

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ
XXVII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO DE CURITIBA**

ANA MARIA SOUZA DE MORAES

CAUSAS EXCLUDENTES DE ANTIJURIDICIDADE

**CURITIBA
2009**

ANA MARIA SOUZA DE MORAES

CAUSAS EXCLUDENTES DE ANTIJURIDICIDADE

Monografia apresentada como Requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientadora: Profa. Priscilla Placha Sá

**CURITIBA
2009**

TERMO DE APROVAÇÃO**ANA MARIA SOUZA DE MORAES****CAUSAS EXCLUDENTES DE ANTIJURIDICIDADE**

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Prof. _____

Avaliador: Prof. _____

Avaliador: Prof. _____

Curitiba, ____ de _____ de 2009.

MORAES, Ana Maria Souza de. **Causas excludentes de antijuridicidade**. Curitiba, 2009. 130 f. Monografia de Especialização em Direito – Escola da Magistratura do Paraná.

RESUMO

Análise sobre as causas legais e supralegais excludentes da antijuridicidade penal da conduta humana típica. Estudo inicial voltado às noções fundamentais sobre antijuridicidade, esta entendida como contrariedade entre o comportamento humano e o ordenamento jurídico. O processo analítico de verificação de culpa e imposição de uma pena criminal exige, como segundo substrato específico do crime, a constatação de que a conduta humana típica é também antijurídica. Esta apreciação judicial pode ser positiva quando se conclui que a conduta é ilícita, ou pode ser negativa, quando se comprova que o ordenamento jurídico justifica aquele comportamento em razão da incidência de causas legais ou supralegais justificantes. São as causas legais previstas no artigo 23 do Código Penal Brasileiro: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito. É causa supralegal excludente de antijuridicidade o consentimento do ofendido. Segundo entendimento doutrinário moderno, a evolução da teoria do delito e o surgimento de novas teorias como da tipicidade conglobante e da imputação objetiva, interferiram na natureza das causas excludentes do estrito cumprimento do dever legal, exercício regular de direito e consentimento do ofendido, no sentido de que estas são causas excludentes da tipicidade e não da antijuridicidade (princípio da não-contradição: o que está permitido por uma norma não pode estar proibido por outra; assim, há criação de riscos permitidos quando os agentes atuam cumprindo um dever, exercendo um direito ou com o consentimento do titular do bem jurídico ofendido).

Palavras-chave: Antijuridicidade, causas excludentes legais e supralegais, causas excludentes e teorias da tipicidade conglobante e da imputação objetiva.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 QUESTÕES FUNDAMENTAIS INTRODUTÓRIAS SOBRE A ANTIJURIDICIDADE	12
2.1 CONCEITO	12
2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	14
2.3 CLASSIFICAÇÃO.....	27
2.3.1 Antijuridicidade formal	27
2.3.2 Antijuridicidade material	28
2.3.3 Teoria unitária	29
2.3.4 Concepção adotada no sistema jurídico-penal brasileiro	30
2.4 RELAÇÃO ENTRE TIPICIDADE E ANTIJURIDICIDADE	31
2.4.1 Teoria da autonomia ou absoluta independência	31
2.4.2 Teoria da indiciariedade ou <i>ratio cognoscendi</i>	32
2.4.3 Teoria da absoluta dependência ou <i>ratio essendi</i> (teoria do tipo do injusto e teoria dos elementos negativos do tipo).....	34
2.5 ESTRUTURA DOS TIPOS PERMISSIVOS	36
2.6 FUNDAMENTO DOS TIPOS PERMISSIVOS.....	37
2.7 CLASSIFICAÇÃO DOS TIPOS PERMISSIVOS.....	39
3 CAUSAS EXCLUDENTES DE ANTIJURIDICIDADE	41
3.1 ESTADO DE NECESSIDADE	41
3.1.1 Previsão legal.....	41
3.1.2 Conceito	42

	5
3.1.3 Requisitos.....	44
3.3.1 Perigo atual	45
3.1.3.2 Situação de perigo não causada voluntariamente.....	46
3.1.3.3 Finalidade de salvaguardar direito próprio ou alheio	49
3.1.3.4 Inexistência do dever legal de arrostar o perigo	50
3.1.3.5 Inevitabilidade da lesão	51
3.1.3.6 Inexigibilidade de sacrifício do direito ameaçado	52
3.1.3.7 Aspecto subjetivo	53
3.1.4 Classificação	54
3.1.4.1 Quanto à natureza: estado de necessidade justificante e estado de necessidade exculpante.....	54
3.1.4.2 Quanto à titularidade: estado de necessidade próprio e estado de necessidade de terceiro	59
3.1.4.3 Quanto ao elemento subjetivo: estado de necessidade real e estado de necessidade putativo	59
3.1.4.4 Quanto ao terceiro que sofre a ofensa: estado de necessidade defensivo e estado de necessidade agressivo	60
3.1.5 Aspectos civis do estado de necessidade.....	61
3.2 LEGÍTIMA DEFESA	63
3.2.1 Previsão legal.....	63
3.2.2 Conceito	64
3.2.3 Requisitos.....	67
3.2.3.1 Agressão injusta	67
3.2.3.2 Agressão atual ou iminente	71

	6
3.2.3.3 Necessidade da defesa	71
3.2.3.4 Moderação da defesa.....	72
3.2.3.5 Finalidade de salvaguardar direito próprio ou alheio	73
3.2.3.6 Aspecto subjetivo	75
3.2.4 Classificação	75
3.2.4.1 Quanto à titularidade: legítima defesa própria e legítima defesa de terceiro.	75
3.2.4.2 Quanto ao elemento subjetivo: legítima defesa real e legítima defesa putativa	76
3.2.4.3 Quanto à reação: legítima defesa defensiva e legítima defesa agressiva	77
3.2.4.4 Legítima defesa sucessiva	77
3.2.4.5 Legítima defesa recíproca	78
3.2.4.6 Legítima defesa subjetiva.....	78
3.2.5 Diferença entre legítima defesa e estado de necessidade	79
3.2.6 Aspectos civis da legítima defesa	80
3.3 NATUREZA JURÍDICA DAS CAUSAS DE EXCLUSÃO DE ANTIJURIDICIDADE DO ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL E DO EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO – ANÁLISE FRENTE ÀS TEORIAS DA TIPICIDADE CONGLOBANTE E DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA	81
3.4 ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL	87
3.4.1 Previsão legal.....	87
3.4.2 Conceito	88
3.4.3 Requisitos.....	88
3.4.3.1 Legalidade do dever	89
3.4.3.2 Necessidade do ato.....	89

	7
3.4.3.3 Aspecto subjetivo	90
3.4.4 Destinatários	91
3.5 EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO	91
3.5.1 Previsão legal.....	91
3.5.2 Conceito	92
3.5.3 Requisitos.....	93
3.5.3.1 Exercício de um direito	93
3.5.3.2 Exercício regular	93
3.5.3.3 Aspecto subjetivo	94
3.5.4 Hipóteses	95
3.5.4.1 Atuação <i>pro magistratu</i>	95
3.5.4.2 Dever de educação ou direito de castigo	95
3.5.5 Aspectos civis do exercício regular de direito.....	96
3.6. CONSENTIMENTO DO OFENDIDO.....	97
3.6.1 Conceito e natureza jurídica.....	97
3.6.2 Requisitos.....	102
3.6.2.1 Capacidade do consenciente	103
3.6.2.2 Anterioridade do consentimento.....	104
3.6.2.3 Vontade livre	105
3.6.2.4 Disponibilidade do bem jurídico.....	105
3.6.2.5 Consciência do consentimento por parte do agente	107
3.6.3 Consentimento presumido.....	108
3.7 OFENDÍCULOS	109
3.8 EXCESSO	112

	8
3.8.1 Previsão legal.....	112
3.8.2 Conceito	113
3.8.3 Classificação	113
3.8.3.1 Excesso crasso	113
3.8.3.2 Excesso acidental.....	114
3.8.3.3 Excesso extensivo.....	114
3.8.3.4 Excesso intensivo.....	115
4 CONCLUSÃO	118
REFERÊNCIAS	127

1 INTRODUÇÃO

A finalidade de todo o Direito é buscar a estabilidade nas relações sociais a fim de tutelar o indivíduo e manter a convivência pacífica. Para tanto, o Estado impõe uma série de direitos e deveres a serem cumpridos pelos seus cidadãos. A transgressão de uma dessas regras morais ou legais autoriza a reprimenda. Quando essa conduta contrariar uma regra jurídica incriminadora, ofendendo um bem jurídico penalmente tutelado, o Direito Penal apresenta-se como uma das formas de intervenção estatal punitiva, através da cominação de uma pena.

O Direito Penal como uma parte do controle social institucionalizado, para se afirmar como um meio legítimo de punição deverá observar inúmeras garantias de proteção do indivíduo, já que se desenvolve em um Estado Democrático de Direito. Assim, a verificação da natureza criminosa de uma conduta e da necessidade da imposição de uma pena, exige que os operadores do direito, segundo a perspectiva de um devido processo legal, comprovem todos os substratos do crime.

Em seu sentido analítico, crime pode se conceituado como a conduta humana típica, antijurídica e culpável, segundo a linha doutrinária majoritária. Assim, a conduta humana é o elemento genérico e as três categorias elementares específicas que compõem o crime são a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

O presente trabalho monográfico tem o fim de estudar a antijuridicidade e, mais especificamente, as suas causas excludentes. Vale dizer, a finalidade é estudar as causas que, se incidentes no caso concreto, são permissivas à realização do fato típico, quais sejam: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do

dever legal, exercício regular de direito e consentimento do ofendido. Daí se conclui que o juiz, no caso posto à sua decisão, para cumprir com a segunda etapa de verificação do crime, deverá constatar que a conduta típica não está permitida por qualquer preceito normativo. Incidindo alguma dessas causas justificantes, a conduta deixa de ser crime, impondo-se a absolvição do acusado.

A abordagem inicial é sobre noções gerais sobre a antijuridicidade. Primeiro tratar-se-á do conceito. A antijuridicidade pode ser definida como a contrariedade da conduta humana típica à ordem jurídica.

Segue-se com a demonstração das raízes históricas da antijuridicidade dentro da evolução do conceito de crime.

Procura-se dar conta também da classificação da antijuridicidade em formal, material, unitária, concluindo-se com o esclarecimento de qual é adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda, será analisada a relação entre antijuridicidade e tipicidade, trazendo-se as teorias a respeito. De início, registre-se que prevalece o entendimento de que a tipicidade é indício de antijuridicidade (*ratio cognoscendi*), ou seja, a conduta humana típica dá indícios que também é antijurídica.

Por fim, nessa primeira parte, a abordagem será sobre estrutura, fundamento e classificação dos tipos permissivos.

Na segunda parte desse escrito, serão estudadas as causas excludentes de antijuridicidade legais (artigo 23, Código Penal) e supralegais, os ofendículos e o excesso (artigo 23, parágrafo único, Código Penal). Quanto às causas excludentes, em regra, se cuidará em indicar previsão legislativa, analisar o conceito, requisitos,

classificação e aspectos civis possíveis, sem deixar de tratar dos aspectos particulares de cada causa justificante.

Merece destaque, dentre essas especificidades, o estudo da natureza jurídica do estrito cumprimento de dever legal, do exercício regular de direito e do consentimento do ofendido, frente às teorias da tipicidade conglobante e da imputação objetiva. Isso porque a adoção do conceito de tipicidade material ou conglobante tem o condão de deslocar a análise do estrito cumprimento de dever legal e do exercício regular de direito para o campo da tipicidade; e, o consentimento do ofendido frente às mencionadas teorias, em regra terá natureza de causa excludente da tipicidade, podendo, configurar, excepcionalmente, causa supralegal excludente da antijuricidade e causa de diminuição de pena.

Em seguida, as ponderações serão reservadas aos ofendículos, seu conceito, exemplos e divergências doutrinárias quanto à sua natureza jurídica

Por fim, o estudo se voltará ao excesso punível nas causas justificantes, mais especificamente sobre seu conceito e classificações.

Enfim, a presente produção monográfica estudará detidamente a antijuridicidade e suas causas excludentes, destacando a importância do seu estudo porque legitimam uma conduta, em princípio, proibida pelo sistema penal, e com a preocupação de trazer desde as raízes históricas até as discussões mais recentes frente às inovações conceituais trazidas pela evolução da teoria do delito.

2 QUESTÕES FUNDAMENTAIS INTRODUTÓRIAS SOBRE ANTIJURIDICIDADE

2.1 CONCEITO

Antijuridicidade, também denominada de ilicitude, segundo a etimologia, é palavra que resulta da união do prefixo grego *anti* (contrariedade) ao substantivo feminino juridicidade (qualidade de jurídico; licitude, conforme o direito)¹. Assim, antijurídica é a conduta humana que contraria o ordenamento jurídico.

Importante dizer que a relação de antagonismo é entre a conduta do agente e todo o ordenamento jurídico. Não se poderia afirmar que o parâmetro legal seria apenas composto por normas penais. Isso porque, como se verá mais adiante, existem causas justificantes do comportamento ilícito tanto em leis penais como em leis de outra natureza (como leis civis). Assim, a constatação da antijuridicidade decorre do juízo de valoração negativo (ou desvalorização) através do qual se verifica que o comportamento se opõe ao direito posto, tornando-se ilícito, bem como da verificação de que existem, em todo o ordenamento jurídico, causas que justifiquem tal ilícito.

Significa dizer que não existe uma antijuridicidade unicamente penal. A antijuridicidade é a contradição a todo o direito, porque a ordem jurídica é una. H. A. FISCHER, trazido à colação por Heleno Cláudio FRAGOSO, leciona que “da unidade do conjunto da ordem jurídica, segue-se a unidade da antijuridicidade. Não

¹ **MICHAELIS**: moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998. p. 165;169;1210.

existe uma espécie particular de ilícito civil. Mesmo o ilícito civil é contrário à norma, e, pois, desobediência à vontade do Estado.”²

No mesmo sentido, Francisco de Assis TOLEDO, que aduz:

(...) a ilicitude penal não se restringe ao campo do direito penal: projeta-se para o todo do direito. Por isso é que Welzel define a ilicitude como sendo “a contradição da realização do tipo de uma norma proibitiva com o ordenamento jurídico como um todo”.³

Assim, partindo-se da premissa que a conduta ilícita contraria todo o ordenamento jurídico, importante registrar alguns conceitos de antijuridicidade trazidos pela doutrina.

A antijuridicidade é definida por Eugenio Raúl ZAFFARONI, como “o choque da conduta com a ordem jurídica, entendida não só como uma ordem normativa (antinormatividade), mas como uma ordem normativa e de preceitos permissivos.”⁴

Para Heleno Cláudio FRAGOSO “antijurídica é a conduta típica contrária ao direito. Antijuridicidade é juízo de desvalor (ou juízo negativo de valor) que recai sobre a conduta típica, tendo em vista as exigências do ordenamento jurídico.”⁵

Segundo Claus ROXIN, “la antijuridicidad designa una propiedad de la acción típica, a saber, su contradicción con las prohibiciones y mandatos del Derecho penal(...)”⁶

² FISCHER, H. A. Die rechtswidrigkeit. 1911, p. 115. *apud* FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Antijuridicidade**. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/heleno_artigos/arquivo42.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2009. p. 04.

³ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 165.

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 540.

⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: a nova parte geral. 1. ed. rev. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 181.

Já Rogério GRECO, assim preceitua: “Ilicitude, ou antijuridicidade, é a relação de antagonismo, de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico.”⁷

Portanto, a antijuridicidade ou ilicitude é o juízo de desvalor que recai sobre a conduta humana constatando a contrariedade entre essa conduta e todo ordenamento jurídico.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O reconhecimento da antijuridicidade como característica geral do fato punível é relativamente recente, pois, conforme ensina Heleno Cláudio FRAGOSO, somente no final do século XIX houve a precisa conceituação da antijuridicidade e suas causas excludentes.⁸

Mas, para se compreender a construção doutrinária sobre a antijuridicidade é necessária a incursão à própria teoria do delito. Ressalte-se, todavia, que essa digressão histórica tem o objetivo de relatar brevemente o caminho percorrido para se chegar a atual concepção de delito, com maior enfoque nos aspectos relacionados à antijuridicidade.

⁶ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Fundamentos, la estructura de la teoria del delito. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. 2.ed. Madrid: Civitas Ediciones, 1997.p. 557.

⁷ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 6.ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. v. 1. p. 333.

⁸ FRAGOSO, H. C. **Antijuridicidade...**, p. 01.

Crime, em seu sentido analítico, pode ser conceituado como a conduta humana típica, antijurídica e culpável, segundo a linha doutrinária majoritária. Deste conceito, pode-se extrair que a conduta humana é o substrato genérico do crime e que como substratos específicos do crime têm-se três componentes: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Em linhas gerais, típica é a conduta humana que se subsume a um tipo penal e este que a descreve como aquele comportamento delitivo enquanto ofensa a um bem jurídico penalmente tutelado. A antijuridicidade, como segundo elemento característico do crime, traduz a necessidade de que a conduta humana contrarie o ordenamento jurídico para que seja considerada ilícita. Por fim, a culpabilidade é a análise que recai sobre o agente, através da qual se verifica se ele era capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se conforme esse entendimento; neste caso, analisa-se a imputabilidade do agente, potencial consciência da ilicitude e a inexigibilidade de conduta diversa.

Para se chegar a esse conceito analítico, muitas teorias e estudos doutrinários foram desenvolvidos. Nessa jornada, destacam-se as escolas pré-causalista, causal-naturalista, neokantista, finalista e funcionalistas.

A fase pré-causalista desenvolveu-se durante o século XIX, período em que as características marcantes relativas à teoria do delito consistiam nos fatos de que a conduta humana não era compreendida como elemento autônomo do crime e que o sistema regia-se pela teoria da imputação. Os expoentes, como observa Fábio André GUARAGNI, foram Paul Johann Anselm Ritter von FEUERBACH e Francesco CARRARA.⁹

⁹ GUARAGNI, Fábio André. **As Teorias da conduta em direito penal**: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 12. p. 53.

Paul Johann Anselm Ritter von FEUERBACH, trazido à colação por Fábio André GUARAGNI, definia crime como “uma ação contrária ao direito do outro, cominada em uma lei penal.”¹⁰ Para Francesco CARRARA, a definição de crime estava fundada na noção de ilicitude formal porque delito traduzia a idéia de “relação de contradição entre o ato do homem e a lei.”¹¹

Importante notar que no pré-causalismo o que importava era saber se o resultado poderia ser imputado ao agente. Daí dizer que surgiu a Teoria da Imputação.¹² A imputabilidade do agente era um pressuposto para a incidência do direito e para aplicação de uma pena. A Teoria da Imputação compreendia duas análises: (a) *imputatio facti*: imputação fática, consistindo na análise do nexos causal entre conduta e resultado e do nexos psíquico (vínculo mental entre agente e resultado); (b) *imputatio juris*: imputação jurídica, segundo a qual verificava-se se haveria contrariedade entre o fato e o ordenamento jurídico-penal (antijuridicidade).¹³

Nessa fase pré-causalista ainda se destacou a Escola Hegeliana, cujo expoente foi Georg Wilhelm Friedrich HEGEL. Com esse filósofo a conduta humana conquistou autonomia dentro da teoria do delito: “a expressão da vontade como subjetiva ou moral é a ação.”¹⁴ Assim, entende Fábio André GUARAGNI, a ação passou a ser entendida como o “evento imputado faticamente ao autor.”¹⁵

¹⁰ VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter. Tratado de derecho penal común vigente en Alemania. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irmã Hagemeyer. 14.ed. Buenos Aires: Hamurabi, 1989. p. 64. *apud* GUARAGNI, F. A. Op. cit., p. 51.

¹¹ CARRARA, Francesco. Programa de derecho criminal: parte general. Trad. José J. Ortega Torres e Jorge Guerrero. 5., 6. e 7. ed. Bogotá: Temis, 1972. v. 1. p. 50-51. *apud* GUARAGNI, F. A. Op. cit., p. 52.

¹² GUARAGNI, F. A. Op. cit., p. 52-53.

¹³ *Ibid.*, p. 53.

¹⁴ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Princípios da filosofia do direito. Trad. Norberto de Paula Lima. São Paulo: Ícone, 1997. p. 116. *apud* GUARAGNI, F. A. Op. cit., p. 54.

¹⁵ GUARAGNI, F. A. Op. cit., p. 55.

Ainda, Georg Wilhelm Friedrich HEGEL introduziu o sistema da dialética, que, didaticamente, é representado como tese, antítese e síntese. Segundo Eugenio Raúl ZAFFARONI, a sua concepção de razão era oposta à concepção kantiana. Enquanto que para Immanuel KANT a razão era um instrumento passivo de conhecimento, para Georg Wilhelm Friedrich HEGEL a razão era um princípio ativo, criador e único, que fazia avançar o espírito da humanidade de maneira dialética.¹⁶

Esse espírito da humanidade atravessava três estágios: espírito subjetivo, espírito objetivo e espírito absoluto. O espírito subjetivo significava que o homem toma consciência da própria existência, de modo que aqueles desprovidos de tal consciência (inimputáveis) deveriam receber tratamento diferenciado; o espírito objetivo, por sua vez, dava ao homem a consciência do universo social e das relações que mantém com outras pessoas; por fim, o espírito absoluto consistia na relação do homem com a arte e com Deus. Nas palavras de Eugenio Raúl ZAFFARONI:

(...) o *subjetivo* (tese), em que o homem alcança a liberdade ao tomar consciência de si mesmo (autoconsciência); o *objetivo* (antítese) em que o homem, já livre, relaciona-se com outros homens livres; e o estágio do espírito *absoluto* (síntese), em que o espírito da humanidade eleva-se por sobre o mundo. A este estágio do espírito absoluto pertencem a religião, a arte, etc., enquanto ao espírito objetivo pertence o direito.¹⁷

A partir dessa concepção hegeliana, o direito penal atuava na segunda etapa (objetiva) impondo uma pena ao agente que violava o contrato (pena retributiva do contratualismo). Mas para receber essa pena, o agente deveria superar a primeira,

¹⁶ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Op. cit., p. 271.

¹⁷ Ibid., p. 272.

ou seja, ser imputável, sob pena de receber medidas neutralizantes de seu perigo ilimitadas.¹⁸ A ação, nessa fase, mantinha identidade com a culpabilidade.¹⁹

Note-se que, até então, não havia clara referência à antijuridicidade como requisito geral do crime. O seu desenvolvimento mais preciso atribuiu-se a Adolf MERKEL, que sustentava que o ilícito era ofensa ao direito objetivo (o autor definia delito como “aquellas acciones [...] que el Derecho del Estado prohíbe bajo la amenaza de una pena por ser incompatibles con determinados intereses.”²⁰), e a Karl BINDING, que dizia que o ilícito é o contrário à norma. Ocorre que ambos os autores afirmavam que o ilícito não poderia ser objetivo, pois a conduta contrária ao direito só poderia ser dolosa ou culposa, ou seja, estabeleceu-se uma concepção subjetiva do ilícito. Segundo essa concepção, o inimputável não poderia praticar ação antijurídica, pois não havia antijuridicidade sem culpa.²¹

Por volta de 1867, houve o reconhecimento da antijuridicidade objetiva e independente da culpabilidade por Rudolf von IHERING,²² que sustentou que a lesão é que era contrária ao ordenamento jurídico e que para a análise da antijuridicidade não era necessária investigação quanto à vontade do sujeito. Desse modo, antecipou a verificação da antijuridicidade, colocando-a num plano objetivo. Assim, a *imputatio facti* passa a compreender o nexos causal, depois a antijuridicidade e, por fim, o dolo.

Em 1882, Franz von LISZT trouxe essa concepção para o direito penal, considerando a antijuridicidade como um requisito objetivo do crime. O crime era

¹⁸ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Op. cit., p. 272-273.

¹⁹ GUARAGNI, F. A. Op. cit., p. 56.

²⁰ MERKEL, Adolf. **Derecho penal**: parte general. Trad. Pedro Dorado Montero. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2004. p. 11.

²¹ FRAGOSO, H. C. **Antijuridicidade...**, p. 02-05.

²² ROXIN, C. Op. cit., p. 196.

entendido como a conduta humana (movimento corporal voluntário que causava modificação no mundo exterior, ou seja, relação de causa e efeito) antijurídica (causação de um resultado danoso socialmente), culpável (relação psicológica entre conduta e resultado, ou seja, compreendia o dolo e a culpa – Teoria Psicológica da Culpabilidade) e punível (a diferença entre ilícito civil e penal estava na sanção aplicada). Nesse final de século XIX, era a Escola Causal-Naturalista que se desenvolvia.²³

Segundo esse modelo filosófico, o crime era marcado pelo esquema objetivo-subjetivo, em que objetiva era a antijuridicidade e subjetiva a culpabilidade. Nesse sentido, Eugenio Raúl ZAFFARONI, “o injusto era considerado objetivo e a culpabilidade era considerada psicologicamente”.²⁴

Todavia, o entendimento defendido por Franz von LISZT apresentava um inconveniente prático. Isto porque, muitas vezes, depois de proceder a toda análise (conduta humana, antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade) verificava-se que a conduta só possuía caráter civil, ou seja, não despertava qualquer possibilidade de punição penal.

Com a finalidade de solucionar esse problema, Ernst von BELING, em 1906, enunciou o conceito de *tatbestand* (espécie de fato), mecanismo que antecipava a seleção dos fatos que interessavam ao direito penal através de sua descrição (tipo penal – espécie de fato - *tatbestand*). Significa dizer, Ernst Von BELING inseriu no conceito de crime a idéia de tipicidade, colocando-a antes da antijuridicidade. Assim, definia-se crime como a conduta humana (movimento corporal voluntário que causava modificação no mundo exterior, ou seja, relação de causa e efeito) típica

²³ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Op. cit., p.375-376.

²⁴ Ibid., p.375.

(proibição de causar um resultado), antijurídica (contrariedade entre resultado e ordem jurídica) e culpável (relação psicológica entre conduta e resultado, ou seja, dolo e culpa ainda pertenciam à culpabilidade – Teoria Psicológica da Culpabilidade). A punibilidade deixou de existir, já que a diferença entre ilícito civil e penal decorria da existência ou não de um tipo descrito na norma penal.²⁵ Persistia ainda o esquema objetivo-subjetivo.

Conforme assevera Juarez TAVARES, segundo a teoria causal-naturalista a tipicidade e antijuridicidade nada têm a ver, pois aquela desempenha papel puramente descritivo e autônomo.²⁶

Ainda no século XX, sobreveio a Escola Neokantista, destacando-se como pensador Gustav RADBRUCH. Com o advento dessa teoria resgatou-se a idéia de dever-ser (compreender e valorar) em abandono à idéia de ser (observar e descrever) e rompeu-se o esquema objetivo-subjetivo. Duas foram as principais razões dessa ruptura. A primeira porque, quanto à culpabilidade, se observou que em alguns delitos não havia relação psicológica entre a conduta e o resultado (exemplo, delitos de esquecimento). Isso levou Reinhardt FRANK, em 1907, a apresentar um novo conceito para a culpabilidade: culpabilidade enquanto reprovabilidade do injusto e não mais como relação psicológica.²⁷ Daí que se passou a adotar a Teoria Psicológico-Normativa da Culpabilidade, incorporando-se elementos objetivos (imputabilidade e exigibilidade de conduta conforme o direito) à culpabilidade que era prevalentemente subjetiva (dolo e culpa).²⁸

²⁵ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Op. cit., p.376-377.

²⁶ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 133.

²⁷ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Op. cit., p.574.

²⁸ Ibid., p.377-378.

A segunda razão que levou à ruptura do esquema objetivo-subjetivo foi quando Max Ernst MAYER, Edmund MEZGER e Beiträge von Max GRÜNHUT observaram elementos normativos no tipo (exemplo: *coisa alheia*, previsto no art. 155, Código Penal – furto) e H. A. FISCHER, NAGLER e August HEGLER identificaram elementos subjetivos no tipo (exemplo: *para si ou para outrem*, previsto no art. 155, Código Penal – furto). Com maiores investigações de Edmund MEZGER, a tipicidade deixou de ser avalorada, com características só descritivas e objetivas, passando a conter juízos de desvalor na tipicidade.²⁹

Assim, com o neokantismo, crime era definido como a conduta (movimento corporal voluntário que causava modificação no mundo exterior, ou seja, relação de causa e efeito) típica (proibição de causar um resultado; continha elementos subjetivos), antijurídica (contrariedade entre resultado e ordem jurídica) e culpável (reprovabilidade; dolo e culpa ainda estavam na culpabilidade – Teoria Psicológico-Normativa da Culpabilidade), rompendo-se com a concepção objetivo-subjetivo.

Importante asseverar que nesse período do neokantismo a relação entre tipicidade e antijuridicidade sofreu alterações. Com Max Ernst MAYER, suplantou-se o caráter indiciário do tipo com relação à antijuridicidade. Vale dizer, a conduta humana que é típica aponta que, provavelmente, também é antijurídica, ou seja, que também é contrária ao ordenamento jurídico.

Mas, com Edmund MEZGER o tipo perde ainda mais autonomia, passando a ser apenas um momento da antijuridicidade. Como observa Juarez TAVARES, “o

²⁹ TAVARES, J. Op. cit., p. 134.

delito não é agora definido como ação típica, antijurídica e culpável, mas como *ação tipicamente antijurídica e culpável*.³⁰

Superando o modelo neokantiano, adveio a Escola Finalista, cujo principal expoente foi Hans WELZEL. Desenvolvida no século XX, resgatou-se o modelo ontológico (ser). No finalismo duas grandes modificações podem ser observadas.

A primeira quanto à culpabilidade: na década de 1920, Hellmuth von WEBER e Alexander Graf zu DOHNA defenderam a retirada do dolo e culpa da culpabilidade para incorporar estes elementos à tipicidade.³¹ Assim, a culpabilidade passou a ser pura reprovabilidade, tendo por elementos a imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta conforme o direito: Teoria Normativa da Culpabilidade.³²

A segunda modificação substancial trazida pelo finalismo, ocorreu na década de 1930, quando Hans WELZEL desenvolveu a teoria finalista da ação. Segundo esse autor, a finalidade é o conteúdo da vontade, pois qualquer movimento ocorre destinado a um fim. Assim, conduta humana é um fazer guiado por um fim. Esse é o princípio unificador do finalismo: conduta humana enquanto um fazer-final. Em consequência, o tipo passou a descrever esses fazeres-finais, chamados de dolo. Assim, Hans WELZEL aperfeiçoou o conceito de tipo complexo, consagrando elementos objetivos e subjetivos.³³

³⁰ TAVARES, J. Op. cit., p. 136.

³¹ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Op. cit., p. 379.

³² Ibid., p. 574-575.

³³ Ibid., p. 430.

A este respeito, Eugenio Raúl ZAFFARONI afirma que “a vontade não pode ser separada de seu conteúdo, isto é, de sua finalidade, posto que toda conduta humana deve ser voluntária e toda vontade tem um fim.”³⁴

Portanto, para o finalismo, crime é a conduta humana (fazer-final) típica (tipo objetivo e subjetivo: proibição de conduta na forma de dolo ou culpa), antijurídica (contrariedade entre conduta e ordem jurídica) e culpável (reprovabilidade – Teoria Normativa da Culpabilidade).

Importante registrar ainda que Hans WELZEL introduziu a concepção de ilícito pessoal. Assim, em contrapartida ao entendimento de que a antijuridicidade possuía caráter objetivo, suplantou-se a concepção subjetiva da antijuridicidade. Explica Heleno Cláudio FRAGOSO que para Hans WELZEL, a causação de um resultado (lesão ao bem jurídico) não esgotava o ilícito, pois deveria ser considerado também tudo aquilo pessoal do agente que determinou decisivamente a ilicitude do fato (por exemplo, o escopo fixado pelo agente para o fato, a sua atitude ao praticá-lo...). Assim, “o ilícito é ilícito ‘pessoal’ da ação referido ao agente.”³⁵

No finalismo, retomou-se a idéia de caráter indiciário do tipo com relação à antijuridicidade.

A partir da década de 1970, se desenvolveram as Teorias Funcionalistas, cujos defensores de destaque são Claus ROXIN e Günther JAKOBS. Diferentemente do finalismo, cujo princípio unificador foi *conduta humana enquanto fazeres-finais*, no pós-finalismo o princípio unificador é a *função do direito penal*.³⁶ Significa dizer que os preceitos penais devem ser estabelecidos a partir das funções

³⁴ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Op. cit., p. 379.

³⁵ FRAGOSO, H. C. **Antijuridicidade...**, p. 06.

³⁶ GUARAGNI, F. A. Op. cit., p. 244.

e objetivos preestabelecidos para o direito penal. Daí porque existem várias propostas funcionalistas, eis que variam de acordo com a função de direito penal adotada.³⁷

Eugenio Raúl ZAFFARONI pondera:

A partir dos anos 1970, iniciou-se um ensaio de sistematização funcional, que admite não serem tais conceitos científicos, e que dependem de suas finalidades penais, político-criminais ou políticas em geral, não estão sendo impostos pela natureza nem por dados ônticos, e que são construídos em função de objetivos penais preestabelecidos.³⁸

O funcionalismo teleológico de Claus ROXIN traz consigo duas peculiaridades. A primeira é a defesa da teoria da imputação objetiva, segundo a qual, dar causa não é suficiente para sofrer a imputação do resultado no tipo objetivo. Assim, são necessários critérios para haver, além do nexos causal, o nexos normativo (criar riscos não permitidos e realização do risco no resultado). A segunda característica do funcionalismo de Claus ROXIN é que ele substitui o conceito de culpabilidade (terceiro substrato do crime) pela reprovabilidade, esta compreendida como a análise da imputabilidade, potencial consciência da ilicitude, exigibilidade de conduta conforme o direito e necessidade de pena. Assim, para esse autor, crime é a conduta típica, antijurídica e reprovável.³⁹

Günther JAKOBS, defensor do funcionalismo sistêmico, analiticamente entende que crime é a conduta humana típica, antijurídica e culpável. A particularidade está em defender que o crime é o rompimento da norma e a função do Direito Penal é proteger a vigência da norma: “o Direito Penal está orientado a

³⁷ GUARAGNI, F. A. Op. cit., p. 246.

³⁸ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Op. cit., p. 381.

³⁹ ROXIN, C. Op. cit., p. 216-223.

garantir a identidade normativa, a garantir a constituição da sociedade.”⁴⁰ Por isso, o fato relevante para o Direito Penal é definido como lesão da juridicidade, e não como lesão de bens jurídicos. Sustenta o autor que “a lesão da norma é o elemento decisivo do ato penalmente relevante [...] e não a lesão de um bem.”⁴¹

O autor leciona que a contribuição do direito penal para dar estabilidade social é garantir a vigência das normas. Por isso, o que deve ser protegido é a firmeza das expectativas normativas. Daí que se considera delito o comportamento que nega significado à norma e, a pena, como meio de reação punitiva, vem para confirmar que essa norma continua vigendo.⁴²

Ainda, importante acrescentar que para Günther JAKOBS, no dizer de Juarez Tavares, o injusto não pode ser compreendido isoladamente, mas sim pelo confronto entre tipicidade e antijuridicidade. Dessa forma, o tipo de injusto descreve as condutas socialmente intoleráveis e a tipicidade só pode ser afastada pela incidência de uma norma permissiva.⁴³ Segundo Juarez TAVARES, Günther JAKOBS compreende o injusto “na própria realização do tipo, quanto inexistentes as respectivas causas justificantes, quer dizer, a antijuridicidade só cumpriria a função de congregar os elementos negativos do injusto.”⁴⁴ Ainda, adota, com outros contornos, a lição de Edmund MEZGER, no sentido de que o tipo é a *ratio essendi* da antijuridicidade. As causas de justificação são, para o autor, motivos jurídicos

⁴⁰ JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. v. 3. p. 1.

⁴¹ JAKOBS, Günther. **Ciência do direito e ciência do direito penal**. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. v. 1. p. 51.

⁴² JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general: fundamentos y teoria de la imputación**. Traducción de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. corr. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., 1997. p. 45-47.

⁴³ TAVARES, J. Op. cit., p. 143.

⁴⁴ Ibid., p. 154.

fundados de aceitação da conduta típica pela ordem jurídica como uma conduta tolerada socialmente.⁴⁵

Günther JAKOBS difere também de Claus ROXIN ao elaborar um conceito diferente de culpabilidade. Aquele autor separa objeto da culpabilidade (imputação objetiva do risco e a realização desse risco no resultado) e a culpabilidade em si (imputação subjetiva, incluindo a vontade do dolo).⁴⁶

Enfim, as inovações trazidas pela Escola Funcionalista pouco influenciaram no estudo da antijuridicidade.

Para concluir, cumpre asseverar que os movimentos filosóficos que se desenvolveram durante o percurso histórico da teoria do delito, trouxeram nas suas bases propostas diferentes, nuances próprias de cada época. Mas convém reconhecer que, trazendo um pouco de cada teoria, o Código Penal Brasileiro adotou a concepção finalista quando entendeu que crime é a conduta humana típica, antijurídica e culpável, vigente até hoje. Conduta humana enquanto fazer guiado por um fim; típica (a conduta), por ser prevista no ordenamento jurídico como comportamento proibido; antijurídica (a conduta), porque contraria o ordenamento e porque inexistem causas justificantes; e, culpável (o agente) porque capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se conforme esse entendimento, neste caso, analisando-se a imputabilidade do agente, potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta conforme o direito.

⁴⁵ TAVARES, J. Op. cit., p. 154.

⁴⁶ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Op. cit., p. 382.

2.3 CLASSIFICAÇÃO

A antijuridicidade pode ser concebida como antijuridicidade formal, material ou unitária.

2.3.1 Antijuridicidade formal

A antijuridicidade formal é aquela resultante da contrariedade entre a conduta humana e a norma, ou seja, é antijurídico o comportamento do homem que realiza o que está descrito no tipo.

Nesse sentido, preleciona Juarez Cirino dos SANTOS: "a *antijuridicidade formal* exprime a contradição do comportamento concreto com o conjunto das proibições e permissões do ordenamento jurídico, como **qualidade invariável** de toda ação típica e antijurídica."⁴⁷

Portanto, segundo essa concepção, antijurídica é a conduta humana que viole uma norma penal.

⁴⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006. p. 218.

2.3.2 Antijuridicidade material

A antijuridicidade material se configura quando o comportamento delitivo provoca danosidade social. Esta, por sua vez, significa uma afronta, enquanto lesão ou perigo de lesão, aos bens jurídicos.

Juarez Cirino dos Santos leciona que “a *antijuridicidade material* exprime a lesão injusta do bem jurídico, como **dimensão graduável** do conteúdo de injusto das ações típicas e antijurídicas.”⁴⁸

Também adere à concepção material de antijuridicidade Hans-Heinrich JESCHECK. Para o autor, adotar esse entendimento possui significado prático por dois motivos. O primeiro porque a antijuridicidade material serve de orientação ao legislador no momento da elaboração dos tipos penais e aos órgãos de persecução quando buscam a disposição penal que se aplica ao caso concreto. A antijuridicidade material permite graduar o injusto conforme sua gravidade. Ainda possibilita a interpretação dos tipos conforme os fins e valores sobre os quais se baseia. O segundo motivo a ressaltar a relevância prática da antijuridicidade material é pela possibilidade de aceitar a justificação da conduta, ainda que a lei não contenha nenhuma causa aplicável a ela, pois os fins que o legislador queria alcançar com a prescrição no tipo penal dêem ceder no caso concreto frente a interesses de maior classe.⁴⁹

⁴⁸ SANTOS, J. C. dos. Op. cit., p. 218.

⁴⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5.ed., ren. y ampl. Granada: Comares, 2002. p. 249-252.

Em resumo, a antijuridicidade material exige para sua configuração que a conduta humana lesione ou coloque em perigo de lesão bens jurídico-penais tutelados.

2.3.3 Teoria unitária

Segundo a teoria unitária, a antijuridicidade é o choque da conduta humana com o ordenamento jurídico e com os bens jurídicos.

Para os adeptos dessa concepção, não existem fundamentos para se distinguir a antijuridicidade em formal e material, de modo que se trata de um elemento único. Isso porque a conduta humana que contradiz a ordem jurídica, inevitavelmente, implicará na ofensa a um bem jurídico.

Aderindo a esse posicionamento, Francisco de Assis TOLEDO conceitua ilicitude como “a relação de antagonismo que se estabelece entre uma conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico, de modo a causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem jurídico tutelado.”⁵⁰

Dessa forma, a teoria unitária prega que a conduta humana será antijurídica quando violar uma norma e, com isso, lesionar ou colocar em perigo de lesão um bem jurídico penalmente tutelado.

⁵⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. **Ilcitude penal e causas de sua exclusão**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 08.

2.3.4 Concepção adotada no sistema jurídico-penal brasileiro

O sistema jurídico-penal brasileiro adotou o conceito de antijuridicidade formal. O fundamento de tal afirmação está no fato de que a verificação da ofensa a bens jurídicos (enquanto lesão ou perigo de lesão) é matéria atinente à tipicidade.

Com efeito, embora existam entendimentos diversos sobre os elementos que a compõem⁵¹, a tipicidade compreende verificação da ofensa a um bem jurídico penalmente tutelado. Dessa forma, adotando-se o conceito de tipicidade conglobante ou tipicidade formal e material, não é possível senão afirmar que a

⁵¹ “Uma primeira corrente considera o fato típico quando presentes: conduta humana, resultado, nexos causal entre a conduta e o resultado, tipicidade penal formal (ajuste do fato à lei). Não há aqui, qualquer referência ao bem jurídico. Já numa perspectiva material, a segunda corrente defende que a tipicidade tem por elementos: conduta humana, resultado, nexos de causalidade entre conduta e resultado, tipicidade penal formal e material (lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado). Francisco de Assis TOLEDO afirma que a conduta humana para ser crime precisa ser típica, ou seja, além de ajustar-se formalmente a um tipo legal de delito, precisa ser materialmente lesiva a bens jurídicos, ou ética e socialmente reprovável. (TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 131.). Por fim, uma terceira corrente, adotada por Eugenio Raúl ZAFFARONI, entende que haverá fato típico quando presentes: conduta humana, resultado, nexos de causalidade entre conduta e resultado, tipicidade formal (legal) e conglobada. Por tipicidade legal entende-se a adequação da conduta do agente ao tipo penal. Já entende-se por tipicidade conglobante a soma da tipicidade material (ofensa a um bem jurídico-penal) e antinormatividade (conduta contrária a norma penal anteposta ao tipo); assim, compreende-se que a conduta do agente além de adequar-se à formulação legal do tipo, deverá violar uma norma e afetar um bem jurídico; Antinormatividade é adotada no sentido de contrariedade da conduta à norma inserida no tipo, a qual não se confunde com a antijuridicidade, que significa a contrariedade da conduta ao direito como um todo (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 433-438). Luiz Flávio GOMES, a partir da Teoria Constitucionalista do Delito, entende que a tipicidade é formal (conduta humana, resultado, nexos de causalidade, adequação típica) e material (desvalorização da conduta, desvalorização do resultado jurídico e imputação objetiva do resultado).(GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal**: não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico (nullum crimen sine iniuria), funções político-criminal e dogmático-interpretativa, o princípio da ofensividade como limite do ius puniendi, o princípio da ofensividade como limite do ius poenale. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. v. 6. p. 76.). Parte-se do entendimento deste autor a teoria que vem sendo defendida amplamente pelos doutrinadores da atualidade, qual seja, a teoria da imputação objetiva. Dentro dos contornos dessa teoria, as “ações típicas são sempre lesões de bens jurídicos na forma de realização de riscos não permitidos, criados pelos homens.” (ROXIN, Claus. **A Proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Organização e tradução de André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 40.)” (MORAES, Ana Maria Souza de. **Crériterios materiais mínimos para a tutela penal de bens jurídicos**. Curitiba, 2008. 103 f. Monografia de Especialização em Direito Penal - Universidade Brasil. p. 37-38.)

antijuridicidade no sistema penal brasileiro é a formal, pois a ofensa ao bem jurídico é analisada na tipicidade e não na antijuridicidade.

Ademais, conforme pondera Claus ROXIN, embora se admita a importância político-criminal do conceito de antijuridicidade material, não se pode permitir que se ultrapassem os limites do direito formal e coberto pela Constituição.⁵²

Portanto, com fundamento no entendimento de que a análise sobre lesão a bens jurídicos está situada no plano da tipicidade e que os limites formais da lei devem ser observados, conclui-se que o sistema jurídico-penal brasileiro é partidário da antijuridicidade formal.

2.4 RELAÇÃO ENTRE TIPICIDADE E ANTIJURIDICIDADE

Os contornos iniciais da relação entre tipicidade e antijuridicidade já foram dados no momento em que apresentado o panorama histórico da teoria do delito. Cumpre, agora, destacar a característica sustentada por cada escola filosófica.

2.4.1 Teoria da autonomia ou absoluta independência

A teoria da autonomia ou absoluta independência, como o próprio nome já sugere, considera que o tipo é totalmente independente da antijuridicidade, nada influenciando na caracterização desta. Vale dizer, a circunstância de se tipificar um comportamento como crime, nada diz se ele é antijurídico.

⁵² ROXIN, C. Op. cit., p. 562.

Essa teoria foi adotada durante o período causal-naturalista. Nessa época, quando o crime era entendido como conduta humana típica, antijurídica e culpável, agregado ao esquema objetivo-subjetivo, o método ontológico (ser) apresentava que o tipo era avalorado, não possuía qualquer juízo de valoração, pois apenas observava-se e descrevia-se condutas como delitos. Essa foi a fase de independência do tipo porque a verificação da tipicidade era objetiva e autônoma. Qualquer juízo de valoração (ou desvalorização) era feito na antijuridicidade.

Sobre essa teoria, pontifica Eugenio Raúl ZAFFARONI: “a tipicidade não indica coisa alguma acerca da antijuridicidade. Esta teoria é conhecida como do ‘*tipo avalorado*’ (também chamado ‘neutro’, ‘acromático’).”⁵³

Em suma, por essa teoria, há relação de absoluta independência entre tipicidade e antijuridicidade, ou seja, a tipificação de um comportamento como crime nada sugere sobre a ilicitude do mesmo.

2.4.2 Teoria da indiciariiedade ou *ratio cognoscendi*

A teoria da indiciariiedade ou *ratio cognoscendi* (maneira de se conhecer) propugna que há uma relação mais estreita entre tipicidade e antijuridicidade, de modo que a tipificação de uma conduta como crime dá a presunção de que ela também contraria uma norma.

⁵³ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Op. cit., p. 431.

A função indiciária do tipo surgiu em 1910, período da doutrina neokantista, defendida por Max Ernst MAYER. Nessa época, observou-se que o tipo continha elementos que exigiam uma valoração provisória (indiciária) decorrente da violação de uma regra de conduta. A posterior valoração definitiva consistia na verificação da incidência de alguma causa de justificação.⁵⁴ Max Ernst MAYER, Edmund MEZGER e Beiträge von Max GRÜNHUT observaram elementos normativos no tipo (exemplo: *coisa alheia*, previsto no art. 155, Código Penal – furto) e H. A. FISCHER, NAGLER e August HEGLER identificaram elementos subjetivos no tipo (exemplo: *para si ou para outrem*, previsto no art. 155, Código Penal – furto). Por essa razão, surgiu a teoria da *ratio cognoscendi*, representando que há desvalorização na tipicidade e que os tipos penais são a maneira de conhecer o que é antijurídico no direito penal.

A este respeito, pondera Eugenio Raúl ZAFFARONI:

Nesse sentido, a tipicidade atua como um indício da antijuridicidade, como um desvalor provisório, que deve ser configurado ou desvirtuado mediante a comprovação das causas de justificação. Por essa razão é que Max Ernst Mayer assinalava a relação entre a tipicidade a antijuridicidade com a afirmação de que ambas se comportam como a fumaça e o fogo, isto é, que a fumaça (a tipicidade) é um indício do fogo (antijuridicidade).⁵⁵

Importante asseverar que o modelo da *ratio cognoscendi* foi adotado também pela Escola Finalista e é o atualmente adotado pelo sistema jurídico-penal brasileiro.

Em resumo, pela teoria da indiciariedade, a tipicidade de uma conduta denuncia que, provavelmente, também seja antijurídica.

⁵⁴ TAVARES, J. Op. cit., p. 149.

⁵⁵ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Op. cit., p. 437.

2.4.3 Teoria da absoluta dependência ou *ratio essendi*

A teoria da absoluta dependência ou *ratio essendi* (*razão de ser*) considera que tipicidade é um atributo da antijuridicidade e, portanto, não possui qualquer autonomia de valoração. Em outras palavras, toda conduta humana antijurídica está tipificada.

Desenvolvida pela Escola Neokantista, Edmund MEZGER aprofundou a relação entre tipicidade e antijuridicidade. Para esse autor, o tipo perde autonomia e o crime passa a ser entendido como conduta humana tipicamente antijurídica e culpável.

Juarez TAVARES ensina:

(...) a antijuridicidade deveria ser aferida em dois estágios: no primeiro, situando a conduta do agente em face da norma objetiva de valoração; no segundo, caracterizando-a quanto à execução do tipo de delito. A antijuridicidade passa a ser, então, o elemento principal do delito, o qual assume a característica especial de uma antijuridicidade típica.⁵⁶

A teoria da *ratio essendi* possui duas variações.⁵⁷

⁵⁶ TAVARES, Op. cit., p. 149.

⁵⁷ Importante observar que o autor Eugenio Raúl ZAFFARONI entende que a teoria dos elementos negativos do tipo é uma variante da teoria da *ratio essendi*. Todavia, alguns autores, como Rogério GRECO e Luiz Flávio GOMES colocam a teoria dos elementos negativos do tipo como uma teoria autônoma da teoria da *ratio essendi*, embora desta decorrente. Aduz Luiz Flávio GOMES que a diferença entre a teoria da *ratio essendi* e a teoria dos elementos negativos do tipo é esta: “ para a última (teoria dos elementos negativos do tipo) é a antijuridicidade que se incorpora à tipicidade (as causas de exclusão da antijuridicidade seriam requisitos negativos do tipo; em consequência, o tipo legal previsto no art. 121 do CP deveria ser lido da seguinte maneira: matar alguém, salvo em legítima defesa, estado de necessidade etc.) Crime, portanto, seria a ação antijurídica típica. Para a teoria dos elementos negativos do tipo é o tipo que contém (que abarca, que envolve) a antijuridicidade. A antijuridicidade perde sua autonomia. Para a teoria neokantiana é a antijuridicidade que contém o tipo. Seria a tipicidade que perderia sua autonomia.” (GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito penal**: parte geral. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2. p. 239.)

A primeira, chamada de *teoria do tipo de injusto* e sustentada atualmente por Paul BOCKELMANN, apregoa que “a tipicidade implica a antijuridicidade, mas esta última pode ser excluída por uma causa de justificação em uma etapa de análise posterior.”⁵⁸

A segunda é denominada de *teoria dos elementos negativos do tipo* e foi proposta por Adolf MERKEL⁵⁹ e é sustentada por Hellmuh von WEBER⁶⁰. Segundo essa posição, a constatação da tipicidade conduz a afirmação também da antijuridicidade, de modo que a incidência de alguma causa permissiva ou justificante eliminará a própria tipicidade.⁶¹ Significa dizer que a antijuridicidade faz parte do tipo penal e que as excludentes de antijuridicidade são consideradas como elementos negativos do tipo.

Hans-Heinrich JESCHECK refere-se a um *tipo global*, isto é, um tipo que inclui a ele a própria antijuridicidade, situando-a sistematicamente no mesmo nível.⁶²

Também é partidário desse entendimento o doutrinador Santiago Mir PUIG, para o qual:

(...) a tipicidade não é um elemento independente da antijuridicidade penal, mas precisamente um dos seus requisitos junto ao da ausência de causas de justificação. Disso decorre que a tipicidade não é apenas “indício”, nem mera *ratio cognoscendi* da antijuridicidade penal, mas pressuposto da sua própria existência (*ratio essendi*). Isso não significa que o requisito da tipicidade – como parte positiva da hipótese de fato penalmente antijurídico – seja suficiente para a antijuridicidade, que requer, além disso, a ausência de causas de justificação – como parte negativa da hipótese de fato antijurídico. A tipicidade é, portanto, *ratio essendi* necessária, mas não suficiente da antijuridicidade penal. (...) ⁶³

⁵⁸ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Op. cit., p. 431.

⁵⁹ TAVARES, J. Op. cit., p. 169.

⁶⁰ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Op. cit., p. 431.

⁶¹ Id.

⁶² JESCHECK, H.H.; WEIGEND, T. Op. cit., p. 226.

⁶³ PUIG, Santiago Mir. **Direito penal: fundamentos e teoria do delito**. Trad. Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Ponciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 136.

Em linhas gerais, pela teoria da *ratio essendi*, toda conduta típica é antijurídica, ou seja, o tipo passa a ser “a razão de ser” da antijuridicidade, sendo despido de qualquer independência.

2.5 ESTRUTURA DOS TIPOS PERMISSIVOS

Quanto à estrutura, o tipo permissivo possui elementos objetivos e subjetivos.

Ressalte-se que não é uníssono o entendimento de que os tipos permissivos possuem elementos objetivos e subjetivos. Existem autores que sustentam que as causas justificantes possuem apenas caráter objetivo, ou seja, não se exigiria do agente o conhecimento (intenção) de que naquela situação age amparado por alguma dessas causas. Partidários desse posicionamento adotam a concepção objetiva da antijuridicidade.

Todavia, majoritariamente, enuncia-se a superação do caráter objetivo das causas excludentes, pois se exige do agente o reconhecimento da situação que o coloca na condição de agir permitido, ou seja, deve ter a “consciência e a vontade de realizar uma conduta dirigida à salvaguarda do interesse preponderante.”⁶⁴ Para os adeptos desse entendimento, a concepção de antijuridicidade concebida é a subjetiva, afirmando-se a qualidade pessoal do injusto.⁶⁵ Por exemplo, se João,

⁶⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral, arts. 1º a 120. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 394.

⁶⁵ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Op. cit., p. 545.

injustamente, está sendo agredido fisicamente por José através de socos e pontapés e, para repelir essa agressão, João fere José com um pedaço de madeira que tem ao alcance de suas mãos, é exigido que João tenha conhecimento da situação de fato justificante, ou seja, deve saber e querer agir em autodefesa naquela circunstância (requisito subjetivo). Os requisitos objetivos (uso moderado dos meios necessários, agressão injusta, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio) são elencados no art. 25, Código Penal, que define o tipo permissivo da legítima defesa.

Importante registrar a posição de Juarez Cirino dos Santos que adota a terminologia *situação justificante* que compreende os pressupostos objetivos das justificações e *ação justificada* que compreende os elementos subjetivos.⁶⁶

Portanto, de se reconhecer que todas as causas excludentes de antijuridicidade são estruturadas por elementos objetivos e subjetivos, ainda que sobre os últimos, como pondera Eugenio Raúl ZAFFARONI, haja certa discussão: se basta o conhecimento da causa, ou se seria necessário, também, vontade de atuar conforme esta causa.

2.6 FUNDAMENTO DOS TIPOS PERMISSIVOS

O objetivo de encontrar um fundamento comum e definitivo a todos os tipos permissivos esbarra em certa dificuldade.⁶⁷ Isso em virtude da pluralidade de

⁶⁶ SANTOS, J. C. dos. **Direito...**, p. 226.

justificantes existentes em todo o ordenamento jurídico e da influência das mudanças de uma sociedade sobre essas causas justificantes.

A tentativa de sistematização das causas justificantes faz cindir o entendimento doutrinário em duas correntes: as teorias monistas e pluralistas.⁶⁸ As teorias monistas buscam uma idéia reitora comum às causas justificantes. Dentre elas, destacam-se: Nas teorias monistas encontram-se variações: (a) teoria do fim: conduta típica estará justificada quando é o meio adequado para alcançar fins reconhecidos como justos pelo legislador (Franz von LISZT); (b) teoria do maior benefício do que prejuízo (SAUER); (c) teoria da ponderação de valores (NOLL).⁶⁹

De outro lado, as teorias pluralistas consideram certos princípios sociais como fundamento: combina-se o princípio da ausência de interesse e o princípio do interesse preponderante (Edmund MEZGER).⁷⁰ Günther JAKOBS, considerando as proposições das teorias pluralistas, classifica as causas de justificação em três grupos: (a) O fundamento é o princípio da responsabilidade, segundo o qual, “la víctima de la intervención tiene que responder por las consecuencias de su comportamiento de organización.”; (b) O fundamento é o princípio da definição de interesses por parte da própria vítima da intervenção, que conforme palavras do autor, “el motivo bien fundado reside en este grupo de casos en que la víctima de la intervención la defina como beneficiosa o al menos como aceptable, es decir, administra sus intereses modificando la ordenación de éstos.” ; (c) O fundamento é o

⁶⁷ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Op. cit., p. 547-548.

⁶⁸ Nesse sentido: SANTOS, J. C. dos. **Direito...**, p. 222; ROXIN, C. Op. cit., p. 572-576; JAKOBS, G. **Derecho...**, p. 419-422. .

⁶⁹ ROXIN, . Op. cit., p. 573.

⁷⁰ Id.

princípio da solidariedade: “se recorre a la víctima de la intervención en interes de otras personas, sobre todo de la generalidad.”⁷¹

Dentre os adeptos da teoria pluralista está Claus ROXIN. Este autor, a título exemplificativo, enuncia que a legítima defesa é fundamentada pelo princípio da proteção (autoproteção) que dá a garantia da defesa necessária e o princípio do prevailecimento do direito (afirmação do direito sobre o ilícito) que autoriza a defesa mesmo naquelas hipóteses que seria possível ao agente buscar meios alternativos de proteção.⁷² Em semelhante sentido, para Luiz Regis PRADO, o fundamento da legítima defesa é a necessidade de defender bens jurídicos e, ao repelir agressão ilícita, preservar-se o ordenamento jurídico.⁷³

Portanto, diante dessas considerações, conclui-se que o sistema jurídico-penal brasileiro vincula-se à teoria pluralista, pois não existe um fundamento único capaz de reger todas as causas justificantes do ordenamento jurídico. Assim, cada causa permissiva terá um fundamento próprio.

2.7 CLASSIFICAÇÃO DOS TIPOS PERMISSIVOS

As causas de exclusão da ilicitude não se limitam àquelas previstas no art. 23, incisos I, II e III do Código Penal, a saber: estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal. Existem ainda

⁷¹ JAKOBS, G. **Derecho...**, p. 421.

⁷² ROXIN, C. Op. cit., p. 575.

⁷³ PRADO, L. R. Op. cit., p. 404.

causas discriminantes dispostas na parte especial do Código Penal, por exemplo, arts. 128 e 142; na legislação penal especial, por exemplo, Lei n. 9.605/98; na Constituição Federal de 1988, por exemplo, a imunidade parlamentar absoluta; e, causas supralegais, que hoje, são admitidas como possíveis pela maioria doutrinária, como, por exemplo, o consentimento do ofendido.

Importante ressaltar que causas permissivas podem ser encontradas em todo o ordenamento jurídico, ou seja, não é somente a lei penal que prevê hipóteses que justificam o comportamento, em princípio, ilícito. Nesse sentido, por exemplo, entendem Francisco de Assis TOLEDO,⁷⁴ Eugenio Raúl ZAFFARONI,⁷⁵ Heleno Cláudio FRAGOSO⁷⁶ e Rogério GRECO.⁷⁷

Ainda, segundo Heleno Cláudio FRAGOSO, as causas de exclusão da ilicitude podem ser classificadas em três grandes grupos:

a) causas de defluem de situação de *necessidade* (legítima defesa e estado de necessidade); b) causas que defluem da *atuação do direito* (exercício regular de direito, estrito cumprimento de dever legal); c) causa que deflui de situação de *ausência de interesse* (consentimento do ofendido).⁷⁸

Enfim, as causas de exclusão da antijuridicidade podem ser legais (penais e não-penais) e supralegais. Será objeto de análise nesse trabalho monográfico as causas penais previstas na parte geral do Código Penal e a causa supralegal do consentimento do ofendido, porque seria inviável investigar todas as possíveis causas justificantes previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

⁷⁴ TOLEDO, F. de A. **Princípios...**, p. 165.

⁷⁵ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Op. cit., p. 548.

⁷⁶ FRAGOSO, H. C. **Lições...**, p. 184.

⁷⁷ GRECO, R. Op. cit., p. 337-338.

⁷⁸ FRAGOSO, H. C. **Lições...**, p. 184.

3 CAUSAS EXCLUDENTES DE ANTIJURIDICIDADE

3.1 ESTADO DE NECESSIDADE

3.1.1 Previsão legal

O estado de necessidade é considerado como uma das causas excludentes da antijuridicidade da conduta típica. Para tanto, o ordenamento jurídico-penal previu expressamente nos artigos. 23, I e 24, ambos do Código Penal que:

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

I – em estado de necessidade;

Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

§ 1º Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um terço a dois terços.⁷⁹

Vale ressaltar ainda que o estado de necessidade também está previsto nos artigos 188, II, 930 e 931 do Código Civil e nos artigos 39, 42, I e 43 do Código Penal Militar:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

⁷⁹ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 dez.1940. Código Penal. Publicado no DOU de 31 dez. 1940.

II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I).⁸⁰

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

Art. 42. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I – em estado de necessidade;

Art. 43. 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.⁸¹

Enfim, são esses as disposições legislativas sobre o estado de necessidade que serão a seguir analisadas.

3.1.2 Conceito

O estado de necessidade é a situação em que o agente pratica um fato típico, predominantemente agressivo, para salvar de perigo atual, involuntário e inevitável,

⁸⁰ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 jan. 2002. Código Civil. Publicado no DOU de 11 jan. 2002.

⁸¹ BRASIL. Decreto-Lei n. 1.001, de 21 out. 1969. Código Penal Militar. Publicado no DOU de 21 out. 1969.

direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se, lesionando direito de outrem.

Importante ressaltar que o estado de necessidade pressupõe conflito entre interesses legítimos, ou seja, amparados pelo ordenamento jurídico. Por essa razão, diante desse conflito, por vezes o legislador, quando elabora as leis, e o aplicador do direito, quando no caso concreto aplica e interpreta tais normas, deverão recorrer a ao critério do interesse preponderante, estabelecendo qual interesse prevalece e se a conduta do agente está justificada. A doutrina revela que essa análise deve ser direcionada pelo Princípio da Ponderação dos Bens ou da Proporcionalidade.⁸² Significa dizer que, confrontado os dois interesses envolvidos no fato, se o interesse defendido prevalecer episodicamente sobre o interesse agredido, porque mais valioso segundo o caso, a conduta do agente estará justificada e a ilicitude afastada.

A este respeito leciona Eugenio Raúl ZAFFARONI que o “fundamento geral do estado de necessidade justificante é a necessidade de salvar o interesse maior, sacrificando o menor, em uma situação não provocada de conflito extremo.”⁸³

Interessante ponderar ainda se a conduta justificada pelo estado de necessidade é um direito ou uma faculdade do agente. Sobre o tema, a doutrina se divide em dois entendimentos. O primeiro, cujo adepto é Damásio Evangelista de JESUS, defende que o estado de necessidade é um direito, pois quando a norma legal prevê o estado de necessidade, os pólos da relação jurídico-punitiva se invertem de modo é o Estado que tem o dever de reconhecer ao agente a exclusão da ilicitude de sua conduta. Vale dizer, a relação jurídica é entre agente causador da lesão necessária e Estado e não entre agente e titular do interesse lesado. O

⁸² TOLEDO, F. de A. **Illicitude...**, p. 59-60.

⁸³ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Op. cit., p. 563.

segundo entendimento, do qual são partidários Nelson HUNGRIA, José Frederico MARQUES e E. Magalhães NORONHA, é no sentido de que o estado de necessidade é uma faculdade. Refutam que o estado de necessidade seja um direito porque sob o argumento de que a um direito corresponde uma obrigação e nenhum dos titulares dos interesses envolvidos tem a obrigação de sofrer a lesão de seu interesse.⁸⁴

Em resumo, o estado de necessidade é a causa legal permissiva que afasta a antijuridicidade da conduta típica, denotando que o agente não deverá ser punido, pois este agiu salvaguardando de uma situação de conflito fático e de perigo atual ou iminente, involuntário e inevitável, um interesse justo, próprio ou de terceiro, que segundo o caso concreto, se evidenciou preponderante ao interesse lesionado.

3.1.3 Requisitos

Os requisitos necessários para se caracterizar o estado de necessidade são obtidos no art. 24, *caput*, do Código Penal, e são objetivos e subjetivos, conforme análise que segue.

⁸⁴ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**: parte geral: de acordo com a lei n. 7.209, de 11-7-1984. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 369-370; NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**: introdução e parte geral. 31. ed. nos termos da Lei n. 7.209/84 e da Constituição Federal de 1988. Atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1. p. 185.

3.1.3.1 Perigo atual

No estado de necessidade a situação de perigo deve ser atual. Por situação de perigo se compreende a probabilidade de dano. Já a atualidade significa que o dano está prestes a acontecer.⁸⁵ Embora a lei penal apenas trate do perigo atual, a doutrina, baseada nas lições de Miguel REALE JÚNIOR, afirma que a atualidade compreende também a iminência do perigo.⁸⁶

A atualidade significa que o dano está próximo de se materializar e que, pela exiguidade do tempo, no momento de conflito fático, inexistente outro meio disponível e eficaz para afastar a situação de perigo. Conforme lições de Eugenio Raúl ZAFFARONI, “a atualidade indica a presença do perigo e a carência de meios não só atual, mas também antes do perigo converter-se em dano.”⁸⁷

Assim, se por atualidade compreende-se a possibilidade de concretização do dano porque ausência de outros meios capazes de neutralizar o perigo faltará essa característica do estado de necessidade quando o dano já se consumou e quando o perigo for passado ou futuro⁸⁸. Como observa Damásio Evangelista de JESUS, não haverá estado de necessidade nos crimes permanente e habitual porque ausentes a atualidade, a inevitabilidade do perigo e por não haver razoabilidade de sacrifício do bem ameaçado.⁸⁹

⁸⁵ TOLEDO, F. de A. **Princípios...**, p. 184-185.

⁸⁶ REALE JÚNIOR, Miguel. Dos Estados de necessidade. São Paulo: Bushatsky, 1971. p. 60. *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 260.

⁸⁷ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Op. cit., p. 563-564.

⁸⁸ NORONHA, E. M. Op. cit., p. 186.

⁸⁹ JESUS, D. E. de. Op. cit., p. 375.

3.1.3.2 Situação de perigo não causada voluntariamente

Para o agir justificado é preciso ainda que o perigo seja involuntário. Não se beneficiará pela exclusão da antijuridicidade o agente que cria, por sua vontade, a situação de perigo.

A questão que exsurge a partir desse requisito é se a vedação de provocação voluntária de perigo compreende dolo e culpa ou somente dolo. Mais uma vez, o tema é controvertido na doutrina, principalmente quanto à conduta culposa. É certo, longe de divergências, que o estado de necessidade não pode ser invocado por quem criou dolosamente o perigo.

Oportuno registrar o que enuncia Eugenio Raúl ZAFFARONI:

Obviamente, não existe necessidade quando a situação foi provocada intencionalmente, posto que a conduta típica que provoca a necessidade não pode ficar atípica pela própria situação de necessidade que ela cria. Quem golpeia alguém, e recebe contragolpes em resposta, não pode alegar a necessidade de fazer parar esses golpes.⁹⁰

À mesma conclusão pacífica não chega se chega quando essa conduta é culposa. O entendimento doutrinário se divide entre aceitar e rejeitar que o estado de necessidade engloba a provocação culposa.

Para Heleno Cláudio FRAGOSO,⁹¹ Damásio Evangelista de JESUS⁹², Luiz Regis PRADO⁹³ e Rogério GRECO,⁹⁴ o estado de necessidade não pode ser alegado

⁹⁰ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Op. cit., p. 565.

⁹¹ FRAGOSO, H. C. **Lições...**, p. 190.

⁹² JESUS, D. E. de. Op. cit., p. 376.

⁹³ PRADO, L. R. Op. cit., p. 401-402.

⁹⁴ GRECO, R. Op. cit., p. 347.

quando há a criação dolosa do perigo, de modo que pode haver estado de necessidade se o agente causou culposamente esse perigo.

Pontifica Heleno Cláudio FRAGOSO:

Não pode invocar o estado de necessidade quem por sua vontade provocou o perigo. Essa fórmula refere-se exclusivamente ao dolo. Pode haver estado de necessidade se o agente causou culposamente a situação em que surge o perigo.⁹⁵

Também afirma Damásio Evangelista de JESUS:

Em suma: o perigo doloso não exclui o crime, de forma que não pode alegar estado de necessidade quem sacrifica a vida alheia para salvar a própria num incêndio que dolosamente provocou. Mas, se o provocou culposamente, é lícito invocar a discriminante. [...] O bom senso indica que a conduta culposa, nestes casos, exclui o crime praticado em fato necessitado, subsistindo somente a infração constitutiva do comportamento de que resultou a situação perigosa.⁹⁶

Em sentido contrário, Francisco de Assis TOLEDO⁹⁷, E. Magalhães NORONHA⁹⁸, Cezar Roberto BITENCOURT⁹⁹ e Juarez Cirino dos SANTOS¹⁰⁰ defendem que o perigo provocado culposamente também impede a alegação de agir legitimado pelo estado de necessidade. Argumentam esses autores que o requisito do estado de necessidade é a não provocação voluntária (não intencional) da situação de perigo e não do resultado. Significa dizer que pode haver estado de necessidade nos crimes dolosos e culposos, porque nestes também existe vontade, mas desde que a situação de perigo não tenha sido provocada intencionalmente.¹⁰¹

⁹⁵ FRAGOSO, H. C. **Lições...**, p. 190.

⁹⁶ JESUS, D. E. de. Op. cit., p. 376.

⁹⁷ TOLEDO, F. de A. **Princípios...**, p. 185-186; TOLEDO, F. de A. **Ilicitude...**, p. 56-58.

⁹⁸ NORONHA, E. M. Op. cit., p. 186-187.

⁹⁹ BITENCOURT, C. R. Op. cit., p. 260-261.

¹⁰⁰ SANTOS, J. C. dos. **Direito...**, p. 241.

¹⁰¹ BITENCOURT, C. R. Op. cit., p. 261.

Francisco de Assis TOLEDO assevera:

Daí, porém, não se conclua, como fazem alguns autores, que só o ato doloso, não o culposo, afasta o estado de necessidade. Esses autores confundem “provocação do perigo” com “provocação do resultado”, duas situações bastante diversas. Quem provoca conscientemente um perigo (engenheiro que, na exploração de minas, faz explodir dinamites, devidamente autorizado para tanto) age “por sua vontade” e, em princípio, atual licitamente, mas pode causar, por não ter aplicado diligência ou o cuidado devidos, resultados danosos (ferimentos ou mortes) e culposos. Nessa hipótese, caracteriza-se uma conduta culposa quanto ao resultado, portanto, crime culposo, a despeito de o perigo ter sido provocado por um ato voluntário do agente (a detonação do explosivo).¹⁰²

Magalhães NORONHA também pondera:

O fato de no art. 24 ler-se “...perigo atual, que não provocou por sua vontade...” não é indicativo de dolo, já que na culpa (*stricto sensu*) também existe vontade – vontade na ação causal e, por exceção, até no próprio resultado. A nós nos parece que também o *perigo culposo* impede ou obsta o estado de necessidade. a ordem jurídica na pode *homologar* o sacrifício de um direito, favorecendo ou beneficiando quem já atuou contra ela, praticando um ilícito, que até pode ser crime ou contravenção.¹⁰³

Não obstante a partição doutrinária a respeito do tema parece bem concluir que o estado de necessidade pode ser invocado em favor do agente que provoca o perigo por culpa inconsciente, ou seja, aquela culpa em que está presente a previsibilidade objetiva (qualquer pessoa na mesma situação poderia prever o resultado), mas ausente a previsibilidade subjetiva (o agente não previu o resultado). Assim, a justificante não socorre o agente que provocou a situação de que advém o perigo por dolo (vontade de realizar os elementos do tipo objetivo) ou por culpa consciente (há previsibilidade objetiva e previsibilidade subjetiva, mas o agente não aceita o risco porque crê na sua habilidade para impedir o resultado).

¹⁰² TOLEDO, F. de A. **Princípios...**, p 185.

¹⁰³ NORONHA, E. M. Op. cit., p. 186-187.

3.1.3.3 Finalidade de salvaguardar direito próprio ou alheio

É necessário ainda que o agente atue com a finalidade de defender o direito próprio ou alheio que se encontre em situação de perigo.

Importante registrar que quando o direito defendido pelo agente é de terceiro pode ser que este direito seja indisponível ou disponível. Quando for indisponível, inexistem controvérsias doutrinárias a respeito, de modo que não se exige consentimento do terceiro titular do direito para a ação justificada.

Ocorre que a doutrina diverge quando o direito for disponível. Para uma primeira corrente, o consentimento do terceiro é dispensado, porque a lei assim não exige.¹⁰⁴

Para uma segunda corrente, dentre eles Francisco de Assis TOLEDO,¹⁰⁵ Eugenio Raúl ZAFFARONI,¹⁰⁶ Rogério GRECO¹⁰⁷ e Cezar Roberto BITENCOURT¹⁰⁸ o consentimento do terceiro é necessário porque este pode preferir outra solução ou até mesmo sofrer o dano.

Nesse sentido, sustenta Rogério GRECO:

Assim, finalizando, é perfeitamente possível o estado de necessidade de terceiros, desde que o bem em jogo não seja disponível, cabendo a sua defesa somente ao seu titular que, diante do caso concreto, pode optar em defendê-lo ou não. O titular do bem disponível pode, contudo, aquiescer para que terceira pessoa atue a fim de salvaguardar seu bem, permitindo que esta última atue em estado de necessidade de terceiro.¹⁰⁹

¹⁰⁴ CUNHA, Rogério Sanches. **Código penal para concursos**. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 73.

¹⁰⁵ TOLEDO, F. de A. **Princípios...**, p. 187.

¹⁰⁶ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Op. cit., p. 564.

¹⁰⁷ GRECO, R. Op. cit., p. 349-351.

¹⁰⁸ BITENCOURT, C. R. Op. cit., p. 262-263.

¹⁰⁹ GRECO, R. Op. cit., p. 351.

Em suma, o agente pode praticar o fato necessitado para salvaguardar interesse próprio ou de terceiro, ressalvando-se a necessidade de consentimento desse terceiro quando o bem afetado for disponível.

3.1.3.4 Inexistência do dever legal de arrostar o perigo

Para se configurar o estado de necessidade exige-se também que não se imponha ao agente o dever legal de enfrentar o perigo. Com isso, o agente não poderá invocar essa justificante sob o argumento de que sacrificou o interesse alheio para salvar-se da situação de perigo. Essa imposição é dada pela lei a algumas profissões como, por exemplo, ao bombeiro.

Cumprе ressaltar que o dever legal de arrostar o perigo, todavia, não é absoluto. O dever decorre de lei, ou seja, dever imposto por previsão contratual ou de índole moral não prevalece. Vale dizer, quando se tratar de dever contratual ou moral, o agente pode invocar o estado de necessidade.¹¹⁰

Ademais, o dever do agente subsiste enquanto estiver no exercício da função, de modo que se estiver fora desse exercício não há dever legal, embora possa haver dever decorrente da solidariedade.

¹¹⁰ TOLEDO, F. de A. *Illicitude...*, p. 61.

De outro lado, o sacrifício a ser suportado pelo agente deve ser razoável, na medida em que havendo desproporção significativa entre os bens jurídicos em perigo, não se exige dele ato de heroísmo.¹¹¹

Portanto, para alegar estado de necessidade, o agente que pratica o fato necessário não pode ter o dever legal de enfrentar o perigo e de suportar o sacrifício de interesse pessoal em favor da proteção de interesse de terceiro.

3.1.3.5 Inevitabilidade da lesão

Evidencia-se aqui que o comportamento lesivo a interesse alheio é fato necessário para salvaguardar o interesse preponderante. A inevitabilidade significa que o perigo não pode ser evitado por outro modo menos lesivo e igualmente eficaz.

Diante da situação fática conflitiva, o agente conclui que o único modo de impedir o dano ao interesse é cometendo o fato lesivo. Se esse conflito puder ser resolvido de outra forma, como por exemplo, através de pedido de socorro ou da fuga, não haverá estado de necessidade.¹¹²

¹¹¹ BITENCOURT, C. R. Op. cit., p. 263.

¹¹² Nesse sentido: JESUS, D. E. de. Op. cit., p. 379; ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Op. cit., p. 564.

3.1.3.6 Inexigibilidade de sacrifício do direito ameaçado

Imprescindível ainda que o sacrifício do direito ameaçado de lesão seja inexigível, ou seja, o agente está em uma situação de perigo tal que não se exige dele o sacrifício do bem ameaçado em favor do bem lesionado.

A verificação da situação de inexigibilidade impõe a confrontação entre os bens jurídicos em conflito, o que se faz a partir de um juízo de proporcionalidade. Vale dizer, para se afastar a antijuridicidade do fato típico, o juiz analisará se existe proporcionalidade entre escolha de proteção do bem jurídico ameaçado em sacrifício do bem jurídico lesionado.

O conteúdo jurídico da proporcionalidade indica que deve ser buscado um equilíbrio entre meio e fim. No específico caso do estado de necessidade, a ponderação deve considerar a gravidade da situação de perigo que ameaça o bem jurídico próprio ou alheio em face da gravidade da lesão causada pelo fato necessitado e, sendo razoável a proteção do bem jurídico ameaçado em sacrifício do bem jurídico lesionado, o juiz reconhecerá ao agente que sua conduta típica não é antijurídica. Se, porém, o sacrifício não era razoavelmente exigível, o juiz poderá reduzir a pena de um terço a dois terços, conforme dispõe o artigo 24, § 2º do Código Penal.

Convém salientar que o juízo de proporcionalidade entre os bens jurídicos em conflito dá ensejo à uma discussão importante dentro do estado de necessidade. Conforme se verá adiante, o estado de necessidade poderá ser justificante ou exculpante, cuja diferença primordial está em reconhecer a possibilidade de

sacrifício de bem jurídico de menor, igual ou maior valor que o bem jurídico ameaçado.

Todavia, cabe registrar de início as ponderações de Francisco de Assis TOLEDO:

Há que se refletir sobre o valor dos bens em conflito antes de se decidir sobre a legitimidade do sacrifício de um deles. O de maior valor não poderá ser sacrificado para salvação do menos valioso. Por não se dispor, nesta área, de critérios absolutos, o princípio da razoabilidade preside a escolha [...] A ponderação dos bens implica, igualmente, a ponderação dos danos possíveis, só se justificando aquele que for reputado necessário [...] Se há equivalência entre os bens em conflito, o sacrifício de um deles, qualquer que seja, estará autorizado, se presentes os demais requisitos do estado de necessidade.¹¹³

Portanto, a partir da ponderação dos bens jurídicos em conflito, sendo razoável o sacrifício do bem lesionado para proteger o bem ameaçado, a conduta típica do agente estará justificada legalmente.

3.1.3.7 Aspecto subjetivo

Para alegar estado de necessidade, o agente deve reconhecer que age em estado de necessidade e deve querer agir para salvar o interesse em perigo.

Nesse sentido observa Luiz Regis PRADO:

Ciência da situação fática, vontade ou ânimo (*animus salvationis*) de salvar o bem ou direito em perigo. O agente, além do conhecimento dos elementos objetivos da justificante, deve atuar com o fim, com a vontade de

¹¹³ TOLEDO, F. de A. *Ilícitude...*, p. 59-60.

salvamento. Esse requisito é indispensável em ambas as espécies de estado de necessidade (justificante e exculpante).¹¹⁴

Desse modo, superando-se o caráter objetivo das excludentes da antijuridicidade, exige-se do agente o reconhecimento de que está diante de uma situação de necessidade e que queira agir para salvaguardar esse interesse exposto à perigo.

3.1.4 Classificação

3.1.4.1 Quanto à natureza: estado de necessidade justificante e estado de necessidade exculpante

O estado de necessidade, quanto à sua natureza, pode se configurar em estado de necessidade justificante ou estado de necessidade exculpante. A discussão central se refere em saber se o bem jurídico protegido deve ser de maior valor ou pode ser de igual e menor valor que o bem jurídico afetado pela lesão, uma vez que o Código Penal não esclarece a natureza dos bens em conflito.

A compreensão desta classificação exige, em princípio, a análise das teorias das quais decorre: teoria unitária e teoria diferenciadora.

¹¹⁴ PRADO, L. R. Op. cit., p. 402.

A teoria unitária, adotada pelo sistema jurídico-penal brasileiro, preconiza que só existe estado de necessidade justificante, ou seja, o estado de necessidade sempre será uma causa excludente da antijuridicidade, independentemente da ponderação dos bens jurídicos em conflito.

A teoria diferenciadora, adotada no sistema jurídico-penal alemão, espanhol e sistema jurídico-penal militar brasileiro, considera que o estado de necessidade pode ser justificante ou exculpante. Será justificante o estado de necessidade que exclui a antijuridicidade da conduta, quando o bem jurídico protegido é de maior valor que o bem jurídico sacrificado. Será exculpante o estado de necessidade que exclui a culpabilidade do agente, ou seja, há o injusto (conduta típica e antijurídica), mas por inexigibilidade de conduta conforme o direito, não haverá crime. O reconhecimento desta exculpante é reservado para os casos em que o bem jurídico protegido é de valor menor ou igual ao bem jurídico sacrificado.

Como dito, o Código Penal brasileiro adotou a teoria unitária, ou seja, a causa excludente reconhecida no artigo 24 do Código Penal é o estado de necessidade justificante (excludente da ilicitude). Importa saber agora, qual o grau do bem jurídico protegido, para que o estado de necessidade seja justificante. Significa dizer, a partir da concepção unitária, o bem jurídico protegido pode ser de maior, igual ou menor valor ou que o bem jurídico sacrificado?

Quanto à hipótese de conflito em que prevalece o bem jurídico de maior valor, a doutrina concorda que o estado de necessidade que lhe socorre é o estado de necessidade justificante, aplicando-se o art. 24 do Código Penal.

Quanto ao conflito entre bens jurídicos de igual valor, a doutrina não consegue chegar a uma conclusão uniforme. Para Francisco de Assis TOLEDO, o

artigo 24 também pode ser invocado para os casos de conflito de bens jurídicos de igual valor. Assevera o autor que o estado de necessidade justificante “pode ser identificado, a nosso ver, quer na hipótese de sacrifício de bem de menor valor, quer na hipótese de sacrifício de bem de igual valor.”¹¹⁵

Já para Heleno Cláudio FRAGOSO, o estado de necessidade justificante se refere somente ao sacrifício de bem de menor valor. O conflito de bens de igual valor é matéria atinente à exclusão da culpabilidade. Enuncia o autor:

A legislação vigente, adotando fórmula unitária para o estado de necessidade [...] compreende impropriamente também o caso de bens de igual valor [...] Em tais casos subsiste a ilicitude e o que realmente ocorre é o estado de necessidade como excludente da culpa (inexigibilidade de outra conduta)(...)¹¹⁶

Segundo posicionamento de Eugenio Raúl ZAFFARONI a causa de justificação só ocorre quando o mal que se causa é menor do que aquele que se evita, de modo que no caso de bens de igual valor, se reconhecerá o estado de necessidade exculpante.¹¹⁷

Passo seguinte, no que se refere à situação de conflito em que o bem jurídico protegido é de menor valor que o bem jurídico sacrificado, a doutrina também concorda que não se pode reconhecer o estado de necessidade justificante. Por consequência, a única forma de exclusão do crime seria admitir o estado de necessidade exculpante. A doutrina brasileira em geral oferece resistência para admitir o estado de necessidade exculpante, sob o argumento de ausência de previsão legal. Neste caso, se entende que apenas se reconhece a culpabilidade

¹¹⁵ TOLEDO, F. de A. **Princípios...**, p. 182.

¹¹⁶ FRAGOSO, H. C. **Lições...**, p. 189.

¹¹⁷ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Op. cit., p. 562.

diminuída, para fins de redução de pena, com base no art. 24, § 2º do Código Penal. Por esse dispositivo legal, havendo desproporção entre bem jurídico sacrificado e bem jurídico protegido, afasta-se o estado de necessidade justificante e exculpante para tão-só, diminuir a penal aplicada ao agente.¹¹⁸

Ocorre, porém, que parte da doutrina faz concessões para aceitar, com ressalvas, o estado de necessidade exculpante no caso específico de preponderância de bem de menor valor, quando o sacrifício for inexigível. Francisco de Assis TOLEDO é enfático em dizer que o ordenamento penal brasileiro adotou o estado de necessidade justificante. Todavia, o autor admite, com ressalvas, a teoria diferenciadora e o estado de necessidade exculpante como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, porque inexigível conduta conforme o direito, no tocante ao sacrifício de bens de maior valor. Nas palavras do autor:

E, nesta fase, a nível de juízo de culpabilidade, não há dúvida de que o estado necessário, dentro do qual o bem mais valioso foi sacrificado, poderá traduzir uma situação de inexigibilidade de outra conduta, que se reputa [...] uma causa de exclusão da culpabilidade. Admitimos, pois, com as ressalvas expostas, o estado de necessidade exculpante, como causa extralegal de exclusão da culpabilidade, por ser isso resultado de simples desdobramento do princípio da culpabilidade (...)¹¹⁹

Também Heleno Cláudio FRAGOSO aceita a teoria diferenciadora na hipótese de conflito em que o bem jurídico protegido for de menor valor que o bem jurídico sacrificado, para assim, excluir a culpabilidade.¹²⁰

Igualmente Eugenio Raúl ZAFFARONI aduz que o estado de necessidade atua como causa de inculpabilidade no caso de sacrificio de bem de maior valor.¹²¹

¹¹⁸ BITENCOURT, C. R. Op. cit., p. 257.

¹¹⁹ TOLEDO, F. de A. **Princípios...**, p. 181.

¹²⁰ FRAGOSO, H. C. **Lições...**, p. 189.

Interessante pontuar que o Código Penal Militar brasileiro adotou a teoria diferenciadora e considera que o estado de necessidade pode ser justificante ou exculpante. Previu o estado de necessidade justificante nos artigos 42, I e 43¹²² e o estado de necessidade exculpante no artigo 39¹²³.

Sintetizando, o ordenamento jurídico-penal brasileiro adotou a teoria unitária, segundo a qual só está contemplado no artigo 24 do Código Penal o estado de necessidade justificante. Será justificante o estado de necessidade quando o bem jurídico protegido pelo agente for de maior ou igual¹²⁴ valor do que o bem jurídico sacrificado. Já quando o bem jurídico protegido for de menor valor em face do bem jurídico sacrificado, existem duas soluções: a primeira reconhece que há conduta ilícita e, portanto, condena-se o autor, podendo o juiz reduzir sua pena (artigo 24, §2º do Código Penal); a segunda solução é admitir o estado de necessidade exculpante, com o fim de excluir a culpabilidade do agente, quando inexigível outra conduta do mesmo.

¹²¹ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Op. cit., p. 562.

¹²² Art. 42. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I – em estado de necessidade;

Art. 43. 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. (BRASIL. Decreto-Lei n. 1.001, de 21 out. 1969. Código Penal Militar. Publicado no DOU de 21 out. 1969.)

¹²³ Art. 39. Não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa. (BRASIL. Decreto-Lei n. 1.001, de 21 out. 1969. Código Penal Militar. Publicado no DOU de 21 out. 1969.)

¹²⁴ Ressalte-se que existe divergência em se invocar o estado de necessidade justificante no conflito entre bens jurídicos de mesmo valor.

3.1.4.2 Quanto à titularidade: estado de necessidade próprio e estado de necessidade de terceiro

O artigo 24 dispõe que se considera em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual direito próprio ou alheio. É dessa expressão que se extrai que o estado de necessidade pode ser próprio ou de terceiro.

O estado de necessidade próprio denota que o agente busca salvaguardar direito próprio, a ele pertencente. Já no estado de necessidade de terceiro o agente quer salvaguardar direito de outrem, ou seja, o agente, alheio à situação de perigo, intervém para defender o interesse daquelas pessoas envolvidas no perigo. Vale lembrar que parcela doutrinária defende que o interesse deve ser indisponível e, caso seja disponível, é necessária a concordância do titular do bem em perigo porque este pode preferir sofrer o dano.¹²⁵ Mas outra parcela dispensa o consentimento ainda que se trate de interesse indisponível porque a lei não exige.

3.1.4.3 Quanto ao elemento subjetivo: estado de necessidade real e estado de necessidade putativo

O estado de necessidade ainda pode ser classificado, quanto ao elemento subjetivo, em estado de necessidade real e putativo. Neste, a situação de perigo é

¹²⁵ Nesse sentido Francisco de Assis TOLEDO e Eugenio Raúl ZAFFARONI.

fantasiada pelo agente, de modo que não há que se reconhecer como causa excludente da ilicitude. A solução, segundo Rogério GRECO, deve ser dada mediante a análise das discriminantes putativas previstas no art. 20, §1º do Código Penal.¹²⁶ No estado de necessidade real a situação de perigo existe efetivamente, hipótese que configura causa justificante.

3.1.4.4 Quanto ao terceiro que sofre a ofensa: estado de necessidade defensivo e estado de necessidade agressivo

O estado de necessidade pode ser classificado também em defensivo e agressivo. Será defensivo quando a conduta do agente é dirigida contra a coisa da qual advém o perigo para o interesse defendido, de modo que não subsiste ilicitude penal nem civil.¹²⁷ É o caso, por exemplo, do agente que mata um cão feroz que está atacando uma pessoa.

Por sua vez, o estado de necessidade agressivo se caracteriza quando a conduta do agente não é dirigida contra coisa da qual advém o perigo para o interesse defendido, mas contra coisa diversa. Neste caso, embora afastada a ilicitude penal, subsiste a ilicitude civil.¹²⁸ Exemplo disto é o fato de agente que para evitar um atropelamento de uma pessoa que cruzou à frente de seu veículo, desvia e colide com outro veículo que estava estacionado, causando-lhe danos.

¹²⁶ GRECO, R. Op. cit., p. 357-358.

¹²⁷ GOMES, L. F; MOLINA, A. G.P. de. Op. cit., p. 448.

¹²⁸ Id.

3.1.5 Aspectos civis do estado de necessidade

O estado de necessidade também é considerado pela legislação civil brasileira como causa excludente da ilicitude. Segundo o artigo 188, inciso II do Código Civil, não constitui ato ilícito a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Ressalva o parágrafo único do referido artigo, que o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Vislumbra-se, assim, a possibilidade de ser considerado lícito o fato necessário que sacrifica um bem jurídico para proteger outro, quando o agente se encontrar em uma situação de perigo, desde que atue dentro dos limites da necessidade para remover o perigo.

Dentro dessa perspectiva, leciona Silvio de Salvo VENOSA que para se configurar o estado de necessidade, exige-se:

1. Perigo atual que ameace um bem jurídico, não provocado voluntariamente pelo agente. O perigo deve surgir independentemente da vontade do agente. Pouco importa a natureza do bem jurídico ameaçado, podendo tratar-se de pessoa ou coisa.
2. Prejuízo indispensável para evitar o dano iminente. O perigo deve ser de tal monta que deve obrigar o dono a praticar dano ao bem alheio. Nesse sentido, prescreve o parágrafo único do art. 188 (antigo, art. 160). O ato necessário requer do agente a intenção de evitar um perigo.
3. A limitação do prejuízo com relação à sua extensão. O agente deve limitar-se ao necessário para a remoção do perigo.
4. Proporção maior do dano evitado em relação ao dano infligido. É evidente que, para salvar coisa inanimada, não pode o agente atentar contra a vida

de outrem. Não pode haver desproporção desmedida entre o valor do dano provável e o que se irá causar. Cada caso concreto dará a solução.¹²⁹

É certo que o estado de necessidade pode excluir a ilicitude da conduta. Porém, o reconhecimento dessa causa permissiva não afasta o dever de reparação civil imposto ao causador do dano. Daí deriva que, o titular do direito ou bem lesionado tem direito à indenização, desde que não tenha sido ele o criador do perigo. Por outras palavras, embora a ilicitude seja afastada, o agente permanece com a responsabilidade civil pelos prejuízos causados pelo fato necessário. Ressalva-se, porém, a hipótese em que a situação de perigo tenha sido provocada pelo terceiro lesado. Isso é o que prevê o artigo 929 do Código Civil.¹³⁰

O agente que pratica o fato necessário tem a obrigação de indenizar. Entretanto, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, o agente responsabilizado terá direito à ação regressiva para haver desse terceiro a importância desembolsada para ressarcir o lesado. É o que garante o artigo 930 do Código Civil.¹³¹

¹²⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1. p. 512-513.

¹³⁰ Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram. (BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 jan. 2002. Código Civil. Publicado no DOU de 11 jan. 2002.)

¹³¹ Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I). (BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 jan. 2002. Código Civil. Publicado no DOU de 11 jan. 2002.)

3.2 LEGÍTIMA DEFESA

3.2.1 Previsão legal

A legítima defesa também é considerada como uma das causas excludentes da antijuridicidade da conduta típica. Para tanto, o ordenamento jurídico-penal previu expressamente nos artigos 23, II e 25, ambos do Código Penal que:

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

II – em legítima defesa;

Art. 25. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.¹³²

Vale ressaltar ainda que a legítima defesa também está prevista nos artigos 188, I do Código Civil e no artigos 42, II e 43 do Código Penal Militar:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;¹³³

Art. 42. Não há crime quando o agente pratica o fato:

II – em legítima defesa;

Art. 44. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.¹³⁴

¹³² BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 dez. 1940. Código Penal. Publicado no DOU de 31 dez. 1940.

¹³³ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 jan. 2002. Código Civil. Publicado no DOU de 11 jan. 2002.

¹³⁴ BRASIL. Decreto-Lei n. 1.001, de 21 out. 1969. Código Penal Militar. Publicado no DOU de 21 out. 1969.

Enfim, são estas as disposições legislativas sobre a legítima defesa, que serão a seguir analisadas.

3.2.2 Conceito

A legítima defesa é o poder dado ao agente que se encontra em situação fática de agressão injusta, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem, sem possibilidade de recorrer ao Estado, para repelir essa agressão, usando moderadamente dos meios necessários, de modo que sua conduta, embora típica, não seja considerada ilícita.

Com efeito, na legítima defesa apenas o interesse do autor da repulsa é legítimo. O interesse do agressor é ilegítimo, razão pela qual, feita a ponderação entre legítimo e ilegítimo, justo e injusto, a opção correta é aquela em favor do interesse legítimo, justo, ainda que menos valioso.

Importante acrescentar que a legítima defesa possui duplo fundamento: (a) princípio da reafirmação do direito em face do injusto; (b) princípio da proteção individual.

O primeiro fundamento, baseado na doutrina hegeliana, denota que o direito não recua diante do injusto, ou seja, que através da legítima defesa autorizada, o Estado busca confirmar o direito e preservar a ordem jurídica. Ademais, justifica-se a

legítima defesa porque o agente agredido não está obrigado a suportar a agressão injusta.¹³⁵

Nesse sentido, Luiz Flávio GOMES observa:

O primeiro e clássico fundamento da legítima defesa reside na tese hegeliana de que ela é a negação da negação do Direito (ou seja: o Direito não pode permitir agressões injustas). A agressão injusta é a negação do Direito. A legítima defesa é a negação do Direito (isto é, sua confirmação).¹³⁶

Todavia, a máxima de que o direito não recua diante do injusto não deve ter conotação absoluta. Por outras palavras, o direito do agente de atuar em legítima defesa e assim preservar a ordem jurídica no caso concreto é limitado. Segundo Jorge de Figueiredo DIAS existem limitações ético-sociais da legítima defesa¹³⁷, refletindo na análise da proporcionalidade da reação.

O segundo fundamento da legítima defesa reside no princípio da proteção individual ou autoproteção, ou seja, no direito do autor agredido defender o bem jurídico justo, próprio ou de terceiro, quando não é possível ao Estado atuar tempestivamente. Luiz Flávio GOMES explica que este fundamento “tem por base a defesa dos direitos individuais, que é constitucionalmente fomentada.”¹³⁸

Jorge de Figueiredo DIAS também reconhece esses dois fundamentos da legítima defesa e sustenta que ambos se ligam e se interpenetram. Afirma o autor que “à defesa de um bem jurídico acresce sempre o propósito da preservação do

¹³⁵ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Op. cit., p. 549.

¹³⁶ GOMES, L. F.; MOLINA, A. G.P. de. Op. cit., p. 449.

¹³⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra, 2007. p. 407.

¹³⁸ GOMES, L. F.; MOLINA, A. G.P. de. Op. cit., p. 449.

Direito na esfera de liberdade pessoal do agredido, tanto mais quanto a ameaça resulta de um comportamento ilícito de outrem.”¹³⁹

Claus ROXIN extrai do princípio da proteção individual três consequências: (a) somente são suscetíveis de proteção em legítima defesa os bens jurídicos individuais e não os bens jurídicos supraindividuais; (b) a legítima defesa de terceiros se legitima na medida em que o agredido queira ser defendido, de modo que se não quiser, a conduta agressiva não é censurável; (c) não cabe legítima defesa contra tentativa inidônea, ainda que seja punível, pois esta não oferece perigo ao bem jurídico individual.¹⁴⁰

Oportuno acrescentar que os fundamentos da legítima defesa também enunciam que o legislador ao autorizar a ação de repulsa, busca o fim de prevenção, pois considera desejável que a ordem legal se afirme em face das agressões a bens jurídicos individuais. Ademais, desses fundamentos decorre que a proteção individual concedida somente se dá nos marcos da proporcionalidade, de maneira que o dano causado pela reação pode ser maior que o que se evita.¹⁴¹

Em resumo, a legítima defesa pode ser conceituada como faculdade dada aos indivíduos para que estes, em face de uma agressão injusta, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, use dos meios necessários e nos limites da proporcionalidade, para repelir essa agressão.

¹³⁹ DIAS, J. de F. Op. cit., p. 405-406.

¹⁴⁰ ROXIN, C. Op. cit., p. 608.

¹⁴¹ Ibid., p. 608-609.

3.2.3 Requisitos

A legítima defesa, a partir do disposto no artigo 25 do Código Penal, é composta de elementos objetivos e subjetivos, se que passa a estudar.

3.2.3.1 Agressão injusta

O primeiro requisito para que se configure a legítima defesa é a existência de agressão injusta, ou seja, de comportamento humano contrário ao direito que lesione ou coloque em perigo de lesão bens jurídicos.

A agressão compreende ataques humanos, ou seja, outro tipo de ataque espontâneo (como de animais) configurará estado de necessidade. Todavia, se esse ataque for induzido pelo seu dono, a reação da vítima se dá em legítima defesa. Ainda, a agressão pode ser ativa ou passiva (por ação ou omissão) e dolosa ou culposa¹⁴². Além disso, a agressão deve efetivamente existir, não pode ser fantasiada pelo autor da repulsa, sob pena de se configurar legítima defesa putativa.¹⁴³

¹⁴² Para Eugenio Raúl ZAFFARONI somente é admissível na legítima defesa a agressão intencional e não a agressão culposa. (ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Op. cit., p. 551-552)

¹⁴³ GOMES, L. F.; MOLINA, A. G.P. de. Op. cit., p. 449.

A injustiça da agressão deve ser avaliada como sendo aquela conduta contrária ao direito, antijurídica. Não significa que a agressão precisa ser penalmente típica: pode ser, mas também pode constituir-se apenas em ilícito civil.¹⁴⁴

Importante acrescentar que a análise da injustiça da agressão se dá em relação ao agredido, ou seja, importa verificar se este tem consciência da injustiça do comportamento agressivo. Isto significa que não se exige que o agressor tenha conhecimento de que agride a vítima injustamente, que seja culpável. Embora exista divergência doutrinária¹⁴⁵, se um inimputável mental investe em agressão injusta contra a vítima, esta pode repelir a agressão, sem que tenha o dever de fugir.¹⁴⁶

Aduz Luiz Flávio GOMES: "A culpabilidade do agente não interfere na injustiça da agressão. Sendo injusta a agressão, cabe legítima defesa. Não há dúvida que cabe legítima defesa contra ataque de menor, de louco etc."¹⁴⁷

Nesse mesmo sentido entende Claus ROXIN, pois, segundo esse autor, a lei diferencia antijuridicidade e culpabilidade e exige agressão injusta e não agressão injusta e culpável para se caracterizar a legítima defesa. Reconhece o autor que nas situações de agressão não culpáveis ou com culpabilidade diminuída a necessidade de afirmação do direito é menor, mas necessária. Assim:

La legitima defensa debe afirmar el Derecho frente al injusto y no sólo frente a la culpabilidad [...] Si una persona es agredida por unos

¹⁴⁴ TOLEDO, F. de A. *Illicitude...*, p. 74.

¹⁴⁵ Segundo Claus ROXIN, o autor que exige que uma agressão culpável para a legítima defesa é Günther JAKOBS. (ROXIN, C. Op. cit., p. 617-618). Dentre os doutrinadores pátrios, Nelson HUNGRIA é defensor do entendimento de que diante de uma agressão de um inimputável, deve-se reconhecer o estado de necessidade e não a legítima defesa, pois aquela causa justificante impõe a fuga do agredido e a ponderação de bens, hipótese que é mais benigna para o agressor. (TOLEDO, F. de A. *Illicitude...*, p. 75)

¹⁴⁶ TOLEDO, F. de A. *Illicitude...*, p. 75.

¹⁴⁷ GOMES, L. F.; MOLINA, A. G.P. de. Op. cit., p. 449.

adolescentes pendencieros, está indicado a efectos preventivos generales reconocer su defensa como legítima defensa.¹⁴⁸

Todavía, leciona o autor que essa defesa deve estar dentro de limites quando o agressor for pessoa em situação de inculpabilidade (exemplo: criança, doente mental, ébrio sem sentido): (a) o agredido deve se esquivar quando seja possível fazer sem perigo e quando a defesa podia causar danos graves ao agressor; (b) o agredido deve buscar auxílio alheio se com ele puder repelir de forma menos agressiva; (c) quando não seja possível evitar a agressão nem conseguir ajuda, o agredido pode fazer o necessário para proteger-se também frente a agressores inimputáveis, mas a diferença é que tem que considerar se isso é possível sem perigo próprio considerável. Portanto, tem que assumir o risco de sofrer danos leves antes de passar para a defesa com o uso de armas de fogo. Mas isto tem limites, porque ninguém tem porque deixar-se golpear ainda que seja por doente mental ou menor inimputável.¹⁴⁹

Oportuno acrescentar a discussão a respeito da provocação do agente, se esta teria o condão de legitimar a subsequente agressão do provocado sobre o provocador. Exemplo: João provoca José. José revida agredindo João. João pode afastar esta agressão, amparado pela legítima defesa? O artigo 25 do Código Penal não prevê como um requisito da legítima defesa a ausência de provocação, razão pela qual não pode ser exigida. A distinção necessária é de que essa provocação pode ou não se constituir em agressão. Caso a provocação se constitua numa agressão (exemplo: empurrão), a legítima defesa não poderá ser invocada pelo provocador para repelir a subsequente agressão do provocado. Todavía, quando a

¹⁴⁸ ROXIN, C. Op. cit., p. 617.

¹⁴⁹ Ibid., p. 637-638

provocação não for uma agressão (exemplo: insultos, desafios) e o provocado reagir de maneira desproporcional à provocação (exemplo: tiros) autoriza-se que o provocador defenda seu direito com base na legítima defesa.¹⁵⁰

A partir do requisito em análise, pode-se concluir que inexistente a legítima defesa quando: (a) legítima defesa real em face de legítima defesa real. Isso porque se agressor e agredido estiverem amparados em legítima defesa não existe conflito entre bem jurídico justo e bem jurídico injusto, hipótese esta em que o ordenamento autoriza a repulsa legítima. Vale dizer, se ambas as condutas são lícitas, falta o requisito da agressão injusta. Como preconiza Eugenio Raúl ZAFFARONI, “ninguém pode defender-se legitimamente contra quem, por sua vez, se está defendendo legitimamente.”;¹⁵¹ (b) legítima defesa contra estado de necessidade justificante ou outra ação amparada pelo direito; (c) legítima defesa de terceiro contra agressão consentida por este.¹⁵²

Todavia, é possível legítima defesa nos seguintes casos: (a) legítima defesa real em face de legítima defesa putativa, porque esta é injusta; (b) legítima defesa putativa frente à legítima defesa real, porque o autor daquela imagina que a agressão é injusta; (c) legítima defesa contra o excesso de qualquer das causas de justificação, porque este excesso é injusto.¹⁵³

Portanto, agressão injusta é a conduta humana contrária ao direito dirigida a lesionar ou colocar em perigo de lesão bem jurídico legítimo.

¹⁵⁰ TOLEDO, F. de A. *Ilicitude...*, p. 639-640

¹⁵¹ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Op. cit., p. 552; TOLEDO, F. de A. *Ilicitude...*, p. 73.

¹⁵² ROXIN, C. Op. cit., p. 615; TOLEDO, F. de A. *Ilicitude...*, p. 73.

¹⁵³ GOMES, L. F.; MOLINA, A. G.P. de. Op. cit., p. 450.

3.2.3.2 Agressão atual ou iminente

A agressão ainda deve ser atual ou iminente. A atualidade é entendida enquanto agressão que está acontecendo, já desencadeada no momento da repulsa do agredido. A iminência reflete a agressão que está prestes a acontecer, próxima de efetivação imediata.¹⁵⁴

Assim, não se inclui no conceito de atualidade ou iminência a agressão passada (a agressão já se concluiu) ou futura (o momento da realização da agressão é incerta, não está prestes a acontecer, o que possibilita ao autor buscar outros meios de defesa como a intervenção estatal).¹⁵⁵

3.2.3.3 Necessidade da defesa

Para a defesa dos bens jurídicos, amparado pela legítima defesa, o agente agredido deve usar dos meios necessários. A necessidade do meio significa o uso dos meios suficientes e indispensáveis para o exercício eficaz da defesa. O agente usa do único meio disponível ao seu alcance durante a agressão.¹⁵⁶

Claus ROXIN define que necessária é toda defesa idônea, que seja a mais benigna dentre as várias classes de defesa exigíveis e que não está vinculada ao

¹⁵⁴ TOLEDO, F. de A. *Ilicitude...*, p. 72.

¹⁵⁵ BITENCOURT, C. R. Op. cit., p. 266-267.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 268.

risco imediato de sofrer um dano. O autor enquadra dentro do conceito de necessidade os efeitos não desejados de uma ação defensiva quando sejam consequência típica e adequada de uma ação necessária para a defesa. Por exemplo: se o meio defensivo necessário é um soco na face e o agressor perde por isso vários dentes, essa perda está justificada pela legítima defesa, ainda que não fosse desejada.¹⁵⁷

Em resumo, a defesa necessária é aquela idônea e eficaz para a repulsa da agressão e menos lesiva ao agressor.

3.2.3.4 Moderação da defesa

A legítima defesa pressupõe ainda o uso moderado do meio necessário, segundo um juízo de proporcionalidade. Assim, os meios usados para repelir a agressão devem ser proporcionais à intensidade da agressão, sob pena e configurar-se abuso (excesso).

Importante observar que a idéia de que a moderação implica em análise da proporcionalidade entre defesa e agressão parece se opor ao fundamento da legítima defesa de reafirmação do direito. Embora esse fundamento vise reafirmar a vigência do direito em face do injusto e manter a ordem jurídica, um juízo de proporcionalidade não pode ser totalmente descartado porque a

¹⁵⁷ ROXIN, C. Op. cit., p. 628.

desproporcionalidade extrema entre meios de defesa e meios de agressão são incompatíveis com o conceito de necessidade de defesa.¹⁵⁸

Por essa razão, a exigência legal de moderação no uso dos meios de defesa denota a necessidade de proporcionalidade destes meios com os meios usados pelo agressor.

3.2.3.5 Finalidade de salvaguardar direito próprio ou alheio

Todo direito é defensável através da legítima defesa. Será legítima a defesa voltada à proteção de direito do próprio autor da repulsa ou de terceiro.

Convém salientar que quanto à defesa de direito alheio sendo o direito indisponível, a defesa do direito de terceiro não depende de aceitação pelo titular do direito. Ao passo que, quando o direito ameaçado de agressão for disponível e o terceiro for agente capaz, é necessário o seu consentimento para a legítima defesa, porque ele, sendo o titular do direito, tem a faculdade de suportar a agressão ou renunciar a esse direito. É neste sentido que disserta Francisco de Assis TOLEDO.¹⁵⁹

Sobre esse assunto, Claus ROXIN preleciona:

Ahora bien, el derecho a la defensa de un tercero sólo es aplicable en la medida en que el agredido quiera ser defendido [...] Ello se deriva del

¹⁵⁸ SANTOS, J. C. dos. **Direito...**, p. 231-232.

¹⁵⁹ TOLEDO, F. de A. **Ilícitude...**, p. 79.

principio de protección individual: si no hay un bien jurídico individual necesitado de protección, el ciudadano no tiene derecho de defensa.¹⁶⁰

O autor faz três ponderações quando ao auxílio à terceiro: (1) Há casos em que cabe o consentimento por parte do ofendido. Se neste caso se puder interpretar que o agredido consentiu (exemplo: mulher que sofre ataque sexual e não oferece nenhuma resistência), não haverá agressão antijurídica, e, portanto, exclui-se a possibilidade de terceiro atuar em legítima defesa de terceiro; (2) Há casos em que o agredido quer renunciar à intervenção de terceiro, quando não será necessária a sua defesa. Porém, ressalva o autor que a única hipótese que o agredido não poderá rechaçar ao terceiro defensor será quando este disponha de um meio defensivo menos lesivo; (3) Por fim, afirma o autor que a vontade do agredido será irrelevante nos casos em que não se puder dispor do bem jurídico ameaçado.¹⁶¹ Interessante notar que, na maioria dos casos, a exigência é de atuação rápida que não será possível esperar para investigar a vontade do agredido. Nessa circunstância, não havendo dados que fundamente uma suposição distinta, com base num consentimento presumido, o defensor parte da idéia de que o agredido quer ser defendido dentro dos limites do necessário. Aqui, a legítima defesa de terceiro estará justificada, ainda que posteriormente, esse terceiro manifeste-se contrariamente.¹⁶²

Em suma, a legítima defesa pode ser dirigida à defesa de direito próprio ou alheio, sendo que nesta hipótese, se o bem jurídico for disponível, exige-se o consentimento do agredido.

¹⁶⁰ ROXIN, C. Op. cit., p. 661.

¹⁶¹ Ibid., p. 661-662

¹⁶² Ibid., p. 663.

3.2.3.6 Aspecto subjetivo

O requisito subjetivo da legítima defesa constitui-se no reconhecimento pelo agente de que está em situação de agressão e na vontade de agir para defender o direito agredido.¹⁶³ A vontade de defender-se é o denominado *animus defendendi* e exprime a superação do caráter objetivo das causas de justificação.

Para Claus ROXIN, o elemento subjetivo da legítima defesa constitui-se no conhecimento da situação de legítima defesa. Mas, não é necessária uma ulterior vontade de defesa no sentido de que o sujeito tenha que estar motivado por seu interesse na defesa.¹⁶⁴

3.2.4 Classificação

3.2.4.1 Quanto à titularidade: legítima defesa própria e legítima defesa de terceiro

A legítima defesa pode ser classificada, quanto à titularidade do bem protegido, em legítima defesa própria ou de terceiro, pois como prevê o artigo 25 do Código Penal, entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos

¹⁶³ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Op. cit., p. 556-557.

¹⁶⁴ ROXIN, C. Op. cit., 667.

meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, *a direito seu ou de outrem*.

A legítima defesa própria compreende a hipótese em que o direito agredido é do próprio agente que atua em legítima defesa. Assim, o autor da repulsa atua para proteger direito de própria titularidade. A legítima defesa de terceiro ocorre quando o autor da repulsa atua para defender direito cuja titularidade não é própria, mas de um terceiro. Assim, o agente interfere para defender o direito da pessoa que sofre a agressão.¹⁶⁵

3.2.4.2 Quanto ao elemento subjetivo: legítima defesa real e legítima defesa putativa

Ainda, a legítima defesa pode ser, quanto ao elemento subjetivo, definida em legítima defesa real ou legítima defesa putativa. Nesta, o autor da repulsa supõe erroneamente estar diante de uma situação de agressão injusta, atual ou iminente, quando não está. A medida para solucionar essa situação de erro é aplicar o disposto no artigo 20, § 1º (discriminantes putativas) e artigo 21, ambos do Código Penal. A legítima defesa real é aquela autêntica que autoriza a exclusão da antijuridicidade porque presentes todos os requisitos exigidos pelo artigo 25 do Código Penal.¹⁶⁶

¹⁶⁵ JESUS, D. E. de. Op. cit., p. 389.

¹⁶⁶ BITENCOURT, C. R. Op. cit., p. 269.

3.2.4.3 Quanto à reação: legítima defesa defensiva e legítima defesa agressiva

Considerando a reação do agente que sofre a agressão, a legítima defesa pode ser defensiva ou agressiva. A legítima defesa defensiva caracteriza-se pela atipicidade da reação do agredido, ou seja, diante de uma agressão ilegítima o autor reage e sua conduta não constitui fato típico. Será legítima defesa agressiva quando a reação do autor a uma agressão ilegítima constituir fato típico.¹⁶⁷

3.2.4.4 Legítima defesa sucessiva

A legítima defesa sucessiva ocorre quando há excesso abusivo por parte do agente agredido, autorizando o agressor a repeli-lo. Note-se que existem duas legítimas defesas, sendo que a primeira dá-se em reação à agressão injusta, atual ou iminente; a segunda, em razão da reação excessiva do autor agredido (que passa a ser agressão injusta), autoriza o inicial agressor a reagir contra aquele.¹⁶⁸

¹⁶⁷ GOMES, L. F.; MOLINA, A. G.P. de. Op. cit., p. 451.

¹⁶⁸ Ibid., p. 452.

3.2.4.5 Legítima defesa recíproca

A legítima defesa recíproca não é admitida pelo ordenamento jurídico brasileiro porque inexistente a legítima defesa real contra legítima defesa real. Tendo em vista que um dos requisitos é a existência de agressão injusta para autorizar a defesa justa, não é possível que essa agressão seja justa e injusta ao mesmo tempo: “*ilícita* para caracterizar a legítima defesa de um, e *lícita* (quando não será agressão) para autorizar a justificativa do outro.”¹⁶⁹

3.2.4.6 Legítima defesa subjetiva

A legítima defesa subjetiva é aquela em que há excesso exculpável. O autor da repulsa, inicialmente em legítima defesa, se excede, mas qualquer pessoa nas mesmas circunstâncias de fato, se excederia. É hipótese de exclusão da culpabilidade, seja pela discriminante putativa do artigo 20, §1º do Código Penal, ou pela inexigibilidade de conduta diversa.¹⁷⁰

¹⁶⁹ NORONHA, E. M. Op. cit., p. 198.

¹⁷⁰ GOMES, L. F.; MOLINA, A. G.P. de. Op. cit., p. 451.

3.2.5 Diferença entre legítima defesa e estado de necessidade

A legítima defesa e o estado de necessidade, embora sejam institutos semelhantes, não se confundem. Ambas são situações justificantes que afastam a ilicitude da conduta e da ofensa a um bem jurídico. Porém, a legítima defesa pressupõe agressão injusta ao passo que o estado de necessidade pressupõe conflito entre bens legítimos. Desse modo, na legítima defesa prevalece o interesse legítimo, ou seja, o ato defensivo enquanto que no estado de necessidade, deve-se buscar o critério da ponderação de bens para solução do conflito, já que ambos são amparados pelo ordenamento jurídico.

Outra diferença é que no estado de necessidade o perigo não tem destinatário certo, decorrendo de fato humano, animal ou da natureza. Já na legítima defesa a agressão é humana e tem destinatário certo.

Sobre o tema, Francisco de Assis TOLEDO assevera que “no estado de necessidade ocorre uma ação predominantemente agressiva com aspectos defensivos, ao passo que na legítima defesa se dá uma ação predominantemente defensiva com aspectos agressivos.”¹⁷¹

Acrescenta ainda Cezar Roberto BITENCOURT que na legítima defesa “a reação realiza-se contra bem jurídico pertencente ao autor da agressão injusta” enquanto que no estado de necessidade “a ação dirige-se, de regra, contra um bem

¹⁷¹ TOLEDO, F. de A. **Princípios...**, p. 175.

jurídico pertencente a terceiro inocente. Em ambas, há a necessidade de salvar um bem ameaçado.”¹⁷²

Enfim, há que se ter bem delimitado o campo de incidência de cada causa excludente de antijuridicidade, não se confundindo a legítima defesa e o estado de necessidade.

3.2.6 Aspectos civis da legítima defesa

A legislação civil prevê que não haverá responsabilidade civil a ser imputada ao agente que estiver amparado pela legítima defesa, por exclusão da ilicitude da conduta. Segundo o que dispõe o artigo 188, inciso I do Código Civil,¹⁷³ não se constitui ato ilícito o ato praticado em legítima defesa.

A este respeito aduz Silvio de Salvo VENOSA: “Assim como na esfera penal, a legítima defesa exclui a punição; no direito civil a legítima defesa exclui o dever de reparar o dano.”¹⁷⁴

Ressalte-se, porém, que o dever de indenizar subsiste quando a pessoa lesada não é o agente ofensor, mas terceiro. O dever só desaparece quando a

¹⁷² BITENCOURT, C. R. Op. cit., p. 255.

¹⁷³ Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; (BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 jan. 2002. Código Civil. Publicado no DOU de 11 jan. 2002.)

¹⁷⁴ VENOSA, S. de S. Op. cit., p. 512.

pessoa lesada é o próprio ofensor.¹⁷⁵ Isso é o que prevê o artigo 930, parágrafo único do Código Civil.¹⁷⁶

Assim, porque não se perfaz todos os elementos da responsabilidade extracontratual, por ausência de ato ilícito, não há dever de indenizar os prejuízos provocados em legítima defesa.

3.3 NATUREZA JURÍDICA DAS CAUSAS DE EXCLUSÃO DE ANTIJURIDICIDADE DO ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL E DO EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO – ANÁLISE FRENTE ÀS TEORIAS DA TIPICIDADE CONGLOBANTE E DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

O estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito são dispostos pela legislação penal brasileira (artigo 23, III do Código Penal) como causas de exclusão da antijuridicidade penal. Significa dizer que, ao lado do estado de necessidade e da legítima defesa, o ordenamento jurídico considera aquelas como causas justificantes das condutas humanas típicas. Assim trabalhou a doutrina penal tradicional.

Ocorre que, segundo uma vertente doutrinária moderna, notadamente em face das teorias da tipicidade conglobante defendida por Eugenio Raúl ZAFFARONI

¹⁷⁵ VENOSA, S. de S. Op. cit., p. 512.

¹⁷⁶ Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado. Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I). (BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 jan. 2002. Código Civil. Publicado no DOU de 11 jan. 2002.)

e da imputação objetiva, o estrito cumprimento do dever legal e do exercício regular de direito possuem natureza jurídica diversa, ou seja, são causas excludentes da tipicidade e não da antijuridicidade.

Assevera Luiz Flávio GOMES que há duas formas de explicar as causas de justificação. A forma tradicional, onde todas as causas previstas no artigo 23 do Código Penal são causas que excluem a antijuridicidade. E, a nova forma, segundo a qual legítima defesa e estado de necessidade são excludentes da antijuridicidade, estrito cumprimento de dever legal é excludente da tipicidade e o exercício regular de direito pode cumprir os dois papéis.¹⁷⁷

Com efeito, a doutrina de Eugenio Raúl ZAFFARONI é peculiar porque ele sistematiza que a tipicidade tem um caráter, não apenas formal, mas também material (representada pelo conceito de tipicidade conglobante) e porque os critérios da imputação objetiva fazem parte desta tipicidade conglobante.¹⁷⁸ Melhor explicando:

Eugenio Raúl ZAFFARONI, entende que haverá fato típico quando presentes: conduta humana, resultado, nexos de causalidade entre conduta e resultado, tipicidade formal (legal) e conglobada. Por tipicidade legal entende-se a adequação da conduta do agente ao tipo penal. Já entende-se por tipicidade conglobante a soma da tipicidade material (ofensa a um bem jurídico-penal) e antinormatividade (conduta contrária a norma penal anteposta ao tipo); assim, compreende-se que a conduta do agente além de adequar-se à formulação legal do tipo, deverá violar uma norma e afetar um bem jurídico; Antinormatividade é adotada no sentido de contrariedade da conduta à norma inserida no tipo, a qual não se confunde com a antijuridicidade, que significa a contrariedade da conduta ao direito como um todo.¹⁷⁹

Por outras palavras, o juízo de tipicidade realizado pelo autor compreende a tipicidade formal e conglobada. Do conceito de tipicidade conglobada, se infere que

¹⁷⁷ GOMES, L. F.; MOLINA, A. G.P. de. Op. cit., p. 442.

¹⁷⁸ Ibid., p. 360-361.

¹⁷⁹ MORAES, A. M. S. de. Op. cit., p. 37-38.

há o exame conjunto de todas as normas do ordenamento jurídico, de modo que o que uma lei permite ou impõe não pode ser proibida por outra. Ademais, destacando-se o elemento antinormatividade e, se por antinormatividade se entende a contrariedade do fato à norma contida no tipo penal, consequência lógica é que a autorização legal para o ato ou o cumprimento de um direito desconfigurariam a tipicidade do fato e não antijuridicidade.

Especificamente, quanto ao estrito cumprimento de dever legal, a aplicação da teoria da tipicidade conglobante afastaria a tipicidade porque se o dever está imposto por lei não pode estar proibido por outra. Assim, se o policial tem o dever legal de efetuar a prisão em flagrante, não poderá ser punido pelo crime de sequestro da pessoa presa.¹⁸⁰

Dentro dessa perspectiva, Luiz Flávio GOMES defende:

A regra de ouro da teoria da tipicidade conglobante é a seguinte: se existe uma norma no ordenamento jurídico que fomenta ou autoriza ou determina a conduta, o que está fomentado ou autorizado ou determinado por uma norma não pode estar proibido por outra. [...] No estrito cumprimento de dever legal “não há jogo harmônico entre uma norma proibitiva e outra permissiva”. Não se fala nesse âmbito em ponderação de valores ou interesses. É o legislador, desde logo, que define o que deve preponderar. A norma que impõe a prisão em flagrante (para o policial) não permite que o juiz, no caso concreto, pondere os valores envolvidos (segurança pública versus liberdade individual etc.) para concluir se houve ou não crime na conduta do policial. O policial que prende em flagrante não pratica uma conduta antinormativa. Sua conduta não contraria o que manda a norma do crime de seqüestro, porque há uma outra norma que manda praticá-la. O que existe é uma contradição entre duas normas, que o legislador resolve em favor do cumprimento do dever legal. O cumprimento de um dever legal é limite (reduz o âmbito de incidência) de outra norma e tem caráter preponderante).¹⁸¹

A mesma idéia pode ser aplicada para o exercício regular de direito. Partindo-se do pressuposto de que a conduta do cidadão comum está autorizada em razão

¹⁸⁰ GOMES, L. F.; MOLINA, A. G.P. de. Op. cit., p. 362.

¹⁸¹ Ibid., p. 361-362.

da existência de um direito definido em lei e é regularmente exercida, é vedado que outra lei a considere como fato típico.

A mesma consequência é alcançada quando se aplica a teoria da imputação objetiva. Segundo as premissas lançadas pelo funcionalista Claus ROXIN, a teoria da imputação objetiva prega que dar causa não é suficiente para sofrer a imputação do resultado no tipo objetivo. Assim, são necessários critérios para haver, além do nexos causal, o nexos normativo (criação de riscos não permitidos e realização do risco no resultado concreto).¹⁸²

Dai deriva que se o risco é expressamente tolerado e permitido pelo poder estatal, não poderá ser simultaneamente proibido. A este respeito, aduz Thiago Vinicius de Melo QUEDAS:

A imputação objetiva, em síntese, enuncia o seguinte postulado a respeito: se um risco é permitido pelo Estado, ou seja, socialmente aceito e padronizado, não poderá ser típico. A partir do momento em que a sociedade tolera os riscos e os vê como justos e necessários, a conduta praticada sob as duas justificantes que estamos tratando não constitui crime ou contravenção penal. Se o Estado aceita os riscos que envolvem a prática do boxe, por exemplo, não deve o comportamento do pugilista que age dentro das regras do esporte ter a ilicitude afastada, bem como não deve também subsumir-se ao art. 129 ou ao art. 121, § 3º (homicídio culposo), conforme o caso. Motivo: essas condutas são atípicas (não são criminosas ou contravençionais). Afinal, como poderia o Estado aceitar os riscos de determinadas ações e ao mesmo tempo descrevê-las como criminosas?¹⁸³

No estrito cumprimento de dever legal, se existe determinação na lei impondo o dever, não pode haver outra norma contendo sua proibição. Assim, a conduta do

¹⁸² ROXIN, C. Op. cit., p. 362-363.

¹⁸³ QUEDAS, Thiago Vinicius de Melo. O exercício regular de direito e o estrito cumprimento de dever legal sob a ótica das teorias da tipicidade conglobante e imputação objetiva. Excludentes da antijuridicidade ou da tipicidade? **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1557, 6 out. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10504>>. Acesso em: 20 set. 2009.

agente que cumpre esse dever não cria risco proibido, mas sim realiza um risco permitido e imposto.

No exercício regular de direito, se o ordenamento jurídico prevê a hipótese como um direito, não pode por outra norma punir essa conduta porque não há criação de risco proibido, ao contrário, realização de risco expressamente permitido. Vale dizer, se o exercício do direito é expressão da liberdade de ação garantida expressamente em uma norma, não há criação de risco proibido, mas sim criação do risco por ela autorizado.¹⁸⁴

Luiz Flávio Gomes afirma ser duplo o fundamento para admitir que o exercício regular de direito afastar a tipicidade:

Na verdade, duplo é esse fundamento: (a) teoria da desaprovação da conduta (quem exerce um direito não cria risco proibido, ao contrário, a conduta é praticada no contexto de um risco permitido, autorizado); (b) teoria da tipicidade conglobante de ZAFFARONI (se existe uma norma no ordenamento jurídico que fomenta, determina ou autoriza uma conduta, a conduta que está autorizada, determinada ou fomentada por uma norma não pode estar proibida por outra).¹⁸⁵

Importante registrar a ressalva de Luiz Flávio GOMES a respeito do exercício regular de direito. Segundo o autor, este exercício somente será causa excludente da tipicidade quando ele expressar uma liberdade de ação, ou seja, quando constituir forma de ação ou de reação contra um perigo ou risco ou ataque humano a bens jurídicos próprios ou alheios, se configurará em causa de exclusão da antijuridicidade. Por exemplo, a instalação de cerca elétrica (ofendículo) pode constituir exercício regular de um direito. Se uma pessoa tocar a cerca elétrica e morrer, a primeira verificação a ser feita é se houve exercício regular. Sendo regular,

¹⁸⁴ GOMES, L. F.; MOLINA, A. G.P. de. Op. cit., p. 365.

¹⁸⁵ Id.

não há desaprovação de conduta. Sendo irregular, há desaprovação de conduta, e assim, tipicidade material. A segunda verificação é no campo da antijuridicidade, se há alguma causa de justificação, como a legítima defesa.¹⁸⁶

Enfim, a natureza jurídica do estrito cumprimento do dever legal e do exercício regular de direito, segundo as teorias da tipicidade conglobante e da imputação objetiva, é de excludentes de tipicidade e não de antijuridicidade.

A proposta desse trabalho monográfico é tratar das causas de exclusão da antijuridicidade. A adoção da doutrina penal tradicional ou moderna muda substancialmente o enfoque da matéria, ou seja, tratar somente do estado de necessidade e legítima defesa ou tratar também do estrito cumprimento do dever legal.

Nesse momento é preciso fazer duas ponderações, sob pena de se tornar a exposição a respeito do estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito desprovida de sentido.

A primeira é que a autora deste trabalho adere ao novo posicionamento doutrinário penal no sentido de admitir que a tipicidade tenha caráter formal e material, e que este pode trazer em seu bojo, como causas excludentes, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito.

Todavia, e então a segunda ponderação necessária, é que se opta, por ora, em continuar explorando o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito como excludentes de antijuridicidade porque essa é ainda a previsão no ordenamento jurídico-penal e também porque, na prática forense, por certo a maioria

¹⁸⁶ GOMES, L. F.; MOLINA, A. G.P. de. Op. cit., p. 365-366.

dos juízes continuarão proferindo decisões absolutórias por exclusão da antijuridicidade e não por exclusão da tipicidade, até que se modifique a letra da lei.

Portanto, com as ressalvas devidas, dá-se continuidade ao estudo do tema proposto.

3.4 ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL

3.4.1 Previsão legal

O estrito cumprimento do dever legal é arrolado como causa excludente da antijuridicidade penal no artigo 23, III do Código Penal e no artigo 42, III do Código Penal Militar.

Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:
III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.¹⁸⁷

Art. 42. Não há crime quando o agente pratica o fato:
III – em estrito cumprimento do dever legal;¹⁸⁸

Essas são as previsões legislativas a respeito do tema, cuja análise segue.

¹⁸⁷ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 dez. 1940. Código Penal. Publicado no DOU de 31 dez. 1940.

¹⁸⁸ BRASIL. Decreto-Lei n. 1.001, de 21 out. 1969. Código Penal Militar. Publicado no DOU de 21 out. 1969.

3.4.2 Conceito

O estrito cumprimento do dever legal é uma causa excludente da antijuridicidade penal da conduta humana, que, embora típica, não é ilícita porque o agente público, no exercício de suas funções, cumpre um dever imposto por lei. Exemplos: mandado cumprido por oficial de justiça, morte de inimigo em campo de batalha e prisão em flagrante por policial.¹⁸⁹

Com efeito, importante esclarecer que o fundamento do estrito cumprimento do dever legal é o princípio da não contradição, porque ilógico seria considerar ilícito o comportamento realizado por imposição legal. Ademais, partindo-se do pressuposto da unidade da ordem jurídica, não se pode admitir contradições, ou seja, aquele que atua em estrito cumprimento do dever legal executa uma determinação legal, portanto sua ação é justificada.¹⁹⁰

3.4.3 Requisitos

Os requisitos necessários para se caracterizar o estrito cumprimento do dever legal são extraídos do disposto no artigo 23, III do Código Penal, e são objetivos e subjetivos, conforme análise que segue.

¹⁸⁹ JESUS, D. E. de. Op. cit., p. 399.

¹⁹⁰ PRADO, L. R. Op. cit., p. 406.

3.4.3.1 Legalidade do dever

Para o reconhecimento da causa permissiva em análise, é necessário que o dever seja imposto expressamente por uma norma legal, rechaçando-se normas morais, sociais e religiosas para justificar a conduta típica. O dever pode estar previsto em lei, decreto, portaria, regulamento.¹⁹¹

Importante registrar as observações de Juarez Cirino dos SANTOS em relação ao cumprimento de ordem de superior hierárquico. Assevera o autor que, em regra, ordens de superior hierárquico são legais e a execução por seu subordinado é justificada pelo estrito cumprimento de dever legal. Somente será justificada a conduta do subordinado pela exculpante obediência hierárquica (artigo 22 do Código Penal), com base na inexigibilidade de conduta diversa, quando essas ordens forem não manifestamente ilegais e tem como objeto a prática de fato definido como crime. Neste caso, a conduta do subordinado é ilícita, mas não é culpável, porque inexigível conduta conforme o direito.¹⁹²

3.4.3.2 Necessidade do ato

Ainda, para se configurar a causa permissiva em análise, é necessário que o agente cumpra estritamente o dever legal, ou seja, que os atos praticados sejam

¹⁹¹ PRADO, L. R. Op. cit., p. 406.

¹⁹² SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna teoria do fato punível**. 4. ed. rev., e atual. Curitiba: IPCPC; Lumen Juris, 2005. p. 253-255.

rigorosamente necessários e dentro dos limites da imposição. Qualquer ato que exceda esses limites estritos não estará justificado.¹⁹³

Ainda, desse requisito extrai-se que é preciso proporcionalidade da conduta, evitando-se excessos, sob pena do agente público responder por abuso de autoridade, nos termos da lei n° 4.898/65, ou por outros crimes do Código Penal.¹⁹⁴ Vale lembrar, porém, que se houver resistência da pessoa sobre a qual o agente público cumpre o dever legal, configura-se a situação de legítima defesa, permitindo-se que esse agente reaja frente a agressão daquela pessoa.¹⁹⁵

3.4.3.3 Aspecto subjetivo

Por fim, para a exclusão da antijuridicidade é preciso o requisito da consciência de cumprimento de dever legal, isto é, “orientação de ânimo no sentido de cumprir dever imposto por norma legal.”¹⁹⁶ Esse é o requisito subjetivo da causa excludente em comento, reafirmando-se, novamente, a superação do caráter objetivos das excludentes da antijuridicidade.

Dessa forma, faltando qualquer desses três requisitos, a conduta, embora típica, não é ilícita, portanto, não passível de punição penal.

¹⁹³ BITENCOURT, C. R. Op. cit., p. 271.

¹⁹⁴ TOLEDO, F. de A. **Princípios...**, p. 212.

¹⁹⁵ BITENCOURT, C. R. Op. cit., p. 272.

¹⁹⁶ TOLEDO, F. de A. **Princípios...**, p. 212.

3.4.4 Destinatários

Os destinatários comuns dessa causa de justificação são os agentes públicos quando estão no exercício de sua função pública. Porém, é possível que seja aplicada ao particular quando exerçam uma determinação legal.¹⁹⁷

3.5 EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO

3.5.1 Previsão legal

O exercício regular de direito é previsto na legislação brasileira como causa excludente da antijuridicidade penal no artigo 23, III do Código Penal e no artigo 42, IV do Código Penal Militar.

Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:
III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.¹⁹⁸

Art. 42. Não há crime quando o agente pratica o fato:
IV – em estrito cumprimento do dever legal;¹⁹⁹

Essas são as disposições legislativas sobre a causa de justificação em comento.

¹⁹⁷ BITENCOURT, C. R. Op. cit., p. 272.

¹⁹⁸ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 dez. 1940. Código Penal. Publicado no DOU de 31 dez. 1940.

¹⁹⁹ BRASIL. Decreto-Lei n. 1.001, de 21 out. 1969. Código Penal Militar. Publicado no DOU de 21 out. 1969.

3.5.2 Conceito

O exercício regular de direito é também uma causa de justificação aplicável ao cidadão comum, segundo a qual ele não comete crime porque sua conduta, embora típica, está autorizada pela existência de um direito definido em lei e condicionada ao exercício regular desse direito. À título exemplificativo: prisão em flagrante realizada por particular, direito de correção do pai em relação ao filho ²⁰⁰ e violência esportiva.²⁰¹

Com efeito, como bem observa Francisco de Assis TOLEDO, a causa de justificação sob enfoque é decorrência necessária do princípio da contradição, pois uma coisa não pode ser e não ser, ao mesmo tempo, e, tem como fundamento a valoração positiva feita pelo ordenamento jurídico quanto aos comportamentos que se ajustam a ele.²⁰² Leciona o autor:

Assim, se a ilicitude, conforme vimos, traduz a idéia de oposição entre um comportamento humano e a norma jurídica, não se pode atribuir essa mesma ilicitude ao comportamento que se realiza de acordo com a norma, com o ordenamento jurídico, isto é, no exercício regular de um direito reconhecido.²⁰³

Assim, a exclusão da ilicitude pelo exercício regular de direito é consequência da necessidade de manutenção da unidade da ordem jurídica, já que o que está autorizado pelo direito não pode ser por ele considerado ilícito.

²⁰⁰ JESUS, D. E. de. Op. cit., p. 400.

²⁰¹ GOMES, L. F.; MOLINA, A. G.P. de. Op. cit., p. 367.

²⁰² TOLEDO, F. de A. *Illicitude...*, p. 109.

²⁰³ Id.

3.5.3 Requisitos

Para a configuração da justificante exercício regular de direito, são necessários os requisitos objetivos e subjetivos, a seguir analisados e extraídos artigo 23, III do Código Penal.

3.5.3.1 Exercício de um direito

Para se configurar a excludente da antijuridicidade em exame é necessário que o agente esteja no exercício de um direito, ou seja, que sua ação esteja autorizada no ordenamento jurídico pela existência de uma norma. Segundo afirma Cezar Roberto BITTENCOURT, “qualquer direito, público ou privado, penal ou extrapenal, regularmente exercido, afasta a antijuridicidade.”²⁰⁴

3.5.3.2 Exercício regular

Não basta, porém, o exercício de um direito. É preciso também que esse exercício seja regular. Por regularidade se entenda o exercício rigorosamente dentro dos limites e requisitos previstos para aquele direito.

²⁰⁴ BITTENCOURT, C. R. Op. cit., p. 273.

Dessa exigência de regularidade deriva que o uso irregular ou imoderado caracteriza abuso de direito. Vale dizer, quando o exercício da ação autorizada pelo direito ultrapassa os limites do regular, deixa de ser amparada pela causa de justificação.

Nesse sentido, esclarecedoras são as anotações de Francisco de Assis TOLEDO:

Assim, o exercício de um direito com o intuito de prejudicar caracteriza o seu irregular exercício, ou seja, o abuso de direito, se o dano ocorre. Nessa hipótese, bem como naquelas em que o agente exceda os limites objetivos de seu próprio direito, fica excluída a causa de justificação.²⁰⁵

Dessa forma, o segundo requisito para a incidência dessa causa excludente de antijuridicidade, impõe que o agente atue dentro dos limites da regularidade, sob pena de incorrer em abuso de direito.

3.5.3.3 Aspecto subjetivo

Por fim, o terceiro requisito caracterizador do exercício regular de direito diz respeito ao requisito subjetivo. Imperioso que o agente tenha consciência do direito e tenha a vontade de exercitá-lo.²⁰⁶

Mais uma vez, registre-se que esse requisito implementa a idéia de superação do caráter objetivo das excludentes de antijuridicidade.

²⁰⁵ TOLEDO, F. de A. *Ilícitude...*, p. 110-111.

²⁰⁶ PRADO, L. R. *Op. cit.*, p. 412.

3.5.4 Hipóteses

3.5.4.1 Atuação *pro magistratu*

A primeira hipótese em que se configura o exercício regular de direito é a atuação *pro magistratu*, segundo a qual o particular pode agir porque a autoridade não pode atuar em tempo, como na prisão em flagrante e a autoajuda. Por autoajuda entenda-se as ações diretas sobre pessoas ou coisas que não constituem legítima defesa.²⁰⁷

3.5.4.2 Dever de educação ou direito de castigo

O exercício regular de direito compreende o dever de educação dos pais em relação aos filhos, no sentido de considerar lícitos atos correccionais, desde que obedecidos os limites da proporcionalidade e praticados com o fim de corrigir e educar o filho.

É esse o entendimento de Luiz Regis PRADO:

Os maus-tratos que não produzam lesão leve, desde que realizados com *animus corrigendi* (elemento subjetivo dessa causa de justificação), bem

²⁰⁷ SANTOS, J. C. dos. **Direito...**, p. 259.

como necessários e adequados ao fim correccional, devem ser considerados lícitos, ou seja, realizados no exercício regular de um direito.²⁰⁸

Importante ressaltar que a imposição de castigos, embora hoje se considere medida reprovável, está amparada pela causa permissiva em comento. Todavia, para tanto, os pais devem exercer esse direito com o fim de correção e de educação, descaracterizando-se a licitude daquela conduta habitual e de violência.

3.5.5 Aspectos civis do exercício regular de direito

A legislação civil brasileira considera lícito o ato praticado em exercício regular de direito, com base no artigo 188, I do Código Civil:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;²⁰⁹

A este respeito, convém expor as lições de Silvio de Salvo VENOSA, para o qual “no ato ilícito, há um procedimento contrário ao Direito. Portanto, o exercício de um direito elimina a ilicitude. Quem exerce um direito não provoca dano (*qui iure suo utitur nemine facit damnum*).”²¹⁰

Assim, ausente o elemento do ato ilícito, não há dever de indenizar os prejuízos causados.

²⁰⁸ PRADO, L. R. Op. cit., p. 409.

²⁰⁹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 jan. 2002. Código Civil. Publicado no DOU de 11 jan. 2002.

²¹⁰ VENOSA, S. de S. Op. cit., p. 513.

3.6 CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

3.6.1 Conceito e natureza jurídica

O consentimento do ofendido é a renúncia à tutela penal de um bem jurídico disponível pelo seu próprio titular (chamado de consenciente), este capaz e livre em sua vontade, relativizando episodicamente a missão do direito penal de proteger bens jurídicos, porque prevalece a vontade individual. Por outras palavras, no caso concreto, não há conflito porque o agente dá seu consentimento, expresso ou tácito, escrito ou verbal, prévia ou simultaneamente ao ato, e aceita a ofensa ao seu bem jurídico, este penalmente tutelado. No dizer de Luiz Flávio GOMES:

O consentimento válido da vítima nos casos em que produz efeitos penais afasta a conflitividade, que é barreira intransponível da incidência do Direito penal. Sem conflitividade (e afetação desvalorada de bens jurídicos alheios) não há delito.²¹¹

O ordenamento jurídico-penal brasileiro não contempla o consentimento do ofendido expressamente. Mesmo diante da ausência de previsão legal, a doutrina brasileira reconhece o consentimento do ofendido como causa de exclusão da tipicidade ou da antijuridicidade.²¹²

²¹¹ GOMES, L. F.; MOLINA, A. G.P. de. Op. cit., p. 369.

²¹² O Código Penal Italiano prevê o consentimento do ofendido no artigo 50: “não é punível quem ofende ou põe em perigo um direito, com o consentimento da pessoa que dele pode validamente dispor.” Já o Código Penal Português dispõe no artigo. 38.1: “Além dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes. 2. O consentimento pode ser

Importante estabelecer, de início, que o consentimento do ofendido pode possuir natureza jurídica de excludente de tipicidade, de excludente de antijuridicidade ou de causa de diminuição de pena.²¹³

A doutrina tradicional considera que o consentimento do ofendido importará em exclusão de tipicidade quando o tipo penal exigir o dissentimento da vítima titular do bem jurídico; e, importará em exclusão da antijuridicidade na hipótese de se tratar de bem jurídico disponível e seu titular consentir validamente na lesão.²¹⁴ Nesse sentido entendem: Heleno Cláudio FRAGOSO²¹⁵, Francisco de Assis TOLEDO²¹⁶, Cezar Roberto BITENCOURT²¹⁷, José Henrique PIERANGELI²¹⁸, dentre outros.

Heleno Cláudio FRAGOSO aduz:

Não alude a lei ao consentimento do ofendido como causa de exclusão da ilicitude. Todavia, há casos em que a renúncia do titular do bem jurídico afasta a ilicitude, pois a proteção jurídica está em função da ausência de consentimento. Não nos referimos às hipóteses em que o dissenso da vítima é elementar à conduta típica, pois em tais situações o consentimento exclui a tipicidade [...] Referimo-nos aos casos em que a tutela jurídica se exerce em relação a *bem jurídico disponível*, ou seja, a bem jurídico exclusivamente de interesse privado (que a lei protege somente se é atingido contra a vontade do interessado).²¹⁹

expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, e pode ser livremente revogado até a execução do fato. 3. O consentimento só é eficaz se prestado por quem tiver mais de 14 anos e possuir discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta. 4. Se o consentimento não for conhecido do agente, este é punível com pena aplicável à tentativa.” (PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 412)

²¹³ GOMES, L. F.; MOLINA, A. G.P. de. Op. cit., p. 368.

²¹⁴ Id.

²¹⁵ FRAGOSO, H. C. **Lições...**, p. 192-193.

²¹⁶ TOLEDO, F. de A. **Illicitude...**, p. 128-129.

²¹⁷ BITENCOURT, C. R. Op. cit., p. 253.

²¹⁸ PIERANGELI, José Henrique. **O Consentimento do ofendido na teoria do delito**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 98.

²¹⁹ FRAGOSO, H. C. **Lições...**, p. 192-193.

A exclusão da tipicidade ocorre, por exemplo, nos artigos 126 e 150, ambos do Código Penal.²²⁰ No crime de aborto provocado por terceiro o consentimento da gestante constitui elemento do tipo objetivo de modo que, dissente a gestante, a conduta do agente será atípica em relação ao artigo 126, podendo caracterizar o crime do artigo 125, que sanciona a conduta de provocar aborto sem o consentimento da gestante.²²¹ No crime de violação de domicílio a expressão “contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito” determina que o dissenso do morador é essencial para a configuração do crime.²²²

O mesmo não ocorre, por exemplo, no crime de furto previsto no artigo 155 do Código Penal.²²³ É possível que o dono da coisa furtada concorde com a subtração. Porém, como o consentimento do titular do bem jurídico lesado não está previsto no tipo objetivo, esse ato de renúncia não é causa de atipia, mas de justificação da conduta típica, segundo a doutrina clássica.

Noutra perspectiva, o consentimento do ofendido passou a ser desenvolvido pela doutrina moderna a partir de novos parâmetros. Assim como no exercício regular de direito e no estrito cumprimento do dever legal, a teoria da tipicidade

²²⁰ BITENCOURT, C. R. Op. cit., p. 253.

²²¹ Aborto provocado por terceiro

Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena – reclusão, de três a dez anos.

Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena – reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. (BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 dez.1940. Código Penal. Publicado no DOU de 31 dez. 1940.)

²²² Violação de domicílio

Art. 150. Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:

Pena – detenção, de um a três meses, ou multa. (BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 dez.1940. Código Penal. Publicado no DOU de 31 dez. 1940.)

²²³ Furto

Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa. (BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 dez.1940. Código Penal. Publicado no DOU de 31 dez. 1940.)

conglobante e da imputação objetiva renovam o entendimento doutrinário tradicional quanto ao consentimento do ofendido.

Com efeito, segundo esse novo posicionamento, o consentimento do ofendido pode excluir a tipicidade (tipicidade formal e tipicidade material ou tipicidade conglobante), a antijuridicidade e pode ser causa de diminuição de pena.²²⁴

Quando a descrição típica exigir o dissentimento da vítima, como no já citado artigo 150 do Código Penal, da anuência da vítima decorre a exclusão da tipicidade, seja a tipicidade legal de Eugenio Raúl ZAFFARONI²²⁵ ou a tipicidade formal, como entende Luiz Flávio GOMES.²²⁶ Assim, não sendo preenchidos todos os requisitos do tipo objetivo, a tipicidade não se afirma.

A tipicidade conglobante ou tipicidade material também poderá ser excluída frente ao consentimento do ofendido, porque este tem o condão de afastar os elementos antinormatividade (antinormatividade é a contrariedade entre o fato e a norma anteposta à lei e a aquiescência da vítima afasta este elemento) e tipicidade material (o requisito da criação de risco proibido fica prejudicado quando frente ao consentimento do ofendido. Há, na verdade, criação de risco permitido, como por exemplo, na doação de sangue, intervenção cirúrgica terapêutica ou estética, lesões esportivas, tatuagens, vasectomia, laqueadura, corte de cabelo etc.) Segundo Luiz Flávio GOMES, há exclusão da dimensão axiológica do fato típico quando o bem jurídico for disponível e o consentimento da vítima for válido.²²⁷ Vale registrar as ponderações do autor:

²²⁴ GOMES, L. F.; MOLINA, A. G.P. de. Op. cit., p. 368.

²²⁵ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Op. cit., p. 436.

²²⁶ GOMES, L. F.; MOLINA, A. G.P. de. Op. cit., p. 369.

²²⁷ Id.

No estupro, na violação de domicílio etc., havendo consentimento válido da vítima não se realiza formalmente a conduta proibida. Logo, não há a dimensão fática ou a tipicidade formal. No caso de pequena lesão corporal consentida, o que se exclui é a dimensão normativa ou material (a desaprovação da conduta, que não cria risco proibido, ao contrário [sic], risco permitido, consentido).²²⁸

Ainda, a renúncia à tutela penal do bem jurídico pelo seu titular, poderá configurar-se como causa de justificação. Isto ser dará quando os bens jurídicos são muito relevantes e quando há um contexto justificante, ou seja, uma necessidade de se salvar outro bem jurídico. Aplica-se para tanto, a teoria do interesse preponderante. Exemplo: para salvar a vida de uma pessoa, retira-se o rim de outra.²²⁹ Ressalte-se, porém, que por ausência de previsão expressa no artigo 23 do Código Penal, o consentimento do ofendido assume a condição de causa supralegal de exclusão da antijuridicidade.

Assevera Luiz Flávio GOMES:

Quando se trata de bens jurídicos sumamente relevantes para a pessoa (para o desenvolvimento de sua personalidade), não basta o consentimento da vítima para afastar o delito, senão também um contexto justificante. Há casos, assim, em que o consentimento da vítima só pode ter efeito dentro da antijuridicidade (quando um bem jurídico é afetado para salvar outro de igual ou maior valor).²³⁰

Assim, segundo esse novo posicionamento doutrinário, a regra é que o consentimento do ofendido tenha natureza de causa excludente de tipicidade. Somente quando o bem jurídico for de suma relevância e vital para a pessoa e o

²²⁸ GOMES, L. F.; MOLINA, A. G.P. de. Op. cit., p. 369.

²²⁹ Ibid., p. 370.

²³⁰ Id.

consentimento à sua ofensa estiver dentro de uma situação fática justificante é que assumirá a natureza de excludente supralegal da antijuridicidade.

Por fim, o consentimento do ofendido, caso não exclua a tipicidade nem a antijuridicidade poderá ser valorada pelo juiz como causa de diminuição de pena (exemplo: no caso da eutanásia, a vítima consente em abreviar sua vida. Como, a vida, segundo a maioria doutrinária, é indisponível, o autor que ajuda a vítima responderá por homicídio privilegiado) e também como circunstância judicial favorável ao réu em razão do comportamento da vítima (artigo 59 do Código Penal).²³¹

Vê-se, pois, que o consentimento do ofendido pode ser estudado segundo a doutrina tradicional ou moderna. Necessário ponderar, que a autora dessa produção monográfica adere ao novo posicionamento doutrinário penal no sentido de admitir que a tipicidade tenha caráter formal e material e que o consentimento do ofendido, enquanto renúncia do titular do bem jurídico à sua tutela penal pode assumir a natureza de causa excludente da tipicidade, de causa supralegal excludente da antijuridicidade e de causa de diminuição de pena.

3.6.2 Requisitos

Para a configuração do consentimento do ofendido, seja enquanto excludente da tipicidade material (para a nova doutrina), seja enquanto causa supralegal de

²³¹ GOMES, L. F.; MOLINA, A. G.P. de. Op. cit., p. 370-371.

exclusão da antijuridicidade (para a clássica doutrina), é necessário o preenchimento dos requisitos a seguir analisados.

3.6.2.1 Capacidade do consenciente

Para a validade do consentimento é necessário que o titular do bem jurídico seja capaz abstrata e concretamente de manifestar seu assentimento.

A capacidade em abstrato denota que a vítima deve possuir capacidade penal, ou seja, ser maior de dezoito anos. Importante acrescentar que a doutrina diverge quanto à necessidade da vítima possuir maioridade penal. A vertente favorável a esse requisito, dentre eles José Henrique PIERANGELI, Luiz Flávio GOMES e Rogério GRECO, argumenta que os menores de dezoito anos sujeitam-se à legislação especial (Estatuto da Criança e do Adolescente) e que somente nessa idade é que passa a ser imputável penalmente (Código Penal).²³² A vertente doutrinária que sustenta a desnecessidade da maioridade penal afirma ser válido o consentimento de vítima menor de dezoito anos e maior de quatorze anos, exigindo-se apenas a capacidade em concreto. Dentre os adeptos desse entendimento estão Juarez Cirino dos SANTOS e Luiz Regis PRADO. Para Juarez Cirino dos SANTOS “até 14 anos, *incapacidade* de consentimento; entre 14 e 18 anos, *possível capacidade* de consentimento; a partir de 18 anos, *capacidade* de consentimento.”²³³

²³² PIERANGELI, J. H. Op. cit., p. 138.

²³³ SANTOS, J. C. dos. **Direito...**, p. 266.

A capacidade em concreto é a capacidade da vítima de compreender a situação em que se encontre, o ato de renunciar ao bem jurídico e à sua proteção penal e os efeitos que decorrerão do consentimento.

Francisco de Assis TOLEDO observa: “que o ofendido, no momento da aquiescência, esteja em condições de compreender o significado e as consequências de sua decisão, possuindo, pois, capacidade para tanto.”²³⁴

Em síntese, a capacidade da vítima é o primeiro requisito à validade do consentimento, exigindo-se que a mesma seja penalmente imputável e que compreenda, concretamente, a situação fática, o ato de consentir e os efeitos daí decorrentes.

3.6.2.2 Anterioridade do consentimento

Ainda, é preciso que a anuência do consenciente seja dada prévia ou simultaneamente à conduta do agente, de modo que o consentimento dado posteriormente não configura a causa excludente, podendo apenas caracterizar renúncia ou perdão nos crimes de ação penal privada.²³⁵

²³⁴ TOLEDO, F. de A. *Ilícitude...*, p. 130.

²³⁵ CUNHA, R. S. *Op. cit.*, p. 71.

3.6.2.3 Vontade livre

No momento do consentimento é preciso também que o consenciente esteja livre para manifestar sua vontade, isto é, não esteja sob coação moral, fraude ou outro vício de vontade.²³⁶

3.6.2.4 Disponibilidade do bem jurídico

Ainda, para configurar causa de exclusão, requer-se que o bem jurídico sobre o qual recai o consentimento, seja disponível por seu titular.

Não existe um critério exato para estabelecer quais bens jurídicos são disponíveis e quais são indisponíveis.

Na tentativa de alcançar um critério, já se defendeu que, com base no direito processual, quando a ação penal fosse pública incondicionada, o bem jurídico era indisponível. Já quando a ação penal fosse de iniciativa privada, o bem jurídico era disponível. Também, há um setor doutrinário, que estabelece a distinção segundo a utilidade social do bem, ou seja, havendo utilidade social imediata o bem jurídico é indisponível, ao passo que não havendo tal utilidade o bem jurídico é disponível.²³⁷

Para Heleno Cláudio FRAGOSO, indisponíveis são aqueles bens em que há interesse coletivo na sua conservação. Disponíveis são aqueles bens de interesse

²³⁶ TOLEDO, F. de A. *Illicitude...*, p. 130.

²³⁷ PIERANGELI, J. H. *Op. cit.*, p. 119.

exclusivamente privado, que a lei só protege se são atingidos contra a vontade do titular.²³⁸

Contudo, observa José Henrique PIERANGELI, que não é possível fixar um critério seguro para concluir pela disponibilidade ou indisponibilidade de um bem jurídico, porque existem vários fatores a influenciar nessa distinção, como os usos e costumes de um local, a escolha do legislador, a sucessão de leis, a mutação de interpretação etc.²³⁹ Por tais razões, o autor aduz que para se estabelecer limites ao consentimento do ofendido, é necessário observar:

- 1.º) há que se percorrer não só um ramo do Direito, mas todos os princípios gerais que formam a base do ordenamento jurídico estatal;
- 2.º) na realização desse trabalho, o intérprete deve reportar-se a todas as fontes (imediatas e mediatas), e, a partir daí, examinar os decretos, atos administrativos, regulamentos, portarias e pesquisar o direito consuetudinário;
- 3.º) o critério adotado pelo legislador para a fixação da natureza da ação penal é arbitrário, e, por consequência, inseguro, mas sempre servirá ao intérprete, desde que não seja usado com exclusividade.²⁴⁰

Importante registrar o entendimento de Eugenio Raúl ZAFFARONI. Este autor define bem jurídico-penal como a “relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam.”²⁴¹ Assim, considerando que o bem jurídico é uma relação de disponibilidade e não o ente em si, ou seja, que a proteção penal do bem jurídico ocorre tendo em conta uma pessoa, é possível concluir que, para o autor, não existem bens jurídicos indisponíveis. O que pode existir é um campo maior ou menor de proteção e disposição. Afirma o autor:

²³⁸ FRAGOSO, H. C. **Lições...**, p. 192-193.

²³⁹ PIERANGELI, J. H. Op. cit., p. 119-120.

²⁴⁰ Ibid., p. 121.

²⁴¹ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Op. cit., p. 439.

Na realidade, não se trata de indisponibilidade de bens jurídicos – o que é uma contradição – e sim de bens jurídicos cuja disposição é cercada de certas garantias, que impedem o reconhecimento de algumas formas de acordo, particularmente quando não são racionalmente compreensíveis.²⁴²

Porém, prevalece na doutrina que existem bens jurídicos indisponíveis, como a vida e os bens coletivos. Quanto à integridade física, a doutrina não é peremptória, mas prevalece que se trata de bem disponível. Nesse sentido entendem Claus ROXIN²⁴³, Jorge de Figueiredo DIAS²⁴⁴, Francisco de Assis TOLEDO²⁴⁵, Rogério GRECO²⁴⁶, Luiz Flávio GOMES²⁴⁷, dentre outros. Os bens jurídicos patrimoniais são, por sua própria natureza, disponíveis, já que podem ser objeto de alienação.

Em suma, é requisito essencial para a configuração do consentimento do ofendido que a renúncia à tutela penal tenha por objeto um bem jurídico disponível.

3.6.2.5 Consciência do consentimento por parte do agente

Trata-se de requisito subjetivo a exigência de que o agente tenha conhecimento do consentimento dado pela vítima. Assim, “o agente deve agir sabendo estar autorizado pela vítima (elemento subjetivo).”²⁴⁸

²⁴² ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Op. cit., p. 527.

²⁴³ ROXIN, C. Op. cit., p. 529-530.

²⁴⁴ DIAS, J. de F. Op. cit., p. 479-480.

²⁴⁵ TOLEDO, F. de A. **Illicitude...**, p. 129.

²⁴⁶ GRECO, R. Op. cit., p. 405.

²⁴⁷ GOMES, L. F.; MOLINA, A. G.P. de. Op. cit., p. 370-371.

²⁴⁸ CUNHA, R. S. Op. cit., p. 71.

3.6.3 Consentimento presumido

O consentimento do ofendido, quando não for real (manifestado pelo titular do bem jurídico), poderá ser presumido (o agente pressupõe a existência de aquiescência da vítima).

Enquanto que o consentimento real pode possuir natureza jurídica de causa excludente de tipicidade ou supralegal de antijuridicidade²⁴⁹, o consentimento presumido é considerado como causa de exclusão da antijuridicidade.²⁵⁰

Esta forma de renúncia à tutela penal de um bem jurídico coloca o autor em uma situação delicada, pois ele pressupõe que a vítima consentiria em virtude de determinadas circunstâncias. Para superar essa dificuldade, impõe-se a observância de requisitos, estabelecidos segundo a teoria objetiva ou subjetiva.²⁵¹

Para a teoria objetiva, a eficácia do consentimento presumido pressupõe:

1.º) presença de todos os pressupostos objetivos requeridos para um consentimento válido e operante; 2.º) ausência de um consentimento real; 3.º) contraposição entre dois (ou mais) bens jurídicos pertencentes a um único titular do direito; um prevalente (maior) que deve ser salvaguardado, e, outro, secundário (menor), que é o lesado pelo agente.²⁵²

Já a teoria subjetiva sustenta que além dos requisitos objetivos citados, é necessário que o agente do fato possua a consciência de que está diante da

²⁴⁹ A doutrina se divide em paradigma monista e dualista quando trata do consentimento real do ofendido. Para os adeptos do paradigma monista, como Claus ROXIN, o consentimento real possui natureza jurídica de causa excludente de tipicidade. Para os adeptos do paradigma dualista, como Jorge de Figueiredo DIAS, o consentimento real pode se configurar em causa excludente de tipicidade ou de antijuridicidade. (ROXIN, C. Op. cit., p. 517; DIAS, J. de F. Op. cit., p. 474-475).

²⁵⁰ ROXIN, C. Op. cit., p. 765; DIAS, J. de F. Op. cit., p. 489.

²⁵¹ PIERANGELI, J. H. Op. cit., p. 161-162.

²⁵² Ibid., p. 162.

presunção de que o titular teria consentido se conhecesse a realidade e, ainda, é preciso que o agente do fato atue com consciência e vontade de agir no interesse da vítima. Pela própria condição de ser presumido, a análise do consentimento do ofendido pelo agente do fato (e pelo juiz) se dará através de um juízo hipotético de probabilidade, ou seja, deduzir qual decisão teria tomado o titular do bem jurídico.²⁵³

Fritjof HAFT, trazido à colação por Juarez Cirino dos SANTOS, leciona que o consentimento presumido pode ocorrer em dois grupos de casos. O primeiro caso verifica-se quando, embora não obtido, o consentimento seria dado pelo titular do bem jurídico (exemplo: cirurgia urgente em vítima inconsciente de acidente). O segundo caso trata-se da hipótese que o consentimento pode ser obtido, mas é desnecessário (exemplo: ingressar em casa alheia para apagar incêndio).²⁵⁴

Desse modo, subsidiariamente ao consentimento real, poderão ocorrer casos em que o consentimento do ofendido seja presumido, configurando hipótese de exclusão da antijuridicidade.

3.7 OFENDÍCULOS

Ofendículos são aparatos, meios ou instrumentos de defesa do patrimônio ou de qualquer outro bem jurídico, contra lesão ou perigo de lesão, como por exemplo,

²⁵³ PIERANGELI, J. H. Op. cit., p. 163.

²⁵⁴ HAFT, Fritjof. **Strafrecht**, Allgemeiner Teil. 6. ed. 1994. p. 106. *apud* SANTOS, J. C. dos. **Direito...**, p. 269.

a colocação de cacos de vidro em muro, cercas elétricas, grades pontiagudas, cão feroz etc.

Questão interessante é saber qual a natureza jurídica dos ofendículos. A doutrina é dissonante e se divide em quatro correntes:

A primeira corrente sustenta que o ofendículo enquanto não acionado configura exercício regular de direito, ou seja, direito que o titular do direito ameaçado tem de lançar mão de meios de proteção de sua propriedade ou outro bem jurídico. Todavia, se é acionado, ou seja, se ocorre lesão ou perigo de lesão ao patrimônio, configura-se em legítima defesa, oferecendo esse instituto mais condições de avaliação do caso concreto. Vale ressaltar que esse é o entendimento majoritário na doutrina. São adeptos desse entendimento Cezar Roberto BITENCOURT, Luiz Flávio GOMES, e Damásio Evangelista de JESUS.

Assevera Cezar Roberto BITENCOURT:

Na verdade, acreditamos que a decisão de instalar os ofendículos constitui *exercício regular de direito, isto é, exercício do direito de autoprotoger-se*. No entanto, quando reage ao ataque esperado, inegavelmente, constitui *legítima defesa preordenada*.²⁵⁵

No mesmo sentido, importante são as lições de Luiz Flávio GOMES:

A colocação dos ofendículos, desde que dentro dos limites legais e razoáveis, constitui exercício regular de direito (excludente da tipicidade material). Quando tais ofendículos funcionam concretamente resta ao juiz examinar o seguinte: o exercício foi ou não regular. Se foi regular não há tipicidade material (não há criação de risco proibido). Se foi irregular há tipicidade material. Só então constar a questão da antijuridicidade.²⁵⁶

Para Damásio Evangelista de JESUS,

²⁵⁵ BITENCOURT, C. R. Op. cit., p. 275.

²⁵⁶ GOMES, L. F.; MOLINA, A. G.P. de. Op. cit., p. 367.

A predisposição do aparelho, de acordo com a doutrina tradicional, constitui e exercício regular de direito. Mas, quando funciona em face de uma ataque, o problema é de legítima defesa preordenada, desde que a ação do mecanismo não tenha início até que tenha lugar o ataque e que a gravidade de seus efeitos não ultrapasse os limites da excludente da ilicitude.²⁵⁷

A segunda corrente defende que o ofendículo, acionado ou não, configura exercício regular de direito. Esse entendimento é adotado por Aníbal BRUNO e Júlio Fabrini MIRABETE.

Segundo Aníbal BRUNO “a essa mesma categoria de exercício de um direito pertence o ato do indivíduo que, para defender a sua propriedade, cerca-a de vários meios de proteção, as chamadas defesas predispostas ou *offendicula*”.²⁵⁸

Essa corrente refuta a possibilidade de configuração da legítima defesa preordenada, sob o argumento de que falta o requisito subjetivo relacionado ao fato concreto.²⁵⁹

A terceira corrente entende que o ofendículo, acionado ou não, configura legítima defesa. Cite-se como partidários dessa corrente Nelson HUNGRIA e Francisco de Assis TOLEDO. Este autor afirma: “preferimos situar o tema nos limites da legítima defesa precisamente para excluir da justificação certos abusos que nesta área se praticam.”²⁶⁰

Por fim, a quarta corrente diferencia ofendículo e defesa mecânica predisposta. Ofendículo é visível e facilmente percebido (exemplo: caco de vidro no muro), configurando hipótese de exercício regular de direito, acionado ou não. Já a

²⁵⁷ JESUS, D. E. de. Op. cit., p. 398.

²⁵⁸ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Tomo II. p. 9. *apud* GRECO, Rogério. Op. cit., p. 93-94.

²⁵⁹ MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de direito penal**: parte geral arts. 1º a 120 do CP. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2003. p. 191.

²⁶⁰ TOLEDO, F. de A. **Ilicitude...**, p. 88-89.

defesa mecânica preordenada está oculta e configura legítima defesa. Esse posicionamento é adotado, conforme afirma Damásio Evangelista de JESUS, por Luis Jiménez de ASÚA, SOLER e Raul GOLDSTEM.²⁶¹

Importante ressaltar que a utilização dos ofendículos, ainda que admitida pela doutrina brasileira, está condicionada ao seu uso regular, ou seja, sem excessos. O uso irregular e a desproporcionalidade entre o bem protegido e o resultado indicam que o titular do bem protegido pode ser punido.²⁶²

Do exposto, conclui-se que a doutrina brasileira admite a utilização dos ofendículos para a defesa da propriedade ou de outro bem do titular, sem excessos. Segundo maioria da doutrina nacional, constitui exercício regular o direito instalar os ofendículos, como forma de proteção. Porém, se os ofendículos são acionados e causam lesão ao atacante, aplica-se a legítima defesa, forma mais adequada de examinar as circunstâncias do caso concreto.

3.8 EXCESSO NAS CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO

3.8.1 Previsão legal

O agente do fato justificado poderá ser punido pelo excesso que cometer, com base no artigo 23, parágrafo único do Código Penal: “Parágrafo único. O

²⁶¹ JESUS, D. E. de. Op. cit., p. 397-398.

²⁶² GOMES, L. F.; MOLINA, A. G.P. de. Op. cit., p. 367.

agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.”²⁶³

3.8.2 Conceito

O excesso punível é aquele que ocorre quando o agente do fato justificado ultrapassa o limite entre o proibido e o permitido, ou seja, inicia sua conduta amparada por uma causa permissiva, mas na execução ele se excede.

3.8.3 Classificação

3.8.3.1 Excesso crasso

Considera-se crasso o excesso quando o autor atua desde o início fora dos limites legais, ou seja, de forma desproporcional. Exemplo: dono de mercearia que mata a criança que lhe furtava uma laranja. Neste caso, o agente responderá pelo homicídio doloso porque houve excesso na sua reação.²⁶⁴

²⁶³ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 dez.1940. Código Penal. Publicado no DOU de 31 dez. 1940.

²⁶⁴ GOMES, L. F.; MOLINA, A. G.P. de. Op. cit., p. 453.

3.8.3.2 Excesso accidental

Excesso accidental é aquele em que o autor da repulsa atua moderadamente, mas por um acidente ou condição pessoal do agressor, este vem a sofrer uma lesão maior do que a correspondente à reação moderada, razão pela qual tal excesso não é punido. Exemplo: autor repele agressão com um soco e o agressor morre porque bate a cabeça numa pedra.²⁶⁵

3.8.3.3 Excesso extensivo

O excesso extensivo é também chamado de excesso na causa. Configura-se esse excesso quando o agente “repele” uma agressão que ainda não se iniciou, mas já foi anunciada pelo agressor. Assim, por exemplo, na legítima defesa a reação justificada é aquela que atua para repelir uma agressão atual ou iminente; no excesso extensivo, o autor atua antes da agressão, respondendo pelo crime a título de dolo.²⁶⁶ Luiz Flávio GOMES preleciona:

Quando o sujeito “reage” a um ataque meramente esperado (mas não ainda em andamento ou em curso), não atua legitimamente. Há excesso extensivo quando (ainda) não há *necessidade* efetiva e

²⁶⁵ GOMES, L. F.; MOLINA, A. G.P. de. Op. cit., p. 454-455.

²⁶⁶ Ibid., p. 453.

concreta da defesa. A defesa desnecessária é penalmente punível. O agente não atua dentro do que é permitido.²⁶⁷

Portanto, no excesso extensivo a reação do agente é antecipada ao ataque, de modo que tal conduta não é justificada: o agente responde pelo crime doloso.

3.8.3.4 Excesso intensivo

Configura-se o excesso intensivo quando o agente, que atua inicialmente justificado por alguma causa permissiva, ultrapassa os limites do permitido e ingressa em zona proibida. Este excesso, segundo o parágrafo único do artigo 23 do Código Penal, poderá ser doloso ou culposo.

Será doloso o excesso intensivo quando o agente do fato justificado ultrapassa propositadamente o limite permitido e ingressa em zona proibida. De salientar que não se confunde o dolo (elemento da tipicidade) com excesso doloso (a punição aplicada refere-se ao excesso na atuação inicialmente justificada). Exemplo: o agente que após dominar seu agressor (atuação justificada), passa a agredi-lo (excesso injustificado).²⁶⁸

Segundo Cezar Roberto BITENCOURT

O excesso será doloso quando o agente, deliberadamente, aproveita da situação excepcional que lhe permite agir, para impor sacrifício maior do

²⁶⁷ GOMES, L. F.; MOLINA, A. G.P. de. Op. cit., p. 453

²⁶⁸ Ibid., p. 454.

que o estritamente necessário à salvaguarda do seu direito ameaçado ou lesado.²⁶⁹

Por sua vez, será culposo o excesso intensivo quando o agente do fato justificado ultrapassa a zona permitida por quebra de dever de cuidado. É comportamento doloso (porque existe dolo enquanto elemento da tipicidade), sendo culposo o excesso.

De ponderar que a culpa do excesso pode ser própria ou imprópria. Quando o agente está efetivamente em uma situação justificante e nela se excede por culpa, o excesso será punido a título de culpa própria, porque incidiu em erro sobre os limites da norma permissiva (erro de proibição indireto) e quando o fato esteja previsto na modalidade culposa, com fundamento nos artigos 18, parágrafo único e 21, ambos do Código Penal. Assim, neste caso, o agente erra ao dar continuidade à agressão de maneira culposa (culpa própria).

Diferente é o caso em que o agente acredita, falsamente, que está em situação justificante, e, por erro vencível, repele a agressão e se excede. Trata-se de comportamento doloso tratado como culposo (culpa imprópria) por razões de política criminal, porque é aplicado a pena do delito culposo ao agente, com base na segunda parte do §1º do artigo 20 do Código Penal.

Eugenio Raúl ZAFFARONI assevera:

A doutrina sustenta que esta hipótese do “excesso culposo” ocorre quando o agente acredita persistirem as circunstâncias justificantes, e estas inexistem, tratando-se de erro vencível, ou seja, de uma apreciação imprudente ou negligente os requisitos da justificação.²⁷⁰

²⁶⁹ BITENCOURT, C. R. Op. cit., p. 254.

²⁷⁰ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Op. cit., p. 567.

Assim, o excesso intensivo ocorre quando o agente ultrapassa, dolosa ou culposamente, os limites permitidos para atuação justificada e passa a atuar em zona proibida, ou seja, injustificadamente.

4 CONCLUSÃO

O Direito Penal é um dos importantes meios utilizados para a estabilização dos conflitos sociais e sua função é a de promover a paz social. A fixação de uma pena como resposta do poder punitivo estatal deve ser precedida de um processo judicial em que se comprove que o comportamento do agente é típico, antijurídico e culpável.

Ressalte-se que esse processo metodológico e analítico de verificação do crime deve ser encarado como uma garantia do indivíduo frente ao arbítrio estatal, ao mesmo tempo em que legitima a intervenção punitiva. Uma dessas etapas consiste na constatação da antijuridicidade da conduta, a qual poderá ser afastada por alguma causa permissiva. Neste caso, a conduta, embora típica, não será ilícita e, por consequência, não poderá sofrer sanção penal punitiva, impondo-se a absolvição do acusado.

O presente trabalho monográfico, dando-se conta da importância do estudo das causas excludentes da antijuridicidade, buscou inicialmente tratar de noções gerais sobre antijuridicidade, oportunidade em que se pode concluir:

1. A antijuridicidade pode ser definida como sendo o juízo de valor negativo que recai sobre a conduta humana constatando a contrariedade entre essa conduta e o ordenamento jurídico.

2. A evolução histórica da antijuridicidade, acompanhando o desenvolvimento da teoria do crime, deve ser estudada nos períodos pré-causalista, causal-naturalista, neokantista, finalista e funcionalista. Durante o período pré-

causalista, não se falava em antijuridicidade. A primeira noção de antijuridicidade dada por Adolf MERKEL e Karl BINDING e ela era subjetiva. A antijuridicidade objetiva e independente da culpabilidade foi desenvolvida por Rudolf von IHERING. Mas foi somente com Franz von LISZT, na fase causal-naturalista, que essa concepção foi trazida para o direito penal. A antijuridicidade, enquanto contrariedade entre conduta e norma, ao lado da tipicidade desenvolvida por Ernst von BELING, compunha a face objetiva do crime (a face subjetiva era a culpabilidade). Durante o Neokantismo, houve o rompimento do esquema objetivo-subjetivo e com Max Ernst MAYER sustentou-se o caráter indiciário do tipo em relação à antijuridicidade. Mas, Edmund MEZGER o tipo perde autonomia e passa a ser apenas um momento da antijuridicidade. Com o Finalismo, cujo expoente era Hans Welzel (século XX), surgiu a concepção de ilícito pessoal, no sentido de que a antijuridicidade possuía caráter objetivo e subjetivo. No período finalista, retomou-se a função indiciária do tipo. A partir da década de 70, ganharam destaque as Teorias Funcionalistas, cujos nomes principais são Claus ROXIN e Günther JAKOBS. Todavia, as inovações na teoria do crime trazidas por essa escola pouco influenciaram no estudo da antijuridicidade, que continua a ser compreendida como o segundo elemento específico do crime e definida como contrariedade entre conduta humana e ordenamento jurídico.

3. A antijuridicidade pode ser classificada em antijuridicidade formal (conduta humana deve violar uma norma penal), material (conduta humana deve ofender injustamente a um bem jurídico-penal) ou unitária (a conduta humana se choca com o ordenamento jurídico e com os bens jurídicos). Ressaltou-se que o ordenamento

jurídico-penal brasileiro aderiu ao modelo de antijuricidade formal, pois a ofensa aos bens jurídicos pertence à análise da tipicidade.

4. A teoria da indiciabilidade ou *ratio cognoscendi*, à qual se filia a maioria da doutrina brasileira, é a teoria que fundamenta a relação entre tipicidade e antijuricidade, no sentido de que uma conduta típica é um indício de que, provavelmente, será também antijurídica.

5. O ordenamento jurídico-penal prevê tipos permissivos à prática de uma conduta humana típica. Quanto à estrutura, o tipo permissivo possui elementos objetivos e subjetivos, segundo o entendimento doutrinário majoritário. Quanto ao fundamento (teorias monistas e pluralistas), o sistema jurídico-penal brasileiro vincula-se à teoria pluralista, pois não existe um alicerce único capaz de fundamentar todas as causas justificantes do ordenamento jurídico. Quanto à classificação, os tipos permissivos podem ser categorizados em causas legais e supralegais justificantes.

Após serem dadas as noções introdutórias sobre a antijuricidade, primeira parte do trabalho, os esforços foram destinados ao estudo específico das causas excludentes de antijuricidade, legais e supralegais, as quais constituíram o objeto principal dessa produção monográfica. Tratou-se das seguintes causas justificantes: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal, exercício regular de direito e consentimento do ofendido. A apreciação desses temas permite concluir:

1. O estado de necessidade é conceituado no artigo 24 do Código Penal e pode ser entendido como a situação em que o agente pratica um fato típico, predominantemente agressivo, para salvar de perigo atual, involuntário e inevitável,

direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se, lesionando direito de outrem. Neste caso, o conflito se dá entre bens jurídicos legítimos, razão pela qual, deve-se recorrer ao princípio da ponderação de interesses para saber qual interesse é mais valioso para prevalecer no caso concreto. São seus requisitos: a) perigo atual; b) situação de perigo não causada voluntariamente; c) finalidade de salvaguardar direito próprio ou alheio; d) inexistência do dever legal de arrostar o perigo; e) inevitabilidade da lesão; f) inexigibilidade de sacrifício do direito ameaçado; f) aspecto subjetivo. O estado de necessidade pode ser classificado em: a) quanto à natureza em estado de necessidade justificante e exculpante; b) quanto à titularidade em estado de necessidade próprio e de terceiro; c) quanto ao elemento subjetivo em estado de necessidade real e putativo; d) quanto ao terceiro que sofre a ofensa em estado de necessidade defensivo e agressivo.

2. A legítima defesa está definida o artigo 25 do Código Penal, e pode ser entendida como a situação fática de agressão injusta, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem, sem possibilidade de recorrer ao Estado, para repelir essa agressão, usando moderadamente dos meios necessários. Diferentemente do estado de necessidade, na legítima defesa há o conflito entre um interesse legítimo e outro ilegítimo, devendo prevalecer aquele, ainda que menos valioso. A legítima defesa possui duplo fundamento: (a) princípio da reafirmação do direito em face do injusto; (b) princípio da proteção individual. São seus requisitos: a) agressão injusta; b) agressão atual ou iminente; c) necessidade da defesa; d) moderação da defesa; e) finalidade de salvaguardar direito próprio ou alheio; f) aspecto subjetivo. Ainda, a legítima defesa pode ser classificada: a) quanto à titularidade em legítima defesa

própria e de terceiro; b) quanto ao elemento subjetivo em legítima defesa real e putativa; c) quanto à reação em legítima defesa defensiva e agressiva; d) em legítima defesa sucessiva; e) em legítima defesa recíproca; f) em legítima defesa subjetiva.

3. O estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular de direito estão previstos no artigo 23, inciso III do Código Penal como causas excludentes de antijuridicidade. A natureza jurídica dessas causas, porém, foi estudada e questionada frente à evolução doutrinária da teoria do delito, que passou a contar com as teorias da tipicidade conglobante e imputação objetiva. Por meio dessas teorias, o estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular de direito são causas excludentes da tipicidade e não da antijuridicidade. Isto porque, tais teorias trazem em seu bojo os conceitos de antinormatividade (teoria da tipicidade conglobante de Eugenio Raúl ZAFFARONI) e nexu normativo (criação de riscos não permitidos e realização do risco no resultado concreto, segundo a teoria da imputação objetiva de Claus ROXIN). A primeira teoria sustenta que se por antinormatividade se entende a contrariedade do fato à norma contida no tipo penal, consequência é que a autorização legal para o ato ou o cumprimento de um direito desconfigurariam a tipicidade do fato e não antijuridicidade; o que está permitido em uma lei não pode estar proibido em outra. Já, para a teoria da imputação objetiva, se o risco é expressamente tolerado e permitido pelo poder estatal, não poderá ser ao mesmo tempo proibido; no estrito cumprimento de dever legal, a conduta do agente que cumpre o dever não cria risco proibido, mas sim realiza um risco permitido e imposto; no exercício regular de direito, se uma norma prevê a hipótese como um direito, não pode outra proibir e punir essa conduta, uma vez que não há criação de

risco proibido, mas sim realização de risco expressamente permitido. No decorrer do estudo do tema, a autora deste trabalho ressaltou que adere ao novo posicionamento doutrinário penal, no sentido de admitir que a tipicidade tenha caráter formal e material, e que este pode trazer em seu bojo, como causas excludentes, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito, pois a evolução da teoria do delito exige que o entendimento clássico dê espaço ao novo. Todavia, tendo em vista que o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito ainda estão previstos na lei penal como causas excludentes de antijuridicidade e que a maioria dos juízes continuarão proferindo decisões absolutórias por exclusão da antijuridicidade e não por exclusão da tipicidade, até que sobrevenha modificação legal, é que se optou por continuar tratando das referidas causas como excludentes de antijuridicidade.

4. O estrito cumprimento do dever legal não foi conceituado pelo legislador, mas pode ser definido como situação típica, mas lícita, em que o agente público, no exercício de suas funções, cumpre um dever imposto por lei. O fundamento dessa causa permissiva é o princípio da não contradição, uma vez que não se pode considerar ilícito o comportamento realizado por imposição legal. São seus requisitos: a) legalidade do dever; b) necessidade do ato; c) aspecto subjetivo. Os destinatários regulares são os agentes públicos, no exercício da função pública, mas podem ser os particulares quando exercem uma determinação legal.

5. O exercício regular de direito também não foi conceituado pelo legislador. Pode ser entendido como a situação em que a conduta está permitida pela existência de um direito legalmente definido e condicionada ao exercício regular desse direito. Seu fundamento também é o princípio da não-contradição, já que não

pode ser punido aquilo que, por disposição de lei, se consiste num direito. São seus requisitos: a) exercício de um direito; b) exercício regular; c) aspecto subjetivo. São hipóteses em que se configura o exercício regular de direito: a) atuação *pro magistratu*; b) dever de educação ou direito de castigo.

6. O consentimento do ofendido não foi previsto pelo legislador brasileiro como causa excludente de antijuridicidade. Porém, a sua admissibilidade se sustenta tendo em vista a aceitação pela doutrina de causas supralegais justificantes. Pode ser conceituado como renúncia à tutela penal de um bem jurídico disponível pelo seu próprio titular, que deve ser capaz e livre em sua vontade, afastando, episodicamente, a missão do direito penal de proteção de bens jurídicos. Coube ainda analisar a natureza jurídica do consentimento do ofendido, pois este pode se constituir em excludente de tipicidade, de antijuridicidade ou causa de diminuição de pena. Assim como no estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito, houve influência significativa da teoria do delito sustentada pela nova doutrina em relação ao consentimento do ofendido. Segundo essa nova vertente doutrinária, a qual a autora deste trabalho também se filiou, a regra é que o consentimento do ofendido tenha natureza de causa excludente de tipicidade (formal e material), mas também poderá ser causa supralegal excludente de antijuridicidade e causa de diminuição de pena e circunstância judicial favorável. A tipicidade formal (chamada de tipicidade legal por Eugenio Raúl ZAFFARONI) será excluída quando a descrição típica exigir o dissentimento da vítima. A tipicidade material será afastada quando o consentimento do ofendido representar criação de risco permitido (segundo Eugenio Raúl ZAFFARONI, o consentimento do ofendido exclui o elemento antinormatividade). Constituir-se-á em causa supralegal excludente de

antijuridicidade o consentimento do ofendido quando os bens jurídicos são muito relevantes e quando há um contexto justificante, ou seja, uma necessidade de se salvar outro bem jurídico. Aplica-se para tanto, a teoria do interesse preponderante. Por fim, o consentimento do ofendido pode ser causa de diminuição de pena e circunstância judicial favorável ao réu em razão do comportamento da vítima. São requisitos para a configuração do consentimento do ofendido: a) capacidade do consenciente; b) anterioridade do consentimento; c) vontade livre; d) disponibilidade do bem jurídico; e) consciência do consentimento por parte do agente. Por fim, a análise foi em relação ao consentimento presumido (o agente pressupõe a existência de aquiescência da vítima), que, subsidiariamente ao consentimento real, poderá ocorrer e configurar hipótese de exclusão da antijuridicidade.

7. Os ofendículos são aparatos, meios ou instrumentos de defesa do patrimônio ou de qualquer outro bem jurídico, contra lesão ou perigo de lesão. Quanto à sua natureza jurídica, controverte-se a doutrina, subdividindo-se em quatro correntes, as quais sustentam: a) os ofendículos enquanto não acionados configuram exercício regular de direito, mas, se acionados, ou seja, se ocorre lesão ou perigo de lesão ao patrimônio, configuram legítima defesa; b) os ofendículos, acionados ou não, configuram exercício regular de direito; c) os ofendículos, acionados ou não, configuram legítima defesa; d) ofendículos e defesas mecânicas preordenadas são diferentes: ofendículos são visíveis e facilmente percebidos, configurando hipótese de exercício regular de direito, acionados ou não; as defesas mecânicas preordenadas estão ocultas e configuram legítima defesa.

8. O excesso nas causas de justificação, expressamente previsto no parágrafo único do artigo 23 do Código Penal, não está acobertado pelo

ordenamento jurídico. Nesse caso, o agente será punido pelo excesso, pois agindo inicialmente amparado por uma causa permissiva, ultrapassou, dolosa ou culposamente, os limites entre o permitido e o proibido. Pode ser classificado em: a) excesso crasso; b) excesso acidental; c) excesso extensivo; d) excesso intensivo.

Em linhas conclusivas, a imposição de uma sanção punitiva a um indivíduo depende da observância de critérios legais de verificação de culpa. O processo analítico de constatação de que a conduta humana é criminosa e é merecedora de pena, inclui a análise da antijuridicidade, o segundo elemento específico fundamental do crime.

Uma conduta típica será antijurídica quando contrariar o ordenamento jurídico ou quando não houver previsão de hipótese justificante. Neste caso, ainda que típica a conduta delituosa não será punida penalmente porque permitida pelo ordenamento jurídico.

O ordenamento jurídico-penal brasileiro reconhece a existência de causas legais e supralegais de exclusão da antijuridicidade, as quais legitimam, no caso concreto, uma conduta, em princípio, proibida pelo sistema penal.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 dez.1940. Código Penal. Publicado no DOU de 31 dez. 1940.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 jan. 2002. Código Civil. Publicado no DOU de 11 jan. 2002.

BRASIL. Decreto-Lei n. 1.001, de 21 out. 1969. Código Penal Militar. Publicado no DOU de 21 out. 1969.

BREGADIOLI, Adriano Aparecido. O uso dos ofendículos e sua natureza jurídica. Teoria do exercício regular de um direito social e legítima defesa pura. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1938, 21 out. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11867>>. Acesso em: 10 jul. 2009.

CUNHA, Rogério Sanches. **Código penal para concursos**. Salvador: Juspodivm, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra, 2007.

FRAGOSO, Christiano. **O Consentimento do ofendido**. Disponível em: <<http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/artigos/arquivo64.pdf>>. Acesso em 10 jul. 2009.

_____. **Sobre a necessidade de *animus defendendi* na legítima defesa**. Disponível em: <<http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/artigos/arquivo1.pdf>>. Acesso em 10 jul. 2009.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Antijuridicidade**. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/heleno_artigos/arquivo42.pdf>. Acesso em 08 jul. 2009.

_____. **Legítima defesa: provocação.** Disponível em: http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/helena_artigos/arquivo13.pdf. Acesso em 10 jul. 2009.

_____. **Lições de direito penal: a nova parte geral.** 1. ed. rev. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito penal: parte geral.** 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal:** não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico (nullum crimen sine iniuria), funções político-criminal e dogmático-interpretativa, o princípio da ofensividade como limite do ius puniendi, o princípio da ofensividade como limite do ius poenale. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. v. 6.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral.** 6.ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. v. 1.

GUARAGNI, Fábio André. **As Teorias da conduta em direito penal:** um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 12.

JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa.** Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. v. 3.

_____. **Ciência do direito e ciência do direito penal.** Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. v. 1.

_____. **Derecho penal: parte general: fundamentos y teoria de la imputación.** Traducción de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. corr. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal: parte general.** Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5.ed., ren. y ampl. Granada: Comares, 2002.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**: parte geral: de acordo com a lei n. 7.209, de 11-7-1984. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

LAIOLA, Matheus Araújo. **Qual a natureza jurídica dos ofendículos?** Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/88879/qual-a-natureza-juridica-dos-ofendiculos-matheus-araujo-laiola>>. Acesso em: 20 set. 2009.

MERKEL, Adolf. **Derecho penal**: parte general. Trad. Pedro Dorado Montero. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2004.

MICHAELIS: moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de direito penal**: parte geral arts. 1º a 120 do CP. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Ana Maria Souza de. **Critérios materiais mínimos para a tutela penal de bens jurídicos**. Curitiba, 2008. 103 f. Monografia de Especialização em Direito Penal - Universidade Brasil.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**: introdução e parte geral. 31. ed. nos termos da Lei n. 7.209/84 e da Constituição Federal de 1988. Atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1.

QUEDAS, Thiago Vinicius de Melo. O exercício regular de direito e o estrito cumprimento de dever legal sob a ótica das teorias da tipicidade conglobante e imputação objetiva. Excludentes da antijuridicidade ou da tipicidade?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1557, 6 out. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10504>>. Acesso em: 20 set. 2009.

PIERANGELI, José Henrique. **O Consentimento do ofendido na teoria do delito**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral, arts. 1º a 120. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PUIG, Santiago Mir. **Direito penal: fundamentos e teoria do delito**. Trad. Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Ponciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ROXIN, Claus. **A Proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Organização e tradução de André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Derecho penal: parte general**. Fundamentos, la estructura de la teoria del delito. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. 2.ed. Madrid: Civitas Ediciones, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna teoria do fato punível**. 4. ed. rev., e atual. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

_____. **Direito penal: parte geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Ilicitude penal e causas de sua exclusão**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. **Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.