

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**A RESPONSABILIDADE DO INDIVÍDUO NOS EXCESSOS DAS EXCLUDENTES
DE ILICITUDE.**

Eloá de Oliveira

Presidente Prudente
2016

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**A RESPONSABILIDADE DO INDIVÍDUO NOS EXCESSOS DAS EXCLUDENTES
DE ILICITUDE.**

Eloá de Oliveira

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Antenor Ferreira Pavarina.

Presidente Prudente
2016

**A RESPONSABILIDADE DO INDIVÍDUO NOS EXCESSOS DAS EXCLUDENTES
DE ILICITUDE.**

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

Antenor Ferreira Pavarina

Orientador

Glauco Roberto Marques Moreira

Examinador

João Augusto Arfeli Panucci

Examinador

Presidente Prudente

2016

Não fui eu que lhe ordenei? Seja forte e corajoso! Não se apavore, nem se desanime, pois o Senhor, o seu Deus, estará com você por onde você andar.

Josué 1:9

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus, pelo dom da vida e por iluminar meu caminho durante essa caminhada. Por tantas bênçãos derramadas em minha vida até aqui, pois sem Ele, eu nada conseguiria.

A minha família, em especial minha tia Juraci, por me incentivar em tudo que é preciso e me encorajar nos momentos mais difíceis, principalmente por entrar em corrente de oração comigo rogando por minha vida, saúde, inteligência e força. Agradeço a minha tia avó Doia, que mesmo não sabendo, é quem me faz seguir em frente pelo simples fato de tê-la em minha vida. A minha mãe Zenaide, por ter me concebido e torcer por minha vitória.

Aos meus amigos, pela compreensão por saberem da minha necessidade de abdicar do meu tempo com eles, e acima de tudo por torcerem por meu sucesso, em especial à Camila, Guilherme e Taisa.

A esta universidade e todo seu corpo docente, além da direção e a administração, que realizam seu trabalho com tanto amor e dedicação, trabalhando incansavelmente para que nós, alunos, possamos contar com um ensino de extrema qualidade.

A todos os professores do curso, que foram tão importantes na minha vida acadêmica e no desenvolvimento desta monografia. A minha imensa gratidão ao meu orientador, Doutor Antenor Ferreira Pavarina, por ter aceitado meu convite de orientação, compartilhando de seus conhecimentos para a realização do meu trabalho. Obrigada pela paciência e confiança depositada em mim. Meus sinceros agradecimentos aos professores João Augusto Arfeli Panucci e Glauco Roberto Marques Moreira por aceitarem compor a minha banca examinadora, mas acima de tudo, obrigada por cada ensinamento que me foi dado.

A todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

RESUMO

O presente trabalho busca a análise do excesso punível nas excludentes de ilicitude. Com isso, é necessário abordar desde a origem no âmbito do crime e seus elementos, que inclui o fato típico, onde deve haver uma tipificação legal prevista pelo legislador acerca daquela conduta, concomitantemente essa conduta deve causar um resultado, que é a alteração no mundo exterior e estar interligada pelo nexo de causalidade. Sendo o fato típico, presume-se sua antijuridicidade, que é toda ação que vai contra o que a lei estabelece. Posteriormente, abordou a presença da culpabilidade do mesmo, que envolve a vontade do indivíduo em praticar aquela conduta e obter o resultado. A pesquisa parte dessa premissa para se ramificar no estudo principal do trabalho, quais sejam as excludentes de ilicitude e os excessos nelas praticadas. Dentro dessa abordagem mais profunda, o trabalho narrou as hipóteses em que incidirá cada causa justificativa, e a partir daí abordar o marco inicial dos excessos presentes em cada uma delas. Por fim, o estudo avança para a discussão dentro de casos concretos que tiveram considerável repercussão, a fim de se entender como funciona a análise de cada conduta do indivíduo e concluir o que é ação legítima e o que é excessiva.

Palavras-chave: Crime. Elementos do Crime. Excludentes de Ilicitude. Identificação de Excesso. Casos Concretos.

ABSTRACT

This study aims to analyze the excess punishable in exclusive of unlawfulness. Thus, need to be addressed from the outset in the crime and its elements, including the typical fact, where there should be a legal classification provided by the legislature on that conduct, simultaneously such conduct must cause a result, which is to change the world outside and are connected by causation. Being the typical fact, it is assumed their antijuridicidade, which is any action that goes against what the law states. Later, he addressed the presence of the guilt of it, which involves the individual's will to practice that behavior and get the result. The research part of this premise to the main branch of work study, which are the exclusive of unlawfulness and excesses practiced them. Within this deeper approach, work chronicled the cases in which focus each case justification, and from there to approach the starting point of the excesses present in each. Finally, the study moves forward to the discussion in specific cases which had considerable impact, in order to understand how the analysis of each of the individual conduct and complete the action which is legitimate and what is excessive.

Keywords: Crime. Elements of Crime. Exclusive of Illegality. Excess Identification. Specific Cases.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 9 |
| 2 CRIME | 10 |
| 2.1 Crime no Aspecto Formal | 11 |
| 2.2 Crime no Aspecto Material | 11 |
| 2.3 Crime no Aspecto Analítico | 12 |
| 2.4 Teoria do Tipo | 13 |
| 2.4.1 Teoria <i>ratio essendi</i> | 14 |
| 2.4.2 Teoria <i>ratio cognoscendi</i> | 14 |
| 2.5 Elementos do Crime | 15 |
| 3 FATO TÍPICO | 16 |
| 3.1 Conduta | 16 |
| 3.1.1 Teoria causalista | 16 |
| 3.1.2 Teoria finalista | 17 |
| 3.1.3 Teoria social | 18 |
| 3.2 Resultado | 19 |
| 3.3 Nexo de Causalidade | 19 |
| 3.4 Tipicidade | 20 |
| 3.4.1 Tipicidade conglobante | 21 |
| 4 ANTIJURIDICIDADE | 24 |
| 4.1 Antijuridicidade Formal e Material | 25 |
| 4.2 Caráter da Antijuridicidade | 25 |
| 4.3 Excludentes de Ilícitude | 26 |
| 4.4 Estado de Necessidade | 27 |
| 4.4.1 Estado de necessidade putativo | 29 |
| 4.5 Legítima Defesa | 30 |
| 4.5.1 Legítima defesa real X Legítima defesa putativa | 32 |
| 4.5.2 Legítima defesa de terceiro X Consentimento do ofendido | 33 |
| 4.5.3 Legítima defesa X Aberratio ictus | 33 |
| 4.5.4 Legítima defesa X Estado de necessidade | 33 |
| 4.6 Estricto Cumprimento do Dever Legal | 34 |
| 4.7 Exercício Regular do Direito | 35 |
| 4.7.1 Lesões em atividades esportivas | 35 |
| 4.7.2 Intervenções médicas ou cirúrgicas | 36 |

| | |
|---|-----------|
| 4.8 Causas Supralegais de Excludentes de Ilicitude..... | 36 |
| 5 CULPABILIDADE..... | 38 |
| 5.1 Elementos da Culpabilidade | 38 |
| 5.2 Excludentes da Culpabilidade..... | 39 |
| 6 EXCESSO NAS CAUSAS JUSTIFICATIVAS | 41 |
| 6.1 Excesso Exculpante | 42 |
| 6.2 Excesso no Estado de Necessidade | 44 |
| 6.3 Excesso na Legítima Defesa..... | 45 |
| 6.4 Excesso no Estricto Cumprimento do Dever Legal..... | 46 |
| 6.5 Excesso no Exercício Regular do Direito..... | 46 |
| 7 LEADING CASE..... | 47 |
| 7.1 Caso Ana Hickmann..... | 47 |
| 7.2 Caso Luana Barbosa..... | 49 |
| 8 CONCLUSÃO..... | 51 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 53 |

1 INTRODUÇÃO

O trabalho procurou discorrer sobre o excesso punível nas excludentes de ilicitude. Para isso, precisou abordar inicialmente a origem do crime e quais os elementos que o compõem. Sendo assim, abordou dentro de cada elemento, a necessidade do preenchimento dos mesmos.

Neste contexto, verificou que uma vez o fato sendo típico, antijurídico e culpável, o indivíduo que o pratica, responderá por ele. Com isso, o objeto maior de estudo recaiu sobre a ilicitude do fato, pois, a partir daí se aprofundou nas hipóteses de excludentes de ilicitude e evoluiu para o reconhecimento do excesso dentro de cada uma delas.

Cotidianamente, vemos situações em que o indivíduo age acobertado por alguma dessas excludentes, contudo, eventualmente se discute sobre a possibilidade de aquela conduta incorrer em excesso. Seguindo esse raciocínio, a pesquisa buscou a identificação desses excessos, a partir de quando começa, se foi culposos ou doloso, mas acima de tudo; por quais atos o indivíduo responde. Para chegar às devidas respostas, foi preciso fazer um estudo desde o elemento subjetivo do agente, passando pelas circunstâncias do fato concomitantemente a alteração psicológica do indivíduo, sendo fatores relevantíssimos para a caracterização e identificação dos excessos.

Posteriormente aos relatos, foi aludido casos reais que tiveram considerável repercussão na mídia, com o intuito de distinguir os atos com justificção e os atos que se excederam.

Para o desenvolvimento da pesquisa e para a realização do trabalho, foi utilizado o método dedutivo.

2 CRIME

Muito embora o conceito de crime seja comumente empregado no dia a dia social, há muito o que se considerar sobre o tema para só então falar em crime. A princípio alienamos a palavra a um delito, ou seja, a um ato praticado que vai contra os ditames da lei, que conseqüentemente estão sujeitos a sanções; as chamadas penas.

A doutrina se encarrega de conceituar crime nas mais diversas modalidades. Contudo, de antemão podemos afirmar que é qualquer ato reprovável legalmente, que sendo praticado recai sobre ele a devida punição. Após tal afirmação, nos questionamos: “Se determinado ato é passível de punição, quais são os elementos necessários para que ele seja considerado crime?”. Para isso é preciso falar dos elementos; a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, conhecida como “Teoria Tripartite” que é adotada pelo Código Penal Brasileiro, onde mais a frente serão abordados detalhadamente.

Sobre a conceituação de crime, Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 167 e 168), traz em sua obra alguns entendimentos e doutrinadores que se posicionam em cada um deles, que merecem ser mencionados:

1º entendimento: crime é fato típico e antijurídico, onde a culpabilidade é mero pressuposto de aplicação da pena, a chamada Teoria Bipartida do Delito, adeptos Damásio E. De Jesus, Julio F. Mirabete, Rene Ariel Dotti, Celso Delmanto, Flavio Augusto Monteiro de Barros, dentre outros;

2º entendimento: crime é fato típico, antijurídico, culpável e punível, Teoria Quadripartida do delito, admitindo como seguidores Hassemmer, Munõs Conde na Espanha, Giorgio Marinucci, Emilio Dolcini, Battaglini na Itália e o falecido Basileu Garcia no Brasil;

3º entendimento: crime é fato típico e culpável, onde a antijuridicidade esta inserida no fato típico, defendida por Miguel Reale Jr. Ao adotar a Teoria dos Elementos Negativos do Tipo;

4º entendimento: crime é fato típico, antijurídico e punível, onde a culpabilidade é mero pressuposto de aplicação da pena, a chamada Teoria Constitucionalista do Delito de Luiz Flávio Gomes;

5º entendimento: crime é fato típico, antijurídico e culpável, Teoria Tripartida do Delito a qual pode ser analisada sob duas óticas: a) a ótica da Teoria Causalista ou Clássica (Nélson Hungria, Magalhães Noronha, dentre outros); b) ou sob a ótica da Teoria Finalista de Hans Welzel (Francisco Assis Toledo, Heleno Fragoso, Juarez Tavares, Cezar Roberto Bittencourt, Guilherme de Souza Nucci, Eugênio Raúl Zaffaroni, José Enrique Pierangeli, Luis Régis Prado, Rogério Greco, dentre outros).

Para Eugenio Raul Zaffaroni (2004, p. 368):

O delito vale ressaltar, permanece sendo uma unidade, porém o seu conceito é que será fracionado em níveis. Esses níveis, analisados no caso concreto, corresponde a uma série de perguntas que deverão ser respondidas, segundo uma ordem lógica, pelo aplicador da norma penal, buscando este a verificação da ocorrência do delito, *i. E.* se a conduta deverá ser considerada uma infração merecedora de pena.

Diante de tais alegações, podemos nos valer de algumas classificações doutrinárias de crime, quais sejam em seu aspecto formal, material e analítico.

2.1 Crime no Aspecto Formal

Ao classificarmos crime em seu aspecto formal, estamos falando de uma ação ou omissão contrária a uma norma de direito e que devido a sua ilegalidade, constitui desobediência a uma norma penal. Não se discute, contudo, a sua essência, conteúdo ou em sua matéria.

Fernando Capez (2003, p. 106) assim preceitua que; “em seu aspecto formal o conceito de crime resulta da mera subsunção da conduta do tipo legal e por considerar-se infração penal tudo aquilo que o legislador descreve como tal, pouco importando o seu conteúdo”.

Guilherme de Sousa Nucci (2009, p. 120), aduz que crime na sua acepção formal é “a concepção do direito acerca do delito. É a conduta proibida por lei, sob ameaça de aplicação de pena, numa visão legislativa do fenômeno”.

O doutrinador Julio Fabbrini Mirabete (2005, p. 96) assim conclui:

As definições formais visam apenas ao aspecto externo do crime, e necessário indagar a razão que levou o legislador a prever a punição dos autores de certos fatos e não de outros, como também conhecer o critério utilizado para distinguir os ilícitos penais de outras condutas lesivas, obtendo-se assim um conceito material ou substancial de crime.

Assim sendo, a classificação formal está intimamente ligada a lei.

2.2 Crime no Aspecto Material

Para a doutrina, a fonte do conceito de crime no aspecto material, é a razão pela qual o legislador institui algumas condutas como sendo delituosas, e outras não. Ou seja, o aspecto material é como se fosse o meio por onde se chega

até o crime em seu aspecto formal, pois, para se chegar a um posicionamento concreto de porque tais condutas são e outras não são consideradas crime, deve-se atentar aos critérios que o legislador se utiliza para distinguir um ilícito do outro, tais como por exemplo; necessidades e adequações de uma sociedade, e dessa forma chegar ao conceito material.

Como cita Julio Fabbrini Mirabete (2014, p. 80), entre outros doutrinadores:

As investigações dos estudiosos desenvolveram-se nesse sentido e abrangem inclusive ciências extrajurídicas como a Sociologia, a Filosofia, a Psicologia etc. Para uns, o tema central do conceito de crime reside no caráter danoso do ato; para outros, no antagonismo da conduta com a mora; e para terceiros, no estado psíquico do agente. Essas conceituações, entretanto, esbarram na dificuldade decorrente de sofrer o fenômeno delituoso flutuações no tempo, no espaço, na filosofia política do Estado etc.

Também nas palavras de Damásio de Jesus (2010, p. 193):

O conceito material do crime é de relevância jurídica, uma vez que coloca em destaque o seu conteúdo teleológico, a razão determinante de constituir uma conduta humana infração penal e sujeita a uma sanção. É certo que sem descrição legal nenhum fato pode ser considerado crime. Todavia, é importante estabelecer o critério que leva o legislador a definir somente alguns fatos como criminosos. É preciso dar um norte ao legislador, pois, de forma contrária, ficaria ao seu alvedrio a criação de normas penais incriminadoras, sem esquema de orientação, o que, fatalmente, viria lesar o *jus libertatis* dos cidadãos.

E ainda no conceito de Fernando Capez (2003, p. 105):

O aspecto material é todo aquele que busca estabelecer a essência do conceito isto e, o porquê de determinado fato ser considerado criminoso e outro não. Sob esse enfoque, crime pode ser definido como todo fato humano que propositada ou descuidadosamente lesa ou expõem a perigo bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade e da paz social.

Podemos afirmar então que o crime em seu aspecto material se utiliza de um olhar mais amplo

2.3 Crime no Aspecto Analítico

Vimos então que os elementos característicos de crime se baseia na teoria tripartite, que é o fato ser típico, antijurídico e culpável.

Porém, Cleber Masson (2011, p. 175) mostra posição minoritária defendida por alguns doutrinadores no sentido:

Basileu Garcia sustentava ser o crime composto por quatro elementos: fato típico, ilicitude, culpabilidade e punibilidade.

Essa posição quadripartida é claramente minoritária e deve ser afastada, pois a punibilidade não é elemento do crime, mas consequência da sua prática. Não é porque se operou a prescrição de determinado crime, por exemplo, que ele desapareceu do mundo fático. Portanto, o crime existe independentemente da punibilidade.

O conceito analítico veio para consumir tal posicionamento que a doutrina se alia, que é a afirmação que dentre os elementos mencionados, mesmo inexistindo o elemento da culpabilidade, o crime persiste, restando o elemento da tipicidade e da antijuridicidade, segundo entendimento dos que adotam a teoria tripartite, pois a ausência ou presença da culpabilidade implicará na aplicação da pena.

Assim, a exclusão do elemento da culpabilidade se dá em razão dos casos onde não há a aplicação de pena, seja por causas pessoais, conforme o artigo 181, incisos I e II; e artigo 348, § 2º; ou pela extinção de punibilidade, como o artigo 107, todos do Código Penal.

Senão vejamos:

Art. 181. É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo:

I- Do cônjuge, na constância da sociedade conjugal,

II- Do ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.

Art. 348. Auxiliar a subtrair-se à ação de autoridade pública autor de crime a que é cominada pena de reclusão:

§. 2º. Se quem presta o auxílio é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, fica isento de pena.

De acordo com o conceito doutrinário para fins de conclusão sobre o aspecto analítico, Julio Fabbrini Mirabete (2014, p. 81):

Por essas razões, passou-se a conceituar o crime como a “ação típica, antijurídica e culpável”. Essa definição vem consignada tanto pelos autores que seguem a teoria causalista (naturalista, clássica, tradicional), como pelos adeptos da teoria finalista da ação (ou da ação finalista).

Percebemos então alguns dispositivos onde a culpabilidade não é elemento característico do crime, e que ele inclusive subsiste sem o mesmo.

2.4 Teoria do Tipo

As teorias dentro do direito são de extrema importância, trazendo posicionamentos diversos para aplicação em casos concretos.

2.4.1 Teoria *ratio essendi*

Existe a teoria *ratio essendi* ou chamada “Teoria da Identidade”; que une o fato típico e a antijuridicidade como se fosse um só, ou seja, a ideia da teoria não é analisar cada elemento de composição do crime como um só, mas sim de juntar a tipicidade e antijuridicidade. Sendo o fato típico necessariamente o fato também será antijurídico, e o contrário também é verídico, se o fato não for jurídico também não será típico.

Ainda fazendo uma interligação dessa teoria, existe um módulo dentro da *ratio essendi* chamado de “Elementos Negativos do Tipo”, que encontra respaldo no artigo 23 do Código Penal. Esses elementos encontrados no mencionado artigo, são chamados de excludentes de ilicitude, porém, para a teoria esses elementos vão negar o próprio tipo, ou seja, esses elementos serão analisados não como excludentes de ilicitude mas sim da própria tipicidade, porque eles negam o tipo, e assim automaticamente excluem a própria tipicidade. Por esse motivo que a teoria defende que o fato típico e a antijuridicidade formam um elemento só.

2.4.2 Teoria *ratio cognoscendi*

Diferente da teoria da *ratio essendi*, onde o elemento da tipicidade e antijuridicidade se relaciona intimamente, de forma que inexistindo um, não há de se falar no outro. Na teoria *ratio cognoscendi* é o inverso, porque um elemento não é condicionado ao outro.

Para Rogerio Greco (2006, p. 336):

A tipicidade, segundo a teoria da *ratio cognoscendi*, que prevalece entre os doutrinadores, exerce uma função indiciária da ilicitude. Segundo essa teoria, quando o fato for típico, provavelmente também será antijurídico (...). A regra, segundo a teoria da *ratio cognoscendi*, é a de que quase sempre o fato típico também será antijurídico, somente se concluído pela licitude da conduta típica quando o agente atuar amparado por uma causa de justificação.

Assim, é a fase do tipo indiciário e nessa teoria a tipicidade é considerada indicio de antijuridicidade, o fato típico presume-se antijurídico, assim, significa dizer que se excluir a antijuridicidade o fato típico permanece, por exemplo, aquele que mata em legítima defesa, o fato típico permanece, o que exclui é a antijuridicidade.

2.5 Elementos do Crime

Quando falamos da composição necessária para configurar determinado instituto, estamos diante da necessidade de tê-los presente em uma mesma ação para só assim falarmos em crime. Abordaremos um a um.

3 FATO TÍPICO

Como observado, crime é um fato típico, antijurídico e culpável. A tipicidade por sua vez é composta por vários elementos que são necessários para sua caracterização, quais sejam: Conduta; Resultado; Nexo de Causalidade e Tipicidade. Caso esteja ausente um desses elementos, não configura fato típico e conseqüentemente não se pode falar em crime.

Para Julio Fabbrini Mirabete (2005, p. 98), o conceito de fato típico é “o comportamento humano (positivo ou negativo) que provoca, em regra um resultado, e previsto como infração penal”.

Não podemos confundir fato típico com tipicidade, onde o primeiro pertence à lei, e a tipicidade refere-se à conduta.

3.1 Conduta

A conduta é uma ação ou omissão do sujeito que busca determinada finalidade. Existem dois tipos de condutas; a dolosa e a culposa, onde a primeira é caracterizada pelo resultado pretendido pelo agente ou assume o risco de produzi-lo, e a segunda é quando ele não age para aquele fim, e o resultado acontece por sua imprudência, negligência ou imperícia.

Para Fernando Capez (2003, p. 108); “conduta penalmente relevante é toda ação ou omissão humana, consciente e voluntária, dolosa ou culposa, voltada a uma finalidade, típica ou não, mas que produz ou tenta produzir um resultado previsto na lei penal como crime”.

A conduta por si só não revela muito dentro do crime, por isso a massa doutrinária se vale de algumas teorias para explicar cada diferencial entre elas.

3.1.1 Teoria causalista

A conduta aqui é um comportamento humano mediante uma ação (fazer) ou omissão (não fazer), que tem como relevância a apreciação única e exclusivamente de apreciar o comportamento, sem nenhuma conclusão a respeito da vontade ou da ilicitude do fato. Assim, diz que a teoria causalista analisa o

tocante ao comportamento, sem a análise para qual finalidade se destinou a conduta.

Para Cleber Masson (2011, p. 211):

Submete o Direito Penal às regras inerentes às ciências naturais, orientadas pelas leis da causalidade. A vontade humana engloba duas partes diversas: uma externa, objetiva, correspondente ao processo causal, isto é, ao movimento corpóreo do ser humano, e outra interna, subjetiva, relacionada ao conteúdo final da ação. Em breve síntese, a vontade é a causa da conduta, e a conduta é a causa do resultado. Não há vontade no tocante à produção do resultado. O elemento volitivo, interno, acarreta em um movimento corporal do agente, o qual, objetivamente, produz o resultado. A caracterização da conduta criminosa depende somente da circunstância de o agente produzir fisicamente um resultado previsto em lei como infração penal, independentemente de dolo ou culpa.

Há críticas dessa teoria no que se refere a tentativa, pois dificultaria na sua identificação, uma vez que quando ocorre o fato, há a necessidade de se identificar a finalidade da ação, e deve ser feito de imediato.

3.1.2 Teoria finalista

Foi criada por Hals Welzel, na década de 30 do século XX, e foi acolhido no Brasil por penalistas como Heleno Cláudio Fragoso, Damásio de Jesus, Julio F. Mirabete e Miguel Reale Junior.

Damásio de Jesus (2010, p. 274), relata a concepção pelo criador Welzel; “a finalidade, diz ele, ou atividade finalista da ação, baseia-se em que o homem, consciente dos efeitos causais do acontecimento, pode prever as consequências de sua conduta, propondo, dessa forma, objetivos de distinta índole”.

No entendimento do penalista Cleber Masson (2011, p. 213):

Para essa teoria, conduta é o comportamento humano, consciente e voluntário, dirigido a um fim. Daí o seu nome finalista, levando em conta a finalidade do agente. Não desprezou todos os postulados da teoria clássica. Ao contrário, preservou-os, a eles acrescentando a nota da finalidade.

Enquanto a teoria causalista tem como alvo o comportamento humano que levou aquela conduta, não se questionando sobre a ilicitude ou culpabilidade do fato, e portanto, consideram que a conduta não tem um conteúdo finalístico. A teoria finalista como o próprio nome já diz; é o inverso, pois ela trabalha com a finalidade a que se destina aquela conduta do indivíduo.

Para essa teoria, somente se considera fato típico quando a conduta é praticada almejando um determinado fim ou se assumiu conscientemente o risco de produzi-lo, modalidade dolosa; ou se mesmo tomando as devidas cautelas, o fato ocorreu; modalidade culposa.

Há relevantes discussões sobre a conduta culposa dentro da teoria finalista, conforme preleciona também Cleber Masson (2011, p. 214):

O Código Penal em vigor, com a Reforma da Parte Geral pela Lei 7.209/1984, parece ter manifestado preferência pelo finalismo penal. Uma forte evidência se encontra no art. 20, caput: "O erro sobre o elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei". Ora, se a ausência de dolo acarreta na exclusão do fato típico (ainda que somente na forma dolosa), é porque o dolo está na conduta do agente, que deixa de ser dolosa para ser culposa. A teoria finalista foi bastante criticada no tocante aos crimes culposos, pois não se sustentava a finalidade da ação concernente ao resultado naturalístico involuntário. Alega-se, todavia, que no crime culposos também há vontade dirigida a um fim, Mas esse fim será conforme ou não ao Direito, de maneira que a reprovação nos crimes culposos não incide na finalidade do agente, mas nos meios por ele escolhidos para atingir a finalidade desejada, indicativos da imprudência, da negligência ou da imperícia. Entretanto, parece que nem mesmo Weizel conseguiu adequar com precisão a teoria finalista aos crimes culposos. Na última etapa de seus estudos, vislumbrou, ainda que superficialmente, substituir a teoria finalista por uma outra teoria, denominada cibernética.

Essa teoria cibernética que Cleber Masson menciona, refere-se ao controle da vontade do sujeito tanto nos crimes dolosos quanto culposos.

3.1.3 Teoria social

A teoria social tem como sustento para a conduta ser considerado fato típico, se houver relevância social da ação. Ela é uma ponte entre a teoria finalista e a causalista.

Essa talvez seja a teoria que mais paira dúvidas sobre sua caracterização. Existem algumas importantes considerações a respeito, conforme menciona Damásio de Jesus (2010, p. 273):

Essa teoria, como a causal propriamente dita, dá muita importância ao desvalor do resultado, quando o que importa é o desvalor da conduta. Se a ação é a causação de um resultado socialmente relevante, então não há diferença entre uma conduta de homicídio doloso e um comportamento de homicídio culposos, já que o resultado é idêntico nos dois casos. A diferença será feita não na ação ou no fato típico, mas no terreno da culpabilidade. Diante disso, não se pode com propriedade falar em conduta dolosa de homicídio. Só a análise do fato diante da culpabilidade é que permitirá o

emprego de tal expressão. Por esses motivos, essa teoria foi repudiada pela doutrina penal.

3.2 Resultado

Segundo Damásio de Jesus (2010, p. 283), “Resultado é a modificação do mundo exterior provocada pelo comportamento humano voluntário”.

O fato para ser típico precisa de uma conduta que pode ser um agir ou uma abstenção de agir, que tem como consequência uma modificação no mundo exterior, que chamamos de resultado. Assim, para exemplificar cada elemento dentro do fato típico, a conduta seria os golpes de faca dados em uma determinada vítima, e o resultado é o evento morte da mesma. Percebe-se que a modificação do mundo exterior a que nos referimos é justamente a morte de uma pessoa. Portanto, o resultado é a lesão a um bem tutelado pelo ordenamento. A doutrina denomina como “resultado jurídico” quando há violação de um bem jurídico tutelado penalmente. E chama de “resultado naturalístico” a modificação do mundo exterior que decorreu da ação delituosa.

Tem situações em que há a conduta, e que embora a conduta seja contrária as leis penais, não haverá modificações no mundo externo, que são, por exemplo, nos crimes de injúria, onde a conduta é a ofensa e o resultado é de forma psicológica do ofendido, neste caso, dizemos que este é um crime sem resultado naturalístico. Se este crime for tentado, não há de se falar em resultado naturalístico.

Em suma, todo crime tem resultado jurídico, não podendo afirmar o mesmo em relação ao resultado naturalístico.

3.3 Nexo de Causalidade

Estabelece o artigo 13 do Código Penal:

Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não tenha ocorrido.

§ 1º. A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

§ 2º. A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a. Tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b. De outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;

- c. Com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Até então mostramos a importância da conduta e do resultado para a tipicidade de um fato. É de extrema importância mencionar agora o nexo de causalidade, pois é ele que ligará a conduta ao resultado.

Vejam os o mesmo exemplo; o indivíduo que desfere golpes de facas na vítima levando a mesma a óbito, o nexo aqui é que em decorrência dos golpes do indivíduo é que ocorreu a morte da vítima, ou seja, é a ligação que existe no fato. Em sentido ilustrativo, pode-se entender o nexo de causalidade como uma ponte que liga a conduta ao resultado.

No que tange ao âmbito de aplicação, Cleber Masson (2011, p. 222) entende da seguinte forma:

Prevalece na doutrina brasileira o entendimento de que a expressão “o resultado”, constante no início do art. 13, caput, do Código Penal, alcança somente o resultado naturalístico, isto é, a modificação externa provocada pela conduta praticada por alguém. Destarte, o estudo da relação de causalidade tem pertinência apenas aos crimes materiais. Nesses delitos, o tipo penal descreve uma conduta e um resultado naturalístico, exigindo a produção desse último para a consumação. É aí que entra em cena o nexo causal, para ligar a conduta do agente ao resultado material.

Portanto, podemos dizer que o nexo de causalidade é o intermédio de dois elementos para o fato típico, qual seja a conduta e o resultado.

3.4 Tipicidade

Julio Fabbrini Mirabete (2005, p. 115), conceitua tipicidade; “é a correspondência exata, a adequação perfeita entre o fato natural, concreto, e a descrição contida na lei”.

Dizer que uma conduta é típica é dizer que ela está tipificada no ordenamento como crime, ilícito ou contravenção; e sendo praticada, vai contra os dispositivos legais. Referimo-nos àquela conduta que tem proibição prevista em lei, porém, essa proibição não é feita diretamente em seu sentido literal, mas de uma forma indireta, afim de que se entenda, como: “Matar alguém. Subtrair para si ou para outrem coisa alheia móvel, etc...”, observa-se que o legislador não proibiu diretamente a conduta, mas impôs sanções caso sejam praticadas.

A tipicidade está intimamente ligada com a antijuricidade, uma vez que o fato sendo típico, presume-se também antijurídico.

Usamos o termo “presume-se”, pois a presunção cessa quando estivermos diante de alguma causa de excludente de ilicitude, citadas no artigo 23 do Código Penal, que serão abordadas mais a frente.

Assim, para Cleber Masson (2011, p. 244), conceitua-se tipicidade da seguinte forma:

É a operação pela qual se analisa se o fato praticado pelo agente encontra correspondência em uma conduta prevista em lei como crime ou contravenção penal. A conduta de matar alguém tem amparo no art. 121 do Código Penal. Há, portanto, tipicidade entre tal conduta e a lei penal. De seu turno, tipicidade material (ou substancial) é a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado em razão da prática da conduta legalmente descrita. A tipicidade material relaciona-se intimamente com o princípio da ofensividade (ou lesividade) do Direito Penal, pois nem todas as condutas que se encaixam nos modelos abstratos e sintéticos de crimes (tipicidade formal) acarretam dano ou perigo ao bem jurídico. E o que se dá, a título ilustrativo, nas hipóteses de incidência do princípio da insignificância, nas quais, nada obstante a tipicidade formal, não se verifica a tipicidade material. A presença simultânea da tipicidade formal e da tipicidade material caracteriza a tipicidade penal.

Para exemplificar; suponhamos que uma pessoa mata outra, ela praticou um fato típico e claramente antijurídico, porém, se a conduta foi praticada como legítima defesa, o fato deixa de ser antijurídico, devido à causa de excludente expressa no artigo mencionado, mas não deixa de ser típica.

3.4.1 Tipicidade conglobante

Foi criada pelo jurista penalista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni. Em suma, Cleber Masson (2011, p. 246) expõe:

Criada pelo penalista argentino Eugenio Raul Zaffaroni, essa teoria sustenta que todo fato típico se reveste de antinormatividade, pois, muito embora o agente atue em consonância com o que está descrito no tipo incriminador, na verdade contraria a norma, entendida como o conteúdo do tipo legal.

Para entender, a expressão “conglobante”, há a necessidade de que a conduta do agente contrarie com o ordenamento jurídico em geral conglobantemente, e não apenas as normas do direito penal.

Se o agente pratica um fato descrito como crime, mas esse fato contraria o ordenamento como um todo, o fato é típico, se o fato embora contrarie a lei penal, mas esteja em conformidade com a ordem normativa, o fato é atípico.

Essa tipicidade resulta na junção da tipicidade legal com a conglobante, o que significa dizer que a tipicidade legal é adequação ao tipo penal, enquanto a tipicidade conglobante antinormatividade é a verificação de que a conduta está também proibida com a norma, isto é, em desconformidade com o ordenamento jurídico como um todo.

Rogério Greco (2006, p. 165) relata sobre o assunto em uma de suas obras:

A tipicidade conglobante, neste universo, funciona como um corretivo da tipicidade legal, sem a qual haveria contradições insanáveis com a ordem normativa. A finalidade da tipicidade conglobante, assim, é verificar o âmbito de proibição da lei penal quando esta é inserida no global ambiente normativo, ou seja, através do seu cotejo com todas as normas restantes de uma determinada ordem. A tipicidade legal dar-se-á com a simples subsunção da conduta ao modelo abstrato previsto em lei.

Vamos entender melhor: se o indivíduo entra na casa de alguém sem permissão, pode configurar invasão de domicílio, no entanto, se o indivíduo for um oficial de justiça a serviço para cumprimento de um mandado de despejo, a situação é outra, assim, o fato até é típico, mas falta antijuridicidade, uma vez que oficial de justiça formalmente e legalmente munido de um mandado de despejo, não pratica o crime de invasão de domicílio, estando ele acobertado pela excludente de ilicitude do estrito cumprimento do dever legal, artigo 23, inciso III do Código Penal. Para Zaffaroni, o fato é típico porque contraria a norma, mas não contraria o ordenamento jurídico como um todo, porque o direito penal incrimina essa conduta, mas a norma fomenta.

A doutrina penal atual não se satisfaz com a mera adequação formal da conduta, necessitando para sua conclusão a ocorrência da tipicidade conglobante, ou seja, nas palavras de Eugênio Raúl Zaffaroni e José Enrique Pierangeli (2004, p. 522); “a norma proibitiva que se encontra anteposta ao tipo formal não se encontra isolada no ordenamento, e sim conglobada com as demais normas, formando a ordem normativa”.

O penalista Cleber Masson (2011, p. 247) ainda aborda:

O nome “conglobante” deriva da necessidade de que a conduta seja contrária ao ordenamento jurídico em geral, conglobado, e não apenas ao

Direito Penal. Não basta a violação da lei penal. Exige-se a ofensa a todo o ordenamento jurídico. Em suma, para a aferição da tipicidade reclama-se a presença da antinormatividade. Assim, ou o fato praticado pelo agente, contrário à lei penal, desrespeita todo o ordenamento normativo, e há tipicidade, ou, ainda que em desconformidade com a lei penal, esteja em consonância com a ordem normativa, e ausente estará a tipicidade. Para essa teoria, a tipicidade penal resulta da junção da tipicidade legal com a tipicidade conglobante: tipicidade penal = tipicidade legal + tipicidade conglobante. Tipicidade legal (adequação á fórmula legal do tipo) é a individualização que a lei faz da conduta, mediante o conjunto dos elementos objetivos e normativos de que se vale o tipo penal. Já a tipicidade conglobante (antinormatividade) é a comprovação de que a conduta legalmente típica está também proibida pela norma, o que se afere separando o alcance da norma proibitiva conglobada com as demais normas do sistema jurídico.

O mesmo autor conclui que, “não basta, pois, a mera tipicidade legal, isto é, a contrariedade do fato á lei penal. É necessário mais. A conduta do agente, contrária a lei penal, deve violar o sistema normativo todo. Em suma, deve ser antinormativa”.

Portanto, a partir do momento que uma norma incrimina, e parte do ordenamento jurídico fomenta, não há tipicidade conglobante, muito embora o fato seja típico no sentido formal, não contraria o ordenamento jurídico como um todo, isso para Zaffaroni, é fato atípico.

4 ANTIJURIDICIDADE

Esse é o tópico de maior relevância do presente trabalho, pois daqui em diante falaremos do objetivo que se busca alcançar com o devido tema. Porém, foi de muita relevância e importância abordar desde a origem do conceito de crime, os elementos que o compõem, a aplicação de cada um deles e as teorias que a doutrina se vale para o estudo, etc.

Para Julio Fabbrini Mirabete (2005, p. 98); “ilícito é aquilo que contraria a lei. E a relação de contrariedade entre o fato típico praticado e o ordenamento jurídico”.

A necessidade de se abordar desde crime, se dá pelo fato de que nós temos que saber o que é, e assim saber o que precisa estar presente desde a ação delituosa, a finalidade daquela conduta, mas acima de tudo, sua tipificação no ordenamento jurídico, pois como vimos, o crime é fato típico, ou seja, há a tipificação legal daquele ilícito, e que se praticado está sujeito a sanções. Outro elemento que está intimamente ligado é a culpabilidade, que é a relação entre a conduta e a vontade do agente, isso significa dizer se ele agiu com consciência de que sua conduta causaria determinado resultado, e se esse resultado obtido era de sua vontade, ou seja, como o nome mesmo diz; a sua culpa no crime, que será abordado mais detalhadamente a frente no presente trabalho.

Entendendo isso, a gente parte para a parte antijurídica de crime, que se entende como aquilo que é contrário ao Direito. Não é suficiente que exista tipicidade na conduta, e que a conduta encontre ligação em um modelo legal, de forma que se adeque o fato à norma penal incriminadora, que denominamos como o elemento de culpabilidade. É necessária a antijuridicidade da conduta para que seja passível da incidência da reprovação da norma penal e de Direito.

A doutrina conceitua a antijuridicidade de diversas formas, vejamos alguns posicionamentos:

Damásio de Jesus (2010, p. 398), diz:

Há um critério negativo de conceituação da antijuridicidade: o fato típico é também antijurídico, salvo se concorre qualquer causa de exclusão da ilicitude (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito). Diante de um fato penal, a morte de um homem realizada por outro, p. ex., diz-se que há um fato típico. Surge a antijuridicidade se não agiu acobertado por uma excludente da ilicitude. Assim, antijurídico é todo fato descrito em lei penal incriminadora e

não protegido por causa de justificação. O sistema negativo conceitua a antijuridicidade como ausência de causas de ilicitude, o que vale dizer que não diz o que é antijurídico, mas sim o que é jurídico, o que constitui paradoxo.

Já Cleber Masson (2012, p. 365) conceitua:

Illicitude é a contrariedade entre o fato típico praticado por alguém e o ordenamento jurídico, capaz de lesionar ou expor a perigo de lesão, bens jurídicos penalmente tutelados.

O juízo de ilicitude é posterior e dependente do juízo de tipicidade, de forma que todo fato penalmente ilícito também é, necessariamente, típico.

É comum encontrar na doutrina aqueles que fazem distinção entre os termos “antijuridicidade”, “ilicitude” ou até “injusto”, onde a ilicitude é conceituada como a antítese entre o comportado do ponto de vista jurídico obrigatório e a real conduta efetivada pelo indivíduo que a praticou. E antijuridicidade, seria a não conformidade de um estado de fato com aquele estado que o Direito deseja que seja seguido e obedecido. Porém, aqui no Brasil todos os termos empregados são usados como sinônimos, assim não há distinção de uma para outra.

4.1 Antijuridicidade Formal e Material

Para tal definição, tomamos como base o conceito de crime formal e material, citado no tópico 2.1 e 2.2. Onde no aspecto formal se trata do ponto de vista jurídico, ou seja, da lei. E no aspecto material está relacionado com os bens tutelados por essa lei que trata o conceito formal.

Trazendo isso para a antijuridicidade; distingue-se um do outro ao dizer que formalmente antijurídico é quando o comportamento humano viola as normas penais, enquanto que materialmente antijurídicos são os interesses sociais feridos pela conduta humana, e que são protegidos pelo ordenamento. Podemos exemplificar com o seguinte: prender um bandido que acabou de praticar um crime, porém, sem mandado, nesse caso é formalmente antijurídico e ao mesmo tempo materialmente jurídico.

4.2 Caráter da Antijuridicidade

A antijuridicidade pode ser vista pelo caráter subjetivo e objetivo. Dessa forma, a antijuridicidade subjetiva é composta por proibições e normas, e caso sejam

desobedecidos constituem fato ilícito. A punição decorrente da desobediência está relacionada à vontade dos indivíduos imputáveis.

Enquanto que a antijuridicidade objetiva é vista como a ilicitude que corresponde à qualidade que o fato possui de ir contra uma norma do ordenamento. Aqui a antijuridicidade deve ser determinada de forma objetiva, independentemente de haver culpa ou da imputabilidade do indivíduo.

Nós adotamos o critério da antijuridicidade objetiva, onde a ilicitude se dá com a lesão de um bem penalmente tutelado, independente da culpabilidade daquele que pratica o fato.

4.3 Excludentes de ilicitude

Quando falamos que alguém cometeu uma conduta típica, em regra, imaginamos que ao mesmo tempo a conduta também seja antijurídica, ou seja, ilícita. Contudo, o legislador previu no Código Penal, artigo 23, já mencionado inicialmente, que há exceções quanto a isso, que são as excludentes de ilicitude.

Há de mencionar que atualmente a posição quanto ao elemento subjetivo da excludente é que o agente precisa saber que está agindo protegido por uma delas, como discorre Rogerio Greco (2012, p. 313): “O elemento subjetivo, portanto, é fundamental à definição jurídica do fato para que possamos concluir se o agente atuou ou não em conformidade com o ordenamento jurídico”.

De forma direta, um conceito claro para resumir é que; as excludentes nada mais são que as causas que tornam determinada conduta típica, em atípica, porém, única e exclusivamente se praticadas nas situações do artigo em questão, fazendo com que a ilicitude do fato seja excluída. São elas: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito, com a seguinte redação:

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

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

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

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

Assim, o legislador criou um dispositivo próprio apenas para o estado de necessidade e a legítima defesa, nos artigos 24 e 25 do Código Penal, ficando o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito a cargo da doutrina.

4.4 Estado de Necessidade

O já mencionado artigo 24 do Código Penal fala do estado de necessidade, essa causa de excludente de ilicitude é uma prática na situação em que houver conflito de interesses de bens.

Assim, de acordo com Heleno Fragoso (1985, p. 189); “O que justifica a ação é a necessidade que impõe o sacrifício de um bem em situação de conflito ou colisão, diante da qual o ordenamento jurídico permite o sacrifício do bem de menor valor”.

É necessário alguns elementos descritos no próprio texto do artigo acima mencionado, que é o “perigo atual”, aqui a questão gira em torno do que seria esse perigo que o legislador se refere. Como em quase tudo há divergências, neste assunto não poderia ser diferente, alguns doutrinadores entendem que o perigo descrito é só atual, e outros defendem que engloba tanto o atual quanto o iminente, que inclusive faz parte do texto do artigo sobre a legítima defesa. Nos parece ter mais razão os doutrinadores que defendem englobar também o perigo iminente dentro do estado de necessidade, assim sendo, será excluída da excludente de ilicitude aquele que agir com a presença da ilicitude de perigo passado.

Outro elemento é o termo “que não provocou por sua vontade”, não se admitindo um indivíduo alegar estado de necessidade por uma circunstância que ele mesmo deu causa. Contudo, também há divergência quanto à esse elemento, pois alguns doutrinadores entendem que só não poderá arguir a excludente de estado de necessidade, se o agente deu causa a situação dolosamente, outros entendem que não poderá arguir a excludente se a situação for provocada tanto dolosamente, quanto culposamente.

Em suma, Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 211), se posiciona:

Como regra, o perigo não pode ser nem doloso nem culposo. A lei fala em perigo não provocado por “vontade” do agente, não nos parecendo tenha aí somente o significado de “dolo”, ou seja, causar um perigo intencionalmente. O sujeito que provoca um incêndio culposamente criou um

perigo que jamais poderá deixar de ser considerado fruto de sua vontade; o contrário seria admitir que nos delitos culposos não há voluntariedade na conduta. Por isso, preferimos nos colocar contra a possibilidade de o agente do perigo originário da culpa poder invocar a excludente, embora façamos a mesma ressalva de Magalhães Noronha. O caso concreto poderá ditar a solução mais justa e adequada. Assim, tomando o exemplo do incêndio culposo: se o sujeito que causou o incêndio tiver que fugir do local, não poderá tirar a vida de pessoa inocente, que perigo nenhum causou, para salvar-se, ainda arguindo em seu benefício o estado de necessidade. Por outro lado, para salvar-se, na mesma situação, para fugir do lugar, houver que agredir fisicamente uma pessoa inocente, causando-lhe lesão leve, mas para salvar sua própria vida, certamente poderá alegar estado de necessidade. Parece-nos que é essencial ponderar os bens em conflito: no primeiro caso, estão em conflito bens de igual valor, merecendo perecer o bem jurídico da pessoa que deu origem, por sua vontade, à situação de perigo; na segunda situação, estão em conflito bens de diferentes valores, merecendo perecer o de menor valor, ainda que seja o da pessoa inocente, que não provocou o perigo.

Dando sequencia a redação do artigo, o trecho fundamental da redação do artigo é “nem podia de outro modo evitar”; nessa situação o legislador coloca a opção para o agente de não praticar a conduta, caso ela pudesse ser evitada, e se não pudesse se evitar, praticar a menos gravosa, caso contrário, o mesmo responde pelo excesso.

No que diz respeito a redação “direito próprio ou alheio”; se refere ao estado de necessidade do bem alheio que está em conflito, porque o bem próprio usa-se as teorias travadas até agora. Assim, deve ser do conhecimento daquele que estará agindo no estado de necessidade alheio, que só será cabível quando o bem em risco for indispensável, como por exemplo a vida, e por outro lado não sendo possível falar em estado de necessidade alheio quando o bem for dispensável, como o patrimônio.

A legislação penal brasileira adota segundo alguns autores, a teoria unitária do estado de necessidade, onde em suma, não existe distinção dos valores dos bens jurídicos expostos a perigo. Rogerio Greco (2006, p. 343) faz menção sobre o tema em uma de suas obras:

Para a teoria unitária, adotada pelo nosso Código Penal, todo estado de necessidade é justificante, ou seja, tem a finalidade de eliminar a ilicitude do fato típico praticado pelo agente. Esclarecedora é a rubrica do art. 23 do Código Penal que, anunciando o tema a ser cuidado, refere-se à exclusão de ilicitude. Para esta teoria, não importa se o bem protegido pelo agente é de valor superior ou igual àquele que está sofrendo a ofensa, uma vez que em ambas as situações o fato será tratado sob a ótica das causas excludentes de ilicitude. A teoria unitária não adota a distinção entre estado de necessidade justificante e estado de necessidade exculpante. Para ela, todo estado de necessidade é justificante. Assim, se para salvar a sua vida o agente vier a causar a morte de outrem, ou mesmo na situação na qual, para garantir sua

integridade física, o agente tiver de destruir coisa alheia, não importando que sua vida tenha valor igual à do seu semelhante, ou que a sua integridade física valha mais do que o patrimônio alheio, ambas as hipóteses serão cuidadas sob o enfoque de extensão de ilicitude da conduta, e não sobre a ausência de culpabilidade.

Concluimos então, que o estado de necessidade acaba quando começa o excesso das práticas delituosas no fato. Ou seja, a necessidade e perigo apresentado a alguém, tem que ser condizente com os atos por ela praticado, ao passo que tudo o que se exceder deverá o indivíduo responder por isso.

Há duas espécies de estado de necessidade, sendo elas o estado de necessidade justificante que exclui a ilicitude, ou seja, o bem sacrificado é condizente com a situação, sendo inferior ou igual ao preservado. E o estado de necessidade exculpante, em que o indivíduo responde pelo excesso, mas pode ter a pena diminuída de 1 a 2/3; essa é o inverso da justificante, pois aqui o bem sacrificado é de maior valor que o preservado e a ilicitude é mantida.

Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 250) aborda ao tema:

Preceitua o art. 24, § 2º, do Código Penal que “embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços” Essa causa somente é compatível com a situação do estado de necessidade exculpante, quando não reconhecido como excludente de culpabilidade. Eventualmente, salvando um bem de menor valor e sacrificando um de maior valor, quando não se configura a hipótese de inexigibilidade da conduta diversa, ainda permite ao juiz considerar a situação como menos culpável, reduzindo a pena.

Para exemplificar; o sujeito para proteger sua motocicleta, mata outro, assim, não se pode sacrificar um bem jurídico de maior valor para salvar o de menor.

4.4.1 Estado de necessidade putativo

Sempre que a discriminante for de natureza putativa, quer dizer que a situação é imaginária, assim, o estado de necessidade putativo é ocasionado quando o indivíduo age imaginando estar em uma situação de perigo, e que a necessidade de agir para salvar a própria vida é real, quando na verdade não é.

A exemplo de estado de necessidade putativo, consideramos a situação em que em determinado lugar público, dispare uma sirene onde um grupo de amigos imaginando ser uma alerta de incêndio e tentando salvar suas vidas, causam lesões corporais uns nos outros, mas depois se descobre que era um treinamento de incêndio previamente acordado para acontecer no local, porém, era

do desconhecimento do grupo, fato característico da natureza putativa do estado de necessidade.

4.5 Legítima Defesa

No tópico da legítima defesa, artigo 25 do Código Penal, é onde mais facilmente consegue se identificar o excesso. Isso porque o estado não pode estar em todos os lugares o tempo todo, assim ele permite que as pessoas possam em determinadas situações agir em sua defesa e por isso é mais fácil da vítima se exceder em seus atos, podendo mudar de polo passivo, para polo ativo da conduta. Para que a gente possa falar em legítima defesa, é preciso que o agente se veja em total impossibilidade de recorrer ao estado, e só assim agir em sua defesa ou em defesa de terceiro.

Mas será que todos os bens são amparados pela legítima defesa? Tem-se entendido que a legítima defesa tem aplicação em qualquer bem tutelado pelo direito, mas há exceções, que é o caso em que somente será possível o bem ser abrangido pela legítima defesa se naquele momento não for possível ao indivíduo socorrer-se do Estado. Uma simples ameaça, sem um preparo de agir da outra pessoa, por exemplo, a vítima não pode se valer da legítima defesa para repelir dessa ameaça, porque ela pode procurar o estado para se proteger. Agora, se for uma ameaça que já está prestes a se transformar em agressão atual e iminente, a vítima nesse caso poderá se valer do instituto em sua defesa própria. Observa-se aqui que diferente da redação do estado de necessidade, a legítima defesa traz no dispositivo o termo “perigo atual ou iminente”, e no estado de necessidade fala somente da “agressão atual”. Outra exceção que a legítima defesa encontra é sobre os bens jurídicos comunitários, cujo o portador é a sociedade.

Nesse sentido, Rogerio Greco (2012, p. 335), faz menção sobre o tema:

A regra, portanto, é de que todos os bens sejam passíveis de defesa pelo ofendido, à exceção daqueles considerados comunitários, desde que, para a sua defesa, o agente não tenha tempo suficiente ou não possa procurar o necessário amparo das autoridades constituídas para tanto.

No próprio artigo sobre legítima defesa, existem os requisitos para a sua existência, quais sejam: “usando moderadamente dos meios necessários”; “injusta agressão, atual ou iminente”; “direito seu ou de outrem”. Assim, usar meios

moderados está relacionado a vedação de excesso no momento da defesa. Como dito, a questão do excesso é de maior relevância dentro das excludentes no que tange a legítima defesa, pois o agente por estar impelido por forte emoção ao se encontrar em uma situação de perigo, é fácil que ele exceda nos atos. Quanto a injusta agressão, atual ou iminente, se refere ao tempo do fato, onde o sujeito que se defender não pode ter a possibilidade de recorrer ao Estado naquele momento, e o perigo é atual, que está acontecendo, ou iminente, que está prestes a acontecer. Não podendo ser considerado apresentação de perigo futuro.

Renato Fabbrini e Julio Fabbrini Mirabete (2008, p. 483) abordam o assunto:

Deve o sujeito ser moderado na reação, ou seja, não ultrapassar o necessário para repeli-la. A legítima defesa, porém, é uma reação humana e não se pode medi-la com um transferidor, milimetricamente, quanto à proporcionalidade de defesa ao ataque sofrido pelo sujeito. Aquele que se defende não pode raciocinar friamente e pesar com perfeito e incomensurável critério essa proporcionalidade, pois no estado emocional em que se encontra não pode dispor de reflexão precisa para exercer sua defesa em equipolência completa com a agressão. Não se deve fazer, portanto, rígido confronto entre o mal sofrido e o mal causado pela reação, que pode ser sensivelmente superior ao primeiro, sem que por isso seja excluída a justificativa, e sim entre os meios defensivos que o agredido tinha a sua disposição e os meios empregados, devendo a reação ser aquilatada tendo em vista circunstância do caso, a personalidade do agressor, o meio ambiente etc. A defesa exercita-se desde a simples atitude de não permitir a lesão até a ofensiva violenta, dependendo das circunstâncias do fato, em razão do bem jurídico defendido e do tipo de crime em que a repulsa se enquadraria.

Sobre a agressão atual, segue decisão do Tribunal de Justiça do Paraná:

"DIREITO E PROCESSO PENAL – HOMICÍDIO – LEGÍTIMA DEFESA PRÓPRIA E DE TERCEIRO – ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA – Confirma-se a absolvição sumária, na forma do art. 411 do CPP, quando toda a prova produzida evidencia, estreme de dúvida, que o acusado disparou contra a vítima em legítima defesa própria e da esposa, nos termos do art. 25 do CP, revidando imediatamente a injusta agressão atual e fazendo-o moderadamente e com o uso de meio necessário, pois o ofendido, também armado de revólver, atirou primeiro, chegando inclusive a ferir a mulher do réu".

(TJPR – RecExOff 0113667-2 – (13729) – Curitiba – 2ª C.Crim. – Rel. Des. Gil Trotta Telles – DJPR 04.02.2002).

No que se refere a agressão, ela deve ser injusta, entende-se por injusta, aquela que o agente não deu causa, aqui não é necessário que a agressão seja criminosa, apenas que a agressão seja injusta. O final do artigo fala sobre

direito seu ou de outrem, sendo possível que o sujeito defenda direito próprio ou de terceiro, levando em consideração a solidariedade humana.

O direito de agir em legítima defesa está concomitantemente ligado ao elemento subjetivo do agente, pois o que deve prevalecer aqui é que a conduta deve ser no intuito único e exclusivo de se defender. Sendo esse elemento subjetivo um ponto diferenciador com a ação criminosa.

Muito se distingue a legítima defesa de estado de necessidade. De forma direta as duas têm como critérios de diferenciação o seguinte; no estado de necessidade há ação, enquanto que na legítima defesa há reação. Assim, no estado de necessidade a ação do agente é contra terceiros inocentes e contra qualquer causa, enquanto que por outro lado a legítima defesa a conduta é contra a ação do homem e sempre contra o agressor.

Podemos distinguir duas espécies de legítima defesa:

4.5.1 Legítima defesa real X Legítima defesa putativa

Falamos em legítima defesa real aquela que figura o tema, ou seja, aquela em que realmente há uma situação de agressão injusta, com perigo atual e iminente, sendo essa situação permissiva para a defesa. Assim, é quando a situação da agressão injusta está efetivamente ocorrendo no mundo concreto.

Já a legítima defesa putativa está ligada com a situação de agressão imaginária, o agente acredita por algum erro que está sendo ou virá ser agredido injustamente. O exemplo claro é quando uma pessoa está em algum lugar público, e seu desafeto chega no local e vai até sua direção, a pessoa imaginando que seu desafeto irá lhe agredir, acaba agindo antes e causando lesão corporal neste, porém, o desafeto apenas estava se dirigindo ao banheiro, e o agressor imaginou estar em uma situação de perigo atual e iminente, agindo com erro.

A legítima defesa putativa está prevista no artigo 20, § 1º do Código Penal, ela está pautada nas chamadas discriminantes putativas, conforme redação:

§1º É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos.

Pode acontecer ainda a situação de legítima defesa putativa e real concomitantemente, ao considerarmos a situação em que o desafeto de uma pessoa

promete mata-lo no primeiro encontro que estiver com essa pessoa, e esta ultima, amedrontada, começa a andar armado para se defender caso a promessa se cumpra. Quando aquele que ameaçou encontra com o ameaçado, e em sua direção coloca a mão no bolso, o ameaçado age mais rápido e atira na direção do mesmo, imaginando que o desafeto sacaria uma arma para atingi-lo. Porém, o desafeto estava indo ao encontro do outro para se desculpar da ameaça, mas que em decorrência da atitude do outro em atirar primeiro, o desafeto que também estava armado, revida o tiro. Percebe-se que a primeira situação trata de uma situação de legitima defesa putativa, e a segunda de uma defesa real.

4.5.2 Legitima defesa de terceiro X Consentimento do ofendido

Aqui se discute a situação da legitima defesa de terceiro; a questão é se é necessário o consentimento do ofendido ou não. Se a situação for de risco de um bem jurídico indisponível, o consentimento do ofendido é dispensável para que outra pessoa aja em defesa do terceiro. Diversamente, se o bem jurídico for disponível, há a necessidade do consentimento do ofendido.

4.5.3 Legitima defesa X Aberratio ictus

É a hipótese da legitima defesa com erro na execução, prevista no artigo 73 do Código Penal.

Pode ocorrer que um agente que querendo repelir a injusta agressão de um sujeito, acaba atingindo terceira pessoa que não é o agressor ou então acaba acertando os dois. Nesse caso, embora tenha sido ferida uma pessoa que não era o agressor, o resultado advindo desse erro, o agente está também amparada pela legitima defesa, não podendo responder criminalmente, contudo, com relação ao terceiro inocente permanece a responsabilidade civil do agente, não a penal.

4.5.4 Legitima defesa X Estado de necessidade

Ao analisar esse conflito, seria possível cogitar uma situação em que um dos sujeitos atue em legitima defesa e outro em estado de necessidade? Não.

Porque aquele que está em estado de necessidade pratica uma conduta amparada pelo ordenamento jurídico, e a legítima defesa exige uma agressão injusta.

Porém, embora não podendo falar em legítima defesa autêntica contra o estado de necessidade autêntico, existe um confronto entre o estado de necessidade real e a legítima defesa putativa. Analisaremos um exemplo: uma pessoa que está passando na rua e vê outra que acabou de se machucar gravemente, na tentativa de ajuda-la, percebe um carro parado com a chave no contato, e se vale do mesmo para levar a pessoa machucada até um hospital, porém, o proprietário do veículo avista toda a ação de longe, e imaginando se tratar de um furto, atira contra aquele que está socorrendo a vítima. Assim, na primeira relação de socorro prestado a pessoa necessitada, estamos diante do estado de necessidade autêntico (real), e a segunda relação do proprietário está diante de uma legítima defesa putativa, aqui é possível coexistir essas duas legítimas defesas.

4.6 Estrito Cumprimento do Dever Legal

O código não se preocupou em definir um conceito do estrito cumprimento do dever legal, como fez no estado de necessidade e na legítima defesa. Contudo, os elementos caracterizadores podem ser visualizados pela própria expressão “estrito cumprimento do dever legal”, aqui, na mesma forma que as demais causas de justificação, exige-se a presença dos elementos objetivos e subjetivos.

Para Regis Bitencourt (2008, p. 322):

Quem pratica uma ação em cumprimento de dever imposto pela lei não comete crime. Ocorrem situações em que a lei impõe determinada conduta e, em face da qual, embora típica, não será ilícita, ainda que cause lesão a um bem juridicamente tutelado. Nessas circunstâncias, isto é, no estrito cumprimento de dever legal, não constitui crimes a ação do carrasco que executa a sentença de morte, do carcereiro que encarcera o criminoso, do policial que prende o infrator em flagrante delito etc. Reforçando a licitude de comportamentos semelhantes, o Código de Processo Penal estabelece que, se houver resistência, poderão os executores usar dos meios necessários para defenderem-se ou para vencerem a resistência (...).

Inicialmente é preciso que haja um dever legal ao agente, que em regra é imposto a quem faz parte da administração pública, como oficiais de justiça, policiais e carcereiros. Assim, o estrito cumprimento do dever legal abarca os

deveres de intervenção do funcionário na esfera privada, para garantir o cumprimento da lei ou de ordens superiores da administração pública que podem determinar a realização justificada de tipos legais, como a coação, privação de liberdade, lesão corporal, assim por diante, é o exemplo de um policial que priva a liberdade de alguém que comete um crime e é pego em flagrante, esse policial vai privar a liberdade do indivíduo, mas estará velado pela causa de justificação do estrito cumprimento de seu dever legal.

Em linhas gerais, o estrito cumprimento do dever legal deve ter um dever legal a cumprir e que esse dever seja cumprido nos termos legais da lei. Qualquer limite ultrapassado configura excesso ou abuso de autoridade.

4.7 Exercício Regular do Direito

Mais uma vez a definição ficou a cargo da doutrina. A própria palavra diz por si só, que é exercer regularmente o direito legal imposto a determinada pessoa. Esse direito que a norma menciona pode provir da lei, ou até mesmo de costumes, sendo assim, pode ser um direito de qualquer norma instituído a alguém. Um exemplo de exercício regular do direito é a concessão do direito dos pais na correção dos filhos.

Na esteira de raciocínio de José Frederico Marques (1997, p. 179), sobre o exercício regular do direito com base nos costumes:

O “costume” legitima também certas ações ou fatos típicos. É disto um exemplo o trote acadêmico em que as violências, injúrias e constrangimentos que os veteranos praticam contra os noviços, não se consideram atos antijurídicos em face do direito penal, porque longo e reiterado costume consagra o “trote” como instituição legítima.

4.7.1 Lesões em atividades esportivas

As práticas esportivas violentas, desde que os atletas permaneçam dentro das regras previstas para aquela modalidade, encontram amparo nessa causa justificativa, uma vez que o Estado autoriza e também incentiva que seja praticada, desde que dentro dos limites impostos. Todavia, se notadamente o fato cometido pelo agente resultar em agressões fora do permitido, haverá

responsabilidade pelo crime, doloso ou culposo, nesse sentido, Cleber Masson (2011, p. 422).

O nome diz exercício “regular” do direito, assim, o limite é onde começar o abuso, o direito deixa de ser exercido regularmente e passa a ser excessivo, configurando então a ilicitude. O estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito são muito simples e valem as mesmas regras do excesso já mencionado no trabalho.

4.7.2 Intervenções médicas ou cirúrgicas

Como dito, o rol do artigo 23 do Código Penal que traz as excludentes de ilicitude é meramente exemplificativo, assim permitindo outras causas justificativas. Quando o médico pratica ato de medicina, ele age acobertado por qual excludente? Ele atua no exercício regular de direito e não em estado de necessidade. Há duas situações em que um ato cirúrgico configura estado de necessidade, que é quando o leigo pratica ato medicinal em terceiro, justamente pelo fato do leigo não ser médico. E a segunda hipótese é quando o médico executa algum ato contra a vontade do paciente.

O professor Flavio Augusto Monteiro de Barros, entende que se a operação é consentida e o médico efetua a cirurgia para salvar de perigo atual, configura estado de necessidade e exercício regular do direito, porque o paciente consentiu e foi para salva-lo de perigo atual. Agora, se o perigo for futuro, há apenas o exercício regular do direito.

4.8 Causas Supralegais de Excludentes de Ilicitude

Prevalece na doutrina e jurisprudência que as excludentes de ilicitude não se limitam ao rol do artigo 23 do Código Penal, sendo considerado, portanto, um rol exemplificativo, pois admite outras causas fora as dispostas legalmente. Seria impossível exigir que o legislador levantasse nos dispositivos legais todas as causas possíveis de excludente, devido a mudanças constantes tanto da sociedade quanto doutrinárias, assim acarretando em novas causas justificativas. Levando em conta esse entendimento, a causa supralegal de exclusão de ilicitude aceita atualmente é o consentimento do ofendido.

Para configurar consentimento do ofendido, deve-se atentar aos requisitos necessários, como por exemplo; a manifestação do ofendido deve ser antes da consumação do crime, se for posterior, não se fala em causa de excludente. Há também a necessidade de capacidade do ofendido em consentir, via de regra, os maiores de 18 anos. O consentimento deve referir-se a bem próprio, eu não posso consentir que quebrem o carro de terceiro.

Para Damásio de Jesus (2005, p. 750):

O juiz utilizando o disposto no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), que prevê a possibilidade de decidir com a analogia, costumes e os princípios gerais do direito, poderá reconhecer a excludente, embora não contida em lei.

A doutrina diverge no ponto se o consentimento tem que ser expresso ou pode ser tácito, há posicionamentos que entendem que pode ser tácito, porém, autores como Cleber Masson e Francisco de Assis Toledo, entendem que o consentimento deve ser expresso.

5 CULPABILIDADE

A palavra culpabilidade advém de culpa, sendo mais um elemento de crime. Temos que observar se a conduta foi praticada com ou sem culpa do indivíduo.

Para melhor compreensão, nos valem das palavras de Julio Fabbrini Mirabete (2014, p. 181):

Torna-se assim indispensável, para se falar em culpa, verificar se no fato estavam presentes a vontade ou a previsibilidade. Desses elementos (vontade e previsibilidade) construíram-se dois conceitos jurídico-penais importantes: o dolo (vontade) e a culpa em sentido estrito (previsibilidade). O crime pode, pois, ser doloso (quando o agente quer o fato) ou culposos (quando o sujeito não quer, mas dá causa ao resultado previsível).

Portanto, como vimos acima, a culpabilidade se dá pela análise da vontade do indivíduo, se ele agiu para aquele fim, ou se ao menos ele tinha previsibilidade de que eventual resultado lesivo poderia acontecer.

Para Cleber Masson (2011, p. 436), “culpabilidade é o juízo de censura, o juízo de reprovabilidade que incide sobre a formação e a exteriorização da vontade do responsável por um fato típico e ilícito, com o propósito de aferir a necessidade de imposição de pena”.

O fundamento da culpabilidade se concentra na divisão entre o indivíduo que está apto ao convívio social, que sabe discernir o lícito do ilícito, daquele que é portador de doenças mentais, bem como pessoas que possuem desenvolvimento mental incompleto, assim, conseqüentemente, não têm capacidade de discernir o lícito do ilícito, nesse sentido Cleber Masson (2011, p. 437).

Há de se ressaltar que o dolo e a culpa de nada farão diferença na culpabilidade se a conduta praticada não for considerada reprovável em dispositivos legais.

5.1 Elementos da Culpabilidade

Para se falar em culpabilidade, temos que ter a presença de uma conduta reprovável em lei, e que o autor da ação tivesse capacidade de agir de forma diferente, ou seja, de acordo com a norma.

Assim, Julio Fabbrini Mirabete (2011, p. 183):

Em primeiro lugar, é preciso estabelecer se o sujeito tem certo grau de capacidade psíquica que lhe permitia ter consciência e vontade dentro do que se denomina autodeterminação, ou seja, se tem ele a capacidade de entender, diante de suas condições psíquicas, a antijuridicidade de sua conduta e de adequar essa conduta à sua compreensão. A essa capacidade psíquica denomina-se imputabilidade. Esta é, portanto, a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se segundo esse entendimento.

Da mesma forma que tem posições doutrinárias que defendem que a posição da culpabilidade é de pressuposto e não elemento do crime, há quem defenda no mesmo sentido de que a posição da imputabilidade também é, porém, minorias.

É necessário não só a imputabilidade, é indispensável também para haver culpabilidade, a consciência de reprovação acerca da ação, ou seja, que ele conheça da antijuridicidade de sua conduta, a esse condição, chamamos de “possibilidade de conhecimento da antijuridicidade do fato”.

Além dos dois elementos aludidos, fato tipificado em lei e antijurídico, é de extrema importância que no momento do agir do indivíduo, ele não poderia agir de forma diversa da que agiu, pois há fatores externos e pessoais aos quais não se poderia esperar conduta diversa do autor, e que denominamos de “exigibilidade de conduta diversa”.

Assim, só podemos falar em culpabilidade se o fato for típico, que o autor tenha capacidade de organizar psicologicamente (imputabilidade), que a conduta seja descrita no rol de antijuridicidade e que o indivíduo conheça dessa antijuridicidade (potencial consciência da ilicitude), e que ele pudesse agir de forma diferente do que agiu (exigibilidade de conduta diversa). Caso contrário, não seria possível falar em culpabilidade. Tanto é verdade, que veremos as causas de exclusões de culpabilidade.

5.2 Excludentes da Culpabilidade

Haverá situações em que o sujeito ficará isento de pena, ou a terá de forma reduzida, se praticado por uma das circunstâncias que a excluem ou reduzem. O Código Penal se encarregou de elenca-las no capítulo de imputabilidade, nos artigos 26, 27 e 28, § 1º.

Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Art. 27. Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis [...]

Art. 28, § 1º: [...] É isento de pena o agente que por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Esses são alguns dispositivos que isentam a culpabilidade do indivíduo. De acordo com o artigo 26, o legislador usou como critério a condição psíquica do agente, o artigo 27 se vale do requisito etário e o artigo 28, § 1º se vale da condição eventual no momento da ação do agente, seja por caso fortuito ou força maior, a embriaguez completa. Percebemos com isso, que a lei que institui crimes, é a mesma que apresenta causas que o exclui.

Há situações também em que o legislador previu no Código Penal, no artigo 20, 21, § 1º e 22, segunda parte, outras modalidades de exclusão da culpabilidade.

Senão, vejamos:

Art. 20. O erro sobre o elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

§ 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo.

Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

Enquanto os artigos 26, 27 e 28 abrangem a condição psicológica do agente, os artigos acima são voltados para as condições em que o fato foi praticado. Portanto, entende-se por culpabilidade, a condição em que o agente ativo se encontra no momento da prática da conduta, seja psíquica ou circunstâncias do fato, podendo o mesmo estar agindo sob o dolo ou culpa.

Para a avaliação e eventual condenação por prática de qualquer crime que seja, necessário se faz a análise se ele agiu com os elementos de extinção presentes em sua ação, se os elementos estiverem presentes, fará dele inimputável e por consequência não responderá pelo ato, ou responderá com pena reduzida.

Todas essas condições serão relevantes na dosimetria da pena.

6 EXCESSO NAS CAUSAS JUSTIFICATIVAS

Depois de expor as excludentes de ilicitude uma a uma, é preciso abordar o excesso dentro de cada uma delas. Quer dizer então que já que essas causas excluem a ilicitude do fato, podemos nos valer de todo e qualquer meio dentro das excludentes? Essa é a questão do tema abordado no trabalho. Nos argumentos jurídicos dos casos concretos, muito se utiliza como pilar as excludentes do artigo 23 do Código Penal, enquanto que na maioria das vezes a acusação se vale dos excessos das mesmas, previsto no paragrafo único do mesmo artigo; “o agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo”.

O legislador ao mesmo tempo em que oferece no ordenamento causas que excluem a natureza ilícita do fato, impõe limites por se preocupar em proteger o maior bem tutelado, que é a vida. Esse excesso se dá quando o sujeito encontra-se inicialmente em algumas das causas de excludente e ultrapassa os limites da justificativa com sua conduta.

O excesso pode ser doloso e culposo. Ele será doloso na hipótese em que o agente, após iniciada sua conduta, excede os limites nos atos, com a intenção de obter um resultado antijurídico desnecessário. Desta forma, exclui-se a discriminante de acordo com o resultado, e responderá o agente dolosamente pelos danos que sobrevierem de sua conduta. Assim, o individuo que podendo apenas ferir a vítima, a mata, responderá por homicídio. Ele pode ser doloso em duas hipóteses, quando agente mesmo cessado as agressões, continua com a agredir na intenção de causar lesões, é chamado excesso doloso em sentido estrito. A segunda hipótese ocorre quando o agente mesmo depois de conseguir fazer cessar a agressão, por ele ter sido agredido inicialmente, por um erro ele acredita que pode ir até o fim, causando a morte do agressor inicial. Portanto, o excesso doloso pode ocorrer mesmo sabendo que com a agressão inicial já tinha cessado a agressão contra o agente, mas ele dá continuidade no ataque, ou quando ele continua o ataque por incidir um erro de até onde ele pode ir.

O excesso será culposo quando o agente imagina estar agindo de forma proporcional e ao mesmo tempo autorizada, e que não está agindo para obter um resultado excessivo, mas por sua imprudência, negligencia ou imperícia ele ocorre. Na realidade a conduta é dolosa, mas a lei ordena que seja aplicada pena na

modalidade de crime culposo, uma vez que o individuo atuou com um erro vencível na sua conduta, diante da forte emoção ou temor que o levou ao excesso. Sendo assim, ele responderá pelo resultado em que se excedeu.

Assim, o excesso culposo pode ocorrer quando o agente acredita que ainda está ou poderá vir a ser agredido, e em virtude disso dá continuidade na agressão, nessa hipótese é a regra do artigo 20, paragrafo 1º, segunda parte do Código Penal. A segunda hipótese é em virtude de uma má avaliação dos fatos, o individuo excede em virtude de um erro de calculo quanto a gravidade do perigo ou então quanto ao modus, chamado de excesso culposo em sentido estrito. Igual no excesso doloso, no culposo o agente responde por tudo que ocasionar quando faz cessar a agressão. Se houver erro de forma escusável, há isenção de pena, agora se for inescusável, o agente vai responder pelas penas incumbidas nos delitos culposos. O excesso culposo na verdade é em sua essência doloso, mas por uma questão de politica criminal, é punida como se fosse culposo, a isso denominamos “culpa impropria”.

Há o excesso intensivo e extensivo, o intensivo ocorre quando o agente por medo ou susto excede nas medidas de defesa, ou seja, o agente não tem limites quanto a intensidade, fazendo de forma imoderada; e será extensivo quando o agente fazendo cessar aquela agressão injusta dá continuidade no ataque quando não é mais necessário, praticando assim, num segundo momento, uma conduta ilícita.

6.1 Excesso Exculpante

O excesso exculpante está relacionado com o elemento subjetivo do agente, onde ele acredita estar agindo de acordo com as normas penais, não percebendo a violação do direito, desta forma, ele acredita que a agressão ainda persiste ou que ocorrerá. O individuo entra em um estado de confusão mental, onde o medo e o pavor predominam em todo momento da ação.

A respeito do assunto, há jurisprudência no sentido:

Doc. LEGJUR 103.1674.7565.4200

1 - TJRJ. Lesão corporal gravíssima. Absolvição. Recurso ministerial desejando a condenação da recorrida, esta absolvida pelo reconhecimento da legítima defesa própria. Diante de tais argumentos, deve o referido excesso exculpante ser reconhecido como causa supra legal de

exclusão da culpabilidade, com a manutenção da absolvição, já agora por este fundamento. Considerações do Des. Gilmar Augusto Teixeira sobre a possibilidade de reconhecimento de causa supra legal exculpante. CP, arts. 25 e 129, § 2º, I. CPP, art. 386, VI.

Dizemos então que essa é uma causa de exclusão de culpabilidade, uma vez que de acordo com as condições psíquicas do agente, seria difícil esperar comportamento diverso daquele, sendo situação de inexigibilidade de conduta diversa.

O Código Penal de 1969 fazia previsão do excesso exculpante no artigo 3º, § 1º, que era denominado como “excesso escusável”. Contudo, tal previsão não se manteve com a reforma de 1984, onde o excesso exculpante ficou entendido pela doutrina e jurisprudência como causa supralegal de exclusão da culpabilidade.

De acordo com o entendimento de Alberto Silva Franco (2007, p. 305):

(...) a locução excesso exculpante define bem a matéria que se abriga sob sua área de abrangência. Trata-se da ocorrência de um excesso, na reação defensiva, que não é, por suas peculiaridades, reprovável, ou melhor, merecedor de apenação. Não se cuida de excesso culposo porque, neste, o excesso deriva da falta do dever objetivo de cuidado enquanto que, naquele, há um excesso resultante de medo, surpresa ou de perturbação de ânimo. É evidente que o excesso exculpante pressupõe uma agressão real, atual ou iminente, e injusta, isto é, com todas as características de uma ação ofensiva. A resposta deve no entanto, ser havida como excessiva e tal excesso não é devido a uma postura dolosa ou culposa mas a uma atitude emocional do agredido.

E também de Rogério Greco (2011, p. 366):

(...) o pavor da situação em que se encontra envolvido o agente é tão grande que não lhe permite avaliá-la com perfeição, fazendo com que atue além do necessário para fazer cessar a agressão. Essa sua perturbação mental o leva, em alguns casos, a afastar a culpabilidade. Dissemos em alguns casos porque, como regra, uma situação de agressão que justifique a defesa nos traz uma perturbação de espírito, natural para aquela situação. O homem, como criatura de Deus, tem sentimentos. Se esses sentimentos, avaliados no caso concreto, forem exacerbados a ponto de não permitirem um raciocínio sobre a situação em que estava envolvido o agente, podem conduzir à exclusão da culpabilidade, sob a alegação do excesso exculpante.

Embora a emoção não seja considerada pelo ordenamento brasileiro como causa de exclusão de culpabilidade, qualquer fator reação emocional que cause transtorno psicológico no indivíduo, pode excluir o elemento da culpa no excesso.

Por derradeiro, é de grande valia relacionar o Direito às outras ciências para melhor explicar o indivíduo e suas condutas, como a Psiquiatria Forense, por exemplo. Um dos maiores conhecedores sobre psicologia, Sigmund Freud, médico neurologista e importante psicólogo, chama a atenção para o assunto com muita competência. Freud é inclusive considerado o “pai da psicanálise”.

Nesse sentido Sigmund Freud (1996, p. 38):

Desta forma, a proposta vem no sentido de mostrar que fatores psicológicos influenciam efetivamente o comportamento defensivo do ofendido. Fatores como o estado de perigo e de medo geram ao cérebro reações defensivas involuntárias. Evidencia-se, então, o fato de que o ser humano é dotado de imperfeições que acarretam com frequência pequenas falhas de funcionamento, imperfeições na atividade mental, cujos fatores determinantes dessas modificações podem ser especificados.

Visto isso, a psiquiatria forense é muito clara ao relatar as alterações psicológicas que ocorrem no ser humano, como menciona Carl Gustav Jung (2000, p. 66):

Sendo assim, o fator emoção como elemento inibidor da proporcionalidade, age na mente como um processo que apresenta uma elevada intensidade que não condiz com as circunstâncias de fato, ou seja, é uma reação que após desencadeada se exterioriza com uma intensidade que não corresponde, a nível de proporcionalidade/moderação, com o estímulo que a provocou, no caso, o fator determinante. Esse fator determinante (no caso a agressão injusta) libera estímulos psíquicos que são encontrados em qualquer indivíduo, as emoções geram uma reação desproporcional, impulsiva, exagerada do comportamento, que acarretam uma reação cega, sem deliberação e uma imperceptível noção do que se está fazendo.

Desta forma, abordaremos o limite e excesso dentro de cada excludente de ilicitude.

6.2 Excesso no Estado de Necessidade

Depois da reforma da parte geral em 1984, o Código Penal passou a estender as hipóteses de excesso culposo, que originalmente só eram aplicadas nos casos de legítima defesa, para todos os casos de excludentes de ilicitude do artigo 23 do Código Penal.

Aqui a expressão relevante do artigo 24 do Código Penal é “nem podia de outro modo evitar”, assim, age com excesso no estado de necessidade aquele que podendo agir de uma forma, escolhe a que mais causa danos, sacrificando bens

jurídicos alheios. Exemplo de uma situação onde alguém fugindo de um cão feroz, quebra os vidros de um carro para nele adentrar e se salvar, onde tinha a opção de se refugiar em uma casa que tinha a sua disposição.

6.3 Excesso na Legítima Defesa

Quando a gente fala em excesso a primeira coisa que temos que pensar é que o agente age inicialmente por uma causa de justificação, contudo, ele ultrapassa aquele limite permitido, causando danos fora do permitido. Vamos imaginar com um exemplo, alguém é agredido por outra pessoa, assim, aquele que é agredido pode agredir também para cessar a agressão inicial que a está sofrendo, porém, se mesmo cessando as agressões, a pessoa continua a agredir, estará incorrendo o excesso.

Dentro da legítima defesa, o termo relevante estabelecido pelo legislador é “usar de meios moderados”, dessa forma, incorrerá o agente em excesso quando ele podendo se valer de meios moderados para repelir a injusta agressão, o mesmo se vale de meios imoderados, logo, desnecessários para afastar o perigo.

O excesso sempre terá início em um marco, que é o momento em que eu consigo fazer cessar a agressão presente, ou seja, tudo que for feito depois desse momento será o indivíduo responsabilizado.

Fica claro que o excesso não absorve toda a ação, mas somente os atos que ocasionaram as injustas agressões, nesse sentido, existem alguns julgados a respeito no Tribunal:

PENAL – LESÃO CORPORAL GRAVE – LEGÍTIMA DEFESA – REFORMA DO DECISUM – EXCESSO DOLOSO CONFIGURADO – I – Dentre as hipóteses de excesso doloso, tem-se sua configuração quando a vítima, embora agindo inicialmente sob a proteção da legítima defesa, passa a repelir as agressões em situação que não mais justifica o revide. Na hipótese, dá-se o chamado excesso extensivo, arredando, a partir de sua concretização, a justificativa da legítima defesa.
II- Apelo conhecido e provido.

(TJCE – ACr 1998.08167-4 – 1ª C.Crim. – Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha – DJCE 03.05.2000).

6.4 Excesso no Estrito Cumprimento do Dever Legal

Como mencionado, o legislador não previu um artigo específico para o estrito cumprimento do dever legal, mas é só fazer uma interpretação do próprio nome.

Sendo assim, é necessário que o cumprimento a esse dever se dê nos exatos termos impostos pela lei, não podendo em nada ser ultrapassado. Exemplo do policial que para prender um indivíduo, pode usar de força moderada para determinado ato, não podendo se exceder no uso de suas forças. Exemplo também do oficial de justiça que ao cumprir um mandado de busca e apreensão de um televisor, por sua conta resolve também apreender um aparelho de som antevendo pedido futuro, o oficial não estará agindo amparada pela causa de justificação em estudo. Outra possibilidade, é o policial que em uma situação de fuga de um preso do presídio, atira no mesmo com a intenção de mata-lo, situação em que fica distante do amparo da causa justificativa também.

Assim, o marco inicial do excesso nessa causa justificativa é exatamente a inobservância dos limites estabelecidos legalmente.

6.5 Excesso no Exercício Regular do Direito

Essa causa de justificação como já vimos, advém de direito instituído pelo ordenamento. O excesso nessas hipóteses configura com o exercício irregular e abusivo do direito de quem o detém.

Assim, os pais têm direito de corrigir os filhos, contanto, se lesionar o filho por ter ultrapassado o limite, incorrerá o excesso e responderá por eles.

7 LEADING CASE

A prática do excesso nas excludentes de ilicitude é muito comum em nosso meio. Diariamente acompanhamos casos em que alguém se excedeu em alguma defesa própria ou alheia, em seu estado de necessidade ou em seu exercício regular de direito que engloba o dever legal ao agente imposto.

A grande discussão é referente aos requisitos de análise para a punição de cada caso pelo juiz. De quais elementos e dosagens ele se vale e por aí em diante.

7.1 Caso Ana Hickmann

Há pouco tempo atrás, houve o caso de repercussão nacional, envolvendo a apresentadora de televisão Ana Hickmann. Na ocasião, um fã da apresentadora, chamado Rodrigo Augusto de Pádua, invadiu armado o quarto de hotel em que ela se encontrava, em Belo Horizonte, com a intenção de mata-la. No episódio, Giovana Alves de Oliveira; assessora de Ana e também concunhada, foi baleada. Gustavo Henrique Bello, cunhado da modelo e marido de Giovana, entrou em luta corporal com o invasor, tomando-lhe a arma e efetuando contra o mesmo três tiros na nuca.

Muito se discutiu sobre a existência ou não de legítima defesa por parte de Gustavo, uma vez que a quantidade de tiro por ele efetuado faz com que pairassem dúvidas no caso. Nesse sentido, o Ministério Público ofereceu denúncia de homicídio doloso contra Gustavo e se posiciona formalmente fazendo crítica ao trabalho da Polícia Civil ao arquivar o caso, segundo informações do site Em, 2016.

O promotor Francisco de Assis Santiago, do 2º Tribunal do Júri, foi quem ofereceu denúncia, notoriamente indo contra a orientação policial, uma vez que foi pedido o arquivamento do caso. No inquérito, o entendimento era de que Gustavo agiu para salvar sua própria vida e a vida da mulher e da apresentadora. Mas, esse não foi o entendimento do MP, que alegou faltar provas cabais de legítima defesa. O promotor de Justiça Marino Cotta, então coordenador das Promotorias de Execução Penal de Belo Horizonte, justifica a posição tomada pelo órgão ao dizer que há provas dos momentos que antecederam aos disparos que resultaram na morte da vítima, tais como filmagens, hospedagem regular, intenção de matar pela

parte do invasor, entre outras. Contudo, não se pode provar materialmente o que ocorreu nos momentos dos disparos, uma vez que somente se encontravam no quarto onde tudo aconteceu; o invasor e Gustavo. Há a comprovação da existência de três tiros, porém, não há prova suficiente de que Gustavo agiu em legítima defesa, afirma o coordenador. Em razão disso, o caso precisa ser melhor analisado, e se caso houve realmente a legítima defesa, esta deve ser provada. Marino Cotta ainda afirma que nos casos de crime contra a vida, quem reconhece a legítima defesa é o Tribunal do Júri, por previsão constitucional, conforme informações do mesmo site. O coordenador também critica a decisão do delegado Flávio Grossi da Delegacia de Homicídios e Proteção à Pessoa, que atendeu o caso, ele diz que não é papel do delegado pedir o arquivamento de um caso, sendo este um ato de desvio de função, o delegado pode tão somente apurar, narrar e relatar os fatos.

Segundo o site Em (2016, s. p), informa:

O advogado da apresentadora Ana Hickmann, Maurício Bemfica, informou que recebeu com surpresa a posição do MP, diante da certeza de que Gustavo agiu para se defender e para defender Ana e Giovana. Acrescentou que as linhas de defesa estão sendo preparadas para argumentação no processo. Entre os pontos que serão analisados durante o processo, será fundamental esclarecer se houve ou não excesso de Gustavo ao disparar três tiros, no intervalo de três segundos, na nuca de Rodrigo. “A legítima defesa se caracteriza por uma reação a uma agressão injusta, usando os meios necessários e de forma moderada. A perícia não comprova a dinâmica dos fatos, apenas quantos foram e onde foram os tiros. Portanto, o desafio instalado é confirmar se todos os disparos eram necessários para barrar a ação do agressor”, afirma o advogado criminalista e presidente do Conselho Penitenciário de Minas Gerais, Bruno Cesar Gonçalves da Silva. Segundo ele, ainda que se constate que o meio foi empregado de forma imoderada, o fator emocional e a falta de habilidade para “medir” a reação no momento da defesa pode excluir a culpabilidade de Gustavo.

Como podemos perceber, a grande questão que inclusive foi motivo de denúncia por parte do Ministério Público, é referente a atitude de Gustavo, que ao entender do promotor Francisco Santiago, o mesmo usou de meios imoderados, onde o atirador já se encontrava dominado.

O ponto do presente trabalho é justamente a análise e compreensão sobre o marco inicial de eventual excesso nas excludentes de ilicitude e dos critérios de punição que o juiz se vale. Em suma, o direito de punir do Estado é evidente em todos os casos previstos em lei, contudo, se concentra muito poder punitivo nas mãos do aplicador do direito acerca da identificação de excesso ou não em uma atitude humana. O aplicador do direito, mesmo dotado de conhecimentos técnicos e

principalmente jurídicos, também está sujeito a erros; sendo na maioria das vezes limitado ao conhecimento de todos os elementos presentes no momento da ação, inclusive a condição psicológica do indivíduo que é relevantíssimo nesses casos.

7.2 Caso Luana Barbosa

No dia 27 de Junho de 2014, Luana Barbosa, de 25 anos, foi vítima do Policial Militar, Marcelo Aparecido Domingos Coelho, devido a atitude do namorado de não parar em uma blitz de trânsito em Presidente Prudente, no oeste paulista, na ocasião Luana estava na garupa. A vítima levou um tiro no tórax, segundo informações do site Estadão (2014). Felipe Fernandes de Barros, de 29 anos, era o condutor da motocicleta e também namorado da vítima, que não parou no bloqueio e segundo o registro da ocorrência, Barros alegou que sua Carteira de habilitação (CNH) estava suspensa, sendo esse o motivo por não ter parado. Já o cabo Marcelo Coelho relatou que no momento em que o motociclista tirou o capacete, acertou sua mão e por isso houve o disparo, a jovem foi socorrida, mas não resistiu e morreu pouco depois. O cabo Coelho, de 43 anos, foi encaminhado a um presídio militar em São Paulo, mas foi-lhe concedida liberdade provisória, porém, no âmbito da justiça militar, o cabo foi absolvido da acusação de homicídio culposo, segundo informações dos sites Estadão (2014) e Jornais Notícias (2015).

Acontece que foi aberto outro inquérito para que Marcelo Coelho responda perante a justiça comum, e até 27 de Junho de 2015 aguardava-se a decisão referente a competência para julgar o caso.

Segundo o site G1 (2015, s/p):

O advogado da família de Luana, Rodrigo Lemos Arteiro, explicou que a decisão sobre o julgamento está em posse do Superior Tribunal da Justiça (STJ) e que aguarda uma decisão desde março, quando o “conflito de competência” entre o Juízo de Direito da Vara do Júri de Presidente Prudente e Juventude e o Juízo de Direito da 4ª Auditoria Militar do Estado de São Paulo não foi reconhecido pelo ministro Gurgel de Faria. Ao G1, Arteiro relatou que “aguarda o STJ dirimir um conflito positivo de competência entre a Justiça Militar e a Vara do Júri de Presidente Prudente”. “Queremos que a causa fosse apreciada na competência da Vara do Júri, pois há competência constitucional para julgar o caso”, destacou o advogado.

Em 14 de Outubro de 2015, em decisão publicada pelo ministro Gurgel de Faria, segundo o site Jornais Notícias (2015, s/p); “o Superior Tribunal de Justiça

(STF) declarou a Vara do Júri de Presidente Prudente competente para julgar o caso da morte de Luana Barbosa. Além disso, o STJ ainda declarou a nulidade dos atos praticados pela Justiça Militar em relação ao caso”. Com a decisão do STJ, o policial militar poderá ser submetido a julgamento através de um júri popular, informa a mesma fonte.

Atualmente, já foi realizada a primeira audiência onde foram ouvidas algumas testemunhas.

A discussão gira em torno do excesso na excludente de ilicitude do estrito cumprimento do dever legal do policial militar, onde ele se caracteriza com a atitude excessiva do mesmo em não agir prudentemente e limitado aos seus poderes de abordagem, resultando na morte da vítima.

O que se deve pensar primeiramente é se o policial agiu com eventual ímpeto por sua condição Estatal que possui, decorrente de seu cargo. Ou se realmente ocorreu uma imprudência quanto ao manejo da arma que disparou e acertou a vítima. Porém, sendo uma ou outra a situação, o Código Penal Brasileiro é claro ao dizer que tanto os excessos dolosos quanto os culposos serão punidos. O fato é que o PM está sendo acusado de homicídio doloso – quando há a intenção de matar.

8 CONCLUSÃO

Como foi exposto, entendemos a necessidade da análise tripartite de crime, uma vez que seus elementos são da essência da tipificação criminosa. Vimos que há crime se o fato é típico, antijurídico e culpável, contudo, há situações em que o legislador possibilita a exclusão de antijuridicidade, bem como de culpabilidade.

Essas exclusões vão das circunstâncias do fato, às condições psicológicas do indivíduo. Partindo da premissa do preenchimento dos elementos de crime, chegamos às causas justificativas que abarcam a ilicitude do fato, onde o legislador expõe situações que excluem a natureza ilícita da conduta se praticadas nas formalidades impostas.

Ocorre que como relatamos nos casos concretos, há uma série de considerações nas causas justificativas que merecem análise minuciosa. Essa análise se dá pela necessidade de identificar eventual emprego de excesso no agir do indivíduo, que em sua defesa justifica seus atos alegando causa de excludente de ilicitude.

O legislador expressamente previu no Código Penal, no artigo 23, parágrafo único, que o agente responderá pelos excessos dolosos e culposos, se assim praticar em uma das causas de excludentes de ilicitude. Conceituando dolo e culpa dentro do excesso, entendemos como dolo, quando o indivíduo se excede com a intenção de obter o resultado lesivo, inclusive, tendo consciência de que está se valendo de meios imoderados. Entendemos por culpa, quando o resultado lesivo não é pretendido pelo indivíduo, porém, por imperícia, negligência ou imprudência, o resultado ocorre; contudo, a modalidade culposa não se admite em algumas situações. Em suma, a responsabilidade por atos excessivos do sujeito começa a partir do momento em que o indivíduo se vale de meios imoderados, inexistindo a necessidade de praticá-los, assim lesionando os bens jurídicos tutelados, tais como; primordialmente, a vida, a integridade física, liberdade de expressão, direito de ir e vir, etc...

Por outro lado, a doutrina se encarregou de abordar o excesso exculpante, que é considerado como causa supra legal de exclusão da culpabilidade, pois a confusão mental causada no indivíduo retira dele qualquer discernimento de moderação e ilicitude, sendo assim considerado, não se pode falar em responsabilidade do indivíduo, pois como foi visto, o crime precisa ser fato típico,

antijurídico e culpável, estando a culpabilidade ausente nessa modalidade de excesso, a composição tripartite de crime estará incompleta. O excesso exculpante seria equivalente ao culposo, distinguindo-se do último pelo elemento emocional, sendo que no culposo tal elemento não é levado em conta.

Ante todo o exposto, nos valem de conhecimentos da psiquiatria forense, para concluirmos que quando o excesso praticado derivar de uma alteração no estado psicológico do agente, denominado exculpante, não será ele responsabilizado, justamente pela incapacidade de avaliação de seus atos, uma vez que atua com pavor e medo. Assim, a divisão da linha tênue que liga o excesso culposo (indivíduo é responsabilizado), ao excesso exculpante (isento de responsabilidade) é justamente o fator psicológico presente no último.

Portanto, diante das pesquisas levantadas, visualizamos que o Direito Penal com tanta sede de ser justo, pode acabar sendo injusto pelo seguinte motivo; o excesso culposo e doloso responsabiliza o agente dos atos que se excederam, e essa responsabilidade dá ao indivíduo o direito de provar que ele agiu acobertado por uma das excludentes de ilicitude. Contudo, a dificuldade de se demonstrar a exclusão de culpabilidade pelo excesso exculpante, também se limita no conjunto probatório tanto quanto o excesso doloso e culposo nas excludentes de ilicitude.

Por esse motivo, diante das considerações de ciências auxiliares, o fator psicológico é muito relevante, e o Direito Penal deve fazer importante consideração desses fatores, pois o excesso exculpante precisa ser considerado tanto quanto o culposo e doloso são, ou seja, devem ser analisados na mesma linha e posição, e não de forma secundária, podendo incorrer em injusta punição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAYER, Diego Augusto. **Legítima defesa: a linha tênue entre o excesso doloso e o excesso exculpante**. 2013. Disponível em: <<http://diegobayer.jusbrasil.com.br/artigos/121943186/legitima-defesa-a-linha-tenu-e-entre-o-excesso-doloso-e-o-excesso-exculpante>>. Acesso: em 30 de agosto de 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte geral**. Volume 1. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 6ª ed. 2003.

Consentimento do ofendido. **Causa supralegal de exclusão de ilicitude**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=OfifVcnFKpg>>. Acesso: em 01 de setembro de 2016.

Direito Penal. Art 23, III, CP. **Causa de Exclusão da Ilcitude**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=36GEqQhlstA>>. Acesso: em 03 de setembro de 2016.

Direito Penal: Fato Típico. Caderno para concurseiros. 2011. Disponível em: <<http://cadernoparaconcurseiros.blogspot.com.br/2011/12/direito-penal-fato-tipico.html>>. Acesso: em 14 de setembro de 2016.

Domingo espetacular. **Indignada Ana Hickmann desabafa e fala sobre denúncia contra cunhado**. 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=zmWMQNrrMJQ>>. Acesso em 01 de outubro de 2016.

Excludentes de ilicitude legais: o afastamento de um dos elementos do crime. JurisWay. 2010. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4214>. Acesso: em 15 de setembro de 2016.

FABBRINI, Renato; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte geral**. Volume 1. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERNANDES, Diogo Cunha Lima. **Legítima Defesa e Excesso**. 2003. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/1512/legitima_defesa_e_excesso>. Acesso: em 03 de setembro de 2016.

FONSECA, Stephanie. **Após 1 ano, 'caso Luana Barbosa' ainda tramita na Justiça**. G1. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/presidente-prudente-regiao/noticia/2015/06/apos-1-ano-caso-luana-barbosa-ainda-tramita-na-justica.html>>. Acesso em 05 de outubro de 2016.

FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FREUD, Sigmund. **Conferências Introdutórias sobre Psicanálise** (partes I e II) (1915 – 1916). Edição standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud. Traduzido por José Luiz Meurer. Rio de Janeiro: Imago, v. XV, 1996.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 5ª ed. Niterói: Editora Impetus, 2011.

_____. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2006.

_____. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Volume 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

HERZMANN, Edgar. **Excesso na legítima defesa: a emoção como causa de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa**. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15678#_ftn77>. Acesso: em 27 de outubro de 2016.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: Parte Geral**. Volume 1. 31ª ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2010.

_____. **Direito Penal: Parte geral**. Volume 1. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUNG, C.G. **A Natureza da Psique**. Traduzido por Dom Matheus Ramalho Rocha. 5ª. ed. Petrópolis RJ: Vozes, 2000.

Jurisprudência sobre excesso exculpante. Leg Jur. Disponível em:
<<https://www.legjur.com/jurisprudencia/busca?q=excesso-exculpante&op=com>>.
Acesso: em 24 de outubro de 2016.

LEITE, Wellington Spegiorin de Sousa. **Prisão em flagrante e a análise pela autoridade policial.** Jus Navigandi. 2016. Disponível em:
<<https://jus.com.br/artigos/48282/prisao-em-flagrante-e-a-analise-pela-autoridade-policia>>. Acesso: em 30 de setembro de 2016.

LOPES, Valquiria. FERREIRA, Pedro. **MP diz que não há prova de que cunhado de Ana Hickmann atirou mais duas vezes em legítima defesa.** Em. 2016.
Disponível em:
<http://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2016/07/12/interna_gerais,782525/mp-defende-denuncia-contracunhado-da-apresentadora-ana-hickmann.shtml>. Acesso: em 01 de outubro de 2016.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal.** Volume 2. Campinas: Bookseller, 1997.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado.** Volume. 1. Parte Geral. 4ª ed, Rio de Janeiro: Editora Método, 2011.

_____. **Direito penal esquematizado: Parte Geral.** Volume 1: arts. 1º a 120. 6ª ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal - Parte Geral.** 22ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. **Manual de direito penal: Parte Geral.** Volume 1. 30. ed. Rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

NOBRE, Kenia Cristina O. **Teoria do crime.** ViaJus. 2010. Disponível em:
<<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2839>>. Acesso: em 10 de setembro de 2016.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Código Penal Comentado.** 9ª ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Manual de Direito Penal.** 10ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Manual de Direito Penal**. 6. ed. Editora RT: São Paulo, 2010.

_____. **Manual de Direito Penal: Parte geral e Especial**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Repensando Direito. **Teoria do crime**. 2014. Disponível em:
<<http://repensandodireito.blogspot.com.br/2014/09/aula-de-direito-penal.html>>.
Acesso: em 14 de setembro de 2016.

SALVADOR, Alamiro Velludo. **Reflexões dogmáticas sobre a teoria da tipicidade conglobante**. Revista Liberdades. Disponível em:
<http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=4>. Acesso: em 17 de setembro de 2016.

STJ manda julgamento do Caso Luana para a Vara do Júri de Presidente Prudente. Jornais Noticias. 2015. Disponível em:
<<http://www.jornaisnoticias.com.br/index.php/43864/stj-manda-julgamento-do-caso-luana-para-a-vara-do-juri-de-presidente-prudente-noticias-em-presidente-prudente-e-regic3a3o/>>. Acesso: em 11 de outubro de 2016.

Teoria do tipo penal. "**Ratio Cognocendi**". Disponível em:
<<https://www.youtube.com/watch?v=YUe-0bhiwy8>>. Acesso: em 29 de agosto de 2016.- link da teoria ratio cognocendi

VADE MECUM. 21^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Vara do Júri realiza 1ª audiência do Caso Luana no Fórum de Prudente. Jornais do Brasil. 2016. Disponível em:
<<http://www.jornainoticia.com.br/index.php/128903/vara-do-juri-realiza-1a-audiencia-do-caso-luana-no-forum-de-prudente-noticias-em-presidente-prudente-e-regic3a3o/>>. Acesso: em 11 de outubro de 2016.

VAZ, Daniel Ribeiro. **Teoria do crime: conceito de crime**. JusBrasil, 2011. Disponível em: <<http://danielvaz2.jusbrasil.com.br/artigos/121816613/teoria-do-crime-conceito-de-crime>>. Acesso: em 10 de agosto de 2016.

VILLAR, Sandro. **Atriz é morta por PM em blitz de trânsito em Presidente Prudente**. O Estado de São Paulo. 2014. Disponível em:
<<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,atriz-e-morta-por-pm-em-blitz-de-transito-em-presidente-prudente,1520177>>. Acesso: em 11 de outubro de 2016.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, Enrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 5. ed. Editora RT: São Paulo, 2004.