

ENTRE O DEVER E O DIREITO

LUIS AUGUSTO SANZO BRODT*

Neste trabalho, buscaremos delimitar dois institutos jurídico-penais: o estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular do direito.

Desde logo, cabe salientar o mérito do nosso legislador ao fazer a diferenciação referida(art.23, III do CP). A consagração legislativa dessas figuras permite aos nossos tribunais e à nossa doutrina aí tratar variadas hipóteses que, em outros países, tem-se dificuldade de sistematizar¹, tanto que, entre nós o tema da admissibilidade de causas de exclusão da ilicitude não previstas taxativamente pela lei não tem despertado o mesmo interesse que alhures.²

Embora não falte quem, como Salgado Martins, sustente haver identidade entre o estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular do direito, a maioria dos autores que se dedicam ao exame da matéria, tanto estrangeiros quanto nacionais, apontam, a nosso ver corretamente, traços de dessemelhanças entre um e outro.

O Prof. José Salgado Martins, na defesa de seu entendimento, argumenta:

Não há direito sem dever correlato. Não há dever a que não corresponda um direito. O fato praticado, no estrito cumprimento de dever legal, o foi porque o agente tinha o direito de praticá-lo. Reciprocamente, se ato resultou do exercício regular de direito, o agente tinha, ao mesmo tempo, o dever de assim agir, isto é, conforme à norma de direito.³

Délio Magalhães recorre ao magistério de Basileu Garcia para refutar o pensamento do professor gaúcho:

Não nos parece, francamente, que a matéria possa ser examinada sob

* Graduado em Direito pela FURG, Mestre e Doutor em Direito Penal pela UFMG.

¹ Na Alemanha, onde o Código Penal não as menciona, a doutrina tem de relacionar uma longa série de causas de exclusão da ilicitude: legítima defesa, estado de necessidade justificante, consentimento e consentimento presumido do lesionado, o emprego de coação estatal, obediência hierárquica, direito de correção, o atuar *pro magistratu* e o *risco permitido*. Como se pode constatar nas obras de JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Trad. S. Mir Puig e F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981, v.1, p. 439-558, JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joachin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonçalves de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997. cit., p. 454-564, e ROXIN, Claus. *Derecho pena. Fundamentos. La estructura de la teoría Del delito*. Trad. Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 2000., cit., p. 605-788.

² Na doutrina nacional, o tema foi abordado em trabalho de fôlego por Oscar Stevenson (cf. STEVENSON, Oscar. *Da exclusão de crime – Causas não previstas formalmente*. São Paulo:Saraiva, 1941, p. 48).

³ *Apud* MAGALHÃES, Délio. *Causas de exclusão do crime*. São Paulo:Saraiva,1975.p. 47.

esse aspecto genérico. Isto porque as duas figuras em tela não são absolutamente idênticas, mas, sim, heterogêneas. Assim é que o Prof. Galdino Siqueira teve o especial cuidado de assinalar: 'São casos distintos, porquanto no primeiro *cumprimento estrito de dever legal*, se compreendem as ações que a lei diretamente determina e que o sujeito diretamente cumpre, posto que no segundo caso, no *exercício regular de direito*, se compreende ações que a lei não proíbe⁴.

Efetivamente, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito não se confundem. Os próprios vocábulos *dever* e *direito* têm significados distintos: enquanto *dever* conota a idéia de *vínculo, atendimento a um comando, obrigação*; *direito* expressa *prerrogativa, disponibilidade*. Para Edgar Godói da Mata-Machado, o que integra a essência do direito é a liberdade, não a coerção. *Mais explícita e significativamente: é a liberdade de coerção*.⁵

Na órbita penal, por outro lado, o dever só pode advir da lei, enquanto o direito pode ter por fonte o direito positivo, os costumes⁶ e os princípios gerais do direito⁷.

O reconhecimento do exercício regular do direito fundamentado em norma jurídica dependerá sempre de expressa previsão legislativa. Não basta mera ressalva contida em tipo incriminador. Nesta última hipótese, a tipicidade resta afastada imediatamente pela mera constatação da inadequação entre o fato e a descrição legal. Como acontece, por exemplo, nas hipóteses do art. 137 (intervenção na rixa para separar os contendores) e 146, § 3º, II (coação para impedir suicídio), do Código Penal, e do art. 50, § 4º, da Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941), prática de jogo de azar em casa particular com pessoas da família. O que há em tais casos é mera faculdade legal, não chegando a se constituir direito.

No estrito cumprimento de dever legal há uma norma preceptiva, imperativa, que impõe um determinado comportamento a alguém. O sujeito investido do dever de agir não pode deixar de fazê-lo; age compelido, tanto que se não o fizer terá de arcar com a respectiva sanção. Já no exercício regular do direito, o que existe é uma autorização para atuar. Quem tem direito não pode

⁴ Cf. MAGALHÃES, Délio. *Op. cit.*, p. 47-48.

⁵ Cf. MATA-MACHADO, Edgar Godói da. *Direito e coerção*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 323.

⁶ Nesse sentido, entre nós, é a lição de Lydio Machado Bandeira de Mello (cf. MELLO, Lydio Machado Bandeira de. *Crime e exclusão de criminalidade*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962.cit., p. 299). Na doutrina alienígena VABRES, Donnedieu deTraité de droit criminel et de législation penale comparée. Toulouse: Librairie du Recueil Sirey, 1947., p. 239, e PRADEL, Jean.Droit pénal général.Paris: Cujas, 1995., p. 375.

⁷ Por isso, pode-se admitir a exclusão de ilicitude por causas não previstas taxativamente em lei. Como ensina Stevenson, os preceitos penais têm caráter excepcional. Ao excepcioná-los, o que ocorre é uma afirmação da regra: (...) *os preceitos penais, pelo seu caráter penal, são normas jurídicas excepcionais, donde não podem ser excepcionais a um tempo as normas negativas de seus preceitos: como exceção da exceção estas assumem a condição de regra e assim de norma de direito comum, do mesmo modo que a negação da negação é afirmação*. (cf. STEVENSON, Oscar. *Op. cit.*, p. 102).

ser compelido a agir. Por conseguinte, nenhuma censura incide sobre o indivíduo que deixa de usufruir um direito.

Ademais, o estrito cumprimento de dever legal, para nós, invariavelmente, torna a conduta atípica. O exercício regular de direito, diferentemente, pode afastar a tipicidade ou excluir a ilicitude do comportamento. Assim, adotada a teoria da tipicidade conglobante, nem mesmo a natureza jurídica dos respectivos institutos é sempre coincidente.

Com efeito, enquanto os comportamentos em estrito cumprimento de dever legal são sempre exigidos pela ordem jurídica, porque embasados em normas preceptivas (cuja violação acarreta a imposição de sanção criminal), quem exerce um direito pode estar realizando uma ação fomentada (embora não seja imposta como de observância obrigatória) ou meramente admitida pelo sistema jurídico. Assim, no primeiro caso o exercício do direito conduz à atipicidade da conduta; no segundo, o que há é exclusão da ilicitude.

Como exemplo do que afirmamos, note-se a diferença que há entre a autorização para a prática desportiva e o uso das *chamadas ofendículas*. Ao regulamentar as atividades desportivas, o legislador está visando a proporcionar o desenvolvimento das práticas esportivas, porque nelas reconhece o interesse público de estimular o desenvolvimento físico e emocional dos indivíduos. Ao estabelecer regras de postura para quem quer exercer o direito à defesa de sua propriedade através de mecanismos adrede preparados, o que busca a Lei, é evitar que, no exercício de seu direito, o proprietário venha a prejudicar interesses de terceiros inocentes.

As *ofendículas* consistem na utilização de animais ou engenhos (muitas vezes ocultos) para a defesa da propriedade. Quem se vale de cães, cacos de vidro, cercas elétricas etc. para proteger seus bens pode produzir lesões e, mesmo, a morte daquele que investe sobre seu direito, assim como, ocasionalmente, pode atingir pessoas inocentes⁸.

Não há consenso, na doutrina, a respeito da natureza jurídica das chamadas ofendículas. Hungria⁹ e Toledo¹⁰, consideram-nas espécie de atuação em legítima defesa da propriedade. Para Anibal Bruno¹¹ e Marcello Jardim Linhares¹², o agente atua no exercício regular do direito.

Os danos produzidos pelas ofendículas estão, para nós, justificados pelo exercício regular do direito de propriedade, desde que não se verifique excesso. O direito de propriedade, direito real por excelência, pode ser exercido contra quem quer que o moleste, e é oponível *erga omnes*¹³.

⁸ Na hipótese de verificar-se a morte do agressor ou de pessoa inocente, é manifesto o excesso no exercício do direito.

⁹ Cf. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, t. 2, p. 286.

¹⁰ Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 206.

¹¹ Cf. BRUNO, Anibal. *Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense., t. 2, p. 9.

¹² Cf. LINHARES, Marcello Jardim. *Estrito cumprimento de dever legal. Exercício Regular de direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1983., p. 256.

¹³ Nesse sentido, cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de

A legítima defesa, por sua vez, tem por característica a reação a uma agressão atual ou iminente, o que não acontece com a utilização das ofendículas. Essas, são meios e mecanismos de defesa da propriedade usualmente preparados com muita antecedência ao momento da agressão. Assim, o recurso à tese da legítima defesa pré-ordenada¹⁴, além de desnecessário, significa uma violência contra o sentido originário desse instituto.

A utilização de ofendículas não se trata claramente de conduta incentivada pelo Poder Público. Em geral, por meio de legislações municipais, o Estado limita-se a regulamentar o direito à defesa da propriedade, ditando regras de postura.

A atividade esportiva, ao contrário, é notoriamente estimulada pelo Estado, como forma de propiciar o desenvolvimento físico e emocional do indivíduo e de facilitar-lhe a integração social¹⁵.

Todavia, há esportes de cuja prática podem advir prejuízo à integridade física da pessoa. Não é raro que os atletas tenham lesões graves, nem mesmo impossível que em modalidades esportivas mais violentas ou arriscadas como o boxe, a capoeira, as lutas marciais, a luta livre, a esgrima e o futebol, alguns acidentes cheguem a provocar a morte do aficcionado.

A conduta do esportista que, mesmo observando as regras do esporte, lesiona outro competidor deve ser considerada atípica, pela existência de norma legal regulamentando a referida atividade em consonância com o interesse público. Mais do que pelo consentimento tácito de cada um dos competidores, resultante da decisão de participar do jogo com plena consciência de suas regras e riscos¹⁶. Entretanto, não se exclui a possibilidade de punição, em caso de abuso do direito.

Janeiro: Forense, 1995, v. IV, p. 4. O art. 524 do Código Civil define os atributos do direito de propriedade: *A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.*

¹⁴ A lição de Hungria esclarece-nos a respeito: *Em torno do requisito da atualidade (ou iminência) da agressão, trava-se controvérsia a propósito do uso de aparelhos ocultamente predispostos para a defesa da propriedade (offendícula ou offensacula, dos práticos; Schutzvorrichtung ou Abwehrungmassregeln, dos autores alemães). Em tal caso, a defesa é preparada de antemão, isto é, quando o perigo é ainda futuro; mas o funcionamento do offendiculum é necessariamente subordinado à efetividade da agressão. A opinião dominante é que se trata de legítima defesa preordenada, a ser disciplinada segundo a regra geral.* (cf. HUNGRIA, Nelson. *Op. cit.*, v. 1, t. 2, p. 285).

¹⁵ A Lei n. 9615, de 24 de março de 1998 (Lei Pelé) institui as normas gerais do desporto nacional e o declara direito individual fundamentado pelos princípios da soberania, da autonomia, da democratização, da liberdade, do direito social, da diferenciação, da educação, da qualidade, da descentralização e da segurança. (art. 2º). O interesse público pela prática desportiva fica evidente pela análise de tais princípios, sobretudo os da soberania (caracterizado pela supremacia nacional na organização da prática desportiva, da democratização (garantido em condições de acesso às atividades desportivas sem quaisquer distinções ou formas de democratização) e do direito social (definido como dever do Estado em fomentar as práticas desportivas formais e informais).

¹⁶ Nesse sentido, Stevenson: *Entrando em competição violenta, o jogador assume tacitamente o risco de lesões ocasionais, inerentes ao tipo de esporte a que se entrega* (cf. STEVENSON, Oscar. *Op. cit.*, p. 239).

Assim, se um pugilista morrer em meio a uma luta, o abuso estará caracterizado. Não concebemos a possibilidade de exercício regular do direito de matar, em conformidade com Lydio Machado Bandeira de Mello¹⁷ e diferentemente de Délio Magalhães¹⁸.

Não há esporte cujas regras contemplem procedimentos, técnicas ou exercícios que visem a tirar a vida do adversário. Ao contrário, a Lei n. 9.615/98 (Lei Pelé) declara princípio fundamental do desporto nacional (compreendido como conjunto de práticas esportivas formais e informais)¹⁹ a segurança do atleta (art. 2º, X)²⁰.

Dessa forma, ocorrendo morte, em regra, haverá que ser punido o autor do fato. A responsabilização criminal será feita a título de dolo ou culpa, conforme seja apurado no caso concreto. A possibilidade de ficar impune o pugilista que provocou a morte do adversário restringe-se ao reconhecimento de caso fortuito.

Nelson Hungria considera mesmo que, quando observada a técnica do esporte, se ocorrerem lesões graves ou mesmo evento letal o agente ficará isento de pena por ausência de culpabilidade (devendo identificar-se um caso fortuito), e não porque o fato deixe de ser objetivamente antijurídico²¹.

Porém, para quem objetiva delimitar os mencionados institutos, é imprescindível posicionar-se em situações que despertam especial polêmica quanto ao reconhecimento de atuação em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular do direito.

Assim, não nos eximiremos de fazê-lo, sempre esforçando-nos por enfocar a temática sob a perspectiva garantista que a Constituição de 1988 exige de nosso direito penal.

Então, vamos iniciar examinando a controvérsia sobre tratamento a ser dispensado às intervenções cirúrgicas, já que as divergências doutrinárias que o tema desperta mostram-se especialmente acirradas.

O mencionado ato médico estará legitimado pelo estrito cumprimento de dever legal quando realizado diante de grave e iminente perigo para a vida ou a integridade física de paciente acometido por ferimento físico ou doença²². Nas

¹⁷ *Insisto, por isso, em afirmar que a lei penal brasileira não confere a ninguém o exercício regular do direito de matar* (cf. MELLO, Lydio Machado Bandeira de. Crimes e causas de exclusão de criminalidade, cit., p. 308).

¹⁸ Cf. MAGALHÃES, Délio. *Op. cit.*, p. 226.

¹⁹ Art. 1º da Lei n. 9.615/98. *O desporto brasileiro abrange práticas formais e não formais e obedece às normas gerais desta lei, inspirado nos fundamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito.*

§ 1º A prática desportiva formal é regulada por normas nacionais e internacionais e pelas regras de prática desportiva de cada modalidade, aceitas pelas respectivas entidades nacionais de administração de desporto.

§ 2º A prática desportiva não formal é caracterizada pela liberdade lúdica de seus participantes.

²⁰ Art. 2º, X – *da segurança, propiciado ao praticante de qualquer modalidade esportiva, quanto a sua integridade física, mental e sensorial.*

²¹ Cf. HUNGRIA, Nelson. *Op. cit.*, v. 1, t. 2, p. 300.

²² Nesse sentido JURANDIR SEBASTIÃO. Responsabilidade Médica. Civil, criminal e

cirurgias de caráter eletivo, o profissional médico atua no exercício regular de um direito.

Portanto, são aptas a ensejar o reconhecimento do estrito cumprimento de dever legal em favor do profissional médico, de forma a afastar a tipicidade das lesões produzidas (art. 129 do CP) , por exemplo, as hipóteses de intervenções cirúrgicas previstas nos arts. 146, § 3º, I, e 128, I, do Código Penal:

Em ambos os dispositivos (art. 146, § 3º, I, e 128, I), a atuação do médico faz-se mediante perigo para vida de outrem. Ao reconhecimento da atuação em estrito cumprimento de dever legal será necessário que o perigo seja grave e iminente. O próprio Código de Ética Médica²³ já obriga o profissional a atuar tais em circunstâncias:

Art. 7º. O médico deve exercer a profissão com ampla autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços profissionais a quem ele não deseje, salvo na ausência de outro médico, em casos de urgência, ou quando sua negativa possa trazer danos irreversíveis ao paciente.

[...].

Art. 58. É vedado ao médico:

Deixar de atender paciente que procure seus cuidados profissionais em caso de urgência quando não haja outro médico ou serviço em condições de fazê-lo.

Por outro lado, a omissão médica em tais circunstâncias caracteriza o crime de omissão de socorro (art. 135 do CP).

Para Toledo²⁴ Magalhães Noronha²⁵ e Mirabete, o que se configura na hipótese é uma situação de estado de necessidade: *Para que exista o exercício regular de direito é indispensável o consentimento do paciente ou de seu representante legal. Inexistente este, poderá haver o estado de necessidade em favor de terceiro (o próprio paciente), como dispõe o art. 146, § 3º*²⁶.

Na jurisprudência alemã, foi mesmo um julgamento a respeito de caso de aborto terapêutico, realizado por médico para salvar a vida da gestante (que sofria de problemas psicológicos graves), que deu origem à chamada teoria diferenciadora do estado de necessidade²⁷.

ética. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 225. Segundo o que dispõem os arts. 46 e 56 do Código de Ética Médica, a resolução n. 1081/82 do Conselho Federal de Medicina e o artigo 15 do novo Código Civil, o médico sempre deve buscar o consentimento prévio do paciente para qualquer procedimento ou prática terapêutica, exceto nos casos de iminente perigo para a vida do paciente, quando então deve atuar de forma a preservar a integridade física do mesmo.

²³ A Lei n.3.268 de 30 de setembro de 1957 confere ao Conselho Federal de Medicina atribuição para votar e alterar o Código de Ética, por isso suas disposições têm força de lei.

²⁴ Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, cit., p. 215.

²⁵ Cf. NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. Atualizado por Adalberto José T. Q. Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, v. 2 (1995), p. 155.

²⁶ Cf. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. Parte geral, São Paulo: Atlas, 2000 p. 188

²⁷ Nesse sentido, cf. REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, cit., p. 248.

Em relação à atuação do médico nas hipóteses em que nosso Código Penal não pune o aborto, é preciso dizer que sua intervenção (havendo consentimento da gestante) nos casos em que a gravidez resulta de estupro estará justificada pelo exercício regular do direito. O procedimento, cuja licitude está expressamente declarada no estatuto penal (art. 128, II) é autorizado pelas prerrogativas inerentes a sua formação profissional. Aqui, pensamos que subsiste a tipicidade por não se tratar de conduta fomentada pela ordem jurídica.

No contexto das cirurgias eletivas distinguem-se aquelas que têm caráter terapêutico e as realizadas com preponderante finalidade estética. Entre as primeiras, inserem-se, para nós, as cirurgias de mudança de sexo, realizadas em pessoas transexuais. Tais indivíduos, narra a literatura especializada, têm tamanha identificação com o sexo oposto que lhes é insuportável a sensação de serem dotados de órgãos sexuais distintos daqueles correspondentes à sexualidade desejada, o que lhes acarreta graves transtornos psicológicos. A cirurgia de ablação dos órgãos sexuais terá neles caráter terapêutico. Portanto, estará autorizada pelo que dispõe o art. 9º, *caput*, da Lei n. 9.434/1997 (primeira parte). Diante do caráter terapêutico da cirurgia, o exercício regular do direito afasta a tipicidade.

Nas operações médicas realizadas com preponderante finalidade estética, ou seja, por mero deleite, como cirurgias plásticas da face, nariz, seios, abdômen etc., o médico atua também no exercício regular de um direito (a prerrogativa de desempenhar a atividade regulamentada pelo Poder Público para a qual está legalmente habilitado). Porém, nessas circunstâncias o que se verifica é a exclusão da ilicitude.

O que foi dito em relação às intervenções cirúrgicas em geral vale também para a realização de transplantes.

A Lei n. 9.434, de 4 fevereiro de 1997, menciona nos arts 4º, 5º, 9º e 10, a necessidade de concordância da família do paciente (para a retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas), dele próprio (tratando-se de pessoa capaz, para realização de transplante com fins terapêuticos ou transplantes em cônjuge ou parentes consangüíneos até o quarto grau) e dos pais ou responsáveis (indivíduo juridicamente incapaz). Entretanto, havendo grave e iminente perigo para a saúde de paciente, o médico tem o dever legal de realizar o transplante, caso possa fazê-lo sem risco pessoal. Assim agindo, a tipicidade dos atos cirúrgicos imprescindíveis ao transplante restará afastada em virtude do estrito cumprimento de dever legal.

Não há consenso na doutrina sobre como fundamentar a legitimidade das lesões produzidas por intervenção médico-cirúrgicas.

Aqui, convém verificar como pensam alguns de nossos principais autores.

Para Anibal Bruno a atividade médica ou cirúrgica se justifica formalmente porque consiste no exercício regular de uma faculdade legítima e, materialmente, porque constitui meio justo para um fim justo, isso quer resulte em êxito ou em fracasso.²⁸

Segundo Stevenson, exceto na hipótese de necessidade extrema, a

²⁸ Cf. BRUNO, Anibal. *Op. cit.*, t. 2, p. 12.

intervenção médica ou cirúrgica é sempre lícita se consentida²⁹.

Marcello Jardim Linhares, após assinalar que a doutrina distingue entre intervenções médico-cirúrgicas com propósitos terapêuticos e intervenções da mesma natureza sem fins terapêuticos, afirma que, em regra, a finalidade terapêutica exclui a tipicidade dolosa das ações³⁰.

Fragoso defende que o mais correto será reconhecer a inexistência de ilicitude nas intervenções cirúrgicas realizadas de acordo com a *leges artis*, por sua evidente adequação social. Mas serão ilícitas e criminosas as intervenções cirúrgicas em que houver culpa *stricto sensu* (negligência ou imperícia)³¹.

Hungria entende existir, na hipótese, exclusão da culpabilidade. Na defesa de seu entendimento argumenta:

Idêntica ponderação é de ser feita no tocante à operação cirúrgica, quando desta, embora preconizada pela ciência e executada proficientemente, resulte a prematura morte do paciente. Também aqui, a imunidade penal não decorre da legitimidade objetiva do resultado letal, mas porque este se apresenta como uma *infelicitas fati*, não podendo ser imputado a título de dolo ou culpa³².

Toledo considera as intervenções cirúrgicas realizadas dentro das normas de arte médica uma causa de atipicidade da conduta, pois o agente atua em benefício, e não em prejuízo do paciente³³.

A questão também é objeto da atenção da doutrina estrangeira.

Segundo Jescheck, na Alemanha a doutrina dominante há bastante tempo nega a tipicidade da intervenção curativa praticada de acordo com a *lex artis*, enquanto que a jurisprudência, em seu país, a fim de proteger o direito de autodeterminação dos pacientes, afirma a existência das lesões, considerando-as justificadas pelo consentimento³⁴.

Segundo Maurach trata-se de causa de atipicidade do fato, por faltar a vontade de ferir, golpear, maltratar. O tipo penal, concebido conforme o modelo finalista, exigiria tal finalidade para seu aperfeiçoamento³⁵.

Mezger pensa haver exclusão da ilicitude tanto quando o consentimento do paciente é real como nos casos em que é presumido³⁶.

Outra importante hipótese a ser tratada em matéria de discriminação entre o estrito cumprimento de dever letal e o exercício regular do direito, trata-

²⁹ Cf. STEVENSON, Oscar. *Op. cit.*, p. 225.

³⁰ Cf. LINHARES, Marcello Jardim. *Op. cit.*, p. 210.

³¹ Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal. A nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 198-199.

³² Cf. HUNGRIA, Nelson. *Op. cit.*, v. I, t. 2, p. 300-301. Segunda edição revista e atualizada.

³³ Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, cit., p. 215.

³⁴ Cf. JESCHECK, Hans Heinrich. *Op. cit.*, v. 2, p. 814.

³⁵ Cf. MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel., v. 1, p. 407-408.

³⁶ Cf. MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*. Revisão Jose Arturo Rodriguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955, t. 1, p. 431-433.

se da conduta dos pais que cerceiam direitos dos filhos menores em atendimento à obrigação de cuidado e proteção que a lei lhes impõe.

O poder familiar é um complexo conceito jurídico que compreende não apenas prerrogativas, mas também uma série de obrigações.

Para Maria Helena Diniz o pátrio poder, expressão que na legislação civil revogada equivalia ao atual *poder familiar*, *consiste num conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido em igualdade de condições por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e proteção dos filhos*³⁷.

O art. 1.566, IV, do Código Civil declara expressamente que são deveres de ambos os cônjuges, o sustento guarda e educação dos filhos³⁸.

Os pais, em função da responsabilidade de *dirigir a criação e educação* dos filhos, previsto no art. 1.634 do Código Civil e, ainda, do disposto no art. 227 da Constituição Federal, podem ter que impor o cerceamento limitado e eventual da liberdade dos menores³⁹.

Assim, por exemplo, pode o pai ter que obrigar o filho adolescente a permanecer em casa, após determinada hora da noite, a fim de que o mesmo tenha maior disposição para os estudos e não freqüente locais prejudiciais a sua formação moral.

Não obstante a limitação à liberdade individual, os progenitores que assim procedem não cometem crime algum contra a liberdade individual dos filhos, notadamente seqüestro ou cárcere privado (art. 148 do CP). Ao contrário, atuam no estrito cumprimento de dever legal.

Os pais, quando praticam atos inerentes ao encargo de dirigir a criação e educação dos filhos, não estão exercendo uma mera prerrogativa, ou direito, mas, verdadeiramente, cumprindo um dever legal, tanto que nessa tarefa a omissão dolosa ou culposa implica responsabilidade criminal (art. 249 da Lei n. 8.069, 13/7/1990 – ECA).

Na concepção mais tradicional do nosso Direito, correspondente a um modelo de sociedade hoje superado, o então *pátrio poder*, considerado quase que como um direito ilimitado do pai sobre os interesses e a pessoa dos filhos, ainda não emancipados, compreendia mesmo o poder de impor aos menores castigos corporais moderados⁴⁰. Assim, por atuarem no exercício regular de um direito, os pais não respondiam pelas lesões decorrentes dos referidos castigos⁴¹.

³⁷ Cf. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 310.

³⁸ Artigo correspondente ao art. 231 do Código Civil recém-revogado.

³⁹ Nesse sentido, cf. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos*, *Op. cit.*, p. 212.

⁴⁰ Segundo Marcello Jardim Linhares, o direito de correção dos pais sobre os filhos advém do Código Civil e pode ser definido como *faculdade de se exercitar a vis modica como medida disciplinar, que se considera justificada em benefício da própria pessoa que a sofre*. (cf. LINHARES, Marcello Jardim. *Op. cit.*, p. 140 e 141).

⁴¹ Para Nelson Hungria tal direito compreenderia a faculdade de submeter o menor a castigos corporais moderados e seria reconhecido pelo Código Penal, na medida em que o mesmo só pune o abuso de tal prerrogativa (cf. HUNGRIA, NELSON. *Op. cit.*, v.5, p. 407).

Lydio Machado Bandeira de Mello exemplificava: *A LEI PERMITE que um pai aplique uma surra em um filho de 15 anos, incorrigível de outro modo, apanhado, por exemplo, em flagrante de furto (a tirar dinheiro em gaveta de estranhos) ou de prática viciosa, quando a surra for conveniente para a educação de seu filho*⁴².

Bettioli, ainda mais enfático, também manifestava-se nesse sentido: *Assim, o genitor pode licitamente – sempre que o interesse da educação o exija – bater no menor, ofendê-lo na sua honra, privá-lo da liberdade pessoal por um limitado período de tempo sem que os fatos praticados devam ser considerados antijurídicos. A ilicitude começa no caso de abuso*⁴³.

Não compartilhamos desse ponto de vista. Antes de tudo, pelos argumentos já expendidos, não há que se falar em *direito* de correção, mas em *dever* de dirigir a criação e educação dos filhos.

No âmbito desse dever, somente poderia compreender-se lesões leves e insignificantes, que têm por intenção demarcar os limites necessários à convivência social. Porém, não é preciso recorrer ao estrito cumprimento de dever legal para afastá-las da esfera penal. O princípio da insignificância, sem o qual também não há tipicidade penal, já se encarrega de fazê-lo, pois nesses casos de agressão à integridade física não resulta lesão ao bem jurídico com a suficiente relevância para exigir a intervenção do sistema penal.

Por outro lado, parece-nos que também, a partir dos arts. 1.638, I, do Código Civil e 136 do Código Penal, não se pode depreender a possibilidade de os pais submeterem os filhos a castigos físicos.

A correta interpretação desses dispositivos revela um sentido bastante diverso da exegese elaborada em consonância com o entendimento mais tradicional e conservador.

O fato de a lei civil prever a perda do poder familiar, apenas quando os pais submeterem os filhos a castigos imoderados, não significa necessariamente que permita castigos físicos moderados. Aliás, o art. 1.638, I, do Código Civil não especifica o que se entende por *castigar imoderadamente*.

Como também à lei civil cabe respeitar os direitos fundamentais, deve ser interpretada restritivamente. Somente os castigos corporais insignificantes, podem ser admitidos como decorrentes do dever de *dirigir a criação e educação dos filhos*. Por exemplo: leves palmadas e puxões de orelha.

As lesões corporais oriundas de meios de correção ou disciplina que não possam ser consideradas insignificantes, ainda que não justifiquem a perda do pátrio poder, poderão ser consideradas ilícito civil, o que sujeita os responsáveis à suspensão do pátrio poder⁴⁴.

⁴² Cf. MELLO, Lydio Machado Bandeira. *Crime e excludentes de criminalidade*, cit., p. 299.

⁴³ Cf. BETTIOLI, Giuseppe. *Direito Penal*. Trad. Paulo José da Costa Jr e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966., v. 1, p. 359.

⁴⁴ Art. 1.637 do Código Civil. *Se o pai, ou mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida, que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.*

Do mesmo modo, se a lei penal somente tipifica o abuso dos meios de correção e disciplina que exponham a perigo a vida ou a saúde da pessoa que se encontra sob a autoridade, guarda ou vigilância de outrem para fim de ensino, tratamento ou custódia, isso não significa que os mesmos sejam aprovados pela ordem jurídica, pois tais fatos podem ser ilícitos em outras esferas do direito.

Assim, refutamos a arcaica concepção do *direito de correção*, que se referia à relação entre pais e filhos, mas também entre mestres e educandos, marido e mulher, patrões e empregados. A mesma, faz-se mister reconhecer, muita vez serviu para justificar atos arbitrários e violentos que hoje são consensualmente repelidos por todos quantos se dedicam ao nosso ramo da ciência jurídica.

Hungria já anotava: *Entre nós, não há meio século, a disciplina familiar e a escolar ainda se exerciam impunemente com a vara de marmelo e a fécula. Ao que se conta, os alunos do famoso Colégio do Caraça, ao tempo do Império, chegaram a conhecer a chibata (...)*⁴⁵.

Na doutrina italiana Bettiol entendia estender-se o *direito de correção* ao marido, que dele poderia se valer para constranger a esposa à obediência⁴⁶.

Ferrajoli, ao contrário, inclui no terceiro âmbito, em que identifica o desenvolvimento da violência legal ao abrigo da mera legalidade, os poderes de disciplina reconhecidos em lei mas cujo exercício não é nela regulamentado, os poderes privados que se manifestam no uso da força física (ex: pais, cônjuges, patrões) e os poderes públicos no interior de instituições totais (quartéis, hospícios, escolas)⁴⁷. Por fim propugna, para o progresso da democracia, a extensão do Estado de Direito ao maior número de âmbitos da vida e esferas de poder, a fim de que também aí sejam satisfeitos os direitos fundamentais das pessoas⁴⁸.

Por fim, vamos examinar a existência do exercício regular de direito no chamado desforço imediato.

O possuidor turbado ou esbulhado, de acordo com o art. 1.210 do Código Civil, tem o direito de usar da força como forma de garantir o direito real à posse. Porém, o exercício do direito ao emprego da força é limitado pela própria lei civil: o desforço deve ser imediato e indispensável.

Assim, o legislador civil exige que, querendo, o possuidor recorra ao uso

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar, ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão (art. 394 do Código Civil anterior).

⁴⁵ Cf. HUNGRIA, Nelson. *Op. cit.*, v. 5, p. 408.

⁴⁶ *Se a família é um organismo social, embora imperfeito, isto significa que pressupõe uma autoridade e um titular desta investido de particulares poderes corretivos, porque uma autoridade que não esteja em condições de fazer-se sentir é caricatura de si mesma* (cf. BETTIOL, Giuseppe. *Op. cit.*, v. 1, p. 359).

⁴⁷ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*, Trad. Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada y Jose Manuel Díaz Martin. Bogotá: Universidad Externato de Colômbia, p.111-112.

⁴⁸ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 115-116.

da força tão logo tome conhecimento da ameaça ou violação do seu direito e que o faça na medida do que for necessário para assegurar a manutenção ou restituição da posse.

Obedecidas tais condições, os danos materiais e pessoais que daí decorrerem não constituirão crime (arts. 163 e 129 do CP).

Ademais, o agente não pratica exercício arbitrário das próprias razões, porque o tipo penal do referido crime (art. 345 do CP) excetua as condutas permitidas em lei.

Em relação às lesões corporais decorrentes do uso da força, quando o desforço vise a restituir a posse esbulhada, a ilicitude restará excluída por atuar o agente no exercício regular de um direito. Se as lesões advierem do emprego da força para manter a posse, o que se caracteriza é uma ação em legítima defesa⁴⁹.

No primeiro caso, o reconhecimento da licitude da conduta do agente dependerá ainda de que não se ultrapasse a medida do necessário para recuperar o direito usurpado. Nessa autorização legal do uso da força, não se deve exergar licença para matar. O ato de matar somente se justificaria caso se estivesse diante de uma resistência que representasse ameaça para a vida do agente. Porém, caso o esbulhador oponha-se violentamente à ação do possuidor esbulhado, a reação desse último não mais será no exercício regular de um direito, mas em legítima defesa⁵⁰.

Outro aspecto da questão em análise merece ser examinado.

A tutela possessória é um corolário da garantia do direito à propriedade. A ordem jurídica dá-lhe segurança como um complemento necessário à garantia que dá a propriedade.

Para Ihering, o fundamento da proteção possessória é o conceito mesmo de posse, como exteriorização normal da propriedade⁵¹.

A Constituição Federal, por sua vez, impõe a exigência de que toda a propriedade atenda à sua função social. (art. 5º, XXII, XXIII). Assim, entendemos que só o possuidor de propriedade que atenda o comando constitucional está legitimado ao desforço imediato à restituição do direito esbulhado.

O recurso à força, medida extrema, no caso de implicar violações graves dos direitos fundamentais (ex: integridade física, liberdade, etc.) só pode ser considerado um direito quando, além da conveniência particular, estiver presente um interesse público. Ao anterior possuidor e ao proprietário sempre restarão as medidas de natureza legal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Trad. Paulo José da Costa Jr e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966., v. 1, p.

⁴⁹ Nesse sentido, cf. MELLO, Lydio Machado Bandeira. *Crime e exclusão de criminalidade*, cit., p. 308.

⁵⁰ Nesse sentido, cf. MELLO, Lydio Machado Bandeira. *Op. Cit.*, p. 308.

⁵¹ *Apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, v. IV, p. 31.

- BRUNO, Anibal. *Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense., t. 2.
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*, Trad. Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada y Jose Manuel Díaz Martin. Bogotá: Universidad Externato de Colombia.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal. A nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, t. 2.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joachin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonçalves de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Trad. S. Mir Puig e F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981, v. 1.
- LINHARES, Marcello Jardim. *Estrito cumprimento de dever legal. Exercício Regular de direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- MAGALHÃES, Délio. *Causas de exclusão do crime*. São Paulo: Saraiva, 1975.
- MATA-MACHADO, Edgar Godói da. *Direito e coerção*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.
- MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel.
- MELLO, Lydio Machado Bandeira de. *Crime e exclusão de criminalidade*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962.
- MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*. Revisão Jose Arturo Rodriguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955, t. 1.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. Atualizado por Adalberto José T. Q. Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, v. 2 (1995).
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. IV.
- ROXIN, Claus. *Derecho pena. Fundamentos. La estructura de la teoría Del delito*. Trad. Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 2000.
- SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade Médica. Civil, criminal e ética*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- STEVENSON, Oscar. *Da exclusão de crime – Causas não previstas formalmente*. São Paulo: Saraiva, 1941.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- VABRES, Donnedieu de. *Traité de droit criminel et de législation penale comparée*. Toulouse: Librairie du Recueil Sirey, 1947, p. 239.
- PRADEL, Jean. *Droit pénal général*. Paris: Cujas, 1995.

