



EJC

Nº 71006375364 (Nº CNJ: 0047986-95.2016.8.21.9000)
2016/CRIME

APELAÇÃO-CRIME. ARTIGO 330 DO CÓDIGO PENAL. DESOBEDIÊNCIA. ATIPICIDADE. MANUTENÇÃO DA DECISÃO ABSOLUTÓRIA POR FUNDAMENTO DIVERSO.

1. Atipicidade de conduta que se reconhece. Caso em que o agente é processado por ter se negado a ficar em posição de revista.

2. Mesmo que o art. 330 do Código Penal configure tipo penal aberto, não se pode abrir espaço para criminalizar qualquer comportamento, até porque nem toda ordem desobedecida configura o delito.

3. O princípio da legalidade impõe que a ordem seja formal e materialmente legal. Encostar em muros, em paredes, ajoelhar no chão, deitar no chão, entre outras, são práticas desajustadas aos princípios legais que norteiam o direito positivo brasileiro, embora possam ser adequadas a uma ou outra situação específica, favoráveis à técnica de abordagem policial, referida na denúncia.

4. Nesse contexto sobressai a disposição constitucional segundo a qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei” (art. 5º, inc. II, da Constituição da República). Ferrajoli adverte a tal respeito, ao referir que “*é punível só aquilo que é proibido pela lei, tudo o que a lei não proíbe não é punível, mas é livre ou permitido*”.

5. Tampouco há que se cogitar que eventual disposição normativa infralegal, como Nota de Instrução ou Resolução de caráter genérico, possa conferir poderes para exigir determinada conduta, pena de desobediência. A própria teoria dos poderes implícitos deve ser vista com reservas, como referiu o Min. Celso de Mello, ao apreciar o HC 94.173/BA. Não se pode cogitar que encargo atribuído a determinado órgão de Estado implique em deferimento implícito de todo e qualquer meio necessário à ultimateção dos fins a ele atribuídos.

6. Se a ordem desobedecida fosse de apresentar documentos, de permitir revista ou busca pessoal, nos casos dos artigos 240 e 244 do CPP, diversa poderia ser a situação.

7. Não havendo lei que determine a obrigatoriedade da conduta imputada pela denúncia, a desobediência à ordem de “posicionar-se para revista” não caracteriza crime.



EJC

Nº 71006375364 (Nº CNJ: 0047986-95.2016.8.21.9000)
2016/CRIME

**8. Além do princípio da legalidade, os agentes policiais devem evitar afronta aos princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana, previstos no art. 1º da Constituição Federal, fundamentos do Estado Democrático de Direito.
APELO DESPROVIDO.**

RECURSO CRIME

TURMA RECURSAL CRIMINAL

Nº 71006375364 (Nº CNJ: 0047986-95.2016.8.21.9000)

COMARCA DE LAJEADO

MINISTERIO PUBLICO

RECORRENTE

DAVID GROSS

RECORRIDO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Juízes de Direito integrantes da Turma Recursal Criminal dos Juizados Especiais Criminais do Estado do Rio Grande do Sul, à unanimidade, em negar provimento ao recurso ministerial.

Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), os eminentes Senhores **DR. LUIS GUSTAVO ZANELLA PICCININ E DRA. KEILA LISIANE KLOECKNER CATTAPRETA.**

Porto Alegre, 12 de dezembro de 2016.

DR. EDSON JORGE CECHET,

Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público contra decisão que absolveu o réu David Gross do delito descrito no art. 330 do Código Penal, por falta de provas. Aduziu que a materialidade e a autoria delitivas estão comprovadas pela prova oral, requerendo a condenação do réu.



EJC

Nº 71006375364 (Nº CNJ: 0047986-95.2016.8.21.9000)
2016/CRIME

A defesa apresentou contrarrazões (fls. 147/162), pedindo a manutenção da sentença.

Besta instância, o *Parquet* manifestou-se pelo conhecimento do apelo e por seu provimento.

VOTOS

DR. EDSON JORGE CECHET (RELATOR)

Conheço do recurso, pois presentes seus pressupostos de admissibilidade.

A denúncia atribui ao réu a prática do crime de desobediência, que consistiu, conforme prova oral judicializada, na recusa de *posicionar-se para revista*, conforme técnica de abordagem policial. Socorrendo-se do relato prestado pela Policial Militar e vítima secundária do delito, Jane Maria Witt Mello, a instrução revelou que a ordem era de colocar a mão na grade (fl. 117), fato confirmado pelo acusado que indicou que, diferente do narrado na denúncia, ele teria obedecido a ordem de colocar as mãos na parede (fl. 114v.).

O princípio da legalidade

Há que se referir, nessa parte, o princípio da legalidade. Não são poucos os casos de policiais que determinam comportamentos não previstos em lei: encostar em muros; em paredes; abrir ou afastar as pernas; ajoelhar no solo e colocar as mãos sobre a cabeça; deitar no chão, entre outros. São práticas em que não se permite vislumbrar coerência com os princípios legais que norteiam o direito positivo brasileiro, embora, não se olvide, possam ser adequadas a uma ou outra situação específicas, mas que não obrigam, necessariamente, a seu cumprimento pelo cidadão.

Crime de desobediência, nessa área, não existe. Para essa conclusão, veja-se o que diz o dispositivo penal a respeito:

Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público:



EJC

Nº 71006375364 (Nº CNJ: 0047986-95.2016.8.21.9000)
2016/CRIME

Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.

O crime de desobediência exige conduta que represente uma resistência passiva, quando o agente deixa de atender ou não cumpre ordem legal de funcionário público. Essa ordem, segundo ensina Rogério Greco, “deve ser formal e materialmente legal, bem como o funcionário público que a determinou deve ter atribuições legais para tanto, pois, caso contrário, a resistência do sujeito em obedecê-la não se configurará no delito em estudo”.¹

Ordem legal é ordem prevista em lei, ou de acordo com a lei.

Todavia, não há lei que obrigue, por exemplo, a tomar determinada posição para revista, como encostar as mãos ou o próprio corpo, numa parede, num muro, numa árvore, num veículo, apoiar-se neles, deitar no chão, ficar de joelhos aguardando que a polícia proceda à conferência física de documentos pessoais em relação aos dados constantes do sistema virtual, como já se viu muitas vezes em noticiários das redes de comunicação nacionais. Tais procedimentos servem unicamente para favorecer a técnica policial em eventual revista pessoal, visando também a garantir, especialmente, a concretude do trabalho policial e a segurança dos milicianos. Muitos cidadãos já foram deixados durante longo tempo em tais posições, escorados, ajoelhados ou deitados de barriga para baixo, de frente sobre o solo.

Nisso reside a questão da legalidade que se afirma inexistir. Aliás, inserto em um estado democrático de direito, o Direito Penal está calcado em um paradigma garantista, cujos preceitos fundamentais representam a expressão de uma tradição jurídica humanista, que se consolida em decorrência de um processo de secularização da interpretação Cristã da história, ao qual se vincula, como diz Ferrajoli, “a garantia para os cidadãos de uma esfera intangível de liberdade, assegurada pelo fato de que é punível só aquilo que é proibido pela lei,

¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. Rio: Impetus. 2009, vol. IV, p. 493.



EJC

Nº 71006375364 (Nº CNJ: 0047986-95.2016.8.21.9000)
2016/CRIME

tudo o que a lei não proíbe não é punível, mas é livre ou permitido” e a “igualdade jurídica dos cidadãos perante a lei”²

Como ciência, contém princípios norteadores, assim descritos por Nilo Batista (Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro): Lesividade (ou ofensividade); intervenção mínima, legalidade (ou reserva legal), humanidade e culpabilidade. Há, além destes, outros que podem ser considerados desdobramentos, entre os quais o da Taxatividade, da Insignificância, da Adequação Social. A par desses, os da Ampla Defesa, previsto no art. 5º, inc. I, da Constituição; do Juiz Natural, da intransmissibilidade da pena (CF/88 - art. 5º, XLV - A pena não vai além da pessoa do delinqüente); territorialidade; direito a liberdade e da igualdade de todos perante a lei.

Adstrito ao que interessa ao presente caso, um dos princípios basilares do Direito Penal Brasileiro decorre do enunciado contido no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. A regra constitucional encontra-se também expressa no artigo 1º. do Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940), com redação semelhante: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

O nascedouro dessa disposição decorre de influências que a legislação penalista recebeu em seu desenvolvimento, assim considerando desde o sistema jurídico das chamadas “culturas pré-modernas”³, que, como direito sacro, era interpretado por autoridades vinculadas à Teologia e ao Direito. Atravessando o tempo, com a separação da Teologia e a secularização do Direito Penal a partir da proteção do indivíduo e da garantia de seus direitos fundamentais, passou-se a uma ordem científica uniforme, através da qual se estabeleceram princípios pela observação e pelo conhecimento dos fatos.

² FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione. Teoria Del garantismo penale**. Quinta edizione, Roma-Bari: Editori Laterza, 1998. XVI-XVII: “La garanzia per i cittadini di una sfera intangibile di libertà, assicurata dal fatto Che essendo punibile solo ciò che è proibito dalla legge, tutto ciò Che La legge no proibisce non è punibile, ma è libero o permesso” e “l’uguaglianza giuridica dei cittadini davanti alla legge”.

³ Expressão de HABERMAS, Jürgen. ¿Como es posible la legitimidad por via de legalidad? p. 22-23.



EJC

Nº 71006375364 (Nº CNJ: 0047986-95.2016.8.21.9000)
2016/CRIME

Mas foi a partir de Beccaria, que se avançou no desenvolvimento do Direito Penal. Dito jurista, também filósofo, economista e literato italiano, observou na obra publicada em 1764, que “só as leis podem determinar as penas fixadas para os crimes, e esta autoridade somente pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social.”⁴

Porém, como adverte Heleno Cláudio Fragoso, o postulado já se encontrava em Montesquieu, ao deduzir a necessidade da divisão dos poderes, na obra *O Espírito das Leis (L'Esprit des lois)*, publicada em 1748, ou seja, dezesseis anos antes, na qual elaborou conceitos sobre formas de governo e exercícios da autoridade política que se tornaram pontos doutrinários básicos da ciência política, vindo a exercer profunda influência no pensamento político moderno, a par de ter inspirado a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, elaborada em 1789, durante a Revolução Francesa.⁵

Disse Montesquieu:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse estes três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares.⁶

A respeito, pondera Fragoso:

⁴ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 4ª. ed. revista da tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, SP, RT, 2010, p. 44. (Do original *Dei Delitti e delle pene*, Mursia: “...le sole leggi possono decretar Le pene su i delitti, e quest’autorità non può risiedere Che presso Il legislatore Che rappresenta tutta La società unita poer um contratto sociale”)

⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 16ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 108.

⁶ MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Tradução Jean Melville, Ed. Martin Claret, SP 2002, p. 166.



EJC

Nº 71006375364 (Nº CNJ: 0047986-95.2016.8.21.9000)
2016/CRIME

Surge o princípio no direito moderno como fruto do direito natural e da filosofia política à época do Iluminismo, orientada no sentido de proscrever a insegurança do direito, o arbítrio e a prepotência dos julgadores da administração da justiça criminal. Montesquieu, com a teoria da separação dos poderes, **afirma que o juiz não pode, sem usurpação dos poderes que competem ao legislativo, estabelecer crimes e sanções. Afirma-se, por outro lado, o princípio da obediência do juiz à letra da lei**, com a proibição de interpretá-la. As grandes linhas do direito natural, que remontavam ao século anterior, já haviam formado as bases políticas do princípio, ao estabelecer as relações entre a liberdade e o vínculo de dever imposto pelo cidadão à sociedade civil: deram os cidadãos ao Estado o direito de fixar os seus deveres através da lei, Enquanto a lei não é editada subsiste a liberdade natural.⁷

Todavia, foi Feuerbach, em seu “Tratado de Direito Penal comum vigente na Alemanha”, que expressou com maior significação o conceito, que teve como marco inicial a teoria da coação psicológica, conhecida como “Psychologischen Zwang”, ao considerar que “o mal infligido pelo Estado, ameaçado através de uma lei é a pena civil (*poena forensis*)” e “o fundamento geral da necessidade e da existência deste (tanto na lei, como pelo exercício dela) é a necessidade de manutenção da liberdade recíproca de todos”, por meio da eliminação do impulso moral à violação do Direito pela coação psicológica.⁸

O conceito tem a seguinte formulação, nos dizeres de Fragoso:

Toda inflição de pena pressupõe uma lei penal (*nulla poena sine lege*). Somente a *ameaça de um mal através da lei fundamenta a noção e a possibilidade jurídica da pena*. A inflição de pena está condicionada à existência da ação ameaçada (*Nulla poena sine crimine*). Através da lei a pena ameaçada se liga ao fato como o pressuposto jurídico necessário. O fato legalmente ameaçado (o pressuposto legal) é condicionado através da pena legal (*Nullum crimen sine poena legal*). Através da lei o mal liga-se a determinada violação do direito como necessária consequência jurídica.⁹

Com efeito, se a pena tem função de coação psicológica, a lógica de sua aplicabilidade pressupõe a existência de lei anterior à prática da

⁷ FRAGOSO, ob.cit., p. 108.

⁸ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Von.

⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. ob. cit. p. 111.



EJC

Nº 71006375364 (Nº CNJ: 0047986-95.2016.8.21.9000)
2016/CRIME

conduta tipificada como criminosa. Os princípios básicos do Direito Penal passaram, assim, a ser formulados por Feuerbach, pela máxima “*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*”, conhecida como princípio da legalidade ou da reserva legal.

Esse princípio, no direito comparado, é avaliado pelo eminente professor Enrique Bacigalupo, integrante do Tribunal Supremo Espanhol, ao dissertar a respeito da aplicação das leis penais:

En el ámbito del núcleo internalizado del derecho penal la imposición de una pena presupone el incumplimiento de una amenaza penal cognoscible, pues de otra manera, ésta no podría ser experimentada como una ratificación contrafáctica de la confianza defraudada en las normas, lo que impediría estabilizar la lealtad jurídica existente en los ciudadanos.¹⁰

Desse enunciado, sobressaem duas regras essenciais: 1 – Da reserva legal, “que consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de se fazer necessariamente por lei”¹¹; 2 – Da anterioridade, para a qual é indispensável que a qualificação de determinado fato como crime esteja definida em lei anterior ao próprio fato.

Abstrai-se do axioma que nenhuma conduta pode ser considerada criminosa sem a existência de lei anterior à sua prática que a defina como tal. E, em conseqüência, também nenhuma sanção pode ser aplicada a qualquer indivíduo que transgrida a norma sem que a pena esteja prevista em lei, com anterioridade. O princípio é indispensável à segurança jurídica e impede que alguém seja punido por conduta não definida como criminosa ao tempo em que praticada. Há, por assim dizer, uma reserva absoluta de lei formal.

E nesse contexto sobressai a disposição segundo a qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei” (art. 5º, inc. II, da Constituição da República). A supremacia da

¹⁰ **Princípios Constitucionales de Derecho Penal**. EDITORIAL HAMMURABI S.R.L., 1999, p.48.

¹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.



EJC

Nº 71006375364 (Nº CNJ: 0047986-95.2016.8.21.9000)
2016/CRIME

Constituição, que também é princípio, segundo CANOTILHO¹², no contexto, também é revelada e se apresenta por meio de dois princípios: o da tipicidade constitucional de competência e o da constitucionalidade das restrições a direitos, liberdades e garantias, que são explicitados assim:

O princípio fundamental do Estado de Direito Democrático não é o de que a Constituição não proíbe é permitido (transferência livre ou encapuçada do princípio da liberdade individual para o direito constitucional), mas sim o de que os órgãos do Estado só têm competência para fazer aquilo que a Constituição lhes permite [...]. No âmbito dos direitos, liberdades e garantias, a reserva de constituição significa deverem as restrições destes direitos ser feitas directamente pela Constituição ou através de lei, mediante autorização constitucional expressa e nos casos previstos pela Constituição.

Veja-se que esse princípio dá o norte necessário para que se possa exigir do indivíduo conduta determinada, com o registro de que eventual descumprimento só poderá ser sancionado se precedentemente houver legislação que como tal o defina.

Nesse particular, não há que se cogitar sequer que eventual disposição normativa infralegal possa conferir, mesmo em carácter implícito, poderes necessários para exigibilidade de determinada conduta. Falo aqui presumindo que se possa pretender justificar atos como o descrito com base em possíveis regras administrativas, como o são as Notas de Instrução Operacional da Brigada Militar (NI), as quais servem unicamente para dar segurança aos milicianos, mas que não permitem afirmar que agentes policiais tenham poderes implícitos para exigir atos não previstos na legislação. Aliás, a própria teoria dos poderes implícitos, originada de entendimento da Suprema Corte Americana e segundo a qual a CF, quando outorga atribuições a determinado órgão, lhe conferiria, implicitamente, os poderes necessários para sua execução, deve ser vista com reservas, como referiu o Min.

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5a. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 247



EJC

Nº 71006375364 (Nº CNJ: 0047986-95.2016.8.21.9000)
2016/CRIME

Celso de Mello, ao apreciar o HC 94.173/BA. Não se pode cogitar, destemperadamente, que encargo atribuído a determinado órgão de Estado implique em deferimento implícito de todo e qualquer meio necessário à ultimação dos fins a ele atribuídos. Não se pode alongar a lista de comportamentos exigíveis, penalizando, no âmbito criminal, eventual descumprimento.

Princípio da cidadania e da dignidade da pessoa humana

Vejo, também, em procedimentos tais, afronta aos princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana, previstos no art. 1º da Constituição Federal, fundamentos do Estado Democrático de Direito, “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.¹³

Essa qualidade intrínseca da pessoa é irrenunciável e inalienável, merecendo ser reconhecida, respeitada e protegida. A dignidade da pessoa humana *não admite equivalente, não podendo ser trocada ou sacrificada sob pretexto de que será substituída por um bem de uma dignidade igual ou superior*.¹⁴ Para alguns doutrinadores, inclusive, a liberdade, a igualdade, a legalidade e a culpabilidade,¹⁵ entre outros, são valores derivativos da dignidade da

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 62.’

¹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo**. Org. SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 50.

¹⁵ Especificamente sobre a legalidade e a culpabilidade, vide artigo de TAVARES, Juarez. **Aspectos Penais na Nova Constituição**. In Revista de Direito da Defensoria Pública, nº 4, Rio de Janeiro, 1989. p. 51-72.



EJC

Nº 71006375364 (Nº CNJ: 0047986-95.2016.8.21.9000)
2016/CRIME

pessoa, daí decorrendo que eventual perda de uma delas constitui uma agressão à dignidade, como degradação da própria pessoa.¹⁶

Nesse diapasão, a dignidade do acusado exige um comportamento exemplar dos agentes estatais envolvidos, com *respeito aos limites do próprio poder, para que, ao pretexto de proteger os direitos humanos, o agente estatal não se torne tirânico e arbitrário.*¹⁷ Assim, evitar-se-ia a desproporcional limitação aos direitos fundamentais.

Desobediência à ordem descrita na denúncia

Veja-se, como anteriormente se referiu, que a Constituição Federal prevê que “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude de lei” (art. 5º, inc. II). Nesse contexto, portanto, não há como **obrigar** o cidadão a adotar a postura recomendada ou determinada, nela permanecendo, pena de incorrer em desobediência.

Não há lei que obrigue a tanto.

Se a ordem desobedecida fosse de apresentar documentos, de permitir revista, não haveria como negar provável tipicidade do fato, observados os requisitos integrativos pertinentes. Porque a revista pessoal, **quando justificadas as razões**, ou “**quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior**”, tem previsão legal, independe de mandado e faz parte das atribuições dos agentes policiais. É o que dizem os artigos 240 e 244 do CPP:

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

(...)

§ 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior.

¹⁶ ALBERGARIA, Jason. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 39.

¹⁷ CRUZ, Rogério Schietti Machado. Op. cit., p. 63.



EJC

Nº 71006375364 (Nº CNJ: 0047986-95.2016.8.21.9000)
2016/CRIME

Art. 244. A busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

Não é o caso dos autos, que revela que o agente foi processado porque desobedeceu a ordem de colocar posicionar-se para revista, colocando as mãos na parede. Nessa circunstância, não há como deixar de supor que, na mesma situação, estaria praticando o crime de desobediência quando a ordem fosse dada para que ficasse de joelhos no chão. Ou que deitasse de frente sobre o solo, que abrisse ou afastasse suas pernas, que tirasse a camisa para verificar se estaria portando alguma arma que a revista não tivesse detectado. São situações meramente cogitáveis, mas factíveis e decorrentes da própria observação do cotidiano, que também comprovam que se deve ver com reservas os poderes que estariam implicitamente conferidos para consecução de eventual *munus*.

Penso que a idêntica conclusão se chegaria nas abordagens de trânsito, quanto às quais há recomendação, inclusive divulgada pela mídia, no sentido de que o condutor, à noite, acenda a luz interna do veículo e desligue o motor. Se o miliciano, ao abordar o condutor, determinar tais providências, e o motorista se negar a assim proceder, estará incorrendo em crime? Ele é obrigado a obedecer essa ordem? Existe lei que obrigue a tanto? Ou a lei compele, no caso, à identificação? E se o veículo for recolhido, é obrigado o condutor a permanecer no local até que se ultimem os atos administrativos? Situações como essas deram origem a indenizações que o Estado suportou, por constrangimento ilegal.¹⁸

Nesse sentido, a lei deve prever, deve impor que se faça de acordo com a ordem emanada. Rogério Greco diz exatamente isso, quando refere:

“O núcleo do tipo é o verbo desobedecer, que significa deixar de atender, não cumprir a ordem legal de funcionário público, seja fazendo, ou mesmo deixando de fazer alguma coisa **que a lei impunha**”.¹⁹ (Ênfase acrescentada)

¹⁸ Apelação cível n. n. 70019686039. Rel. Des. Tasso Cauby Soares Delabary

¹⁹ Ob. Cit., p. 493.



EJC

Nº 71006375364 (Nº CNJ: 0047986-95.2016.8.21.9000)
2016/CRIME

No mesmo sentido, a jurisprudência tem entendido que “o crime de desobediência só se configura se a ordem é legal” (STJ, RT 726/600, HC 1.288), observando-se que “não se tipifica o crime de desobediência com o desatendimento de **Resolução** de caráter genérico, sem amparo **legal**” (TACrSP, Julgados 95/175).

É o caso, portanto, porque, não havendo lei que determine, a desobediência a eventual Nota, Norma ou Resolução de caráter genérico, sem amparo legal, não caracteriza o crime.

Já decidira a 1ª. Câmara Criminal do extinto TARS:

DESOBEDIÊNCIA NÃO CONFIGURADA – Inexistindo obrigação legal do réu em fazer o que lhe era determinado pelo agente policial, não cometeu ele o crime de desobediência. (Apelação-Crime n. 14.238 - 1ª. Câmara Criminal – Veranópolis – Rel. Dr. Oswaldo Proença – Julgada em 24.2.82)

Não se pode deslembrar que o crime de desobediência apresenta-se como tipo aberto. Nessa área, como não se mostra possível prever-se todas as condutas possíveis, não há como descrever de forma completa o comportamento criminoso. Transfere-se, por tal razão, à autoridade o encargo de determinar esse conteúdo. Mas, nessa área, não se pode abrir espaço para que se dê oportunidade ao instinto ou à vontade ou à compreensão do funcionário público.

Por isso, disse o pesquisador Marcos Antônio Duarte Silva:

“Ampliando o objetivo do texto legal, não há margem de dúvida de proteção bilateral sendo que não é a qualquer ordem, ou a atos ilegais, apenas por ser tratar de um lado de uma figura de autoridade e do outro um cidadão que a balança vai pender só para uma posição.”²⁰

Por fim, registro que situações idênticas têm sido enfrentadas por esta Turma Recursal, demonstrando ser uma conduta recorrente na prática

²⁰ Disponível em http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1395



EJC

Nº 71006375364 (Nº CNJ: 0047986-95.2016.8.21.9000)
2016/CRIME

diária do procedimento policial, resultando na mesma conclusão que consta do presente voto.²¹

Por tais razões, voto no sentido de negar provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público, mantendo a absolvição do réu, modificando apenas o fundamento para atipicidade de conduta, com base no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

DR. LUIS GUSTAVO ZANELLA PICCININ (REVISOR) - De acordo com o(a) Relator(a).

DRA. KEILA LISIANE KLOECKNER CATTAPRETA - De acordo com o(a) Relator(a).

DR. EDSON JORGE CECHET - Presidente - Recurso Crime nº 71006375364, Comarca de Lajeado: "À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO"

Juízo de Origem: 1. VARA CRIME LAJEADO - Comarca de Lajeado

²¹ Vide processos n. 71003673977, [71003749900](#), [71003780186](#).