



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
ARIELLYE NASCIMENTO DE SOUZA**

**A OBRIGATORIEDADE DE O ESTADO ARCAR COM A DEFESA TÉCNICA DO
POLICIAL MILITAR NOS CASOS DE EXCLUDENTE DE ILICITUDE**

**Juiz de Fora
2017**

ARIELLYE NASCIMENTO DE SOUZA

**A OBRIGATORIEDADE DE O ESTADO ARCAR COM A DEFESA TÉCNICA DO
POLICAL MILITAR NOS CASOS DE EXCLUDENTE DE ILICITUDE**

Artigo jurídico apresentado à Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção no grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Constitucional sob orientação da Professora Doutora Elizabete Rosa de Mello

**Juiz de Fora
2017**

FOLHA DE APROVAÇÃO**ARIELLYE NASCIMENTO DE SOUZA****A OBRIGATORIEDADE DE O ESTADO ARCAR COM A DEFESA TÉCNICA DO
POLICAL MILITAR NOS CASOS DE EXCLUDENTE DE ILICITUDE**

Artigo jurídico apresentado à Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção no grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Constitucional submetido à Banca Examinadora composta pelos membros:

Professora Doutora Elizabete Rosa de Mello – Orientadora
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professor Doutor Vicente Riccio Neto
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professor Mestre Renato Chaves Ferreira
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

() APROVADA

() REPROVADA

Juiz de Fora, 26 de junho de 2017.

A OBRIGATORIEDADE DE O ESTADO ARCAR COM A DEFESA TÉCNICA DO POLICIAL MILITAR NOS CASOS DE EXCLUDENTE DE ILICITUDE

Ariellye Nascimento de Souza¹

RESUMO

O objetivo deste artigo é defender o direito fundamental de acesso à justiça, a ampla defesa e ao contraditório ao policial militar, sendo enfatizada a obrigatoriedade de o Estado custear a defesa técnica do profissional, em especial, nas hipóteses de excludente de ilicitude. Defender-se-á que o policial militar, independentemente de sua renda, tem o direito de ter acesso a defesa técnica gratuita por meio de defensores públicos ou advogados dativos. Verifica-se que o Estado não oferece amparo ao policial militar enquanto agente de segurança pública, mesmo considerando-se que o policial atua em nome do próprio Estado. A metodologia adotada é bibliográfica e crítico dialética.

Palavras-chave: Policial Militar; Excludente de Ilicidade; Defesa Técnica.

ABSTRACT

The purpose of this article is to defend the fundamental right of access to justice, the ample defense and the contradictory to the military police officer, being emphasized obligatoriness of the State to defray the technical defense of the professional, especially, in the hypotheses of exclusion of unlawfulness. Will be defended that the military police officer, irrespective of his income, has the right to access free technical defense by public defenders or dative advocates. It is verified that the State does not offer support to the military police officer as agente of public security, even considering that the policeman acts in the name of the own State. The methodology adopted is a bibliographical and critical dialectic.

KEYWORDS: *Military Police ; Exclusion of Unlawfulness; Technical Defense.*

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A FUNÇÃO DO POLICIAL MILITAR. 3. AS EXCLUDENTES DE ILICITUDE NA ATUAÇÃO DO POLICIAL MILITAR. 3.1. O estado de necessidade. 3.2. A legítima defesa. 3.3. O estrito cumprimento do dever legal. 3.4. O exercício regular do direito. 4. A OBRIGATORIEDADE DE O ESTADO ARCAR COM A DEFESA TÉCNICA DO POLICIAL MILITAR. 4.1. A Defensoria Pública. 4.2. O Defensor Dativo. 5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo tem a finalidade de analisar o papel do Estado diante da atuação de seus agentes – policiais militares. Em especial, será abordada a proteção jurídica processual do policial militar nos casos de excludentes de ilicitude previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

Discutir-se-á a obrigatoriedade de o Estado em custear a defesa técnica do policial militar, independentemente da renda salarial deste. Esta assistência seria gratuita e perduraria por todo o processo, inclusive na fase recursal, se houver. Esta defesa técnica oferecida pelo Estado deveria ser obrigatória, o que proporcionaria aos policiais militares uma melhor possibilidade de acesso à justiça.

Atualmente, o que se percebe é o desamparo estatal aos seus agentes de segurança pública, pois o Estado não arca com os custos da defesa técnica em nenhuma fase processual, nem mesmo nos casos em que se vislumbra a possibilidade de o policial militar ter atuado sob o amparo de uma das causas de excludente de ilicitude.

Neste trabalho, será abordado no item 2, as funções do policial militar previstas na Constituição da República Federativa do Brasil, na Constituição do Estado de Minas Gerais e no Estatuto da Polícia Militar de Minas Gerais.

No item 3 serão analisadas as hipóteses de excludente de ilicitude previstas no ordenamento jurídico, em especial, as que constam no Código Penal Militar, pois haverá enfoque à atuação do policial militar.

No item 4 argumentar-se-á sobre a obrigatoriedade de o Estado arcar com as custas da defesa técnica do policial militar. Será dado enfoque a possibilidade da atuação da defensoria pública e do defensor dativo na prestação da assessoria jurídica gratuita aos policiais militares.

A metodologia adotada neste artigo será bibliográfica e crítico dialética, na medida em que não se aterá apenas a reprodução legislativa, doutrinária e jurisprudencial e,

sim, uma análise crítica da possibilidade de o Estado custear a defesa técnica do policial militar nos casos de excludente de ilicitude.

Por fim, o marco teórico será o neoconstitucionalismo, cujo entendimento pauta-se na preservação e promoção dos direitos fundamentais com total influência da Constituição Federal no Estado Democrático de Direito. Dessa forma, visa-se garantir o direito fundamental do policial militar ao acesso à justiça e ao devido processo legal, por meio do acesso a defesa técnica gratuita.

2 A FUNÇÃO DO POLICIAL MILITAR

Neste item será abordada a função do policial militar enquanto agente integrante do sistema de segurança pública de acordo com o que prevê ordenamento jurídico brasileiro. Primeiro tratar-se-á o que prevê à Constituição Federal, depois à Constituição do Estadual de Minas Gérias, bem como ao Estatuto da Polícia Militar de Minas Gerais sobre o tema.

A Polícia Militar é um dos órgãos que compõe o sistema de segurança pública no Brasil. Dentre suas atribuições, encontram-se o policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública. Ressalta-se que o policial militar tem o dever legal de agir no exercício de sua função ou em razão desta.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988), prevê em seu artigo 144, os órgãos integrantes da segurança pública no Brasil, conforme abaixo:

[...] 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: [...] V- polícias militares e corpos de bombeiros militares.

A função da polícia militar está descrita no artigo 144 da Constituição (BRASIL, 1988) e a primeira parte do seu §5º prevê: “[...] às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública”. Sendo que o §6º define as polícias militares como forças auxiliares e reserva: “[...] as polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios”.

Ainda a respeito da função do policial militar, a título exemplificativo, observar-se o que prevê a Constituição do Estado de Minas Gérias, do ano de 1989 (BRASIL, 1989), em seu artigo 136, prevê:

[...] a segurança pública, dever do Estado e 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: [...] II - Polícia Militar.

O *caput* do artigo 142 da Constituição Estadual (BRASIL, 1989), descreve como a carreira militar está organizada com base na hierarquia e na disciplina, sendo órgão permanente. O inciso I, delimita todas as funções inerentes ao serviço de natureza policial militar:

[...] a Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros Militar, forças públicas estaduais, são órgãos permanentes, organizados com base na hierarquia e na disciplina militares e comandados, preferencialmente, por oficial da ativa do último posto, competindo: I- à Polícia Militar, a polícia ostensiva de prevenção criminal, de segurança, de trânsito urbano e rodoviário, de florestas e de mananciais e as atividades relacionadas com a preservação e restauração da ordem pública, além da garantia do exercício do poder de polícia dos órgãos e entidades públicos, especialmente das áreas fazendária, sanitária, de proteção ambiental, de uso e ocupação do solo e de patrimônio cultural.

A título exemplificativo, cita-se a Lei 5.301, de 16 de outubro de 1969, que traz o Estatuto dos Militares do Estado de Minas Gerais (BRASIL, 1969), mencionando a função do policial militar, no seu artigo 15:

[...] a qualquer hora do dia ou da noite, na sede da Unidade ou onde o serviço o exigir, o policial-militar deve estar pronto para cumprir a missão que lhe for confiada pelos seus superiores hierárquicos ou impostos pelas leis e regulamentos.

Independentemente de estar ou não no efetivo exercício da função, o policial militar pode ter solicitada a sua atuação a qualquer hora do dia ou da noite, tendo o dever funcional de agir visando o bem comum na manutenção da segurança pública.

Embora o policial militar exerça papel de relevância no âmbito da promoção de segurança pública, expondo a sua própria vida no dever legal de agir em defesa da sociedade, verifica-se que, muitas vezes, a atividade de risco desempenhada pelo policial militar não é reconhecida ou admirada pela comunidade.

Num aspecto geral, verifica-se que a atividade do policial militar é física e psicologicamente desgastante, além de mal remunerada. Esse é mais um motivo pelo qual o Estado deva ser responsabilizado em oferecer maior apoio aos seus policiais, proporcionando-lhes melhores condições de segurança no desempenho da função, melhores salários e assistência jurídica gratuita, em especial, nos casos em que o policial incorre em hipótese de atuação amparada por qualquer excludente de ilicitude.

Os autores Luiz Eduardo Soares, André Batista e Rodrigo Pimentel referem-se a rotina dos policiais militares no Estado do Rio de Janeiro e explicita o desamparo estatal para com seus agentes de segurança pública. Tal narrativa ilustra não só a rotina dos policiais militares do Rio de Janeiro, mas a realidade de muitos policiais militares brasileiros:

[...] Todos os dias, no estado do Rio de Janeiro, um grande número de policiais arrisca a vida no cumprimento de seu dever constitucional, com dignidade e coragem. Eles recebem salários desproporcionais às ameaças que enfrentam e à importância de sua função. Muitos sofrem danos físicos e mentais. As baixas fatais contam-se às centenas. Trabalham, frequentemente, em condições precárias e incompatíveis com a complexidade de sua missão, tanto preventiva, quanto investigativa e repressiva. Além disso, têm visto sua imagem pública degradar-se. (SOARES; BATISTA e PIMENTEL, 2008, p. 10).

Ao referir-se a segurança pública, o tema é muitas vezes associado ao combate a violência e a preservação da ordem. No entanto, a segurança pública é muito mais do que isso. Está, também, relacionada a paz coletiva, pois segurança pública engloba a resolução de outros problemas, como os relacionados ao transporte, à saúde, à educação, dentre outros, cuja carência pode provocar caos e afetar diretamente a segurança pública.

As atribuições que a Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988) confere à Polícia Militar a função de policiamento ostensivo, representado pelo uso de fardamento e de viaturas caracterizadas que possibilitam a fácil identificação pela comunidade, com o objetivo de promover tanto a segurança real – através da presença física do policial; quanto a segurança subjetiva – consiste na possibilidade de potencial presença do policial, inibindo a prática de crimes.

Embora exerça atividade de risco à vida, cumprindo o seu dever legal de enfrentar o perigo, arriscando a sua própria vida em prol da coletividade e de atuar efetivamente contribuindo para a promoção e manutenção da segurança pública, o policial militar vê-se desamparado pelo Estado, quando deste necessita, por exemplo, para auxiliá-lo no seu direito de acesso à justiça. O Estado não oferece ao policial militar o acesso a defesa técnica gratuita, nem mesmo nos casos em que o policial atua nas hipóteses de excludente de ilicitude.

3 AS EXCLUDENTES DE ILICITUDE NA ATUAÇÃO DO POLICIAL MILITAR

Os policiais militares têm o dever funcional de agir e atuam em nome do Estado, sendo um de seus representantes no âmbito referente à esfera de segurança pública. Dessa forma, faz-se necessária a análise sobre a obrigatoriedade dos Estados em ofertar assistência

jurídica sem ônus para o policial militar que, no exercício da função ou em razão desta, incorre nas hipóteses de excludentes de ilicitude, considerando-se que o policial militar tem o dever funcional de agir.

A excludente de ilicitude pode ser definida como uma causa excepcional que retira o caráter antijurídico de uma conduta tipificada como criminosa. As hipóteses de excludentes de ilicitude estão previstas nos artigos 23, 24 e 25 do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940) e nos artigos 39, 42, 43 e 44 do Código Penal Militar (BRASIL, 1969).

Desta forma, descrever-se-á quais são as excludentes de ilicitude e abordar-se-á sobre: o estado de necessidade; legítima defesa; o estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular do direito, sendo que no caso das duas últimas hipóteses, coube a doutrina conceitua-las, já que o legislador não o fez.

Ressalta-se que o agente (policial militar ou qualquer outro cidadão) responde pelo excesso (doloso ou culposo) nas quatro causas de excludentes de ilicitude.

3.1 O estado de necessidade

Uma das hipóteses de excludente de ilicitude prevista no ordenamento jurídico brasileiro é o estado de necessidade. Este é uma causa especial de exclusão de ilicitude, que retira o caráter antijurídico de um fato tipificado como crime.

Para Fernando Capez e Stela Prado, o estado de necessidade:

[...] é uma causa de exclusão da ilicitude da conduta de quem, não tendo o dever legal de enfrentar uma situação de perigo atual, a qual não provocou por sua vontade, sacrifica um bem jurídico ameaçado por esse perigo para salvar outro, próprio ou alheio, cuja perda não era razoável exigir. No estado de necessidade existem dois ou mais bens jurídicos postos em perigo, de modo que a preservação de um depende da destruição dos demais. Como o agente não criou a situação de ameaça, pode escolher, dentro de um critério de razoabilidade ditado pelo senso comum, qual deve ser salvo (CAPEZ, PRADO, 2012, p. 94).

No Código Penal Militar (BRASIL, 1969), o estado de necessidade está previsto em seus artigos 39 e 43. O citado Código adota a Teoria Diferenciadora. Por esta Teoria, entende-se que há dois estados de necessidade, o justificante (que exclui a ilicitude) e o exculpante (exclui a culpabilidade). O estado de necessidade justificante é verificado quando o bem jurídico preterido for menos importante que o bem jurídico salvo, pela conduta do policial militar que fará a necessária ponderação de bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico. Esta hipótese ocorre, por exemplo, quando em sua atuação, amparado

pelo estado de necessidade, o policial militar protege o bem jurídico vida e sacrifica o bem jurídico patrimônio.

Outra hipótese é o estado de necessidade exculpante, que ocorre quando o bem preterido for mais importante que o bem jurídico salvo. Nesse caso a consequência é a exclusão da culpabilidade, mais especificamente na exigibilidade de conduta diversa. Portanto, no caso do estado de necessidade exculpante, a hipótese da excludente ocorreria quando, por exemplo, sem haver a possibilidade de atuar de modo diferente, ocorresse o sacrifício da vida em proteção ao patrimônio, mesmo que, conforme o ordenamento jurídico brasileiro, o direito à vida sobreponha-se ao direito ao patrimônio.

Dessa forma, o artigo 39 do Código Penal Militar (BRASIL, 1969), prevê o estado de necessidade (exculpante) como excludente de culpabilidade:

[...] 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.

E, em seu artigo 43, prevê o estado de necessidade (justificante) como excludente do crime:

[...] considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para preservar direito seu ou alheio, de perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, desde que o mal causado, por sua natureza e importância, é consideravelmente inferior ao mal evitado, e o agente não era legalmente obrigado a arrostar o perigo.

Fazendo-se alusão ao Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940), que em seu artigo 24, § 1º prevê que “[...] não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo” (BRASIL, 1988) sendo este o caso dos policiais militares, Capez e Prado (2012) entendem que o agente - policial ou bombeiro militar, por exemplo - poderá, no entanto, recusar-se a uma situação perigosa quando impossível o salvamento ou o risco for inútil.

Proferido pelo Tribunal de Justiça do Paraná, observa-se no julgado abaixo que não basta apenas a alegação do estado de necessidade. Deve haver provas de que a ação foi, de fato, amparada pelo estado de necessidade. No caso a seguir, a absolvição ocorreu não pelo reconhecimento da incidência da excludente, mas sim, pela falta de provas:

EMENTA: RECURSO DE APELAÇÃO. DIREITO PENAL. CRIME DE RESISTÊNCIA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR ESTADO DE NECESSIDADE E AUSÊNCIA DE PROVAS. NÃO INCIDÊNCIA DA EXCLUDENTE DE ANTIJURIDICIDADE. VERIFICADA AUSÊNCIA DE PROVAS SEGURAS PARA EMBASAR EVENTUAL

ÉDITO CONDENATÓRIO. ABSOLVIÇÃO PELO PRINCÍPIO “IN DUBIO PRO REO”. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Decidem os Juízes Integrantes da 1ª Turma Recursal Juizados Especiais do Estado do Paraná, conhecer do recurso, e no mérito, dar-lhe provimento, nos exatos termos do voto (TJPR - 1ª Turma Recursal - 0000337-26.2012.8.16.0170/0 - Toledo - Rel.: Paulo Roberto Gonçalves de Camargo Filho - J. 12.06.2015), grifo nosso.

Portanto, para alegar-se a excludente da ilicitude configurada pelo estado de necessidade é preciso haver um perigo atual, não provocado dolosamente pelo agente e que este não poderia de outra forma evita-lo, caso fosse possível evita-lo, escolheria a forma menos gravosa, devendo observar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade em face dos bens jurídicos em confronto.

3.2 A legítima defesa

O artigo 44 do Código Penal Militar (BRASIL, 1969), define a legítima defesa da seguinte forma: “entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. Portanto, trata-se de uma exclusão da ilicitude, sendo o fato típico, mas não ilícito.

Assim, Fernando Capez e Stela Prado definem a legítima defesa:

Trata-se de causa de exclusão da ilicitude que consiste em repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, usando moderadamente dos meios necessários. Não há, aqui, uma situação de perigo pondo em conflito dois ou mais bens, na qual um deles deverá ser sacrificado. Ao contrário, ocorre um efetivo ataque ilícito contra o agente ou terceiro, legitimando a repulsa (CAPEZ, PRADO, 2012, p. 98).

A legítima defesa pode ser verificada no Agravo Regimental abaixo, que reconheceu a aplicabilidade dessa excludente em um caso em que houve troca de tiros entre policiais militares e a vítima que seria autor de roubo:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. POLICIAIS MILITARES INVESTIGADOS POR HOMICÍDIO. **EXCLUDENTES DA ILICITUDE DA LEGÍTIMA DEFESA** E DO ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL RECONHECIDAS PELO JUÍZO SUSCITANTE E SUSCITADO. TROCA DE TIROS COM A VÍTIMA, QUE TERIA RESISTIDO À PRISÃO, APÓS PRATICAR UM ROUBO. **MILITARES EM SUA FUNÇÃO TÍPICA**. POSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DE HOMICÍDIO DOLOSO QUE NÃO AFASTA O DISPOSTO NO ART. 9.º, INCISO II, ALÍNEA C, DO CÓDIGO PENAL MILITAR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA CASTRENSE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Embora as alterações introduzidas pela Lei n.º 9.299/96 tenham excluído do rol dos crimes militares o crime doloso contra a vida praticado por militar contra civil, competindo à Justiça Comum o julgamento do referido delito,

evidencia-se no caso a competência da Justiça Castrense. 2. Não se vislumbra indícios mínimos de dolo homicida na conduta praticada. Tanto é assim, que os Juízos Suscitante e Suscitado decidiram pelo arquivamento do inquérito policial, ao reconhecer que os Policiais Militares agiram resguardados pelas excludentes de ilicitude da legítima defesa e do estrito cumprimento do dever legal. 3. Inexistindo animus necandi na conduta investigada, praticada por militares em serviço, no exercício da função típica, evidencia-se a competência da Justiça Militar, nos termos do art. 9.º, inciso II, alínea c, do Código Penal Militar. Precedentes. 4. Agravo regimental desprovido (STJ – AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA AgRg no CC 133875 SP 2014/0115118-1 STJ- J. 13.08.2014), grifo nosso.

Ainda segundo entendimento de Capez e Prado (2012) a agressão atual é aquela que está ocorrendo no exato momento em que há o efetivo ataque, e a agressão iminente seria aquela que está prestes a ocorrer e, embora ainda não haja lesão, esta pode iniciar-se a qualquer momento. Há, também, a chamada legítima defesa putativa. Esta seria a errônea suposição da existência da legítima defesa por erro de tipo ou de proibição. Só existe na imaginação do agente, pois o fato é objetivamente ilícito. Como exemplo de legítima defesa putativa, cita-se a atuação do policial militar que, durante tentativa de abordagem a um suspeito que é foragido da justiça, autor de homicídios contra a vida de policiais e reconhecidamente perigoso, depara-se com este em uma rua mal iluminada à noite. Durante a tentativa de abordá-lo, o policial vê o suspeito correndo em sua direção, portando um objeto em uma das mãos. O policial, supondo estar na iminência de ser lesionado, saca a sua arma e efetua um disparo contra o suspeito, matando-o. Após aproximar-se, o policial verifica que o suspeito trazia nas mãos um aparelho celular e não uma arma. Neste caso, houve a legítima defesa putativa, pois a agressão real não ocorreu. A injusta agressão ocorreu somente na imaginação do policial.

Portanto, para que reste caracterizada a excludente com base na legítima defesa, é indispensável que ao repelir-se injusta agressão, sejam utilizados os meios necessários e proporcionais em medida suficiente para cessar a agressão. Esta injusta agressão deve ser atual ou iminente e será repelida para resguardar direito próprio ou de terceiros.

3.3 O estrito cumprimento do dever legal

Embora haja previsão do estrito cumprimento do dever legal no artigo 42, III do Código Penal Militar (BRASIL, 1969): “Não há crime quando o agente pratica o fato: [...] III - em estrito cumprimento do dever legal”; não há, no Código Penal Brasileiro (BRASIL,

1940) ou no Código Penal Militar (BRASIL, 1969) a conceituação do que é o estrito cumprimento do dever legal, coube a doutrina elaborar o conceito. Segundo Capez e Prado, “não há crime quando o agente pratica o fato no estrito cumprimento de dever legal. Consiste na realização de um fato típico, por força do desempenho de uma obrigação imposta por lei” (CAPEZ; PRADO, 2012, p. 90).

Observa-se o entendimento de estrito cumprimento do dever legal, por César Roberto Bitencourt:

[...] estrito cumprimento - somente os atos rigorosamente necessários justificam o comportamento permitido; [...] de dever legal - é indispensável que o dever seja legal, isto é, decorra de lei, não o caracterizando obrigações de natureza social, moral ou religiosa. A norma da qual emana o dever tem de ser jurídica, e de caráter geral: lei, decreto, regulamento etc. (BITENCOURT, 2012, p. 244).

Ainda de acordo com estrito cumprimento do dever legal, em relação a atuação do policial militar, Bitencourt descreve:

O funcionário militar não discute a legalidade, porque tem o dever legal de obediência, e qualquer desobediência pode constituir crime de insubordinação (art. 163 do CPM). O subalterno militar não é culpado, qualquer que seja a sua convicção sobre a ilegalidade da ordem. Pelo crime eventualmente decorrente só responde o autor da ordem (BITENCOURT, 2012, p. 240).

Como exemplo de cumprimento do dever legal pelo policial militar, citar-se quando este priva o fugitivo de sua liberdade, ou quando age em conformidade com o artigo 181 do Código de Processo Penal Militar (BRASIL, 1969), procedendo a revista pessoal no caso de haver fundada suspeita de que alguém oculte consigo produto do crime ou elementos de prova. Outro exemplo: quando ao presenciar uma situação de flagrante delito, a lei obriga que o policial efetue a prisão do respectivo autor.

A Ementa a seguir pertence a um julgado do Estado do Paraná em que há o reconhecimento da legitimidade na atuação dos policiais militares que, em estrito cumprimento do dever legal, agiram amparados pela excludente de legítima defesa:

Ementa: DECISÃO: ACORDAM os integrantes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em dar provimento aos recursos em sentido estrito, para absolver sumariamente os acusados FABIANO NOGUEIRA CIOCCARI, MAC GREGORI SOLEK e RAFAEL RICARDO LUZA, com fundamento no art. 415, inc. IV, do Código de Processo Penal. EMENTA: RECORRENTES: RAFAEL RICARDO LUZA, FABIANO NOGUEIRA CIOCCARI E MAC GREGORI SOLEK RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ RELATOR: DES. MIGUEL KFOURI NETO RECURSOS EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, § 2.º, INC. IV, DO CP). PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO

SUMÁRIA.ALEGADA LEGÍTIMA DEFESA PRÓPRIA E DE TERCEIROS E **ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL**. PROCEDÊNCIA. **POLICIAIS MILITARES**.PROVAS CABAIS DE QUE OS ACUSADOS AGIRAM AMPARADOS PELA EXCLUDENTE DE ILCITUDE DA **LEGÍTIMA DEFESA**. RECURSO PROVIDO PARA ABSOLVER SUMARIAMENTE OS RECORRENTES. I - RELATÓRIO (TJPR - 1ª C.Criminal - RSE - 1157459-9 - Colombo - Rel.: Miguel Kfouri Neto - Unânime - J. 09.04.2015), grifo nosso.

Portanto, para que reste configurada a excludente de estrito cumprimento do dever legal, o policial militar deve agir obedecendo o requisito do dever legal – como no caso de prisão do infrator em flagrante delito – limitando-se a cumprir exatamente o que a lei lhe impõe, isto é, o cumprimento desse dever estará pautado estritamente ao imposto por lei, sem cometer excessos, como por exemplo, o policial que agride fisicamente o infrator, incorre em abuso, caso este não ofereça resistência no momento da prisão.

3.4 O exercício regular de direito

Assim como no caso do estrito cumprimento do dever legal, o exercício regular de direito é conceituado doutrinariamente. O dispositivo legal de previsão é o artigo 42, do Código Penal Militar (BRASIL, 1969): “Não há crime quando o agente pratica o fato: [...] IV - em exercício regular de direito”. Verifica-se nesse dispositivo, que o legislador não conceituou o exercício regular de direito.

A Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), prevê que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II). Portanto, exclui-se a ilicitude nas hipóteses em que o sujeito está autorizado a esse comportamento. Dessa forma, “[...] a excludente dirige-se aos funcionários ou agentes públicos que agem por ordem da lei, bem como aos particulares” (CAPEZ; PRADO, 2012, p. 93). No caso específico do policial militar, este tem o dever de agir justamente por ser um agente público e o faz de acordo com determinação legal.

Bitencourt compartilha do entendimento de Capez e Stela, porém, ele conceitua de forma mais precisa o que vem a ser o exercício regular do direito:

O exercício de um direito, desde que regular, não pode ser, ao mesmo tempo, proibido pelo direito. Regular será o exercício que se contiver nos limites objetivos e subjetivos, formais e materiais impostos pelos próprios fins do direito. Fora desses limites, haverá o abuso de direito e estará, portanto, excluída esta causa de justificação. O exercício regular de um direito jamais poderá ser antijurídico (BITENCOURT, 2012, p. 243).

No julgado do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul que, no caso apresentado, não foram caracterizadas as aplicabilidades das excludentes de estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito. Sendo reconhecido o excesso das atribuições de policial militar com base em laudo pericial de Exame de Corpo de Delito e depoimentos pessoais:

Ementa: APELAÇÕES CRIMINAIS - LESÃO CORPORAL LEVE (ART. 209 , C/C ART. 70 , INCISO II , ALÍNEAS D G E L, DO CÓDIGO PENAL MILITAR - ABSOLVIÇÃO - AUSÊNCIA DE PROVAS - INVIABILIDADE - LAUDO DE EXAME DE CORPO DE DELITO E DEPOIMENTOS QUE ATESTAM A PRÁTICA DO DELITO - ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL E EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO - EXCLUDENTES NÃO CARACTERIZADAS - EXCESSO NO EXERCÍCIO DAS ATRIBUIÇÕES DE POLICIAL MILITAR - ADEQUAÇÃO TÍPICA CORRETA - APLICAÇÃO DA ATENUANTE PREVISTA NO ART. 72 , II , DO CPM - IMPOSSIBILIDADE - BOM COMPORTAMENTO NÃO COMPROVADO - RECURSOS IMPROVIDOS. (TJ-MS – Apelação Criminal ACR 21421 MS 2008. 021421-8 TJ-MS - J. 25.08.2008), grifo nosso.

Desta forma, conforme já mencionado no item 3, o excesso é punível. Nesses casos, não haveria a obrigatoriedade de o Estado custear a defesa técnica do policial militar, pois este excedeu os limites de sua atuação funcional e agiu de forma diversa ao que prevê o ordenamento jurídico, incorrendo em abuso e não podendo ser amparado nas hipóteses de excludente de ilicitude.

4 A OBRIGATORIEDADE DE O ESTADO ARCAR COM A DEFESA TÉCNICA DO POLICIAL MILITAR

Não deve o Estado, quando o seu policial militar atue na defesa da vida e do patrimônio de todos, simplesmente eximir-se de sua potencial obrigatoriedade de amparar o seu agente, abandonando-o. Ainda que o policial militar disponha de meios para arcar com a sua defesa técnica no processo, ele age não em nome próprio, mas sim, em nome do Estado, pois é seu legítimo representante na esfera referente a segurança pública.

Deste modo, não é justo que o Estado não seja responsável por apoiar o policial militar no exercício de sua função ou em decorrência desta. O que se defende é que o Estado seja obrigado a arcar com tudo o que for preciso e possível ao policial que atue corretamente.

Nesse sentido, verifica-se a necessidade de o Estado ser obrigado a oferecer meios de acesso à justiça através da promoção de uma defesa técnica plena e sem ônus, como

alternativa para o policial militar, tão logo vislumbre que a atuação do policial possa ser amparada em quaisquer das hipóteses de excludente de ilicitude.

Assim, dentre as funções da defensoria pública e do defensor dativo, poderiam ter incluídas entre as suas atribuições legais, a incumbência da defesa técnica, sem quaisquer ônus, para o policial militar. No entanto, essa assistência não estaria embasada no argumento de hipossuficiência, mas no de que o Estado deve ser obrigado a oferecer assistência técnica gratuita ao seu policial militar que esteja agindo de acordo com a lei e nos casos de excludentes de ilicitude.

Portanto, vislumbrada a possibilidade de reconhecimento de ação legítima do policial militar, este poderia – se assim o quisesse – recorrer ao Estado, em busca de custeio para a sua defesa técnica. Esta defesa sem ônus poderia ser prestada pelos defensores dativos ou pelos defensores públicos, caso fossem reconhecidas dentre as funções desses na respectiva legislação, prestar assistência jurídica e gratuita aos policiais militares.

Para tanto, a defesa seria prestada desde o momento da prisão em flagrante – ou do relaxamento desta – bem como no decorrer do inquérito, do processo, incluindo-se a fase recursal, até finalmente, encerrar-se na coisa definitivamente julgada. Toda essa assistência jurídica ocorreria sem ônus para o policial militar.

Todavia, nos casos em que o policial incorre em abusos ou ilícitos no exercício de sua função ou em razão desta, age conforme seus próprios interesses ou para ilegalmente beneficiar terceiros, acaba por se desvirtuar de sua missão de promover a paz social. Dessa forma, o policial militar atua de forma diversa ao que prevê a lei. Nesse sentido, entende-se que o policial assumiu o risco de responder por uma atuação mal sucedida ou desproporcional, não podendo eximir-se de sua responsabilidade e nem alegar em sua defesa o desconhecimento das normas e, portanto, não teria direito a defesa técnica gratuita.

4.1 A Defensoria Pública

Dentre as opções de como o Estado poderia ofertar a assistência jurídica necessária e gratuita a todo policial militar que no exercício da função ou em decorrência desta, incorre nas hipóteses das excludentes de ilicitude, poderia ter-se como alternativa a atuação da defensoria pública.

A defensoria pública é um órgão que possui a atribuição de prestar assistência jurídica integral em todo o território nacional. Cabe ao defensor público o atendimento de pessoas economicamente necessitadas, sem distinção.

Conforme prevê o artigo 5º, LXXIV da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988): “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Desta forma, observa-se a previsão de assistência gratuita aos hipossuficientes. No entanto, o que se defende com este trabalho, é que a defesa gratuita estenda aos policiais militares – independentemente de renda, abarcando tanto a defesa do soldado quanto a do coronel – pois o dever de assistência integral e gratuita não estaria baseada na falta de recursos financeiros pelos policiais militares, mas sim, na obrigação do Estado em amparar o seu agente que atua diretamente na promoção da segurança pública.

A Constituição (BRASIL, 1988), em seu artigo 134, estabelece a defensoria pública com a seguinte redação:

A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

A previsão legal do mencionado artigo, deve ser entendido em concordância com o artigo 4º, inciso I da Lei Complementar nº 80 (BRASIL, 1994), que trata: “São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: I – prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus”.

A Constituição do Estado de Minas Gerais (BRASIL, 1989), em seu artigo 129, prevê a função da Defensoria Pública: “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a que incumbe a orientação jurídica, a representação judicial e a defesa gratuitas, em todos os graus, dos necessitados”.

E, também, a Lei Complementar nº 65 (BRASIL, 2003), que Organiza a defensoria pública do Estado de Minas Gerais, trata das funções institucionais da Defensoria Pública em seu artigo 5º: “São funções institucionais da Defensoria Pública: [...] IV – patrocinar defesa em ação penal”.

Portanto, ainda que não amparado no quesito “necessitado”, o policial militar teria acesso a atuação do defensor público que garantir-lhe-ia a orientação jurídica de forma integral e gratuita no decorrer de toda a ação penal, pois, apesar de nem todo policial militar poder declara-se hipossuficiente de recursos, este poderia recorrer aos serviços prestados pela defensoria pública justamente por ser policial militar.

A garantia de prestação da assistência jurídica gratuita seria uma forma de o Estado amparar a função do policial que atua não somente em nome próprio, mas também em

nome Estado, desempenhando como garantidor e promotor da segurança pública na prevenção e repressão de crimes.

4. 2 O Defensor Dativo

Assim como no caso de emprego da defensoria pública, uma outra opção de o Estado prestar acesso a uma defesa técnica gratuita aos policiais militares seria por meio da atuação dos defensores dativos.

Ao analisar-se a função do defensor dativo, deve basear-se – assim como ocorre no caso da Defensoria Pública – no que prevê o artigo 5º, LXXIV da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988): “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Na impossibilidade de atuação da defensoria pública, como por exemplo, nos casos em que a citada instituição ainda não tenha sido instalada ou não detenha a estrutura necessária para atender a demanda local, é dever legal do Estado a nomeação de um advogado dativo para atuar na defesa técnica dos necessitados, bem como é função do Estado arcar com os honorários do profissional nomeado, conforme prevê o artigo 1º da Lei 13.166 (BRASIL, 1999): “O advogado que não for Defensor Público, quando nomeado para defender réu pobre em processo civil ou criminal, terá os honorários pagos pelo Estado, na forma estabelecida nesta Lei”. O citado artigo refere-se ao réu hipossuficiente ou que não tenha condições financeiras de arcar com os custos do processo.

A figura do defensor dativo está prevista no artigo 71 do Código de Processo Penal Militar (BRASIL, 1969) que determina a nomeação obrigatória de defensor: “Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”. No citado artigo, em seu § 2º, está prevista a nomeação de defensor dativo pelo juiz: “O juiz nomeará defensor ao acusado que o não tiver, ficando a este ressalvado o direito de, a todo o tempo, constituir outro, de sua confiança”.

Desta forma, seguindo-se o mesmo entendimento referente a possibilidade de atuação da defensoria pública, embora nem todo policial militar esteja amparado no requisito “necessitado” que está previsto em lei, o policial teria acesso a atuação do defensor dativo para garantir-lhe a orientação jurídica de forma integral e gratuita no decorrer de toda a ação penal. Assim como no caso de assistência jurídica sem ônus para o policial que seria prestada pelos defensores públicos, o defensor dativo atuaria na impossibilidade destes, tendo o direito de seus honorários serem pagos pelo Estado.

Na impossibilidade de o defensor público não poder atuar, como por exemplo, nos casos em que a localidade não disponha desse serviço ou não haja a estrutura adequada para atender a demanda local, o advogado dativo deverá ser nomeado para a defesa do policial militar, como deveria ocorrer com a nomeação do defensor público, ou seja, o advogado dativo seria nomeado pelo juiz de forma subsidiária, ao passo que o defensor público de forma primária.

5. CONCLUSÃO

O policial militar atua vinte e quatro horas na preservação da ordem e da incolumidade de pessoas e de bens. O policial militar tem o dever legal de agir na manutenção e no restabelecimento da segurança pública e atua no exercício da função ou em razão desta.

Considerando-se como direito fundamental do policial militar o direito ao amplo acesso à justiça, ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, defende-se que a sua defesa técnica seja prestada funcionalmente pela defensoria pública ou pelo defensor dativo, mesmo nos casos em que o policial militar não se enquadre na definição de “necessitado” ou de “pobre” conforme previsto no ordenamento jurídico brasileiro.

O que se pretendeu, neste artigo, foi defender a necessidade do efetivo reconhecimento pelo Estado de que o policial militar atua em nome desse, como um de seus representantes na esfera que compete à segurança pública, por isso, deve ter a sua defesa técnica gratuita, ao menos, nas hipóteses de sua atuação encontrar-se amparada em qualquer das hipóteses de excludentes de ilicitude.

Desta forma, o entendimento legal deveria reconhecer a possibilidade de o policial militar beneficiar-se gratuitamente dos serviços prestados tanto pela defensoria pública quanto pelos defensores dativos, com ônus exclusivo para o Estado.

Portanto, caberia ao Estado comprometer-se em ofertar a defesa técnica do policial militar, com ênfase nas hipóteses de excludentes de ilicitude, pois, independentemente do poder aquisitivo do policial militar, deve levar-se em consideração que este, atuando em conformidade com seu dever legal e sendo reconhecida a legitimidade de sua atuação, cabe ao Estado amparar o policial e oferecer-lhe acesso a defesa técnica gratuita, afinal, o profissional atua em nome do próprio Estado.

REFERÊNCIAS

ACR 21421 MS 2008.021421-8. Disponível em: <<https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4086455/apelacao-criminal-acr-21421>>. Acesso em: 18 mai. 2017.

AgRg no CC 133875 SP 2014/0115118-1. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25251027/agravo-regimental-no-conflito-de-competencia-agrg-no-cc-133875-sp-2014-0115118-1-stj>>. Acesso em: 18 mai. 2017.

APL 0000337-26.2012.8.16.0170/0. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/199566607/processo-criminal-recursos-apelacao-apl-33726201281601700-pr-0000337-2620128160170-0-acordao>>. Acesso em: 18 mai. 2017.

BITENCOURT, César Roberto. **Código Penal Comentado**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição [1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 28 mai. 17.

BRASIL. Decreto-Lei 1.001 de 21 de outubro de 1969. **Código Penal Militar**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm>. Acesso em 28 mai. 17.

BRASIL. Decreto-Lei 1.002 de 21 de outubro de 1969. **Código de Processo Penal Militar**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm>. Acesso em 28 mai. 17.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689 de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 28 mai. 17.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2848 de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso 30 mai. 17.

BRASIL. Lei Complementar nº 80 de 12 de janeiro de 1994. **Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm>. Acesso em 30 mai. 17.

CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. **Código Penal Comentado**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MINAS GERAIS. Constituição [1989]. **Constituição do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <<https://www.almg.gov.br/export/sites/default/consulte/legislacao/Downloads/pdfs/ConstituicaoEstadual.pdf>>. Acesso em 30 mai. 17.

MINAS GERAIS. Lei Complementar nº 65 de 16 de janeiro de 2003. **Organiza a Defensoria Pública do Estado, define sua competência e dispõe sobre a carreira de Defensor Público e dá outras providências.** Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=LCP&num=65&ano=2003>>. Acesso em 01 jun. 17.

MINAS GERAIS. Lei nº 13.166 de 20 de janeiro de 1999. **Dispõe sobre o pagamento pelo Estado de honorários a advogado não-Defensor Público nomeado para defender réu pobre e dá outras providências.** Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=13166&ano=1999>>. Acesso em 02 jun. 17.

MINAS GERAIS. Lei nº 5.301 de 16 de outubro de 1969. **Contém o Estatuto dos Militares do Estado de Minas Gerais.** Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=LEI&num=5301&ano=1969>>. Acesso 02 jun. 17.

RSE 11574599 PR 1157459-9 (Acórdão). Disponível em <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/183573408/recurso-em-sentido-estrito-rse-11574599-pr-1157459-9-acordao>>. Acesso em: 18 mai. 2017.

SOARES, Luiz Eduardo; BATISTA, André; PIMENTEL, Rodrigo. **Elite da tropa.** Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2005.

Teoria Diferenciadora. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6776>. Acesso em: 20 mai. 2017.