

**FACULDADES INTEGRADAS
"ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO"**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**EXCLUDENTES DE ILICITUDE E DE CULPABILIDADE:
CONSEQUÊNCIAS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS**

Danilo Del Massa Santos

**FACULDADES INTEGRADAS
"ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO"**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**EXCLUDENTES DE ILICITUDE E DE CULPABILIDADE:
CONSEQUÊNCIAS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS**

Danilo Del Massa Santos

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Jurandir José dos Santos.

Presidente Prudente/SP
2011

EXCLUDENTES DE ILICITUDE E DE CULPABILIDADE: CONSEQUÊNCIAS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Jurandir José dos Santos
Orientador

Mário Coimbra
Examinador

Marcus Vinícius Feltrin Aquotti
Examinador

Presidente Prudente, de novembro de 2011

“Se o ladrão que for pego arrombando for ferido e morrer, quem o feriu não será culpado de homicídio...” (Êxodos, 22:2)

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a **Deus** pelo dom da vida, pelas bênçãos que recebo a cada dia, por nunca me abandonar e desistir de mim e, principalmente, por ter me dado a salvação mediante seu único filho, Jesus, que veio pra salvar o mundo da morte eterna. Essa é a verdadeira alegria, disposta a qualquer um que quiser conhecê-Lo.

Agradeço a meus pais, Jurandir e Sueli, que durante toda minha vida me deram base, conselhos cheios de sabedoria, amor e souberam dizer não quando, mesmo não querendo, precisava ouvi-lo e me apoiaram nos momentos difíceis.

Agradeço especialmente a meu pai e orientador, que teve muita paciência comigo e acreditou e apoiou esse trabalho durante toda a sua produção. A paixão por Direito Penal e Processual Penal já herdei de você, mas um dia também quero ter a sabedoria que você tem.

Agradeço a minha irmã, que mesmo morando tão longe, ainda alegra os meus dias e me dá motivos para dar risada.

Agradeço aos meus amigos, que são extremamente importantes na minha vida. Juntos passamos momentos tristes e alegres, fortalecendo cada vez mais a amizade que nos une.

Agradeço a minha namorada Alice que suportou os ônus deste trabalho junto comigo, me deu ânimo, motivação e até dedos para digitar.

Agradeço a meus examinadores que confiaram em mim e concordaram em participar deste momento importante na minha vida acadêmica.

RESUMO

Esta pesquisa tem como objetivo estudar as circunstâncias excludentes de ilicitude ou de antijuridicidade, bem como aquelas que excluem a culpabilidade, também chamadas de dirimentes, buscando encontrá-las no direito normativo, mas não se olvidando as chamadas supralegais. Também enfatiza as consequências penais dessas causas de justificação, ou seja, a própria exclusão do crime, além da sua repercussão no preceito secundário do tipo penal, pois embora haja cominação de pena, se preenchidos alguns requisitos, o réu será dela isentado. O trabalho analisa, ainda, as consequências processuais penais dessas circunstâncias, com ênfase para alguns aspectos, como a possibilidade de concessão de liberdade provisória e a proibição do decreto da prisão preventiva para o agente que tenha cometido o delito sob uma causa que exclua o crime (arts. 310, par. único e 314, CPP), anotando que esses dispositivos devem ser interpretados extensivamente, para estender o benefício também àquele que agiu sob o pálio de qualquer uma das circunstâncias que isentam de pena, em face da política adotada pelo Código de Processo Penal que determina a absolvição do réu em ambos os casos, não se justificando que um receba a liberdade provisória e não possa ser preso preventivamente e o outro não possa receber a mesma benesse. Trata, também, da prova exigida para a prolação de sentença absolutória de mérito e, por fim, dos reflexos dessa decisão para a ação civil *ex delicto*, uma vez que a Lei Processual Penal dispõe que aquela sentença faz coisa julgada no cível.

Palavras-chave: Excludentes de Ilicitude. Excludentes de Culpabilidade. Causas Supralegais. Liberdade Provisória. Prisão Preventiva. Ação Civil *Ex Delicto*.

ABSTRACT

This research has as a goal the study of the circumstances that exclude the illegality, as well as those ones that exclude the guiltiness, also called diriments, trying to find them in the legal right, but not forgetting those ones called supralegal. It also emphasizes the criminal consequences of these justification causes, in other words, the exclusion of the crime itself, in addition to the rebound on the criminal offense's secondary precept, because besides there is a sanction attribution, if some requirements are fulfilled, the defendant will be free of it. This work yet analyses the criminal procedure consequences of these circumstances, emphasizing to some features, as the possibility of granting bail and the prohibition of dictating the preventive arrestment of the subject that has committed the crime under a cause that excludes it (items 310, single paragraph and 314, Code of Criminal Procedure), noting that these items must be extensively interpreted to extend the benefit also to that one who acted under the refuge of any of the circumstances that exempt from penalty, due to the policy adopted by the Code of Criminal Procedure that states the acquittal of the defendant in both cases, not justifying that one can receive bail and cannot be preventively arrested when the other cannot receive the same bounty. It also deals with the evidences that are demanded for the pronouncement of the acquittal judgment and, lastly, the consequences of this decision in an *ex delicto* civil action, since the Code of Criminal Procedure provides that this sentence makes claim preclusion in civil scope.

Keywords: Unlawfulness Exclusionary. Guiltiness Exclusionary. Supralegal Causes. Bail. Preventive Imprisonment. *Ex Delicto* Civil Action.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 ILICITUDE.....	Erro! Indicador não definido.
2.1 Conceito	Erro! Indicador não definido.
2.2 Ilicitude e injusto	Erro! Indicador não definido.2
2.3 Antinormatividade e antijuridicidade.....	Erro! Indicador não definido.2
2.4 Antinormatividade e ilicitude	Erro! Indicador não definido.3
2.5 Ilicitude formal e material	Erro! Indicador não definido.4
2.6 Antijuridicidade subjetiva e objetiva	Erro! Indicador não definido.5
2.7 Antijuridicidade genérica e específica	Erro! Indicador não definido.6
2.8 Excludentes de ilicitude – Considerações	Erro! Indicador não definido.7
2.8.1 Excludentes de ilicitude legais	Erro! Indicador não definido.9
2.8.1.1 Estado de Necessidade	Erro! Indicador não definido.9
2.8.1.1.a Conceito	Erro! Indicador não definido.9
2.8.1.1.b Estado de necessidade defensivo e agressivo.....	Erro! Indicador não definido.9
2.8.1.1.c Estado de necessidade justificante e exculpante	20
2.8.1.1.d Estado de necessidade próprio e de terceiro	22
2.8.1.1.e Estado de necessidade real e putativo	22
2.8.1.1.f Requisitos de formação.....	23
2.8.1.1.g Causas de diminuição da pena	25
2.8.1.1.h Excesso no estado de necessidade	25
2.8.1.1.i Estado de necessidade e necessidades econômicas.....	26
2.8.1.2 Legítima defesa	26
2.8.1.2.a Conceito	26
2.8.1.2.b Requisitos de formação.....	27
2.8.1.2.c Espécies de legítima defesa.....	29
2.8.1.2.d Situações relevantes à legítima defesa	30
2.8.1.2.e Legítima defesa e estado de necessidade	33
2.8.1.2.f Legítima defesa da honra.....	34
2.8.1.2.g Ofendículos	35
2.8.1.2.h Excesso na legítima defesa.....	36
2.8.1.3 Estricto cumprimento de dever legal.....	37
2.8.1.3.a Conceito	37
2.8.1.3.b Colisão de deveres.....	37
2.8.1.3.c Requisitos de formação	38
2.8.1.3.d Coautores e partícipes	39
2.8.1.4 Exercício regular de direito	39
2.8.1.4.a Conceito	39
2.8.1.4.b Requisitos de formação.....	40
2.8.1.4.c Alcance da causa justificante	40
2.8.1.4.d Situações relevantes ao exercício regular de direito	41

2.8.2 Excludente de ilicitude supralegal – Consentimento do ofendido	4
Indicador não definido.	
2.8.2.a Conceito	41
2.8.2.b Requisitos de formação.....	41
2.8.2.c Consequências da utilização da causa justificante.....	42
2.8.2.d Consentimento do ofendido em crimes culposos	43
3 CULPABILIDADE	45
3.1 Conceito	45
3.2 Teorias da culpabilidade.....	45
3.2.1 Teoria psicológica da culpabilidade.....	45
3.2.2 Teoria psiconormativa da culpabilidade	46
3.2.3 Teoria normativa da culpabilidade.....	47
3.2.3.1 Teoria extremada da culpabilidade.....	48
3.2.3.2 Teoria limitada da culpabilidade	48
3.3 Elementos da culpabilidade	49
3.3.1 Imputabilidade	49
3.3.1.1 Causas de exclusão da imputabilidade.....	50
3.3.1.1.a Doença mental	51
3.3.1.1.b Desenvolvimento mental incompleto ou retardado.....	51
3.3.1.1.c Dependência ou intoxicação decorrente de consumo de drogas ilícitas	52
3.3.1.1.d Menoridade	52
3.3.1.1.e Embriaguez	53
3.3.1.2 <i>Actio libera in causa</i>.....	55
3.3.1.3 Emoção e paixão	56
3.3.1.4 Semi-imputáveis	57
3.3.2 Potencial consciência da ilicitude	58
3.3.2.1 Erro de proibição.....	59
3.3.2.1.a Conceito	59
3.3.2.1.b Erro de proibição e desconhecimento da lei.....	59
3.3.2.1.c Erro de proibição e erro de tipo	60
3.3.2.1.d Espécies de erro de proibição	61
3.3.2.1.e Erro de proibição escusável e inescusável.....	62
3.3.2.1.f Erro de proibição e delito putativo	62
3.3.3 Exigibilidade de conduta diversa.....	63
3.3.3.1 Causas de exclusão da exigibilidade de conduta diversa.....	64
3.3.3.1.a Coação moral irresistível	65
3.3.3.1.b Obediência hierárquica.....	67
3.3.3.1.c Estado de necessidade exculpante	68
3.4 Excludente de culpabilidade supralegal – Inexigibilidade de conduta diversa.....	69
3.5 Discriminantes putativas	70
4 APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL... 7	7
Indicador não definido.	
4.1 Excludentes de ilicitude e de culpabilidade e a liberdade provisória	72
4.2 Proibição da prisão preventiva	75
4.3 Prova para a sentença absolutória (arts. 386, VI; 397, I e II; 415, IV, CPP).....	77
4.4 Absolvição por reconhecimento de excludente de ilicitude ou de culpabilidade e seu reflexo na ação civil <i>ex delicto</i>	79

5 CONCLUSÃO82

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS Erro! Indicador não definido.

1 INTRODUÇÃO

Três são os aspectos que conceituam o crime: formal, material e analítico.

Para o aspecto formal, crime é o mero enquadramento de uma conduta a um tipo legal previsto. Dessa forma, não se considera o conteúdo da norma, mas apenas aquilo que o legislador classificou como crime. Assim, o delito será classificado a partir do Direito Positivo, somente será crime aquilo que a lei penal classifica como tal. Porém, se for somente levado em consideração esse aspecto do delito, sem se considerar a lesividade do fato, atentaria ao princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que haveria penas graves e sérias a delitos que causaram dano de natureza leve a um bem jurídico.

Já sob o aspecto material, o crime é toda conduta de um agente que causa dano ou perigo de dano a um bem jurídico tutelado. Esse aspecto do delito analisa o conteúdo do crime. Conforme a valoração do bem danificado ou posto a perigo, haverá a dosagem da pena.

Por fim, existe o aspecto analítico do crime, que o subdivide em fato típico, antijurídico e culpável. A tipicidade é formada por vários elementos, entre os quais uma conduta, tanto positiva quanto negativa, voltada a uma finalidade; um resultado, que é a lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico protegido pelo Direito Penal; o nexos de causalidade, que é o elo entre conduta e resultado e que permite verificar se ação ou omissão do agente gerou o dano ao bem jurídico ou não; e a tipicidade propriamente dita, que é a adequação perfeita do fato ao dispositivo legal.

Apropriando-se dessa conceituação, o trabalho foi desenvolvido em capítulos que trataram da ilicitude, da culpabilidade e da repercussão delas no processo penal.

A antijuridicidade, como este trabalho expôs, se encontra na conduta contrária ao ordenamento jurídico. Um fato que se ajusta a um tipo penal será antijurídico até que se prove o contrário. É onde as excludentes de ilicitude agem. O fato que é típico, mas encontra uma excludente de ilicitude, não será antijurídico, ou seja, não violará o ordenamento jurídico.

A culpabilidade pode ser vista como a reprovabilidade da conduta que é típica e antijurídica. A teoria finalista da ação disserta que toda ação de um agente

tem uma finalidade, e, desse modo, chegou-se a teoria da culpabilidade, na qual o dolo e a culpa passam a pertencer à conduta, e os elementos normativos à culpabilidade. Se não há dolo na conduta do agente, começa a se analisar se houve culpa ao agir e, se não houver também, não há fato típico. Existem tipos penais que não prevêm a modalidade culposa, e nesses, se não houver dolo, já não se configurará tipicidade na conduta. Dessa forma, a culpabilidade perde esses elementos, mas ganha um novo denominado consciência da ilicitude, além dos outros que são imputabilidade e exigibilidade de conduta diversa. A culpabilidade determina a pena imposta ao agente, e daí se conclui que se o agente age sem culpabilidade, não se pode imputar pena a ele, e também que a pena deve ser imposta na medida de sua culpabilidade, ou seja, a pena nunca pode ser maior que a culpabilidade do agente, ainda que este seja perigoso para a sociedade. Logo, as excludentes de culpabilidade, que na verdade são casos em que não há culpabilidade do agente por inexistir um dos elementos essenciais, irão isentar o agente de pena.

Com ênfase nessas premissas, a pesquisa analisou as consequências penais das circunstâncias excludentes de ilicitude e daquelas que apenas excluem a culpabilidade, fazendo uma abordagem, embora não exauriente, da possibilidade de o juiz – ao analisar o auto de prisão em flagrante – conceder a liberdade provisória ao preso que tenha agido sob qualquer causa que exclua a antijuridicidade (par. único do art. 310, CPP). No mesmo sentido, a proibição do decreto de prisão preventiva do agente que assim tenha agido (art. 314, CPP).

Porém, como o trabalho enfocou, o legislador deixou de ampliar o alcance das normas citadas, não possibilitando o mesmo benefício para aquele que praticou o fato sob uma circunstância excludente de culpabilidade e foi preso em flagrante ou cuja preventiva está sendo pleiteada, concluindo que o aplicador da Lei deverá interpretá-la extensivamente, sobretudo porque para ambas as situações – caso venha a ser processado ou já esteja sendo – o réu será absolvido (arts. 386, inciso VI; 397, incisos I e II e 415, inciso IV, CPP), cuja sentença irá repercutir, inclusive, no âmbito civil, podendo impedir a ação civil *ex delicto*.

Os métodos utilizados no trabalho foram dedutivo, bem como a pesquisa jurisprudencial e, sobretudo, prevaleceu a pesquisa doutrinária.

2 ILICITUDE

2.1 Conceito

Sob o aspecto analítico, crime é o fato típico, antijurídico (ilícito) e culpável. A ilicitude seria a ação ou omissão que contraria o Direito, este considerado como um todo. Dessa forma, a contrariedade poderia não só atingir o Direito Penal, mas também o Direito Civil, Direito Administrativo, Direito Tributário, e outros.

Um fato que se ajusta a determinado tipo penal (ex: matar alguém), traz indícios de que seja também contrário ao direito. Isso devido à teoria da *ratio cognoscendi*. Segundo esta teoria, provavelmente todo fato típico será antijurídico, ou seja, onde houver fumaça, provavelmente haverá fogo.

A tipicidade se afere através de um juízo positivo, enquadrando a conduta a um tipo penal previsto na legislação. A ilicitude, porém, se verifica com um juízo negativo. Uma conduta será antijurídica quando não estiver amparada em nenhuma circunstância que a justifique, isto é, quando não for praticada sob a proteção de uma excludente de ilicitude. Sendo assim, toda conduta dolosa ou culposa que se enquadrar num tipo penal será também ilícita até que se comprove a existência de uma causa de justificação.

Existe também a teoria da *ratio essendi*, que considera uma união entre o fato típico e a antijuridicidade. Para esta teoria, se não houver ilicitude, não haveria sequer enquadramento ao tipo penal. O crime, dessa forma, teria um aspecto bipartido, o qual, segundo Regis Prado, teria no tipo penal “não indício de injusto, mas sim o próprio injusto tipificado” (PRADO, 2005, p. 393). E assim, toda circunstância que exclui a antijuridicidade de uma conduta, também excluiria a tipicidade, constituindo esta circunstância um atributo negativo do tipo penal.

2.2 Ilícitude e injusto

Faz-se necessário diferenciar os conceitos de ilícitude e injusto. A primeira seria a contrariedade à norma jurídica causada por uma conduta do agente. Seria, na verdade, um adjetivo, uma qualidade da conduta, independentemente de ser por ação ou omissão. O injusto é a conduta considerada ilícita, ou seja, a ação ou omissão já valorada. Ao passo que a ilícitude seria um adjetivo da conduta, o injusto seria um substantivo, pois já englobaria a tipicidade e ilícitude da ação ou omissão.

Fernando Capez elenca outros aspectos diferenciadores dos conceitos. Para ele a ilícitude, além de ser a contrariedade entre o fato e a lei, não comportaria divisões. O latrocínio seria tão ilícito quanto é a lesão corporal culposa, pois ambos contrariam a norma jurídica. O injusto, porém, comportaria divisões, pois seria a contrariedade do fato ao sentimento que a sociedade tem de justiça. O crime de estupro, por exemplo, seria mais agressivo ao sentimento social de justiça que o porte de arma, embora ambos sejam igualmente ilícitos (CAPEZ, 2008, p. 271).

2.3 Antinormatividade e antijuridicidade

Há quem estabeleça diferença entre a antijuridicidade e a antinormatividade, como Welzel. Cezar Roberto Bitencourt, citando-o dispõe que o tipo penal seria apenas uma forma conceitual que descreve condutas humanas passíveis de realização. A norma proibiria a concretização dessas condutas. Dessa forma, um agente que pratica fato típico, também age contrariamente a uma norma, já que o tipo penal incriminador abrange um mandamento, uma norma proibitiva. Ex: o tipo penal do art. 121 prevê a configuração do crime de homicídio, mas implicitamente existe a norma “não mate”.

Para a doutrina welzeliana, toda conduta que se adéqua a um tipo penal incriminador será antinormativa, mas nem sempre antijurídica. Isto se justificaria, pois o ordenamento jurídico também é formado por tipos permissivos, como as excludentes de ilícitude. Portanto, o agente que agir em conformidade a um tipo penal incriminador sob a égide de uma causa justificante, estaria realizando

conduta antinormativa (pois violaria a norma de não-fazer), mas não antijurídica, pois a conduta estaria autorizada por uma norma permissiva (WELZEL, *apud* BITENCOURT, 2008, p. 295).

2.4 Antijuridicidade e ilicitude

Existe também a diferenciação entre antijuridicidade e ilicitude. Damásio, citando Delitala, diz que a ilicitude seria a contrariedade entre um comportamento juridicamente imposto e esperado que todos realizem e a verdadeira conduta realizada pelo autor do delito. Já a antijuridicidade envolveria um estado ideal almejado pelo Direito que foi contraditado por um estado de fato. Aqui haveria lesão não só a um dever jurídico, mas sim a um bem ou interesse tutelado pelo ordenamento jurídico como um todo (DELITALA, *apud* JESUS, 1988, p. 307).

Assis Toledo, após a reforma penal de 1984, adotou unicamente a expressão *ilicitude*. O autor argumenta que o delito, em sendo uma criação do Direito, não é antijurídico, mas essencialmente jurídico (TOLEDO, *apud* BITENCOURT, 2008, p. 295).

Abaixo segue posicionamento do autor Cezar Roberto Bitencourt:

Não se pode negar que o delito é uma criação do Direito, que o define, traça os seus contornos e estabelece as consequências de sua realização. O próprio Direito privado relaciona o delito como um fato jurídico ao incluí-lo entre os chamados atos ilícitos. Nessa linha de orientação, Binding há afirmava que quem pratica um delito não contraria a lei, que prevê o tipo proibitivo; ao contrário, amolda-se a ela ao realizar exatamente o modo de conduta que a mesma prevê. Contraria, na verdade, a *norma de proibição* que o tipo legal encerra, sendo exatamente essa contrariedade à proibição que caracteriza a antijuridicidade. (BITENCOURT, p. 295, 2008)

O autor, todavia, entende por melhor adotar o termo *antijuridicidade*, já que este se amolda às principais doutrinas européias, que inclusive recomenda a preferência.

De outro modo, Fernando Capez entende como inapropriada a utilização do termo *antijuridicidade* como sinônimo de ilicitude. Segundo ele, a expressão não traduz precisamente o vocábulo alemão *Rechtswidrigkeit*, que quer dizer “contrariedade ao direito” (CAPEZ, 2008, p. 271). Também cita a adoção pelo legislador pátrio na Parte Geral do Código Penal do termo *ilicitude* ao tratar sobre o

“erro sobre a ilicitude do fato” (art. 21) e as “causas de exclusão de ilicitude” (art. 23).

O autor traz a citação de Faustino Ballvé quando este apresentou a tradução da monografia de Graf zu Dohna, *Die Rechtwidrigkeit*:

No sé como ha podido prevalecer la espantosa traducción (*Rechtwidrigkeit* = contrario al Derecho) “antijuridicidad”. Lo jurídico se refieri al concepto del Derecho y en tal sentido una cosa puede ser jurídica o no ser jurídica (física, matemática, etc.), pero no puede ser antijurídica. El pescado no es carne, pero no es “anticarne”¹. (BALLVÉ, apud CAPEZ, 2008, p. 271)

Apesar dos posicionamentos divergentes, a doutrina majoritária brasileira não faz distinção entre os termos antijuridicidade e ilicitude, preferindo adotar ambos como sinônimos.

2.5 Ilicitude formal e material

Também são de grande debate na doutrina pátria os conceitos de antijuridicidade formal e material. A divisão se baseia nos conceitos formal e material do crime. O crime, em seu aspecto formal, tem o caráter de fato típico e antijurídico. Materialmente é a lesão a um bem ou interesse protegido pelas normas penais.

Para Damásio E. de Jesus, a antijuridicidade formal seria a contrariedade do fato praticado pelo agente e a norma proibitiva. A antijuridicidade material, por sua vez, está presente na conduta realizada por alguém que viola o bem protegido pela norma. Segundo ele, não se justificaria o conceito de antijuridicidade formal, posto que essa se confunde com a tipicidade por não evidenciar outra forma de ilicitude, mas sim, um meio de se chegar a um dos elementos que constituem o fato típico, que é própria tipicidade. Portanto, não existiria antijuridicidade formal, mas apenas a material, sendo esta o dano a um bem jurídico penalmente tutelado (JESUS, 1988, p. 307).

Capez, entretanto, diverge no entendimento dos institutos. Para ele, a ilicitude formal seria a contrariedade do fato ao ordenamento jurídico, não havendo importância se há lesão a um bem jurídico socialmente relevante. A conduta seria

¹ “Não sei como pôde prevalecer a espantosa tradução (*Rechtwidrigkeit* = contrário ao Direito) ‘antijuridicidade’. O jurídico se refere ao conceito de Direito e em tal sentido uma coisa pode ser jurídica ou não ser jurídica (física, matemática etc.), mas não pode ser antijurídica. O peixe não é carne, mas não é “anticarne”.

ilícita por não estarem presentes excludentes de ilicitude e não pela reprovabilidade social. De outro modo, a ilicitude material seria a ofensa àquilo que o homem comum considera correto e justo. Em outras palavras, seria a injúria à justiça considerada socialmente. Entretanto, esse aspecto da ilicitude nada teria a ver com a antijuridicidade, mas seria requisito da tipicidade.

De acordo com o autor, a aferição do conteúdo material de uma conduta, isto é, se ela ofende ou não o sentimento de justiça social, pertenceria à tipicidade do fato, pois uma conduta que não apresenta lesividade e relevância social seria atípica, nem se chegando ao mérito da ilicitude. Assim sendo, para ele a ilicitude é constituída exclusivamente do aspecto formal, este sendo apenas o exame da existência ou não das circunstâncias justificantes (CAPEZ, 2008, p. 272-273).

Já Rogério Greco considera desnecessária a divisão entre ilicitude formal e material e justifica seu posicionamento tomando como base o conceito de ilicitude de Assis Toledo, que a considera como sendo a uma relação antagônica entre uma conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico e que lesiona ou periclita um bem jurídico protegido. Vê-se que o autor trouxe dentro do conceito de ilicitude os seus aspectos formais e materiais.

Destarte, para Greco se a norma penal veda certa conduta sob a iminência de uma sanção, é pelo fato dela causar lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico e, se o autor a praticar, estará cometendo ato ilícito, a não ser que esteja acobertado por uma excludente de ilicitude. Aqui se estaria adotando não uma corrente dualista de ilicitude, mas sim unitária, considerando-a como um todo (GRECO, 2009, p. 314).

2.6 Antijuridicidade subjetiva e objetiva

Outra subdivisão da antijuridicidade tem a ver com o caráter desta, sendo dividida em subjetiva e objetiva.

Seria a antijuridicidade subjetiva aquela proveniente de atos de agentes imputáveis. Este conceito de ilicitude, segundo Damásio, está relacionado com a teoria dos imperativos, feita por Thon, na qual, o ordenamento jurídico seria formado por mandamentos e vedações, estes voltados somente às pessoas imputáveis. Fato

ilícito, de acordo com essa teoria, seria o descumprimento de qualquer ordem. Como os inimputáveis não têm controle sobre suas vontades, a eles não poderia ser imputada culpa. Logo, não poderiam cometer qualquer ato ilícito (JESUS, 1988, p. 308).

Mirabete explica que esta teoria está baseada numa noção de que o direito regula os desejos individuais e, por conseguinte as ordens provenientes deste são direcionadas somente àqueles capazes de entender os mandamentos nelas contidos (MIRABETE, 2008, p. 169).

Já Fernando Capez preceitua que, nessa teoria, o ato praticado somente será ilícito quando o autor tiver capacidade suficiente para entender o seu caráter delituoso (CAPEZ, 2008, p. 273).

Na antijuridicidade objetiva não se considera a capacidade ou culpabilidade do agente para determinar a ilicitude. Aqui, o que torna o fato ilícito é sua qualidade para contrariar uma norma. Dessa forma, um inimputável que pratica fato típico, terá cometido também conduta ilícita, que será, entretanto, não culpável. Este é o critério adotado por Dámasio, que justifica seu posicionamento expondo que a “ilicitude resolve-se na lesão de um bem penalmente protegido, independentemente da culpabilidade do sujeito” (1988, p. 309). Explicita ainda que como o dolo, a partir da adoção da teoria finalista, passou a integrar a tipicidade *lato sensu* e a culpabilidade é um juízo de reprovação feito sobre a conduta criminosa, não deixaria de ser ilícito um ato voluntário de um inimputável (JESUS, 1988, p. 309).

No mesmo sentido, Mirabete explica que o caráter objetivo da antijuridicidade é nada mais que uma contradição entre o fato e ordenamento jurídico (2008, p. 169). Capez, de forma sucinta, dispõe que a ilicitude objetiva “independe da capacidade de avaliação do agente. Basta que, no plano concreto, o fato típico não esteja amparado por causa de exclusão” (2008, p. 273).

2.7 Antijuridicidade genérica e específica

Ainda há que se falar a distinção entre antijuridicidade genérica e específica.

Para alguns doutrinadores, alguns tipos penais como o previsto no art.

155 do CP possuem uma antijuridicidade específica, pois têm elementos, como a expressão “alheia” no artigo citado, que aumentam o alcance do dolo do agente. Os tipos penais que não possuem estes elementos têm a antijuridicidade genérica.

Nesse sentido, para que o sujeito praticasse um fato que possui antijuridicidade específica, o dolo deveria abranger a própria ilicitude prevista no tipo, ou seja, além do dolo deveria estar presente na conduta o elemento. Nos tipos normais, bastaria existir a contrariedade entre o fato e o ordenamento jurídico.

Segundo Damásio de Jesus, esta distinção não teria motivos para existir, pois além da antijuridicidade ser única, a ilicitude específica seria, na verdade, o elemento normativo do tipo (JESUS, 1988, p. 309).

2.8 Excludentes de ilicitude – Considerações

Para que haja ilicitude em uma conduta que se enquadra num tipo penal, seja ela dolosa ou culposa, é necessário que inexistam causas justificantes. Isto porque estas causas tornam lícita a conduta do agente.

Porém, é necessário que o agente, ao se utilizar de uma causa que exclui a ilicitude do fato, tenha consciência de alguns fatores que estão implícitos nela. Estes fatores são os elementos objetivos e subjetivos.

Os elementos objetivos irão variar conforme a causa justificante utilizada pelo agente; são eles que formam e caracterizam uma excludente de ilicitude. Já o elemento subjetivo tem a ver com a direção de vontade do agente, isto é, para que se configure uma justificante, é necessário que o agente, não só atue com conhecimento e vontade para que existam os elementos objetivos, mas também que direcione sua vontade no sentido da excludente.

Um exemplo poderia ser o estado de necessidade. Os elementos objetivos que formam esta espécie de excludente são: o perigo atual não causado pelo agente e existência de direito próprio ou alheio a ser defendido. O elemento subjetivo desta excludente é o conhecimento do estado de perigo e o desejo de salvamento. Portanto, um agente que mata outro que portava um colete salva-vidas num navio em naufrágio, sem o intuito de se salvar, não está albergado pela excludente de ilicitude do estado de necessidade e comete ato ilícito, ainda que após a morte da vítima, pegue seu colete salva-vidas e consiga se salvar.

Há uma discussão doutrinária no sentido de ser exigido ou não a presença de elemento subjetivo quando da utilização de uma causa justificante.

De acordo com a teoria objetiva, não há necessidade de vontade do agente direcionada a uma excludente de ilicitude, ou seja, há somente a análise do fato. Se a situação real configurar uma excludente, esta estará presente, ainda que o agente não aja desejando a praticar. De acordo com Magalhães Noronha, “o que se passa na mente de uma pessoa não pode ter o dom de alterar o que se acha na realidade do fato externo” (NORONHA, *apud* NUCCI, 2009, p. 248).

Nesse mesmo sentido, Nelson Hungria entende que o elemento subjetivo só teria utilidade quando da avaliação do excesso na utilização de uma excludente. Para ele, se a conduta for razoável e proporcional, não haveria necessidade de se apreciar o ânimo do agente. Como o mesmo expõe:

O preconizado critério *subjetivo*, em matéria de legítima defesa, só é compreensível para o efeito do *relativismo* com que, ocorrendo *efetivamente* uma agressão ou perigo de agressão, se deve apreciar o ‘erro de cálculo’ do agente, no tocante à gravidade da *real* agressão ou do *real* perigo, e conseqüente *excessus* no *modus* da reação. Somente para se saber se o *excessus defensionis* é *doloso*, *culposo* ou *isento de qualquer culpabilidade*, é que se pode e deve indagar da *subjetividade* da ação. (HUNGRIA, *apud* NUCCI, 2009, p. 249).

Porém, em se adotando a teoria finalista do crime, também se faria necessário adotar a teoria subjetiva das excludentes de ilicitude, exigindo-se, portanto, que o agente pratique a excludente de ilicitude com desejo de executá-la e tendo plena consciência da situação em que se encontra.

Sobre a origem das excludentes de ilicitude, importante se faz expor o entendimento de Regis Prado, que preceitua a existência de três fontes. O ordenamento jurídico, analisado de uma forma ampla, daria origem às excludentes do estrito cumprimento de dever legal e também do exercício regular de direito. A necessidade atual do agente originaria as excludentes do estado de necessidade e da legítima defesa. Por último, o consentimento do ofendido, que é causa justificante supralegal, teria origem na ausência de interesse (2005, p. 395).

Enfim, as causas justificantes têm o condão de tornar lícita uma conduta típica praticada por um sujeito. Desta feita, aquele que pratica fato típico albergado por uma excludente, não comete ato ilícito, constituindo uma exceção à regra “onde há fumaça, há fogo” vigente na análise da antijuridicidade. Além disso,

algumas causas justificantes podem excluir a necessidade de reparação do dano no âmbito civil, aspecto que será analisado posteriormente.

2.8.1 Excludentes de ilicitude legais

As excludentes de ilicitude legais são aquelas previstas pela legislação penal, seja ela ordinária ou extravagante.

No Código Penal Brasileiro, o artigo 23 prevê quatro excludentes, que são: o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular de direito.

2.8.1.1 Estado de necessidade

2.8.1.1.a Conceito

Trata-se de uma excludente de ilicitude que constitui o sacrifício de um bem jurídico penalmente protegido visando salvar de perigo atual e inevitável direito próprio do agente ou de terceiro, desde que no momento da ação não fosse exigido do agente uma conduta menos lesiva. Nesta causa justificante, no mínimo dois bens jurídicos estarão postos em perigo, sendo que para que um seja preservado, outro precisará ser prejudicado.

O estado de necessidade se diferencia em alguns aspectos, dando origem a algumas espécies desta causa justificante. Dependendo da origem do perigo, o estado de necessidade pode ser agressivo ou defensivo. Já quando há análise do bem jurídico sacrificado, o estado de necessidade se divide em justificante e exculpante.

2.8.1.1.b Estado de necessidade defensivo e agressivo

No que tange à origem do perigo, configuraria o estado de necessidade

defensivo quando o agente, para salvar direito próprio ou de terceiro, lesa o bem jurídico do causador do perigo. Um exemplo típico desta espécie de estado de necessidade se configura na situação de um sujeito que, na iminência de ser atacado por um cachorro, danifica o portão da casa de seu dono para entrar e se esconder. No caso, o próprio criador do perigo sofreu as consequências de seu ato, isto é, teve o seu direito ao patrimônio atingido. Por outro lado, estaria configurado o estado de necessidade agressivo quando o agente que age utilizando a causa justificante viola bem jurídico de pessoa diversa àquela que causou o perigo. Para exemplificar, poderia se imaginar a mesma situação anterior, mas ao invés do agente danificar e invadir a casa do causador do perigo, invade o domicílio de terceiro alheio à situação. As duas espécies de estado de necessidade excluem a ilicitude da ação, somente havendo diferença no âmbito civil, no caso de reparação do dano.

2.8.1.1.c Estado de necessidade justificante e exculpante

Analisando-se o bem jurídico sacrificado, necessário se faz conhecer as duas teorias que tratam deste assunto, que são a teoria unitária e a teoria diferenciadora. Para a primeira, toda conduta praticada em estado de necessidade é justificante, ou seja, exclui a antijuridicidade, tornando-se lícita, independentemente do valor do bem jurídico sacrificado em razão do bem protegido. Ao contrário, para a teoria diferenciadora o estado de necessidade pode ser justificante ou exculpante, dependendo de valoração entre o direito sacrificado e o protegido. Porém, dentro dessa mesma teoria existe a discussão sobre a avaliação dos bens em conflito. Para alguns, estaria presente o estado de necessidade exculpante quando o agente pretere direito de valor igual ou superior ao protegido. Para outros, somente haveria esta espécie de estado de necessidade quando o direito sacrificado for de valor superior ao protegido. Cezar Roberto Bittencourt é adepto da primeira corrente, entendendo que o agente que sacrifica bem de valor igual ou superior para salvar de perigo direito seu ou de terceiro, não praticaria ato lícito, mas somente não culpável, já que o estado de necessidade exculpante configuraria excludente de culpabilidade.

No mesmo sentido é o entendimento de Fragoso que dispõe:

A legislação vigente, adotando fórmula unitária para o estado de necessidade e aludindo apenas ao sacrifício de um bem que, 'nas circunstâncias, não era razoável exigir-se', compreende impropriamente também o caso de bens de igual valor (é o caso do naufrago que, para reter a única tábua de salvamento, sacrifica o outro). Em tais casos subsiste a ilicitude da culpa (inexigibilidade de outra conduta) (...). (FRAGOSO, *apud* GRECO, 2009, p. 322)

Guilherme Nucci, porém, se adéqua a segunda corrente, pois entende que o Direito nunca poderá considerar que direitos iguais pertencentes a pessoas diferentes possuam valores diferentes. Desta forma, o agente que para se salvar de situação de perigo em que não haveria outra forma de agir, preserva direito seu sacrificando direito de igual valor pertencente a terceiro não comete ato ilícito (NUCCI, 2009, p. 251).

Da mesma forma entende Assis Toledo, considerando que só haverá estado de necessidade exculpante quando o bem sacrificado for de valor superior ao protegido:

Em princípio, não nos parece 'razoável', para usar-se ao pé da letra a terminologia do art. 24 do Código Penal – permitir-se o sacrifício de um bem de maior valor para salvar-se o de menor valor. Assim, inaplicável a essa hipótese é a causa de exclusão do crime do art. 23, I, tal como a define o art. 24. Todavia, caracterizando-se, nessa mesma hipótese, o injusto, a ação típica e antijurídica, há que se passar ao exame da culpabilidade do agente, sem a qual nenhuma pena lhe poderá ser infligida. E, nesta fase, a nível do juízo de culpabilidade, não há dúvida de que o estado necessário, dentro do qual o bem mais valioso foi sacrificado, poderá traduzir uma situação de inexigibilidade de outra conduta, que se reputa (...) uma causa de exclusão da culpabilidade. (ASSIS TOLEDO, *apud* GRECO, 2009, p. 323).

Como exposto, portanto, a diferença entre o estado de necessidade justificante e o exculpante se encontra nos efeitos jurídico-penais de cada um. O estado de necessidade justificante excluiria a ilicitude do fato, tornando-o lícito, conforme dispõe o artigo 24 do CP. Já o estado de necessidade exculpante poderá configurar causa de diminuição de pena, como prevê o artigo 24, § 2º do mesmo diploma legal, ou até mesmo, analisando-se a situação concreta, excludente de culpabilidade supralegal, pois estaria presente a inexigibilidade de conduta diversa, prevista no final do artigo 24.

2.8.1.1.d Estado de necessidade próprio e de terceiro

Não restam dúvidas quanto à configuração do estado de necessidade próprio, já que ao agente estão disponíveis todos os meios necessários para evitar o perigo, não importando qual a natureza do direito protegido e sacrificado.

Todavia, no estado de necessidade praticado em favor de terceiro, precisam ser analisados alguns aspectos.

O primeiro deles é que não se exige qualquer relação jurídica entre o agente e o titular do bem preservado, bastando que sejam bens jurídicos tutelados pelo Direito.

Outro ponto é que somente estará presente a excludente de ilicitude quando o bem de terceiro for de natureza indisponível. Assim, não poderá intervir o agente quando o direito de terceiro em perigo for de natureza disponível, como por exemplo, o patrimônio. Rogério Greco traz dois exemplos que esclarecem esta diferença. No primeiro deles, dois naufragos disputam a última vaga num bote salva-vidas. Um terceiro poderá auxiliar qualquer deles, desde que com o pretexto de estado de necessidade, pois se trata de direito indisponível, a vida. Num outro exemplo, tem início um incêndio numa casa em um condomínio residencial. Todas as residências do local foram construídas sem espaço entre uma e outra. O incêndio teve início na casa 1, se alastrando para as demais. O agente que, para salvar a residência de seu padrinho de casamento, que mora na casa 3, destrói a casa 2 que não era de sua propriedade, mas de terceiros, não poderá alegar estado de necessidade, pois o patrimônio constitui direito disponível (GRECO, 2009, p. 328/329).

2.8.1.1.e Estado de necessidade real e putativo

Quanto ao estado de necessidade real e putativo, se faz necessário uma análise dos requisitos objetivos desta excludente de ilicitude.

No estado de necessidade putativo, o agente acredita estar em situação de perigo, que se existisse, justificaria sua ação. Um exemplo típico é aquele em que durante uma sessão de cinema alguém grita fogo e o agente, acreditando, vai em direção à porta de emergência, lesionando quem se encontrar

em sua frente. Vê-se, portanto, que se trata de erro. Conforme a teoria adotada para a culpabilidade do agente, o seu erro poderá variar entre erro de tipo e erro de proibição. Se adotar-se a teoria extremada da culpabilidade, estaríamos falando de erro de proibição quando a conduta do agente se enquadra no estado de necessidade putativo, havendo exclusão da culpabilidade do agente se escusável ou diminuição da pena, se inescusável, conforme prevê o artigo 21 do Código Penal. Mas se for adotada a teoria limitada da culpabilidade, o estado de necessidade putativo configuraria erro de tipo, este que na forma escusável exclui tanto o dolo quanto a culpa, mas na forma inescusável exclui somente o dolo, restando ainda a punição por crime culposos, caso esteja previsto.

2.8.1.1.f Requisitos de formação

Para que se configure estado de necessidade real é necessário que todos os seus requisitos objetivos e subjetivos estejam presentes.

O primeiro deles é a existência de perigo atual e inevitável. Considera-se atual aquilo que está acontecendo, que é concreto, portanto, não se justifica a ação quando o perigo é remoto e incerto, passado ou futuro. Não se inclui no estado de necessidade a iminência do perigo, isto porque se trata de uma situação futura que invariavelmente se concretiza. O que se permite é a iminência do dano, que está presente quando o perigo é atual. Também é indispensável que o perigo seja inevitável, pois se cabe ao agente tomar outra atitude na situação em que se encontra não se justifica a ação. O agente que, podendo fugir, prefere agir lesando direito de outro, não terá sua conduta justificada pelo Direito. Sempre deverá haver a escolha pelo meio menos lesivo, que é a ponderação de bens ou direitos. Porém, esta deverá ser analisada casuisticamente já que o emocional do sujeito e as circunstâncias em que se encontra, possam dificultar sua escolha.

Outro requisito é a não-provocação voluntária do perigo pelo agente. Aqui não há exigência da concretização do resultado, mas meramente a criação da situação de perigo. Para uma parte da doutrina pátria, o agente não poderá se utilizar da excludente quando dá origem à situação de perigo tanto dolosamente quanto culposamente. Para outra, somente a conduta dolosa impediria a utilização da causa justificante. A melhor doutrina é aquela que interpreta a expressão do

Código “que não provocou por sua vontade” como “não provocou intencionalmente”. Assim, o agente que cria a situação de perigo culposamente, ainda poderá se utilizar da excludente, pois não havia nele desejo de criá-la, embora fosse previsível.

O direito próprio ou de terceiro também constitui requisito objetivo do estado de necessidade. Como exposto anteriormente, o estado de necessidade de terceiro possui algumas peculiaridades, não podendo ser executado em casos de direitos disponíveis. Também é necessário que o bem protegido seja tutelado juridicamente, pois não se justificaria o uso da justificante quando a coisa a ser preservada é ilícita.

Outro requisito do estado de necessidade é a inexigibilidade de sacrifício do bem ameaçado. É necessário que se faça um juízo de valores quanto aos direitos colocados em confronto, este que o próprio legislador já realizou ao cominar sanções diferentes às lesões a bens jurídicos diferenciados. Acima da proporcionalidade que orienta o estado de necessidade, deve-se considerar a situação concreta em que se encontra o agente. Para Guilherme Nucci, este elemento do estado de necessidade forma o estado de necessidade justificante, pois exige que o direito sacrificado seja de valor inferior ou igual àquele que será protegido (2009, p. 255)

O parágrafo primeiro do artigo 24 exige que o agente não esteja obrigado legalmente a agir para que se configure a causa de justificação. O dever legal de agir é aquele proveniente da lei, esta em sentido amplo. Para alguns autores, o sentido deve ser expandido a ponto de compreender aqueles deveres que vêm de contratos ou de qualquer outra forma de compromisso firmado. Importante salientar que o dispositivo não exige que o agente possuidor de dever legal de agir abra mão de seus direitos à vida, à integridade física, etc. mas apenas de impedir que se abstenha de agir em situações de risco, fugindo ao menor sinal de perigo. Para outros autores como Bitencourt e Damásio, o dever legal de agir presente neste artigo não se confunde com o dever jurídico presente no artigo 13, § 2º, *b e c*, pois a conduta do garantidor pode se enquadrar num fato típico pelo crime omissivo impróprio, mas poderá ser lícita por estar albergada no estado de necessidade (BITENCOURT, 2008, p. 318).

Porém, mesmo que presentes todos os requisitos objetivos, necessário se faz que se encontre no agente o ânimo voltado para a causa justificante, que é o requisito subjetivo. No momento da ação, o sujeito precisa estar ciente da situação

de perigo existente e agir com a finalidade de salvar direito seu ou de terceiro. Se não houver no agente esse ânimo, não se configurará a excludente do estado de necessidade.

2.8.1.1.g Causa de diminuição da pena

Relacionada à razoabilidade do sacrifício do bem, está prevista no artigo 24, § 2º do Código Penal, que prevê uma causa de diminuição da pena. Segundo Bitencourt, o artigo prevê a situação em que não se trata de estado de necessidade, mas diante das circunstâncias, que apesar de não justificarem a conduta, diminuem a censurabilidade, reduzindo a pena (BITENCOURT, 2008, p. 319)

Para Nucci, o artigo somente poderá ser utilizado nos casos de estado de necessidade exculpante, quando este não for visto como excludente de culpabilidade. Segundo mesmo dispõe:

Eventualmente, salvando um bem de menor valor e sacrificando um de maior valor, quando não se configura a hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, permite-se ao juiz considerar situação como *menos culpável*, reduzindo a pena. (NUCCI, 2009, p. 256)

2.8.1.1.h Excesso no estado de necessidade

Visto todos os requisitos objetivos e subjetivos do estado de necessidade, não pode o agente se exceder em sua conduta, pois responderá por aquilo que não for necessário para fazer cessar o perigo.

Se o agente, em sua conduta, exceder os limites da justificante dolosamente, responderá pelos resultados causados a título de dolo, como prevê o artigo 23, parágrafo único do Código Penal.

Poderá também exceder inconscientemente, caso em que estará configurado o erro sobre a situação de fato (ex: agente que acredita ainda estar em situação de perigo quando esta já cessou) ou sobre os limites normativos da

excludente. Os resultados da conduta serão diferentes conforme a teoria sobre a culpabilidade adotada. Para a teoria extremada da culpabilidade, tanto o erro sobre a situação de fato quanto o erro sobre os limites normativos da excludente serão considerados erro de proibição, podendo excluir a culpabilidade do agente ou diminuir-lhe a pena. Para a teoria limitada somente o erro sobre os limites da causa justificante configura erro de proibição. O erro sobre a situação de fato constitui erro de tipo, podendo excluir dolo e culpa ou somente o primeiro.

2.8.1.1.i Estado de necessidade e necessidades econômicas

Rogério Greco suscita um interessante tema quanto ao estado de necessidade relacionado a necessidades econômicas que trata dos casos em que devido a grandes dificuldades econômicas, o agente se encontra em situação insuportável cometendo delitos em virtude disso.

Para ele não é qualquer dificuldade econômica que autoriza o agente a agir em estado de necessidade, somente se permitindo quando a situação afete sua própria sobrevivência. Como exemplo, pode se citar o caso de um pai que vendo seus familiares com fome e não tendo como lhes prover o sustento, furta alimentos num mercado. Segundo o autor, é razoável que prevaleça o direito à vida do pai e de sua família ante ao patrimônio do mercado (GRECO, 2009, p. 336)

Porém, como mesmo diz, os tribunais não se deram conta e ignoram a situação de miséria que algumas famílias no país se encontram, pois proferem decisões que não reconhecem o estado de necessidade nessas circunstâncias. É certo que haveria um grande número de furtos famélicos caso se reconhecesse a causa justificante nestes casos o que afetaria a ordem pública, mas esta não pode querer ser mantida somente quando se trata da população mais pobre.

2.8.1.2 Legítima defesa

2.8.1.2.a Conceito

O conceito de legítima defesa está baseado no fato de que o Estado

não pode estar presente em todos os lugares protegendo os direitos das pessoas, motivo pelo qual permite que o agente possa, em algumas situações, defender direito seu ou de terceiro.

Portanto, a legítima defesa nada mais é do que a ação praticada pelo agente para repelir injusta agressão a si ou a terceiro, utilizando-se dos meios necessários com moderação.

É a excludente de ilicitude mais antiga, visto que já havia sua previsão no direito romano.

2.8.1.2.b Requisitos de formação

Para que se forme a legítima defesa, é necessário o preenchimento de alguns requisitos.

O primeiro deles é a agressão injusta, atual ou iminente. O termo agressão deve ser entendido como toda ação capaz de causar algum mal a um bem jurídico. Um ponto importante suscitado por Fernando Capez é o fato a agressão somente pode ocorrer por conduta humana, isto é, não haveria legítima defesa contra animais ou contra a natureza. Porém, o autor cita o exemplo de alguém que açula um animal para atacar outra pessoa, caso em que estaria legitimada a utilização da causa justificante, tendo em vista que o animal foi utilizado somente como objeto para realização da agressão (CAPEZ, 2008, p. 282).

Não se pode confundir agressão com provocação. Esta última poderá ou não configurar uma agressão, permitindo o uso da legítima defesa. Há casos em que uma provocação séria poderá lesar bem jurídico pertencente a uma pessoa, caso em que o agente poderia se valer desta causa justificante. Porém, não se pode perder de vista a adequação da reação à gravidade da agressão, pois não estaria justificada a conduta do agente que mata alguém que lhe provocou verbalmente. Da mesma forma, não poderia o provocador invocar a legítima defesa, posto que deu causa à ofensiva do provocado.

A agressão também deve ser injusta, ou seja, contrária ao ordenamento jurídico. Como expõe Cezar Roberto Bitencourt, não é necessário que a agressão constitua um ilícito penal, bastando que constitua um fato ilícito (2008, p. 320). Portanto, mesmo em agressões vindas de inimputáveis ou agressões contra a

propriedade (artigo 1.210, § 1º, Código Civil) poderá existir a legítima defesa.

Também deve ser atual ou iminente. Considera-se atual aquela que está ocorrendo e iminente aquela que está prestes a acontecer. Nos casos de crimes permanentes, a legítima defesa estará permitida enquanto perdurar sua consumação. Esta causa justificante, portanto, não pode ser confundida com a vingança, posto que esta se dá em razão de agressão passada. Da mesma forma não há possibilidade de legítima defesa contra agressão futura.

Outro requisito formador da legítima defesa é o direito próprio ou alheio. Em se tratando de direito próprio, todo bem jurídico pode ser protegido através da legítima defesa, desde que haja moderação entre o grau da agressão e da reação. Porém, da mesma forma que prevalece no estado de necessidade, no que tange aos direitos disponíveis, o agente nem sempre estará autorizado a agir, devendo levar em conta a vontade do titular do direito, tendo em vista que este pode querer adotar outra solução que não seja a da legítima defesa, inclusive a de não oferecer resistência. Segundo Assis Toledo, em se tratando de direitos disponíveis e de agente capaz, somente deverá agir o terceiro quando existir concordância do titular do direito.

O último requisito objetivo da legítima defesa é a utilização dos meios necessários com moderação. São considerados meios necessários aqueles menos lesivos que estão à disposição do agente no momento da agressão injusta. Por exemplo, se o agente pode escolher entre um pedaço de madeira e uma arma para repelir uma agressão, deve optar pela primeira. Também, como já dito anteriormente, deve haver proporcionalidade entre a agressão e sua repulsão, pois a lesão a um bem jurídico de pequeno valor não justifica a reação contra um de maior valor, como a vida. Havendo uso desnecessário do meio, constituirá excesso, este que pode ser doloso, culposo ou mediante erro.

A moderação constitui a utilização dos meios de forma razoável, não podendo exceder aquilo que seria necessário para fazer cessar a agressão. Portanto, se a agressão atual ou iminente houver cessado, não poderá o agente continuar sua reação, pois caracterizaria excesso. O entendimento jurisprudencial é de que a moderação deve ser analisada casuisticamente, não podendo se criar um critério para análise.

O elemento subjetivo existente na legítima defesa é a vontade de se defender ou defender direito alheio. Além do preenchimento dos requisitos objetivos,

precisa haver no agente o *animus defendendi* no momento da ação. Se o agente desconhecia a agressão que estava por vir e age com intuito de causar mal ao agressor, não haverá exclusão da ilicitude da conduta, pois haverá mero caso de coincidência.

Último ponto importante para se abordar no que tange aos requisitos objetivos e subjetivos da legítima defesa é o *commodus discessus*, que consiste na fuga do local da agressão, evitando que ela ocorra. Porém, o Código Penal Brasileiro não exige que a agressão injusta possa ser evitada, não se exigindo do agente que fuja do local ao invés de se defender. Segundo André Estefam, mesmo que o sujeito tenha condições de se retirar do local sem sofrer nenhuma agressão, haverá legítima defesa caso escolha permanecer no local e enfrentar o mal injusto a direito seu ou alheio, desde que este seja atual ou iminente e o agente utilize moderadamente os meios necessários (ESTEFAM, 2010, p. 254).

2.8.1.2.c Espécies de legítima defesa

Além da legítima defesa real, que é aquela prevista no Código Penal onde estão presentes todos os requisitos para sua formação, existem algumas outras formas de configuração desta excludente de ilicitude.

Uma delas é a legítima defesa putativa, na qual o agente acreditando estar mediante uma agressão injusta, atual ou iminente, age contra o suposto agressor. Aqui está presente o erro, que como já visto no estado de necessidade putativo, pode ser considerado erro de tipo ou erro de proibição. Neste caso, o agente acredita fielmente que está diante de uma situação que justificaria sua conduta, quando, na verdade, nada disso ocorre. Um exemplo típico é aquele em que um sujeito promete matar seu desafeto da próxima vez que o encontrar. O outro, temendo por sua vida, passa a andar armado, desde então. Ocorre que os dois se encontram num beco escuro, e o sujeito que havia proferido a ameaça leva a mão ao bolso, fazendo como que o outro atire contra ele por acreditar que estaria tirando uma arma para matá-lo, quando na verdade estava apenas pegando um isqueiro.

Outra espécie de legítima defesa é a sucessiva, que se dá na hipótese de excesso. Neste caso, o agressor inicial tem legitimidade para se defender contra o excesso praticado pelo agredido, visto que devem ser utilizados os meios

necessários e de forma moderada para repelir a agressão. Se o agredido excede na repulsa, sua conduta se tornará agressão injusta, permitindo a configuração de legítima defesa sucessiva.

Ainda há que se falar na legítima defesa recíproca que somente poderá ocorrer em casos de legítima defesa putativa. Isto porque não é permitida legítima defesa real contra outra da mesma espécie, tendo em vista que a legitimidade da defesa parte de uma agressão injusta, portanto se é injusta, não é legítima e não exclui a ilicitude do delito. Haveria possibilidade de defesa lícita para os dois adversários quando fosse caso de duelo, como expõe Cezar Roberto Bitencourt (2008, p. 324). Porém, no caso de legítima defesa putativa, aquele que sofre a agressão poderá se valer desta causa justificante, pois a atitude daquele que acredita estar diante de agressão iminente não é lícita, já que, na realidade, não havia qualquer perigo de dano a um bem jurídico seu naquele momento. Destarte, vê-se que existe a possibilidade de legítima defesa recíproca, somente sendo permitida nesses casos.

Por último, existe outra espécie de legítima defesa, suscitada por Damásio que é a legítima defesa subjetiva, configurada nos casos de erro de tipo escusável. Segundo ele, quando o agente que inicialmente estava em legítima defesa, supondo ainda estar nesta situação devido a erro sobre a gravidade do fato ou sobre o modo de reação, continua sua ação, caracterizará esta espécie de legítima defesa (JESUS, 1988, p. 342).

2.8.1.2.d Situações relevantes à legítima defesa

Vistas as espécies de legítima defesa, é necessário abordar alguns casos específicos em que se pode utilizar desta causa justificante.

O primeiro deles é a hipótese de legítima defesa contra atos de inimputáveis. Não há dúvida de que é permitido se valer desta excludente quando o agente se encontrar na iminência de ser agredido injustamente por um inimputável, posto que este pode cometer condutas ilícitas, porém é isento de pena devido à exclusão de sua culpabilidade. Existe uma discussão sobre este assunto, já que alguns autores consideram haver estado de necessidade quando a agressão partir de um inimputável, justificando que estes não têm capacidade para cometer ilícito

jurídico. Porém, este entendimento não deve prevalecer, tendo em vista que o estado de necessidade visa evitar perigo atual. A legítima defesa busca salvar o bem jurídico de dano atual ou iminente, este que pode ser causado por um inimputável, da mesma forma que pode criar uma situação de perigo. Além disso, aqueles que são os incapazes podem cometer ilícitos civis sujeitos à indenização, nos moldes do artigo 186 do Código Civil e a legítima defesa não exige que a agressão constitua ilícito penal, podendo ser de qualquer natureza.

Assim como a inimputabilidade, nenhuma outra excludente de culpabilidade impede a utilização da legítima defesa, pois não importa se o agressor conhece ou não o caráter ilícito do que está fazendo, somente sendo relevante que a conduta constitui um ilícito e, portanto, comporta a legítima defesa.

É também possível a utilização da legítima defesa ainda que a agressão injusta se dê por omissão. Importante salientar que a conduta omissiva que permite a legítima defesa é a de quem tem o dever jurídico de agir, prevista no artigo 13, § 2º do Código Penal, como por exemplo, o carcereiro que não põe em liberdade o preso que teve seu alvará de soltura expedido.

Entretanto, não estará autorizado o uso desta excludente de ilicitude quando o agressor estiver acobertado por qualquer outra causa justificante, como por exemplo o estrito cumprimento de dever legal. Isto porque o que dá legitimidade para a legítima defesa é a injustiça da agressão. Se o agressor age cumprindo seu dever legal, não estará agindo ilicitamente e, logo, o agredido não poderá se valer da legítima defesa.

Como já visto anteriormente, não é possível o uso de legítima defesa contra legítima defesa, pois para que exista a causa justificante, é necessário que a agressão seja injusta. Portanto, se um sujeito emprega a legítima defesa é porque a agressão que lhe deu origem foi ilícita, não podendo ser lícita ao mesmo tempo. Somente haverá possibilidade de haver legítima defesa real contra legítima defesa putativa, que é o caso de legítima defesa recíproca, já vista anteriormente.

Da mesma forma, está legitimada a atitude do agente que se defende de qualquer outro discriminante putativa, como por exemplo, o estado de necessidade putativo.

Porém, é possível existir legítima defesa putativa contra legítima defesa real. No entanto, só poderá ocorrer em se tratando de defesa de direitos de terceiros. Um exemplo pode ser de três amigos “A”, “B” e “C”: “A” vendo que “C” está

prestes a ferir “B”, vai pra cima daquele, lesionando-o. Depois se constata que, na verdade, “C” estava agindo em legítima defesa real devido à injusta agressão de “B”.

É admissível também que exista legítima defesa real contra legítima defesa subjetiva, que é o excesso praticado mediante erro de tipo. Estará garantido o uso da causa justificante, pois a conduta, mesmo que seja praticada mediante erro, é ilícita, havendo responsabilização do agente por crime culposos, se houver sua previsão.

Nesse mesmo sentido, vê-se que não importa que a agressão seja dolosa, podendo também ser culposa. Da mesma forma, o que vale é a ilicitude da agressão e, quem pratica ato culposos, ainda que não desejasse o resultado, pratica ato ilícito.

Não poderá existir legítima defesa contra agressão futura ou passada. Como foi visto nos requisitos objetivos desta excludente de ilicitude, a agressão deve ser atual ou iminente. Portanto, a resposta à agressão passada constitui vingança, que não é autorizada pelo ordenamento jurídico, visto que o Estado tomou para si o *jus puniendi*. A agressão futura pode ser evitada quando o sujeito tomar conhecimento dela, avisando as autoridades responsáveis.

Além dessas, Guilherme Nucci traz três hipóteses de legítima defesa que são: a legítima defesa contra pessoa jurídica, legítima defesa contra multidão e legítima defesa nas relações familiares.

Na primeira, como as ações de uma pessoa jurídica se exteriorizam por seus representantes, é permitido, sim, que exista legítima defesa contra pessoa jurídica. O autor cita o exemplo de um funcionário que vê num mural da empresa onde trabalha um aviso contendo inúmeros insultos à sua pessoa, sendo a ele permitido quebrar o vidro que sustenta referido aviso com o intuito de eliminá-lo (NUCCI, 2009, p. 270).

Na legítima defesa contra multidão, existe uma discussão quanto ao ponto de ser legítima defesa ou estado de necessidade. Para o autor, constituiria legítima defesa, já que não importa se a agressão é individualizada, bastando que seja injusta. Em sentido contrário, considera-se haver estado de necessidade pois a multidão não tem personalidade jurídica, somente podendo provocar situação de perigo e não agressões (NUCCI, 2009, p. 271). O mais correto seria considerar a segunda ideia.

Quanto à legítima defesa nas relações familiares, entende o autor que

os pais que castigam seus filhos moderadamente, praticam exercício regular de direito, portanto, sendo causa justificante, não há ilicitude, não podendo haver legítima defesa. No entanto, se ficar caracterizado o excesso, a causa justificante poderá existir, seja do filho contra o pai, ou de terceiro contra este (NUCCI, 2009, p. 272). O certo seria não haver interferência do Estado na criação dos filhos, como este tenta fazer criando leis que impedem os pais de lhes dar palmadas. Somente deveria haver interferência nos casos de excesso, que deixaria de configurar educação para se tornar agressão.

Situação diferente, porém, existe no caso de maridos e esposas. Não haverá qualquer excludente de ilicitude quando o marido agride a esposa, ou vice-versa, podendo o agredido se valer da legítima defesa. Também poderá usar de defesa contra estupro, pois nem marido nem esposa estarão permitidos a agir com violência ou grave ameaça contra seu cônjuge a fim de exigir conjunção carnal. Com a mudança no artigo 213 do Código Penal, ambos os gêneros podem ser sujeitos passivos deste crime, assim, ambos podem empregar esta causa justificante.

2.8.1.2.e Legítima defesa e estado de necessidade

Ponto relevante a se tratar são as diferenças entre legítima defesa e estado de necessidade. Segundo Bitencourt, a legítima defesa nada mais é do que uma última instância do estado de necessidade, tratada especificamente (BITENCOURT, 2008, p. 324).

Porém, ainda que dessa forma seja, existentes diferentes pontos entre uma e outra que necessariamente precisam ser abordados.

O primeiro deles se dá entre os direitos envolvidos em cada causa justificante. No estado de necessidade, existem dois bens jurídicos em conflito, de modo que um deles precisa sofrer prejuízos para que o outro seja protegido. Na legítima defesa, há lesão a somente um bem jurídico, que pertence ao agressor.

Outro ponto é que no estado de necessidade a preservação do direito se dá através de um ataque, tanto que o agente que utiliza desta causa justificante poderá realizar quantas condutas forem necessárias para se salvar da situação de perigo. Na legítima defesa, a preservação ocorre por meio de defesa, o que impede que o agente se exceda ao se defender, devendo agir somente até que pare a

agressão. Portanto, na legítima defesa há uma reação, e no estado de necessidade, uma ação.

Terceiro aspecto é que na legítima defesa, o bem jurídico está sendo agredido ou na iminência de ser. Já no estado de necessidade, o bem é exposto a um perigo.

Somente a conduta humana pode justificar o uso da legítima defesa. Entretanto, no estado de necessidade, o perigo pode ser causado por conduta humana, pela força da natureza ou ataque de animal.

No estado de necessidade, o agente pode, com sua conduta, atacar terceiro alheio à situação de perigo. Já na legítima defesa, o agente deve agir contra o agressor, pois do contrário, não haveria repulsa à agressão injusta. Caso aja com erro na execução, caso em que haveria *aberratio ictus*, ainda assim estaria acobertado o agente pela causa justificante, pois se levaria em consideração a vítima virtual, e não aquela atingida realmente, com prevê o artigo 73 do Código Penal. No entanto, restaria ainda a responsabilidade civil do agente, tendo que indenizar a vítima ou seus sucessores pelos prejuízos causados.

O último ponto que diferencia estas duas excludentes de ilicitude é que a agressão na legítima defesa deve ser injusta, porém, no estado de necessidade pode haver a concorrência de dois bens jurídicos tutelados. Como exemplo, pode se citar o caso de dois naufragos que disputam por uma bóia salva-vidas. Os dois bens em questão são legítimos e juridicamente protegidos. O perigo para a vida de ambos não consiste na iminência da agressão do outro, mas sim o risco de morrer afogado, portanto, é admitido que um mate o outro para sobreviver. De acordo com José Frederico Marques, se o agente repele ação lesiva a um direito seu proveniente de um agente necessitado, não praticará legítima defesa, mas sim estado de necessidade (MARQUES, *apud* JESUS, 1988, p. 343).

2.8.1.2.f Legítima defesa da honra

Sabe-se que todos os bens jurídicos tutelados podem ser defendidos através da legítima defesa. Porém, surge uma questão polêmica quando se trata da legítima defesa da honra. Isto porque este é um direito protegido juridicamente e facilmente lesado através de diversas condutas. O que se deve levar em conta é a

proporcionalidade do direito ofendido à lesão causada mediante uma repulsa. Portanto, não se discute se é possível defender a honra através da legítima defesa, mas sim qual a intensidade da defesa.

Para Guilherme Nucci, no caso de flagrante adultério deverá o cônjuge traído tomar uma atitude moderada, não podendo matar o cônjuge adúltero e o amante, pois haveria desproporcionalidade entre a agressão e a reação. Para ele, seria perfeitamente cabível o cônjuge expulsar o amante empregando força física, sem que lhe seja imputado o crime de lesão corporal (NUCCI, 2009, p. 262).

Segundo André Estefam, caso o marido que matou o amante seja absolvido perante o Júri Popular, poderia a acusação apelar por ter sido a decisão manifestamente contrária à prova dos autos, com base no artigo 593, III, *d*, do Código de Processo Penal. Acredita o autor que constituía uma incoerência absolver o cônjuge traído quando este mata os adúlteros, o que ocorria nos tempos das Ordenações Filipinas. Para ele, houve uma evolução na Justiça nacional, deixando para trás casos como esse (ESTEFAM, 2010, p. 256).

Certo é que há lesão a um direito do cônjuge quando este é traído. Porém, não pode se admitir a possibilidade de homicídio quando há ocorrência de flagrante adultério, até porque aquele que mais tem sua honra manchada com os atos de adultério é o cônjuge adúltero, pois viola o dever de fidelidade do casamento. Também, como já abordado, haveria completa desproporção entre a agressão injusta e sua repulsa. E por último, somente poderia haver repulsa moderada à agressão quando o fato está em ocorrência, pois uma das características essenciais da legítima defesa é a atualidade ou iminência da agressão. Caso o cônjuge traído descubra posteriormente dos atos praticados pelo cônjuge infiel, não poderá agir para repelir agressão, posto que este já terá se consumado, e será caso de vingança.

2.8.1.2.g Ofendículos

Ponto importante para se tratar quando se fala de legítima defesa são os ofendículos. Para alguns autores estes dispositivos constituem caso de legítima defesa preordenada e para outros, exercício regular de direito, embora ambos importem na extinção da antijuridicidade da conduta.

Os ofendículos nada mais são do que aparatos que visam a proteção

de patrimônio ou qualquer outro bem sujeito a um ataque. Como exemplo pode se citar os cacos de vidro colocados em cima de um muro, a cerca elétrica, e outros.

Alguns autores diferenciam os ofendículos da defesa mecânica predisposta. Aqueles seriam aparatos visíveis, como arame farpado numa cerca e cacos de vidro num muro. A defesa mecânica predisposta seriam os dispositivos ocultos. A jurisprudência vem entendendo que todos os aparatos dispostos para defesa devem ser visíveis e inacessíveis a terceiros inocentes, somente afetando aquele que tenta violar um bem jurídico alheio. Havendo o preenchimento destes requisitos, o agente não responderá pelos danos causados ao agressor, pois configurará caso de legítima defesa preordenada.

Somente podem-se considerar os ofendículos como exercício regular de direito, quando se leva em consideração o momento de sua instalação. Pois, a partir do momento que entram em ação, constituem legítima defesa preordenada. Segundo Nucci, o aparelho ou animal é colocado numa propriedade para vir a funcionar no momento em que o local é invadido, servindo dessa forma como defesa necessária a injusta agressão.

2.8.1.2.h Excesso na legítima defesa

Vistos todos os aspectos relevantes à legítima defesa, faz-se necessário abordar os casos de excesso, em que não há mais proteção à repulsa praticada contra injusta agressão, tendo em vista que excedeu os limites que a justificam. Três são as hipóteses de excesso existentes na legítima defesa.

A primeira delas é o excesso doloso ou voluntário, no qual o agente tem consciência de haver cessado a agressão, mas mesmo assim, continua com sua conduta, lesando o bem jurídico do agressor inicial. Nesse caso, o agressor inicial se torna agredido por ser injusta a conduta daquele que se excedeu na defesa. Desta forma, poderá se valer da legítima defesa recíproca, que é aquela utilizada contra o excesso. O agente que inicialmente se encontra em estado de legítima defesa e excede conscientemente seus limites, responderá pelos resultados do excesso a título de dolo. Um exemplo pode ser do agente que após ter efetuado o primeiro disparo contra o agressor, tendo-o imobilizado, prossegue na sua conduta, matando-o. Nesse caso, responderá por homicídio doloso.

Outra espécie de excesso é o culposo, que se configura quando o

agente agindo em repulsa contra a agressão, devido à negligência, imprudência ou imperícia, excede os limites da causa justificante. Francisco de Assis Toledo considera necessário para que se configure o excesso culposo: uma situação inicial em que o agente se encontra em legítima defesa; o desvio da causa justificante, seja na escolha dos meios para reagir ou no modo de utilizá-los, havendo culpa em sentido estrito e que o resultado lesivo seja previsto em lei como crime culposo, pois caso o agente danifique patrimônio alheio, não responderá por crime de dano, já que não há previsão deste na modalidade culposa (ASSIS TOLEDO, *apud* CAPEZ, 2008, p. 288).

A última espécie de excesso é aquela proveniente de erro, configurando caso de legítima defesa subjetiva. Nesse caso, o agente incide em erro sobre a situação fática, supondo que a agressão ainda existe. Caso o erro seja escusável ou inevitável, haverá a exclusão do dolo e da culpa do agente. Sendo, porém, erro inescusável ou evitável, somente haverá exclusão do dolo, podendo ainda o agente responder pelo excesso a título de culpa, caso esta seja prevista.

2.8.1.3 Estricto cumprimento de dever legal

2.8.1.3.a Conceito

Quando o agente pratica ato cumprindo dever proveniente da lei, não responderá pelos atos praticados, ainda que constituam um ilícito penal. Isto porque o estricto cumprimento de dever legal constitui outra espécie de causa justificante.

2.8.1.3.b Colisão de deveres

Para Regis Prado, o agente que age em estricto cumprimento de dever legal, encontra-se numa situação de colisão de deveres. O dever de não praticar uma ação proibida entraria em conflito com outro dever derivado de uma norma. Como exemplo, o autor cita o caso de um policial que deve agir para restabelecer a ordem numa manifestação, e que, para isso, lesa um dos manifestantes. Independentemente da conduta adotada pelo policial, este violaria um dever,

podendo ser o dever de não praticar a ação proibida prevista nos artigos 129 e 146 do Código Penal ou o dever de manter a ordem pública. Segundo o autor, somente haveria licitude na conduta, se o dever que o agente optou por cumprir for de grau superior ou igual àquele descumprido. Se o dever cumprido for de grau inferior, a conduta será ilícita.

Preceitua ainda, que havendo colisão de um dever de agir e outro de se omitir, deverá sempre prevalecer este, por ser menos oneroso que o primeiro. Explica que: “(...) a infração do dever de agir é menos grave que a infração do dever de omitir (as condutas omissivas são geralmente menos graves que as comissivas)” (REGIS PRADO, 2005, p. 408/409).

2.8.1.3.c Requisitos de formação

Mesmo não havendo definição do Código Penal para o que seria esta espécie de excludente de ilicitude, é possível se verificar os requisitos desta causa justificante pelo seu nome: “estrito cumprimento de dever legal”.

Portanto, o primeiro requisito para formação desta excludente de ilicitude é a existência prévia de um dever legal. Este requisito engloba toda e qualquer obrigação direta ou indireta que seja proveniente de norma jurídica, não é necessário que seja da lei no seu sentido formal. Assim, pode advir de qualquer ato administrativo infralegal, desde que tenham sua base na lei. Também pode ter sua origem em decisões judiciais, já que estas são proferidas pelo Poder Judiciário na execução de ordens legais. Porém, como preceitua André Estefam, quando a ordem for específica, configurará obediência hierárquica, causa que pode excluir a culpabilidade do agente, caso não seja manifestamente ilegal (ESTEFAM, 2010, p. 258).

Outro requisito é o cumprimento estrito da ordem. Para que se configure esta causa justificante, é necessário que o agente se atenha aos limites presentes em seu dever, não podendo se exceder no seu cumprimento. Aquele que ultrapassa os limites da ordem legal poderá responder por crime de abuso de autoridade ou outros previstos no Código Penal.

O último requisito formador dessa excludente é a execução do ato por agente público, e excepcionalmente, por particular. Um exemplo de particular que exerce dever legal é o dos pais no que tange à guarda, vigilância e educação dos

filhos. Os particulares que se encontram executando funções públicas, como por exemplo um jurado ou mesário eleitoral, são considerados agentes públicos e, dessa forma, possuem deveres a eles incumbidos, podendo se valer desta excludente de ilicitude.

Para que configure a causa justificante, o agente precisa ter consciência de que pratica o ato em cumprimento de dever legal a ele incumbido, pois, do contrário, o seu ato configuraria um ilícito. Trata-se do elemento subjetivo desta excludente, que é a ação do agente praticada no intuito de cumprir ordem legal.

2.8.1.3.d Coautores e partícipes

Fernando Capez suscita uma questão quanto aos co-autores e partícipes do fato. Para ele, estes não poderiam ser responsabilizados, pois não há possibilidade do fato ser lícito para um e ilícito para outro. Porém, se um deles desconhecer a situação justificante que enseja o uso da excludente de ilicitude, e age com propósito de lesar direito alheio, responderá pelo delito praticado, mesmo isoladamente (CAPEZ, 2008, p. 292).

2.8.1.4 Exercício regular de direito

2.8.1.4.a Conceito

Aquele que exerce um direito garantido por lei não comete ato ilícito. Quando o ordenamento jurídico considerado como um todo permite determinada conduta, isto terá influência direta no Direito Penal, constituindo uma excludente de ilicitude que é o exercício regular de direito.

Da mesma forma que no estrito cumprimento de dever legal, o exercício de um direito garantido em qualquer um dos ramos do ordenamento jurídico, será considerado lícito, já que, do contrário, haveria completa incoerência dentro da legislação.

Para André Estefam, até mesmos os costumes poderiam ser utilizados como base para o exercício regular de direito. O autor cita o caso dos trotes

acadêmicos, porém, se estes forem excessivos, constituirão crime (ESTEFAM, 2010, p. 257).

2.8.1.4.b Requisitos de formação

Os requisitos formadores desta excludente de ilicitude estão evidentes na própria nomenclatura. O primeiro deles é a existência de um direito, podendo ser de qualquer natureza. Logicamente, o direito deve ser previsto no ordenamento jurídico e não pode ser considerado ilícito, pois haveria incompatibilidade caso o agente praticasse uma conduta baseada em direito ilegal, como por exemplo, a venda de drogas como fonte de renda. O outro requisito é a regularidade da conduta, isto é, o agente deve agir nos limites que o próprio ordenamento jurídico impõe aos direitos. Do contrário haveria abuso de direito, configurando excesso doloso ou culposos, dependendo da conduta do agente.

Também se faz necessário que o agente tenha conhecimento da situação em que se encontra para poder se valer desta excludente de ilicitude. Ele precisa saber que está agindo conforme um direito a ele garantido, pois do contrário, subsistiria a ilicitude da ação. Um exemplo trazido por Fernando Capez é o do pai que pratica vias de fato ou lesão corporal leve contra seu filho, mas sem o intuito de correção, tendo dentro de si o desejo de lhe ofender a integridade física (CAPEZ, 2008, p. 294).

2.8.1.4.c Alcance da causa justificante

Esta excludente de ilicitude pode ser utilizada por qualquer pessoa, já que os direitos são garantidos a todos através da Constituição Federal. A Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso II, dispõe que somente a lei poderá obrigar as pessoas a fazer ou deixar de fazer algo. Portanto, quando o agente atua em conformidade a um direito a ele garantido, não cometerá fato ilícito, desde que o faça moderadamente.

2.8.1.4.d Situações relevantes ao exercício regular de direito

São relevantes algumas situações que se relacionam ao exercício regular de direito. A primeira delas é a intervenção médica e cirúrgica. Seria um tanto quanto incompatível se exigir de médicos que salvem vidas mas considerar os atos cirúrgicos como ilícitos. Porém, para que esteja presente o exercício regular de direito, é necessário que exista a anuência do paciente, pois, do contrário, haveria estado de necessidade praticado em favor de terceiro, podendo restar alguma responsabilidade civil.

Outra situação está relacionada à violência desportiva. É sabido que alguns esportes possuem riscos de lesões à integridade física de seus praticantes, como por exemplo, o boxe e aquele que está atualmente em evidência, o “vale-tudo”. Haverá exercício regular de direito quando forem respeitadas as regras do esporte e quando este for oficialmente regulamentado. Portanto, não se pode punir aquele que lesa fisicamente o adversário. Entretanto, não se cumprindo as regras do esporte, havendo excesso, deverá ser o agente responsabilizado. O mesmo ocorre no caso de esportes não violentos como o futebol onde são aceitas as lesões como exercício regular de direito. Porém, havendo desproporcionalidade nas lesões, como por exemplo, a morte do adversário, haveria responsabilidade do agente.

2.8.2 Excludente de ilicitude supralegal – Consentimento do ofendido

2.8.2.a Conceito

O consentimento do ofendido pode ser considerado como uma causa de excludente de ilicitude, mesmo não estando previsto na legislação brasileira.

Esta excludente de ilicitude permite que alguém abra mão de direito seu, permitindo que seja atingido por uma conduta de terceiro. O Código Penal Italiano prevê em seu artigo 50 que “Non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può validamente disporne.”² Porém, este

² “Não é punível quem ofende ou põe em perigo um direito, com o consentimento da pessoa que dele pode validamente dispor”

instituto não foi previsto no Código Penal nacional, sendo apenas considerado como causa supralegal.

2.8.2.b Requisitos de formação

Primeiramente, faz-se necessário explicitar os requisitos que formam esta excludente supralegal. O primeiro deles é que exista capacidade de consentir no sujeito passivo da ação. Portanto, não se admite que o consentimento parta daqueles considerados inimputáveis ou semi-imputáveis pelo Direito Penal, pois não são capazes de se determinar, restando a conduta ilícita daquele que pratica a ação.

Outro requisito é que o consentimento seja anterior à agressão ao direito, pois somente desta forma estaria a conduta justificada. Havendo concordância ou aceitação posterior, desde que o crime seja de ação privada, poderá haver exclusão da punibilidade do agente, já que a vítima tem a seu dispor vários institutos entre os quais o perdão, a decadência, a renúncia e a preempção.

É necessário também que a atuação do sujeito ativo seja nos limites do consentimento, isto é, não poderá aquele que pretende lesar bem jurídico alheio agir além daquilo que foi permitido pelo sujeito passivo, pois caracterizaria conduta ilícita.

O último requisito desta excludente é que o direito seja de natureza disponível, como por exemplo, o patrimônio.

No sujeito ativo, é preciso que esteja presente a consciência do consentimento e o desejo de agir conforme permitido, que é o elemento subjetivo da causa justificante. Pois, ainda que o sujeito passivo aceite a agressão a direito seu, se o sujeito ativo não tinha consciência dessa situação e agiu visando lesar direito alheio, responderá por sua conduta.

2.8.2.c Consequências da utilização da causa justificante

De acordo com a natureza do crime, o consentimento do ofendido pode exercer várias funções.

Pode ser irrelevante penal nos casos de direitos indisponíveis. No homicídio, ainda que o sujeito passivo aceite que lhe seja tirada a vida, não poderá

haver exclusão da antijuridicidade da conduta. Poderá haver homicídio privilegiado nos casos em que o sujeito passivo se encontra com dores insuportáveis e em estado grave de saúde e pede a alguém que o mate, como também pode ocorrer nos casos de eutanásia praticados por médico.

O consentimento do ofendido também pode excluir a tipicidade do delito. Isto porque em alguns tipos penais existe uma condição de que a conduta comissiva ou omissiva seja praticada contra ou sem a anuência do ultrajado. Todavia, se a concordância se der mediante fraude, violência ou ameaça não estará excluída a tipicidade do fato, pois não haveria liberdade de escolha do sujeito passivo. Alguns exemplos de tipos penais em que o consentimento do ofendido torna a conduta atípica podem ser a violação de domicílio (artigo 150, CP), violação de correspondência (artigo 151, CP), furto (artigo 155, CP) e o já revogado rapto violento ou mediante fraude (artigo 219, CP).

Por último, o consentimento do ofendido pode caracterizar situação de exclusão da antijuridicidade da conduta. Estes ocorrerão quando não for exigida no tipo penal a concordância da vítima para configuração do delito. Porém, é necessário que haja preenchimento dos requisitos anteriormente dispostos, especialmente no que se refere a direitos disponíveis. Exemplos de situações que têm excluída sua antijuridicidade quando praticadas com consentimento do ofendido são as cirurgias estéticas, transexuais, de esterilização, o delito de alteração de limites (artigo 161, CP), delito de introdução ou abandono de animais em propriedade alheia (artigo 164, CP), delito de dano (artigo 163, CP) e o delito de cárcere privado (artigo 148, CP).

2.8.2.d Consentimento do ofendido em crimes culposos

E também não há qualquer óbice para existência da excludente em crimes culposos. Um exemplo trazido por Fernando Capez é o do sujeito que aceita convite para uma perigosa escalada, mesmo sabendo dos riscos inerentes. Aquele que aceitou a situação não poderá reclamar da imprudência daqueles que fizeram o convite, porém, a estes caberá o dever de agir, já que se colocaram em situação de garantidores (CAPEZ, 2008, p. 298). Assim, não poderão suscitar o consentimento do ofendido para faltar com o dever de agir caso ocorra algum incidente, pois

estarão possuirão dever de evitar o perigo, conforme artigo 13, § 2º, *b* do Código Penal.

3 CULPABILIDADE

3.1 Conceito

Outro elemento constante no crime sob o aspecto analítico é a culpabilidade. Sabe-se que uma conduta típica nem sempre será antijurídica, pois poderá estar albergada nas causas de exclusão de ilicitude. Da mesma forma também não se pode dizer que um fato típico e antijurídico sempre será culpável. Antes de ser aplicada pena a um agente que tenha praticado uma conduta típica e antijurídica, esta deve passar pelo crivo da culpabilidade, que nada mais é do que um juízo de reprovabilidade feito sobre uma conduta que se amolda a um tipo penal e contraria as normas penais.

O princípio da culpabilidade, entretanto, garante duas condições para aplicação da pena. Uma é a de que não se pode aplicar pena a quem não tenha concorrido com um mínimo de culpa para o resultado. A outra prediz que a pena deve ser proporcional à culpabilidade do agente, ou seja, não se pode aplicar pena superior à medida de culpabilidade do agente, ainda que tenha caráter de ressocialização ou que o agente seja perigoso.

3.2 Teorias da culpabilidade

Três teorias buscam expressar o sentido exato de culpabilidade. Elas foram sendo criadas conforme a evolução do pensamento jurídico.

3.2.1 Teoria psicológica da culpabilidade

Na antiguidade a responsabilidade penal surgia pelo simples existência do nexos causal entre a conduta do agente e o resultado. Não se indagava se havia culpa em sua conduta. Entretanto, conforme evoluía a sociedade, percebeu-se que para que o sujeito pudesse ser culpado por seus atos, deveria ao menos poder evitá-

lo quando da realização do ato. Dessa forma, passaram a ser pressupostos para verificar a existência de culpa a vontade e a previsibilidade. Daí surgiram os conceitos de dolo e culpa *stricto sensu*, pois o agente que age com vontade, pratica ato doloso, ou então quando não querendo, causa resultado que era previsível, estaria praticando ato culposo.

Desses dois elementos surgiu a teoria psicológica da culpabilidade. Segundo esta, a culpabilidade seria o liame psicológico existente entre o sujeito e o fato.

O dolo e a culpa constituíam as únicas espécies da culpabilidade, somente podendo haver afastamento desta quando houvesse causas que extinguissem o vínculo subjetivo do autor com o resultado ocasionado por sua ação, como nos casos de erro e coação.

A crítica a essa teoria parte da existência da reunião de dois elementos totalmente distintos, como o dolo e a culpa. São distintos pois o dolo é ocasionado pelo querer, e a culpa pelo não querer. Não há nenhum liame psicológico entre o agente que pratica ato culposo e o resultado ocasionado, a não ser que seja caso de culpa consciente. A culpa em sentido estrito se baseia num juízo de previsibilidade feito sobre o resultado.

Além disso, somente os atos contrários às normas penais são relevantes nessa esfera do Direito. Assim sendo, os atos praticados por dolo ou culpa que causam dano não seriam culpáveis se não lesionassem bens jurídicos penalmente tutelados.

3.2.2 Teoria psicológica-normativa da culpabilidade

A partir dessas críticas, procurou-se outra teoria que exprimisse de forma total o conceito de culpabilidade. Viu-se que o dolo e a culpa não eram suficientes para caracterizar a culpabilidade e deveriam ser analisados sob um aspecto de reprovabilidade, ou seja, deveria ser feito um juízo de censura sobre a conduta.

O fato, portanto, só seria considerado culpável quando ao agente fosse exigível outra conduta conforme o direito. Do contrário, o fato, apesar de típico e antijurídico, não seria reprovável.

A culpabilidade, a partir da adoção dessa teoria, passou a ter o dolo e culpa como seus elementos, devendo existir ainda um juízo axiológico sobre o fato, seja ele doloso ou culposo. Essa reprovabilidade, porém, só existiria se o agente fosse capaz de entender a ilicitude de sua conduta.

Seriam elementos da culpabilidade, de acordo com a teoria psicológica-normativa: a imputabilidade, o elemento psicológico-normativo (dolo e culpa, respectivamente) e a exigibilidade de conduta diversa.

Essa teoria foi criticada pelos doutrinadores por ainda considerar o dolo como elemento da culpabilidade. Este, segundo Damásio, “é um fator psicológico que sofre um juízo de valoração” (JESUS, 1988, p. 401). Sendo assim, não poderia fazer parte da culpabilidade, já que esta deve possuir somente elementos normativos. O autor ainda cita um provérbio alemão que predispõe da seguinte forma: “a culpabilidade não está na cabeça do réu, mas na do juiz; o dolo, pelo contrário, está na cabeça do réu. Assim, o dolo não pode manifestar um juízo de valoração; ele é objeto desse juízo” (1988, p. 401).

A partir da aparição da teoria finalista da ação, que considera que toda ação deve estar relacionada a uma finalidade, a teoria psicológica-normativa perdeu muito de sua força, mas ainda é aceita por vários doutrinadores.

3.2.3 Teoria normativa pura da culpabilidade

Esta teoria está intimamente relacionada com a teoria finalista da ação. Aqui, o dolo e a culpa são retirados da culpabilidade e transferidos para a tipicidade *lato sensu*. Dessa forma, somente elementos normativos passam a constituir a culpabilidade, entre eles um novo que é a potencial consciência da ilicitude.

O dolo que é sempre voltado a um fim, conforme pensamento finalista, não possui elemento normativo em si, ou seja, não é necessário que se verifique na conduta do agente a consciência da ilicitude do fato, sendo esta transferida à culpabilidade. O dolo que foi levado à conduta é natural e não normativo, possuindo apenas consciência e vontade (CAPEZ, 2008, p. 306).

Destarte, a culpabilidade passa a ter os seguintes elementos: imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da ilicitude.

Esta é a teoria adotada pelo legislador pátrio no Código Penal. As

dirimentes previstas no Código estão relacionadas com cada um dos elementos integrantes da culpabilidade.

Existem ainda duas teorias derivadas da teoria normativa pura da culpabilidade que divergem no entendimento das discriminantes putativas.

3.2.3.1 Teoria extremada da culpabilidade

As discriminantes putativas podem incidir sobre três aspectos que são: a existência de uma causa de justificação, os limites desta e a existência de situação fática.

Para esta teoria, todo tipo de discriminante constitui erro de proibição. Tanto o agente que erra sobre a existência de condições que tornariam a conduta legítima quanto aquele que pratica ato pensando estar albergado sobre uma causa de justificação que não existe incidem em erro de proibição, podendo excluir a culpabilidade se for escusável.

3.2.3.2 Teoria limitada da culpabilidade

Esta teoria, diferentemente da anterior, predispõe que o erro sobre circunstâncias fáticas que tornariam a conduta legítima, seria, na verdade, erro de tipo, que excluiria o dolo, mas ainda poderia haver responsabilização por crime culposo, se previsto caso fosse evitável, ou ambos, se inevitável.

Quanto aos outros erros (sobre a existência ou limites de uma causa de justificação) a teoria limitada está de acordo com a extremada: ambas consideram existir erro de proibição nesses casos, podendo atenuar a pena se for inescusável, ou até mesmo isentar o agente desta, se escusável.

Portanto, o que diferencia as teorias é como ambas consideram o erro sobre os pressupostos fáticos de uma justificante.

3.3 Elementos da culpabilidade

A culpabilidade, conforme dito anteriormente é constituída por três elementos: a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

Para que um agente responda por um crime cometido, devem estar presentes todos esses elementos em sua ação. Se o agente, por exemplo, for inimputável no momento do crime, poderá estar isento de pena ou tê-la diminuída. Portanto, além do fato típico e antijurídico, a conduta do sujeito deve ser valorada no sentido de constatar que este tinha capacidade, sabia da ilicitude de sua ação e poderia ter agido conforme o direito.

3.3.1 Imputabilidade

Este elemento da culpabilidade constitui a verificação da plena capacidade do agente de se determinar diante de uma conduta. De acordo com Aníbal Bruno a imputabilidade é o “conjunto de condições de maturidade e sanidade mental que permitem ao agente conhecer o caráter ilícito do seu ato e determinar-se de acordo com esse entendimento” (BRUNO, apud PRADO, 2005, p. 441).

A imputabilidade parte do princípio de que o homem é capaz de entender seus atos e livre para fazê-los. Optando por uma ação que afete bens jurídicos relevantes, deve responder conforme sua culpabilidade. Sendo assim, aqueles que não têm essa capacidade e determinação não podem ser responsabilizados. A estes se dá o nome de inimputáveis.

Outro ponto importante para se destacar é que a capacidade de determinação (imputabilidade) deve existir no momento da ação ou omissão. Esse foi o entendimento do legislador pátrio ao dispor das dirimentes no Código Penal em seu art. 26, *caput*.

Por fim, não se pode confundir a imputabilidade penal com a responsabilidade jurídico-penal. A primeira é a capacidade de o agente compreender e se determinar. A última constitui a obrigação do sujeito de aceitar as consequências dos seus atos, penalmente qualificados. O inimputável que pratica

ato ilícito não possui capacidade de entender o caráter da conduta que praticou, mas será responsabilizado juridicamente, através da medida de segurança, que é uma sanção.

Três são os sistemas que diferenciam o tratamento da inimputabilidade: o sistema biológico ou etiológico, o sistema psicológico ou psiquiátrico e o sistema biopsicológico ou misto (PRADO, 2005, p. 441).

O primeiro sistema (biológico ou etiológico) considera a doença mental do agente enquanto patologia clínica, isto é, releva que o agente está mentalmente doente, não importando se tem intervalos de lucidez.

O segundo sistema, o psicológico ou psiquiátrico, considera apenas as condições psicológicas do agente no momento do delito. O relevante aqui não é se o agente possui doença que lhe tira a capacidade, mas se no momento da ação tinha competência para compreender o que estava fazendo.

Por último, o sistema biopsicológico ou misto traz um ponto comum entre os dois sistemas anteriores. É o sistema adotado pelo Código Penal no art. 26. Para que se constate a inimputabilidade, o agente pode possuir doença mental ou, no momento do crime, estar completamente incapaz de se auto-determinar, podendo ser por doença ou embriaguez (somente a embriaguez fortuita e por força maior podem excluir a culpabilidade do agente – art. 28, §§ 1º e 2º).

3.3.1.1 Causas de exclusão da imputabilidade

São causas de exclusão da imputabilidade, e conseqüentemente, excludentes da culpabilidade:

- a) a doença mental;
- b) o desenvolvimento mental incompleto ou retardado;
- c) a dependência ou intoxicação decorrente de consumo de drogas ilícitas;
- d) a menoridade;
- e) a embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior e a embriaguez patológica.

3.3.1.1.a Doença mental

A primeira delas, a doença mental, é qualquer perturbação mental ou psíquica que pode tirar do agente a capacidade de entender o caráter ilícito de sua conduta ou de dominá-la conforme esse entendimento. Portanto, ainda que o agente possua uma doença, não será considerado inimputável a não ser que essa lhe retire a capacidade de entender o que está fazendo.

Exemplos de doenças mentais desse tipo podem ser: psicose, neurose, esquizofrenia, psicopatias e paranóias.

Aquele que praticar um delito nestas condições, terá contra si uma sentença absolutória imprópria, pois mesmo reconhecendo sua inimputabilidade e a exclusão de sua culpabilidade, a ele será aplicada uma pena, que é a medida de segurança.

Para que seja aferida a existência de doença mental no agente num procedimento criminal, deve ser realizada perícia médica, podendo ser requisitada de ofício pelo magistrado ou requerida por uma das partes. Entretanto, a conclusão do perito não vincula o juiz, podendo este decidir conforme lhe aprouver.

3.3.1.1.b Desenvolvimento mental incompleto ou retardado

Outra causa excludente da imputabilidade é o desenvolvimento mental incompleto ou retardado. No desenvolvimento mental incompleto, a mentalidade do agente ainda não está completamente pronta, podendo ser em razão da idade (menores) ou em razão da falta de convívio em sociedade, como ocorre com os índios que não se adaptam ao convívio em sociedade.

Os menores serão sempre considerados inimputáveis. Já no caso dos indígenas será necessária a produção de laudo pericial para constatar a inimputabilidade.

Quando há desenvolvimento mental retardado, o agente possui inteligência incompatível com a idade que possui, isto é, possui desenvolvimento mental abaixo da média. É o que ocorre nas oligofrenias. Decrescentemente, num rol de inteligência estão as seguintes oligofrenias: a debilidade mental, que pode ser de nível leve, médio ou alto; a imbecilidade e a idiotia. Os agentes que possuem

estes retardamentos mentais não conseguem avaliar corretamente as situações que estão diante de si, não podendo entender o caráter ilícito dos crimes. Os surdos-mudos também se enquadram na classe de desenvolvimento mental retardado. Entretanto, no caso deles, o retardamento se dá devido à falta de alguns sentidos, o que também afeta sua compreensão sobre os fatos.

3.3.1.1.c Dependência ou intoxicação decorrente de consumo de drogas ilícitas

A dependência ou intoxicação voluntária decorrente do consumo de drogas ilícitas também constitui causa de exclusão da imputabilidade. Ela está prevista no artigo 45 da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas). Este artigo prevê que será isento de pena o agente que em razão da dependência de droga ou sob o efeito desta, proveniente de caso fortuito ou força maior, era ao tempo da conduta inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar conforme esse entendimento. O agente, nestes casos, estará sujeito a tratamento médico adequado, desde que seja provado a dependência ou os efeitos da droga mediante perícia.

André Estefam traz duas situações distintas que existem no caso do artigo 45 da Lei de Drogas. A primeira é que se a incapacidade mental do agente para entender o caráter ilícito da conduta se deu em razão de consumo involuntário de droga (caso fortuito ou força maior) haverá sua absolvição própria, isto é, não lhe será imposta qualquer sanção penal. Porém, se a incapacidade é proveniente de dependência química, haverá a absolvição imprópria, impondo ao agente a medida presente no parágrafo único do artigo 45, que é o tratamento médico adequado (ESTEFAM, 2010, p. 266).

3.3.1.1.d Menoridade

A menoridade constitui causa de exclusão da imputabilidade do agente, sem que seja necessária a produção de prova pericial. A incapacidade do agente se dá por presunção absoluta, isto é, todo aquele que ainda não completou 18 anos será considerado inimputável penalmente. Como visto anteriormente, os menores

possuem desenvolvimento mental incompleto e desta feita, são isentos de pena. É certo que existem sujeitos com menos de 18 anos que são capazes de tomar decisões, se auto-determinar e inclusive entender o caráter ilícito de suas condutas, porém, para o Direito Penal, serão sempre considerados inimputáveis.

A previsão da inimputabilidade dos menores está contida na Constituição Federal, em seu artigo 228 que prevê: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeito às normas da legislação especial”. Mesmo teor tem o artigo 27 do Código Penal.

A legislação especial que tratam os dois artigos é o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90). Este diploma legal prevê que quando há prática de atos infracionais (crimes ou contravenções) praticado por menores de 18 anos, haverá a aplicação de medidas de proteção genéricas (artigo 98) ou específicas (artigo 101). Também poderá ser aplicada, mas somente nos casos de adolescentes, as medidas sócio-educativas (artigo 112).

Os agentes que possuem idade entre 18 e 21 anos serão considerados penalmente capazes, mas terão em seu favor a atenuante prevista no artigo 65, inciso I do Código Penal e a redução do prazo prescricional pela metade (artigo 115 do Código Penal).

Assunto interessante trazido por Guilherme Nucci é quando se dá o marco inicial da maioridade penal de um agente. Três são as teorias. A primeira prevê que será no primeiro momento do dia do aniversário em que o agente completa 18 anos. Outra teoria entende que será a partir da exata hora em que nasceu o agente do dia do aniversário. A última entende que será a partir do último instante do dia do aniversário (NUCCI, 2009, p. 303). O mais certo seria se adotar a primeira teoria, que é a adotada civilmente. Portanto, deve se seguir o mesmo critério no âmbito penal.

3.3.1.1.e Embriaguez

Como visto, as únicas espécies de embriaguez que podem excluir a culpabilidade são a embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior e embriaguez patológica. Porém, existem outras espécies de embriaguez que serão abordadas.

A primeira delas é a embriaguez **não acidental**, que se subdivide em dolosa ou intencional e culposa.

A embriaguez **dolosa ou intencional** é aquela em que o sujeito ingere as substâncias alcoólicas com o intuito de se embriagar, ou seja, ele deseja alterar seu estado psíquico a ponto de ficar embriagado.

Já a embriaguez **culposa** se dá quando o agente, imprudentemente, ingere quantidade excessiva de bebida alcoólica. Existe no agente a vontade de ingestão da bebida, porém, durante o agir, este excede seus limites culposamente. A imprudência nada mais é do que o erro no proceder: o agente tem o desejo de praticar determinada conduta, mas ao agir, não presta atenção aos deveres de cuidado. O sujeito que se embriaga culposamente não age com desejo de ficar em estado de ebriedade, mas age com imprudência. Pode-se admitir inclusive a embriaguez culposa proveniente de imperícia, nos casos de degustadores de etílicos que não atentam aos cuidados inerentes da profissão.

A embriaguez não acidental não isenta de pena o agente, sendo completa ou incompleta. Porém, havendo situação de embriaguez preordenada haver agravamento na pena do agente.

A segunda espécie de embriaguez é a **acidental**, que pode se dar por caso fortuito ou força maior.

Constitui caso fortuito aquele que é de difícil, quase impossível ocorrência, como o caso do sujeito que tropeça e cai num barril de vinho, embriagando-se. Neste caso, o agente não tinha possibilidades de prever o que aconteceria ou ainda não sabia que determinada substância poderia lhe causar embriaguez. Aqui o resultado é imprevisível e não deriva de culpa do agente.

Força maior é tudo aquilo que excede o controle do agente. Este, mesmo sabendo do que está havendo, não pode impedir o resultado. Um exemplo de embriaguez por força maior seria o caso do calouro que é obrigado a ingerir bebida alcoólica por coação num trote acadêmico. Aqui o resultado é previsível, mas é inevitável.

A embriaguez acidental pode excluir a culpabilidade o agente, desde que seja completa. Considera-se embriaguez completa aquela que retira do agente toda a capacidade de entendimento e autocontrole, fazendo com que este perca completamente a noção do que está fazendo. A embriaguez incompleta retira apenas parcialmente a capacidade do agente, reduzindo-lhe seus reflexos mas

ainda subsistindo um pouco de compreensão e vontade.

O artigo 28, inciso II, § 1º prevê a exclusão da culpabilidade do agente que se encontra em estado de embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior. O § 2º prevê a diminuição da pena de um a dois terços nos casos de embriaguez incompleta, variando conforme o grau de perturbação.

Por último existe a embriaguez **patológica**. Esta se dá nos casos de pessoas que são predispostas a ter o vício do alcoolismo. São aqueles que constantemente se encontram em estado de embriaguez devido à um desejo insuportável de consumir as bebidas alcoólicas. Trata-se de doença mental, que por sua natureza, deve ser tratada como todas as outras no âmbito penal, isto é, nos termos do artigo 26 e seu parágrafo único do Código Penal.

3.3.1.2 *Actio libera in causa*

Ainda há que se falar do instituto da *actio libera in causa* (ação livre na causa) que constitui situações em que o agente se coloca em estado de inimputabilidade intencionalmente para cometer um delito, ou, ainda que sem intenção, quando previa o resultado ou podia prever. Seria uma exceção à regra da inimputabilidade no momento da ação.

Neste caso, a imputabilidade não é analisada no momento em que se comete o crime, mas no instante em que o agente tinha capacidade e, voluntariamente se colocou em estado de inimputabilidade.

Somente haverá, portanto, responsabilidade do sujeito nesta circunstância quando queria ou assumiu o risco da ocorrência do resultado danoso, caracterizando conduta dolosa, ou quando podia presumi-lo, caso em que haveria responsabilização por crime culposos, se previsto em lei. O Código Penal pátrio não prevê a exclusão de pena para o agente que comete crime em estado de embriaguez, sendo ela voluntária ou culposa (art. 28, II). Por outro lado, a embriaguez preordenada é circunstância que agrava a pena do agente, conforme art. 61, I. Da mesma forma ocorre quando a intoxicação por entorpecente se dá de maneira voluntária, visando a prática de um delito futuro.

3.3.1.3 Emoção e paixão

A emoção e a paixão não constituem causas de exclusão da culpabilidade, mas podem funcionar como causa de diminuição de pena ou atenuante.

Primeiramente, faz-se necessário diferenciar os dois institutos, posto que não se confundem. Por emoção, considera-se a perturbação forte e *transitória* de um sentimento, seja ele qual for. Portanto, a emoção é algo momentâneo.

Já a paixão constituiu um forte sentimento de longa duração. Segundo Cezar Roberto Bitencourt, é uma emoção em estado crônico, que existe como um sentimento profundo e monopolizante, como por exemplo, o amor, o ódio, a vingança, a avareza, a ambição e o ciúme (BITENCOURT, 2008, p. 365).

Num exemplo trazido por Fernando Capez, é possível perceber a tênue diferença entre os dois institutos. Segundo ele, paixão seria o amor que um torcedor sente por seu time do coração, mesmo que este não lhe traga qualquer emoção, enquanto que esta existe quando o time marca um gol (CAPEZ, 2008, p. 319).

Nem a emoção nem a paixão excluem a culpabilidade do agente. Isto porque todo e qualquer crime é praticado sob a influência de alguma emoção. Se houvesse isenção de pena, não haveria mais responsabilidade criminal. Porém, elas podem constituir causa de diminuição de pena específica, nos casos do homicídio privilegiado e da lesão corporal privilegiada, em que o agente age sob violenta emoção após injusta provocação da vítima. Também poderá ser considerada atenuante genérica, conforme prevê o artigo 65, III, c do Código Penal.

Necessário se faz trazer a brilhante dissertação de Roberto Lyra a respeito do homicida passional:

O verdadeiro passional não mata. O amor é, por natureza e por finalidade, criador, fecundo, solidário, generoso. Ele é cliente das pretorias, das maternidades, dos lares e não dos necrotérios, dos cemitérios, dos manicômios. O amor, o amor mesmo, jamais desceu ao banco dos réus. Para os fins da responsabilidade, a lei considera apenas o crime. E nele o que atua é o ódio. O amor não figura nas cifras da mortalidade e sim nas das natalidade; não tira, põe gente no mundo. Está nos berços e não nos túmulos. (LYRA, *apud* GRECO, 2009, p. 403)

Porém, ainda que dessa forma seja, muitos julgamentos feitos perante

o Tribunal do Júri têm absolvido o agente que mata passionadamente. Os jurados, por serem pessoas leigas, entendem ser aceitável o descontrole emocional do réu no momento da ação ao julgar com sua consciência. Colocam-se no lugar do réu e entendem que também seriam capazes de praticar o delito que ensejou o julgamento.

3.3.1.4 Semi-imputáveis

A semi-imputabilidade constitui causa que pode diminuir a pena em um ou dois terços, conforme o grau da perturbação ou ainda impor medida de segurança. Da mesma forma que na inimputabilidade, os semi-imputáveis possuem características que interferem em sua capacidade de entender o caráter ilícito do que faz e de se autodeterminar. Portanto, praticam fato típico, ilícito, porém haverá uma diminuição na pena aplicada ou aplicação de medida de segurança, tendo em vista a culpabilidade diminuída do indivíduo.

São considerados semi-imputáveis aqueles que se encontram num grau intermediário entre a imputabilidade e a inimputabilidade, podendo apresentar psicoses e oligofrenias atenuadas (caso do portador de debilidade mental leve ou média) e também aqueles que possuem personalidades psicopáticas. Segundo o artigo 26, parágrafo único do Código Penal são considerados semi-imputáveis aqueles que não são inteiramente capazes de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar conforme esse entendimento.

Cezar Roberto Bitencourt considera errôneas as expressões semi-imputável ou imputabilidade diminuída utilizadas por grande parte da doutrina, pois, segundo ele, seria o mesmo que se falar em semi-úrgem e semi-grávida. Para ele, o certo seria considerar que há uma diminuição na capacidade de censura do indivíduo, devendo, por conseguinte, haver uma redução na censurabilidade de sua conduta ilícita (BITENCOURT, 2008, p. 360). Nesse sentido também é o entendimento de André Estefam, considerando que o agente é imputável, tanto que o ordenamento jurídico lhe impõe uma pena, mesmo que esta seja reduzida (ESTEFAM, 2010, p. 264).

Para que seja aplicada uma pena de medida de segurança a um semi-imputável é necessário que este seja condenado para, em seguida, ser substituída a

pena, nos termos do artigo 98 do Código Penal. Isto porque a medida de segurança é substitutiva da pena reduzida aplica ao semi-imputável. E ainda, o texto do dispositivo exige que o réu tenha sido condenado. Outro requisito para que possa ser aplicada esta medida ao réu que possui capacidade diminuída, é que seja recomendada em laudo pericial. Como bem cita André Estefam, nesse caso haverá periculosidade real, ao contrário dos casos de inimputabilidade, que haverá periculosidade presumida. Isto porque, para os inimputáveis existe somente uma sanção, que é a medida de segurança. Já nos casos dos semi-imputáveis, a lei permite a redução da pena ou a medida de segurança, esta devendo ser aplicada somente quando houver necessidade real de tratamento, comprovado por perito (ESTEFAM, 2010, p. 265).

No entanto, caso o magistrado opte por condenar o réu a cumprir pena privativa de liberdade, deverá reduzi-la de um a dois terços, pois se trata de direito subjetivo do acusado, que não pode ser minado pelo juiz (CAPEZ, 2008, p. 321). A redução deverá ser feita conforme o grau de redução da capacidade. Isto é, quanto menor a capacidade do agente, maior deverá ser a redução de sua pena.

3.3.2 Potencial consciência da ilicitude

Além da imputabilidade, é necessário que o agente tenha possibilidade de conhecer o caráter ilícito do que está fazendo. Somente haveria descumprimento do dever de agir conforme o Direito se o sujeito, no momento da ação, soubesse de sua ilicitude ou tivesse possibilidade de conhecer desta.

Em sua monografia, Regis Prado ao dispor sobre a consciência potencial da ilicitude expõe o entendimento de Figueiredo Dias, dizendo que esta não se trata de um “conhecimento atual e efetivo do dever jurídico concreto de omitir a realização do facto proibido (ou de levar a cabo o facto imposto), mas no seu conhecimento potencial, da sua cognoscibilidade, de uma capacidade do seu conhecimento” (FIGUEIREDO DIAS, apud PRADO, 2005, p. 445).

Não é necessário que o sujeito tenha conhecimento das leis penais para que esteja presente este elemento da culpabilidade, pelo contrário, bastando que saiba ou tenha possibilidade de saber que sua conduta afeta o ordenamento jurídico como um todo.

O erro de proibição é causa que exclui a potencial consciência da ilicitude, excluindo dessa forma a culpabilidade do agente. Esse tipo de erro pode isentar de pena o autor da conduta ou reduzi-la, conforme sua espécie (escusável ou inescusável).

3.3.2.1 Erro de proibição

3.3.2.1.a Conceito

A potencial consciência da ilicitude só poderá ser afastada, excluindo dessa forma a culpabilidade, quando o agente não conhecer sobre a proibição de sua conduta e não tiver como adquirir este conhecimento. Constitui, portanto, erro de proibição, conforme com o artigo 21 do Código Penal.

O agente que age em erro sobre a ilicitude do fato, conhece sua atitude e sabe o que está fazendo, porém, desconhece que esta constitui ato ilícito. Alguns exemplos dessa causa excludente de culpabilidade podem ser a do agente que mantém conjunção carnal com deficiente mental, mesmo que essa tenha consentido, acreditando que não há ilicitude em sua conduta e do estrangeiro que faz uso de entorpecentes no Brasil, acreditando que esta conduta é lícita como o é em seu país de origem.

3.3.2.1.b Erro de proibição e desconhecimento da lei

Não se pode confundir o erro de proibição com a ignorância ou desconhecimento da lei. Na primeira, o agente desconhece que a sua conduta é ilícita, ao passo que na segunda ele desconhece a existência da norma jurídica. O desconhecimento pressupõe ausência total de noção sobre alguma coisa, enquanto que no erro, existe uma ideia falsa sobre um objeto. Como expõe José Frederico Marques, o desconhecimento é um estado negativo, enquanto que o erro é um estado positivo (MARQUES, 1997, p. 313).

No ordenamento jurídico penal pátrio vige o princípio da *ignorantia legis non excusat*, sendo assim, inescusável o desconhecimento da lei, como dispõe o

artigo 21 do Código Penal. No entanto, pode ser utilizado como uma atenuante genérica, prevista no artigo 65, inciso II do mesmo diploma legal.

O legislador pretendia evitar que o sujeito que pratica uma determinada conduta alegue desconhecimento da lei, posto que esta, depois de publicada, passa a ser, mesmo que utopicamente, de conhecimento de todos. Portanto, a alegação de desconhecimento do texto legal não constitui causa de isenção de pena.

O erro de proibição, por sua vez, está contido dentro da mente de cada sujeito, não importando se este conhece ou não o teor da lei. O agente sabe que determinada conduta é ilícita sem que seja necessário saber que esta se encontra tipificada num artigo. Por exemplo, é de conhecimento geral que matar alguém constitui crime, porém nem todos sabem que este delito se encontra tipificado no Código Penal em seu artigo 121. Para que exista erro de proibição, seria necessário que um sujeito desconhecesse inclusive a norma proibitiva “não mate” que é de senso comum, como por exemplo, um índio que viveu sua vida toda alheio à sociedade numa aldeia onde eram realizados sacrifícios.

Em suma, como bem cita Rogério Greco a lei “é um diploma formal editado pelo poder competente. Ilícitude é a relação de contrariedade que se estabelece entre a conduta humana voluntária do agente e o ordenamento jurídico” (GRECO, 2009, p. 409).

3.3.2.1.c Erro de proibição e erro de tipo

O erro de proibição não se confunde também com o erro de tipo. Isto porque neste o agente possui uma visão errônea da realidade fática, não atentando para a presença dos elementos e circunstâncias de um fato típico que existem em uma determinada situação, como ocorre, por exemplo, no caso do sujeito que acredita ser de sua propriedade o chapéu de outra pessoa. Já no caso do erro de proibição, o agente conhece perfeitamente a situação em que se encontra, porém, desconhece que esta constitui fato ilícito.

Outro ponto que diferencia as duas espécies de erro são os efeitos jurídico-penais. No erro de tipo sempre haverá exclusão do dolo, sendo inevitável ou evitável. Porém, em se tratando de erro inescusável, subsistirá a figura culposa do delito, se esta estiver prevista em lei. No erro de proibição, se inevitável, haverá

exclusão da culpabilidade do agente, mesmo sendo o fato típico e antijurídico. No entanto, se o erro sobre a ilicitude do fato for de natureza evitável, será garantida ao agente a redução de sua pena de um sexto a um terço, majorada conforme sua culpabilidade.

3.3.2.1.d Espécies de erro de proibição

Existem três espécies de erro de proibição: o direto, o indireto e o mandamental.

Constitui erro de proibição direto aquele em que o equívoco do agente recai sobre o conhecimento da ilicitude de um fato. Neste caso, o agente poderá até conhecer a norma, mas a interpreta erroneamente. Um exemplo trazido por André Estefam é o do famoso ditado popular “achado não é roubado”, no qual um agente de boa-fé apropria-se de coisa alheia achada, acreditando que não comete ilícito algum. Mas, na verdade, estaria praticando o delito tipificado no artigo 169, parágrafo único, inciso II do Código Penal (ESTEFAM, 2010, p. 270).

Quanto ao erro de proibição indireto, este se dá quando o agente sabe que sua conduta é ilícita, porém, acredita que está albergado por uma excludente de ilicitude que não existe ou se equivoca quanto aos limites de uma causa justificante legal. Ainda que se adote qualquer das teorias a respeito da culpabilidade, seja ela extremada ou limitada, não haverá diferença de tratamento do erro de proibição indireto, pois ambas consideram o erro sobre a existência de uma causa justificante ou sobre os limites desta como erro sobre a ilicitude do fato. Pode se citar como exemplo o caso de um marido que acredita agir em exercício regular de direito quando mantém conjunção carnal mediante grave ameaça com sua esposa, constituindo, na verdade, crime de estupro.

Por último, existe o erro de proibição mandamental. Este só poderá ocorrer nos crimes omissivos próprios e impróprios, já que nestes existe uma norma impositiva determinando que o sujeito aja para evitar o perigo. Haverá erro de proibição mandamental, portanto, quando o agente, diante de uma situação de perigo, acredita estar autorizado a se eximir do dever de evitar o resultado danoso, quando estava obrigado a agir. Um exemplo pode ser o do guia de turismo que se obriga contratualmente a zelar pela vida do turista, mas em havendo uma situação

de perigo, supõe que poderá abandoná-lo à própria sorte (BARROS, 1999. p. 318).

3.3.2.1.e Erro de proibição escusável e inescusável

Quanto aos efeitos penais do erro de proibição, estes irão variar conforme seja o erro evitável ou inevitável. Como visto anteriormente nas diferenças entre o erro de tipo e o de proibição, analisou-se que este último poderá configurar causa de exclusão da culpabilidade.

Haverá erro de proibição inevitável ou escusável quando o sujeito não tinha condições de conhecer o caráter ilícito de sua conduta diante das circunstâncias do fato concreto. O agente, ainda que tivesse se valido de seu esforço natural, não teria como saber da ilicitude dos seus atos. Neste caso haverá exclusão da culpabilidade, ficando o agente isento de pena, como prevê o artigo 21 do Código Penal.

Já o erro de proibição evitável ou inescusável é aquele no qual o agente tinha condições de saber o caráter ilícito de sua conduta se usasse de esforço normal para tanto. Portanto, como sua conduta se reveste, ainda que minimamente, de reprovabilidade por haver potencial consciência da ilicitude, resta a ele a responsabilização pelo fato criminoso. Todavia, lhe será devida a redução de sua pena de um sexto a um terço, conforme o grau de sua culpabilidade, não sendo mera faculdade do juiz, mas sim direito subjetivo garantido ao réu.

Por fim, vale ressaltar que a medida da evitabilidade ou da inevitabilidade não se faz sobre o homem médio, mas sim as condições particulares do agente. São analisadas sua cultura, inteligência e o meio social em que vive o sujeito (BARROS, 1999, p. 316).

3.3.2.1.f Erro de proibição e delito putativo

Não se pode confundir erro de proibição com delito putativo por erro de proibição. No primeiro, o agente atua crendo que sua conduta é lícita, porém, constitui objetivamente um crime. O delito putativo, por sua vez, é a face contrária da moeda, isto é, o agente atua crendo que sua conduta é antijurídica, quando esta não

está prevista em qualquer legislação penal.

No delito putativo, o agente quer cometer um crime, mas por desconhecer as normas proibitivas, não comete crime algum, configurando fato atípico. Já no erro de proibição, o ânimo do agente é de que não comete crime algum, porém sua conduta está prevista e tipificada como tal no ordenamento jurídico. Portanto, vê-se que o delito putativo existe unicamente no subjetivo do agente, sendo um delito puramente imaginário.

Segundo Frederico Marques (1997, p. 319), o delito putativo pode se dar por erro de fato ou por erro de direito. Haverá erro de direito quando o fato praticado pelo agente não existir no mundo jurídico como crime, é plenamente atípico. Assim, o delito putativo por erro de direito se dá nos casos de erro de proibição.

Já o delito putativo por erro de fato haverá quando houver erro de tipo, isto é, o agente se engana sobre um dos elementos típicos do delito, praticando fato atípico, como no exemplo do agente que acredita estar subtraindo coisa alheia, quando esta, na verdade, lhe pertence.

O autor também prevê a possibilidade de delito putativo por *error in juris*, que existirá quando o agente acredita estar praticando crime cuja lei foi revogada ou cujo prazo, nos casos de lei temporária, já se esgotou (MARQUES, 1997, p. 319)

Por fim, vale ressaltar a diferença dos efeitos entre o erro de proibição e o delito putativo. No primeiro, poderá haver exclusão da culpabilidade ou isenção de pena do agente, conforme sua culpabilidade. No segundo, não haverá sequer tipicidade na conduta, não havendo responsabilização penal de qualquer forma.

3.3.3 Exigibilidade de conduta diversa

Em último lugar está a exigibilidade de conduta diversa. Para que se caracterize este elemento da culpabilidade é necessário que o delito seja cometido em circunstâncias normais, quando poderia ter se exigido do autor da conduta que agisse conforme o Direito. Portanto, para que seja aferida a culpabilidade de alguém, além de ser imputável e ter consciência da ilicitude de seus atos, é necessário que este, somente quando podendo ter agido de acordo com o ordenamento jurídico,

pratique ato que lese bens jurídicos penalmente relevantes.

Este instituto, segundo Capez, é a “expectativa social de um comportamento diferente daquele que foi adotado pelo agente. Somente haverá exigibilidade de conduta diversa quando a coletividade podia esperar do sujeito que tivesse atuado de outra forma” (CAPEZ, 2008, p. 327).

Rogério Greco suscita um importante aspecto sobre este elemento da culpabilidade, ao prever que não há como se idealizar um padrão de culpabilidade, já que a possibilidade de agir ou não conforme prediz o ordenamento jurídico variará de pessoa para pessoa. Portanto, as condições particulares do agente deveriam ser analisadas ao se fazer o juízo de reprovabilidade contido na culpabilidade (GRECO, 2009, p. 415).

Quando, entretanto, não era possível ao autor da conduta agir de outra forma que não fosse violando o ordenamento jurídico, haverá exclusão de sua culpabilidade. Na lei penal pátria estão previstas expressamente duas causas que inexistem do agente conduta conforme o Direito, que são a coação moral irresistível e obediência hierárquica de ordem não manifestamente ilegal.

O agente que comete crime sob coação moral resistível não é isento de pena, subsistindo o delito, pois podia agir em conformidade com a lei. Há, porém, a previsão de uma atenuante no Código Penal pátrio a quem atua sob coação moral que seja resistível (art. 65, III, c). Aquele que comete um delito obedecendo a ordem manifestamente ilegal também não será isento de pena, podendo, entretanto, tê-la reduzida como causa de diminuição de pena (art. 21) ou como atenuante (art. 65, III, c).

De acordo com Regis Prado, a inexigibilidade pode ser aplicada a delitos comissivos dolosos quando estiver prevista em lei. Para os crimes culposos é possível quando não for objetivamente exigível ao agente a observância do dever de cuidado. Finalmente, aos crimes omissivos, sendo eles dolosos ou culposos, será sempre admitida se a conduta ordenada implicar interesses próprios legítimos (PRADO, 2005, p. 446-447).

3.3.3.1 Causas de exclusão da exigibilidade de conduta diversa

A lei prevê duas causas que podem excluir este elemento da

culpabilidade no artigo 22 do Código Penal, que são a coação moral irresistível e a obediência hierárquica.

3.3.3.1.a Coação moral irresistível

No que tange à coação moral irresistível, alguns pontos precisam ser analisados. Primeiramente, faz-se necessário definir o conceito de coação. Considerada em sentido amplo, a coação pode ser o uso de violência física ou psicológica em alguém com o intuito de obrigá-la a fazer ou deixar de fazer algo. A violência física é também denominada de *vis corporalis* e a violência moral é chamada de *vis compulsiva*.

No entanto, a doutrina entende que somente a coação com uso de violência moral pode configurar a excludente de culpabilidade. Isto porque a coação física irresistível exclui, na verdade, a própria conduta do agente, posto que é utilizado como um objeto para atingir determinado fim. Aqui há completa ausência de vontade em praticar o delito.

Na coação moral, o coagido é guiado pelo medo de eventual consequência má e injusta e assim pratica o delito. Ainda que o mal prometido seja o pior possível, como sua morte ou a de alguém querido, resta a ele uma opção. Portanto, é possível que o agente não realize a conduta criminosa, mas não lhe é exigido que faça sacrifícios exorbitantes, ante a inexigibilidade de conduta diversa.

Outro ponto relevante relacionado à coação moral irresistível é a seriedade da ameaça, pois se o suposto coator profere ameaça em tom jocoso, não haverá exclusão da culpabilidade caso o agente se sinta coagido a agir.

Quanto à gravidade da ameaça, esta deve ser analisada em conformidade ao homem médio, que possui conceitos regulares de discernimento. A ameaça só será grave se encontrar-se num patamar mediano.

Por último, a coação deve ser irresistível. Somente o mal grave pode ensejar a configuração da excludente de culpabilidade, pois não poderia se admitir que promessas de causar mal leve ou mediano têm o condão de caracterizar a coação moral irresistível, como por exemplo, a promessa de divulgar uma situação constrangedora do agente. Nesse sentido, André Estefam preceitua que deve haver uma ponderação entre o ato exigido e o mal que se promete causar. Isto se dá

porque, em havendo uma valorização dos bens em conflito, não se poderá exigir que o de maior valor seja suprimido para que um de menor valor prevaleça. Um exemplo pode ser o de um agente que sofre a ameaça de ser lesionado se não matar certa pessoa. Aqui, não será irresistível a ameaça, tendo em vista a importância do outro bem jurídico em questão. No entanto, se a ameaça for de causar mutilações no coagido, não lhe será exigido que tenha conduta diversa daquela proposta pelo coator, podendo, dessa forma, matar a pessoa apontada (ESTEFAM, 2010, p. 273).

Havendo, pelo contrário, coação moral a que o coagido poderia resistir, devido a pouca gravidade da ameaça, este não será isento de pena, mas terá em seu favor uma atenuante genérica, contida no artigo 65, inciso III, alínea c do Código Penal.

O agente coator, existindo a excludente de ilicitude, responderá pelo delito praticado, inclusive na esfera civil, ficando o coagido isento de pena. Mesmo existindo dois agentes, coator e coagido, não existirá concurso de agentes, posto que o coagido é utilizado como instrumento para que o coator consiga o fim desejado. Além disso, o coator, que é autor mediato do delito, terá contra si uma circunstância agravante, conforme artigo 62, inciso II do Código Penal.

A coação moral irresistível não pode ser confundida com o estado de necessidade, mesmo havendo confronto de bens jurídicos. Primeiramente porque na coação moral irresistível o fato praticado possui ilicitude, somente sendo excluída a culpabilidade do agente. No estado de necessidade, por outro lado, sequer haverá antijuridicidade na conduta. Se não fosse dessa forma, nem mesmo o agente coator responderia pela conduta praticada. Um exemplo trazido por Fernando Capez é o de um pai que recebendo a ameaça de um seqüestrador de que se não conseguir uma enorme quantia de dinheiro em uma hora nunca mais verá seu filho, assalta um banco. Segundo o autor, se não houvesse ilicitude nessa conduta, nem mesmo o seqüestrador responderia pelos atos praticados. Mas, como existe, ficará o pai, que é o autor imediato do crime, isento de pena por ter agido sob coação moral irresistível e responderá o coator por todos os atos praticados, já que é o autor mediato do delito. Não se pode considerar que um fato será lícito para um e ilícito para o outro, portanto, somente haverá exclusão da culpabilidade.

Outra característica que diferencia a coação moral irresistível do estado de necessidade é que a primeira tem origem numa ameaça feita por um homem, quando que no estado de necessidade, a ameaça é proveniente da força da

natureza ou de um animal irracional. Poderá, também, advir de um homem a ameaça no estado de necessidade, contudo, não haverá exigência direta para que o coagido satisfaça seu desejo de cometer um delito.

3.3.3.1.b Obediência hierárquica

Outra causa que exclui a exigibilidade de conduta diversa e, por conseguinte, a culpabilidade, é a obediência hierárquica. Esta estará presente sempre que um subalterno executar ordem não manifestamente ilegal expedida por um superior hierárquico.

Os requisitos para que se forme essa dirimente são: a existência um superior e um subordinado; uma relação pública de hierarquia entre os dois, posto que somente as relações relacionadas à Administração Pública podem excluir a culpabilidade do agente; a existência de uma ordem emanado do superior ao seu subordinado que não seja manifestamente ilegal.

O primeiro requisito e o segundo requisitos se confundem, dado que a relação pública de hierarquia exige que exista um cargo mais elevado e outro inferior. Não há que se falar em exclusão da culpabilidade por cumprimento de ordem de superior hierárquico de direito privado, como por exemplo, entre um patrão e um empregado. Apenas a hierarquia do setor público pode trazer consequências graves ao insubordinado, como é o caso da prisão disciplinar no campo militar, podendo ser também utilizada como pena para o crime previsto no artigo 163 do Código Penal Militar

Outro requisito é a ordem emanada do superior que não seja manifestamente ilegal. Para alguns doutrinadores como Flávio Augusto Monteiro de Barros, o fundamento para exclusão da culpabilidade existente no cumprimento de ordem superior está na impossibilidade do agente conhecer a ilicitude da ordem e na inexigibilidade de conduta diversa. Para ele, estará presente o primeiro fundamento quando o subordinado atuar sem potencial consciência da ilicitude, configurando erro de proibição. Se, porém, conhece a ilicitude da ordem, mas a cumpre por temer as consequências que sua desobediência poderá acarretar, atuará com base na inexigibilidade de conduta diversa (BARROS, 1999, p. 333). Nos dois casos haverá exclusão da culpabilidade do agente.

Caso o agente cumpra ordem de autoridade incompetente de forma equivocada, isto é, acreditando se tratar de um superior hierárquico, agirá com erro de proibição escusável. No entanto, se sabe ser a autoridade superior incompetente, haverá unidade nas duas figuras de dolo para concretização do delito e, conseqüentemente, concurso de agentes, respondendo um pela autoria mediata e outro pela autoria imediata.

Se a ordem cumprida for legal, não haverá sequer ilicitude na conduta do subordinado, pois agirá em estrito cumprimento de dever legal. No entanto, se a ordem for manifestamente ilegal, responderá penalmente o agente tendo sua pena minorada por uma atenuante (artigo 65, inciso III, alínea c do Código Penal).

O autor da ordem ilegal, seja ela manifesta ou não, sempre responderá pelo crime cometido pelo seu subordinado com sua pena agravada, nos termos do artigo 62, inciso III do Código Penal. Um exemplo disso pode ser o caso de um delegado de polícia que incumbe sua equipe a dar um susto num rapaz interessado em sua namorada. Todos os agentes cumprirão ordem manifestamente ilegal, porém terão suas penas atenuadas. O delegado, todavia, terá sua pena agravada (ESTEFAM, 2010, p. 274).

Ponto relevante a ser tratado é que o subordinado execute a ordem nos moldes em que lhe foi passada. Eventual desconformidade entre a execução e a ordem, mesmo que seja ilegal, não configurará a excludente de culpabilidade, pois caberia ao sujeito agir de forma diversa, na medida daquilo que lhe foi ordenado. Citando o Código Penal Militar, este prevê, em seu artigo 38, § 2º, a responsabilização do agente que executa a ordem agindo com excesso nos atos ou na forma de execução.

3.3.3.1.c Estado de necessidade exculpante

Para alguns doutrinadores como Luiz Regis Prado e Flávio Augusto Monteiro de Barros, existe outra forma de exclusão da exigibilidade de conduta diversa, que é o estado de necessidade exculpante.

Segundo seu entendimento, quando o agente sacrifica bem de maior valor para preservar bem de valor inferior, haveria estado de necessidade exculpante. Porém, necessário seria que se analisasse o caso concreto para

verificar a inexigibilidade de conduta diversa. Se esta existisse, haveria exclusão da culpabilidade. Do contrário, caso fosse exigível do agente que adotasse outra conduta, ele responderia pelo delito praticado, tendo, porém, a seu favor, uma causa de diminuição de pena presente no artigo 24, § 2º do Código Penal.

3.4 Excludente de culpabilidade supralegal – Inexigibilidade de conduta diversa

A doutrina discute a possibilidade de haver causas supralegais de exclusão da culpabilidade, fundamentando no fato destas serem normas permissivas, que admitem a analogia *in bonam partem*, ao contrário daquelas de cunho incriminatório que são limitadas pelo princípio da reserva legal.

A principal causa supralegal prevista é a inexigibilidade de conduta diversa, já que esta causa é um princípio geral de exclusão da culpabilidade. Mesmo esta fazendo parte da coação moral irresistível e da obediência hierárquica, poderia haver sua utilização como norma autônoma.

É possível citar dois exemplos desta causa supralegal de exclusão da culpabilidade, trazidos por Flávio Augusto Monteiro de Barros (1999, p. 325). O primeiro deles é caso de uma mãe que deixa seu filho pequeno sozinho em casa porque precisa ir trabalhar. É evidente que ela age com imprudência, porém não se poderia exigir dela que adotasse outra conduta, já que não poderia abandonar o seu emprego, única fonte de renda da família.

Outro exemplo pode ser o caso de um marido que abandona sua mulher sem motivo justo. Nos tempos atuais, não se poderia exigir dela que mantivesse os deveres conjugais, não podendo o marido processá-la por adultério.

Além destes dois, pode se citar o caso de aborto de feto anencefálico, situação que vem sendo admitida pela jurisprudência. Não se poderia exigir da mãe que suportasse as consequências da gravidez quando sabe que o filho não terá condições biológicas de sobreviver quando nascer.

Entretanto, não se pode utilizar esta dirimente supralegal sem a observância de alguns pontos importantes e relevantes. Deve ser a conduta adequada àquela que qualquer pessoa mediana tomaria nas circunstâncias de fato, na qual somente resta uma alternativa. Se contrário fosse, poderia se exigir que o sujeito adotasse outra forma de conduta. Também, somente é aplicada esta causa

de exclusão da culpabilidade quando não caberia no caso concreto qualquer outra excludente de culpabilidade, evitando, assim, que o agente seja punido injustamente por um ato completamente admissível.

É certo que na aplicação deste princípio o melhor critério para se apurar a existência de inexigibilidade de conduta diversa é a análise do magistrado, que deve ser sensível à situação concreta. Além disso, deve levar em conta que modernamente, a culpabilidade não se resume somente à possibilidade de agir de outra forma, devendo ser aplicada a pena atendendo-se a necessidades preventivas.

3.5 Discriminantes putativas

Discriminantes putativas são excludentes de ilicitude imaginárias, isto é, que aparentam ser verdadeiras, mas não são. Putativo é tudo aquilo que é irreal, que tem aparência de verdadeiro. Neste caso, a excludente de ilicitude existirá somente no imaginário do agente, pois acredita estar agindo albergado sob uma excludente. Todas as quatro excludentes de ilicitude previstas no Código Penal podem ocorrer em forma putativa.

As discriminantes putativas podem ser de três espécies, de acordo com a incidência do erro do agente. Na primeira o erro incide sobre os pressupostos fáticos de uma causa de exclusão de ilicitude, isto é, o agente acredita estar diante de uma situação que, se existisse, justificaria sua conduta.

Em outra espécie de discriminante putativa, o erro incide sobre a existência de uma causa justificante que não existe. Nesse caso, o agente se vê diante de uma situação e acredita que pode se valer de uma excludente de ilicitude que, na verdade, não existe.

Por último, o erro também pode incidir sobre os limites de uma causa justificante. Nesse caso, o sujeito, em determinada situação que justifica o uso da excludente de antijuridicidade, utiliza-a, mas se equivoca quanto aos seus limites.

Como já visto anteriormente, existem duas teorias que dispõem sobre as discriminantes putativas. Em se adotando a teoria extremada, todas as espécies de discriminantes putativas configurariam erro de proibição. Porém, se se adotar a teoria limitada, o erro sobre a situação fática configuraria erro de tipo, já o erro sobre

a existência de uma causa de exclusão de culpabilidade ou sobre os limites de uma, configurariam erro sobre a ilicitude do fato, isto é, erro de proibição.

Necessário se faz diferenciar os efeitos de ambas. Considerando que há erro de proibição na discriminante putativa, haverá exclusão da culpabilidade caso o erro seja escusável ou inevitável. Porém, sendo erro inescusável ou evitável, haverá diminuição da pena de um sexto a um terço.

No caso de erro de tipo, este sempre excluirá a figura dolosa. Se configurar erro de tipo inevitável ou escusável, haverá exclusão tanto do dolo quanto da culpa do agente. No entanto, se houver erro de tipo inescusável ou evitável, restará a punição por crime culposo, caso este esteja previsto legalmente.

Mais correto seria adotar a teoria limitada da culpabilidade. Isto porque, no entendimento que se tem sobre o erro de tipo, este é considerado uma falsa percepção da realidade ou ignorância quanto a um elemento constitutivo do tipo penal. E, quando o agente age crendo que existe uma situação fática que justificaria sua conduta, o faz por não ter uma verdadeira percepção da realidade e, assim, age com erro de tipo. Já nos casos das outras duas espécies de discriminantes putativas haverá erro de proibição, pois ambas incidem sobre o não conhecimento da ilicitude de uma conduta e derivam do desconhecimento da lei.

4 APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL

Analisadas as excludentes de ilicitude e de culpabilidade dispostas no Estatuto Penal Repressivo e as chamadas supralegais, passaremos a verificar a repercussão delas para o processo penal, até porque não teria sentido haver uma circunstância que exclua o crime ou isenta de pena o réu, sem que elas refletissem na esfera processual.

O Código de Processo Penal brasileiro, em diversos dispositivos, trata das excludentes de antijuridicidade e das causas que isentam o réu pena, mas não lhes dá o mesmo valor, notadamente no que se refere às garantias postas em favor do acusado durante a apuração de delito (mesmo na fase investigatória) e por ocasião da instrução criminal.

Assim, a análise no que se refere à aplicação das circunstâncias pesquisadas para o processo penal, levará em conta os vários aspectos da “persecutio criminis”, bem como as consequências da sentença penal absolutória própria para a pessoa do réu, com enfoque para a obrigatoriedade ou não da reparação do dano, antes perpassando pelas medidas cautelares pessoais, como a liberdade provisória.

4.1 Excludentes de ilicitude e de culpabilidade e a liberdade provisória

O novel parágrafo único do art. 310, do Código de Processo Penal, com a redação que lhe deu a Lei nº 12.403/2011, assim dispõe

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

Vê-se que o legislador deu tratamento privilegiado ao agente que venha a ser preso em flagrante, caso tenha cometido o delito sob uma das

excludentes de ilicitude elencadas no art. 23, do Código Penal.

A liberdade provisória, nesse caso, será decidida pelo juiz ao analisar o auto de prisão em flagrante e com as provas produzidas por ocasião dessa prisão cautelar. À evidência, não se pode exigir prova cabal para a concessão do benefício, mas aquela que, nas circunstâncias postas, levaria o magistrado a absolver o agente, pelo reconhecimento da exculpante. Vale dizer, até mesmo para proferir sentença absolutória de mérito, o juiz pode, atualmente, reconhecer a circunstância “mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência” (inciso VI, do art. 386, do CPP, com a redação que lhe deu a Lei nº 11.690/2008). Pois, bem, se pode até absolver o acusado na dúvida sobre a existência da excludente, fica patente que também poderá conceder-lhe a liberdade provisória na mesma situação.

Como se sabe, a Lei nº 12.403/2011, não mais permite que o agente preso em flagrante, assim permaneça, devendo o juiz, caso verifique ser necessária a custódia provisória do mesmo, converter o flagrante em prisão preventiva. Nessa análise sumária, o juiz pode relaxar o flagrante (se vislumbrar ilegalidade na prisão), podendo também, ao invés de converter em preventiva, aplicar uma das medidas cautelares diversas da prisão ou mesmo conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 310, incisos I a III, c.c. 282 e 319, CPP).

Porém, o legislador somente autorizou a concessão da liberdade provisória, caso o auto flagrancial demonstre a prática do delito sob uma excludente de ilicitude, silenciando a respeito da presença de circunstância que isente de pena o preso.

Conforme exaustivamente exposto nos capítulos anteriores, a lei trouxe diversas circunstâncias que, se ocorrerem, poderão excluir o crime ou mesmo isentar de pena o réu e, conforme adiante trataremos, o juiz poderá acolher qualquer delas para o fim de absolver o acusado (conforme arts. 386, VI, 397, I e II e 415, IV, CPP).

Dessa forma, fica patente que o legislador perdeu a oportunidade de estender o alcance da norma para os casos de exclusão da culpabilidade, preferindo repetir a disposição do anterior art. 310, “caput”, do Estatuto Adjetivo Penal.

Estamos certos que o atual parágrafo único do art. 310, do CPP, disse menos do que deveria e, assim, deverá ser interpretado extensivamente, para possibilitar a concessão da liberdade provisória, tanto quando o agente tenha praticado o fato pelo qual foi preso em flagrante, sob o pálio de qualquer excludente

de ilicitude, como na hipótese em que sua ação está acobertada por uma circunstância que o isente de pena.

Parece que o que motivou o legislador a autorizar o benefício da liberdade provisória na situação disposta, entre outras causas, foi o fato de não se justificar manter preso alguém que ao final da ação penal seria absolvido e não somente porque a prova demonstrou a presença da excludente de ilicitude. Nessa fase procedimental, estaria afastado o *periculum in mora* justificador da custódia provisória do agente.

Conforme narrado, a lei processual determina que o juiz absolva desde logo o acusado (e hoje pode fazê-lo inclusive sumariamente), se as provas demonstrarem ter ele agido sob qualquer excludente de ilicitude ou de culpabilidade, a teor do que dispõe os citados arts. 386, inciso VI, 397, incisos I e II e 415, inciso IV, do CPP.

Assim também entende boa parte da Doutrina, entre os quais Weber Martins Batista (1981, p. 70/73) e Afrânio da Silva Jardim que, inclusive, sugere tal modificação no sistema normativo, assim expondo:

Por razões óbvias, parece que tal benefício deveria ser concedido pelo legislador quando houvesse prova razoável de que ocorre também algum erro quanto aos elementos constitutivos do tipo, excludente do dolo, ou uma causa que exclua a culpabilidade do agente, retirando a reprovabilidade de sua conduta. Também nesses casos, desaparece a fumaça do bom direito. Fica aí mais esta sugestão ao Projeto de Código de Processo Penal.

Como se constata, a sugestão do mestre não foi acolhida pela Lei 12.403/2011, mas quem sabe no futuro Código de Processo Penal, ocorra a modificação.

De seu turno, assim preleciona Heráclito Antonio Mossin (2005, p. 615):

Como se observa, à eloquência, a possibilidade ou a quase certeza da absolvição é elemento indicativo da outorga da liberdade provisória. Ora, se há viabilidade do indiciado ou réu não ser punido, não se justifica a manutenção do ato coativo provindo da prisão em flagrante. A contracautela estudada é o remédio jurídico que deve ser administrado na hipótese, para que o mal causado pelo cárcere seja curado.

Partindo-se desse princípio, nada mais lógico adotar-se a inteligência segundo a qual o preceito examinado deve incidir em todas as circunstâncias onde o legislador prevê a adoção da absolvição, como as excludentes de ilicitude, da culpabilidade e da punibilidade, por força de interpretação extensiva (art. 3º, CPP), uma vez que o legislador no *caput* do art. 310, do Código de Processo Penal, disse menos do que deveria ter dito,

cabendo ao intérprete aumentar o alcance do preceito legal. Isso decorre do próprio espírito da lei (*mens legis*).

Portanto, se ao final da instrução criminal, a solução será a absolvição do acusado, por qual razão aquele que agiu sob uma excludente de ilicitude receberá a liberdade provisória e o que praticou o fato sob uma causa que o isenta de pena não possa receber o mesmo benefício, abstraindo, é claro, as hipóteses elencadas nos atuais incisos I a III, do art. 310, do CPP.

4.2 Proibição da prisão preventiva

O artigo 314 do CPP, repetindo a mesma redação de 1941 proíbe o decreto da prisão preventiva, caso o agente tenha praticado o fato sob qualquer circunstância que exclua o crime. A reforma trazida pela Lei nº 12.403/11 apenas corrigiu a redação do artigo para adequá-lo à reforma penal de 1984, isto é, inscrever que as excludentes estão inseridas no artigo 23 do Código Penal. Assim dispõe o referido dispositivo:

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

O legislador, com tal disposição, novamente quis beneficiar aquele que tenha agido sob uma causa que exclua o crime, fazendo-o bem, porque como anteriormente estudado, dispôs que nas mesmas situações o juiz deveria conceder a liberdade provisória ao réu (parágrafo único do art. 310). Se, como diz a Lei, “não há crime” se o fato for praticado sob uma causa que justifique a conduta, não teria razão decretar a prisão cautelar do autor, apenas para mantê-lo preso durante a investigação e a instrução criminal para, ao final, absolvê-lo da imputação.

Apenas é de se entender que o legislador foi econômico e, uma vez mais, disse menos do que deveria. Aqui, como na situação em que a Lei determina a concessão da liberdade provisória (parágrafo único do art. 310), apenas foi aquinhoadado com o benefício o agente que tenha praticado a conduta sob uma excludente de ilicitude, deixando de favorecer aquele que agiu sob uma causa que o isente de pena.

Se por questão de política criminal o legislador concede o benefício para as excludentes de antijuridicidade, não há razão para não estendê-lo às excludentes de culpabilidade, levando-se em conta as conseqüências processuais para o agente, isto é, em ambos os casos ele será absolvido, como será analisado a seguir. Se não se justifica manter preso ou decretar a prisão de alguém que agiu sob uma causa que exclua o crime, também não há razão para a manutenção da prisão cautelar ou o seu decreto posterior para quem cometeu delito sob circunstância dirimente, porque em ambos os casos a Lei Processual Penal determina que o juiz absolva o agente (arts. 386, inciso VI, 397, incisos I e II e 415, inciso IV, do CPP).

O Anteprojeto de Código de Processo Penal, já aprovado pelo Senado Federal e atualmente tramitando na Câmara dos Deputados, textualmente proíbe a prisão preventiva em ambas as hipóteses, conforme art. 528 e parágrafo único do Anteprojeto:

Art. 528. Não será imposta medida cautelar sem que existam indícios suficientes de autoria e materialidade do crime.

Parágrafo único. É também vedada a aplicação de medidas cautelares quando incidirem, de forma inequívoca, causas de exclusão da ilicitude ou **da culpabilidade** em favor do agente, ou ainda causas de extinção da punibilidade. (grifamos e destacamos).

A Doutrina pátria, de seu lado, embora de forma não pacífica (a grande maioria sequer comenta a questão), partilha desse entendimento, sendo capitaneada por Afrânio da Silva Jardim que assim leciona:

A lógica do sistema deveria impor a vedação à prisão preventiva quando estivesse provada a ausência de qualquer dos elementos da infração penal: tipicidade, ilicitude e culpabilidade, vez que em todos estes casos desaparece o *fumus boni iuris*. (JARDIM, 2002, p. 248).

Edilson Mougenot Bonfim (2009, p. 420), sem tecer maiores comentários, expõe que “se o juiz verificar, pelas provas dos autos, que o agente cometeu o crime sob coação moral irresistível ou erro de proibição (causas de exclusão da culpabilidade), também não deve determinar sua prisão.

4.3 Prova para a sentença absolutória (386, VI; 397, I e II; 415, IV, CPP)

O legislador determina que o juiz absolva o réu sempre que a prova demonstrar ter ele agido sob uma circunstância ou causa que exclua o crime ou o isente de pena. Porém, a demonstração dessa circunstância para o decreto do *non liquet*, varia com relação às exposições do inciso VI do art. 386 e dos incisos I e II do art. 397, bem como do inciso IV do art. 415.

A reforma processual de 2008 alterou os dispositivos acima, possibilitando que no processo comum, ao proferir sentença final de mérito, o juiz absolva o réu caso a prova colhida demonstre a presença de qualquer excludente ou dirimente (art. 386, VI, CPP). Porém, permite que o magistrado absolva o réu “mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência”, deixando claro que não necessita mais de prova plena para o acolhimento das exculpantes.

Caso se trate de absolvição sumária no procedimento comum (art. 397) ou procedimento do Júri (art. 415), a prova da circunstância deverá estar cabalmente demonstrada.

O artigo 397, com redação dada pela Lei 11.719/08, criou a possibilidade de o juiz absolver sumariamente o acusado processado pelo rito comum, após a resposta do réu, exigindo para tanto que haja prova manifesta. *In verbis*:

Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:

I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;

II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade;

A expressão “existência manifesta” não deixa dúvida quanto à natureza da prova que se exige para absolvição sumária. Tal se justifica porque a decisão proferida no início da ação penal evitando a realização da instrução criminal, tratando-se de sentença de mérito, absolutória própria que faz coisa julgada material, a qual desafia recurso de apelação, tal como também ocorre com a absolvição sumária no procedimento do Júri (arts. 415 e 416, CPP).

De seu lado, o art. 415 do Código de Ritos, com a redação que lhe deu

a Lei 11.869/08, dispõe que:

Art. 415. O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando:

[...]

IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV do caput deste artigo ao caso de inimizabilidade prevista no caput do art. 26 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, salvo quando esta for a única tese defensiva.

Evidente que a Lei exige prova insofismável para o reconhecimento da excludente ou dirimente, afim de que o juiz absolva sumariamente aquele que está sendo acusado da prática de um crime doloso contra a vida, sendo tal ilação extraída da expressão “quando demonstrada”. Justifica que assim seja porque o juiz também está proferindo sentença absolutória de mérito, sendo a única na fase da pronúncia que julga o *meritum causae* e não poderia fazê-lo nos moldes preconizados pela parte final do inciso VI do artigo 386 do CPP que permite a absolvição se houver dúvida quanto à existência da causa justificante.

Como a absolvição sumária no caso abordado retira do Júri o julgamento do crime doloso contra a vida, cuja competência é ditada pela Constituição Federal (art. 5º, XXXVIII, d), somente justifica a adoção dessa decisão com prova extreme de dúvida. Sabe-se que na fase da pronúncia vige o princípio *in dubio pro societate*. Assim, na dúvida quanto a existência de causa que exclua o crime ou isente de pena o réu, o juiz deverá pronunciá-lo, para que seja julgado pelo Tribunal do Júri, cujo Conselho de Sentença poderá absolver o réu se permanecer a dúvida, já que nesse momento procedimental, o princípio que prevalece é o *in dubio pro reo*. É certo que o Tribunal do Júri pode proferir sentença absolutória inclusive contra prova existente nos autos, vigorando para o mesmo o princípio constitucional da “soberania dos veredictos” (art. 5º, XXXVIII, c, CF). Se bem que essa soberania não é absoluta e pode levar à nulidade da decisão, mas por esse motivo (decisão manifestamente contrária à prova dos autos), cabe apenas uma apelação, pouco importando se o primeiro recurso foi interposto pela defesa ou pela acusação, conforme dispõe o art. 593, III, d, e § 3º do CPP.

Se o juiz pode absolver sumariamente o réu caso demonstrada qualquer causa que exclua o crime ou o isente de pena, não poderá fazê-lo para absolver no caso de o agente ser portador de doença mental, conforme parágrafo

único do art. 415, CPP. A absolvição somente poderá ocorrer caso seja a única tese defensiva e, além disso, haja pedido por parte da defesa do réu.

A justificativa do referido parágrafo único é que a absolvição sumária na situação acima implica na aplicação de medida de segurança ao réu, o que se traduz em verdadeira pena e, dessa forma, a defesa poderá levá-lo a julgamento pelo Tribunal Popular, postulando sua absolvição por outra causa, sem que o mesmo se sujeite a medida de segurança.

4.4 Absolvição por reconhecimento de excludente de ilicitude ou de culpabilidade e seu reflexo na ação civil *ex delicto*.

Como acima exposto o acusado poderá ser absolvido, inclusive sumariamente, caso esteja demonstrado que agiu sob uma causa excludente de ilicitude ou de culpabilidade (arts. 386, VI, 397, I e II e 415, IV, CPP).

Nessa situação, prevê o CPP que a sentença absolutória fará coisa julgada no cível, isto é, impedindo o ingresso da ação civil *ex delicto*, caso “reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito” (art. 65, CPP). Assim, soa claro que caso a absolvição se baseie em qualquer excludente de culpabilidade, não estará impedida a ação civil contra o autor, uma vez que o seu ato é típico, antijurídico e apenas não culpável no âmbito penal, devendo ele ser chamado a ressarcir o dano perante o juízo cível.

Porém, há que se fazer algumas considerações, isto porque o impedimento da ação civil somente se dará caso a absolvição ocorra com prova cristalina da excludente de ilicitude, o que pode se dar nos casos de absolvição sumária, seja no procedimento comum ou no rito do Júri, uma vez que a lei assim exige (arts. 397, I e 415, IV, CPP). É certo que a absolvição com fulcro no art. 386, VI, também poderá se sustentar em prova manifesta da excludente, mas atualmente permite-se que o *non liquet* ocorra “mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência”.

Convém deixar claro que se a absolvição acontecer mesmo havendo dúvida sobre a existência da excludente, não poderá ser aplicado o art. 65 do CPP, isto é, nessa situação a sentença absolutória não poderá fazer coisa julgada civil. Se

assim não for, haveria afronta ao princípio constitucional da garantia do acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, CF).

Portanto, somente haverá possibilidade de buscar a responsabilização civil do autor do delito quando sua absolvição ocorrer mesmo havendo dúvida sobre ter agido acobertado por excludente de ilicitude. A vítima ou quem a representa poderá demonstrar civilmente que a excludente não ocorreu e com isso obter a indenização pelo dano decorrente do delito.

Por fim, anota-se que embora a absolvição ocorra pelo fato do agente ter agido ao abrigo de excludente de ilicitude, o mesmo poderá vir a ser chamado a indenizar perante o juízo cível, em duas situações, contempladas nos arts. 188, I e II c.c. 929, 930 e parágrafo único, todos do Código Civil, que assim dispõem:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

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

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

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

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

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

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

Como se vê, a primeira exceção ocorre no chamado estado de necessidade agressivo, quando o dono da coisa não foi culpado do perigo, assistindo-lhe direito a ser indenizado pelo prejuízo que sofreu. Se o perigo for causado por culpa de terceiro, contra este poderá se voltar o autor do dano para haver a importância que teve que ressarcir ao dono da coisa (arts. 188, II c.c. 929, *caput* e 930, CC).

Também excepciona a regra geral do art. 65 do CPP quando a absolvição ocorrer em caso de legítima defesa com *aberratio ictus*. Conforme leciona Edilson Mougenot Bonfim (2009, p. 205):

Aquele que em legítima defesa atinge, por erro na execução – *aberratio ictus* –, terceiro inocente, pode ser condenado a ressarcir os danos materiais e morais a este causados. Terá, entretanto, direito de regresso em

face de seu agressor (art. 188, II, c/c o art. 930, parágrafo único do Código Civil).

Como visto, a regra do art. 65 do CPP não é absoluta e mesmo havendo absolvição pelo reconhecimento de excludente de ilicitude, o autor do dano poderá ser responsabilizado civilmente, podendo, dependendo do caso, acionar regressivamente o causador do perigo.

No caso de estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito são absolutas, não havendo dever de indenização, uma vez que não há exceção disposta na lei, uma vez que caso se trate de discriminante putativa, haverá obrigação de indenizar.

5 CONCLUSÃO

Abordados os aspectos concernentes à antijuridicidade e à culpabilidade, conclui-se que a decisão tomada pelo legislador pátrio no Código Penal foi a de verificar, antes de se fazer qualquer condenação, se realmente houve crime.

Na ilicitude constatou-se que um fato pode se enquadrar a um tipo penal, mas ainda assim não contrariar o sentimento social e o ordenamento jurídico, pois existem as excludentes de ilicitude, também chamadas de causas de justificação.

Estas foram opção do legislador para garantir um ordenamento jurídico mais justo e evitar a lesão de direitos fundamentais, posto que nem sempre o Estado estará presente para proteger as pessoas de violações a direitos seus. O agente que age albergado por uma destas justificantes não responderá por fato criminoso.

Quanto à culpabilidade, tida como um juízo de reprovação sobre a conduta ilícita do agente que se amolda a um fato típico, viu-se que somente é possível ao agente sofrer sanção penal quando este era capaz de se auto-determinar, tinha consciência do caráter ilícito do que estava fazendo e se encontrava em circunstâncias normais, isto é, podia se exigir que adotasse outra conduta. Inexistindo qualquer dessas condições, o agente poderá ter sua pena reduzida ou tê-la diminuída, conforme sua culpabilidade.

As excludentes de culpabilidade visam garantir proteção ao agente que não encontra reprovação social ou jurídica em sua conduta, posto que esta somente se deu devido a circunstâncias de caráter pessoal que poderiam incidir sobre qualquer agente. Entretanto, restando ainda um resquício de culpabilidade, responderá o agente com sua pena diminuída.

A lei penal busca tutelar os bens jurídicos mais relevantes e de tal forma, sendo excepcional, suas penas devem ser mais severas. Existindo tantos aspectos a serem analisados antes de se imputar pena a alguém e lançar o seu nome no rol de culpados, é evidente que o legislador quis evitar que houvesse penas injustas ou submetê-las a alguém que, por seu modo de agir, é escusável.

Vê-se, também, que a lei processual garante benefícios àquele que tem em sua conduta a existência dessas excludentes. A liberdade provisória será um direito àquele que pratica o crime sob uma excludente de ilicitude, da mesma forma que será para aquele que age sob uma dirimente, devendo ser o art. 310 do CPP interpretado extensivamente.

Da mesma forma ocorre no caso da prisão preventiva, que não poderá ser decretada para o agente que tem sua conduta justificada. Também deverá ser o dispositivo interpretado extensivamente para garantir a mesma benesse àquele que tem sua conduta desculpada, pois constituiria um excesso e uma violação ao princípio da isonomia, já que ambos não cometem fato descrito como crime.

O agente, quase certamente, será absolvido quando houver ocorrência destas excludentes, devendo ser, entretanto, a prova plena no caso de absolvição sumária. Porém, mesmo que ainda seja absolvido pela comprovação da existência de causa justificante, poderá responder pelos danos causados civilmente, como nos casos do estado de necessidade agressivo e a legítima defesa com *aberratio ictus*. Não haveria tal ocorrência para o caso das dirimentes, pois o ilícito civil admite qualquer modalidade de culpa, seja ela leve, moderada ou grave, podendo sempre o agente indenizar os danos causados à vítima.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Reinaldo Rossano. **Direito Processual Penal**. Niterói: Impetus, 7 Ed, 2010.

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 4 Ed, 2008.

ANTON, Tomás S. Vives. **Fundamentos del Sistema Penal**. Valência: Tirant Lo Blanch, 1996.

AROCENA, Gustavo Alberto. BALCARCE, Fabian Ignacio. CESANO, José Daniel. **Prueba em Matéria Penal**. Buenos Aires: Editora Astrea, 2009.

BARROS, Antônio Milton. **Curso Básico de Processo Penal**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2007.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 1999.

BATISTA, Weber Martins. **Liberdade Provisória**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981.

BINDING, Karl. **La Culpabilidad en Derecho Penal**. Buenos Aires: B de F, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 13 Ed, 2009.

_____. CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 4 Ed, 2009.

_____. **Reforma do Código de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPOS, João Mendes. **A inexigibilidade de outra conduta no Júri**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 12 Ed, 2008.

_____. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 15 Ed, 2008.

CARDONA, Martin Eduardo Botero. **El Sistema Procesal Penal Acusatorio El Justo Proceso**. Lima: Ara Editores, 2009.

CARVALHO, Djalma Eutímio de. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Questões Penais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción al Derecho Penal**. Buenos Aires: B de F, 2003.

_____. ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal – Parte General**. Valência: Tirant Lo Blanch, 2004.

CRUZ, Flávio Antônio da. **O Tratamento do Erro em um Direito Penal de Bases Democráticas**. Porto Alegre: Sérgio Augusto Fabris Editor, 2007.

CUESTA, José María Luzón. **Compendio de Derecho Penal – Parte General**. Madrid: Dykinson, 2008.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As Modalidades de Prisão Provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. MALULY, Jorge Assad. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2 Ed, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1 Ed, 2007.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. Campinas: Bookseller, 1997.

ESTEFAM, André. **Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2010.

FEITOZA, Denílson. **Reforma Processual Penal**. Niterói: Impetus, 2008.

_____. **Direito Processual Penal**. Niterói: Impetus, 2008.

FLACH, Norberto. **Prisão Processual Penal**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

GARRAUD, René. **Compêndio de Direito Criminal – Parte Geral do Código Penal Francês**. Campinas: LZN Editora, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. **Prisão e Medidas Cautelares – Comentários à Lei 12.403/11**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. _____. _____. **Comentários às Reformas do CPP**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

_____. **Resumos Gráficos de Direito Penal – Parte Geral**. Niterói: Impetus, 2011.

GÖSSEL, Karl-Heinz. **El Proceso Penal Ante El Estado de Derecho**. Lima: Grijley, 1 ed., 2004.

HIRSCH, Hans Joachim. **Derecho Penal – Obras Completas – Tomo I e III**. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2002.

ISHIDA, Valter Kenji. **Processo Penal de acordo com a Reforma**. São Paulo: Atlas, 2009.

JESCHECK, Hans-Heinrich. WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal – Parte General**. Granada: Comares, 2002.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 12 Ed, 1988.

_____. **Código de Processo Penal Anotado**. São Paulo: Saraiva, 19 Ed, 2002.

KINDHÄUSER, Urs. POLAINO-ORTS, Miguel. BARRUETA, Fernando Corcino. **Imputación objetiva e imputación subjetiva em Derecho Penal**. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2009.

KINDHÄUSER, Urs. **Crítica a la Teoría de la Imputación Objetiva y Función del Tipo Subjetivo**. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007.

LIFSCHITZ, Sergio Politoff. **Los Elementos Subjetivos del Tipo Legal**. Buenos Aires: B de F, 2008.

LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2 Ed, 2006.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Prisão Cautelar – Doutrina, Jurisprudência e Prática de acordo com a Lei 12.403/11**. Niterói: Impetus, 2011.

LINHARES. Marcello Jardim. **Legítima Defesa**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 4 Ed, 1992.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2 Ed., 2009.

MARCÃO, Renato. **Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal – V. II**. Campinas: Bookseller, 1997.

- _____. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997.
- MARTIN, Luis Gracia. **Estudios de Derecho Penal**. Lima: Idemsa, 2004
- MAYER, Max Ernst. **Derecho Penal – Parte General**. Buenos Aires: B de F, 2007.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova Reforma do Código de Processo Penal**. São Paulo: Editora Método, 2008.
- MIR, José Cerezo. **Derecho Penal – Parte General – Obras Completas – V. I e II**. Lima: Ara Editores, 2006.
- MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal – Parte General**. Buenos Aires: B de F, 7 ed, 2005.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI. Renato N.. **Manual de Direito Penal. Parte Geral**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- MOSSIN, Heráclito Antonio. **Comentários ao Código de Processo Penal**. Barueri: Editora Manole, 2005.
- _____. **Curso de Processo Penal**. V. 2. São Paulo: Atlas, 1998.
- MUCCIO, Hidejalma. **Curso de Processo Penal**. V. 3. Jaú: HM Editora, 1 Ed., 2003.
- NAVARRETE, Miguel Polaino. **Acción, omisión y sujetos em la Teoria del delito**. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2009.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal. Parte Geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 6 ed., 2009.
- _____. **Manual de Processo e Execução Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 8 ed., 2011.
- _____. **Reforma Processual Penal. Júri**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 15 ed., 2011.
- PASTOR, Daniel R. (director). GUSMÁN, Nicolás (Coordinador). **Problemas Actuales de la Parte General del Derecho Penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. V. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 5 ed., 2005.
- _____. **Comentários ao Código Penal**. V. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 5 ed., 2010.

ROCHA, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. **Curso de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

ROXIN, Claus. **Derecho – Penal Parte General – Tomo I**. Madrid: Thomson Civitas, 2007.

_____. **La Teoría Del Delito em la Discusion Actual**. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007.

_____. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2000.

_____. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Lisboa: Veja, 3 ed., 1998.

SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **Estudios de Derecho Penal**. Lima: Grijley, 2000.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. Curitiba: Lumen Juris, 3 ed., 2008.

SILVA, Ivan Marques da. **Reforma Processual Penal de 2008**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA JÚNIOR, Euclides Ferreira da. **Curso de Direito Processual Penal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2 ed., 2000.

SOLER, Sebastián. **Derecho Penal Argentino**. V. I e II. Buenos Aires: Tea – Tipográfica Editora Argentina, 2000.

STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal – Parte General I – El Hecho Punible**. Buenos Aires: Hammurabi, 4 ed., 2005.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosnar R. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Podvum, 4 ed., 2010.

VERGARA, Pedro. **Da Legítima Defesa Subjetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 4 ed., 1990.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal – Parte General**. Buenos Aires: Ediar, 2002.

_____. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.