualizar cada ato que foi produzido em uma invasão tática e, se isso não for possível no momento, por qualquer dificuldade, será possível posteriormente pelas análises do local, da perícia nas armas, do exame de corpo de delito ou mesmo no exame cadavérico. O mesmo ocorre com o mal interpretado *dever do silêncio*, que incautos operadores do gerenciamento da crise admitem como sendo o dever de um integrante de um grupo tático tem de não revelar ou divulgar os erros, mesmo que graves, cometidos por um outro integrante do grupo tático, durante a operação e, é evidente que isso só pode acontecer até o limite estabelecido pela lei, exceto se o integrante desejar ser co-autor de um crime.

Tudo isso pode levar o leitor desta obra a encarar a invasão tática como sendo uma ação extremamente arriscada, e é esse o verdadeiro propósito, que essa responsabilidade seja minimizada com o treinamento duro e constante a tais grupos táticos existentes bem como aos que serão criados no futuro, e lhes sejam dadas as condições máximas para lidar com o bem máximo que é a vida das pessoas.

Para se implementar uma ação tática, necessário se faz elaborar um planejamento de ação, observando-se os seguintes critérios:

a) Objetivo: é o que se pretende alcançar após a implementação da invasão tática. O objetivo jamais pode ser traçado embasando-se somente no ideal imaginário de solução da crise em andamento, mas naquilo que representar o prático possível, considerando-se todas as circunstâncias possibilitadoras existentes em cada crise.

b) Local: o conhecimento do local constitui um critério de fundamental importância para a invasão tática. Todas as informações do local devem constar no plano de invasão tática, que deverá ser exaustivamente estudado e, se possível, treinado pelos policiais, por meio de simulações.

c) Material: entende-se por material os equipamentos e armamentos disponíveis para utilização pela equipe de invasão tática. É bom ressaltar que, conforme já foi dito, o que forma um policial, pertencente a um grupo tático

especializado, é o seu treinamento e o equipamento disponível. Dessa forma, quanto mais materiais forem disponibilizados para a equipe de invasão tática, maior será a chance de implementar essa alternativa, afastando o mínimo possível dos objetivos do gerenciamento de crises que se resumem na preservação das vidas e na aplicação da lei.

d) Transgressor da lei: é de fundamental importância avaliar, tanto as atitudes do transgressor da lei durante a crise, quanto os materiais que ele possui, notadamente o tipo de armamento e também a utilização de coletes.

e) Opinião pública: não se pode implementar uma invasão tática sem considerar seu impacto na opinião pública. O gerente da crise, juntamente com o comandante da equipe tática devem estar atentos a essa questão, desde o início da crise.

O Grupo de Ações Táticas deve tão logo chegue a um local de ocorrência de crise, envolvendo reféns localizados, inspecionar e melhorar o isolamento do local certificando-se que a crise está contida, o serviço de resgate do Corpo de Bombeiros presente no local e as vias de acesso para socorros emergenciais, desbloqueadas. Feito isso, nomear um policial militar, preferencialmente oficial e com algum conhecimento de gerenciamento de crise, para ser o *assessor de imprensa* durante a operação. Sua função consiste, basicamente, em estabelecer contato com os profissionais de imprensa — invariavelmente presentes no local —, concentrá-los em um local seguro e pré-determinado em que as informações do desenrolar da operação serão passadas, de tempos em tempos.

Tal estratégia tem-se revelado muito eficaz: a experiência tem mostrado que o repórter, quando se dirige a um local, necessita das informações, afinal é cobrado por sua emissora e tentará conseguir essas informações de todas as formas, inclusive por parte de alguns, de forma questionável sob o ponto de vista ético. Caso não consiga, poderá inventar informações ou interpretar fatos de forma equivocada, mais ainda, poderá obter declarações polêmicas de populares ou até mesmo de policiais despreparados e, muitas vezes, intimidados ou deslumbrados com as armas de um repórter que são o microfone e a câmera. Dessa forma, estabelecendo-se um local em que a imprensa toda deverá ficar, diminuem-se esses riscos desnecessários que podem afetar, como um todo, a imagem da Corporação diante da opinião

pública. Além disso, com a adoção dessa estratégia, pode-se ir preparando a opinião pública para as dificuldades que estão sendo encontradas para a resolução da crise pelas alternativas táticas menos agressivas e conduzindo a opinião pública a aceitação da aplicação de uma alternativa tática mais arriscada, com o objetivo de salvar os reféns.

Nem sempre isso é possível e deve ser muito bem avaliado e estudado pelo gerente da crise e por sua assessoria, no que tange à conveniência e oportunidade, sobretudo, quando o transgressor tiver acesso, por rádio ou TV, a essas entrevistas coletivas parciais.

No passado, os modelos da equipe SWAT possuíam dois elementos: equipe de entrada tática e atiradores de elite e observadores.

Atualmente, as equipes táticas possuem, basicamente, três elementos: atiradores de elite e observadores, equipe de entrada tática e explosivista.

Em São Paulo, acompanhando o compasso evolutivo das técnicas de invasão tática, adota-se, hoje, um modelo multidisciplinar, ou seja, a equipe tática possui quatro elementos:

2.3.1 Escudeiro:

a função do escudeiro consiste em dar proteção à equipe, tanto no *cone da morte*, que será explicado posteriormente, quanto por ocasião dos arrombamentos com a utilização de explosivos. O uso do escudo nas invasões táticas é amplamente aceito, pois, além de proteger a equipe, funciona também como uma circunstância que possibilita estabelecer contato com o transgressor da lei, com uma margem de segurança maior.

2.3.2 Equipe de invasão:

a equipe de invasão proporciona um maior efeito intimidatório em relação ao transgressor da lei e uma ocupação do local em menor tempo.

2.3.4 Atirador de elite e observador:

o atirador de elite e seu observador atuam separados do resto da equipe tática. Sua função consiste em encontrar um local adequado para posicionamento, a fim de tornar viável a utilização da alternativa tática denominada tiro de comprometimento.

O observador auxilia o atirador de elite nessa tarefa e tem por objetivo, também, observar o local com instrumentos óticos, colhendo todas as informações que sirvam de subsídio para o planejamento da ação.

2.3.5 Explosivista:

O explosivista da equipe é o responsável pelas granadas de distração e também pelas técnicas de arrombamento, para franquear o acesso da equipe ao local da crise, seja pela entrada mecânica (com uso de aríete, corta-fio ou pé-de-cabra), arrombamento com carabina calibre 12 ou mesmo com uso de explosivos.

Capítulo 3

DAS CAUSAS QUE TORNAM UMA CONDUTA LÍCITA

3.1. As Causas Legais Excludentes de Antijuridicidade

Como já citado alhures, crime ou delito é fato típico e ilícito. Para que o comportamento seja considerado criminoso é necessário que ele seja um fato típico (descrito por lei como crime) e antijurídico. A ilicitude ou antijuridicidade, que pode ser entendida como a contradição entre o comportamento do sujeito e a ordem jurídica, pode ser excluída por determinadas causas. Ora, se essa é a definição de crime, quando ausente a ilicitude, a conduta humana torna-se lícita e conseqüentemente o crime desaparecerá. São as chamadas causas excludentes de ilicitude definidas no art.23, do Código Penal e da mesma forma no art.42 do Código Penal Militar:

Art.23. Não há crime quando o agente pratica o fato:

- I- em estado de necessidade;
- II- em legítima defesa;
- III- em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito.

Entenda-se, o legislador ao estabelecer as causas que excluem a ilicitude da conduta, diz expressamente que “não há crime” por falta de um elemento que o compõe, ou seja, a ilicitude. Para melhor compreensão, um sujeito que mata alguém, amolda sua conduta ao tipo do artigo 121, do Código Penal, que define o crime de homicídio. Há tipicidade na sua conduta, mas se ficar explicitamente provado que cometeu homicídio em legítima defesa, por exemplo, não há ilicitude em sua ação e a conduta não é considerada antijurídica por expressa determinação do art.23 do Código Penal.

Importantíssimo salientar que nas causas de exclusão de ilicitude, qualquer que seja, tem que estar presente para a caracterização o elemento subjetivo, ou seja, a finalidade de atuar amparado por ela ou, de forma mais ampla, de conduzir-se conforme o direito. Assim, só poderá invocar legítima defesa quem objetivamente se defende ou defende a outrem; o estado de necessidade, quem atua para evitar um mal.

Para melhor entendimento, exemplifica Capez⁹:

o sujeito mata o cachorro do vizinho, por ter latido a noite inteira e impedido seu sono. Por coincidência, o cão amanheceu hidrófobo e estava prestes a morder o filhinho daquele vizinho (perigo atual). Como o agente quis produzir um dano e não proteger o pequenino, pouco importam os pressupostos fáticos da causa justificadora: o fato será considerado ilícito por falta de finalidade de afastar o perigo.

As causas de exclusão da ilicitude estão previstas na Parte Geral do Código Penal, mas existem causas de exclusão da ilicitude previstas na Parte Especial, como nas de aborto necessário e sentimental (CP, art.128, I e II)¹⁰ e o consentimento do ofendido que, embora não incluído no rol do art.23 do CP, é reconhecido como discriminante¹¹.

Esclarecemos, a partir de agora, cada uma delas.

Estado de Necessidade. Reza o art.24 do Código Penal:

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.

A excludente de ilicitude chamado estado de necessidade, somente poderá ser judicialmente admitida se todos os requisitos estiverem presentes no momento da prática do fato.

No estado de necessidade existem dois ou mais bens jurídicos em litígio, de modo que a preservação de um depende da destruição dos demais. Em outras palavras, quando o agente age em estado de necessidade ele destrói um bem para salvar outro. Como se vê, há, *in casu*, um flagrante conflito de bens jurídicos tutelados pela lei penal. Visando dirimir este conflito surgiram duas teorias a respeito do estado de necessidade: a Teoria Unitária e a Teoria Diferenciadora.

⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 3 ed. 252p.

¹⁰ DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 6 ed. Editora Renovar. 45 p.

¹¹ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 389 p.

Pela Teoria Unitária, que foi a adotada pelo nosso Código Penal, o estado de necessidade é sempre causa de exclusão de ilicitude. Não existe comparação de valores, pois ninguém é obrigado a ficar calculando o valor de cada bem jurídico em conflito, bastando que atue de acordo com o senso comum do que é razoável. Assim, ou o sacrifício é aceitável, e o estado de necessidade atua como excludente, ou não é razoável e o fato passa a ser ilícito.

Para a Teoria Diferenciadora deve ser feita uma ponderação entre os valores dos bens e deveres em conflito, de modo que o estado de necessidade só será considerado causa de exclusão da ilicitude quando o bem jurídico sacrificado for menor de valor que o preservado. Quando o bem destruído for de valor igual ou superior ao bem preservado, o estado de necessidade continuará existindo, mas como causa de exclusão da culpabilidade que, como já foi dito, será tratada em capítulo à parte, como modalidade de exigibilidade de conduta diversa. Assim, para esta teoria, o estado de necessidade somente será considerado como causa de exclusão da ilicitude quando o bem salvo for de maior valor; se for de valor igual ou inferior, não haverá estado de necessidade e sim causa de exclusão da culpabilidade; é o que a teoria chama de estado de necessidade exculpante, que será abordado quando falarmos nos elementos que compõem a culpabilidade.

Verifiquemos este exemplo: dois naufragos disputam uma única bóia. Um mata o outro para salvar a sua própria vida. Pela teoria unitária, que é a adotada pelo Código Penal Brasileiro, estaria caracterizado o estado de necessidade, mesmo que os bens em litígio sejam do mesmo valor, pois na situação estavam presentes todos os requisitos exigidos pelo art.24 do mesmo *codex*. Já de acordo com a teoria diferenciadora, sendo os bens de igual valor, não há estado de necessidade e sim causa de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa (estado de necessidade exculpante). Lembremos que esta teoria não é adotada pelo nosso diploma penal, mas foi adotada pelo Código Penal Militar, no art.39, com o título de “Estado de necessidade como excludente de culpabilidade”.

Art.39. Não é igualmente culpado quem para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa.

Os requisitos para o estado de necessidade são: a situação de perigo; o perigo tem que ser atual; o perigo não pode ter sido causado voluntariamente pelo agente; inexistência do dever legal de afastar o perigo; defesa de um direito próprio ou alheio; o perigo deve ser inevitável e o sacrifício inexigível.

Situação de Perigo – Há situações na vida em que o direito de uma pessoa está em conflito com o direito de outra. Tal conflito poderá resultar de uma situação perigosa resultante de uma ação humana ou por fato do animal ou da natureza. Inundação, naufrágio, incêndio, fome e outras situações de perigo individual ou coletivo acarretam a prática de condutas movidas pelo instinto de conservação. Trata-se de uma reação natural para remover o perigo que constitui a probabilidade de um evento temido, como morte, lesão etc.

O perigo tem que ser atual – Embora o Código Penal se refira à atualidade do perigo, há doutrinadores¹² que admitem o estado de necessidade também na hipótese de perigo iminente. O assunto não é pacífico também na jurisprudência como demonstramos a seguir: *“Não há falar em estado de necessidade se, ao praticar o crime, não se achava o acusado sob perigo atual ou iminente à sua saúde”* (TJSP – AC – Rel. Arruda Sampaio); *“Para o reconhecimento da excludente de estado de necessidade, que legitimaria a conduta do agente, é necessária a ocorrência de um perigo atual e, não, um perigo eventual e abstrato”* (TACRIM-SP – AC – Rel. Pedro Gagliardi).

Capez, em seu Curso de Direito Penal, Parte Geral, vol. 1, 3 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2001, considera incabível o estado de necessidade no perigo iminente, pelo simples motivo de *“que o perigo atual já se considera uma iminência...a iminência de dano”*.

¹² DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. Pág. 390. Editora Forense.

O perigo não pode ter sido causado voluntariamente pelo agente – A lei não favorece o provocador voluntário da situação de perigo. Trata-se de aplicar um princípio geral do direito segundo o qual ninguém poderá tirar proveito de sua conduta irregular.

Inexistência do dever legal de afastar o perigo – sempre que a lei impuser ao agente o dever legal de enfrentar o perigo, deve ele tentar salvar o bem ameaçado sem destruir qualquer outro, mesmo que para isso tenha que correr os riscos inerentes a sua função. O Código Penal estabelece que não pode alegar estado de necessidade quem tem o dever legal de enfrentar o perigo (art.24, §1º). O exemplo clássico é o do bombeiro que, tendo a obrigação legal de apagar o fogo, não pode sacrificar bem jurídico alheio para fugir da situação perigosa criada pelo incêndio.

Defesa de um direito próprio ou alheio – O direito a que se refere o art. 24 do CP deve ser entendido como bem jurídico tutelado pela lei penal, como a vida, o patrimônio, a integridade física e mental, a honra etc.

Inevitabilidade da situação de perigo – A situação de inevitabilidade deve ser aferida em cada caso concreto, ou seja, pelo critério objetivo. Se o agente não puder, de outro modo, contornar a situação perigosa, deve se reconhecer a causa de exclusão de ilicitude.

Inexigibilidade do sacrifício – É indispensável que, nas circunstâncias do caso concreto, não era razoável exigir o sacrifício do bem ameaçado. Por exemplo: a destruição de um obstáculo, material ou humano, pelo sujeito que procura salvar-se do incêndio, por ele não provocado e que gerou uma situação de pânico dentro do cinema.

Por fim podemos falar em estado de necessidade putativo.

Este, ao contrário do estado de necessidade real que é causa de exclusão da ilicitude, é dito como causa de exclusão de culpabilidade e ocorre quando o agente supõe por erro, que se encontra em situação de perigo.

Supondo o agente, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, estar no meio de um incêndio, não responderá por lesões corporais ou morte para salvar-se. Falaremos mais sobre o estado de necessidade putativo quando explicarmos a culpabilidade e as causas que as excluem.

Legítima defesa – Neste tópico trataremos da mais conhecida das causas justificantes, a legítima defesa.

Todos temos o direito de proteger o nosso bem jurídico, ou do próximo, de qualquer agressão ou ataque injusto.

Diz-se em legítima defesa quem, empregando moderadamente os meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, contra um bem jurídico próprio ou alheio¹³.

A legítima defesa tem sua natureza jurídica definida como causa de exclusão da ilicitude, pela exegese do art. 23 c/c o art. 25, todos do Código Penal, assim como no art. 44 do Código Penal Militar.

É considerada, por alguns autores, uma causa objetiva de exclusão pois o legislador não exigiu para a sua caracterização a vontade de defender-se; destarte, para se configurar é necessário a apreciação do fato, qualquer que seja o estado subjetivo do agente, ou qualquer que seja a sua convicção.

Outros autores entendem que o agente tem que ter a consciência de que está se defendendo, o elemento subjetivo tem que existir para consolidar a excludente.

Compactuo com o segundo entendimento, pelo simples fato de que se assim não fosse estaria se reconhecendo a excludente quando, por exemplo, o sujeito atirar em um ladrão que está à porta de sua casa, supondo tratar-se de um cobrador de uma loja de eletrodomésticos onde o agente tem um débito a pagar.

¹³ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. Pág.195. 36º edição. Editora Saraiva.

Assim, são estes os requisitos essenciais da legítima defesa:

Agressão injusta atual ou iminente – É indispensável que haja inicialmente, por parte do agente, reação contra aquele que está praticando uma agressão. Agressão é ato humano que lesa ou põe em perigo um direito. Embora, via de regra, implique em violência, nem sempre esta estará presente na agressão, pois poderá consistir em ataque sub-reptício, como no furto, por exemplo. Imperioso salientar que agressão pressupõe conduta humana. Não há legítima defesa e sim estado de necessidade quando alguém atua para afastar um perigo criado pela força da natureza ou por um animal, salvo se este estiver sendo utilizado por outrem para uma agressão, o que a doutrina chama de autoria mediata. Esta ocorre quando o autor mediato, no caso o agressor, se serve de uma pessoa sem condições de discernimento para realizar por ele o crime, ou seja, ela é usada como um mero instrumento de atuação, como se fosse uma arma ou um animal. Outro detalhe interessante é que a agressão pode partir da multidão em tumulto e, contra esta, cabe a excludente, ainda que, individualmente, nem todos os componentes desejem a agressão.

A agressão deve ser atual ou iminente. Atual é a agressão que está acontecendo, iniciando-se ou a que ainda não terminou. Nos crimes permanentes, que são aqueles que a consumação se prolonga no tempo, como no caso da extorsão mediante seqüestro e do rapto, pode-se defender legitimamente a vítima, embora já esteja privada da liberdade há algum tempo, pois existe agressão enquanto perdurar esta situação.

Agressão iminente é a que está prestes a acontecer, a que existe quando se apresenta um perigo concreto, que não permita demora à repulsa. Não há legítima defesa contra agressão futura, remota que pode ser evitada por outro meio. Neste sentido é a jurisprudência:

“m qualquer modalidade de legítima defesa é indispensável o requisito da atualidade ou iminência da agressão. Assim, não pode ser reconhecida a justificativa penal, tratando-se de ofensa à honra do agente, quando este, passada a atualidade do fato, sai em perseguição ao ofensor e o agride, ferindo-o, pois tal procedimento importa em desforra ou vingança (TAMG – AC – Rel. Lamartine Campos – RT 463/417).

A legítima defesa, para sua configuração, exige que a agressão repelida seja injusta, atual ou iminente, além de moderados os meios empregues. Não age em legítima defesa quem agride desconhecido, após bate-boca proveniente de um quase acidente de trânsito e após a vítima ter se distanciado de seu agressor” (TACRIMSP – AC – Rel. Marrey Neto – JUTACRIM 95/98).

A reação tardia a uma agressão injusta a direito próprio desnatura a excludente da legítima defesa, configurando vingança, não ampara da pelo Direito” (TJMT – AC – Rel. Mauro Pereira – RT 582/389).

Outro detalhe importantíssimo com relação a esta excludente e que servirá como argumento adiante, quando estabelecermos a relação da atuação do sniper com as excludentes de ilicitude, é que a reação contra a agressão injusta deve ser exercida contra o agressor, mas se, por erro na execução, é atingido bem jurídico de pessoa inocente, nem por isso deixará de ser reconhecida a excludente, aplicando-se a regra inserida na lei a respeito do erro de execução, em que se considera a pessoa visada e não a atingida, em relação ao terceiro a apenas um acidente, causa independente da vontade do agente.

Diz-se que há erro na execução, também chamado de desvio no golpe ou aberração no ataque, quando o agente por inabilidade ou acidente, acerta, não a vítima visada, mas outra que se encontrava próxima daquela.

Neste caso, o agente responde como se tivesse praticado o crime contra a pessoa visada ou pretendida.

Ocorrendo *aberratio ictus*, não se consideram as qualidades da vítima, mas as da pessoa visada pelo agente¹⁴.

¹⁴ TACrSP, RT 489/379

A legítima defesa é reconhecida, mesmo quando, por erro na execução, terceira pessoa vem a ser atingida¹⁵.

O direito protegido pode ser próprio ou alheio – A legítima defesa ampara a proteção de um direito próprio ou alheio. Necessário esclarecer que o termo direito deve ser entendido como bem jurídico protegido pela lei penal.

Anteriormente a excludente só podia ser alegada quando em jogo a vida humana.

Hodiernamente, se admite a legítima defesa para a proteção de qualquer bem, seja a vida, a integridade física, o patrimônio, a honra, etc.

Questão bastante debatida é aquela com relação a se saber, se age em legítima defesa da honra o marido que mata a esposa colhida em flagrante adultério. A doutrina e a jurisprudência majoritárias inclinam-se no sentido de não admitir a legítima defesa da honra neste caso, pois esta é atributo pessoal e personalíssimo.

Destarte, a conduta da mulher adúltera vai ferir a sua própria honra e não a do marido.

“Honra é atributo pessoal, independente de ato de terceiro, donde impossível levar em consideração ser um homem desonrado porque sua mulher é infiel. A lei e a moral não permitem que a mulher prevarique. Mas negar-lhe, por isso, o direito de viver, seria um requinte de impiedade”(TJPR, RT 473/372).

Moderação no emprego dos meios necessários – Na reação deve, quem se defende da agressão injusta, se utilizar moderadamente dos meios necessários.

Meios necessários são os que o agente dispõe no momento em que rechaça a agressão, podendo ser até mesmo desproporcional com o utilizado no ataque, desde que seja o único à sua disposição no momento. Exemplo: se o sujeito tem um pedaço de pau e uma arma de fogo, se o primeiro é suficiente

¹⁵ TJSP, RT 600/321

para conter a agressão, este é o que deve ser utilizado; o emprego da arma, neste caso, é desnecessário.

Há quem sustente que a proporcionalidade e a agressão são imprescindíveis para existência do meio necessário. O Pretório Excelso (Supremo Tribunal Federal) já decidiu que o modo de repelir a agressão, também, pode influir decisivamente na caracterização dos meios necessários.

Capez¹⁶ afirma:

Não é o nosso entendimento. A necessidade do meio não guarda relação com a forma com que é empregado. Interessa apenas saber se o instrumento era o menos lesivo colocado à disposição do agente no momento da agressão. No exemplo do parálítico, entendemos que a arma era o único meio possível para conter o furto, diante da impossibilidade de locomoção do granjeiro, devendo, portanto, ser considerado meio necessário. A maneira com que foi utilizada essa arma (para matar, ferir ou assustar) diz respeito à moderação e não à necessidade do meio. Assim, se a arma foi empregada para matar o ladrão, a legítima defesa estará descaracterizada, não porque o meio foi desnecessário, mas porque a conduta foi imoderada,

O exemplo citado acima pelo autor é o do parálítico preso a uma cadeira de rodas que, não dispondo de outro meio para se defender, fere a tiros quem tenta furtar as suas frutas que estão à venda.

Vemos então, que os meios necessários são os que o agente dispõe no momento da agressão, mas este meio tem que ser usado moderadamente, sob pena de ser descaracterizada a justificante.

Deve, quem se defende, agir com moderação na reação, ou seja, não ultrapassar o necessário para repeli-la. Porém, a doutrina tem entendido que por ser legítima defesa reação humana, não se pode medir milimetricamente, quanto à proporcionalidade de defesa ao ataque sofrido pelo sujeito. Não se deve fazer, portanto, rígido confronto entre o mal sofrido e o mal causado pela reação, porém, havendo flagrante desproporção entre a ofensa e a reação, desnatura-se a legítima defesa. Haverá excesso na hipótese de responder-se

¹⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 260 p.

um tapa com um golpe mortal, ou quem mata uma criança por ela ter quebrado a vidraça da residência quando brincava de futebol. Na verdade, a proporcionalidade deve ser apreciada caso a caso.

Neste sentido:

O critério da moderação é muito relativo e, por isso, deve ser sempre apreciado em consonância com as peculiaridades do caso suj judice (TJSP – AC – Rel. Xavier Homrich – RT 513/414).

Sendo exagerada, violenta, descabida e desnecessária a reação do acusado, não o socorre a legítima defesa, por falta de moderação na repulsa (TJSP – AC – Rel. Marcio Bonilha – RT 525/351).

Conhecimento da situação de legítima defesa – mesmo que haja uma agressão injusta, atual ou iminente, a legítima defesa estará descartada se o agente desconhecia esta situação. Se a vontade do agente era de cometer um crime e não de se defender, ainda que por coincidência, o seu ataque acabe sendo uma defesa, o fato será ilícito, como foi citado no exemplo alhures (anterior ao item “a”).

Importantíssimo para o nosso estudo é estabelecer-se a diferença entre a legítima defesa e o estado de necessidade.

No estado de necessidade o bem jurídico é exposto a perigo; na legítima defesa o bem jurídico sofre uma agressão atual ou iminente.

No estado de necessidade há um conflito de dois ou mais bens jurídicos expostos a perigo; na legítima defesa há uma reação a um ataque ao bem jurídico da vítima ou de terceiro.

No estado de necessidade a conduta pode ser dirigida a terceiro inocente; na legítima defesa a conduta só pode ser dirigida contra o agressor.

No estado de necessidade o perigo pode ter sido criado por pessoa humana ou não; na legítima defesa só pode ser praticada por pessoa humana.

No estado de necessidade há uma ação; na legítima defesa há uma reação.

No estado de necessidade a agressão não precisa ser injusta; só há legítima defesa se a agressão for injusta. Exemplo clássico dado pelos doutrinadores: dois naufragos disputando a tábua da salvação. Um agride o outro para ficar com ela, mas nenhuma agressão é injusta, pois os dois estão em estado de necessidade, o que torna a ação dos dois lícita; neste caso temos estado de necessidade x estado de necessidade.

Outro detalhe importante é que a legítima defesa é cabível em qualquer agressão, desde que esta seja injusta. Assim pode alegar a legítima defesa quem sofre agressão injusta provocada por menor de 18 anos, doentes mentais, ébrios habituais, etc.

Também a legítima defesa é incabível quando o agressor está amparado por qualquer excludente de antijuridicidade; assim não cabe a justificante em quatro hipóteses:

- a) legítima defesa real contra legítima defesa real;
- b) legítima defesa contra estado de necessidade real;
- c) Legítima defesa real contra exercício regular de direito;
- d) Legítima defesa real contra estrito cumprimento do dever legal.

Nestas hipóteses discorridas acima, não poderá haver legítima defesa pelo simples fato da agressão não ser injusta, face às excludentes de ilicitude. Assim, se o agente agride um terceiro por estar tentando escapar de um assalto, este terceiro não poderá alegar legítima defesa para repelir a agressão porque ela (a agressão) era lícita, por estar o agressor acobertado pelo estado de necessidade.

Por fim, podem ocorrer casos em que o sujeito pensa que está agindo em legítima defesa e não está; é o que a doutrina chama de legítima defesa putativa.

Ocorre quando o agente, supondo por erro que está sendo agredido, repele suposta agressão. Neste caso, a legítima defesa não vai excluir o crime, pois não havia injusta agressão. O que vai acontecer é que este engano do agente, se inevitável, nos termos do art.20 § 1º do CP, vai excluir a culpabilidade, assunto que discorreremos adiante.

Estrito cumprimento do dever legal – Discorre o art. 23, III, 1ª parte: não há crime quando o agente pratica o fato em estrito cumprimento do dever legal.

Estrito cumprimento do dever legal ocorre quando o agente pratica um crime na realização de uma obrigação imposta por lei. Um fato que por si só analisado é considerado como crime, perde o seu caráter ilícito quando praticado no cumprimento de um dever legal. Quem age limitando-se a cumprir um dever que lhe é imposto por lei penal ou extra-penal e procede, sem abusos, no cumprimento desse dever, não ingressa no campo da ilicitude penal.

São os seguintes requisitos para o reconhecimento do estrito cumprimento do dever legal:

A existência de um dever oriundo da lei em sentido amplo (lei, decreto-lei, decreto, portaria). Essa lei, como citado alhures, pode ser penal ou extra-penal. O dever pode se originar de decreto, regulamento ou qualquer ato administrativo infralegal, desde que originários de lei.

O cumprimento desse dever, por parte de quem tem a competência funcional para fazê-lo – A excludente de ilicitude dirige-se aos funcionários e agentes públicos que agem por ordem da lei, porém não fica excluído o particular que exerce função pública, como os peritos nomeados pelo Juiz. Tratando-se de dever legal, estão excluídas da proteção as obrigações meramente morais, sociais ou religiosas. Haverá violação de domicílio, por

exemplo, se um sacerdote forçar a entrada em domicílio para ministrar a extrema-unção¹⁷.

A consciência de estar o agente cumprindo este dever – É o elemento subjetivo exigido para a caracterização da excludente, ou seja, o sujeito deve ter conhecimento de que está praticando um fato em face de um dever imposto por lei. Caso contrário, o fato é ilícito.

A atuação dentro dos estreitos limites fixados pela lei ou pelo regulamento – Prevendo o estrito cumprimento do dever, exige a lei que se obedeça rigorosamente às condições objetivas a que a ação esteja subordinada. Todo dever é limitado ou regulado em sua execução, e fora dos limites traçados na lei o que se apresenta é o excesso de poder punível, que pode caracterizar o delito de abuso de autoridade (lei nº 4.898/65, arts. 3º e 4º).

Assim, somente os atos rigorosamente necessários e que decorram de exigência legal amparam-se na excludente.

O cumprimento do dever legal somente é escrito quando não excede o limite racionalmente indispensável à sua realização, quer nos modos como nos meios empregados. A ação só será ajustada ao direito quando for observado o “arbítrio adequado ao dever”, como ensina Maurach. Imprescindibilidade absoluta no uso dos meios e proporção, eis os precisos limites da excludente (Heitor Costa Junior, “Estrito Cumprimento do dever legal, in RDP 19-20/113).

Exercício regular de direito – Como define Magalhães Noronha, *“Direito e crime são antíteses; onde há delito não há direito, onde existe direito não é possível crime”*.

Assim agindo o agente no exercício regular de um direito estará afastada a ilicitude, e por via oblíqua, o crime.

Qualquer pessoa pode exercitar um direito subjetivo ou faculdade prevista na lei penal ou extra-penal.

¹⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 186 p.

É Mandamento Constitucional inserto no art.5º, II, que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei.

Destarte, há exercício regular de direito na prisão em flagrante efetuada por um particular a um agente que está cometendo ou acaba de cometer um delito, por força de lei infraconstitucional, o Código de Processo Penal, e também na defesa de invasão de propriedade, amparado no Código Civil. Esclareça-se que não age o defensor e o autor da prisão em flagrante amparada pela excludente do estrito cumprimento do dever legal pois não tem, *in casu*, o dever legal de fazê-lo, mas exercita uma faculdade de agir conforme o direito.

Existe uma divergência doutrinária com relação se há ou não exercício regular de direito no constrangimento ilegal ou lesões provocadas no cônjuge que se recusa à prestação do débito conjugal ainda que imotivadamente e também no trote acadêmico. Defendo a posição de Mirabete¹⁸, de que nesses casos viola-se a liberdade individual amparada pela Constituição Federal. Ora, se o costume não pode revogar uma lei, nem há que se cogitar quanto a preceito constitucional.

3.2. Outras Causas da Exclusão de Ilícitude (As Causas Extralegais)

Indaga-se, se os tipos justificadores (o art.23 do Código Penal, por exemplo, que define as causas de exclusão da ilicitude) estão ou não sujeitos ao princípio do *numerus clausus*, isto é, se o rol que define as justificantes é exaustivo ou meramente exemplificativo.

Nos ensina Capez¹⁹:

A relação das causas excludentes de ilicitude não constitui *numerus clausus*. Esse rol, na realidade, é meramente exemplificativo, pois as fontes justificadoras podem ter sua origem em qualquer outro ramo do ordenamento jurídico ou até mesmo no costume. A lei apenas apresenta alguns casos-padrão em que a conduta é permitida, mas, em momento algum, pretende limitar o infinito universo de situações de tolerância ao fato típico. Não há colisão com o princípio da reserva legal, uma vez que aqui se cuida de norma não incriminadora, isto é, de redução do poder punitivo estatal, constituindo garantia ao direito de liberdade do cidadão.

¹⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 185 p.

¹⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 247 p.

Tem-se admitido que o consentimento do ofendido, quando este não for elementar do tipo penal, é considerado como causa extralegal de exclusão da ilicitude. Para entender:

O delito de invasão de domicílio, descrito no art.150 do Código Penal tem como um dos seus elementos o ingresso ou a permanência do agente na casa, sem o consentimento do morador. Ora, se o morador dá o seu consentimento, este opera como causa de exclusão da tipicidade da conduta e não da ilicitude. Porém, no crime de dano, tipificado no art.163 do Código Penal, o consentimento não é elemento do crime, porém se a vítima consente na produção do dano, neste caso o consentimento atuará como causa extralegal de exclusão de ilicitude.

A jurisprudência inclina-se neste sentido:

“Consentimento tácito do ofendido. O fato de a vítima manter-se inerte por mais de três meses e de o acusado do furto ter agido às claras demonstram que incorreu infração penal, dado o consentimento tácito do ofendido” (TACRIMSP – Ver. – Rel. Amaral Sales – JUTACRIM 73/45).

3.3. O excesso punível nas excludentes de ilicitude

Se exceder significa “passar, ir além de, ultrapassar um determinado ponto”.

O excesso pode ser aferido em todas as excludentes de ilicitude. Assim, não é só no caso de alguém matar para se defender, quando era suficiente ferir, que se revela o excesso.

Em relação às demais justificativas, há sempre extremos legais que podem ser franqueados, superados, excedidos.

O faminto que subtraiu uma quantidade de alimentos bem superior à necessária para saciar sua fome, atuará também com excesso.

De igual modo é identificável o excesso na conduta do agente policial que espanca até matar um indivíduo contra quem tem um mandado de prisão, a fim de vencer a resistência inicial por ele oposta à prisão legal.

Também não deixa de ser excessivo o comportamento do policial que dispara contra uma multidão, ao invés de cumprir a ordem recebida de disparar para o alto.

Em todos estes exemplos, embora existam os pressupostos das causas de exclusão de ilicitude, as normas permissivas não terão possibilidade de pleno acionamento porque as pessoas por ela favorecidas não se mantiveram dentro das respectivas balizas: excederam-se ultrapassando os limites legais. E todo e qualquer excesso deve ser havido como ilícito, ensejando punição.

O excesso, segundo o Código Penal Brasileiro, pode ser doloso ou culposo.

É doloso quando, com plena consciência dos limites dentro dos quais se é autorizado a agir, estes são intencionalmente superados.

É culposo quando o agente, por não ter empregado o dever objetivo de cuidado que nas circunstâncias lhe era exigível, desvia-se dos limites fixados pela lei para a excludente, sempre que sua conduta esteja tipificada como crime culposo.

Importante salientar que o Código Penal Militar, prevê apenas o excesso a título de culpa, no art.45:

“O agente que em qualquer dos casos de exclusão de crime, excede culposamente os limites da necessidade, responde pelo fato, se este é punível a título de culpa.”

A questão do excesso punível assume importância particular em matéria de legítima defesa.

O excesso pressupõe, sem margem de dúvida, a existência anterior de situação de legítima defesa, isto é, a presença de uma agressão injusta atual ou iminente, a direito próprio ou de terceiro. É diante de uma agressão com tais características que deve ter desenvolvimento uma reação defensiva que necessita estar conformada a dois requisitos: a necessidade dos meios de defesa empregados e a moderação no uso desses meios.

O excesso insere-se exatamente neste ponto.

Ocorre ou porque houve o emprego de meios defensivos desnecessários (o agente poderia defender-se de modo eficaz adotando meio menos gravoso) ou porque houve uso imoderado dos meios defensivos (o agente deveria defender-se atuando de forma proporcionada à agressão).

Numa ou noutra hipótese, houve a superação dos limites legais traçados pela justificativa: ocorreu em suma um excesso e tal *plus* assume um caráter antijurídico (pode ensejar, inclusive, a legítima defesa do inicial agressor).

O excesso, por força do parágrafo único do art.23 do Código penal, deve ser analisado subjetivamente, não apenas sob o enfoque do dolo, mas também sob o ângulo da culpa em sentido estrito.

É indispensável verificar, antes de mais nada, se o excesso foi doloso, ou melhor, se o agente, valendo-se da situação vantajosa de defesa em que se achava, excedeu-se conscientemente, isto é, escolheu o meio desproporcionado (preferindo este a outro meio menos prejudicial de que podia dispor) ou quis o *plus* da reação, agindo por ódio ou espírito de vingança.

Neste caso, a vontade do agente não se acomoda mais ao lado da subjetividade própria da justificativa, ou seja, o *animus defendendi*, consciência e vontade da discriminante legal.

Presente o excesso doloso, não há cogitar de legítima defesa e o resultado deve ser debitado ao agente a título de crime doloso, não tendo, destarte, nenhuma relevância o estado inicial de legítima defesa. Caberia, na hipótese, apenas uma atenuação da pena, com base no art.65, “c”, parte final do Código Penal.

Celso Delmanto²⁰ figurou dois exemplos que esclarecem bem o excesso doloso, tanto na legítima defesa, quanto no estado de necessidade:

Quase a morrer de fome, o sujeito arromba uma casa abandonada e se alimenta; após saciado, aproveita a ocasião e lança mão de licores ou champanha, levando-os embora. Agiu em estado de necessidade até se alimentar, razão pela qual fica excluída a licitude do furto qualificado pelo arrombamento; mas responderá pelo excesso que cometeu a seguir, ou seja, o furto simples das bebidas, pois a conduta anterior ficou abrigada pela justificativa.

No outro exemplo, o sujeito em legítima defesa, fere gravemente seu agressor e o derruba; mas após estar ele prostrado, excede-se e ainda o fere levemente. Não haverá crime pela lesão corporal grave praticada em legítima defesa, mas o agente será responsabilizado pelo seu excesso, ou seja, lesão posterior à defesa.

Excluída a caracterização do excesso como doloso, torna-se imprescindível observar se não foi ele de caráter culposos.

Na reação defensiva, o agente embora não alimente a intenção de ir além dos limites da justificativa, pode vir a provocar um *plus*, por faltar ao dever objetivo de cuidado que lhe era, nas circunstâncias, exigível. Assim, ou porque não avaliou corretamente a gravidade do perigo ou porque não mensurou, com adequação, o seu modo de reagir, o agente pode exceder-se vindo a responder por crime culposos se o mais por ele provocado estiver tipificado.

A doutrina, apesar de não ser unânime, fala também em excesso exculpante na legítima defesa, e é tida como causa supra-legal de exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa, e ocorre quando o agente, pela situação de pânico, terror ou pavor decorrente da agressão

²⁰ DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. Pág. 45. 2ª Edição. Editora Saraiva.

injusta, se excede na moderação ou no uso dos meios necessários, por não ser exigível, na situação em que se encontrava, conduta diferente da que praticou. Sobre este tema, voltaremos a discorrer quando falarmos das causas supralegais de exclusão da culpabilidade.

Também, quando avaliarmos a conduta do atirador de elite na produção de algum resultado lesivo, voltaremos ao assunto do excesso que, *prima facie*, conforme o caso, pode a vir a caracterizar-se como culposo e não doloso pelas circunstâncias.

Capítulo 4

CULPABILIDADE

4.1. Conceito

A palavra culpa, segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira²¹, quer dizer:

1. Conduta negligente ou imprudente, sem propósito de lesar, mas da qual proveio dano ou ofensa a outrem. 2. Falta voluntária a uma obrigação, ou a um princípio ético. 3. Delito, crime, falta (...) 4. Transgressão de preceito religioso; pecado. 5. Responsabilidade por ação ou omissão prejudicial, reprovável ou criminosa (...) 6. Violação ou inobservância duma regra de conduta, de que resulta lesão do direito alheio (...)

Para Aurélio, culpabilidade é estado ou qualidade de culpável, aquele a quem se pode lançar culpa, digno de censura, condenável, repreensível.

No linguajar popular, a palavra culpa, atribuição censurável a alguém de fato ou acontecimento condenável, não vai diferenciar muito do seu significado jurídico. Contudo, sobre o prisma jurídico-penal, a questão não é tão simples assim como poderíamos supor.

Atualmente, já está assentado que o princípio da Culpabilidade constitui não só um princípio de Direito Penal, como também de Direito Constitucional, que repudia qualquer espécie de responsabilidade objetiva.

Responsabilidade objetiva é aquela em que basta se aferir se a conduta praticada pelo agente deu causa ao resultado, sem se verificar se o mesmo agiu com dolo ou culpa. Assim, pela responsabilidade objetiva, poderia se condenar o fabricante de armas, por exemplo, no caso de um homicídio com o emprego do revólver que produziu, o que sabidamente é um absurdo e totalmente contrário ao direito. A responsabilidade objetiva não é acatada pelo sistema penal pátrio.

²¹ in *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.

Exatamente por isso, para que se possa impor uma pena ao indivíduo é preciso que o fato seja reprovável e é mister que seja culpável.

Assim, no Direito Penal atual é inconcebível falar em crime e, portanto, em pena sem culpa, fato expresso no brocardo latino *nullum crimen nulla poena sine culpa*. Exatamente por isso que hodiernamente o Direito Penal é conhecido como Direito Penal da Culpabilidade.

Como vimos anteriormente, o crime é classificado pela doutrina finalista, que é a adotada pelo Código Penal Brasileiro, como ação típica (tipicidade) e ilícita ou antijurídica (ilicitude).

Para os autores que adotam a teoria causalista, crime é fato típico, ilícito e culpável.

A culpabilidade, para os finalistas, não faz parte do conceito de crime e sim é um pressuposto para a aplicação da pena.

Considerar alguém culpado por algum fato é atribuir-lhe um conceito negativo de reprovação.

A Culpabilidade é exatamente isso, a possibilidade de se considerar alguém pela prática de uma infração penal.

É um juízo de reprovação e censurabilidade sobre o agente que praticou a conduta.

A Culpabilidade é considerada como pressuposto para a apenação e não como elemento do crime, pois não se concebe ela, ao mesmo tempo, estar dentro do crime como seu elemento e fora como juízo de valor sobre o agente.

Quando se fala em Culpabilidade estamos falando na culpa *lato sensu* (em sentido amplo), que difere da culpa *stricto sensu* (em sentido estrito). Esta

é a falta de cuidado, que se traduz na imprudência, imperícia e negligência, que são as suas modalidades quando nos referimos aos crimes culposos. Aquela é juízo de reprovação sobre o autor do ilícito penal que se perfaz na condição *sine qua non* para a aplicação da sanção cominada em lei ao autor do delito.

Quando alguém comete uma infração penal, esse alguém fica passível de ser submetido a uma censura por parte do poder punitivo estatal; é como se o Estado-Juiz lhe afirmasse: você praticou um crime e por isso poderá ser punido.

É nesse desvalor do autor e de sua conduta que consiste a Culpabilidade.

Na evolução doutrinária, encontraremos diversas teorias a respeito da culpabilidade, tendo destaque a teoria psicológica, a teoria psicológico-normativa e a teoria normativa pura da Culpabilidade.

Neste trabalho e para melhor compreensão do tema, nos limitaremos a abordagem da última (normativa pura) que surgiu com a teoria finalista, que como já foi dito é a adotada pelo Código Penal.

Por esta teoria os elementos subjetivos, ou seja, a intenção do agente (dolo e culpa em sentido estrito) são extraídos da Culpabilidade e transferidos para a ação e, conseqüentemente, para o tipo penal.

4.2. Elementos

De acordo com a teoria normativa pura da Culpabilidade os elementos que a compõem são: a imputabilidade; o potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

A partir de agora, explicaremos um a um os elementos que compõem a Culpabilidade, conduta fundamental para o esclarecimento do tema que abordamos.

4.2.1. Da Imputabilidade Penal

Ser imputável é poder entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com este entendimento. O agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está cometendo uma infração penal. Além disso, deve ter totais condições de controle sobre a sua vontade.

Assim imputável não é apenas aquele que tem capacidade para entender o caráter ilícito do crime que está praticando, mas também aquele que tem comando sobre a sua vontade, de acordo com este entendimento.

Portanto, será considerado inimputável o agente que é inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato que pratica ou não tem controle sobre a sua vontade embora tenha consciência do caráter ilícito do fato.

Assim, a inimputabilidade pode ser definida, sinteticamente como a incapacidade de culpa, isto é, a conduta não pode ser reprovada porque o agente é portador de anomalia mental ou é menor ou, ainda, encontra-se em situação que não lhe permite entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, como ocorre no caso da embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior.

Como foi citado alhures, a inimputabilidade pode advir d doença mental; desenvolvimento mental incompleto (é o caso dos menores de 18 anos que são considerados inimputáveis pela Constituição Federal, art. 228 e pela lei penal, nos termos do art. 27 do Código Penal); desenvolvimento mental retardado e embriaguez completa proveniente de caso fortuito e força maior.

Capez²² nos dá o seguinte exemplo:

Um dependente de drogas tem plena capacidade para entender o caráter ilícito do furto que pratica, mas não consegue controlar o invencível impulso de continuar a consumir a substância psicotrópica, razão pela qual é impelido a obter recursos financeiros para adquirir o entorpecente, tornando-se um escravo de sua vontade, sem liberdade de autodeterminação e comando sobre sua própria vontade, não

Destarte, a imputabilidade constitui-se de um aspecto intelectual, que consiste na capacidade de entendimento e de outro volitivo que consiste na capacidade de comandar a própria vontade.

4.2.2 Das causas que excluem a imputabilidade

Doença mental – É a perturbação mental ou psíquica, capaz de eliminar ou afetar a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de comandar a vontade de acordo com esse entendimento.

A expressão “doença mental” compreende a infundável gama de moléstias, como psicose, neurose, esquizofrenia etc.

Outro detalhe importante é que pela Lei nº 6.368/76, no art. 19 e parágrafo único, a dependência patológica de substância psicotrópica, como álcool e entorpecentes, é considerada como doença mental. É o caso do exemplo acima, citado por Capez.

Desenvolvimento mental incompleto – É, como o próprio título diz, o desenvolvimento que ainda não se concluiu, devido à recente idade cronológica do agente ou à sua falta de convivência em sociedade, ocasionando imaturidade mental e emocional.

²² in *Curso de Direito Penal. Parte Geral.* 28 p.

É o caso dos menores de 18 anos, considerados inimputáveis pelo Código Penal e dos silvícolas, inadaptados à sociedade.

Insta salientar que os menores de 18 anos são inimputáveis perante a lei penal, mas estão sujeitos aos procedimentos e às medidas sócio-educativas previstas na Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) quando cometerem um ato infracional que é o *nomen iuris* dado a crime pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Já para os silvícolas o laudo pericial é imprescindível para aferir a inimputabilidade.

Desenvolvimento mental retardado – É o comportamento incompatível com o estágio de vida em que se encontra a pessoa, estando, portanto abaixo do desenvolvimento incompleto.

É o caso dos oligofrênicos, que são pessoas de reduzidíssimo coeficiente intelectual, que estão classificados em débeis mentais, imbecis e idiotas. Estes, dada a sua quase incapacidade mental, ficam impossibilitados de efetuar uma correta avaliação da situação de fato que se lhes apresenta, não tendo, por conseguinte, condições de entender o crime que praticarem.

Embriaguez – É a causa capaz de levar à exclusão da capacidade de entendimento e vontade do agente. A expressão “embriaguez” deve ser considerada em sentido amplo e abrange não só a intoxicação provocada pelo álcool, mas também, por qualquer substância de efeitos psicotrópicos, seja morfina, cocaína ou qualquer alucinógeno.

A única embriaguez que exclui a imputabilidade é a não voluntária, também chamada acidental, proveniente de caso fortuito ou força maior, isso quando completa. Quando incompleta não vai excluir a imputabilidade, mas será usada como causa de diminuição de pena.

É importantíssimo para a constatação da imputabilidade do agente, saber-se se, ao tempo da ação ou omissão, o sujeito tinha condições de entender o caráter ilícito do fato que praticava ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Esta lição serve para todas as causas que excluem a imputabilidade. O momento da aferição se o sujeito era imputável ou não é o da ação ou omissão, ou seja, o momento em que está praticando a infração penal.

Emoção e paixão – Reza o artigo 28 do Código Penal que não excluem a imputabilidade a emoção e a paixão. Esta é o sentimento duradouro e profundo. Aquela é o sentimento abrupto e repentino. Ambas não excluem a imputabilidade, mas podem ser usadas como circunstâncias atenuantes ou causas de diminuição de pena.

4.2.3 Do potencial consciência da ilicitude

É cediço que o desconhecimento da lei é evitável, nos termos do art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil: *“ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”*.

Pela exegese (interpretação) do referido artigo, abstrai-se que não será excluída a culpabilidade alegar o sujeito que não conhece a lei ou a conhece mal. Isso não se confunde com a falta de consciência da ilicitude do fato.

O erro de proibição pode apresentar-se de várias formas, entre elas:

Erro sobre a ilicitude do fato – Dispõe o art. 21 do Código penal, em sua segunda parte: *“O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço”*.

O dispositivo refere-se a exclusão da culpabilidade do agente pela ausência e impossibilidade de conhecimento da antijuridicidade do fato. Note-

se que o legislador usou o termo “é isento de pena” ao iniciar o art.21 reforçando a tese de que a culpabilidade é pressuposto para a aplicação da sanção penal e não integrante do conceito de crime. Quando afirma, “é isento de pena”, quer o legislador dizer que o crime existe, mas o agente não poderá ser condenado por ausência de culpabilidade, por não ter condições de entender a ilicitude do fato.

Como foi citado alhures, o erro pode ser evitável (inescusável) ou inevitável (escusável).

Se o erro é inevitável, fica o réu isento de pena, se o erro era evitável, não haverá exclusão da culpabilidade e sim diminuição da pena a ser aplicada.

Erro inevitável sobre a existência de uma causa excludente de ilicitude – Não há culpabilidade quando o agente supõe, por erro inevitável, que sua conduta, ainda que típica, não é contrária à lei por estar amparada em uma causa excludente de ilicitude.

Por exemplo: matar uma pessoa gravemente ferida, a seu pedido, para livrá-la de um mal incurável, supondo o agente que a eutanásia é permitida.

Erro sobre a posição de garantidor – A posição de garantidor está diretamente ligada aos delitos omissivos impróprios, também chamados de comissivos por omissão. Decorre do dever legal de enfrentar o perigo, ou seja, o dever de agir. Assim responde por homicídio o salva-vidas que, vendo um banhista se afogar, se omite no seu dever e deixa a vítima morrer afogada.

Nesse tipo de erro, o sujeito não sabe que é considerado pela lei como garantidor da não ocorrência do resultado, ou seja, não tem a consciência da condição que o coloca na qualidade de garante.

Erro que incide sobre a norma proibitiva – O sujeito sabe o que faz, porém não conhece a norma jurídica ou não a conhece bem e a interpreta mal; é conhecido como erro de proibição direto. O agente, por erro, supõe ser lícito seu comportamento de retirar do lar uma jovem de 20 anos, com o

consentimento desta, mas à revelia do responsável, por desconhecer a violação ao pátrio poder. Neste caso, o agente erra com relação à norma penal e não sobre a lei.

Suposição errônea de uma causa excludente de ilicitude não reconhecida juridicamente – Pode haver erro de proibição sobre os limites objetivos ou subjetivos de uma causa de justificação. Como exemplo podemos citar a chamada legítima defesa da honra quando o agente mata o cônjuge ao surpreendê-lo em flagrante adultério. O agente supõe por erro inevitável que a sua conduta é lícita, por pensar que a legítima defesa da honra é amparada pelo ordenamento jurídico pátrio, o que na realidade não acontece. A honra é bem personalíssimo. Não pode alegar legítima defesa da honra o cônjuge enganado, pois a honra manchada é a da esposa adúltera e não a sua.

Suposição errônea que age amparado por excludente de ilicitude – São as chamadas discriminantes putativas. O agente supõe que está agindo licitamente ao imaginar que se encontram presentes os requisitos de uma causa excludente de antijuridicidade prevista em lei, ou seja, o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito. Dispõe o parágrafo 1º do art.21 do CP: “É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo”. O exemplo clássico de uma discriminante putativa é o caso de um agente que, supondo que um inimigo vai alvejá-lo, quando encontra com o mesmo na rua, em virtude do desafeto enfiar a mão no bolso, saca do seu revólver e dispara contra ele, matando-o instantaneamente, verificando-se posteriormente que a vítima estava desarmada e que iria somente retirar um lenço do bolso. É a chamada legítima defesa putativa. Em todos os casos das discriminantes putativas, o agente supõe, por erro inevitável, que está agindo amparado por uma justificante, excluindo-se o potencial consciência da ilicitude e por via oblíqua a culpabilidade.

Detalhe importante. Em todas as hipóteses de erro de proibição discorridas, o erro para excluir a culpabilidade tem que ser inevitável; se evitável, haverá reprovação e o erro será considerado como atenuante ou causa de diminuição de pena.

4.2.4 Da exigibilidade de conduta diversa

Dos três elementos que compõem a culpabilidade, a imputabilidade, o potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, esta última é a que vai requerer um maior aprofundamento neste estudo, pelo fato de ser essencial para amparar juridicamente a atuação do atirador de elite na missão policial.

Tal elemento provém do princípio segundo o qual a pena é personalíssima, não podendo ser aplicada contra quem não deu causa ao evento criminoso.

A Exigibilidade de Conduta Diversa consiste na expectativa social de um comportamento diferente daquele que foi adotado pelo agente. Somente haverá exigibilidade de conduta diversa quando a coletividade podia esperar do sujeito que tivesse atuado de outra forma.

Não podendo o sujeito agir conforme o direito, a reprovabilidade da conduta desaparece, isso porque tal reprovabilidade existe exatamente quando o agente pode realizar a conduta de acordo com o ordenamento jurídico e, no entanto, age de outro modo, violando-o. Assim, a exigibilidade de conduta diversa aparece como elemento da culpabilidade, excluindo-a quando o comportamento diferente não pode ser reclamado (inexigibilidade de conduta diferente).

Há quem afirme que a inexigibilidade de conduta diversa é a essência de todas as causas de justificação.

Destarte, reiterando, a exigibilidade de comportamento, conforme o direito, é um dos elementos da culpabilidade. A sua ausência é manifestada pela inexigibilidade de conduta diversa (que será tratada em capítulo à parte), que exclui, portanto, a culpabilidade, do mesmo modo que a inimputabilidade e a falta de consciência da ilicitude também a excluem.

O agente pode praticar uma ação típica, ilícita, sem contudo ser culpável por estar amparado por uma das causas que excluem a culpabilidade, dentre elas a inexigibilidade de conduta diversa, que é considerada, para muitos, uma causa supra-legal de exclusão da culpabilidade e, para outros, uma causa legal de exclusão.

O nosso Código penal, no art.22 reza: “Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem”.

O legislador infra-constitucional, no artigo citado alhures, criou duas causas de exclusão da culpabilidade que são consideradas causas legais por estarem expressamente previstas na legislação penal pátria e é sobre estas causas legais que passaremos a explicar a seguir:

Da coação irresistível – Coação é o emprego de força física ou de grave ameaça contra alguém, no sentido de que faça ou deixe de fazer alguma coisa.

A coação pode ser física (*vis absoluta*) ou pode também se apresentar como coação moral (*vis compulsiva*).

A coação física é o emprego de força bruta tendente a que a vítima (coato) faça alguma coisa ou não. Já a coação moral é o emprego de grave ameaça contra alguém, no sentido de quer realize um ato ou não.

É mister salientar que a coação da qual trataremos é tão-somente a moral, posto que a coação física exclui a própria ação e, conseqüentemente, a

conduta que é elemento do fato típico; ora, sem conduta e vontade não há que falar em crime.

Nos ensina Mirabete:

“Existe na coação moral uma ameaça e a vontade do coato não é livre, embora possa decidir pelo que considere para si um mal menor; por isso trata-se de hipótese em que se exclui não a ação, mas a culpabilidade, por não lhe ser exigível comportamento diverso. É indispensável, porém, que a coação seja irresistível, ou seja, inevitável, insuperável, inelutável, uma força de que o coato não se pode subtrair, tudo sugerindo situação à qual ele não se pode opor, recusar-se ou fazer face, mas tão somente sucumbir, ante o decreto inexorável. É indispensável que a acompanhe um perigo sério e atual de que ao coagido não é possível se eximir, ou que lhe seja extraordinariamente difícil suportar. Nesta hipótese não se pode impor ao indivíduo a atitude heróica de cumprir o dever jurídico, qualquer que seja o dano a que se arrisque”.

Importante salientar que, como citado alhures, a coação moral, para excluir a culpabilidade, tem que se apresentar como irresistível. Tratando-se de coação resistível não há exclusão da culpabilidade, incidindo uma circunstância atenuante, que irá diminuir a pena a ser aplicada em uma eventual condenação.

Outro detalhe importante é que a ameaça geradora da coação moral irresistível pode ter por objeto não a pessoa do coato, mas outras que estejam sentimentalmente ligadas a esta, como a esposa, os filhos, amigos etc.

Com relação à coação física irresistível, como já citado anteriormente, não concorre a liberdade psíquica ou física. Não há no agente a vontade de realizar a conduta, pelo que não há o próprio comportamento, primeiro elemento do fato típico. Destarte, não há crime por ausência de conduta, aplicando-se no caso o disposto no art. 13 caput do Código Penal, que trata da relação de causalidade da conduta do agente com o crime praticado. Logo o art.22 não trata da coação física, mas tão somente da coação moral irresistível.

Pode ocorrer, logicamente quem em hipótese remotíssima, coação moral irresistível putativa (por erro); é o caso do empregado que recebe um bilhete em que se ameaça exterminar seu filho que foi seqüestrado, obrigando-o a colaborar num roubo contra a empresa em que trabalha; posteriormente descobre-se que o bilhete era para um colega. No exemplo, há evidente

coação moral irresistível putativa porque o sujeito, por erro, estava submetido ao constrangimento e também não se lhe podia exigir comportamento diverso. A coação moral irresistível putativa, também excluirá a culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa.

Obediência hierárquica – É a obediência à ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico, tornando viciada a vontade do subordinado e afastando a exigência de conduta diversa; em outras palavras, é a manifestação de vontade do titular de uma função pública a um funcionário que lhe é subordinado, no sentido de que realize uma conduta positiva (fazer) ou negativa (não fazer).

São requisitos para a configuração da obediência hierárquica: 1. um superior; 2. um subordinado; 3. uma relação de direito público entre ambos, já que o poder hierárquico é inerente à Administração Pública, estando excluídas da hipótese de obediência hierárquica as relações de direito privado, como a de patrão e empregado; 4. uma ordem do superior para o subordinado; 5. ilegalidade da ordem, pois a ordem legal exclui a ilicitude pelo estrito cumprimento do dever legal; 6. aparente legalidade da ordem.

É necessário distinguir primeiramente a consequência da obediência de ordem legal e de ordem não manifestamente ilegal. No primeiro caso (o cumprimento de ordem legal), temos uma clara causa de exclusão de ilicitude, por estar o agente em estrito cumprimento do dever legal, nos moldes do art.23 do Código Penal. É evidente de que se o agente cumpre ordem legal de superior hierárquico, não pode ser responsabilizado. Sua conduta pode ser até típica mas não é considerada ilícita. Aquele que, ao contrário, deixa de cumprir ordem legal poderá, se for militar, responder pelo crime de insubordinação, capitulado no art. 163 do Código penal Militar; se for funcionário público civil poderá, dependendo da desobediência, sujeitar-se a demissão.

No segundo caso (cumprimento de ordem não manifestamente ilegal) há exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa. Embora a conduta do subordinado constitua crime (fato típico e antijurídico), ele não pode

ser considerado culpado, em face de incidir em relevante erro de proibição (erro sobre a ilicitude do fato), diante disso, o subordinado não responde pelo crime.

Atualmente, não se admite mais o cego cumprimento de ordem ilegal, permitindo-se que o inferior examine o conteúdo da determinação, pois ninguém possui dever de praticar uma ilegalidade. Não se coloca o subordinado numa condição de julgador superior da ordem, o que criaria um caos na máquina administrativa, mas a ele se dá o direito de abster-se de cumprir uma determinação de prática de fato manifestamente contrário à lei mediante uma apreciação relativa. Relativa porque não lhe cabe julgar a oportunidade, a conveniência ou a justiça da prática do fato constitutivo da ordem, mas somente a sua legalidade.

No sistema militar, área de atuação do sniper policial, a obediência deve ser absoluta e não relativa, pela interpretação do art. 38 do Código Penal militar, que reza, *in verbis*:

Art. 38. Não é culpado quem comete o crime:

Coação irresistível

- a) sob coação irresistível ou que lhe suprima a faculdade de agir segundo a própria vontade.

Obediência hierárquica

- b) em estreita obediência a ordem direta de superior hierárquico, em matéria de serviços.

§ 1º Responde pelo crime o autor da coação ou da ordem.

§ 2º Se a ordem do superior tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso, ou há excesso nos atos ou na forma de execução, é punível também o inferior.

Destarte, pelo dois diplomas legais, não cabe ao subordinado a análise da legalidade da ordem. Então, se a ordem é ilegal, é ilegal também o fato praticado pelo subordinado, mas como não lhe cabe discutir sobre sua legalidade, encontra-se no estrito cumprimento do dever legal, ou seja, o dever legal de obedecer à ordem, não podendo ser responsabilizado por sua conduta. Fala também o artigo 38 do Código Penal Militar na responsabilidade pelo excesso, disso trataremos adiante.

Assim, o subordinado não responde pelo crime por ausência de culpabilidade. O fato criminoso, então, é imputado ao superior hierárquico que deu a ordem, é o que manda o art. 22, 2ª parte do Código Penal, *in fine* “se o crime é cometido em estrita obediência à ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor...da ordem”.

Na verdade, é inegável que a obediência hierárquica exclui a culpabilidade, mas divergem os autores com relação ao seu real sentido.

Alguns entendem que o subordinado labora em erro de proibição (erro sobre a ilicitude do fato), sustentando que o inferior hierárquico que comete o crime em obediência a ordem superior não manifestamente ilegal não procede culpavelmente, porque supõe estar praticando uma ação lícita, já que não percebe a ilegalidade da ordem.

Segundo Damásio de Jesus²³:

Se o subordinado crê seguramente que a ordem é ilegal, quando é ilegal, aplica-se o que a doutrina denomina erro de proibição (art. 21), incidindo o estrito cumprimento do dever legal putativo. Se a ordem não é manifestamente ilegal e o subordinado não incide em erro de proibição, havendo apenas um erro de interpretação a respeito de sua legalidade, aplica-se o princípio do art. 22, 2ª parte. O fato permanece ilícito, mas não é culpável o subordinado em face de relevante erro de direito, excludente da culpabilidade.

Para outros, o caso é de inexigibilidade de conduta diversa, pois desde que a ilegalidade da ordem não seja manifesta, incumbe ao subordinado executá-la, ainda que se perceba de estar praticando ação delituosa, por tratar-se de dever funcional. Não é exigível do subordinado outra conduta já que ele prefere praticar a ação a incidir em sanções disciplinares por desobediência.

Defende Fragoso²⁴

Se a ordem não for manifestamente ilegal, exclui-se a culpa do executor por inexigibilidade de outra conduta. A inexigibilidade, no caso, funda-se no dever de obediência que deflui do sistema de subordinação e disciplina a que o agente está submetido (...). Se o agente supõe ser lícita a ordem (não manifestamente ilegal), há também erro de proibição (erro sobre a ilicitude), que aqui se afirma ser relevante. Todavia, o verdadeiro fundamento da exclusão da culpa, nos casos de obediência hierárquica, é a inexigibilidade e não o erro, pois este pode não existir.

²³ *in Direito Penal. Parte Geral. Vol. 1. 434 p.*

²⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Manual de Direito Penal.*

Como se vê, a questão não é pacífica na doutrina, porém, já é mansa com relação à natureza jurídica da obediência hierárquica, tida como causa de exclusão da culpabilidade.

Por fim, assim como na coação irresistível pode ocorrer incidir o agente em obediência hierárquica putativa, quando laborar em erro invencível quanto à legalidade da ordem, afastando assim a culpabilidade. Neste sentido é a jurisprudência:

“Se o subordinado pratica o fato típico na crença firme de se tratar de ordem legal, não comete nenhum delito, mesmo que, ao depois, se verifique a ilegalidade da ordem. Cuida-se então de obediência hierárquica putativa, excludente de dolo e culpabilidade” (TACRIMSP – AC – Rel. Silva Pinto – JUTACRIM 84/400).

O artigo 348, § 2º do Código Penal – Alguns doutrinadores vêm também no art. 348, § 2º do CP uma causa legal de exclusão da culpabilidade baseada na inexigibilidade de conduta diversa. Tal norma prevê a isenção de pena do ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso que o favorece a subtrair-se da ação da autoridade pública.

No caso, o agente que comete o crime de favorecimento pessoal é intimamente ligado ao criminoso por parentesco e, a este agente, não é exigível que entregue à autoridade o seu afeto. Importante salientar que esta causa legal de exclusão da censurabilidade da conduta está prevista na Parte Especial do Código Penal.

O artigo 128, II do Código Penal – Há outra causa legal de exclusão da culpabilidade na Parte Especial do CP que é a do artigo 128, II que prevê a prerrogativa de aborto consentido pela gestante ou seu representante legal quando a gravidez é resultante de estupro. Isto porque o legislador e o ordenamento jurídico como um todo não podem exigir da gestante que prolongue ainda mais seu trauma e sofrimento resultante de um delito do qual foi vítima, ao dar à luz ao produto do crime.

A existência do estupro com a conseqüente gravidez insere a gestante em um contexto fático anormal capaz de tornar irresistível a prática do aborto, não se podendo afirmar, nesse caso, que está presente o dever de agir diferentemente. Alguns autores entendem o referido art. 128, II, como causa de exclusão da ilicitude e não de culpabilidade. Com a devida vênia, não compactuo com tal pensamento pelo simples fato de não se adequar o caso a nenhuma das hipóteses previstas no art. 23 do Código Penal, sendo, portanto excludente de culpabilidade mesmo pela inexigibilidade de conduta diversa com relação a gestante.

4.2.5 Da inexigibilidade de conduta diversa como causa legal e supra-legal de exclusão da culpabilidade

São divergentes os posicionamentos doutrinários quando o assunto refere-se à possibilidade de adoção do elemento inexigibilidade na exclusão da censura.

Parece lícito afirmar que a única razão para não se entender possível a adoção da inexigibilidade de conduta diversa como causa supra-legal de exclusão da culpabilidade, para alguns doutrinadores, é julgar exauridas no Código Penal todas as possibilidades de ausência de reprovação. Este, data vênia, não é nosso entendimento.

Se assim fosse, tal teoria tornar-se-ia mutável à medida que forem sendo demonstradas possibilidades outras de condutas incensuráveis por não se poder exigir diferente ação ou omissão do sujeito.

Assim, considerando a faculdade de uso da analogia para normas penais justificantes ou permissivas; considerando a exigibilidade de conduta diferente como pressuposto da culpabilidade e, considerando que o legislador jamais conseguirá prever todos os acontecimentos fáticos no mundo, não será

defesa a absolvição do agente, se não podia o ordenamento jurídico-criminal a ele impor outro comportamento, mesmo que esse ordenamento não tenha antevisto a faculdade.

Não há reprovabilidade se, na situação em que o agente se encontrava, não se lhe podia exigir conduta diversa. Permanece a ilicitude do fato, mas a culpabilidade é afastada pelas circunstâncias ou por motivos excepcionais que não permitiram a atuação segundo a exigência da norma.

Como vimos anteriormente, existem as causas legais de exclusão da culpabilidade que são chamadas dirimentes. São denominadas legais por estarem previstas no Código Penal, precisamente no art. 22, a coação moral irresistível e a obediência hierárquica.

Estas causas legais de exclusão da culpabilidade fundamentam-se na inexigibilidade de conduta diversa para afastar o juízo de reprovação e a conseqüente aplicação da pena. Ora, se um dos elementos da culpabilidade é a exigibilidade de conduta diversa, que significa uma expectativa social de um comportamento diferente daquele adotado pelo agente, sua ausência logicamente excluirá a culpabilidade. Se não era exigível do agente um comportamento diferente do que foi adotado, logicamente não pode ser ele considerado culpado.

É cediço que nas duas hipóteses legais (coação moral irresistível e obediência hierárquica) de exclusão da culpabilidade, não é exigível do autor da conduta comportamento diverso, por estar ele agindo sob coação irresistível, no primeiro caso, e cumprindo ordem superior no segundo.

Para que se possa considerar alguém culpado do cometimento de uma infração penal, é necessário que esta tenha sido praticada em condições e circunstâncias normais, pois do contrário, não será possível exigir do sujeito conduta diversa da que acabou praticando.

Daí surge a denominada inexigibilidade de conduta diversa como causa legal de exclusão do juízo de reprovação para aplicação da pena.

A inexigibilidade de outra conduta é a primeira e mais importante causa de exclusão da culpabilidade e constitui um verdadeiro princípio de direito penal.

Quando aflora em preceitos legislativos, é considerada uma causa legal de exclusão. Se não, deve ser reputada causa supra-legal, erigindo-se em princípio fundamental que está intimamente ligado com o problema de responsabilidade pessoal e que dispensa a existência de normas expressas a respeito.

Como citado alhures, além das causas legais, existem as causas supralegais de exclusão da culpabilidade fundadas na inexigibilidade de conduta diversa.

Assim, defendemos a corrente de que o rol das causas excludentes de culpabilidade não é taxativo, principalmente por ser impossível ao legislador prever todas as causas em que o agente possa atuar conforme a norma, embora respeitadas opiniões em contrário, que não admitem a existência de causas supralegais, pois defendem que é inaplicável a analogia *in bonam partem* em matéria de dirimentes, já que as causas de exclusão da culpabilidade representam, segundo a sistemática da lei, preceitos excepcionais insuscetíveis de aplicação extensiva.

Pela existência das causas supralegais defende Capez²⁵:

Em face do princípio *nullum crimen sine culpa*, não há como compelir o juiz a condenar em hipótese nas quais, embora tenha o legislador esquecido de prever, verifica-se claramente a anormalidade de circunstâncias concomitantes, que levaram o agente a agir de forma diversa da que faria em situação normal. Por esta razão, não devem existir limites legais à adoção das causas dirimentes.

²⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. Vol.1. 302 p.

O Superior Tribunal de Justiça, no acórdão publicado na RSTJ (Revista do Superior Tribunal de Justiça), 15/377-89, tendo como relator o Ministro Francisco de Assis Toledo, entende que existem outras causas de exclusão da culpabilidade, além das expressamente previstas.

Assim, não admitir o emprego de causas supralegais de exclusão é violar o princípio da culpabilidade, o *nullum crimen sine culpa*, adotado pela reforma penal de 1984, na Parte Geral do Código Penal, principalmente em virtude de ser mais benéfica ao réu.

Admitindo-se a existência de outras causas de exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa, não previstas em lei, podemos citar como exemplo:

Estado de necessidade exculpante – O estado de necessidade, consiste como já demonstrado nas excludentes de ilicitude, em praticar o agente uma infração penal para afastar um perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar.

No estado de necessidade há um conflito de bens jurídicos, ou seja, o agente, para salvar um bem jurídico próprio ou alheio ameaçado sacrifica outro bem jurídico. Aí reside um problema com relação à diferença de valores dos bens jurídicos em conflito.

A questão é quando o agente sacrifica um bem de maior valor para salvar um de menor valor.

O Código Penal Brasileiro adotou a teoria unitária, pela qual o estado de necessidade será sempre causa de exclusão da ilicitude. Assim ou a situação reveste-se de razoabilidade, ou não há estado de necessidade. Não há, portanto, comparação de valores, pois ninguém é obrigado a ficar calculando o valor de cada interesse em conflito, bastando que atue de acordo com o senso comum daquilo que é razoável.

Assim, para esta teoria jamais atuará o estado de necessidade como causa supra-legal de exclusão da culpabilidade, por força do art. 24, § 2º do Código Penal.

O exemplo clássico de estado de necessidade é o caso do naufrago que sacrifica a vida do seu companheiro para poder salvar a sua, em virtude de só haver um salva-vidas. Os bens jurídicos são de igual valor, mas haverá estado de necessidade, pela teoria unitária.

A chamada teoria diferenciadora defende uma ponderação entre os valores dos bens jurídicos em conflito, de maneira que o estado de necessidade só será considerado como causa de exclusão da ilicitude quando o bem sacrificado for de menor valor de que o bem preservado, ou seja, para salvar um bem de maior valor o sujeito sacrifica um de menor valor. Afere-se, em critério objetivo, a diferença de valores entre os interesses em conflito.

Porém, quando o bem destruído for de valor igual ou maior que o bem preservado, o estado de necessidade continuará existindo, mas será considerado como causa supra-legal de exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa; é o que a teoria diferenciadora chama de “estado de necessidade exculpante”.

Assim para esta teoria, o estado de necessidade só será excludente de licitude quando o bem salvo for de maior valor.

A Teoria Diferenciadora não foi adotada pelo Código Penal Brasileiro, mas foi acolhida pelo Código Penal Militar, nos arts. 39 e 43.

Excesso exculpante na legítima defesa – O Código Penal de 1969, que não chegou a entrar em vigência, considerava não punível o excesso resultante de “escusável medo, surpresa ou perturbação de ânimo em face da situação”. Cuida-se do chamado excesso exculpante – denominado, na legislação de 1969, de excesso escusável – que pela redação que lhe foi dada, posicionava-se como uma causa supressiva da culpabilidade. Na Lei nº 7.209/84, que

reformou a Parte Geral do Código Penal, este texto não foi reiterado e houve sobre a questão total silêncio. Isto não significa que o excesso exculpante não possa ser reconhecido como causa supra-legal de exclusão da culpabilidade, principalmente pela fortíssima corrente doutrinária, que considera que as causas de exclusão da culpabilidade, assim como as de ilicitude, não se esgotam no rol enumerado do ordenamento jurídico penal, comportando interpretação analógica, principalmente por favorecerem ao réu; é a chamada analogia *in bona partem*. Não há que se ignorar também que o Código Penal Militar expressamente o previu no parágrafo único do art. 45, sob o título de excesso escusável: “*Não é punível o excesso quando resulta de escusável surpresa ou perturbação de ânimo, em face da situação*”.

A partir do instante em que se constata novas hipóteses de prática de conduta destoante do ordenamento jurídico por impossibilidade de o fazê-lo de outra forma, a aplicação da pena fica destituída de fundamento pela ausência de reprovabilidade (*nulla poena sine culpa*).

Então, o que se pode afirmar é que o legislador, sabendo da impossibilidade de previsão de todas as hipóteses de inexigibilidade de outra conduta, preferiu elencar as causas de exclusão da culpabilidade nela baseadas, através de fórmula meramente exemplificativa, o que possibilita a interpretação analógica. Ou ainda, que mesmo não tendo idéia de que outras causas poderiam surgir, o legislador não limitou a falta de culpabilidade a casos expressamente previstos.

Assim, o excesso exculpante, embora a flagrante omissão legislativa, subsiste como causa extralegal de exclusão de culpabilidade, principalmente quando incidir na atuação do atirador de precisão.

O excesso exculpante trata-se da ocorrência de um excesso, na reação defensiva, por medo, surpresa ou perturbação de ânimo na repulsa a uma agressão real injusta ou iminente. A resposta deve ser havida como excessiva, mas tal excesso não deriva de uma postura dolosa ou culposa, mas a uma atitude emocional do agredido.

A violência ou a rapidez da agressão geram, por vezes, um estado de medo, de surpresa ou mesmo de perturbação de ânimo que interferem de tal modo na reação defensiva que deixará o agredido sem condições de balancear adequadamente a repulsa em função do ataque. Nesta situação, não se pode dele exigir um comportamento conforme a norma (inexigibilidade de conduta diversa), o que significa que seu comportamento não é considerado culpável.

Reforçando a doutrina que reconhece o excesso exculpante, a jurisprudência assim já se pronunciou:

É bom deixar enfatizado que o *excessus defensionis* pode ser censurável ou não. Se é antijurídico, pode ser doloso (o agente responde pelo resultado na forma de crime doloso) ou culposo (o agente responde pelo resultado na forma de crime culposo). Todavia, pode não ser censurável, “o que ocorre quando deriva de escusável medo, surpresa ou perturbação de ânimo” (TJMG – AC – Rel. Freitas Barbosa – RT 622/334).

Assim, o excesso exculpante se fundamenta na inexigibilidade de conduta diversa. Embora o agente tenha praticado uma conduta típica e ilícita, ela não é culpável, uma vez que, na situação em que agiu o agente, ou medo, pavor, susto, etc., não lhe era exigível um comportamento conforme o Direito.

Aborto eugênico – Trata-se da hipótese em que o feto sofre de má formação, havendo forte probabilidade de que nasça sem vida ou, não sendo natimorto, tenha poucas chances de sobrevivência. É o chamado feto inviável.

A lei não autoriza o aborto eugênico, limitando-se apenas aos casos de aborto necessário (art. 128, I do Código Penal), quando não há outro meio de salvar a vida da gestante, e ao de aborto sentimental (art. 128, II do CP), quando a gravidez resulta de estupro, que são causas legais de exclusão de culpabilidade para alguns doutrinadores e causas de exclusão da ilicitude para outros, mas são causas previstas na Parte Especial do Código Penal e, portanto, legais.

Mas na hipótese do aborto eugênico, seria reprovável a conduta da gestante que, sabendo que o filho terá mínima ou nenhuma chance de sobrevivência, vem a adiantar sua morte? É exigível que ela prolongue o sofrimento de carregar consigo um ser que sabe estar prestes a morrer?

Logicamente que não.

Assim, mesmo sendo o fato típico e ilícito e muito embora a possibilidade não seja taxativamente prevista, a inexigibilidade de conduta diversa expulsa a reprovabilidade da ação gerando a isenção da culpabilidade.

Há de ser ressaltado que em todas as causas supralegais de exclusão de culpabilidade, é o caso concreto, analisado em todas as suas circunstâncias, que irá demonstrar ao julgador ser ou não possível a exigência de outra conduta.

Para concluir, pode-se afirmar que diante das inúmeras possibilidades de configuração da não exigibilidade de outra conduta, possibilidades essas não previstas na legislação penal, mas que de qualquer forma retiram a censurabilidade da ação ou omissão, fazendo, pois, desaparecer a culpabilidade (já que aquela é pressuposto dessa), pode-se entender por insustentável o posicionamento segundo o qual a impossibilidade de autodeterminação como eximente da pena limita-se às hipóteses da coação moral irresistível e à obediência hierárquica, bem como ao aborto sentimental (ou resultante de estupro) e ao favorecimento pessoal cometido pelo afeto do fugitivo, sendo imperativa a adoção da tese da inexigibilidade de outra conduta como causa supra-legal de exclusão da culpabilidade.

Em obediência aos princípios da Teoria Normativa Pura da Culpabilidade, adotada pelo nosso ordenamento jurídico, que a vê como sinônimo de censura e reprovação, deve ser admitida a invocação da inexigibilidade de conduta diversa em qualquer circunstância, analisando, logicamente, caso a caso, o seu cabimento.

Hodiernamente já existem várias decisões admitindo a tese da inexigibilidade de conduta diversa nos julgamentos de competência do Tribunal do Júri, como causa supra-legal de exculpação, devendo a tese ser apresentada em quesitos desmembrados, como ressaltou o Des. José Benedito de Figueiredo, “a aceitação da inexigibilidade de conduta diversa como causa excludente de culpabilidade tem como requisitos a apresentação dos quesitos desmembrados em circunstâncias fáticas, para a verificação da anormalidade da situação, por não tratar-se de conceito jurídico que possa ser apreciado em quesito único”. Neste diapasão, manifestou-se a 5ª Turma do S.T.J, tendo como relator o Min. Assis Toledo. Na oportunidade ficou consignado que “não age culpavelmente – nem deve ser, portanto, penalmente responsabilizado pelo fato – aquele que, no momento da ação ou da omissão, não poderia, nas circunstâncias, ter agido de outra forma”.

Saliente-se também que, se a defesa argüir outras teses, estas devem ser formuladas antes da de inexigibilidade, que deve ser a última a ser formulada.

Capítulo 5

DA ATUAÇÃO DOS GRUPOS ESPECIAIS E AS EXCLUDENTES DE ILICITUDE

Há diferenças básicas entre grupos especiais militares e os de Polícia. Enquanto aqueles tem por objetivo causar baixas nas tropas inimigas, com a morte ou incapacitação permanente de seu alvo, em situações de guerra, atuando na grande maioria em áreas rurais, aquele tem como missão principal salvar vidas, mesmo que para isso tenha que fazer uso de força letal em um alvo que ameaça um inocente, os Grupos Especiais de Polícia devem tentar neutralizar seu alvo com o menor dano possível, mesmo que, às vezes, a morte do meliante seja inevitável.

É com relação à atuação policial que passaremos a discorrer, levantando hipóteses que podem vir a ocorrer com a sua conduta e adequando cada uma delas aos preceitos do ordenamento jurídico pátrio, com relação à possível ocorrência de excludentes de ilicitude e das causas legais e supralegais de exclusão da culpabilidade.

Nos tópicos seguintes, vamos considerar, hipoteticamente, que a atuação policial, com a morte ou incapacitação permanente do seu alvo.

5.1. Os Grupos Especiais e o estado de necessidade

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.

No caso específico da atuação do atirador de elite, levando-se em consideração de que atua , na quase maioria, em crises com presença de

reféns, esta excludente de ilicitude não se enquadra *prima facie* à conduta do sniper para acobertar a sua atuação.

O refém está sofrendo uma agressão injusta, não sendo esta elemento do estado de necessidade, onde o agente atua para salvar-se ou a outrem de um perigo atual e não de uma agressão injusta atual ou iminente. No estado de necessidade, o perigo pode advir da conduta humana ou por fato do animal ou da natureza, sendo mais comuns os casos de incêndio, inundações, acidentes de trânsito, naufrágios, doenças ou ataque de animais.

A lei infraconstitucional (Código Penal), com relação a excludente do estado de necessidade, traz a proibição de alegá-lo, imposta a quem tem o dever legal de arrostar o perigo. Sempre que a lei impuser ao agente o dever legal de enfrentar o perigo, o mesmo não pode alegar a excludente, por expressa vedação do art. 24 § 1º do CP.

Sobre o tema, ensina Damásio²⁶:

É indispensável que o sujeito não tenha, em face das circunstâncias em que se conduz o dever imposto por lei de sofrer o risco de sacrificar o próprio interesse jurídico. Nestes casos, o sujeito não pode pretender justificar a lesão do interesse alheio sob o fundamento de que uma conduta diversa viria lesionar o bem próprio. Ocorre que há uma lei, decreto ou regulamento impondo a obrigação de ele arrostar o perigo ou mesmo sofrer a perda (os grifos são

Pela exegese do at. 24, do parágrafo único, o legislador proíbe o estado de necessidade a quem tem o dever legal de enfrentar o perigo, pelo simples motivo de que na referida excludente, há um conflito de bens jurídicos protegidos pela lei penal, ou seja, quem tem o dever legal de enfrentar o perigo, não pode alegar que não vai enfrentá-lo por não querer expor seu bem a lesão ou perda, para salvar outro. É o exemplo clássico do bombeiro que tem o dever de enfrentar o fogo para salvar vidas, colocando a sua própria (bem jurídico) em perigo.

²⁶ in Código Penal Anotado. 78 p.

Ocorre que, no caso do sniper, mesmo com o inegável dever legal de enfrentar o perigo, decorrente de sua função, o atirador de precisão não expõe qualquer bem jurídico seu a risco de lesão, simplesmente porque sua atuação se dá em situação que requer a tarefa de efetuar um tiro preciso em um alvo pré-determinado, a mais ou menos 150 metros e devidamente camuflado, justamente para dificultar a visão do meliante e atuar como elemento coletor de informações, já que seu posicionamento possibilita uma visão ampla do local da crise. Exatamente por estas peculiaridades, o atirador de elite não expõe a perigo de dano o próprio bem jurídico, podendo sim alegar estado de necessidade para salvar terceiro de perigo atual.

Importantíssimo salientar que o estado de necessidade que irá incidir na conduta do sniper é o do art. 43 do Código Penal Militar e não o do art. 24 do Código Penal, devido ao princípio da especialidade. O Decreto-lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar) é considerado lei especial e o Decreto-lei nº 2.848/40 (Código Penal) lei geral; no conflito aparente entre os dois, prevalece a norma especial.

É certo que a hipótese é remotíssima, mas a título de ilustração, pensemos no caso de alguém acuado em uma rua deserta por um animal bravo que está prestes a atacá-lo. O sniper que está posicionado no topo de um prédio, coletando informações para outra missão, percebe a iminência do ataque e atira, matando o animal. Claramente agiu em estado de necessidade de terceiro sendo sua conduta considerada lícita.

Reiteramos que os casos de estado de necessidade são excepcionais quando se tratar da atuação do atirador de precisão.

5.2. Os Grupos Especiais e a legítima defesa

Considera-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Como vimos, a legítima defesa é uma causa excludente de ilicitude.

A ordem jurídica visa à proteção dos bens juridicamente tutelados, e não só punir a agressão, mas preveni-la. Quem defende, seja embora violentamente, o bem próprio ou alheio atacado injustamente, não só atua dentro da ordem jurídica, mas em defesa desta mesma ordem. Atua, segundo a vontade do direito. O seu ato é perfeitamente legítimo e exclui, portanto a hipótese de crime.

Assim, para que o Grupo Tático ou equipe de assalto possa estar acobertado pela excludente, faz-se mister a presença de uma agressão injusta atual ou iminente; um bem jurídico próprio ou de terceiro ameaçado de dano pela agressão; reação a agressão com os meios necessários; uso moderado desses meios; conhecimento da agressão e vontade de defender seu bem jurídico ou de terceiro.

Amoldando o preceito do art. 25 do Código Penal à atuação do Time Tático, tenho-a como perfeitamente cabível a excludente para justificar sua conduta e ao Operador Tático. Mas, imperioso salientar que não vejo especificado que o atirador de elite, no caso concreto, possa agir em legítima defesa própria, precisamente pelo mesmo argumento que foi usado alhures para justificar a inclusão da excludente do estado de necessidade à sua conduta, ou seja, o bem jurídico do atirador não sofre nenhuma agressão injusta (logicamente estamos falando quando da sua atuação no exercício da sua função) no momento em que o mesmo dispara a arma, pelo contrário, ele repele agressão injusta com relação a terceiro (refém). Destarte, quando falarmos em legítima defesa relacionada ao atirador policial de elite, só pode ser invocada a legítima defesa de terceiro que ocorre quando a repulsa visa defender interesse de terceiro, neste sentido: *“para que se caracterize a legítima defesa de terceiro, a repulsa se justifica pela necessidade de defender-se o direito de outrem contra uma ofensa injusta”*.(TJSP – Rec. Rel. Adriano marrey – RT 404/115).

Com relação aos demais pressupostos da legítima defesa, (os meios necessários para a repulsa e o uso moderado desses meios) tem operador do time tático bem como o atirador como meio necessário uma arma específica, seja ela uma submetralhadora idealizada para as intervenções táticas ou um rifle de precisão para neutralizar o causador da crise.

Meio necessário são os meios colocados à disposição de quem defende a si próprio ou a outrem, no momento da agressão.

A moderação é o emprego do meio necessário dentro do limite razoável para conter a agressão.

Esclarece-nos o Major Antony²⁷ em sua obra *Sniper Policial*:

A urgência, quando o atirador de precisão policial recebe a luz verde é extrema. Existem dois problemas. O primeiro é o tempo. A decisão de usar força letal quase nunca chega quando os eventos estão acontecendo de maneira tranqüila. A luz verde freqüentemente é dada quando o suspeito já matou um refém ou ameaçou de fazer isto. Existe a necessidade de colocá-lo fora de ação antes que ele posa fazer algo. O segundo problema é que o disparo deve incapacitá-lo instantaneamente. Na prática isto significa uma morte rápida porque é quase impossível produzir um ferimento que pare um suspeito sem que isto seja um ameaça à sua saúde.

Ora, se a arma é o instrumento adequado para conter a agressão injusta a que é submetido o refém, e o disparo (que é geralmente na cabeça, quando auferido pelo Sniper ou no tórax, faz com que o suspeito tenha uma parada instantânea), logicamente usou o atirador moderadamente do meio empregado, sendo satisfeitos todos os requisitos da legítima defesa de terceiro, sendo perfeitamente cabível na espécie a invocação da justificante para a licitude de sua conduta, no caso em que a vida da vítima esteja em perigo.

Observação importantíssima com relação à atuação do sniper amparado pela excludente da legítima defesa é que, no caso concreto, o operador do time tático ou atirador de elite, para salvar a vida da vítima, retira a do perpetrador. A diferencia é fato de que na legítima defesa, ainda que de terceiro, tem-se um justo x um injusto, ou seja, a ação policial por meio do sniper para salvaguardar a vida do refém em face do risco de morte imposto a este pelo causador da crise, no caso, pelo seqüestrador.

²⁷ ANTONY, Marcio Moraes, in *Sniper policial, "Um guia para as polícias brasileiras"*. 60 p.

5.3. Do exercício regular do direito na atuação do Time tático

O exercício regular de direito é uma causa de justificação que consiste no reconhecimento pela ordem jurídica de que determinadas condutas são autorizadas quando praticadas no seu próprio interesse. O exercício é regular quando se contém nos limites impostos pelo objetivo social do direito em causa, pela boa fé e pelos costumes.

Para o reconhecimento da justificante é necessária a existência de um direito objetivo; a consciência por parte do agente de sua existência e a prática desse direito dentro dos limites estabelecidos pela lei; pela boa fé ou pelos costumes.

É em virtude do exercício regular do direito que não se pune a prática de esportes violentos que causam lesões, como o boxe, luta livre e o vale-tudo em lugares autorizados pelo Estado e também a mãe que fura a orelha da filha recém-nascida para colocar-lhe um brinco, para citar exemplos.

Analisando a referida causa de exclusão da ilicitude, com a conduta do atirador de elite ou do time tático, não se enquadra a mesma em nenhuma situação fática vivenciada pelo sniper ou pelo operador do time tático, sendo incabível a sua alegação em todos os seus termos. A referida causa amolda-se, principalmente, nas ocorrências do cotidiano da vida civil e não na tarefa de salvar vidas destinadas aos Grupos Especiais.

A jurisprudência já se posicionou a respeito:

“A excludente do exercício regular de direito, prevista no art. 23, III do CP, submetida a apreciação dos jurados, é inteiramente inaplicável ao crime de homicídio. Inexiste no Direito Penal, ou em qualquer outro ramo da ciência jurídica, uma prerrogativa cujo exercício importe na faculdade de matar” (TJMG – Ap. – Rel. Guido de Andrade – RT 732/685).

5.4. Os grupos Especiais e o estrito cumprimento do dever legal

Um fato considerado crime perde o seu caráter ilícito quando praticado no cumprimento de um dever legal. Quem age limitando-se a cumprir um dever legal que lhe é imposto por lei penal ou extra-penal e procede, sem abusos, no cumprimento desse dever, não ingressa no campo da ilicitude penal. É necessário que o sujeito pratique o fato no “estrito cumprimento” do dever legal, fora daí a conduta torna-se ilícita.

É inegável que a atuação dos Grupos Táticos, analisado caso a caso, pode estar acobertado por esta excludente.

O dever legal para o Time Tático decorre do mandamento constitucional do art. 144 e seu parágrafo 5º, do “Capítulo III – Da Segurança Pública”, inserido no “Título V – Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas”, que reza:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

IV – policiais civis

V – policiais militares e corpo de bombeiros militares

§ 5º - Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros além das atribuições definidas em lei. incumbe a execução de atividades de defesa civil.

Entendo que, embora perfeitamente cabível a excludente do estrito cumprimento do dever legal em relação ao time tático, deve a mesma ser colocada como um soldado de reserva, lembrando o saudoso Nelson Hungria, para justificar a conduta do atirador de elite. Explica-se:

Lembramos que, no início do tópico relacionado às excludentes relacionadas aos Grupos Especiais, trabalhamos com a hipótese de sucesso na operação, com a morte ou incapacitação permanente do suspeito. Obviamente que numa tese de defesa não poderá haver o concurso de duas ou mais causas de exclusão de ilicitude em uma mesma conduta. Deve o estrito cumprimento do dever legal ficar como tese acessória da tese principal,

que pode ser a legítima defesa de terceiro, por exemplo. No caso de não ficar sobejamente comprovada a legítima defesa de terceiro, pode operador do time tático ou o sniper alegarem a excludente do estrito cumprimento do dever legal, bastando apenas demonstrar o dever legal de agir de acordo com a norma, para justificar a morte ou incapacitação permanente do meliante, para sua conduta ser considerada lícita. *“Agem em estrito cumprimento do dever legal integrantes de escolta policial que, em diligência, eliminam autor de crime de homicídio que, ao receber voz de prisão, se rebela, fazendo uso de sua arma”* (TJMG – Rec. – Rel. Otair da Cruz bandeira – RT 519/409).

Capítulo 6

AS CAUSAS LEGAIS DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE PELA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA EM RELAÇÃO À CONDUTA DOS GRUPOS ESPECIAIS DE POLÍCIA

Como discorrido, existem causas que, apesar de não afastarem a tipicidade da conduta e a ilicitude do fato, impedem a aplicação da sanção penal ao réu, por ele não ter condições de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento (imputabilidade), ou por não ter, no momento da ação ou omissão, a consciência da ilicitude do fato (potencial consciência da ilicitude) ou por não ser exigível do agente, no momento da conduta, devido à situação fática, comportamento diferente de como agiu (exigibilidade de conduta diversa). Estas são as chamadas causas que excluem a culpabilidade, sendo esta considerada como pressuposto para aplicação da pena, pela teoria normativa pura adotada pelo nosso ordenamento jurídico.

Culpabilidade então, é juízo de valor sobre a pessoa do agente que cometeu a conduta criminosa.

Insta salientar, reiteradamente, que a culpabilidade nada tem a ver com o conceito de crime, que é fato típico e antijurídico, mas com a consequência do fato jurídico chamado delito que vem a ser a aplicação da pena para quem delinqüiu.

Um fato pode ser típico e antijurídico mas, por faltar um dos elementos que compõem a culpabilidade, desaparecerá a possibilidade de apenação pelo delito cometido.

Dos três elementos que compõem a culpabilidade, vai nos interessar somente a última (exigibilidade de conduta diversa).

A exigibilidade de conduta diversa é considerada elemento da culpabilidade e consiste em saber se, no momento do crime, pelo contexto fático constituído pelas circunstâncias, era possível ao agente agir de outra maneira; assim sendo, se a conclusão que se chegar é que não era possível ao sujeito agir como normalmente o faria, a ele não poderá ser imposta a sanção penal pela chamada inexigibilidade de conduta diversa, que é causa de exclusão da culpabilidade.

O Código penal prevê expressamente no art. 22, duas causas de exclusão da culpabilidade baseadas na inexigibilidade de conduta diversa: a coação moral irresistível e, também, a obediência hierárquica.

Como já citado, existem outras causas de exclusão da culpabilidade na Parte Especial do Código penal, mas são específicas, como o art. 348, § 2º do Código Penal (favorecimento pessoal) e o art. 128, II (aborto resultante de estupro).

As causas legais de exclusão da coação moral irresistível, do favorecimento pessoal assim como do aborto sentimental não se encaixam de forma alguma na conduta *Time tático* ou do atirador de leite, restando, portanto, como causa legal de exclusão a obediência hierárquica, da qual trataremos a seguir, lembrando que sempre trabalharemos com a hipótese de sucesso na empreitada do grupo, com a incapacitação ou morte do delinqüente.

6.1. A obediência hierárquica do time tático e do atirador de elite

Obediência hierárquica é a obediência à ordem, não manifestamente ilegal de superior hierárquico, tornando viciada a vontade do subordinado e afastando, assim, a exigibilidade de conduta diversa.

A culpabilidade, então, é afastada pelo dever de obediência. Se o fato é cometido em estrita obediência à ordem não manifestamente ilegal, de superior

hierárquico, só é punido o autor da ordem, diz o Código Penal na segunda parte do art. 22.

Leciona Delmanto²⁸:

Para que haja exclusão são necessários certos pressupostos, tanto em relação à ordem como à obediência. 1. Da ordem. A. Subordinação hierárquica. Como a lei fala em superior hierárquico, deve existir uma subordinação administrativa entre quem dá a ordem e quem a recebe. Sempre de uma autoridade ou funcionário público para outra autoridade ou servidor público que lhe é inferior. O art. 22 não alcança outras subordinações, como a empregatícia, familiar, religiosa, etc. b. Formalidades legais. A ordem deve provir de funcionário competente para determiná-la. C. Ordem não manifestamente ilegal. Ela não pode ser flagrantemente, visivelmente ilegal. Assinale-se que não só essa, mas todas as demais exigências devem ser consideradas em cada caso concreto, tendo-se em vista a situação de fato e a capacidade intelectual de quem recebe a ordem. 2. Da obediência. Deve ela ser estrita, pois se o agente se excede, não obedecendo rigorosamente à ordem, responderá pelo seu excesso.

Com relação à ordem, ela pode ser legal ou ilegal. Se o subordinado cumpre ordem legal, ele está acobertado pela excludente de ilicitude denominada estrito cumprimento do dever legal e não pratica crime algum, já que um dos seus elementos, a ilicitude, estará afastada.

Se o subordinado cumpre ordem manifestamente ilegal, deve responder pelo crime, pois conhecia a ilegalidade da ordem. A excludente exige que a ordem não seja manifestamente ilegal uma vez que, se flagrante a ilicitude do comando da determinação superior, o sujeito não deve agir, principalmente na hierarquia militar que possibilita ao subordinado a apreciação do caráter da ordem, nos termos do art. 38, § 2º do Código Penal Militar. Assim, o subordinado deve desobedecer à ordem se tem conhecimento de sua ilicitude; é que se há conhecimento da ilicitude do fato, há conduta a ser punida e o subordinado responde pelo delito.

Se a ordem é aparentemente legal e o subordinado não tinha condições de perceber sua legalidade, fica excluída a sua culpabilidade por não ser exigível do agente conduta diversa da que praticou e, conseqüentemente, ficará isento de pena.

²⁸ DELMANTO, Celso. *in Código Penal Comentado*. 42 p.

Se a ordem for manifestamente ilegal e o subordinado a supõe legal, não existe exclusão da culpabilidade já que o erro, neste caso, era evitável, constituindo apenas um fator que irá diminuir a pena a ser aplicada.

Os snipers geralmente são praças que passam por uma seleção rigorosa atendendo as diversas exigências para a capacitação para realizar a função. O Time Tático pode ser comandado por um oficial ou praça graduado. Numa situação de crise, o sniper assim como o time tático recebe ordens do Comandante do Grupo Especial, que, geralmente, são oficiais (Major, capitão, Tenentes) e é ele quem libera o sinal verde para que o atirador possa entrar em ação.

É importantíssimo para nosso estudo salientar que mesmo após a liberação da chamada luz verde pelo Comandante, tem o atirador a discricionariedade de agir ou não dependendo das circunstâncias que visualizar em sua luneta, fato que não se aplica ao Time Tático, que geralmente adentra ao local de crise logo após uma explosão para abrir passagem ou do próprio tiro do Sniper. Também, em hipótese alguma, pode o Grupo agir sem a liberação da luz verde, ou seja, antes da ordem do Comandante.

Por estas situações relatadas, é inegável a subordinação ao Comandante, satisfazendo assim todos os requisitos da obediência hierárquica, excludente de culpabilidade.

Ao ler a obra do Major Antony, uma estrofe, em especial, me chamou a atenção. Diz o autor, ao aconselhar os atiradores de elite:

Se você recebe uma luz verde do seu comandante, lembre-se que isto não o absolve de qualquer responsabilidade, tenha certeza de seu alvo. Tenha em mente que se existe um refém, o suspeito pode ter trocado de roupa com ele, e lembre-se de identificar o seu alvo através do rosto, e não apenas pelas roupas. Também tenha cuidado com as informações que você recebe. Um atirador de precisão policial que atingiu o gerente de uma joalheria de Beverly Hills há alguns anos atrás estava seguindo uma descrição dada por uma outra pessoa. A morte por engano continua presente na sua consciência.

Ouso discordar do autor quanto ao aspecto legal da conduta do sniper. Entendo que nem sempre ele poderá ser responsabilizado por um resultado diverso do pretendido, após a liberação da luz verde, se agiu acobertado por alguma excludente, seja de ilicitude, seja de culpabilidade. Porém, defendo desde já que, em qualquer caso, título de culpa, se o crime for previsto na modalidade culposa, nunca a título de dolo. E é sobre estes desdobramentos que podem ocorrer, em cada caso concreto, que começaremos a discorrer.

Antes, porém, a título de enriquecimento do presente trabalho, falaremos sobre o erro, que terá relevância na análise de várias hipóteses que serão levantadas.

No Direito penal, conhecemos dois tipos de erro: o erro de tipo e o erro sobre a ilicitude do fato. Sobre este último já falamos quando discorreremos sobre as causas de exclusão do potencial consciência da ilicitude, que é um dos elementos da culpabilidade. Ele exclui a culpabilidade.

O erro de tipo pode ser essencial ou acidental. O erro de tipo essencial é aquele que recai sobre elementos do tipo penal, ou seja, o sujeito erra quanto a elementar contida no tipo penal. Assim, se o sujeito leva a mala própria supondo ser a alheia, que parece com a sua, não comete crime de furto, pois falta a elementar “coisa alheia” para caracterizar o delito. O erro de tipo essencial pode ser inevitável ou dolo, mas permite punição a título de culpa se o crime estiver previsto na modalidade culposa. No erro acidental o sujeito erra não com relação a elementar, mas relacionado a dados acessórios da figura típica. No mesmo exemplo, se o sujeito leva uma mala alheia supondo estar a mesma cheia de jóias vindo a perceber posteriormente que ela continha roupas este dado é irrelevante, pois o crime de furto já se consumou pela subtração de coisa alheia. Existem três espécies de erro acidental:

1. Erro na Execução: chamado de *aberratio ictus*. O agente, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, acerta não a pessoa que queria atingir, mas terceiro, ou acerta a pessoa visada e terceiro. A solução é dada pelo art. 73 do CP.

2. Erro sobre a pessoa: é o erro de representação mental do agente, que olha um desconhecido e o confunde com a pessoa que quer atingir. Neste tipo de erro, o agente pensa que “A” é “B”. É disciplinado pelo art. 20 § 3º do CP. Neste caso não se consideram as condições e qualidades da vítima atingida e sim as da qual o agente queria atingir.

3. Resultado diverso do pretendido: também chamado de desvio no crime ou *aberratio criminis*, ocorre quando, por acidente ou erro na execução do crime, sobrevém resultado diverso do pretendido; o agente responde por culpa se o fato é previsto como crime culposo. Aqui o agente pretende praticar um crime e comete outro, por exemplo, deseja ferir o inimigo com uma pedrada e acaba acertando o farol de um carro.

Capítulo 7

DAS HIPÓTESES QUE PODEM OCORRER NA REALIZAÇÃO DA TAREFA COMO EXCLUDENTE DE ILICITUDE

Já foi dito alhures que o Grupo Especial só pode começar a agir após a liberação da luz verde pelo Comandante da Operação e, em nenhuma hipótese, pode atirar sem antes receber a ordem do comando. Agora, analisaremos hipoteticamente, várias situações que podem ocorrer durante a realização da conduta do atirador de precisão, inclusive com a atuação do atirador antes da liberação pelo Comandante da Operação.

7.1. O Grupo tático age antes de ser liberada a luz verde

Analisemos a seguinte situação: o sniper está postado em situação de tiro apenas aguardando a liberação da luz verde para começar a agir. De repente, percebe pela luneta do rifle que o meliante, de posse de uma faca, faz o movimento que vai matar o refém. A atuação tem que ser imediata. Ele não tem tempo de pedir a liberação do Comando. Ele atira e mata o marginal. Pode responder pelo homicídio, já que não estava em obediência hierárquica, pois não esperou a luz verde para realizar o disparo? Logicamente que não. Atuou o policial amparado pela excludente da legítima defesa de terceiro, que para sua configuração não exige como requisito a autorização do superior, mas sim, repulsa a uma agressão injusta, atual e usando dos meios necessários que dispunha naquele instante (rifle) e, moderadamente, em apenas um disparo. A excludente de ilicitude do estrito cumprimento do dever legal fica como tese subsidiária no caso de não ser aceita a legítima defesa.

Suponhamos, no mesmo exemplo que, ao atirar, o sniper acerte a vítima e não o meliante. Neste caso ocorreu o que chamamos de *aberratio ictus* (erro na execução, desvio no golpe ou aberração no ataque) que é disciplinado pelo art. 73 do CP e ocorre quando, por acidente ou erro no uso dos meios de

execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa. No caso, ele responde como se tivesse praticado o crime contra aquela pessoa que queria atingir e não com relação à atingida.

Sobre o tema, esclarece Mirabete em Manual de Direito Penal, 13º ed., vol. 1, São Paulo, Editora Atlas, 1998, pág. 180:

A reação deve ser exercida contra o agressor, mas se, por erro na execução, é atingido bem jurídico de terceiro inocente, nem por isso deixará de existir a justificativa, aplicando-se a regra inserida na lei a respeito do erro de execução, em que se considera a pessoa visada e não a atingida (arts. 73 e 74). Em relação ao terceiro, há apenas um acidente, causa independente da vontade do agente.

Na mesma esteira, segue Capez²⁹:

Aberratio ictus na reação defensiva: é a ocorrência de erro na execução dos atos necessários de defesa. Exemplo: para defender-se da agressão de “A”, “B” desfere tiros em direção ao agressor, mas, por erro, atinge “C”, terceiro inocente. Pode suceder que o tiro atinja o agressor “A” e, por erro, o terceiro inocente “C”. Nas duas hipóteses, a legítima defesa não se desnatura, pois, a teor do art. 73 do Código Penal, “B” responderá pelo fato como se tivesse atingido o agressor “A”, ou seja, a pessoa visada e não a

No exemplo, ocorreu legítima defesa de terceiro com ou estrito cumprimento do dever legal com *aberratio ictus*. O atirador agiu acobertado por excludente de antijuridicidade e sua conduta é lícita mesmo que erre na execução e atinja pessoa diversa da que pretendia atingir, ou ainda, no caso do exemplo, atinja a pessoa visada (meliante) e o terceiro (vítima), a conduta do sniper seria lícita e não haveria crime. Neste sentido, é pacífica a jurisprudência: “*Se um terceiro vem a ser atingido, em aberratio ictus, pelo projétil disparado pelo acusado, tal circunstância não desfigura a excludente da legítima defesa reconhecida em favor do mesmo*” (TACRIM – SP – AC – Rel. Hoepfner Dutra). “*Quem age em legítima defesa pratica um ato lícito e, assim, não é responsável pela morte causada a um terceiro, em consequência de prática daquele ato*” (TJSP – Rec. – Rel. Miranda Ramos). “*Não pode*

²⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 264 p.

responder por excesso culposo que, agindo em legítima defesa própria vem, também, atingir, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, pessoa diversa da visada pelo agente” (TJBA – AC – Rel. Aderbal Gonçalves).

Se o agente estava procedendo em legítima defesa e houve erro na execução, nem por isso deixa a justificativa invocada de ser admissível, se comprovada. Em relação ao terceiro atingido, terá havido mero acidente ou erro no uso dos meios de execução. E quem diz acidentalidade diz causa independente da vontade do agente (TJSP – Rec. – Rel. Adriano Marrey)

Assim, analisando a hipótese levantada, a excludente acobertaria a conduta do atirador mesmo quando agisse antes da luz verde. Para a sua conduta ser considerada lícita, necessário se faz estarem presentes todos os requisitos da legítima defesa ou do estrito cumprimento do dever legal, ou ainda do estado de necessidade, no excepcional caso de um ataque de animal contra a vítima acuada.

7.2. O sniper atira após a liberação da luz verde pelo Comandante do time

Nesta hipótese, podem ocorrer vários desdobramentos:

a) No caso de matar o marginal, age amparado pelas excludentes de ilicitude, da legítima defesa de terceiro e, subsidiariamente, pelo estrito cumprimento do dever legal.

b) No caso de matar o marginal e, por acidente, provocar lesões na vítima, também o ampara as excludentes citadas alhures. Apesar de ter ocorrido erro na execução, sua conduta é considerada lícita e não há crime a ser punido.

c) O sniper acerta só a vítima vindo a matá-la por acidente e erro na execução. Ocorreu, no caso, legítima defesa de terceiro com *aberrantio ictus*, o que torna a ação lícita, como foi citado no exemplo do item 1.

d) O sniper acerta o marginal, provocando-lhe lesões e também atinge, por acidente, a vítima provocando-lhe a morte; usa-se o mesmo argumento do item “c”.

e) O atirador erra o alvo e acerta o vidro de um veículo estacionado na calçada. Neste caso ocorre o chamado resultado diverso do pretendido, disposto no art. 74 do CP. Por estar amparado por excludente de ilicitude, o sniper não responde pelo crime de dano, não há crime. Também em virtude de não ser prevista a punição do crime de dano a título de culpa, ou seja, não existe em nosso ordenamento penal a figura do dano culposo. Se acerta pessoa diversa, que não o meliante e a vítima, ou seja, alguém que vem atravessando a rua, aplica-se o disposto com relação à legítima defesa com erro na execução.

Capítulo 8

OS GRUPOS ESPECIAIS E SUA ATUAÇÃO AMPARADA PELAS CAUSAS LEGAIS EXCLUDENTES DE CULPABILIDADE

É cediço que as causas excludentes de ilicitude excluem o crime, por ausência de um dos seus elementos, que é justamente a ilicitude. Se crime é fato típico e ilícito, sem a ilicitude, o delito desaparecerá.

A culpabilidade, como já citado, não integra o conceito de crime, mas é um juízo de reprovabilidade, de valor, sobre a pessoa do agente que praticou a conduta criminosa. Assim, quando ocorre um crime deve-se indagar se o agente que praticou aquela infração penal podia ser, no momento da ação ou omissão, considerado imputável ou se era capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento; se sabia da ilicitude de sua conduta ou se era exigível um outro comportamento do agente na situação em que se encontrava.

Amoldando as causas que excluem a imputabilidade (doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado), a consciência da ilicitude (erro sobre a ilicitude do fato) e a exigibilidade de conduta diversa (obediência hierárquica) à conduta do sniper, abordaremos apenas o erro de proibição e a obediência hierárquica (consideradas causas legais de exclusão de culpabilidade), por serem as situações que podem ocorrer no dia-a-dia no cumprimento da missão pelo atirador. Levantaremos algumas hipóteses relativas a essas duas modalidades de dirimentes, sabendo-se que é praticamente impossível prever todos os casos a ocorrer no cotidiano policial, salientando-se que, nas hipóteses a serem levantadas, não serão analisadas as excludentes de ilicitude (legítima defesa ou estrito cumprimento do dever legal) e sim de culpabilidade na atuação do atirador de precisão.

Antes, é necessário esclarecer que o time tático ou o sniper, mesmo após ter recebido a luz verde liberando-o para agir, pode ou não efetuar o disparo, ou seja, o atirador faz um juízo de valor se pratica a conduta ou não. Isto justifica-se por ser o atirador de elite um coletor de informações e estar posicionado em um local estratégico onde pode visualizar todo o local da crise com a ajuda do observador, já que um time de sniper é formado, geralmente, por dois atiradores, que passam todas as informações para o gerente de crise.

Não se pode esquecer que a missão primeira do sniper é a identificação dos suspeitos e dos reféns e a análise do local da crise e sua descrição, justamente por estar em local privilegiado. Só após estas tarefas e devidamente autorizado, o sniper deve neutralizar seu alvo com um único disparo.

A luz verde é liberada geralmente quando o meliante já matou um refém ou ameaçou fazê-lo, existindo, portanto, a necessidade urgente de colocá-lo fora de ação. O disparo é efetuado normalmente na cabeça, em virtude do cérebro ser a melhor parte do sistema nervoso central para ser atingida por provocar uma parada instantânea.

Suponhamos primeiramente que recebida a luz verde para agir, o atirador efetua o disparo, algumas situações podem ocorrer, conforme se verá a seguir:

8.1. O operador do time tático ou o atirador, após receber a luz verde, dispara e acerta o meliante e, por acidente, também o refém, causando a morte de ambos

Quem não se lembra do caso Adriana Caringe, ocorrido há alguns anos na cidade de São Paulo, quando um assaltante, em uma janela, apontava uma arma para a cabeça da vítima, ameaçando matá-la. Um atirador de elite foi acionado e efetuou o disparo, matando o marginal. O projétil atingiu também a vítima, ocasionando-lhe a morte. Esta cena chocou o País e, ainda hoje, está na memória de muitos que a assistiram pela televisão.

Apenas por aspectos didáticos, analisaremos o problema sem ingressarmos nas excludentes de ilicitude, da legítima defesa de terceiro e do estrito cumprimento do dever legal.

In casu, ocorreu o chamado erro na execução (*aberratio ictus*, já discutido em hipótese anterior).

No exemplo, ao decidir atirar, não se pode descartar que o sniper estava em obediência hierárquica (causa legal de exclusão da culpabilidade), com a presença de todos os elementos que a compõem, pois é subordinado ao Comandante, que dá a liberação da luz verde; a ordem não era manifestamente ilegal e o superior tinha competência para ordená-la.

Nos ensina José Frederico Marques³⁰ com relação ao assunto em questão:

Se o superior dá a ordem, nos limites de sua respectiva competência, revestindo-se ela das formalidades legais necessárias, o subalterno ou presume a licitude da ordem (erro de fato) ou se sente impossibilitado de desobedecer ao funcionário de onde a ordem emanou (inexigibilidade de outra conduta); de uma forma ou de outra, é incensurável o proceder do inferior hierárquico e, por esta razão, o fato praticável não é punível em relação a ele.

Estando em obediência hierárquica, esta afasta a reprovabilidade da conduta, sendo questionável a responsabilidade penal do autor da ordem. Ora, se a ordem era legal e o Comandante tinha competência para fazê-lo, está o mesmo acobertado pela excludente de ilicitude do estrito cumprimento do dever legal.

Outra tese a ser levantada, que no meu entender é a mais forte delas, apesar da flagrante divergência doutrinária, seria a inexigibilidade de conduta diversa como causa supra-legal de exclusão da culpabilidade.

Estando o atirador incluído no contexto fático constituído pelas circunstâncias anormais, de extrema urgência em agir para evitar a morte de

³⁰ in *Tratado de Direito Penal*. Vol. II. 23 p.

um refém e, para isso, ter de usar força letal contra o meliante, usando apenas um disparo que deve incapacitá-lo imediatamente, pois na prática é quase impossível produzir um ferimento que pare um suspeito sem que produza uma séria ameaça à sua saúde, será que era exigível do sniper, na situação de fato em que se encontrava, uma conduta diferente da que praticou? Será que qualquer um de nós, na situação de ter que decidir em milésimos de segundo se dispara ou não, e dessa conduta depende a preservação do bem mais valioso de pessoas inocentes, agiria de outra forma? Creio que não.

Destarte, se dentro das peculiaridades do fato não era possível ao sujeito agir como normalmente o faria, a conclusão lógica que se abstrai é que não podia ser imposto a ele a prática de uma ação diferente. Logo, não podendo agir o atirador de outra forma, a reprovabilidade da conduta desaparece, isso porque tal reprovabilidade existe exatamente quando o agente pode realizar a conduta de acordo com o ordenamento jurídico e, no entanto, age de outro modo, violando-o. Desaparecendo a exigência de uma conduta diferente, cabe a absolvição por inexigibilidade de conduta diversa, mesmo ocorrendo erro na execução.

Se vencida a possibilidade de aplicação da obediência hierárquica (como causa legal), e da inexigibilidade de conduta diversa (como causa supra-legal) para excluir a culpabilidade do atirador de elite, passa-se à análise do erro.

Se nas circunstâncias em que se encontrava o sniper, o erro era evitável (inescusável, vencível) há responsabilidade penal e ele responderá por homicídio a título de culpa. Neste caso, deve ser levado em consideração o juízo de valor feito pelo atirador, se deve ou não disparar, analisando todas as circunstâncias que se apresentam naquele momento. É flagrante que, no caso Caringe, ocorreu erro na execução e esse erro poderia ou não ter sido evitado.

Essa responsabilização por homicídio culposos só poderá ocorrer se vencidas todas as possibilidades de aplicação das excludentes de ilicitude e de culpabilidade, legais ou extralegais ao caso concreto.

Pode-se também levantar a possibilidade, não de erro, mas de excesso na execução. Este excesso, pelo Código Penal Militar, só pode ser atribuído ao sniper, a título de culpa e se for vencível. Se invencível, caracterizará o excesso exculpante, excludente da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa. Todas estas possibilidades serão analisadas de acordo com as provas constantes do inquérito policial ou na eventual ação penal.

8.2. O operador ou o sniper atira e acerta um refém causando-lhe a morte, pois enganou-se devido ao meliante ter trocado de roupa com a vítima

Aqui ocorreu o chamado erro sobre a pessoa (art. 20 § 3º do CP) que não isenta o agente de pena. Porém, *in casu*, devem ser analisadas todas as circunstâncias para a responsabilidade penal do atirador.

Primeiramente deve-se aferir se o erro era evitável ou inevitável. Se o erro é inevitável, dolo e culpa estão afastados. Se evitável o erro, só é afastado o dolo, subsistindo a culpa, se o ordenamento jurídico prever o fato como crime culposos.

Como se expôs anteriormente, o sniper pode ou não atirar após a liberação da luz verde, o juízo de valor é seu. Justifica-se por ter o atirador visão privilegiada do local da crise.

É o que nos mostra a interpretação do § 1º do art. 20 do CP:

É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos.

O erro do atirador pode ter derivado de culpa (aqui entendida em sentido estrito, como falta de cuidado) pois se tivesse diligenciado corretamente perceberia que o meliante tinha trocado de roupa com o refém justamente para confundir o sniper.

A *contrário sensu*, se o erro era inevitável (erro que qualquer pessoa cometeria nas circunstâncias em que se encontrava), no caso poderia ser a semelhança física entre o suspeito e o refém, o sniper ficará isento de pena, por estar excluída a sua culpabilidade. Percebe-se que o legislador usou a expressão “é isento de pena”, consolidando a teoria normativa pura da culpabilidade que a considera como pressuposto para aplicação da sanção penal.

O mesmo argumento usado no exemplo do item “a” cabe *in totum* no presente. A responsabilização do sniper por homicídio culposo (por culpa inconsciente) só poderá existir se ultrapassadas todas as hipóteses que excluem a ilicitude e a culpabilidade, como no caso a legítima defesa de terceiro, o estrito cumprimento do dever legal, a obediência hierárquica e a inexigibilidade de conduta diversa.

8.3. O operador ou o atirador recebe a luz verde e não efetua o disparo vindo posteriormente o meliante a esfaquear a vítima causando-lhe a morte

Para finalizar as hipóteses deste exemplo, se o policial integrante do grupo tático, vendo que o marginal de posse da faca iria furar a vítima, se omitisse, ocorrendo a morte da mesma, responderia, *prima facie*, pelo chamado crime omissivo impróprio ou comissivo por omissão, com relação ao evento da morte pois tinha o dever legal de agir e não o fez, sem prejuízo da punição pelo ordenamento militar.

Diz o parágrafo 2º do art. 13 do Código penal:

A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

a) tenha, por lei, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;

Assim, tendo o atirador policial, por lei, a obrigação de agir e, no caso, podia agir, vai responder pelo homicídio à título de crime omissivo impróprio ou, se não houver o evento morte, pelas lesões praticadas na vítima.

Deve a análise ser feita, caso a caso, pois se ficar constatado que o policial não disparou pois não tinha condições de fazê-lo, ou porque achou que poderia também atingir a vítima ou por qualquer outro motivo, deve ser levantada a tese de inexigibilidade de conduta diversa para afastar a reprovabilidade da conduta e, conseqüentemente, a aplicação da pena.

8.4. O sniper efetua o disparo, erra o tiro, não acertando o alvo, tendo o marginal, em decorrência do disparo, matado um refém

Nesta hipótese, várias teses podem ser levantadas. Legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal (como excludentes de ilicitude), obediência hierárquica (como causa legal de exclusão de culpabilidade) e inexigibilidade de conduta diversa (como causa extralegal de exclusão de culpabilidade), usando-se os mesmos argumentos dos exemplos criados anteriormente.

Ocorre que, neste exemplo, o erro do sniper faz com que o meliante tire a vida de um refém.

In casu, deveremos nos reportar para o artigo 13 do Código Penal que trata da relação de causalidade e dispõe: “O resultado de que depende a existência do crime somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

Nosso ordenamento penal adotou a teoria dos antecedentes causais, também chamada de *conditio sine qua non*. Por ela tudo que contribui para o resultado é causa deste.

Esta teoria tem que ser acatada com reservas. Se fôssemos levá-la ao extremo, chegaríamos ao absurdo de considerar como causa do homicídio

provocado pelo meliante usando arma de fogo, até mesmo a sua fabricação, imputando também ao fabricante da arma a participação no crime.

Adotando-se a teoria finalista da ação, exige-se, até como limites, a teoria da *conditio sine qua non*, os elementos subjetivos (dolo e culpa), sem os quais jamais poderá haver punição, sob pena de inadmissível responsabilidade penal objetiva, o que seria uma verdadeira afronta ao hodierno direito penal da culpa.

Voltando-se à hipótese, não se pode imputar ao sniper a produção do resultado morte, pois não agiu nem como dolo nem como culpa. Ao atirar no marginal e errar, atuou amparada por excludentes (sejam elas de ilicitude ou de culpabilidade). O erro na execução está acobertado por uma dessas excludentes, destarte, não há participação do sniper no resultado letal, nos termos dos artigos 13 e 18 do Código Penal.

Pensar-se ao contrário seria homenagear a inadmissível responsabilidade penal objetiva.

8.5. O operador do time tático ou o sniper recebe a luz verde, dispara, acerta o meliante, mas dá o segundo disparo que vem a atingir a vítima causando-lhe lesões graves

No presente exemplo, podemos falar sobre o excesso.

Como já citado, o excesso pode ser doloso ou culposo. O excesso doloso é o excesso consciente, intencional do agente que se vale da situação para dar cabo do adversário já prostrado no chão e que não mais oferecia perigo algum. O excesso culposo é quando o agente excede os limites da moderação; é o derivado de desatenção, imponderação ou demasiada precipitação.

Atuou o policial, assim entendendo, até o primeiro disparo, amparado pela excludente de ilicitude, da legítima defesa de terceiro e, subsidiariamente, pelo estrito cumprimento do dever legal.

Deve-se aferir, neste caso, o motivo real do segundo disparo, que pode ter ocorrido devido ao meliante continuar na agressão ou ainda por algum outro fator. É certo que não há que falar em excesso doloso. Se cabível aqui um excesso, ele só poderá responder a título de culpa pelas lesões na vítima, nos termos do art. 45 do Código Penal Militar.

É condição *sine qua non* que, neste caso, se verifique se o segundo disparo efetuado pelo sniper se deu por inevitável medo, surpresa ou perturbação de ânimo em face da situação, pois se isto tiver ocorrido poderemos estar diante de flagrante excesso exculpante.

Há excesso exculpante quando, na reação defensiva, o excesso se dá por uma atitude emocional de quem repele a agressão injusta a si próprio ou a terceiro. Não é excesso culposo pois neste o excesso deriva da falta do dever de cuidado; é excesso exculpante mesmo que é resultante de medo, surpresa ou perturbação de ânimo. Apesar da resposta à agressão ter sido excessiva, o excesso não é devido a uma postura dolosa ou culposa, mas a uma atitude emocional do agredido.

Se sobejamente comprovado o excesso exculpante, se a perturbação de ânimo for inevitável, logicamente, absolve-se o autor por não ser exigível dele outra conduta nas circunstâncias fáticas em que se encontrava, amparando-se a absolvição na inexigibilidade de conduta diversa, como causa supra-legal de exclusão da culpabilidade.

Todas as hipóteses aqui levantadas devem ser analisadas, caso a caso, aplicando-se ao fato aquela que mais se enquadrar no contexto das provas apuradas.

CONCLUSÃO

No desenrolar do trabalho foram apresentadas soluções para as situações ocorridas no cotidiano dos grupos especiais de polícia, analisando, dentro do ordenamento jurídico pátrio, todas as possibilidades em que ele pode ser responsabilizado penalmente por sua conduta.

Viu-se, no início do presente, a origem dos Grupos Especiais de polícia bem como as alternativas para a solução de ocorrências críticas e os modos de atuação, justamente para se poder aferir quando pode ou não ser imputado ao operador o cometimento de alguma infração penal.

Foi transcrito ainda quais as causas previstas na nossa legislação penal, e também fora dela, que tornam a ação do operador lícita (excludentes de ilicitude) e incensurável, por não ser exigível dele, no momento da ação, outra conduta (inexigibilidade de conduta diversa), precisamente para podermos estabelecer uma adequação típica do comportamento do sniper aos institutos previstos no ordenamento jurídico pátrio.

No quinto e no sexto capítulos, procuramos estabelecer uma conexão entre a conduta dos grupos especiais de polícia e as chamadas excludentes de ilicitude e de culpabilidade. Mostramos quais excludentes e dirimentes podem ser aproveitadas em uma eventual tese de defesa e quais devem ser imediatamente descartadas por serem inteiramente incabíveis na espécie.

Finalmente, foram levantadas várias hipóteses (algumas remotíssimas, mas de vital importância acadêmica para desdobramento do tema), que podem vir a ocorrer na atuação dos grupos especiais de polícia durante o cotidiano policial e demos a solução jurídica para cada questão levantada, analisando tanto o aspecto da exclusão do crime (excluindo-se a ilicitude) como da imposição da pena pela inexigibilidade de conduta diferente (excluindo-se a culpabilidade).

Após todo o discorrido, concluiu-se que aquele que tem a árdua e nobre missão de salvar vidas, atua amparada por duas excludentes de antijuridicidade, a legítima defesa de terceiro e o estrito cumprimento do dever legal, sem citar a excepcional hipótese do estado de necessidade, sendo incabível o exercício regular do direito como excludente de ilicitude.

Com relação à culpabilidade, conclui-se que a obediência hierárquica é a causa legal de exclusão que se amolda à conduta do operador por ser ele subordinado ao Comandante do Grupo, só podendo atuar com a sua devida autorização, com a liberação da luz verde. Porém, vencidas todas as excludentes anteriormente citadas, alegar-se-á, como causa supralegal de exclusão da culpabilidade (e como argumento mais consistente) a inexigibilidade de conduta diversa, pois não é exigível do operador, pela situação fática da crise, onde uma ou umas vidas estão em jogo, comportamento diferente do que foi adotado por ele, assim, sua conduta não é reprovável. Pensar o contrário seria homenagear a abominável responsabilidade penal objetiva em detrimento do humanitário Direito Penal da Culpabilidade.

Coloquem-se por alguns segundos, atrás da luneta de um atirador de precisão ou do extenso equipamento de um operador tático e com a seguinte cena: um meliante aponta um revólver para a cabeça da vítima ameaçando matá-la. A luz verde é liberada. Você atiraria ou não?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACADEMIA NACIONAL DE POLÍCIA. *Ministério da Justiça. Departamento de Polícia Federal. Manual de Gerenciamento de Crises.* 1995, 40p.

BITENCOURT, César Roberto. *Código Penal Anotado e Legislação Complementar.* 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal. Parte Geral.* 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado.* 6.ed. São Paulo: Editora Renovar, 2002.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal. Parte Geral.* Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

FRANCO, Alberto da Silva. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial. Parte Geral. Vol. 1.* 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

IKEDA, Cap. M.Y. *Curso de controle e resolução de conflitos e situação de crise. Noções de operações especiais.* Grupo Tático. Btl. de Operações Especiais, Brigada Militar. Rio Grande do Sul. Mai. 2001.

JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado.* 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

JÚNIOR, Paulo José da Costa. *Direito Penal. Curso Completo.* 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

LAZZARINI, Álvaro. *Código Penal Militar.* 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

LEÃO, 1º. Ten D.J.A. *A história dos comandos.* Jun. 1993. p.1.
LEÃO, 1º. Ten D.J.A. *Curso de equipe tática.* São Paulo, 2000.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito.* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal 1*. São Paulo: Editora Atlas, 1998.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. Vol. 1. 36 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

TOLEDO Jr. Cap PM T.D.B. *Curso de Ações Táticas Especiais*. maio, 1997.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da inexigibilidade de conduta diversa*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000.