



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA  
CAMPUS DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**IRATIAN DANTAS PEREIRA**

**EXCLUDENTES DE ILICITUDE  
ESTUDO DOUTRINÁRIO, JURISPRUDENCIAL E COMPARATIVO COM AS PERSPECTIVAS DO  
NOVO CÓDIGO PENAL (NOS TERMOS DO PLS 236/2012)**

CAMPINA GRANDE/PB  
2013

**IRATIAN DANTAS PEREIRA**

**EXCLUDENTES DE ILICITUDE**  
**ESTUDO DOUTRINÁRIO, JURISPRUDENCIAL E COMPARATIVO COM AS PERSPECTIVAS DO**  
**NOVO CÓDIGO PENAL (NOS TERMOS DO PLS 236/2012)**

Monografia apresentada ao Curso de Direito na Universidade Estadual da Paraíba, como requisito essencial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, tendo como área de concentração o estudo do Direito Penal.

**Orientador: Professor Dr. Félix Araújo Neto**

CAMPINA GRANDE/PB  
2013

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

P436e      Pereira, Iratian Dantas.  
Excludentes de ilicitude [manuscrito]: estudo doutrinário, jurisprudencial e comparativo com as perspectivas do novo código penal (nos termos do PLS 236/2012) / Iratian Dantas Pereira.– 2014.  
76 f.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2014.

“Orientação: Prof. Dr. Felix Araújo Neto, Departamento de Direito Público”.

1. Direito penal. 2. Criminologia. 3. Ilicitude. I. Título.

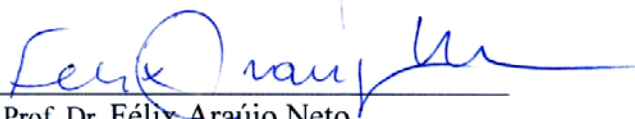
21. ed. CDD 345

**IRATIAN DANTAS PEREIRA**

**“EXCLUDENTES DE ILICITUDE: ESTUDO DOUTRINÁRIO,  
JURISPRUDENCIAL E COMPARATIVO COM AS PERSPECTIVAS DO  
NOVO CÓDIGO PENAL (NOS TERMOS DO PLS 236/2012)”**

Monografia apresentada ao Curso de Direito na  
Universidade Estadual da Paraíba, como requisito  
essencial para obtenção do grau de Bacharel em  
Direito, tendo como área de concentração o estudo do  
Direito Penal.

Aprovada em 19/12/2013



Prof. Dr. Félix Araújo Neto  
Orientador



Prof. Me. Amílton de França  
Examinador



Prof. Esp. José de Araújo Lucena  
Examinador

## DEDICATÓRIA

A todos que acreditam e torcem por mim, à minha família e aos meus pais (*in memoriam*), DEDICO.

*Ando devagar porque já tive pressa  
E levo esse sorriso porque já chorei demais  
Hoje me sinto mais forte mais feliz, quem sabe  
Só levo a certeza de que muito pouco eu sei  
Ou nada sei  
[...]  
Penso que cumprir a vida seja simplesmente  
Compreender a marcha e ir **tocando em frente**  
Como um velho boiadeiro levando a boiada  
Eu vou tocando os dias pela longa estrada, eu vou  
Estrada eu sou  
[...]  
Todo mundo ama um dia todo mundo chora  
Um dia a gente chega e no outro vai embora  
Cada um de nós compõe a sua história  
Cada ser em si carrega o dom de ser capaz  
**E ser feliz**  
[...]*

(Renato Teixeira e Almir Sater)

## RESUMO

Este Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação–TCC objetiva analisar os aspectos doutrinários, jurisprudenciais e comparativos sobre o tratamento dado pelo anteprojeto do novo Código Penal (Projeto de Lei do Senado n. 236/2012) às situações chamadas causas justificadoras ou excludentes de ilicitude; propõe-se ainda a investigar as características consideradas pela literatura especializada como essenciais a cada uma dessas excludentes. Há no corpo da pesquisa um capítulo especial dedicado a céleres análises das decisões proferidas pelos órgãos judicantes do ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase para os julgamentos produzidos pelo Tribunal de Justiça deste Estado da Paraíba. Por essa razão, este estudo tem um elevado teor de importância no meio social, haja vista o fato de ser o Direito Penal responsável pela produção e regulamentação da legislação capaz de salvaguardar aqueles bens jurídicos eleitos como mais importantes. Para a realização deste estudo, utilizou-se a metodologia de pesquisa bibliográfica e o aporte teórico de doutrinadores conceituados no meio acadêmico, apresentação de decisões paradigmáticas de significativo teor, bem como um exame pontual e sequencial das propostas de alteração legislativa feitas pelo anteprojeto do novo Código Penal. O estudo é composto de cinco capítulos, quais sejam: Considerações iniciais acerca da teoria do crime, Conceito de ilicitude, Causas legais de exclusão da ilicitude, Causas supralegais de exclusão da ilicitude e, por fim, Análise das interpretações judiciais acerca das excludentes de ilicitude. Constitui-se, portanto, numa pesquisa com ênfase não apenas acadêmica, mas – sobretudo – que busca permitir uma exata análise da aplicação dos institutos das excludentes de ilicitude como previstos na realidade científica para dentro dos órgãos judicantes do ordenamento jurídico pátrio e de como isso se reflete na evolução legislativa.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Penal, Crime, Excludentes, Ilicitude.

## **ABSTRACT**

This research, conducted for the Completion of Graduate Course-TCC aims to analyze the doctrinal and jurisprudential treatment given to the ante-project of the new Criminal Code (Pre-project of Senate Law no. 236/2012) focusing on the situations called examples of causes of justification or exclusive wrongfulness; still proposing to investigate characteristics considered by the critics as essential and exclusive. A special chapter has been dedicated to offer a brief analysis of the judgments given by judiciary bodies of Brazilian law, with emphasis on the judgments made by the Court of State of Paraíba. Therefore, this study has a significant importance in the social environment, given the fact that the Criminal Law is responsible for the production and regulation of legislation to safeguard those legal interests it considers as more important. To conduct this study, we used the qualitative research methodology for literature survey and theoretical framework proposed by well-known scholars in the field, presenting paradigmatic decisions of content as well as a timely and sequential examination of proposals for legislative changes made by the new Criminal Code. The work consists of five chapters which are: Initial Considerations about the Theory of Criminality, Concept of Illicitness, Causes of Unlawful Legal Exclusion, and, finally, Analysis of Judiciary Interpretations of Illicit Exclusion. We made a brief analysis of judgments delivered by judiciary body of Brazilian law, with emphasis on the judgments made by the Paraíba State Court. Therefore it constitutes a survey with emphasis not only on the academic, but - above all – on what seeks to enable an accurate analysis of the application of the exclusive illegality as laid down by the judiciary institutions, organs of national legal system, and how it is reflected in legislative developments.

**KEY WORDS:** Criminal Law, Crime, Exclusion, Illicitness.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DA TEORIA DO CRIME</b> .....	13
1.1 CONCEITOS ELEMENTARES .....	13
1.2 LOCALIZAÇÃO DA ILICITUDE NA ESTRUTURA JURÍDICA DO DELITO ..	14
1.2.1 <b>Fato típico</b> .....	15
1.2.2 <b>Culpabilidade</b> .....	16
1.2.2.1 Imputabilidade .....	17
1.2.2.2 Potencial consciência sobre a ilicitude do fato .....	17
1.2.2.3 Exigibilidade de conduta diversa .....	18
<b>2 CONCEITO DE ILICITUDE</b> .....	20
2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS .....	20
2.2 EVOLUÇÃO DA RELAÇÃO ENTRE TIPICIDADE E ILICITUDE .....	22
2.2.1 <b>Teoria da autonomia ou da absoluta independência</b> .....	22
2.2.2 <b>Teoria da indiciabilidade ou da “ratio cognoscendi”</b> .....	23
2.2.3 <b>Teoria da absoluta dependência ou da “ratio essendi”</b> .....	23
2.2.4 <b>Teoria dos elementos negativos do tipo</b> .....	23
2.3 EXCLUSÃO DA ILICITUDE .....	24
<b>3 CAUSAS LEGAIS DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE</b> .....	26
3.1 ESTADO DE NECESSIDADE .....	26
3.1.1 <b>Perigo atual</b> .....	27
3.1.2 <b>Perigo não causado voluntariamente</b> .....	29
3.1.3 <b>Ameaça a direito próprio ou alheio</b> .....	31
3.1.4 <b>Inexistência do dever legal de enfrentar o perigo</b> .....	32
3.1.5 <b>Inevitabilidade do dano</b> .....	33
3.1.6 <b>Inexigibilidade de sacrifício do interesse ameaçado</b> .....	34
3.2 LEGÍTIMA DEFESA .....	37
3.2.1 <b>Reação à agressão injusta, atual ou iminente</b> .....	38
3.2.2 <b>Direito do agredido/terceiro atacado ou ameaçado de dano pela agressão ...</b>	39
3.2.3 <b>Uso moderado dos meios necessários</b> .....	41

3.2.4 Elementos subjetivos na legítima defesa .....	42
3.3 ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL .....	44
3.3.1 Alcance da excludente quanto aos sujeitos .....	46
3.3.2 Conhecimento da situação justificante .....	46
3.3.3 Tipicidade conglobante antinormativa .....	47
3.4 EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO .....	48
<b>4 CAUSAS SUPRALEGAIS DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE .....</b>	<b>52</b>
4.1 CONSENTIMENTO DO OFENDIDO .....	52
4.2 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA .....	55
4.3 DIREITO DE RESISTÊNCIA E DESOBEDIÊNCIA CIVIL .....	56
<b>5 ANÁLISE DAS INTERPRETAÇÕES JUDICIAIS ACERCA DAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE .....</b>	<b>59</b>
5.1 ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL .....	59
5.2 EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO .....	62
5.3 ESTADO DE NECESSIDADE .....	63
5.4 LEGÍTIMA DEFESA .....	66
5.5 CONSENTIMENTO DO OFENDIDO .....	68
5.6 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA .....	69
<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>72</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>75</b>

## INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por finalidade abordar o tema: Causas de Exclusão de ilicitude. Explorando-se, portanto, da estrutura do crime, um de seus elementos fundamentais, qual seja, a ilicitude. Não se deixando de explorar, em sede de ilicitude, as causas excludentes legais e supralegais.

Buscando atingir a finalidade anteriormente mencionada, e antes de suscitar qualquer consideração mais aprofundada acerca do assunto, faz-se mister uma abordagem superficial de tudo que servirá de objeto no presente estudo, ou seja, uma breve análise ou amostragem superficial da ilicitude ou antijuridicidade, inclusive passando pela divergência apresentada pela doutrina especializada no que concerne a eventuais diferenças entre os próprios termos ilicitude e antijuridicidade, além de rápidas conceituações trazidas pelos autores, denominações, aspectos e curiosidades genéricas, para só então adentrar no filamento mais denso e de maior interesse prático.

Nesse sentido, proceder-se-á ao exame, por exemplo, dos fundamentos elencados pelas doutrinas clássicas e modernas do direito penal ao defender ou negar o entendimento de que a ilicitude trataria, nos termos cunhados por Giuseppe Bettiol, de um dos substratos do crime; bem como do próprio sentido de ilicitude, enquanto relação de contrariedade entre o fato típico e o ordenamento jurídico como um todo (ilicitude formal), de maneira a causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem juridicamente tutelado (ilicitude material).

Como forma de bem orientar e conduzir o raciocínio do leitor, este trabalho ainda pondera acerca da relação entre a tipicidade e a ilicitude enquanto elementos que integram o conceito analítico de crime, sob o enfoque da teoria da “*ratio cognoscendi*”, que prevalece entre os doutrinadores nacionais e prega que a tipicidade geraria suspeita, indício e presunção de ilicitude (a tipicidade, portanto, teria um caráter indiciário em relação à ilicitude). A explicação dessa ideia adviria da função seletiva do tipo penal, segundo a qual o legislador – ao criar o tipo penal – escolhe, dentre as condutas humanas, apenas e tão somente aquelas mais perniciosas ao meio social, para defini-las em modelos incriminadores.

Ademais, o estudo não visa, de forma alguma, e nem poderia visar, haja vista o próprio caráter acadêmico, encerrar toda a gama de conhecimentos acerca do assunto, mas

sim dar uma visão global e se possível específica do instituto da ilicitude e das suas causas de exclusão, com a utilização da doutrina mais apropriada no assunto, do enfoque jurisprudencial e, por fim, examinando o tratamento que será conferido às excludentes de ilicitude no novo Código Penal (atualmente ainda colmatado através do Projeto de Lei do Senado n. 236/2012).

Justifica-se a abordagem deste objeto por se tratar de estudo de relevância no meio jurídico social, haja vista ser o direito penal regulamentador e exteriorizador – através de seus dispositivos legais – da vontade legislativa de proteger com maior ênfase aqueles bens da vida que elegeram como de maior importância.

Seguindo essa ordem de prioridades e essas regras eleitas para a elaboração deste estudo, anote-se que a pretensão é atingir, da melhor forma possível, mais detalhada e especificamente, todas as causas legais de exclusão de ilicitude e dar um enfoque básico acerca das supralegais.

Mas, desde já, é preciso que fique claro que, embora haja autores em direito penal que identifiquem excludentes de ilicitude (ou justificantes ou descriminantes) na parte geral do Código Penal (art. 23, incisos I, II e III); na parte especial do Código Penal (art. 128, incisos I e II e art. 142, incisos I, II e III); na legislação extravagante (como, por exemplo, aquelas previstas na Lei n. 9.605/98 – Lei dos Crimes Ambientais); na Constituição Federal (a exemplo das imunidades parlamentares) e, ainda, causas supralegais de exclusão da ilicitude (consentimento do ofendido), este trabalho acadêmico se restringirá a abordar apenas aquelas hipóteses de justificantes relacionadas pela doutrina clássica (as da parte geral e as supralegais), haja vista o grande grau de controvérsia pendente sobre as outras situações ora narradas, o que poderia prejudicar o escopo desta atividade.

Conforme exposto, não visa o presente trabalho debruçar-se e aprofundar-se tão somente no que está na lei, uma vez que a teoria pura e fria está à vista de todos aqueles que estiverem dispostos a interpretá-la. De nada adiantaria transcrever, na íntegra, diversos fundamentos, se não existisse a visão do que cada aspecto significa, como ocorre, porque existe, entre outros.

Por isso mesmo é que, quando da análise específica de cada uma das hipóteses de exclusão da ilicitude, o presente trabalho opta por não só fazer remissão aos artigos legais e reproduzir os conceitos prescritos pelo legislador na norma penal, mas também expor de forma oportuna e fundamentada a razão de ser de cada uma das espécies de excludentes de

ilicitude, bem como seus requisitos objetivos e subjetivos e necessários esclarecimentos sobre o alcance conceitual de cada um dos elementos exigidos (prescritos) em seus respectivos tipos penais.

Não é demais alertar que o que mais se quer é uma abordagem percuciente exaustiva, entretanto jamais completa e exauriente sobre o tema em estudo, com a utilização da análise teórica e prática, e ênfase nas causas de exclusão expressamente trazidas na parte Geral do Código Penal, trazendo, no possível, todo o apanhado doutrinário e jurisprudencial sobre o assunto. Por fim, buscar-se-á apresentar um panorama acerca dessas causas como um todo.

Para tanto, a opção de metodologia utilizada é, em geral, a da pesquisa bibliográfica, com a revisitação de conceitos e teorias de doutrinadores penais, além da consulta à jurisprudência de maior repercussão no assunto.

Especificamente no que tange à referência jurisprudencial, à medida que os conceitos e institutos são abordados e discutidos nesta obra, é feita a devida e adequada remissão aos entendimentos esposados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que tais julgados – já que consolidam opiniões daquelas Cortes – convertem-se em verdadeiras fontes do direito penal, sendo assim de máxima importância tanto para o meio acadêmico quanto para os intérpretes da lei.

Não se pode olvidar, também, quão importante é – para o estudo do tema – observar o tratamento que a nova legislação penal (PLS 236/2012) outorgará às excludentes de ilicitude, já que revelará ou a consolidação legislativa de tudo quanto se tem avançado até agora sobre o tema em estudo, ou uma guinada através de novas prescrições e medidas no plano legal.

Objetiva-se, com isso, além da obrigatória produção de um Trabalho de Conclusão de Curso, a criação e o desenvolvimento de uma lógica jurídica mais crítica acerca das aplicações dadas aos institutos e requisitos estabelecidos na legislação penal atual e futura.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DA TEORIA DO CRIME

### 1.1 CONCEITOS ELEMENTARES

Na primeira parte deste trabalho, a preocupação consiste em estudar o delito em geral, ou seja, proceder a uma análise pormenorizada de todos os seus elementos – dentre eles a ilicitude – o que irá melhor possibilitar a apreensão do objeto deste estudo de conclusão de curso: as excludentes da ilicitude.

Tais esclarecimentos iniciais justificam-se não apenas por seus efeitos didáticos, mas também, e principalmente, porque criarão condições plenas para o convencimento acerca da existência ou não do delito em cada situação concreta.

Inicialmente tratar-se-á de aclarar o conceito de algumas expressões comumente usadas em todo o estudo do direito penal, mas que, ainda assim, são frequentemente mal empregadas – para não dizer que são usadas de maneira incorreta.

**Crime, delito, contravenção e infração penal** são expressões que, para serem corretamente compreendidas, devem-se estabelecer seus conceitos levando-se em conta toda a completude do sistema jurídico-penal.

Ao contrário de algumas legislações estrangeiras, o nosso sistema jurídico-penal resolveu adotar as expressões crime e delito como sinônimas, havendo diferença apenas quanto ao significado de contravenção penal, distinção esta existente apenas devido à menor gravidade do fato praticado neste último caso.

Superadas, então, as dúvidas quanto ao fato de a contravenção penal ser uma falta de menor monta (mas não abandonada pelo direito penal), urge ainda um melhor esclarecimento acerca da real acepção do vocábulo ‘DELITO’, pois será com base nas teorias sobre a estrutura deste fato que a Lei declara punível que se delineará todo o restante deste estudo. Nesse sentido, a doutrina penalista mais autorizada conceitua o delito como sendo uma conduta humana individualizada mediante um dispositivo penal (tipo) que revela sua proibição (típica)<sup>1</sup>, que por não estar permitida por nenhum preceito jurídico (causa de

---

<sup>1</sup> A revelação da proibição se vê, na Lei penal, na adequação da omissão do descrito na norma penal.

justificação) é contrária à ordem jurídica (antijuridicidade) e que, por ser exigível do autor que agisse de maneira diversa das circunstâncias, é reprovável (culpável).

Nessas breves linhas já se tornam evidentes alguns dos principais aspectos determinantes na teoria do crime (como a determinação de fato típico, das causas de justificação – ou excludentes de ilicitude – a noção de antijuridicidade, bem como a de culpabilidade) e que serão oportunamente discutidos.

Finalmente, quanto ao que se entende por infração penal, tal termo deve ser usado quando se pretender fazer referência a alguma dessas figuras indistintamente, sendo, portanto, o gênero do qual os delitos, os crimes e as contravenções penais são espécies.

## 1.2 LOCALIZAÇÃO DA ILICITUDE NA ESTRUTURA JURÍDICA DO DELITO

Antes de se estudar pormenorizadamente cada uma das espécies de excludente de ilicitude, é imprescindível fazer a localização e conceituação desta elementar da infração penal dentro da estrutura jurídica do crime, de maneira a permitir o real entendimento acerca de qual o momento exato da configuração da infração penal em que será investigada a presença (ou ausência) das excludentes de ilicitude.

O conceito de crime, atualmente, é uma definição eminentemente jurídica, ou seja, não há qualquer dispositivo legal que preveja em termos o que vem a ser crime. Desta forma, a doutrina vale-se da explicação de cada uma das elementares que julgam compreender o delito para formular – por dedução – o exato teor daquilo que se denomina crime.

Três são as principais maneiras, entre a vasta produção literária penalista, de se conceber o conceito de crime: formal, material e analítica. Ocorre, todavia, que a quase unanimidade da doutrina moderna compreende as duas primeiras acepções como incompletas precisamente por estabelecerem suas diretrizes sem se fixar nas elementares ou características que compõem a infração penal.

Por sua vez, o chamado “conceito analítico de crime” – ao ser comparado com os conceitos formal e material – exhibe certos elementos ausentes das acepções anteriores,

permitindo a análise individual de cada uma dessas características sem jamais descuidar da ideia de que o crime é uno em si mesmo.

Sob tais aspectos o crime seria uma **ação típica, ilícita e culpável**. Devido ao intenso caráter acadêmico deste trabalho, urge registrar que existe entre os principais autores do direito penal uma divergência quanto à questão de a punibilidade estar ou não inserida entre as elementares do crime. Não obstante a enorme produção literária sobre o assunto, filiamo-nos ao entendimento majoritariamente mais difundido entre os penalistas, qual seja, aquele que assevera ser a punibilidade somente uma consequência do delito, não parte dele.

### 1.2.1 Fato Típico

São elementos integrantes do fato típico: a conduta dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva; o resultado – quando o crime exigir um resultado; o nexos causal entre a conduta e o resultado e a tipicidade.

Conduta quer dizer ação ou comportamento humano (excetuando-se a possibilidade de punição penal da pessoa jurídica por dano ao meio ambiente, a regra é somente poder se imputar uma prática delitiva às pessoas), voluntário, dirigido a uma finalidade qualquer. Será considerada dolosa a conduta quando o agente quiser diretamente o resultado ou assumir o risco de produzi-la; e culposa quando provier de negligência, imprudência ou imperícia.

Resultado é o próprio efeito ou consequência ocasionada pela realização do evento criminoso. Entretanto, sua presença só se faz indispensável à composição do fato típico quando o delito – por suas características particulares – exigir um resultado para sua concretização.

Já no que concerne à relação de causalidade, esta é a obrigatória ligação que deve existir entre a conduta realizada pelo agente delitivo àquele (efeito ou consequência) resultado ocasionado por tal (in)ação. Diz-se ser obrigatória e necessária esta relação de causalidade, pois, caso contrário, não haverá como estabelecer ligação entre a mencionada hipótese e seu consequente, de forma a impossibilitar atribuição de responsabilidade pela conduta ao agente imputado por não ter sido ele quem motivou o resultado. Em outras palavras, se não tiver sido a conduta do agente investigado que deu causa à consequência violadora de um bem jurídico,



não poderá este agente arcar com qualquer penalidade.

### 1.2.2 Culpabilidade

Como já foi mencionado, neste estudo a culpabilidade é tratada como um dos elementos do delito, embora também tenha sido feita a ressalva de que existem doutrinadores que a tratam como se fosse um pressuposto da pena. Mas esse **juízo de reprovação pessoal** que se verifica sobre a conduta (que deve ser ilícita e típica para poder configurar a existência do delito) é a censurabilidade que se exerce contra o “agir” (prejudicialmente ao sistema normativo protetor dos bens jurídicos) do agente delitivo que poderia ter atuado em conformidade com as determinações do ordenamento jurídico.

Rogério Greco, ao lecionar sobre o fundamento da reprovabilidade, apresenta duas proposições que existem com o fito de justificar a necessidade desse “juízo de censura”: a teoria do livre arbítrio e a teoria do determinismo. Todavia, importante para uma noção precisa deste juízo de censura é a conclusão trazida pelo citado autor que, de forma exemplar, escreve (GRECO, 2005, p. 430):

Concluindo, a culpabilidade, ou seja, o juízo de censura que recai sobre a conduta típica e ilícita, é individual, pois o homem é um ser que possui sua própria identidade, razão pela qual não existe um ser igual ao outro. Temos nossas peculiaridades, que nos distinguem dos demais. Por isso, em tema de culpabilidade, todos os fatos, internos e externos, devem ser considerados a fim de se apurar se o agente, nas condições em que se encontrava, **podia agir de outro modo**. [grifo nosso].

Várias são as teorias sobre a culpabilidade: a teoria causal-naturalista, a teoria normativa, a teoria da ação final, a teoria da ação social e o sistema racional-funcional; todavia, dessas teorias apresentadas, a que traz relevante conteúdo para este trabalho e a Teoria da Ação Final de Wetzel, por ser a adotada pelo nosso sistema jurídico-penal.

Segundo a concepção finalista de Wetzel, que surgiu por volta de 1930, a culpabilidade poderia ser decomposta nos seguintes elementos normativos: **imputabilidade, potencial consciência sobre a ilicitude do fato e exigibilidade de conduta diversa**.

### 1.2.2.1 Imputabilidade

Além da necessária configuração da prática do fato típico e ilícito, para que o agente seja penalizado é necessário que no momento da ação tenha ele a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Perceba-se, pois, que a imputabilidade se apresenta sobre dois aspectos: um intelectual (que é a capacidade de entendimento) e um volitivo (a faculdade de controlar e comandar sua própria vontade). Caso se verifique a ausência de qualquer deles, ao delinquento não pode ser **imputada** responsabilidade pelo crime.

A regra é a imputabilidade (ou seja, todos podem ser responsabilizados penalmente pela prática de seus atos), a não ser que se confirme alguma das excludentes de culpabilidade ou causas dirimentes.

O ordenamento penal brasileiro elencou como excludentes de culpabilidade: a doença mental e a imaturidade natural.

### 1.2.2.2 Potencial consciência sobre a ilicitude do fato

Segundo o artigo 21 do Código Penal Brasileiro (Decreto Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940),

“O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. Parágrafo único: Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência”.

Assim, a culpabilidade somente é evidenciada (só se poderá considerar imputável) quando se verificar que o agente, naquele caso prático, poderia entender o caráter criminoso daquela ação e estabelecer seu comportamento conforme as definições do sistema jurídico que visam à proteção dos principais bens jurídicos.

Fernando Capez preleciona:

A errada compreensão de uma determinada regra legal pode levar o agente a supor que certa conduta injusta seja justa, a tomar uma errada por certa, a encarar uma anormal como normal, e assim por diante. Nesse caso surge o que a doutrina convencionou chamar de “erro de proibição”. (CAPEZ, 2001, p. 271).

A consequência da verificação do erro de proibição será a isenção da pena, caso seja ele inescusável, o que retirará a culpabilidade. Caso o erro seja considerado evitável, mantém-se a estrutura do fato praticado (típico, ilícito e culpável), sendo que a reprovabilidade que recairá sobre o agente será feita de maneira mais tênue, podendo sua pena ser diminuída de um sexto a um terço.

### 1.2.2.3 Exigibilidade de conduta diversa

Finalmente, como último dos elementos normativos que compõem a culpabilidade (que, por sua vez, faz parte da subestrutura do delito), passa-se a uma rápida visão do que se convencionou chamar de exigibilidade de conduta diversa.

Assim, para que se possa censurar a conduta do agente que praticou o fato analisado, é necessário que não haja naquele momento (ou circunstância) nenhuma possibilidade de exigir que tal pessoa se porte de maneira diversa da conduta por ele escolhida. Ou seja, se no ordenamento jurídico houver previsão de uma possibilidade de atuação diversa (e melhor) daquela pela qual o sujeito se decidiu, deverá sobre ele recair esse “juízo de censura” e reprovabilidade, que incide sobre a conduta típica e ilícita.

Todavia, pelas diferentes e ilimitadas características de cada indivíduo, Rogério Greco (2005, p. 465) adverte sobre a impossibilidade de – mesmo diante de dispositivos legais – se formar um modelo invariável de culpabilidade.

Essa possibilidade ou impossibilidade de agir conforme o direito variará de pessoa para pessoa, não se podendo conceber um “padrão” de culpabilidade. As pessoas são diferentes umas das outras. Algumas inteligentes, outras com capacidades limitadas; umas abastadas, outras miseráveis; algumas instruídas, outras incapazes de copiar seu próprio nome. Essas particulares condições é que deverão ser aferidas quando da análise da exigibilidade de

outra conduta como critério de aferição ou de exclusão da culpabilidade, isto é, sobre o juízo de censura, de reprovabilidade, que recai sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente.

A legislação penal estabelece como causas de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa a coação moral irresistível e a obediência hierárquica. Existe, ainda, na doutrina, uma discussão sobre o fato de o aborto, quando a gravidez é resultante de estupro, ser ou não outra dessas causas de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa ou causa excludente de ilicitude.

Mesmo não sendo objeto principal do nosso estudo, para que o trabalho se afigure como eficaz no seu intento, urge lembrar que a maioria da doutrina converge para o entendimento de que o ordenamento jurídico não delimita somente as prescrições legais citadas como causas de inexigibilidade de conduta diversa, mas aceita pacificamente inúmeras outras exculpantes supralegais.

## 2. CONCEITO DE ILICITUDE

### 2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Depois do fato típico e da culpabilidade, a ilicitude ou antijuridicidade é o terceiro dos elementos da estrutura do crime, e objeto principal deste trabalho, o que ensejou sua análise mais minuciosa e em capítulos apartados dos elementos anteriores.

A maioria da doutrina trata ilicitude e antijuridicidade como sinônimas, porém, e apenas por amor à pesquisa, mostra-se de bom alvitre registrar a explicação de Fernando Capez (2001, p. 221) acerca da tênue distinção entre tais significados, quando demonstra sua preferência pela expressão ilicitude.

**Antijuridicidade e ilicitude:** a doutrina costuma utilizar-se do termo ‘antijuridicidade’ como sinônimo de ilicitude. Seu emprego, contudo, é impróprio, pois não traduz com precisão o vocábulo alemão *Rechtswidrigkeit* (contrariedade ao direito). Além disso, a Parte Geral do Código Penal, acertadamente, adotou o termo ‘ilicitude’, quando, por exemplo, no art. 21, fala de ‘erro sobre a ilicitude do fato’, e, no art. 23, de ‘causas de exclusão da ilicitude’.

FAUSTINO BALLVÉ, ao apresentar a tradução da monografia de *Graf zu Dohna, Die Rechtswidrigkeit*, observa: ‘No sé como há podido prevalecer la espantosa traducción (*Rechtswidrigkeit* = contrario ao Derecho) ‘antijuridicidad’. Lo jurídico se refieri al concepto Del Derecho y em tal sentido uma cosa puede ser antijurídica o no ser jurídica (física, matemática etc.), pero no puede ser antijurídica. El pescado no es carne, pero no es ‘anticarne’ ...’ (apud MANOEL PEDRO PIMENTEL, A teoria do crime na reforma penal, *RT*, 591/287). Com efeito, o crime não pode ser, ao mesmo tempo, um fenômeno jurídico (provoca repercussões nessa esfera) e antijurídico.

Rogério Greco trabalha, assim como a maioria da doutrina, fazendo com que num primeiro momento se vislumbre um conceito de fácil assimilação acerca da ilicitude; porém, dando ensejo a alegações de imperfeição conceitual. O renomado doutrinador afirma, nesses mesmos termos: “Ilicitude, ou antijuridicidade, é aquela relação de antagonismo, de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico” (GRECO, 2005, p. 352).

Victor Eduardo Rios Gonçalves (2000, p. 72/73), por sua vez, dispõe que:

Ilicitude é a relação de antagonismo, contrariedade que se estabelece entre o fato típico e o ordenamento legal (...). Todo fato típico, em princípio, contraria o ordenamento jurídico sendo, portanto, também um fato ilícito. A isso dá-se o nome de caráter indiciário da ilicitude.

Já para Mirabete (2001, p. 173), “a antijuridicidade é a contradição entre uma conduta e o ordenamento jurídico”.

Assim, constata-se facilmente que a ilicitude ou antijuridicidade não é uma consequência automática da tipicidade, pois cada elemento da estrutura do crime é autônomo. De forma que pode haver tipicidade sem haver ilicitude, conforme poderá se verificar no decorrer deste estudo.

Antes de se analisarem as causas excludentes de ilicitude propriamente ditas, cumpre anotar contribuição de Rogério Greco (2005, p. 352) ao dispor da existência do conceito formal e material de antijuridicidade: “[...] grande parte da doutrina não se satisfaz com esse conceito meramente formal da ilicitude penal, e aduz outro de natureza material [...]”.

E neste contexto, afirma-se que, enquanto a ilicitude formal traria a relação de antagonismo entre a conduta do agente e a norma, à ilicitude material seria imprescindível um *plus*, qual seja a possibilidade de causar lesão ou expor a perigo de lesão o bem juridicamente tutelado.

Rogério Greco (2005, p. 353) critica a distinção. Entende ser desnecessária, consoante se apreende por suas palavras:

[...] se a norma penal existe porque visa proteger o bem por ela considerado relevante, é sinal de que qualquer conduta que a contrarie causa lesão ou expõe a perigo de lesão àquele bem tutelado, leva-nos a adotar uma concepção unitária de ilicitude, e não dualista como se quer propor.

De todo modo, faça-se uma rápida recapitulação, visando à análise mais abrangente possível do instituto.

A antijuridicidade é o juízo de valor negativo ou desvalor que qualifica o fato como contrário ao Direito (anti – contra; juridicidade – direito), dando à conduta o caráter de não desejada, não querida, pelo ordenamento jurídico.

**Em regra**, toda ação típica é ilícita. Ora, se a norma penal proíbe determinada conduta sob a ameaça de uma sanção, é porque aquela conduta ou causa lesão ou expõe a

perigo de lesão o bem juridicamente protegido. Consequentemente é de se concluir que toda e qualquer conduta típica é, em princípio, ilícita.

Todavia, às vezes, as ações típicas estão autorizadas, não sendo, portanto, consideradas ilícitas.

A ilicitude de uma conduta típica só será encontrada por exclusão, ou seja, se o agente praticou alguma conduta tipificada na lei penal, ela só será ilícita se ele não atuou amparado por uma das ‘causas excludentes de ilicitude’ previstas no artigo 23 do Código Penal brasileiro, ou naquelas que serão apresentadas como causas supralegais de exclusão de ilicitude.

O papel de antijuridicidade é, justamente, dizer o que é jurídico. Tendo-se, para isso, as causas excludentes de antijuridicidade.

## 2.2 EVOLUÇÃO DA RELAÇÃO ENTRE TIPICIDADE E ILICITUDE

Mas, nem sempre, identificar essa relação que existe entre a tipicidade e a ilicitude, enquanto elementos do crime, foi algo espontâneo como ocorre atualmente no ordenamento penal brasileiro. Isto se deve à sucessão de teorias explicativas dessa relação que, por guardarem inteira vinculação com o objeto do nosso estudo, serão analisadas pontualmente.

### 2.2.1 Teoria da autonomia ou da absoluta independência

Esta teoria teve como principal expoente Ernest Beling, e seus primeiros registros datam de 1906. Segundo ela, a tipicidade não geraria qualquer juízo de valor no que diz respeito à análise da ilicitude, de maneira que o fato poderia perfeitamente ser típico sem ser ilícito. Ambos os elementos seriam autônomos quanto às suas caracterizações.

### 2.2.2 Teoria da indiciariedade ou da “*ratio cognoscendi*”

A teoria da indiciariedade ou da “*ratio cognoscendi*” teve como precursor o alemão Max Ernst Mayer, que, já em 1915, definiu os contornos daquele entendimento que, ainda hoje, é o mais aceito em nosso sistema penal; qual seja, o de que a tipicidade geraria apenas suspeita, indício ou uma presunção de ilicitude, de modo que – em sendo o fato considerado penalmente típico – presumir-se-ia ser ele também ilícito.

### 2.2.3 Teoria da absoluta dependência ou da “*ratio essendi*”

Cunhada por Reinhard Frank, a teoria da absoluta dependência estabeleceu uma verdadeira ponte entre o psicologismo e o normativismo, de modo que passou a entender a ilicitude como verdadeira essência da tipicidade. Tal entendimento se deveu à criação do tipo total do injusto que revelava que o fato típico somente permaneceria típico se também fosse ilícito.

### 2.2.4 Teoria dos elementos negativos do tipo

A teoria dos elementos negativos do tipo, apropriadamente desenvolvida entre os penalistas brasileiros pelo professor Paulo Rangel, parte da ideia de que o tipo penal é composto por elementos positivos (elementos explícitos que devem ocorrer para que o fato seja considerado típico) e elementos negativos (elementos implícitos que não devem ocorrer para que o fato seja considerado típico). Estes elementos negativos é que seriam exatamente as causas de exclusão de ilicitude.

A repercussão prática da adesão a alguma das teorias acima será no campo do ônus da prova. Assim, ao se adotar, por exemplo, a teoria da “*Ratio cognoscendi*”, caberia ao Ministério Público provar apenas a tipicidade da conduta do agente, porque dela se presumiria (ainda que de forma relativa) a ilicitude. Já a adoção da teoria da “*Ratio essendi*” obrigaria ao



Ministério Público, além de provar a existência do fato típico, demonstrar ainda que a conduta do agente não foi praticada sob o manto de nenhuma das justificantes.

### 2.3 EXCLUSÃO DA ILICITUDE

Consoante se relatou anteriormente, em regra, a ação típica é também antijurídica. Frise-se bem: **em regra**, pois há ações típicas que não são antijurídicas, haja vista serem praticadas em condições especiais, que impedem a antijuridicidade. Situam-se neste âmbito as causas excludentes de ilicitude.

Ao se observar o Código Penal pátrio, em seu artigo 23, constata-se a existência de quatro causas legais, expressamente previstas, de exclusão da ilicitude: **estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito**.

Ademais, anote-se também a existência de causas permissivas na parte especial do CP, e causas supralegais de exclusão de antijuridicidade, que, embora não previstas expressamente na lei, afastam, da mesma forma, a ilicitude.

Antes de adentrar, especificamente, no estudo de cada uma das causas de exclusão da ilicitude, resta ainda dispor acerca da antijuridicidade e dos elementos necessários para sua aplicação: os elementos objetivos e subjetivos.

Os de ordem objetiva são aqueles expressos, ou implícitos, mas sempre determinados pela lei penal (...). Além dos referidos elementos objetivos, deve o agente saber que atua amparado por uma causa que exclua a ilicitude de sua conduta, sendo este, portanto, o indispensável requisito de ordem subjetiva. (GRECO, 2005, p. 357).

A opção por uma ou outra corrente doutrinária, seja pela que entenda necessária apenas o elemento objetivo, seja a que além do elemento objetivo peça o elemento subjetivo, induz a conclusões sérias no campo da antijuridicidade.

Haverá casos em que, optando-se pela primeira corrente, se reconhecerá pela excludente de ilicitude, e que, optando-se pela segunda, não haverá o reconhecimento da excludente.

Assim, os que acolhem o primeiro entendimento, a teoria objetiva, não querem saber o que se passa na cabeça do agente, basta que o bem jurídico (o valor) esteja protegido; ao passo que os adeptos da teoria subjetiva, diga-se majoritária, entendem que deve haver o conhecimento da ação ilegítima do outro.

Registre-se aqui o pretense entendimento aceito de que além do elemento objetivo é **imprescindível** o subjetivo para o seguro reconhecimento das causas excludentes de ilicitude.

Por fim, urge ainda registrar dois aspectos importantes sobre o assunto: o primeiro deles é o de que a ilicitude sempre é obtida (verificada, descoberta) por exclusão, haja vista o pressuposto de que todo fato típico, em princípio, é ilícito – a não ser naquelas circunstâncias em que estiverem presentes algumas das causas de exclusão da ilicitude; e o segundo é que, nos termos do parágrafo único, do art. 23, do CP, mesmo quando o sujeito agir amparado por alguma das excludentes de ilicitude, caso não haja moderação em suas ações será punível pelo que se chama excesso doloso ou culposo das causas excludentes de ilicitude.

### 3. CAUSAS LEGAIS DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE

Já foi considerado que a ilicitude (enquanto requisito do crime) pode ser afastada por algumas circunstâncias, chamadas de ‘causas de exclusão da ilicitude’ ou ainda ‘justificativas’. Em acontecendo tais circunstâncias, o fato persiste como típico, todavia, não haverá crime por **exclusão da ilicitude**, e sendo ela CARACTERÍSTICA ESSENCIAL (requisito) do crime, exclui-se – por consequência – o próprio delito, devendo, pois, o agente ser absolvido ou, como assevera Fernando Capez (2001, p. 223), rejeitada a denúncia ou queixa (pelo magistrado) ou, ainda, pedido o seu arquivamento (pelo membro do Ministério Público).

Feitas as iniciais e devidas considerações, passe-se, então, à análise ordenada, estratificada e individualizada de cada uma das causas excludentes da ilicitude.

#### 3.1 ESTADO DE NECESSIDADE

O estado de necessidade nem sempre foi considerado – dentro das legislações penais (romanas, canônicas, medievais, etc.) – uma causa de justificação forte o suficiente a ponto de excluir a ilicitude de um delito sempre que se evidenciasse. Historicamente, sua aplicação, segundo as normas penais antigas, estava ligada mais a certos casos particulares como o furto famélico, o aborto para salvar a vida da gestante, o ato do capitão do navio que, para salvar sua tripulação do perigo, atirasse ao mar o carregamento, etc.

Mas esse posicionamento de que o estado de necessidade merecia operar apenas em determinadas situações (específicas) sempre causou incômodo entre a doutrina, a sociedade em geral e os estudiosos do direito, independentemente do grau de conhecimento acadêmico. Basta – para que se comprove tal inquietação – lembrar que “O Caso dos Exploradores de Cavernas”, que é a versão portuguesa da obra “*The Case of Speluncean Explores*” (1976), do jurista e professor da “Harvard Law School”, Low L. Fuller, é livro clássico entre os

universitários do curso de direito nos primeiros anos da faculdade, por incentivá-los a discutir, exatamente, uma exculpante por estado de necessidade.

A noção inicial dessa discriminante foi traçada pelos jusnaturalistas. Marcantemente depois da histórica decisão de 11.03.1927, proferida pela primeira câmara do Tribunal de Reich (da Alemanha), admitindo um aborto médico para salvar a vida da gestante, a doutrina e jurisprudência alemã passou a construir, sob influências de ideias jusnaturalistas, o estado de necessidade justificante "supralegal", com fundamento no princípio da ponderação de bens e deveres. Esse princípio já se encontrava na legislação civil alemã, para atos defensivos ou agressivos dirigidos contra coisas. Ponderam-se os bens e deveres em conflito; o que for reputado de **menor valor** pode ser licitamente sacrificado para proteção do de maior valor. Essa teoria adotada pelo Código alemão denomina-se teoria diferenciadora.

O ordenamento brasileiro, por sua vez, optou por adotar a teoria unitária, isto é, aplica o estado de necessidade como excludente de criminalidade, sem impor as restrições seguidas pelo ordenamento alemão, não fixando a ponderação de bens, a natureza desses bens colididos, nem a condição dos titulares dos respectivos bens. Assim exige apenas que o agente atue de acordo com o senso comum daquilo que é razoável.

Para uma maior facilidade e percepção das características e atributos desta excludente de ilicitude, verifique-se o que atualmente relata o Código Penal a respeito do estado de necessidade, em seu artigo 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.

Perceba-se que a situação se opera como se o ordenamento jurídico confrontasse os bens da vida em choque. Os dois bens são resguardados pelo ordenamento, sendo que, em certas situações, apenas um deles predominará em relação ao outro.

Vários dos aspectos conferidos pela legislação penal devem ser cuidadosamente analisados no sentido de se extrair do dispositivo normativo a exata intenção daquele que fez inserir essa causa de justificação.

### 3.1.1 Perigo Atual

**Perigo atual** – O que seria perigo atual? Por que também não o iminente? Estaria o perigo iminente incluso na expressão perigo atual? Essas são perguntas que não querem calar.

Nos termos dispostos por Damásio de Jesus (1999, p. 370):

Perigo atual é o presente, que está acontecendo; iminente é o prestes a desencadear-se. É certo que o CP menciona apenas o primeiro caso. Daí ter observado José Frederico Marques que ‘não se inclui aqui o ‘perigo iminente’ porque é evidente que não se pode exigir o requisito da iminência da realização do dano’. Entendemos, porém, que não se pode obrigar o agente a aguardar que o ‘perigo iminente’ se transforme em ‘perigo atual’. Se o perigo está prestes a ocorrer, não parece justo que a lei exija que ele espere que se torne real para praticar o fato necessitado.

Fernando Capez (2001, p. 226) não conjuga com tal corrente de pensamento acerca da aceitação do perigo iminente no estado de necessidade; talvez, por isso, seja mais enfático quando descreve o que é perigo atual:

**a) O perigo deve ser atual: atual é a ameaça que se está verificando no exato momento em que o agente sacrifica o bem jurídico.** Interessante notar que a lei não fala em situação de perigo iminente, ou seja, aquela que está prestes a se apresentar. Tal omissão deve-se ao fato de a situação de perigo já configurar, em si mesma, uma iminência... uma iminência de dano. **O perigo atual é, por assim dizer, um dano iminente. Por essa razão, falar em perigo iminente equivaleria a invocar algo ainda muito distante e improvável, assim como uma iminência de dano que está por vir.** Nessa hipótese, a lei autorizaria o agente a destruir um bem jurídico apenas porque há uma ameaça de perigo, ou melhor, uma ameaça de ameaça. Em decorrência disso, entendemos que somente a situação de perigo atual autoriza o sacrifício do interesse em conflito.

Mesmo assim, é fácil perceber que a doutrina (e a jurisprudência também, diga-se desde agora) entende que o perigo iminente também é elementar, não obstante inexistir um consenso entre os autores.

Mirabete (2001, p. 178) afirma: “para o reconhecimento da excludente de estado de necessidade, que legitimaria a conduta do agente, é necessária a ocorrência de um perigo atual, e não um perigo eventual e abstrato”.

Magalhães Noronha (1965, p. 213), por sua vez, expressamente afirma: “deve ser atual ou iminente, isto é presente ou prestes a realizar-se”.

Lecionando acerca do assunto, Rogério Greco (2005, p. 36), revela, a um só tempo, seu posicionamento e de outros penalistas como Francisco de Assis Toledo e Aníbal Bruno, que entendem que dentro da expressão perigo atual encontra-se a essência do perigo iminente. Observe-se: “Entendemos que a razão se encontra com a grande maioria dos autores, que concluem que na expressão perigo atual também está incluído o perigo iminente”.

Assim, embora o Código Penal, ao conceituar o estado de necessidade, não disponha expressamente do perigo iminente, o entendimento dominante o considera como elementar também. Todavia, se o perigo já ocorreu ou se é esperado no futuro, não há que se falar em estado de necessidade.

Tanto é assim que a nova redação já apresentada e discutida no PLS n. 236/2012 (Anteprojeto do Novo Código Penal) cuidou em premiar o maduro entendimento sustentado pela doutrina penal majoritária e já consolidado pela jurisprudência, fazendo incluir no texto legal o perigo ou lesão **iminente** como elementar do estado de necessidade. Isto certamente deve ser percebido e registrado como uma verdadeira evolução legislativa. Vejamos:

Art. 29 do Novo Código Penal (PLS 236/2012) – “Considera-se em estado de necessidade quem pratica um fato para proteger bem jurídico próprio ou alheio e desde que: a) o bem jurídico protegido esteja exposto a lesão atual ou **IMINENTE** (...)” [grifos acrescidos]

### 3.1.2 Perigo Não Causado Voluntariamente

É exposto no dispositivo do Código Penal que o agente somente pode arguir o estado de necessidade quando o perigo verificado **não tenha sido provocado por sua vontade** – isso quer dizer que não provocou, que não tenha dado causa, quer dolosa, quer culposamente.

Entretanto, vale ressaltar que a questão de incluir a culpa não é tão pacífica quanto parece. Há quem diga que o “que não provocou por sua vontade” significa apenas que não provocou por sua vontade – dolosamente.

Para Rogério Greco (2005, p. 366)

[...] a expressão ‘que não provocou por sua vontade’ quer traduzir tão-somente a conduta dolosa do agente na provocação da situação de perigo, seja esse dolo direto ou eventual. Suponhamos que alguém, dentro de um cinema pertencente a seu maior concorrente, com a finalidade de dar início a um incêndio criminoso, coloque fogo numa lixeira ali existente. Não pode o agente, visando salvar a própria vida, disputar a única saída de emergência, causando lesões ou mesmo a morte de outras pessoas, uma vez que ele, por vontade própria, ou seja, de forma dolosa (ato de atear fogo à lixeira), provocou a situação de perigo. Agora, imaginemos que o agente esteja fumando um cigarro nesse mesmo cinema. Quando percebe a presença do ‘lanterninha’, - que caminhava na sua direção porque havia focalizado com sua lanterna a fumaça produzida pelo cigarro – e querendo livrar-se do cigarro, arremessa-o para longe, ainda aceso, vindo, agora, em virtude da sua conduta imprudente, causar o incêndio. Aqui, mesmo que o agente tenha provocado a situação de perigo, não o fez dirigindo finalisticamente a sua conduta para isso. Não queria ele, efetivamente, dar início a um incêndio, razão pela qual, mesmo tendo atuado de forma culposa, poderá, durante a sua fuga, se vier a causar lesões ou mesmo a morte em outras pessoas, alegar o estado de necessidade.

Resumindo, a expressão *que não provocou por sua vontade*, ao nosso ver, quer dizer não ter provocado *dolosamente* a situação de perigo.

Magalhães Noronha (1965, p. 214) coaduna do mesmo raciocínio passando, inclusive, a questionar se seria justo punir quem, por imprudência, pôs sua vida em perigo e não pôde salvar-se senão lesando a propriedade alheia.

Não obstante, outra corrente se forma respaldada por grandes nomes do Direito Penal pátrio, tais como Nelson Hungria, que sustenta exatamente o contrário quando afirma: “Cumpra que a situação de perigo seja alheia à vontade do agente, isto é, que este não a tenha provocado intencionalmente ou por grosseira inadvertência ou leviandade”. Igualmente, Damásio de Jesus (1999, p. 372)

Entendemos que somente o perigo causado dolosamente impede que seu autor alegue encontrar-se em fato necessitado. Além da consideração de ordem humana, temos apoio no próprio CP, que define a tentativa empregando a expressão ‘vontade’, que é indicativa de dolo. Assim, por meio de interpretação sistemática, analisando a expressão ‘vontade’ contida nos dois dispositivos (arts. 14, II e 24), e sendo a primeira indicadora de dolo, chegamos à conclusão de que só o perigo causado dolosamente tem a força de excluir a alegação justificadora do agente.

Por sua vez, o desenvolvimento desta pesquisa permitiu concluir, acerca de tal questão, que o entendimento dos tribunais superiores é que, se o agente deu causa ao perigo, quer culposa ou dolosamente, não faria jus à excludente do estado de necessidade. Já a

doutrina, conforme se apreendeu, é mais flexível, opta pela **proporcionalidade entre o bem jurídico tutelado e o atingido**.

Quanto ao tratamento dado a esta elementar da causa de justificação do estado de necessidade no texto apresentado no Anteprojeto no Novo Código Penal (PLS 236/2012), verifica-se que, diferentemente da valorosa iniciativa tomada pela comissão de juristas acerca da elementar anteriormente tratada (perigo ou lesão iminente), o texto final aprovado sobre esta segunda elementar optou por não enfrentar diretamente a polêmica questão doutrinária sobre a amplitude da expressão vontade (se somente vontade dolosa ou se vontade dolosa e culposa), mas apenas cuidou em suprimir no novo texto a palavra ‘vontade’. Anote-se:

Art. 29 do Novo Código Penal (PLS 236/2012) – “ Considera-se em estado de necessidade quem pratica um fato para proteger bem jurídico próprio ou alheio e desde que: (...) **b) a situação de perigo não tenha sido provocada pelo agente**”; [Grifos acrescidos]

Em termos práticos, a nova redação proposta pelo Anteprojeto não esvazia completamente o debate sobre a amplitude da vontade do agente, mantendo parte da incerteza do texto do Código Penal atual (cuja redação lhe foi dada pela Lei n. 7.209/1984). No entanto, é bem verdade que, provavelmente, a supressão do termo ‘vontade’ do novo texto legal, visa indicar que, se a situação de perigo tiver sido provocada pelo agente (de qualquer forma que seja: dolosa ou culposamente), não poderá ele invocar a justificante do estado de necessidade.

### **3.1.3 Ameaça a Direito Próprio ou Alheio**

Legalmente, há permissão no sentido de reconhecer o estado de necessidade quando o agente realize sua conduta para livrar de perigo atual (nos moldes já analisados), que não provocou por sua vontade, nem podia por outro modo evitar, **direito próprio ou de terceiro**. Evidencia-se aqui o estado de necessidade próprio ou de terceiro.

Relativamente ao estado de necessidade próprio, todas as nuances anteriormente reveladas são aplicáveis. Já quanto ao estado de necessidade de terceiro, há algumas peculiaridades que devem, obrigatoriamente, ser observadas: exige-se que o terceiro (alheio à



situação de perigo) intervenha somente quando busque salvaguardar bem indisponível de um dos envolvidos na contenda.

No socorro a terceiro não é necessário existir qualquer relação jurídica específica entre tais pessoas (não se requer laços de amizade, subordinação, parentesco, etc.); também não é necessário que o auxiliado solicite ajuda na defesa de seu bem da vida. “Sua vontade é substituída pela do agente” (JESUS, 1999, p. 371).

Desta forma, reitera-se que sempre é necessário – para configuração do estado de necessidade – que os interesses (ou bens da vida) em litígio se encontrem protegidos pelo ordenamento jurídico, sob pena de se afastar a ocorrência desta excludente de ilicitude, haja vista a ausência de um de seus requisitos.

### **3.1.4 Inexistência do dever legal de enfrentar o perigo**

Não pode alegar o estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo, tal prescrição legal (§1º, do art. 24 do CP) evidencia um requisito negativo para a comprovação da excludente de ilicitude do estado de necessidade. Isto se deve ao fato de, em algumas profissões, os seus agentes se comprometerem solenemente a enfrentar situações perigosas com que, provavelmente, se depararão.

Mesmo diante dessa regra geral imposta no § 1º, do art. 24, do Código Penal, há casos em que esses profissionais podem ser beneficiados por essa excludente, devido à aplicação do princípio da razoabilidade. Para isso, basta que se agigante uma desproporção entre os interesses contrapostos.

Num incêndio, por exemplo, em que um cidadão comum disputa com um bombeiro que ali se encontrava para tentar salvar as vítimas a única e última vaga em um helicóptero de resgate, caso o bombeiro o mate para tomar o seu lugar, com o objetivo de salvar-se, não poderá ser erigida em seu favor a excludente da ilicitude do estado de necessidade. **Contudo, se o bombeiro estiver tentando salvar patrimônio alheio e a sua vida passar a correr perigo extremo (não o normal da sua profissão), poderá optar em salvar-se a preservar o patrimônio de outra pessoa** (GRECO, 2005, p. 372) [grifo nosso].

Uma ultima discussão que se estabeleceu acerca deste ponto específico do dever legal de enfrentar o perigo era saber até onde a expressão dever legal alcançaria; se somente aquela disposição legalmente instituída ou abarcaria ainda o dever contratual. Porém, a esmagadora maioria da doutrina entende que o texto do Código não permite extensão ao dever resultante simplesmente de contrato.

No novo texto legal proposto pela redação final aprovada pelo Senado no PLS 236/2012, percebe-se uma modificação topográfica neste requisito negativo. No texto do Código Penal atual ele aparece como um parágrafo da norma penal que apresenta o estado de necessidade (§ 1º, do art. 24 do atual CP), enquanto que no texto do Anteprojeto do Código Penal ele é proposto como alínea do *caput* que ostenta o tipo penal (alínea ‘c’ do art. 29 do Novo CP).

Esta alteração, de nenhum reflexo prático, apenas visa indicar que este requisito negativo nada mais é que uma verdadeira elementar do estado de necessidade.

### **3.1.5 Inevitabilidade do dano**

Nem podia de outro modo evitar – aqui se fala na inevitabilidade do dano. Se o agente podia de outro modo evitar o perigo, não se tem a excludente de ilicitude referente ao estado de necessidade. Ou seja, quem age em estado de necessidade não tem opção de escolha, devendo sempre seguir de forma menos gravosa.

Nestes termos, explica Magalhães Noronha (1965, p. 213): “É mister seja inevitável o perigo, pois a transgressão só pode ser admitida se o agente não tiver outro meio de conjurá-lo”. De igual forma (CAPEZ, 2001, p. 228):

O chamado *commodus discensus*, que é a saída mais cômoda, no caso, a destruição, deve ser evitado sempre que possível salvar o bem de outra forma. Assim, antes da destruição, é preciso verificar se o perigo pode ser afastado por qualquer outro meio menos lesivo. Se a fuga for possível, será preferível ao sacrifício do bem, pois aqui, ao contrário da legítima defesa, o agente não está sofrendo uma agressão injusta, mas tentando afastar uma ameaça ao bem jurídico. Do mesmo modo, a prática de um ilícito extrapenal, quando possível, deve ter preferência sobre a realização do fato típico, assim como o delito menos grave em relação a um de maior lesividade.

A maioria dos autores refere-se a dois sentidos quando se fala em inevitabilidade: a) o agente tinha como evitar o dano, deixando de praticar a conduta; b) entre duas opções danosas, o agente podia ter escolhido a menos gravosa para a vítima.

O professor Damásio de Jesus (1999, p. 375), no primeiro volume de seu curso de direito penal, suscita um questionamento incomum, mas perfeitamente plausível: poderia haver estado de necessidade contra estado de necessidade?

Depois de toda essa exposição anterior, já se é capaz de responder com convicção que sim! Basta que as condutas de ambos os agentes sejam a única solução da disputa e que nenhum deles esteja obrigado a permitir a lesão a seu bem jurídico, tudo dentro (lógico) da devida razoabilidade.

### 3.1.6 Inexigibilidade de sacrifício do interesse ameaçado

“Cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”, trata a expressão do princípio da razoabilidade. Deve-se, pois, ponderar os bens em conflito, para constatar se o bem defendido pelo agente possui “valor superior”, igual ou inferior ao preterido, atacado.

Quanto a esta elementar, dispõe Cezar Roberto Bitencourt (1997, p. 279/280):

[...] embora nosso Código Penal tenha adotado a teoria unitária, o princípio da razoabilidade nos permite afirmar, com segurança, que quando o bem sacrificado for de valor superior ao preservado, será inadmissível o reconhecimento de estado de necessidade. No entanto, como já referimos, se as circunstâncias o indicarem, a inexigibilidade de outra conduta poderá excluir a culpabilidade.

Assim, verifique-se que pode haver estado de necessidade afastando a ilicitude e estado de necessidade afastando a culpabilidade, valendo salientar que o atual CP optou pela teoria unitária, na qual todo estado de necessidade elide a ilicitude.

Circunstância diversa observa-se da nova redação apresentada pelo Anteprojeto do Novo Código Penal (PLS 236/2012) na medida em que o seu parágrafo único **expressamente** dispõe que “Se for razoável o sacrifício do bem jurídico, poderá ser afastada a culpabilidade ou ser a pena diminuída de um a dois terços”. Aqui fica evidente o afastamento da teoria

unitária, já que tanto é possível haver a estado de necessidade excluindo a ilicitude (art. 29, alínea ‘d’ do Novo CP), como estado de necessidade excluindo a culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa (primeira parte do parágrafo único, do art. 29 do Novo CP) e, ainda, estado de necessidade como causa de diminuição de pena (segunda parte do parágrafo único, do art. 29 do Novo CP). Registre-se a nova redação:

Art. 29 do Novo Código Penal (PLS 236/2012) – “Considera-se em estado de necessidade quem pratica um fato para proteger bem jurídico próprio ou alheio e desde que: (...) **d) não seja razoável exigir o sacrifício do bem jurídico levando-se em consideração sua natureza ou valor**”.

Parágrafo único. “**SE FOR RAZOÁVEL O SACRIFÍCIO DO BEM JURÍDICO, PODERÁ SER AFASTADA A CULPABILIDADE OU SER A PENA DIMINUÍDA DE UM A DOIS TERÇOS**”. [Grifos acrescidos]

Outro aspecto que também deve ser frisado é que o texto do Anteprojeto do Novo Código Penal, na alínea ‘d’ do art. 29, possui um acréscimo explicativo exatamente no mesmo entendimento da doutrina do professor Cezar Roberto Bitencourt, posto que vincula o exame da razoabilidade quanto ao sacrifício ou não do bem jurídico em questão justamente às suas natureza e valor.

Tornando ao exame do atual texto do Código Penal, depois da análise das elementares trazidas no *caput* do atual artigo 24, do CP, verificam-se ressalvas nos seus dois parágrafos.

A primeira, constante do parágrafo primeiro, revela: “Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo”.

Regula-se, portanto, como já foi dito, o dever legal de enfrentar o perigo. Aqueles que possuem determinadas profissões, de natureza essencialmente peculiar, ao enfrentamento do perigo, tais como, bombeiros, salva-vidas, não podem, geralmente, alegar estado de necessidade, posto terem-se comprometido justamente para tentar salvar os outros do perigo.

O parágrafo segundo, por sua vez, dispõe: “Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços”.

Aqui o que se encontra acoimado não mais é estado de necessidade, posto que era razoável exigir o sacrifício do direito ameaçado.

Neste esteio, induz Magalhães Noronha (1965, p. 215): “Se este era razoavelmente exigível, desaparece a causa excludente de ilicitude, porém o juiz pode reduzir a pena de um a dois terços, na forma do § 2º”. [grifo nosso]

Por fim, cumpre anotar algumas considerações sobre alguns casos justificantes previstos expressamente na parte especial do CP, o estado de necessidade putativo. Já quanto ao excesso, considerações já foram tecidas na análise geral das causas excludentes de ilicitude.

Quanto às causas expressamente previstas na parte especial do CP ou em outros diplomas, muito provavelmente tiveram esse tratamento para evitar qualquer sombra de dúvida em sua aplicação. Cite-se o inciso I, do artigo 128, do CP (aborto necessário); o inciso II, do parágrafo 3º, do art. 150 do CP (possibilidade lícita de violação de domicílio) etc.

Um estudo comparativo dessas causas justificantes previstas na parte especial do Código Penal atual (aborto necessário e possibilidade lícita de violação de domicílio) com o tratamento dado a elas pelo Anteprojeto do Novo Código Penal revela o seguinte: o aborto necessário (aquele em que há risco à vida ou à saúde da gestante) foi mantido como excludente de ilicitude específica na parte especial do Anteprojeto do CP (art. 128, inciso I do Novo CP – PLS 236/2012).

Nesse sentido, comissão de juristas convocada pelo Senado federal inclusive **ampliou** as hipóteses de excludentes de ilicitude para os casos de aborto quando sugeriu a seguinte modificação na redação do inciso II e acréscimo dos incisos III e IV ao art. 128 do CP:

**Exclusão do crime.** Art. 128 do Novo CP (PLS 236/2012) – “Não há crime de aborto: I – se houver risco à vida ou à saúde da gestante; II – se a gravidez resulta de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida; III – se comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extra-uterina, em ambos os casos atestado por dois médicos; ou IV – se por vontade da gestante, até a décima segunda semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade”. [Grifos acrescidos]

Todavia, no que diz respeito ao tipo penal atualmente previsto no art. 150, § 3º, inciso III do CP, a comissão de juristas do Anteprojeto do Novo Código Penal (PLS 236/2012) simplesmente optou por retirá-la.

Já quanto ao estado de necessidade putativo, Mirabete (2001, p. 181) ensina:

Haverá estado de necessidade putativo se o agente supõe, por erro, que se encontra em situação de perigo. Supondo o agente, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, estar no meio de um incêndio, não responderá pelas lesões corporais ou morte que vier a causar para salvar-se. Inexiste a justificativa, mas o agente não responde pelo fato por ausência de culpa em decorrência de erro de proibição.

### 3.2 LEGÍTIMA DEFESA

O embrião do instituto da legítima defesa é facilmente encontrado em praticamente todos os relatos e documentos históricos dos povos primitivos. Independentemente de tais relatos possuírem ou não caráter jurídico, a ideia de que o agente que pratica um ato em legítima defesa deveria ser perdoado da ação condenável é muito antiga.

Todavia, quando o Estado vedou a autotutela e chamou para si a responsabilidade sob todo o direito punitivo, qualquer indivíduo que se insurgisse contra outrem causando-lhe ofensa a bem jurídico da vida deveria, necessariamente, responder ao Estado por sua conduta. Porém, foi essa ideia antiga e inerente a todas as civilizações e sociedades (independentemente da sua origem, cultura ou grau de evolução) que garantiu fundamento à noção jurídica da legítima defesa. Desta forma, permitiu-se (e permite-se, ainda hoje, desde que dentro de certos limites) ao cidadão agir em sua própria defesa quando se evidenciar uma situação de total impossibilidade de recorrer ao Estado, responsável constitucionalmente pela segurança pública (GRECO, 2005, p. 382).

Perceba-se que, nem de longe, o instituto da legítima defesa (nem por seu fundamento social) deve ser confundido com vingança privada.

Só o estado tem o direito de castigar o autor de um delito. Nem sempre, porém, o Estado se encontra em condições de intervir direta ou indiretamente para resolver problemas que se apresentarem na vida cotidiana. Se não permitisse a quem se vê injustamente agredido em determinado bem reagir contra o perigo de lesão, em vez de aguardar a providência da autoridade pública, estaria sancionando a obrigação de o sujeito sofrer passivamente a agressão e legitimando a injustiça. Como dizia Bettiol, isso não ocorre porque o Estado não desconhece a exigência que leva o indivíduo a reagir imediatamente quando ilicitamente agredido, em

face de não poder esperar a ajuda da autoridade pública. Não se deve constranger a natureza humana e codificar um princípio de vileza ou de mera resignação, que nenhuma moral humana ou cristã pode apoiar. A defesa tem um conteúdo ético positivo porque a máxima evangélica de oferecer a outra face não contém uma máxima positiva. Trata-se de um conselho de caráter excepcional. A moral não pode ser contraposta ao injusto natural, que nos leva à defesa quando injustamente agredidos. (JESUS, 1999, p. 382)

O legislador infraconstitucional fez inserir no artigo 25, do Código Penal brasileiro, o conceito legal de legítima defesa, nos seguintes termos: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

Desta forma, e diferentemente do que ocorre com o estado de necessidade, não se vislumbram dois ou mais bens jurídicos postos em conflito, o que há é um ataque ilícito (CAPEZ, 2001, p. 232) contrário ao agente ou a terceiro, que torna legítima sua reação.

Os pontos que mais devem reclamar atenção são a ponderação dos bens e a proporcionalidade dos atos. Entretanto, são requisitos obrigatórios para a configuração da legítima defesa: agressão injusta, atual ou iminente; direitos do agredido ou de terceiro, atacado ou ameaçado de dano pela agressão; repulsa com os meios necessários; uso moderado de tais meios e conhecimento da agressão e da necessidade da defesa. Assim, passe-se a analisar a legítima defesa como um todo, da forma como se procedeu com o estado de necessidade.

### **3.2.1 Reação à agressão injusta, atual ou iminente**

De pronto, já se percebe que aqui o legislador fez questão de atribuir tratamento diferenciado a este instituto – diferentemente do que ocorreu com o estado de necessidade – e fez inserir no dispositivo penal não só a menção à agressão atual, mas também (e expressamente) à agressão iminente.

Júlio Fabbrini Mirabete (2001, p. 182), de maneira sucinta, mas irrepreensível, leciona: “Agressão é o ato humano que lesa ou põe em perigo um direito”. Por isso é que não se concebe arguir legítima defesa contra ataque de animais.

Sequencialmente, para que a agressão se manifeste como injusta, é necessário que seja criminosa, contrária ao ordenamento jurídico, apesar de, como propõe Fernando Capez (2001, p. 233), “injusto” e “ilícito” – em regra – não serem expressões equivalentes. Mas tal característica faz revelar que, caso o agente se encontre diante de uma agressão lícita (justa), não poderá acobertar-se na excludente da legítima defesa, caso reaja.

Não é preciso, ainda, que a conduta praticada seja criminosa para que possa ser reputada como injusta. A conduta no chamado furto de uso, embora não seja criminosa, é tida como um ilícito de natureza civil, dando ensejo, outrossim, à legítima defesa, uma vez que goza do *status* de agressão injusta. Da mesma forma, aquele que defende um bem de valor irrisório que estava sendo subtraído por outrem. Mesmo que o fato não seja considerado crime em face da aplicação do princípio da insignificância, poderá o agente agir na defesa de seu bem. (GRECO, 2005, p. 387)

Dito isto, resta ainda fazer a difícil diferença entre agressão injusta e provocação. Difícil por dois motivos: o primeiro deve-se ao fato de que somente poder-se-á arguir a legítima defesa diante da injusta agressão e não frente a uma simples provocação; o segundo diz respeito à própria distinção entre os dois conceitos que, para serem devidamente entendidos, deve-se analisar da essência de cada um deles.

Uma análise baseada em critérios objetivos, como a necessidade dos meios, a proporcionalidade da repulsa, o nível de educação e condição dos contendores, comparados com as possíveis reações de uma pessoa normal mostrará que, a contrário *sensu* da agressão injusta, no caso da provocação não há necessidade de defesa.

É por causa dessa objetividade na identificação da agressão que se pode dizer que até mesmo os inimputáveis podem sofrer repulsa acobertada pela legítima defesa.

### **3.2.2 Direito do agredido/terceiro atacado ou ameaçado de dano pela agressão**

A legítima defesa pode se apresentar de duas formas distintas, de acordo com o titular do bem jurídico defendido. É própria – quando o titular do bem da vida repele o ataque ou a ameaça – ou de terceiro – quando o autor da repulsa não coincidir com o titular do bem da vida.



No que concerne à legítima defesa de terceiro, Mirabete (2001, p. 185) aduz:

O sujeito pode defender seu bem jurídico (legítima defesa própria) ou defender direito alheio (legítima defesa de terceiro), pois a lei consagra o elevado sentimento da solidariedade humana. Admite-se, no segundo caso, apenas a defesa de bens indisponíveis quando o titular consente na agressão, mas não quando há agressão consentida e a bens disponíveis. Pode-se defender a vítima de um homicídio consentido, mas não o patrimônio de alguém que consente na subtração, no dano etc., ou na lesão à honra de quem não deseja essa tutela.

E Magalhães Noronha (1965, p. 224) afirma:

A agressão pode ser dirigida contra qualquer [grifo nosso] bem jurídico. Não existe mais, hoje em dia, a limitação à tutela da vida ou da incolumidade física. Como declara expressamente a lei, o direito tanto será do defendente como de terceiro.

Isto permite que se diga que – dentro dos limites da proporcionalidade da ofensa e a intensidade da repulsa – qualquer direito ou bem da vida tutelado pelo ordenamento jurídico pode ser suscetível de legítima defesa.

O questionamento mais intrigante, nesse sentido, é o referente à legítima defesa da honra. Mirabete (2001, p. 184) acresce:

A honra, porém, é atributo pessoal ou personalíssimo, não se deslocando para o corpo de terceiro, mesmo que este seja a esposa ou o marido do adúltero; assim, a maioria da doutrina e jurisprudência é no sentido de não existir a legítima defesa nessas hipóteses.

Em consonância com essa ideia, urge registrar:

**Legítima defesa da honra:** em princípio, todos os direitos são suscetíveis de legítima defesa, tais como a vida, a liberdade, a integridade física, o patrimônio, a honra etc., bastando que esteja tutelado pela ordem jurídica. Dessa forma, o que se discute não é a possibilidade da legítima defesa da honra e sim a proporcionalidade entre a ofensa e a intensidade da repulsa. Nessa medida, não poderá, por exemplo, o ofendido, em defesa da honra, matar o agressor, ante a manifesta ausência de moderação. No caso de adultério, nada justifica a supressão da vida do cônjuge adúltero, não apenas pela falta de moderação, mas também devido ao fato de que a honra é um atributo de ordem personalíssima, não podendo ser considerada ultrajada por um ato imputável a terceiro, mesmo que este seja a esposa ou o marido do

adúltero (nesse sentido: STJ, 6ª T., RE 1.517-PR, DJU, 15-4-91, p. 4309) (CAPEZ, 2001, p. 236/237).

### 3.2.3 Uso moderado dos meios necessários

Por meio necessário deve-se entender aquele que seja eficaz e suficiente para repelir a agressão; porém, se o agente possui apenas uma alternativa de repelir a agressão, mesmo sendo ela desproporcional à ofensa, pode ele lançar mão dessa única alternativa sem que, com isso, deixe de ser sua conduta alcançada pela excludente da legítima defesa.

Caso se verifique que a repulsa foi realizada por um meio menos adequado dentre os que o agente tinha a sua disposição (conduta mais gravosa ao ofendido), será considerado não necessário e não configurará legítima defesa.

Independentemente do meio utilizado, o sujeito sempre deve ser moderado na sua reação, ou seja, não ultrapassar o necessário para repeli-la, sob pena de ficar caracterizado o excesso (doloso, culposo ou exculpante). O legislador quis apenas impedir a legitimação de situações em que o agente – inicialmente – amparado pela excludente da legítima defesa, viesse a fazer cessar a injusta ofensa de maneira descomedida.

Vale aduzir, entretanto, que não se pode medir a proporcionalidade da legítima defesa com precisão. Não há como se fazer um confronto rígido entre a agressão sofrida e o que o ato de repeli-la causou.

Nesse sentido Rogério Greco (2005, p. 392) enfatiza quanto à moderação:

Não é o número de golpes ou disparos, por exemplo, que caracteriza a imoderação, levando o agente a atuar em excesso. Pode acontecer que, para fazer cessar a agressão que estava sendo praticada contra a sua pessoa, o agente tenha de efetuar, v.g., mais de cinco disparos, sem que isso possa conceituar-se como uso imoderado de um meio necessário.

Diante dessa grande dificuldade em se definir se o uso foi ou não moderado na repulsa da ofensa, a melhor sugestão é a análise do momento em que se interrompe a ofensa, a partir de então as demais ações serão consideradas excessivas.

### 3.2.4 Elementos subjetivos na legítima defesa

Além da verificação das elementares objetivas que devem se evidenciar para a comprovação da excludente de ilicitude da legítima defesa, também devem se tornar visíveis as de ordem subjetiva: o conhecimento da situação de agressão e a necessidade da defesa.

A maioria da doutrina apenas elenca como elemento subjetivo o conhecimento da situação de agressão. Esse é um *plus* trazido em relação aos elementos objetivos do artigo 25, do CP. O sujeito deve saber ou acreditar que atua em condição de legítima defesa, sob pena de não se ter essa exclusão de ilicitude.

Entretanto, urge ressaltar a posição contrária firmada por Nelson Hungria ao dizer que a legítima defesa

[...] só pode existir objetivamente, isto é, quando ocorrem, efetivamente, os seus pressupostos objetivos. Nada têm estes a ver com a opinião ou crença do agredido ou do agressor. Devem ser reconhecidos de um ponto de vista estritamente objetivo. (*Apud* GRECO, 2005, p. 397)

Opte-se pelo primeiro posicionamento, posto que o segundo traduz a época de sua formulação, ou seja, o período em que a teoria causalista da ação dominava o direito penal pátrio.

Desta forma, exige-se a configuração do chamado *animus defendi* para que se aplique a excludente da legítima defesa, o seu contrário *sensu* – o *animus necandi* – é totalmente inaceitável dentro deste instituto.

Uma pequena parcela dos autores penalistas lembram que a necessidade da defesa (ou inevitabilidade da agressão) é requisito *sine qua non* para a indicação da legítima defesa. Ou seja, se havia a possibilidade de se evitar a agressão ou dela se afastar “discretamente”, não será, tal agente, amparado por essa excludente.

Urge frisar, apesar desta observação doutrinária, que a legislação penal pátria não exige o chamado *commodus discensus*, de maneira que pode – o agredido – optar entre fugir ou permanecer e defender-se dentro das exigências legais.

Superadas as elementares essenciais que se propôs explorar quanto à legítima defesa, necessário se faz demonstrar, ainda, breves comentários sobre certos aspectos peculiares deste instituto.

No que se refere ao **excesso**, já se expôs no momento em que se abordaram genericamente as causas de exclusão de ilicitude. Mas, em termos específicos, o excesso pode ocorrer quando se faz uso inadequado dos meios, quando o sujeito podia utilizar meios menos vulnerantes, quando não age com moderação na repulsa. O excesso pode ser doloso ou culposos.

Fala-se também em legítima defesa sucessiva – “É a repulsa do agressor inicial contra o excesso”; e em legítima defesa subjetiva – “É o excesso por erro de tipo escusável, ou seja, quando o agente, por erro, supõe ainda existir agressão e, por isso, excede-se. Nesse caso excluem-se o dolo e a culpa” (GONÇALVES, 2000, p. 81).

Já no que concerne à legítima defesa recíproca, esta é obstada pelo que se apreende do próprio artigo 25, do CP. Por não saber quem deu causa à agressão, quem a iniciou, muito comumente absolvem-se ambos. “Poderá ocorrer à absolvição de ambos os contentores se, por falta de provas, não se apurar qual deles tomou a iniciativa, mas não se poderá falar em legítima defesa”. (MIRABETE, 2001, p. 185).

Em termos de encerramento desta seção, anote-se a existência de legítima defesa putativa. Esta ocorre quando o sujeito, supondo por erro estar sendo agredido injustamente, repele esta suposta agressão.

A título de abordagem, ressaltam-se os casos em que NÃO se admite:

- Legítima defesa real de legítima defesa real;
- Legítima defesa real de estado de necessidade;
- Legítima defesa real de estrito cumprimento de dever legal;
- Legítima defesa real de exercício regular de direito.

Isto, por que, em todos esses casos a agressão não se apresenta como injusta, ilícita.

De antemão, admite-se:

- Legítima defesa putativa de legítima defesa putativa;

- Legítima defesa real de legítima defesa putativa;
- Legítima defesa putativa de legítima defesa real;
- Legítima defesa contra agressão culposa.

Finalmente, quanto ao tratamento dado à legítima defesa pelo Anteprojeto do Novo Código Penal, urge registrar que – à exceção da alteração da numeração do artigo (atualmente a legítima defesa encontra-se no art. 25 do CP e, segundo o PLS 236/2012, passará para o art. 30) – optou-se por manter rigorosamente a mesma redação atual.

### 3.3 ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL

O artigo 23 do Código Penal, consoante já se explicou, vislumbra a inexistência de crime diante do estrito cumprimento do dever legal. Entretanto, a análise desta causa excludente de ilicitude não pode seguir como se fez no tocante à legítima defesa e ao estado de necessidade, haja vista não ter o código tecido conceituação sobre o estrito cumprimento do dever legal como fez com aquelas.

Nesse sentido, apesar de todo o tempo, estudo e ‘energia’ há muito empenhados pela doutrina e jurisprudência no sentido de conceituar “estrito cumprimento do dever legal”, a nova legislação, apresentada através do Anteprojeto do Novo Código Penal (PLS 236/2012), também mantém a mesma inércia da legislação de 1984 e permanece silente sobre o conceito desta excludente.

Assim, o que seria dever legal? Seria o dever imposto por qualquer norma de direito positivo? Isto quer dizer que, quando o agente, ao atuar tipicamente, realizando a obrigação imposta pela lei, não faz nada mais do que cumprir uma obrigação?

Observe-se que a realização dessa ação típica somente poderá ser considerada lícita, caso esse dever de cumprir a obrigação **derive de lei** (direta ou indiretamente).

Quanto ao entendimento acerca do ‘cumprimento estrito’, perceba-se que a lei – ao impor a obrigação – estabelece **limites e parâmetros** para o cumprimento do preceito. Assim,

somente é tolerado exigir que o agente atue dentro dessas balizas impostas pela legislação, sob pena de se caracterizar o abuso ou excesso.

O estrito cumprimento do dever legal, pois, é um ônus, um dever. Em outras palavras, a lei não pode punir quem cumpre um dever que ela impõe.

Magalhães Noronha (1965, p. 231), com simples palavras, examina o assunto: “O fundamento desta discriminante salta aos olhos: a lei não pode punir quem cumpre um dever que ela impõe. Seria estranho, p. ex., punir-se o carrasco porque executa as penas capitais”.

Alguns exemplos de estrito cumprimento do dever legal se apresentam como clássicos dentro da literatura penal, tais como o do policial que priva o fugitivo de sua liberdade ao prendê-lo em flagrante. Nesse caso, o policial não comete crime de constrangimento ilegal ou abuso de autoridade, por exemplo, pois que, ao presenciar uma situação de flagrante delito, a lei (mais precisamente o art. 292 do CPP) obriga que o policial efetue a prisão do respectivo autor, preenchendo, assim, o requisito do dever legal. Note-se, porém, a necessidade do policial ater-se, minuciosamente (estritamente), àquilo que prevê o dispositivo legal, bastando apenas que prenda o delinquente flagrado, privado de sua liberdade. Caso ele resolva – depois de conter o sujeito – continuar fazendo uso desnecessário da força ou proferindo ofensas físicas contra o bandido, haveria a configuração de abuso ou excesso.

Outro exemplo tradicional é o do oficial de justiça, como se pode observar, segundo as palavras de Greco.

Assim, por exemplo, se um oficial de justiça, cumprindo um mandado de busca e apreensão de um televisor, por sua conta resolver também fazer a apreensão de um aparelho de som, já antevendo um pedido futuro, não terá agido nos limites estritos que lhe foram determinados, razão pela qual, com relação à apreensão do aparelho de som, não atuará amparado pela causa de justificação. (GRECO, 2005, p. 415)

Igualmente à situação antes narrada, é necessário que o oficial de justiça permaneça nos limites rígidos do que lhe impôs o mandado.

### 3.3.1 Alcance da excludente quanto aos sujeitos

Podem praticar certas condutas típicas sob o resguardo dessa causa de justificação como **autores da conduta** os funcionários públicos (em sentido amplo) e particulares que exercem funções públicas (ex. jurado, perito, mesário), precisamente por agirem por uma obrigação (imposição) normativa. Por sua vez, podem agir como **coautores ou partícipes** quaisquer pessoas, inclusive particulares, uma vez que atuem unidos a um funcionário público, desde que seja reconhecida a excludente para tal funcionário e este possua a consciência de agir amparado por esta excludente de ilicitude.

Nesse sentido, é possível citar o caso do particular que, amparado por esta causa de justificação, ao ver a polícia perseguir um delinquente, trava embate corporal com o bandido, causando-lhe lesões em virtude da prisão, com o intuito de ajudar a polícia a deter aquele criminoso. Este particular se encontra perfeitamente acobertado pela excludente de ilicitude do estrito cumprimento do dever legal.

Doutrinariamente ainda existe uma discussão sobre a possibilidade de o particular agir como autor de uma conduta típica respaldado pelo estrito cumprimento do dever legal. Para acirrar tal questionamento comumente faz-se menção à seguinte situação: o pai que toma atitudes enérgicas com a intenção de melhor educar os seus próprios filhos, caso, de alguma maneira, constranja os menores, estaria amparado pelo estrito cumprimento do dever legal devido ao disposto no artigo 1.634, inciso I do Código Civil que prevê: [...] “compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores, dirigir-lhes a criação e a educação”.

Muito se discute se a excludente que deve ser aplicada é a do estrito cumprimento do dever legal ou a do exercício regular de direito. Não obstante a existência de tal polêmica, é imperioso observar-se que desde que, os castigos sejam aplicados pelos pais dentro de um critério de razoabilidade, não há que se falar em crime.

### 3.3.2 Conhecimento da situação justificante

Nos mesmos moldes apresentados pelas excludentes de ilicitude anteriormente analisadas, o estrito cumprimento do dever legal exige que o agente tenha total consciência de

que está realizando sua conduta sob as balizas desta causa de justificação. Por isso é que se obriga que o agente tenha, simultaneamente, a vontade de realizar a ação e o conhecimento de que cumpre uma determinação legal.

A consciência é o elemento subjetivo. É pela necessidade desse elemento subjetivo que não se permite a ocorrência do estrito cumprimento do dever legal na prática de condutas culposas, mas apenas em condutas dolosas. Isto se aplica, também, às demais excludentes.

### 3.3.3 Tipicidade conglobante antinormativa

Nestes termos, urge questionar: isso não seria o mesmo que o material corporificado pela teoria da tipicidade conglobante? Bem, nosso código trata como causa de exclusão de ilicitude, mas nada impede que futuramente se adote a postura da tipicidade conglobante e se esvaziem as causas de exclusão de ilicitude.

Nesse sentido, Rogério Greco (2005, p. 421) ensina:

Sendo adotada, no futuro, essa postura, ocorrerá um esvaziamento das causas de exclusão de ilicitude, uma vez que, atuando o agente no estrito cumprimento do dever legal, sua conduta não será antinormativa e, como consequência, afastará a tipicidade penal por ausência de tipicidade conglobante.

Outro ponto que deve ser analisado é referente ao dever legal. Magalhães Noronha (1965, p. 232) apresenta que [...] “dever legal não é só o referente ao funcionário público e atinente a seu cargo ou função, mas também ao particular”.

Mirabete (2001, p. 189), por seu turno, entende que “A excludente pressupõe no executor um funcionário ou agente público que age por ordem da lei, não se excluindo o particular que exerça função pública (jurado, perito, mesário da Justiça Eleitoral etc.)”.

Assis Toledo, de forma mais ponderada, explicita:

[...] embora a norma permissiva em foco tenha, na grande maioria das hipóteses, endereço certo aos agentes do Poder Público (no exercício de suas funções), aplica-se, igualmente, aos particulares quando atuam sob a imposição de um dever legal. No direito de família, por exemplo, têm os



cônjuges o dever de guarda e educação dos filhos (CC, art. 131, IV). E, no cumprimento desse dever, podem ter a necessidade de praticar alguma sorte de constrangimento que, fora do exercício do pátrio poder, constituiria ato ilícito. Se não cometem excessos, na correção dos filhos, atuam sob o pálio desta causa de justificação. (*Apud* GRECO, 2005, p. 416)

Assim, verifica-se que o entendimento sobre o assunto não está pacificado.

Reitere-se, finalmente, que nesta causa de exclusão de ilicitude também se aplica o que se falou acerca do excesso (até porque haverá crime quando o agente extrapolar os limites do dever imposto ou lhe faltar o elemento subjetivo – consciência).

Sobre isso, o Anteprojeto do Novo Código Penal (PLS 236/2012), por mais atenção que tenha dedicado – de um modo geral – aos anseios de atualização dos temas penais, acanhou-se diante da possibilidade de um drástico esvaziamento desta excludente com base na teoria da tipicidade conglobante. Não obstante esta teoria já tenha absoluta aceitação entre a ‘ala’ mais moderna dos doutrinadores penalistas e de boa parte dos Tribunais pátrios, a nova legislação optou por não prestigiá-la (o que, provavelmente, ensejaria o desaparecimento da excludente do estrito cumprimento do dever legal) e manteve presente de forma expressa esta causa justificante.

### 3.4 EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO

Esta causa de exclusão de antijuridicidade atualmente tem guarida no inciso III, do artigo 23, do Código Penal Brasileiro. Assim como o estrito cumprimento de dever legal, ao exercício regular de direito não foi conferida conceituação legal. Todavia, a bibliografia penal brasileira extrai os elementos essenciais do seu conceito da própria expressão legal.

Enquanto o estrito cumprimento de dever legal corresponde a um dever, um ônus, o exercício regular de direito equivale a um bônus, uma deliberação.

O exercício regular de direito preleciona que, se qualquer ramo do direito autoriza a prática de conduta proibida pelo direito penal, esta prática não pode ser crime, em razão do exercício regular de direito, que veda a antinomia. Ou seja, o que está permitido por um ramo do Direito, não pode ser proibido pelo direito penal. Há, inclusive, quem defenda que esse direito requer regulamentação legal apenas na sua modalidade ampla, ou seja, compreenderá

todas as modalidades de direitos subjetivos independentemente do ramo do ordenamento jurídico, sendo aceito até sua origem em normas consuetudinárias.

[...] o costume também legitima certas ações e fatos típicos e traz como exemplo o trote acadêmico, em que “as violências, injúrias e constrangimentos que os veteranos praticam contra os noviços não se consideram atos antijurídicos em face do direito penal, porque longo e reiterado costume consagra o ‘trote’ como instituição legítima”. (CAPEZ, 2001, p. 245)

Quando o Código estabelece o exercício regular do direito, exige a necessária e rigorosa adequação aos requisitos objetivos então definidos. Mais uma vez, pode-se inferir que, em havendo excesso, o sujeito deve por ele ser responsabilizado.

Cezar Roberto Bitencourt (1997, p. 279/280) explica que o limite do lícito “termina necessariamente onde começa o abuso, posto que aí o direito deixa de ser exercido regularmente, para mostrar-se abusivo, caracterizando sua ilicitude”.

Outro ponto de identificação entre esta excludente e as anteriores é a necessária presença do elemento subjetivo, caso contrário restará patente a situação de abuso.

Normalmente se verifica essa causa de exclusão de ilicitude no desforço imediato, nas intervenções cirúrgicas, na violência desportiva, nos ofendículos (para alguns, pois há quem entenda se tratar de legítima defesa preordenada), defesa mecânica predisposta etc.

As intervenções médicas e cirúrgicas constituem exercício regular de direito, mesmo diante de alguns posicionamentos no sentido de aplicar – como causa justificadora – o estado de necessidade. Por ser uma prática permitida pelo Estado dentro de determinadas condições e exigências técnicas (como habilitação especial), é que, ao desempenhar sua função, o profissional da área realiza uma conduta legítima e ressaltada de uma imputação criminosa.

Sobre essas condições e exigências, Fernando Capez (2001, p. 245) leciona:

**Intervenções médicas e cirúrgicas:** constituem exercício regular de direito. Contudo, para que exista a mencionada discriminante, é indispensável o consentimento do paciente ou de seu representante legal. Ausente, poderá caracterizar-se o estado de necessidade em favor de terceiro (CP, art. 146, § 3º, I). Ainda que constituam exercício regular de direito, as intervenções médicas e cirúrgicas não excluem o crime quando houver imperícia, negligência ou imprudência do agente, respondendo por delito culposo se não estiver caracterizado erro profissional. Exemplo: responde por homicídio

culposo o médico que, com imprudência e imperícia, ministra drogas contraindicadas para pacientes com histórico de sensibilidade. Além disso, o ato operatório não pode contrariar a moral e os bons costumes, ainda que o conceito destes seja constantemente mutável no tempo. Finalmente, convém distinguir: se é o particular que, premido pela urgência, realiza a intervenção cirúrgica, o caso é de estado de necessidade. O exercício regular do direito pressupõe sempre profissional habilitado, capaz de desempenhar a atividade a que a lei passou a ter direito.

Nas intervenções cirúrgicas, também se pode verificar este misto de consentimento do ofendido e exercício regular de direito na lição escrita por Mirabete (2001, p. 191): “Apontam-se também como exercício regular de direito as intervenções médicas e cirúrgicas, por se tratar de atividades autorizadas pelo Estado, que reconhece, estimula, organiza e fiscaliza a profissão médica”.

Acerca dos ofendículos – que são aqueles aparatos visíveis reservados a uma melhor defesa de certo bem da vida – Victor Eduardo Rios Gonçalves (2000, p. 82) traz à baila o posicionamento de duas correntes:

[...] 1a) Há legítima defesa preordenada. Existe a legítima defesa porque o aparato só funcionará quando houver agressão, e é preordenada porque foi posta anteriormente a esta. 2a) Não há crime, pois há exercício regular do direito de defesa de bens jurídicos. Não se poderia cogitar de legítima defesa por não haver agressão atual ou iminente.

Ainda merece análise a prática esportiva violenta que resulta em lesões corporais, isto porque se sabe existem esportes, como o futebol, diversas artes marciais e outros, em que há constante emprego de violência. Entretanto, tal violência não constitui fato criminoso, porque ocorre exercício regular de direito, fundado, exatamente, na permissão e regulamentação do Estado, além do consentimento válido dos sujeitos que praticam tais esportes. O ente estatal dita as regras que têm de ser observadas e assegura a realização. Estes sujeitos tomando parte em tais jogos, sabem que irão dar e receber golpes.

Finalmente, é válida a transcrição do ensinamento de Damásio de Jesus (1999, p. 399) acerca do exercício regular de direito na violência desportiva:

[...] Desde que haja obediência irrestrita às regras do jogo, os seus autores não respondem por crime, encontrando-se acobertados pela excludente do exercício regular de direito. Cuida-se, mais uma vez, de prática autorizada e fiscalizada pelo estado, pelo que seu exercício não constitui fato ilícito. É evidente que o Estado não autoriza ferir ou matar, mas praticar o esporte de

acordo com as regras determinadas, no qual normalmente pode ocorrer dano. A conduta do jogador é perfeitamente lícita, pelo que os resultados danosos que acidentalmente ocorrem também ficam acobertados pela licitude. Como dizia Magalhães Noronha, se o participante se conserva estritamente nos limites da regra do esporte, por piores que sejam as consequências (como a morte), a conduta é lícita. Se o participante não se conserva dentro das regras do jogo, responde pelo resultado lesivo (a título de dolo ou culpa).

Também no que diz respeito à causa justificante do exercício regular de direito, o Anteprojeto do Novo Código Penal (PLS 236/2012) perdeu uma excelente oportunidade de conceituar este instituto e elidir, de uma vez por todas, alguns antigos questionamentos que pairam sobre o tema.

Acerca do tratamento dado pelo Anteprojeto do Novo Código à excludente do exercício regular de direito, é importante registrar o destaque feito, na parte especial (art. 141), quanto à possibilidade de exclusão da ilicitude por exercício regular de direito nos seguintes casos:

**Exclusão de ilicitude.** Art. 141 do Novo Código Penal (PLS 236/2012) – “Não constituem difamação ou injúria: **I – a ofensa irrogada em juízo ou fora dele, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador, inclusive a calúnia; II – a opinião desfavorável da crítica jornalística, literária, artística ou científica, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar; III – o conceito desfavorável emitido por servidor público, em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever do ofício; IV – o relato ou a divulgação de fato atinente ao interesse público, que não esteja acobertado por sigilo funcional, em razão do cargo, legal ou juridicamente assegurado**”. [Grifos acrescidos].

Pela leitura dos novos dispositivos acima transcritos é possível perceber que, apesar da comissão de juristas do Anteprojeto do Novo Código Penal não ter – como já dito – enfrentado certas questões conceituais (pelo menos não expressamente no texto legal), foi dada especial atenção a situações jurisprudencialmente consolidadas.

Assim, mesmo não havendo no texto legal (no atual ou no apresentado pelo Anteprojeto) o registro de que o exercício regular do direito ‘é aquela prática permitida pelo Estado dentro de determinadas condições e realizada por sujeitos com habilitações técnicas especiais que, ao desempenharem suas funções, têm sua atuação profissional resguardada’, o exame da essência de cada uma das circunstâncias apresentadas nos incisos acima leva (inclusive de maneira reforçada) a uma conclusão hermenêutica nesse sentido. O que, de toda sorte, revela uma alguma evolução legislativa.

#### 4. CAUSAS SUPRALEGAIS DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE

Além dessas causas que encontram amparo em nossa legislação penal, outras ainda podem existir que, mesmo não tendo sido expressamente previstas em lei, afastam a ilicitude da conduta levada a efeito pelo agente. São as chamadas causas supralegais de exclusão da ilicitude.

A relação das causas excludentes da ilicitude nos diversos incisos do artigo 23 do Código Penal não constitui *numerus clausus*. Esse rol, na realidade, é meramente exemplificativo, pois as fontes justificadoras podem ter sua origem em qualquer outro ramo do ordenamento jurídico ou até mesmo no costume, como já foi oportunamente exposto. A lei apenas apresenta alguns “casos-padrão” em que a conduta é permitida, mas, em momento algum, pretende limitar o infinito universo de situações de tolerância ao fato típico.

Então, estabelecer causas outras de exclusão da ilicitude não causará qualquer colisão com o princípio da reserva legal, uma vez que aqui se cuida de norma não incriminadora, isto é, de redução do poder punitivo estatal, constituindo garantia ao direito de liberdade do cidadão.

##### 4.1 CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

O Código Penal de 1890 previa que o consentimento do ofendido somente excluiria a intenção criminosa naquelas hipóteses em que a lei permitisse apenas ao ofendido a titularidade para manejar a ação criminal.

Na legislação atual é verdade que não se percebe menção direta ao consentimento do ofendido, mas é pacífica e amplamente aceita pela doutrina, podendo, inclusive, funcionar de duas maneiras distintas.

O consentimento do ofendido é apreciado pela maior parte da doutrina como causa supralegal de exclusão de ilicitude. Mas será em qualquer caso que se admitirá o consentimento do ofendido como causa supralegal de exclusão de antijuridicidade?

Não. Somente em se tratando de bens disponíveis e vítima capaz.

Nestes termos, confirma Victor Eduardo Rios (2000, p. 83):

[...] Segundo a doutrina, se o bem for disponível (patrimônio, p. ex.) e a vítima capaz (maior de idade e sã), o consentimento atuará como causa supralegal de exclusão da ilicitude. Ex.: uma pessoa, maior de idade, permite que outra destrua objetos seus. O fato é típico, mas não é antijurídico por parte de quem destrói.

Fragoso (*Apud* GRECO, 2005, p. 425), nesse mesmo diapasão, incitava:

[...] bem jurídico disponível é aquele exclusivamente de interesse privado (que a lei protege somente se é atingido contra a vontade do interessado). O consentimento jamais terá efeito quando se tratar de bem jurídico indisponível, ou seja, aquele bem em cuja conservação haja interesse coletivo.

Há autores, porém, que esquadriham minuciosamente o assunto e deixam claro que o consentimento do ofendido tanto pode servir como excludente da tipicidade como excludente da ilicitude do fato, sendo este último enfoque o de interesse deste estudo. Mas, para que se relembre, afastará a tipicidade sempre que o consentimento do ofendido estiver contido em forma de elementar do tipo.

São alguns exemplos em que o consentimento do ofendido funciona como excludente da tipicidade os crimes abaixo transcritos em sua integridade textual normativa:

**Violação de domicílio** – art. 150 do CP: Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências.

**Introdução ou abandono de animais em propriedade alheia** – art. 164 do CP: Introduzir ou deixar animais em propriedade alheia, sem o consentimento de quem de direito, desde que do fato resulte prejuízo.

**Estupro** – art. 213 do CP: Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça.

Portanto, em nenhuma dessas situações exemplificadas acima, havendo o consentimento do autor do direito há que se cogitar em tipicidade da conduta.

Porém, caso o consentimento ou dissenso não forem expressamente enunciados no tipo penal incriminador (não constituírem elementar do tipo) funcionarão como excludente de

ilicitude, não sem que verifique o preenchimento daqueles requisitos apropriadamente apresentados, quais sejam: bem jurídico disponível; o autor tenha capacidade jurídica e mental de dispor do bem; o bem jurídico seja essencialmente disponível; o ofendido tenha manifestado sua anuência; no momento da anuência o ofendido estar em condições de compreender o significado e as consequências de sua decisão; e o fato típico, realizado através da conduta do agente, identifique-se com o objeto anuído pelo ofendido.

Como feito na explicação anterior, registrem-se os seguintes exemplos de hipóteses em que o consentimento do ofendido funcionará como excludente de ilicitude: artigo 163 do CP: Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia (quando o titular do bem jurídico tenha consentido na danificação, destruição ou deterioração); artigo 140 do CP: Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro (quando o titular da honra consinta que ela seja enxovalhada).

Outro ponto que merece acolhida neste estudo é o que se refere à denominação *causa supralegal*.

Para se fazer jus ao próprio ponto em destaque, examine-se lição de Rogério Greco (2005, p. 423) sobre o assunto: “Há de se ressaltar que o consentimento do ofendido, seja como causa que afaste a tipicidade, seja como excludente da ilicitude, **não encontra amparo expresso em nosso direito penal objetivo, sendo considerado, portanto, causa supralegal**”. [sem destaques no original]

Apenas por apreço à proposta deste trabalho, registre-se a distinção entre consentimento em sentido estrito e acordo. Enquanto o segundo nada mais é que a manifestação de uma vontade que induz a atipicidade do fato, consentimento em sentido estrito é aquela expressão que ocasiona (fundamenta) a excludente de ilicitude.

Como ponto extremo dessa análise doutrinária acerca das excludentes de ilicitude, urge consignar que não é incomum a doutrina ou os grandes aplicadores do direito confundirem algumas situações dispostas ao longo das legislações penais com causas supraleais da exclusão da ilicitude; porém, tais excludentes, apesar de estabelecidas (na parte especial) em dispositivos que não o artigo 23 do Código penal, lá estão apenas por uma opção de dar maior ênfase ao instituto, todavia constituem sempre alguma das excludentes até então utilizadas – o que se pode comprovar por suas próprias características.

Inclusive também agora, por ocasião da apresentação do texto do Anteprojeto do Novo Código Penal (PLS 236/2012), é possível perceber que essa opção legislativa de inserir ao longo da parte especial do Código Penal novas excludentes de ilicitude por consentimento do ofendido (com o intuito de dar a elas maior ênfase) também se manteve.

Exemplo maior disso é a nova excludente de ilicitude por consentimento do ofendido na **ortotanásia**, prevista no art. 122, § 2º do Novo Código Penal (PLS 236/2012):

Art. 122, § 2º do Novo Código Penal (PLS 236/2012) – “Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão”.

#### 4.2 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Em virtude da sua natureza subsidiária fragmentada, o direito penal somente deve ir até onde seja absolutamente necessário para a proteção do bem jurídico, não se ocupando de bagatelas.

Para que tal afirmação guarde coerência com o ordenamento penal pátrio é preciso considerar materialmente atípicas as condutas lesivas de inequívoca insignificância para a vida em sociedade. O juízo da tipicidade, para que tenha efetiva significância e não atinja fatos que devam ser estranhos ao direito penal, por sua aceitação pela sociedade ou dano socialmente irrelevante, deve entender o tipo na sua concepção material, como algo dotado de conteúdo valorativo, e não apenas sob seu aspecto formal.

Às vezes, a limitação natural do trabalho legislativo faz com que possam ser consideradas formalmente típicas condutas que, rigorosamente, não deveriam estar incluídas do âmbito de proteção estabelecido pelo tipo penal. Na verdade, ao realizar o trabalho de redação do tipo penal, o legislador apenas tem em mente reprimir e/ou sancionar os prejuízos relevantes que o comportamento incriminador possa causar à ordem jurídica e social.

Entretanto, não dispõe de mecanismos para evitar que também sejam alcançados os casos leves. Nesse contexto surgiu o princípio da insignificância justamente para evitar



situações dessa espécie, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático e político-criminal de expressão da regra constitucional do “*nullum crimen sine lege*”, que nada mais faz do que revelar a natureza fragmentária e subsidiária do Direito Penal.

Atualmente, já se encontra consagrada, no direito penal pátrio, a aplicação do princípio da insignificância para excluir a antijuridicidade em delitos envolvendo danos de pequena monta, sob a justificativa de que não se deve usar o aparelhamento estatal repressivo em face do chamado crime de bagatela.

Exemplo da ampla aplicação do princípio da insignificância no direito penal são os casos dos crimes de contrabando e descaminho, capitulados no art. 334, do Código Penal, quando é pequena a quantidade de mercadorias apreendidas e é também pequeno o seu valor. Diante dessas circunstâncias é pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de considerá-los como delitos de bagatela.

De uma maneira geral, portanto, nos ditames do atual Código Penal, o princípio da insignificância atua como uma excludente genérica e **supralegal** da ilicitude sempre que a conduta do agente, apesar de típica, não traduza um comportamento incriminador relevante para a ordem jurídica e social.

Já o texto apresentado pelo Anteprojeto do Novo Código Penal (PLS 236/2012), oportunamente premiou os esforços da doutrina e, principalmente, da jurisprudência sobre o tema ao elevar ao status de excludente genérica **LEGAL** da ilicitude o princípio da insignificância, inclusive fixando textual e expressamente as condições sob as quais a conduta de um agente deverá ser analisada como insignificante. Vejamos:

Art. 28, § 1º do Novo CP (PLS 236/2012) – “Também não haverá fato criminoso quando cumulativamente se verificarem as seguintes condições: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; c) inexpressividade da lesão jurídica provocada”.

#### 4.3 DIREITO DE RESISTÊNCIA E DESOBEDIÊNCIA CIVIL

O direito de resistência e a desobediência civil, apesar de se tratar de situações menos discutidas e estudadas pelos doutrinadores clássicos do direito penal brasileiro,

também já são bastante aceitos como causas supraleais de exclusão da infração penal no resgate dos direitos dos apenados frente aos constantes abusos do poder público nas instituições penitenciárias.

A ideia é a seguinte: os criminosos condenados e os suspeitos criminais não perdem seus direitos humanos quando perdem a liberdade. Têm direito a não sofrer espancamentos, tortura ou maus tratos da parte de policiais e guardas. Têm direito à assistência médica adequada quando necessário. Têm direito à representação legal para preparar sua defesa e garantir um julgamento imparcial. Têm direito a condições decentes de detenção, tais como espaço suficiente para deitar e dormir, água limpa nas celas para beber e cuidar da higiene, ar fresco, luz natural e instalações sanitárias livres de entupimentos por detritos.

É o Estado brasileiro que tem o dever de garantir a integridade física e o bem-estar das pessoas sob sua custódia, protegendo-os contra a violência e os maus tratos, sejam eles cometidos pelos próprios entes da administração ou por outros presos. No entanto, o que – via de regra – se percebe nas instituições prisionais brasileiras é a desconsideração dos preceitos constitucionais de garantia, visto que os condenados estão submetidos a um ambiente insalubre, indigno e precário, no qual são privados de qualquer condição mínima de higiene e de assistência médica, ficando sujeitos a maus tratos e torturas por parte dos policiais, como forma de punição arbitrária.

Assim é que, sob o pretexto de evitar fugas e desordens, bem como com o objetivo de manter a disciplina e a ordem da penitenciária, os agentes penitenciários, a polícia e as autoridades judiciárias entendem serem a opressão e a repressão com violência desmensurada os meios mais eficazes de atingir esses objetivos, ignorando a dignidade dos presos como detentores de garantias e direitos fundamentais.

Tudo isso revela, na verdade, que o sistema carcerário está em crise, e os protestos, fugas e tomada de reféns acabam ocorrendo em resposta ao tratamento indigno e degradante, despendido aos apenados, visto que o sujeito ativo da violação/infração é o próprio Estado. Assim, ‘a massa carcerária’ encontra nessas condutas ilícitas (fugas, rebeliões e motins) a única maneira de ultrapassar a barreira dos muros prisionais. Essas manifestações geram o fenômeno da conflitividade carcerária.

Diante dessa realidade, entende-se, portanto, que seria legítima a resistência dos governados contra o poder abusivo oriundo do próprio Estado, criando duas categorias de

resistência não opostas: a resistência e a desobediência. A resistência implicaria uma conduta comissiva de manifestação contra o poder, ao passo que a desobediência caracterizar-se-ia por uma atitude passiva, um não fazer.

O fundamento do direito de resistência à opressão, então, decorreria do pressuposto de que há uma reciprocidade de direitos e deveres entre governo e governados, ou seja, exigindo-se dos governados o cumprimento de seus deveres, têm os mesmos, o direito de exigir serem governados por leis justas. De modo que o direito de resistência seria um direito do cidadão de garantir seus direitos fundamentais frente às violações praticadas pelo Estado.

Em verdade, partindo dos ensinamentos de René Ariel Dotti (2002, p. 385), de que “as cláusulas de exclusão da ilicitude devem ser consideradas como cláusulas de garantia social e individual.”, quem pratica uma causa de exclusão está não só protegendo um direito individual, mas também um interesse coletivo, pois a sociedade reprova os comportamentos ilícitos.

Por isso é que, apesar de o paradigma da modernidade estar fundado no monopólio da violência pelo Estado, em relação aos direitos individuais, é possível a autotutela do cidadão, como previsto legalmente e supralegalmente nos casos de exclusão da ilicitude.

Entretanto, como nos casos de descumprimento aos direitos dos presos, não há uma situação de perigo caracterizadora do estado de necessidade ou uma agressão injusta justificadora da legítima defesa – haja vista que se está diante de uma situação permanente de violência e lesão constante de direitos, bem como o sujeito ativo da violação ao direito dos presos é o próprio Estado –, não se admitiria a invocação desses referidos institutos, de forma que a possibilidade de resolução da problemática dos conflitos carcerários estaria na elevação do direito de resistência como causa supralegal de exclusão da ilicitude.

Portanto, se a qualquer cidadão é conferido o direito de autotutela quando sofrer injusta agressão ou estiver em perigo, nas condições atuais das penitenciárias brasileiras (superlotação, falta de assistência material e humana), em que não são cumpridas as garantias constitucionais e legais a que os presos têm direito, as reivindicações dos mesmos não podem ser qualificadas como delitos, pois são abrangidas pela excludente supralegal da resistência.

## 5. ANÁLISE DAS INTERPRETAÇÕES JUDICIAIS ACERCA DAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE

Feitas as devidas considerações acerca dos principais e específicos aspectos de cada uma das excludentes de ilicitude, passa-se, agora, à identificação de como os principais Tribunais do Brasil aplicam os ensinamentos doutrinários e que correntes (entendimentos) são usualmente aceitas por aqueles que, efetivamente, empregam as cominações legais. Isto permitirá analisar a exata aplicação da realidade acadêmica dentro do ordenamento jurídico pátrio.

Visando aproximar ainda mais a análise dessa realidade com a deste trabalho, uma ênfase especial foi dada às decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba.

### 5.1 ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL

**Estrito cumprimento do dever legal em homicídio** - STF: “Estrito cumprimento de dever legal. Policiais que revidam a tiros reação de marginais, matando um deles quando cumpriam mandado de autoridade competente. Inexistência de dolo e, conseqüentemente, de justa causa para ação penal. Trancamento. Habeas corpus concedido de ofício. Inteligência dos artigos 19, III (art. 23, III vigente) do CP e 648, I do CPP” (RT 580/447). TJMT: “Agem em estrito cumprimento do dever legal integrantes de escolta policial que, em diligência, eliminam autor de crime de homicídio que, ao receber voz de prisão, se rebela, fazendo uso de sua arma” (RT 519/409). TJPR: “Agem no estrito cumprimento do dever legal os soldados que, alertados pelo cabo de dia quanto à fuga de presos e não atendidos na ordem de que parassem, fazem disparos, porém um dos disparos atinge letalmente um dos fugitivos” (RT 402/368).

Verifica-se, em todas as situações acima narradas, que os agentes (policiais) realizaram condutas ordenadas por uma lei e mantiveram-se dentro dos limites por ela estabelecidos. Portanto, preencheram rigorosamente os requisitos exigidos para a aplicação da excludente de ilicitude, não podendo ser condenados como se tivessem efetuado um ilícito penal.

***Inexistência de estrito cumprimento do dever legal em prisão ilegal – TACRSP: “Se comportamento da vítima não ataca a ordem social, a***

*ação do Policial Militar que agride e prende é ilegítima, não se caracterizando o regular exercício de suas funções ou o estrito cumprimento do dever legal” (RJDTCRIM 28/32-3).*

Aqui, o que ocorre é que, apesar de a lei conferir ao policial (em forma de dever de agir) a prerrogativa legal de se fazer obedecer usando, inclusive – caso necessário – a força, não observou ele os **limites e parâmetros** para o cumprimento do preceito normativo. Desta forma, não há que se tolerar conduta excedente a essas balizas impostas pela legislação, pelo que não se permite a caracterização da excludente de ilicitude.

**Excesso no cumprimento de dever legal em caso de fuga de preso** – TJRS: “Como a legislação brasileira proíbe a pena de morte, não existe, em consequência, a profissão de carrasco. Atirar em uma pessoa em fuga, como ocorreu no caso em tela, contraria o conceito de estrito cumprimento do dever legal, não só porque o agente não cumpria nenhuma ordem superior, mas, principalmente, porque a medida utilizada pelo acusado foi excessiva, desnecessária, incompatível com a realidade daquele momento” (RJTJERGS 148/116). TJES: “Não age ao abrigo de excludente do estrito cumprimento do dever legal o policial que, a título de fazer averiguação, atira na vítima pelas costas quando esta, temerosa de uma possível detenção, se afastava a correr” (RT 644/311).

**Abuso de poder que configura excesso no cumprimento do dever legal** – RECURSO OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ABORDAGEM. POLÍCIA CIVIL. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. FIXAÇÃO. CRITÉRIOS. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDUÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. - A abordagem policial, por si só, não configura ato capaz de ensejar dano moral, mas estrito cumprimento do dever legal, devendo-se punir apenas o excesso ou abuso de poder. - Atuação de policiais civis que adentraram a agência bancária e abordaram o autor, agindo com excesso ou abuso de poder, derrubando-o e algemando-o na mira de fuzil de forma abrupta e violenta, causando-lhe humilhação e constrangimento, há de ser analisado sob a ótica da teoria objetiva. - A abordagem desproporcional de policiais civis gera dano moral indenizável, uma vez que o ato ofende a integridade psíquica da pessoa, a sua honra, dignidade ou vida privada, repercussão na esfera subjetiva da vítima, causando-lhe sofrimento. A reparação por dano moral deve atender aos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade que norteiam o entendimento do magistrado e, ainda, levar em conta a situação do ofendido e a capacidade econômica do ofensor. Por isso, deve-se reduzir o quantum indenizatório fixado pelo Magistrado a *quo* consoante entendimento da jurisprudência deste Tribunal (TJPB, Apelação Cível e Remessa Oficial n. 200.2006.020140-3/001, Rel. Des. Manoel Soares Monteiro, 1ª Câmara Cível, Julg. 19/03/2009).

Em todos os casos acima, mesmo os agentes tendo conhecimento do dispositivo que a lei prescreve permitindo que, em certas situações, ajam de maneira mais enérgica, suas

condutas foram completamente alheias à razoabilidade, absurdamente desproporcionais, o que faz caracterizar o excesso, devendo eles responder seja dolosa ou culposamente.

**TJPB, Apelação Criminal nº 200.2005.029562-1-003 – Câmara Criminal – Relator: Des. Antônio Carlos Coelho da Franca:** “LESÃO CORPORAL GRAVE. Delito Militar. Preliminar de revogação da prisão preventiva, por ausência das formalidades legais para o ato. Matéria vencida. Habeas corpus, concedido. Prejudicidade. Incapacidade Habitual por mais de trinta dias. Condenação. Irresignação. Legítima defesa e Estricto cumprimento do dever legal. Excludente de Ilicitude. Inocorrência. Utilização de medidas extremas. Alternativamente pleiteia a desclassificação para lesão corporal culposa. Ausência de exame complementar. Desnecessidade. Laudo de corpo de delito indireto. Provas testemunhais. Suprimento. Suspensão de processo. Impossibilidade. Ausência dos requisitos objetivos e subjetivos. Súplica pela redução da pena para o mínimo legal. Desacolhimento. Reprimenda aplicada conforme Os ditames legais preconizados nos arts. 59 e 68 do CP. Manutenção da sentença. Desprovisionamento. Restando incontestado, após a instrução criminal, a autoria e a materialidade delitivas, mormente pela prova testemunhal deve-se manter o édito condenatório (...). Comprovada a incapacidade habitual por mais de trinta dias é certa a condenação por lesão corporal grave. A inexistência de laudo de exame complementar pode ser suprido por outros elementos de prova quando ausente o exame complementar. Se os requisitos objetivos e subjetivos não restaram preenchidos conforme art. 89 da lei 9.099/95 como a culpabilidade, os motivos e as circunstâncias do crime, devidamente analisadas na sentença, que são demasiadamente negativas, não há como acolher a pretensão do acusado de suspensão do processo. Se o Magistrado, consoante determina os arts. 59 e 68 do Código Penal, aplica a reprimenda obedecendo criteriosamente o sistema trifásico, não há como modificar a pena” (TJPB - Acórdão do processo nº 20020050295621003 - Órgão (Câmara Criminal) - Relator DES. ANTONIO CARLOS COELHO DA FRANCA - j. em 09/06/2009).

As lesões que os policiais alegavam ser de ordem leve (fundamento de seus pedidos de aplicação da excludente de ilicitude e, por conseguinte, desclassificação do delito) não foram comprovadas, aliás, a incapacidade da vítima para realizar suas tarefas habituais por mais de 30 (trinta) dias – aliada a outros elementos de prova – fez comprovar a adoção de medidas extremas, tornando patente que a ação dos policiais foi **ilegal**, ultrapassando os limites do razoável. Diante deste quadro, agiram de maneira correta o Desembargador presidente Nilo Luiz Ramalho Vieira, o Desembargador relator do processo Antônio Carlos Coelho Franca, o Desembargador Leônicio Teixeira Câmara e o juiz convocado Dr. Wolfram da Cunha Ramos ao manterem a decisão de primeiro grau que não aceitou o argumento de estricto cumprimento do dever legal.

## 5.2 EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO

**Exercício regular de direito contra esbulho possessório** – TJSP: “Não comete infração penal, sequer em tese, a vítima de ameaça ou esbulho de sua posse que, sem exceder à manutenção ou restituição, a recupera por sua própria força e autoridade. O ‘desforço imediato’ e a ‘resistência’ são formas de legítima defesa [sic] da posse, que não se limita à repulsa da violência, mas autoriza até a obtenção da restituição da posse pela própria força” (RT 461/341).

Acertadamente o Tribunal de Justiça de São Paulo não fez responder por crime aquele que, apesar de ter realizado fato típico, o fez como exercício regular de direito, haja vista ter, tão somente, exercido o direito subjetivo a ele inerente (enquanto proprietário) de resistir ou buscar de volta pela própria força a sua posse da qual foi esbulhado. Não obstante a impropriedade técnica cometida pelo redator do acórdão, não se trata do instituto da legítima defesa, mas propriamente de exercício regular de direito, como dito.

**Inexistência de exercício regular de direito em lesões corporais: exigência de conjunção carnal da mulher** – TACRSP: “Lesão corporal de natureza leve. Acusado que agride a esposa por se recusar, sem justo motivo, ao débito conjugal. Pretendido exercício regular de direito. Inadmissibilidade. Condenação mantida” (RT 569/325).

Totalmente típica, antijurídica e reprovável a conduta do agente que, alegando amparo na causa de justificação do exercício regular de direito, tenta subjugar seu cônjuge varoa à prática da conjunção carnal. Caso tal entendimento tivesse sido aceito estar-se-ia dilacerando qualquer apreço à proporcionalidade e razoabilidade. Isto porque se iria antepor um dever conjugal frente a bens da vida de importância muito maior como a integridade física, a honra pessoal. Talvez, e no máximo, tal recusa fosse alicerce para um pedido de anulação de casamento, jamais alicerce para a prática lícita de lesão corporal.

Entendimento contrário ao anteriormente apresentado – **Exercício regular de direito em lesões corporais de natureza leve – exigência de conjunção carnal contra esposa** – TAGB: “A cópula *intra matrimonium* é dever recíproco dos cônjuges e aquele que usa de força física contra o outro, a quem não socorre escusa razoável (*verbi gratia*, moléstia, inclusive venérea, ou cópula contra a natureza), tem por si a excludente da criminalidade prevista no artigo 19, n° III (art. 23, III vigente), do Código Penal, exercício regular de direito” (RT 461/444).

É inaceitável, dentro de uma perspectiva que busque os limites do bom senso e da razoabilidade, aceitar o entendimento amparado pela decisão ora analisada. Não fosse suficiente o argumento de que se trata de uma decisão que defende ponto de vista há muito não tolerado pelo ordenamento jurídico pátrio (pelo fato de ser extremamente machista), é fácil perceber a inversão de valores no momento em que se privilegia o “direito” que o cônjuge varão teria de consumir sua lascívia, em desfavor da integridade e da honra pessoal do cônjuge varoa, sendo – caso tal entendimento fosse preponderante na jurisprudência – mais que uma violação, um verdadeiro atentado à dignidade da pessoa humana.

### 5.3 ESTADO DE NECESSIDADE

**Necessidade de perigo atual – TACRSP:** “Não age em estado de necessidade quem porta arma de fogo em via pública, sem licença da autoridade competente, a pretexto de precisar fazê-lo, porque é comerciante estabelecido e reside em lugares ermos, mal frequentados e violentos, pois a excludente não aproveita ao que diz conjurar um imaginário e remoto perigo representado por um abstrato sentimento de insegurança pública” (RT 676/308).

**TJPB. Apelação Criminal n. 016.2009.001216-8/0001:** “PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. CONDENAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO. APELO. ATIPICIDADE. ESTADO DE NECESSIDADE. NÃO CARACTERIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. IRRELEVÂNCIA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO E FORMAL. REJEIÇÃO. NULIDADE DA SENTENÇA. INOBSERVÂNCIA DOS ARTS. 59 E 68 DO CP. PENA MÍNIMA APLICADA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. APLICAÇÃO DO ART. 155, § 2º DO CODEX. IMPOSSIBILIDADE. IMPROVIMENTO. A mera possibilidade de vir a sofrer um perigo atual afasta de plano o reconhecimento do estado de necessidade. Para tanto, o perigo tem que ser atual ou iminente, não podendo ser apenas provável. A ausência de perícia técnica, relativamente à potencialidade ofensiva da arma apreendida, não descaracteriza o delito de porte ilegal, sendo este de caráter formal e de perigo abstrato, aperfeiçoando-se, apenas, com o fato de o agente conduzir o artefato sem a devida autorização legal. A lei presume, de forma absoluta, a existência do risco causado à sociedade por parte daquele que, sem autorização, porta arma de fogo, acessórios ou munição, não sendo exigido pelo tipo penal que tenha o agente causado perigo à pessoa ou coletividade, sendo, em outras palavras, dispensada a demonstração efetiva de que alguém ficou exposto a uma situação concreta de risco para a configuração do delito. Uma vez que a pena base foi fixada no mínimo legal, e dessa forma tornada definitiva, a não individualização da pena não trouxe nenhum prejuízo ao réu, pelo que a jurisprudência é pacífica no sentido de que, nessa hipótese, não há que se falar em nulidade da sentença. Impossível a aplicação do art. 155, § 2º do Código Penal ao caso em epígrafe. A uma, porque se trata de outro tipo penal furto. A duas porque a pena de reclusão é prevista em lei para o tipo pelo qual é acusado o recorrente, sendo portanto



matéria de imposição legal, não podendo ser alterada pela simples vontade do julgador. Improvimento”. (TJPB - Acórdão do proc. n. 01620090012168001 - Câmara Criminal - Relator DES. JOAO BENEDITO DA SILVA - j. em 27/09/2011).

Foram apresentados no capítulo anterior os requisitos que devem, obrigatoriamente, se fazer presentes para a configuração do estado de necessidade, quais sejam: perigo atual e inevitável a direito próprio ou alheio, e o perigo não pode ter sido provocado voluntariamente pelo agente. Nas situações acima decididas, verifica-se (mesmo contra possíveis argumentos estatísticos acerca da probabilidade da ocorrência de um crime) que é indispensável a configuração da atualidade do perigo, sendo inaceitável alegar estado de necessidade quando se apresenta uma longínqua e remota possibilidade de violação ao bem jurídico. Acertadas, portanto, se mostram as decisões do Tribunal Criminal de São Paulo e do Tribunal de Justiça da Paraíba, que rejeitaram, em ambos os casos, as arguições da causa de justificação pelo estado de necessidade.

**Provocação do perigo por sem-terra – TJMS:** “Não caracteriza a excludente de criminalidade do estado de necessidade a conduta de acampados ‘sem terra’ que subtraem carga de caminhão contendo gêneros alimentícios e produtos de limpeza e higiene, pois os próprios agentes, voluntariamente, criaram a situação de necessidade, eis que cientes de que faltariam alimentos para o sustento do grupo” (RT 773/637).

Nesta situação descrita acima dois dos requisitos necessários à configuração do estado de necessidade faltam: a inevitabilidade do perigo e não ter sido ele causado voluntariamente pelo próprio agente (no caso, agentes). Várias seriam as condutas possíveis de ser adotadas pelo grupo de ‘sem-terras’ a fim de evitar que ficasse desabastecido de provisões; ao contrário disso, eles, **deliberadamente**, e dentro de uma suficiente consciência de que (provavelmente) lhes faltaria comida, optaram em enfrentar tal condição, por isso não podem agora socorrer-se desta excludente.

**Furto famélico como estado de necessidade – TARS:** “O furto famélico, modalidade da excludente do estado de necessidade (inc. I do art. 23 do CP), porque resultante de essência conceitual de relativa abrangência, apenas será reconhecível quando o agente subtrair a res passível de ser classificada como apta e, de imediato, satisfazer privação inadiável da qual, no momento, padecem, tanto ele, como pessoa próxima e dependente’ (JTAERGS 74/46-7).

Diante da conjuntura apresentada, verifica-se razoável não exigir sacrifício do bem da vida do autor do fato típico, sendo comprovadamente relevante a violação do bem jurídico lesado (direito à propriedade) em contraposição ao bem da vida preservado – que foi o direito à vida do autor do fato típico e de sua família que sofriam pela atual falta de alimentação. Importante ressaltar que é dominante o entendimento de que – em casos de furto famélico – apenas configura-se o estado de necessidade se – além das outras características – o bem furtado for objeto apto a satisfazer privação inadiável, posto que ninguém furta gênero alimentício para acrescer seu patrimônio.

Nesse sentido foi que, apesar da alegação de furto famélico, o TJPB manteve condenação de acusada que não comprovou a necessidade de satisfazer privação imediata através da *res furtiva*. Vejamos:

**TJPB: Alegação de furto famélico – Necessidade não comprovada:** “PENAL - FURTO - Art. 155 - Autoria e materialidade comprovadas - Condenação - Irresignação -Apelação - Alegação de furto famélico . - Necessidade não caracterizada -Suposta cleptomania - Provas que afastam o suposto distúrbio -Absolvição - Impossibilidade -Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - Inadmissível - Não Preenchimento dos requisitos do art. 44 do Código Penal - Res furtiva encontrada em poder da apelante - Manutenção da sentença - Recurso conhecido e não provido. Embora o delito tenha sido praticado com baixo índice de reprovabilidade e tendo a res furtiva retornado ao poder do seu proprietário, tais acontecimentos não descaracteriza o - crime de furto, razão por que se nega provimento ao apelo. Impossível a absolvição quando o conjunto probatório carreados aos autos não deixa outra saída, senão a manutenção da sentença de primeiro grau. Não se deve aplicar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, quando a apelante não preencher os requisitos objetivos e subjetivos do art. 44 do Código Penal, notadamente a reincidência em crime doloso. O alegado impulso mórbido para o furto só deve se levado em consideração se nos autos ficar devidamente comprovado. Demonstrado que a ré furta tendo em vista suposta necessidade, o que não ficou caracterizado, afasta-se tal argumento, concluindo-se que o único motivo foi o enriquecimento sem causa” (TJPB, Apelação Criminal n. 200.2004.134015-5, Relator Juiz Convocado Dr. Miguel de Britto Lyra Filho, Câmara Criminal, julg. 15/09/2005).

No caso prático acima descrito, mesmo que a tese defensiva houvesse logrado êxito quanto à comprovação do distúrbio patológico (cleptomania), ainda assim não estaria automaticamente configurado o estado de necessidade. Além do referido fracasso, o principal elemento do estado de necessidade no furto famélico (que o bem subtraído seja apto a satisfazer apenas privação/necessidade inadiável) também não restou demonstrado, motivo pelo qual é impossível não se reconhecer o acerto do acórdão supra.

## 5.4 LEGÍTIMA DEFESA

**TJPB, Apelação Criminal n. 035.2005.000496-5/001.** “PENAL. Lesão corporal gravíssima. Sentença. Absolvição. Legítima defesa. Agente que reage à agressão injusta e atual provocada pela vítima. Recurso Ministerial. Apontado excesso na repulsa. Desproporção não evidenciada. Excludente de ilicitude configurada. Apelo desprovido. - Restando comprovado que a acusada repeliu atual e injusta agressão perpetrada pela vítima da lesão corporal, irretocável se mostra a sentença absolutória que reconheceu a configuração da excludente da ilicitude da legítima defesa. - Se o acusado repeliu agressão injusta e iminente, não se deve condená-lo por excesso doloso, se não é possível extrair das provas apresentadas a certeza de que a sua reação tenha sido imoderada ou um tanto desnecessária para repelir a agressão. TJMG. Apelação Criminal nº. 1.0405.06.500001-1 /0011. Rel. Sérgio Braga. Publ. 24/05/2007. - Apelo desprovido (**TJPB**, Apelação Criminal n. 035.2005.000496-5/001, Rel. Des. Joás de Brito Pereira Filho, Câmara Criminal, julg. 09/09/2008).

**Apelação Criminal nº 2004.00393-2 – Câmara Criminal – Relator:** Desembargador Caio Alencar: “JÚRI – HOMICÍDIO – ABSOLVIÇÃO – EXCLUDENTE DE ILICITUDE – LEGÍTIMA DEFESA PRÓPRIA – AFASTAMENTO, PELOS JURADOS, DA OCORRÊNCIA DE EXCESSO DOLOSO OU CULPOSO NA CONDUTA DO AGENTE – DECISÃO QUE ENCONTRA RESPALDO NAS PROVAS DOS AUTOS – IMPROVIMENTO DO RECURSO. Embora reconhecida a imoderação dos meios necessários à repulsa da injusta agressão, na legítima defesa, se os jurados optarem por afastar o excesso doloso ou culposos na conduta do acusado e tal deliberação se amparar no conjunto de provas dos autos, configurado está o excesso casual, impunível, o qual impõe a absolvição do réu” (TJRN).

Duas são as “pedras de toque” que devem ser levadas em conta quando da análise da decisão em comento. A primeira delas é a demonstração de que, independentemente do reconhecimento da imoderação dos meios utilizados ao repelir injusta agressão na legítima defesa, é possível se afastar o excesso doloso e albergar a conduta ilícita dentro da excludente da legítima defesa. Todavia, tal ocorrência só se afigura como coerente se o agente tiver utilizado o meio de defesa (mesmo que imoderado) por ser o único de que dispunha (ou o que causava menor lesão), e não tê-lo usado visando cometer excesso na defesa.

A segunda nuance a ser analisada é discussão alheia a este trabalho (mas, nem por isso, menos responsável por dissensão doutrinária), qual seja, pessoas que possuem conhecimento jurídico mínimo serem responsáveis por decisões de alta complexidade jurídica (como geralmente ocorre no Tribunal do Júri). Apesar da flagrante contradição ocorrida no julgamento (o Conselho de Sentença, a despeito de haver entendido ter o réu agido com

imoderação quanto aos meios necessários à repulsa da injusta agressão, ao examinar, dentro da soberania que lhe é assegurada, os elementos e circunstâncias que envolvem o fato, decidiu por afastar a ocorrência, na legítima defesa, de excesso culposo ou doloso na conduta do agente, concluindo, pois, que o excesso verificado foi casual, inevitável, portanto impunível, e que impõe a absolvição daquele) a jurisprudência, acerca do tema, é remansosa no sentido de corroborar decisões do Conselho de Sentença que, com respaldo nas provas dos autos, absolvem o réu, reconhecendo a excludente de legítima defesa própria ao afastar a ocorrência de excesso culposo ou doloso na conduta do mesmo.

**Legítima defesa da honra em caso de adultério – TJRR:** “Não há amparo legal, doutrinário ou jurisprudencial, no direito hodierno que sustenta a legítima defesa da honra conjugal como causa excludente de ilicitude no crime de homicídio, ainda mais senão existe sequer flagrante do suposto adultério, fato que retira a atualidade ou a iminência da agressão” (RT 765/693). TJAL: “O marido que atira em esposa que comete adultério não age à sombra do instituto penal da legítima defesa da honra. A perda da honra é do cônjuge infiel e não do inocente, portanto, não se configura a excludente de ilicitude” (RT 761/645).

**TJPB, Apelação Criminal n. 006.2004.000380-5/001:** “JÚRI. Homicídio qualificado. Recurso que tornou impossível a defesa da vítima surpresa. Tese da legítima defesa da honra. Acolhimento pelo Sinédrio Popular. Absolvição. Irresignação ministerial. Alegativa de julgamento contrário as provas dos autos. Provimento. Sem dúvidas, em estando a decisão do Conselho de Sentença em manifesta dissonância com o acervo probatório contido dos autos, é de se acolher a irresignação Ministerial para, em assim se decidindo, determinar que o réu seja submetido à novo julgamento. Evidentemente, em se tratando o crime de homicídio, onde o bem jurídico tutelado é a vida, as ofensas verbais praticadas por companheira a mais de 01 um ano, dando conta de que não é mulher honesta, desautorizam tamanha agressão ao mais precioso bem humano. Por sua vez, é cediço que a legítima defesa da honra, como tese justificadora para a excludente de ilicitude por crime de homicídio, não encontra guarida no ordenamento jurídico pátrio” (TJPB, Apelação Criminal n. 006.2004.000380-5/001, Rel. Des. Antônio Carlos Coelho Franca, Câmara Criminal, julg. 24/10/2006).

É pacífico e reiterado – dentre toda a comunidade jurídica – o entendimento de que, em casos de adultério, inexiste legítima defesa da honra, pois nem a reputação, nem a dignidade ou honra do acusado ficam abaladas em virtude da conduta de seu cônjuge e vítima. Apesar de, no passado, haver constado na legislação penal pátria dispositivo que garantia essa aberração jurídica (legítima defesa da honra), nem a legislação, nem a produção literária científica, nem as decisões atuais seguem tal entendimento.

**TACrim-SP – AC – Rel. Luiz Pantaleão** – “A impossibilidade de determinar quem teve a iniciativa da agressão, colocando o agredido em situação de legítima defesa, impõe a absolvição de ambos os réus”. Absolvição por falta de provas em legítima defesa recíproca – TJSP: “Em sede de lesões corporais de natureza grave e recíprocas, se ambos os briguentos sustentam a legítima defesa sem prova-la cabalmente e se a acusação não prova qual dos agentes iniciou o entrevero, impossível e injusta a condenação de apenas um dos adversários e a absolvição do outro. Impõe-se a absolvição de ambos por incerta a culpabilidade, em face da insuficiência probatória” (RT 654/271).

É reiterado e pacífico na doutrina e jurisprudência o entendimento apresentado de que diante da dúvida a respeito das reais circunstâncias de ocorrência do fato, juntamente com a alegação recíproca de legítima defesa, ambos devem ser absolvidos. A justificativa mais comumente apresentada é a de que, com isso, se estaria evitando ‘erro judiciário’.

## 5.5 CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

**Consentimento da vítima em furto – TACRSP:** “O fato da vítima haver esperado tanto tempo para incrimina-lo, bem assim a circunstância do peticionário ter agido às claras, sem nenhum subterfúgio, procurando um profissional da cidade para a retirada do objeto, reforçam a convicção de sua inocência, pois custa a crer, segundo o *id quod plerumque accidit*, tomassem as coisas esse rumo, caso realmente de furto se tratasse” (JTACRIM 73/45).

A legislação não exige que o consentimento da vítima se dê por escrito para que reste configurada tal excludente de ilicitude; aliás, não há sequer previsão expressa relativa à totalidade dos eventos que podem configurar excludentes de ilicitude, sendo plenamente aceitas as chamadas excludentes supralegais. No caso acima citado, as situações fáticas delineadas e apuradas ao longo do processo convenceram os magistrados da real ocorrência de consentimento do ofendido na realização da conduta imputada ao agente; pelo que jamais se poderia, portanto, condená-lo.

Este é apenas um dos inúmeros julgados em que é possível extrair o cerne da aplicação do consentimento do ofendido como causa de exclusão da ilicitude; o que é feito – conforme já frisado – quando: Primeiro: o consentimento não for elementar do tipo penal incriminador, pois assim sendo se trataria de uma excludente de tipicidade (e não de ilicitude); Segundo: quando se tratar de um bem jurídico ‘disponível’ (afeito à esfera de interesse

privado) e o autor/ofendido esteja em condições de compreender o significado e as consequências do seu consentimento.

Impende anotar, ainda, a especificidade com que o termo ‘bem jurídico disponível’ deve ser interpretado na esfera penal, já que o Anteprojeto do Novo Código extrai do consentimento do ofendido o fundamento jurídico para excluir a ilicitude no caso de ortotanásia (circunstância em que o bem jurídico, via de regra, não é daqueles classificados como ‘disponível’).

## 5.6 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

**Princípio da insignificância em crime de estelionato de pequena monta** – “Já se encontra consagrada, no Direito Penal pátrio, a aplicação do princípio da insignificância para excluir a antijuridicidade em delitos envolvendo danos de pequena monta, sob a justificativa de que não se deve usar o aparelhamento estatal repressivo em face do chamado crime de bagatela. Posição pessoal que se ressalva ao fundamento de que o princípio da insignificância, em sendo causa supralegal de exclusão da antijuridicidade, tem aplicação excepcional e, ainda assim, só guarda relação com crimes cuja objetividade jurídica envolva a proteção do patrimônio, não sendo, segundo a interpretação pessoal, pertinente onde seu fim já motive norma legal, como sói ser o estelionato privilegiado. Aplicação, na espécie, do princípio da insignificância, na esteira de precedentes desta Corte, a estelionato de pequena monta (4,77 salários mínimos).” (TRF 1ª R., Ap. nº 199901000721234, 2ª T., rel. Juíza Vera Carla Nelson de Oliveira Cruz, j. 12.04.02, v.u., DJU 16.05.02, p. 109).

**TJPB, Recurso Criminal em Sentido Estrito n. 075.2010.002.881-2/001:** “PENAL E PROCESSUAL PENAL Furto simples. Rejeição da denúncia. Recurso em sentido estrito. Res furtiva. Valor mínimo. Patrimônio da vítima. Dano irrelevante. Incidência do princípio da insignificância. Acerto do decisum monocrático. Decisão mantida. Recurso desprovido. O valor ínfimo da *res furtiva*, sem força para causar dano relevante ao patrimônio da vítima, não tem repercussão na seara penal, à míngua de efetiva lesão do bem jurídico tutelado” (TJPB, Recurso Criminal em Sentido Estrito n. 075.2010.002.881-2/001, Rel. Juiz Convocado Dr. Marcos William de Oliveira, Câmara Criminal, Julg. 03/07/2012).

Perceba-se que somente com base no princípio da insignificância jurídica se permite infirmar a ilicitude de fatos que, por sua inexpressividade, constituem ações de bagatela, despidas de reprovabilidade, de modo a não merecerem valoração da norma penal,

exurgindo, pois, como irrelevantes. A tais ações a jurisprudência tem francamente reconhecido que lhes falta juízo de censura penal.

É possível observar que, não obstante somente agora – por ocasião das alíneas “a”, “b” e “c”, do § 1º do art. 28 do novo Código Penal (PLS n. 236/2012) – tenham sido expressamente prescritos os critérios legais para a incidência do princípio da insignificância, desde há muito toda a jurisprudência penal (inclusive aquela proveniente do Tribunal de Justiça da Paraíba) já apontava corretamente a necessidade do preenchimento justamente dessas condições listadas nas alíneas acima para a configuração da insignificância nas condutas delitivas. Vejamos:

**TJPB, Apelação Criminal n. 001.2009.018184-1/001:** “APELAÇÃO CRIMINAL Roubo simples consumado. Simulação de uso de arma. Condenação. Insurgência da defesa. Pleito de desclassificação para o crime de furto. Grave ameaça configurada na simulação de uso de arma. Intimidação causada na vítima que se coaduna com a ideia veiculada no art. 1.57 do CP. Inviabilidade de enquadramento no delito de furto. Suplica pela aplicação do princípio da insignificância. Crime praticado mediante grave ameaça. Impossibilidade de afastamento da tipicidade material pelo princípio da bagatela. Requerimento de incidência do §4º do art. 155 do CP ao caso. Impertinência, diante da configuração do delito de roubo, o qual não admite o privilégio. Manutenção da condenação. Dosimetria da pena. Fixação de pena que atende aos princípios da razoabilidade. Inexistência de reparo a ser feito. Desprovemento do recurso. A simulação de uso de arma de fogo quando anunciado o assalto é suficiente para configurar a grave ameaça exigida no tipo penal de roubo, o que impossibilita a desclassificação para o furto. A rejeição da desclassificação para furto impede a aplicação do princípio da insignificância pretendida pelo apelante. É que esse postulado busca impedir que pequenos desvios de conduta, perpetrados de forma isolada, levem a urna sanção de natureza penal, isso em observância aos princípios da fragmentariedade e subsidiariedade. Para tanto, conforme jurisprudência do STF, é necessário observar os seguintes requisitos a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada. Quando o fato narrado na denúncia revela a ofensividade da conduta e o considerável grau de reprovabilidade do comportamento, dada a grave ameaça empregada na prática do delito, característica, aliás, intrínseca ao crime de roubo, torna-se incabível a aplicação do princípio da bagatela. Diante da classificação dada à conduta praticada pelo acusado, também não se mostra cabível o reconhecimento do privilégio previsto no §4º do art. 155 do CP, pois que pertinente apenas ao delito de furto (TJPB, Apelação Criminal n. 001.2009.018184-1/001, Rel. Des. João Benedito da Silva, Câmara Criminal, Julg. 27/11/2012). [Grifos acrescidos]

Aqui também – ao verificar que as diversas alíneas do § 1º do art. 28 do Anteprojeto do Novo Código Penal (PLS n. 236/2012) consagram um posicionamento jurisprudencial

formado de maneira ‘madura’, resultado de um entendimento consolidado e insistentemente aplicado a casos concretos semelhantes – não há como não reverenciar o progresso dos acréscimos legais sugeridos pela comissão de juristas, haja vista sua absoluta coerência com o contexto (doutrinário e jurisprudencial) uniforme como assunto vem sendo tratado até hoje.



## CONCLUSÕES

Em termos finais de pesquisa, resta asseverar que se buscou a análise perfunctória das causas excludentes de antijuridicidade, passando-se por fase introdutória, demonstrando a estrutura do tipo, conceituando-se a ilicitude e só então analisando separadamente as causas legais e supralegais de exclusão de antijuridicidade.

Notou-se que, para haver crime, não basta que seja o fato típico, deve também ser antijurídico e, além disso, culpável (para aqueles que entendem a culpabilidade como elemento do crime).

Aduziu-se, em sede conceitual, que a antijuridicidade, ou dizendo em termos cientificamente mais precisos, a ilicitude é posta como forma normativa. É o desvalor que é aferido; é a relação de antagonismo, de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico. Ou seja, é o juízo de valor negativo que se atribui ao fato não tolerado pelo ordenamento jurídico.

Ocorre que determinadas ações típicas, seja por permissivo legal, seja pela verificação de certos requisitos específicos, estão autorizadas pela lei ou pela conjuntura geral do ordenamento penal pátrio, de maneira tal que não se pode condenar seu autor sob pena de restar configurada uma flagrante incoerência no sistema normativo. Tais circunstâncias foram chamadas de causas de justificação ou excludentes de ilicitude.

Passou-se, então, a vislumbrar os conceitos e características das excludentes expressamente previstas em sede de legislação penal, quais sejam: o estado de necessidade, a legítima defesa, o exercício regular do direito, o estrito cumprimento do dever legal. Acerca desses institutos foi revelado que apenas os dois primeiros são conceituados na própria lei penal, sendo a doutrina responsável pelos balizamentos dos demais.

Foi revelado, também, que mesmo o Anteprojeto do Novo Código Penal – apesar de responsável por, teoricamente, apresentar uma legislação penal material mais evoluída – deixou de enfrentar necessidades há muito enxergadas pelos textos legais atuais, tal como a conceituação do exercício regular do direito e do estrito cumprimento do dever legal.

No capítulo 4, o estudo versou acerca das causas de justificação mais comumente citadas na doutrina como “excludentes supralegais da ilicitude:” o consentimento do ofendido, o princípio da insignificância, o direito de resistência e a desobediência civil.

Visando bem analisar a legitimidade geral das excludentes supralegais de ilicitude, foi feita a ressalva de que os enunciados prescritivos da lei penal que estabelecem as causas justificantes não se constituem *numerus clausus*, de maneira que as hipóteses apresentadas nos incisos I, II e III, do art. 23 do Código Penal brasileiro (parte geral) e nos incisos I e II do art. 128, além dos incisos I, II e II do art. 148 (parte especial) também do Código Penal, são meramente exemplificativas, podendo as fontes justificadoras ter origem em diversos outros ramos do ordenamento jurídico, inclusive nos costumes, sem que, com isso, evidencie-se violação ao princípio da reserva legal.

Nesse contexto, restou exigida a necessidade de se analisar individualmente cada uma das mais importantes (academicamente falando) cláusulas supralegais de exclusão da ilicitude.

No que concerne ao consentimento do ofendido, pôde-se perceber que sua aceitação como justificante ocorre, sobretudo, quando o tipo penal não o trouxer expressamente em seu enunciado (o que levaria à exclusão da própria tipicidade), bem como quando se tratar de hipótese em que o bem jurídico tutelado seja disponível; quando a vítima for pessoa capaz; quando tal vítima tenha manifestado sua anuência e quando no momento dessa anuência o ofendido estivesse em plenas condições de compreender o significado e as consequências de sua decisão – a exemplo dos casos de violação de domicílio, introdução ou abandono de animais em propriedade alheia e estupro. Inclusive, nesse sentido, restou registrado que o Anteprojeto do Novo Código Penal resolveu prestigiar o consentimento do ofendido ao indicar expressamente como excludente de ilicitude (agora não mais supralegal, mas sim prescrita no texto legal) a ortotanásia.

Sobre o princípio da insignificância restou revelado que o direito penal, como “*ultima ratio*” que é, somente deve atuar na proteção de bens jurídicos quando for absolutamente imprescindível, deixando a cargo dos demais ramos do ordenamento aquelas situações que puderem encontrar soluções fora da legislação penal. Decorre daí a aplicação do princípio da insignificância para excluir a antijuridicidade em delitos envolvendo danos de

pequena monta, sob a justificativa de que não se deve usar o aparelhamento estatal repressivo em face do chamado crime de bagatela.

Ainda sobre o princípio da insignificância, demonstrou-se que a comissão de juristas convocada pelo Senado Federal para elaborar o texto do Anteprojeto do Novo Código Penal, em clara deferência à doutrina penal majoritária e à jurisprudência dominante, ‘elevou’ o princípio da insignificância ao status de excludente LEGAL da ilicitude.

Como última das causas supralegais de exclusão da ilicitude, procedeu-se à análise do direito à resistência e da desobediência civil. Tais circunstâncias, quando enxergadas pela ótica da “massa carcerária” que, diariamente, é submetida aos constantes abusos do poder público nas instituições penitenciárias, foram consideradas possibilidades legítimas de contenção da violência estatal, especialmente em virtude da sua aproximação conceitual com os institutos da legítima defesa e do estado de necessidade.

Produziu-se, também, um capítulo (cap. 5) exclusivamente de “análises das interpretações judiciais acerca das excludentes de ilicitude”, no qual se demonstrou quais dos principais entendimentos (inclusive aqueles de que a doutrina diverge) são aplicados – e como são aplicados – nos casos práticos. Buscou-se, com isso, dois aspectos: permitir uma exata análise da aplicação da realidade acadêmica dentro dos órgãos judicantes do ordenamento jurídico pátrio; e aproximar, ainda mais, essa realidade com a do autor (e leitores) deste Trabalho de Conclusão de Curso, empregando ênfase especial às decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça da Paraíba.

No mais, não se procurou exaurir todo o assunto, o que seria impossível, face à sua extensão mesmo e aos aspectos peculiares e controvertidos. No mais, espera-se que a visão dos doutrinadores elencados juntamente com a visão crítica apresentada possa, de alguma forma, vir a acrescer na vida daqueles que porventura possam folhear esta pesquisa.

Dito isto, encerra-se esta pesquisa com o desejo de que, de alguma forma, os humildes apontamentos sirvam aos leitores, pois, só assim, ter-se-á a sensação de dever cumprido.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, Roque de Brito. **Direito Penal**, Parte Geral. Recife. Ed. Do Autor, 2010.
- BITENCOURT, César Roberto. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Coleção Manuais de Legislação Atlas, Organização de Alexandre de Moraes. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Código Penal**: Universitário. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 1.
- CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007.
- DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal**: Parte Geral. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 2 ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro, Impetus, 2008.
- JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**: Parte Geral. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2001. v. 1.
- NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**: Parte Geral. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.