
EXCLUDENTES DE ILICITUDE

Lucas Santana de Araújo¹

Juliana Caramigo Gennarini²

RESUMO: Este artigo estuda as excludentes de ilicitude. Inicialmente, o trabalho aborda algumas questões teóricas gerais sobre o crime, para então tratar da ilicitude e da antijuridicidade, diferenciando-se os institutos e em seguida analisando as excludentes da ilicitude. Destaca ainda as consequências do excesso de justificativas. A partir de então analisa as causas legais de excludente de ilicitude: o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular de direito. Feito isso, aborda-se as causas supralegais de excludente de ilicitude destacando o consentimento do ofendido e a inexigibilidade de conduta diversa.

PALAVRAS-CHAVE: Antijuridicidade. Crime. Ilicitude. Justificativas.

ABSTRACT: The paper studies the causes of exclusion of illegality. Initially, the paper discusses some general theoretical questions about the crime. It then deals with the illegality and unlawfully, differentiating the institutes and then analyzing the causes of exclusion of illegality. The paper also highlights the consequences of the excess of justifications. Further, the paper addresses the legal grounds for excluding the unlawfulness, as such: the state of necessity, the self-defense, the strict compliance of statutory duty and the regular exercise of law. Next, the paper addresses the supralegal causes of exclusion of illegality highlighting the consent of the victim and the unenforceability of different conduct.

KEYWORDS: Unlawfully. Crime. Illegality. Justifications.

1. O CRIME

O Código Penal não define o crime, diversamente, sua definição é deixada a cargo da elaboração da doutrina. Nesta, tem-se procurado definir o ilícito penal sob três aspectos

¹ Bacharel em Direito do Centro Universitário Padre Anchieta e Advogado.

² Advogada; Mestre em Direito Político e Econômico e Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; Professora de Direito e Processo Penal do Centro Universitário Padre Anchieta.

diversos. Atendendo-se ao aspecto externo, puramente nominal de fato punível, consegue-se uma definição material ou substancial; e se examinado as características ou aspectos do crime, chega-se a um conceito, também formal, mas analítico da infração penal³

O conceito material corresponde a um conceito mais abrangente, vez que analisa se o bem jurídico tutelado na norma penal, realmente deve ser tutelado por um ramo do direito cujas sanções são tão graves, cominando, a restrição de liberdade como pena. Assim sendo, todos os tipos penais devem encontrar algum fundamento social e real, para que possam estar inseridos no ordenamento jurídico-penal⁴.

O conceito formal de crime permite que o Estado se vale da arbitrariedade para incriminar as condutas que bem entender, sem a preocupação de explicar à sociedade os motivos que o levaram à incriminação de dada conduta, enquanto que o conceito material exige que o Estado apresente uma justificativa da incriminação da conduta, demonstrando que o bem jurídico a ser tutelado pela norma penal, corresponde a um bem de grande importância, merecendo vigorosa proteção jurídica⁵.

Em um sentido vulgar, crime é um ato que viola uma norma moral. Conforme Mirabete, sobre o aspecto formal conceitua-se crime como sendo o fato humano contrario a lei. Ainda conforme o referido autor, crime é qualquer ação legalmente punível; Crime é toda ação ou omissão proibida pela lei sob ameaça de pena. Crime é uma conduta contrária ao Direito, a que a lei atribui uma pena⁶.

Capez, por sua vez, define crime como sendo aquele que busca estabelecer a essência do conceito, isto é, o porquê de determinado fato ser considerado criminoso e outro não⁷. Sob esse enfoque, crime pode ser definido como todo fato humano que, propositada ou descuidadamente, lesa ou expõe a perigo bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade e da paz social.

³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal, parte geral**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.33.

⁴ OLIVEIRA, 2004, p.19.

⁵ Ibid., p.19-20.

⁶ MIRABETE, 2014, p.33.

⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte geral. 18. ed. Vol. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 263.

2. ILICITUDE E ANTIJURIDICIDADE

O sistema punitivo do Estado tem como finalidade a tutela jurídica de bens e valores da vida social por meio da proibição de determinados comportamentos, bem como a imposição de outros, que a lei descreve nos diferentes tipos de delito.

O injusto penal é tomado com referência ao conceito analítico do delito e está constituído pela junção da tipicidade e da ilicitude. Esta é a contrariedade entre a realização do fato típico com o ordenamento jurídico, como um todo, resumindo-se na ausência de causas excludentes da ilicitude⁸. Uma ação típica, desse modo, será ilícita, salvo quando justificada pelo Direito.

A antijuridicidade é um comportamento contrário ao direito em que há lesão a um bem juridicamente protegido. Essa lesão não deve ser entendida em sentido naturalístico, como sendo causadora de dano material a um bem juridicamente tutelado, mas como ofensa a um valor jurídico que a norma deve proteger⁹.

Dessa maneira, para que se tenha um crime, faz-se necessária uma conduta humana positiva ou negativa (ação ou omissão), conduta esta que deve estar descrita na lei como infração penal (tipicidade), contrária ao ordenamento jurídico (antijuridicidade) e ainda que seja culpável.

A ilicitude, por sua vez, consiste na relação de antagonismo que se estabelece entre uma conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico, de maneira a causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem jurídico tutelado¹⁰.

Todo o tipo legal de crime contém em seu bojo a ideia de ilicitude, que corresponde a uma qualidade de todo e qualquer tipo. Na realidade, os tipos legais de crime, que corresponde à descrição da conduta proibida, com seus elementos objetivos, subjetivos e normativos, com os quais ocorre a tipicidade, em princípio, são ilícitos. A junção entre tipicidade e ilicitude dá a noção de injusto penal. Portanto, o injusto penal corresponde ao fato típico e à sua ilicitude¹¹.

⁸ VIDAL, HÉLVIO SIMÕES. **Curso de Direito Penal - Parte geral**. Curitiba: Juruá, 2011, p.257.

⁹ SILVA, César Dario Mariano da. **Manual de Direito Penal. Volume I - Parte geral - Arts. 1º a 120**. 10. ed., rev., ampl. e atual. Curitiba: Juruá, 2014, p.197.

¹⁰ TOLEDO, 2002, p.163.

¹¹ OLIVEIRA, 2004, p.53.

A ilicitude, assim, é a contrariedade entre a realização do fato típico e a norma.

Diante do exposto, é possível, então, concluir que, a conduta típica apresenta-se, na maioria das vezes, como sendo uma conduta antijurídica, ou seja, viola a ordem jurídica mediante a realização do tipo.

2.1 AS EXCLUDENTES DE ILICITUDE

As excludentes da ilicitude consistem em normas permissivas, ou ainda tipos permissivos que excluem a antijuridicidade da conduta pelo fato de permitirem a prática de determinado fato típico.

Pode-se dizer que toda ação típica é uma ação ilícita, salvo nos casos em que a mesma for justificada, apresentando tal justificativa fundamento em uma norma permissiva ou autorizante, tornando lícita a prática de uma conduta proibida, bem como lícita a não realização de uma conduta obrigatória.

Para parte da doutrina, para a configuração das causas de justificação, existe a necessidade de conhecimento da situação justificante e a vontade da sua prática. Caso contrário, há fato ilícito. Vidal cita os seguintes exemplos citados por doutrinadores: o agente atira em um inimigo, sem saber que este se encontra prestes a atingi-lo, com uma arma, que levava oculta por baixo do, sobretudo; o sujeito mata o ladrão, que estava à porta de sua casa, após nele atirar, convicto de que se tratava de um policial que iria prendê-lo; o autor, em local ermo, atira em um inimigo, desejando matá-lo, ficando provado que o atingido estava prestes a estuprar e matar uma mulher desfalecida, que para o local havia levado à força¹².

Todavia, para Vidal, as situações excludentes da ilicitude têm validade objetiva, isto é, independem do conhecimento do agente no sentido de que está agindo sob o abrigo de qualquer causa de exclusão do delito¹³.

A conduta, assim, para estar justificada, não requer o conhecimento pelo agente da situação justificante, sendo suficiente o seu reconhecimento pelo próprio ordenamento, o que não está a depender de qualquer coeficiente subjetivo daquele que pratica o fato.

¹² VIDAL, 2011, p.259.

¹³ Ibid., p.259.

2.2 CAUSAS DE EXCLUSÃO DE ILICITUDE

As causas de exclusão de ilicitude podem ser causas legais ou causas supralegais. As causas supralegais consistem naquelas não previstas em lei, porém que excluem a ilicitude, tendo em vista a aceitação da conduta pela sociedade.

O art. 23 do Código Penal dispõe que não haverá crime quando o agente praticar o fato em estado de necessidade; em legítima defesa; em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito.

Diz, ainda, o mesmo artigo que em qualquer dessas hipóteses o agente responderá pelo excesso doloso ou culposo. De acordo com o Código Penal o sujeito pode praticar um fato típico sem que tenha cometido delito. Isso ocorrerá quando o agente praticar uma conduta típica, mas amparado por uma dessas causas que excluirá a ilicitude de seu ato¹⁴.

2.2.1 EXCESSO DE JUSTIFICATIVAS

Para que o agente tenha em seu favor as justificativas previstas no art. 23 do Código Penal, não poderá ultrapassar os seus limites, quando elas desaparecerão e ocorrerá o excesso, que pode ser doloso ou inconsciente (ou involuntário).

Assim, haverá o excesso doloso ou o inconsciente quando o agente utilizar meios desnecessários ou imoderados. Como meio necessário deve ser entendido aquele suficiente e que o agente tinha à sua disposição para a salvaguarda de um bem juridicamente protegido ou exercício de um direito¹⁵.

Ocorrerá o excesso doloso ou consciente quando o agente, que inicialmente agia amparado por uma justificativa, continua a agir, mesmo tendo consciência da desnecessidade ou imoderação de sua conduta. Esse excesso leva o agente a responder pelo fato praticado a título de dolo (art. 23, parágrafo único do CP).

Por outro lado, ocorrerá o excesso inconsciente (ou involuntário), quando o agente, que inicialmente agia amparado por uma justificativa, por erro, continua a agir, sem portar a

¹⁴ SILVA, 2014, p.198.

¹⁵ Ibid., p.199.

consciência da desnecessidade ou imoderação da continuação de sua conduta. Existindo o excesso inconsciente, deve ser verificado se ele deriva de erro de tipo ou de proibição¹⁶.

Se o excesso inconsciente deriva de erro sobre os pressupostos de fato da excludente de ilicitude, trata-se de erro de tipo (art. 20, § 1º, do CP). Se invencível, exclui-se o dolo e culpa; caso vencível, surge o excesso culposo, respondendo o agente por delito culposo, com fundamento no art. 23, parágrafo único, parte final, combinado com o art. 20, § 1º, 2ª parte, ambos do Código Penal.

3 – AS EXCLUDENTES DE ILICITUDE LEGAIS

Conforme já visto, o Código Penal Brasileiro em seu artigo 23 adota a expressão “não há crime”, quando o agente comete a conduta mediante o estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito.

Além desses tipos permissivos contidos na Parte Geral do Código Penal, existem outros, esparsos pelo próprio Código, na sua Parte Especial, do que são exemplos o aborto de estuprada ou o aborto necessário (art.128, I e II do CP); a coação para impedir suicídio e a intervenção médica sem o consentimento do paciente, para afastar iminente perigo de vida (art. 146, § 3º do CP).

Outros casos estão no art. 142 do CP. A Parte Geral e Especial do Código Penal ou as leis extravagantes não esgotam, porém, todas as hipóteses de causas excludentes da ilicitude.

3.1 O ESTADO DE NECESSIDADE

O estado de necessidade vem definido pelo art. 24 do Código Penal como:

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.

¹⁶ Ibid., p.200.

Mirabete define o estado de necessidade como sendo uma conduta lesiva praticada para afastar uma situação de perigo, contudo não é qualquer situação de perigo que admite a conduta lesiva, assim como não é qualquer conduta lesiva que pode ser praticada na situação de perigo¹⁷.

O perigo deve ser atual ou iminente, isto é, deve estar acontecendo naquele momento ou prestes a acontecer, assim, nas hipóteses em que o perigo for remoto ou futuro, não há o estado de necessidade. Ademais, o perigo deve ameaçar um direito próprio ou um direito alheio. Desse modo, o bem ameaçado deve estar protegido pelo ordenamento jurídico.

O perigo não pode ainda ter sido criado voluntariamente, ou seja, aquele que deu causa a uma situação de perigo não pode invocar o estado de necessidade para afastá-la, assim como aquele que gerou o perigo com dolo não age com estado de necessidade uma vez que o mesmo possui o dever jurídico de impedir o resultado, diferente, contudo nas hipóteses em que o perigo foi provocado culposamente, podendo então o agente se valer do estado de necessidade¹⁸.

Igualmente, aquele que tem o dever legal de enfrentar o perigo não pode invocar o estado de necessidade, devendo o mesmo afastar a situação de perigo sem lesar qualquer outro bem jurídico.

Segundo Oliveira, é importante destacar que a razoabilidade e a importância dos bens jurídicos contrapostos precisam ser levadas em consideração para que se justifique o estado de necessidade.

O § 2º do art. 24 apresenta hipótese em que a exclusão de ilicitude na modalidade de estado de necessidade não seja admitida. Trata-se de uma causa de diminuição de pena, que incide quando se sacrificou um bem jurídico mais relevante em relação ao bem jurídico que foi salvo. Verifica-se daí que, além da inevitabilidade do sacrifício de um dos bens jurídicos em colisão, ainda se exige que haja razoabilidade e ponderação do bem que foi sacrificado em relação ao bem que foi salvo¹⁹.

O estado de necessidade enseja também a inevitabilidade do comportamento lesivo, isto é, apenas deverá ser sacrificado um bem no caso de não haver outro modo de afastar a situação de perigo.

¹⁷ MIRABETE, 2014, p.188.

¹⁸ Ibid., p.72.

¹⁹ Ibid., p.72.

3.1.1 REQUISITOS DO ESTADO DE NECESSIDADE

Silva elenca os requisitos do estado de necessidade²⁰, a saber:

a) Situação de perigo atual ou iminente: embora a lei fale em “perigo atual”, a doutrina e jurisprudência têm entendido que o perigo iminente também é englobado pelo estado de necessidade;

b) Ameaça ao direito próprio ou alheio: não é somente a vida que dá ensejo ao estado de necessidade, mas qualquer bem tutelado pelo Direito Penal. A ameaça pode abarcar direito do agente ou de terceiro;

c) Involuntariedade do perigo: não pode alegar estado de necessidade quem foi o causador do perigo;

d) Inevitabilidade do perigo: só poderá o agente agir em detrimento do direito alheio desde que não exista outra forma de evitar o perigo. Sendo necessário o sacrifício do direito de terceiro, poderá ocorrer o estado de necessidade;

e) Inexigibilidade do sacrifício do bem jurídico ameaçado: deve ser verificada qual a importância dos interesses em litígio para que dê ensejo à justificativa. Alguém só poderá agir em estado de necessidade desde que o bem ameaçado seja de maior ou igual valia ao sacrificado;

Porém, caso o bem ameaçado seja de menor valia do que o sacrificado, não haverá estado de necessidade e o ato será antijurídico. Nesse caso, entretanto, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços (art. 24, § 2º, do CP).

f) Conhecimento da situação de estado de necessidade: há exigência de que o agente saiba que está agindo em estado de necessidade. É o elemento subjetivo necessário nas excludentes de ilicitude;

g) Dever legal de enfrentar o perigo: em determinados casos, a lei atribui a certas pessoas o dever legal de enfrentar o perigo, como aos bombeiros e policiais. Essas pessoas não podem alegar estado de necessidade, observando-se, porém, que não é exigido delas o dever de morrer, mas apenas de evitar o perigo quando possível fazê-lo sem o sacrifício de suas próprias vidas (art. 24, § 1º, do CP);

²⁰ SILVA, 2014, p.202-203.

3.1.2 ESPÉCIES

Segundo Silva, o estado de necessidade pode ser²¹:

- a) próprio: quando o interesse pessoal é que está em perigo;
- b) impróprio: quando o interesse de terceiro é que está em perigo;
- c) real: está realmente acontecendo o perigo. É excludente da ilicitude;
- d) putativo: o agente imagina por erro que está agindo em estado de necessidade.

Cuida-se de hipótese de erro de tipo ou de proibição;

Como em qualquer justificativa, poderá ocorrer o excesso doloso ou o inconsciente. O sujeito agirá com excesso quando extrapolar os meios de execução, empregando-os de forma desnecessária ou imoderada.

3.2 A LEGÍTIMA DEFESA

A legítima defesa está contemplada no art. 25 do Código Penal que assim dispõe verbis “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

A legítima defesa representa assim um dos principais meios de autotutela regulados no ordenamento jurídico brasileiro, afirmando Bittencourt que:

O reconhecimento por parte do Estado sobre a sua impossibilidade de solução de todas as violações da ordem jurídica, vinculada ao objetivo deste de não constranger a natureza humana a violentar-se numa postura de covarde resignação. possibilita, de modo excepcional, a reação imediata a uma agressão injusta, desde que atual ou iminente, configurando-se com isso a legítima defesa²²

Desde que seja necessária, poderá ser empregada para repelir ataque a qualquer bem juridicamente protegido, como a vida, propriedade, liberdade sexual, honra, entre outros, sempre nos limites da razoabilidade.

²¹ SILVA, 2014, p.203.

²² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte geral. 20 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2014, p.325.

3.2.1 REQUISITOS DA LEGÍTIMA DEFESA

Os requisitos da legítima defesa já vêm discriminados no próprio art. 25 do Código Penal que diz: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. Faltando qualquer um deles a legítima defesa estará afastada ou poderá ocorrer o excesso doloso ou o inconsciente.

a) Agressão injusta: o agente, para que aja em legítima defesa, deve demonstrar que foi lançada contra si uma agressão injusta e, que para repeli-la, foi obrigado a lançar outra agressão contra o seu ofensor. A agressão será injusta quando for contrária ao ordenamento jurídico e colocar em risco um bem juridicamente protegido. Nesse caso, o titular desse bem poderá agir na defesa de seu patrimônio jurídico, tais como a vida, a honra, a integridade física, o patrimônio etc.²³

Conforme Capez, agressão injusta é aquela contrária à lei. Trata-se, assim, de agressão ilícita. Não se exige, contudo, que a agressão injusta necessariamente seja um crime.²⁴

b) Direito atacado ou na iminência de ataque: o direito a ser protegido deverá estar sendo atacado (agressão atual) ou prestes a o ser (agressão iminente)²⁵.

A agressão pode ainda ser atual ou iminente. Não cabe legítima defesa contra agressão passada ou futura ou ainda nas hipóteses onde há promessa de agressão.

Não há que se falar em legítima defesa de ataque pretérito, quando ocorrerá vingança, não amparada pelo Direito Penal. Como o fundamento da legítima defesa é repelir um ataque e proteger um bem jurídico, se este já foi lesado, não há mais o que defender. Qualquer agressão posterior ao injusto ataque não é amparada pelas excludentes de ilicitude, vez que ilícita²⁶.

²³ SILVA, 2014, p.204.

²⁴ CAPEZ, 2014, p.272.

²⁵ SILVA, 2014, p.204.

²⁶ SILVA, op.cit., p.204.

c) Direito próprio ou alheio: qualquer direito protegido pela lei pode alicerçar a legítima defesa. E esse direito pode ser de quem age em legítima defesa ou de terceiro. Fala-se, assim, em legítima defesa própria ou imprópria (ou de terceiro)²⁷.

d) Emprego de meios necessários: Os meios necessários consistem na utilização dos meios menos lesivos à disposição do agente no momento da agressão. Já a moderação consiste no emprego do meio necessário dentro dos limites para conter a agressão. Desta forma, apenas quando se tornar evidente a intenção de agredir e não a de se defender caracterizar-se-á o excesso.

Ademais, assim como se viu no estado de necessidade, também na legítima defesa deve-se observar também a proporcionalidade dos bens ofendidos tendo em vista que, além da necessidade de proporcionalidade de meios, é preciso que os bens contrapostos também sejam proporcionais.

e) Moderação: Com efeito, na legítima defesa, exige-se o uso moderado dos meios para repelir a agressão injusta. Meio moderado é aquele que, achado o meio necessário, deverá ser utilizado de forma a não ultrapassar os limites razoáveis para proteger o bem jurídico tutelado. Agindo imoderadamente, desaparece a legítima defesa e surge o excesso doloso ou o inconsciente²⁸.

f) Consciência da necessidade da repulsa: trata-se do elemento subjetivo em que se exige do agente que saiba que está se defendendo de um ataque e agindo em legítima defesa²⁹.

3.2.2 ESPÉCIES

A legítima defesa pode ser putativa, subjetiva e sucessiva.

A legítima defesa putativa, como as demais discriminantes imaginárias, consiste em uma forma especial de erro com relevância jurídico-penal. O agente possui uma percepção errônea da realidade, sendo ainda que essa falsa representação coincide com o elemento do tipo penal incriminador.

²⁷ Ibid., p.204.

²⁸ SILVA, 2014, p. 205.

²⁹ SILVA, op.cit., p.205.

É o que acontece, por exemplo, quando alguém, diante de um gesto brusco da vítima, com quem trava discussão, supõe que esta sacará uma arma e atira, errando sobre a legítima defesa. Aqui o erro não recai sobre o tipo incriminador, contudo sobre o tipo permissivo³⁰

A legítima defesa subjetiva consiste no excesso cometido por um erro plenamente justificável.

A legítima defesa sucessiva consiste na repulsa contra o excesso, sendo então desencadeamento de atos, os quais, mesmo de, pois de extinto o perigo ou ameaça injusta, há continuidade da agressão.

3.3 O ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL

O estrito cumprimento do dever legal consiste num dever emanado da lei ou regulamento. Por outro lado, o dever que se cumpre é aquele dirigido a todos os agentes, ou seja, na hipótese em que houver uma ordem específica a um agente, não há o estrito cumprimento do dever legal, porém obediência hierárquica³¹.

No caso do estrito cumprimento do dever legal, o agente cumpre o que lhe é determinado pelo ordenamento jurídico. O dever legal provém da lei, do decreto, da portaria, do regulamento etc. O fato praticado permanece típico, porém, é excluída a sua ilicitude, em razão do que não há crime.

É o que ocorre, por exemplo, quando o Oficial de Justiça cumpre mandado de prisão contra criminoso, bem como no caso do Delegado de Polícia que, relatando inquérito policial, faz menção à conduta social desabonadora do indiciado³².

Embora essas condutas sejam típicas, não são antijurídicas. Isso porque o sujeito está agindo de acordo com o estabelecido pela própria lei. Sendo a conduta do agente determinada pela própria lei, não pode ser punido por obedecê-la.

A excludente pressupõe uma relação de direito público, não ficando excluída nos casos em que o particular exerça função pública (jurado, perito, comissário de menores, testemunha etc.)³³.

³⁰ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.259.

³¹ MIRABETE, 2014, p.191.

³² VIDAL, 2011, p. 266.

³³ VIDAL, 2011, p.266.

Todavia, o agente deverá agir estritamente dentro dos limites legais. Se assim não o fizer, incorrerá em excesso ou haverá outro crime qualquer. Como exemplo, o policial que alveja o ladrão em fuga e pelas costas, que não representava perigo, atuará com abuso e cometerá o ilícito. Do mesmo modo, o policial que algema o criminoso de modo a machucá-lo desnecessariamente.

Por fim, é bom frisar que tal como no estado de necessidade, onde se exige que haja uma equivalência entre os bens jurídicos para que se admita o sacrifício de qualquer deles, indistintamente, e, na legítima defesa, em que se exige o uso moderado para repelir a injusta agressão, assim também no estrito cumprimento do dever legal, o agente deverá observar se a sua conduta no cumprimento do dever legal é a tão somente necessária e suficiente para que o dever a ele imposto seja cumprido.

3.4 O EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO

O ser humano sempre viveu em sociedade e, por isso, deve observar o regramento existente a fim de que o grupo não pereça. O Estado, como ente legiferante, é o responsável pelo ordenamento da sociedade. É o Estado que estabelece o que é permitido e o que é proibido por meio de leis, decretos, portarias etc. Em regra, o que não é proibido normativamente é permitido³⁴.

Caso o homem aja de acordo com o regramento estatal, que tanto pode ser penal quanto extrapenal, não poderá cometer crime nenhum, uma vez que o Estado é quem permite assim conduzir-se. Essa observância ao sistema jurídico em geral é o exercício regular de direito.

O exercício de um direito não configura um fato ilícito, contudo, se a pretexto de exercer um direito, houver intuito de prejudicar terceiro, haverá crime.

O agente deverá conduzir-se dentro dos limites estabelecidos pela lei. Ocorrendo abuso, poderá desaparecer a justificativa e surgir um delito autônomo ou o excesso, que justamente decorre do exercício abusivo de um direito³⁵.

³⁴ SILVA, 2014, p. 207.

³⁵ SILVA, 2014, p. 207.

O exercício regular de direito tem o mesmo fundamento do estrito cumprimento do dever legal. A distinção reside no fato de dever, enquanto que naquele, há uma faculdade do agente. Sendo assim, é óbvio deduzir que os requisitos necessários para a configuração do exercício regular de direito serão a consciência e a vontade do agente de agir de conformidade com o direito e a verificação dos limites impostos pela lei ao direito do agente³⁶

Para se demonstrar a proximidade existente entre o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito, Teles emprega como exemplo a prisão em flagrante delito, prevista no art. 301 do Código de Processo Penal³⁷, que assim dispõe, *in verbis*. “Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes devem prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”.

4. CAUSAS SUPRALEGAIS DE EXCLUDENTE DE ILICITUDE

Reconhece-se que a realidade social é dinâmica, de forma que o direito legislado não pode prever todas as possibilidades de exclusão da ilicitude de um fato, exclusão essa que se opera, embora faltante dispositivo expresso, pelas normas de cultura de uma determinada sociedade e pelo princípio da ponderação de valores, recebendo prevalência o princípio da liberdade, sob a forma de renúncia à proteção penal.

Há de fato situações que, conquanto não encontrem previsão na lei, devem ser permitidas.

Assim reconhecem-se causas supralegais de excludente de ilicitude. As causas supralegais prendem-se ao fato de não ser possível ao legislador prever todas as hipóteses em que as transformações oriundas de uma evolução ético-social de um povo possam permitir, ou não proibir, a realização de determinada conduta, em princípio proibida, sem que isso implique lesão a um bem juridicamente protegido. O exemplo típico de uma causa supralegal de exclusão de ilicitude é o consentimento do ofendido, conforme se verá na sequência.

4.1 O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

³⁶ OLIVEIRA, 2004, p. 78.

³⁷ TELES, 2004, p. 335.

Por ser uma causa supralegal de excludente de ilicitude, o consentimento do ofendido não se encontra previsto no Código Penal brasileiro. Admite-se, contudo, para além dos casos expressamente legislados, o consentimento do ofendido como causa supralegal de exclusão da ilicitude, com fundamento nos princípios gerais de direito e nos costumes, além da aplicação do princípio da ponderação de valores³⁸.

Para Fragoso, o consentimento jamais terá efeito quando se tratar de bem jurídico indisponível, consubstanciado naquele cuja defesa seja de interesse coletivo. Afirma o autor que a honra, a liberdade, a inviolabilidade dos segredos e o patrimônio são bens disponíveis, enquanto a vida e a administração pública, por exemplo, devem ser tidos como indisponíveis e irrenunciáveis³⁹.

No que diz respeito à natureza jurídica do consentimento do ofendido, afirma Gomes que o consentimento exclui a tipicidade fático-legal, ora a tipicidade axiológica, ora, enfim, exclui a antijuridicidade. Ainda segundo o autor, funciona ainda como causa de diminuição de pena. Na hipótese de aquiescência funcionando como causa excludente de antijuridicidade, afirma que se trata de bens jurídicos sumamente relevantes para a pessoa, ou seja, para o desenvolvimento de sua personalidade, não sendo suficiente o consentimento da vítima para afastar o delito, sendo ainda necessário um contexto justificante. São as hipóteses em que o consentimento apenas poderá ter efeito dentro da antijuridicidade na medida em que um bem jurídico é afetado para salvar outro de igual ou maior valor⁴⁰.

Em síntese, o consentimento do ofendido pode funcionar seja como causa de atipicidade da conduta ou como causa supralegal de exclusão da ilicitude. No primeiro caso a atipicidade é fruto de um processo de interpretação (restritiva) dos tipos incriminadores. No segundo (causa supralegal de exclusão da ilicitude), o seu fundamento está nas normas de cultura da sociedade e, principalmente, na preferência outorgada à liberdade, facultando-se ao titular do bem jurídico a renúncia à proteção jurídica.

³⁸ VIDAL, 2011, p.262.

³⁹ FRAGOSO, 2006, p.192-193.

⁴⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: parte geral: teoria constitucionalista do delito**. São. Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 222.

Há limites, evidentemente, para o consentimento do ofendido, que deve ser feito livremente, além de exigir capacidade do titular e que o bem jurídico ofendido seja disponível⁴¹.

4.2 INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

Outra causa supralegal de excludente de ilicitude apontada pela doutrina e a jurisprudência é a inexigibilidade de conduta diversa. A inexigibilidade ocupa a função de fundamento geral de exculpação. É o fundamento do juízo de reprovabilidade.

Da mesma forma que o consentimento do ofendido, Jesus afirma que:

Por mais previdente que seja o legislador, não pode prever todos os casos em que a inexigibilidade de outra conduta deve excluir a culpabilidade. Assim, é possível a existência de um fato, não previsto pelo legislador como causa de exclusão da culpabilidade, que apresente todos os requisitos do princípio da não exigibilidade de comportamento lícito⁴².

De acordo com Viana, esta é aceita como excludente quando, nas condições em que o agente agiu, qualquer pessoa agiria⁴³.

O referido autor cita dois exemplos clássicos: o do patrão que impôs a seu empregado que, sob pena de ser despedido, atrelasse à carroça um cavalo indomado e a conduzisse pela rua, o que foi feito, terminando por atropelar uma pessoa; bem como o da enfermeira que era obrigada a declarar falsamente o dia do nascimento dos filhos dos empregados na mineração, quando ocorressem em dia de domingo ou feriado⁴⁴.

5. CONCLUSÃO

O direito penal protege os bens jurídicos mais importantes da vida. E, quando tais bens são lesionados ou postos em perigo em razão de comportamento humano, está-se diante de um fato material, que agregado à tipicidade se transforma em fato típico. Entretanto, se este fato, apesar de típico, não contraria o direito ou é por este admitido, não será tido como ilícito

⁴¹ VIDAL, 2011, p.262.

⁴² JESUS, 2014, p. 298.

⁴³ VIANA, 2013, p.146.

⁴⁴ Ibid., p.146.

e, portanto, não configura um delito. Ainda, se tal fato se apresenta contrário ao direito ou não é por este permitido ou está em contradição com a ordem jurídica, tem-se a ilicitude.

Na legítima defesa e no estado de necessidade a proibição de excesso vem disciplinada com a utilização das expressões moderadamente e razoabilidade (ponderação). Se o agente causar maior dano do que o permitido, de forma voluntária (dolosa) ou por culpa, deverá por isso responder, pois atua ilegalmente: se o agente podia apenas ferir o agressor, porém o mata, deverá responder por homicídio.

No excesso das causas de justificação, subsiste a ilicitude. Podia-se o agente evitar a agressão através de simples vias de fato, porém causa lesões graves, deverá responder por este último resultado. Trata-se do excesso doloso.

No tocante às causas supralegais de excludente de ilicitude, que abrangem o consentimento do ofendido e a inexigibilidade de conduta diversa. O consentimento do ofendido é válido nos casos em que o direito tutelado pelo direito penal seja disponível e que o sujeito passivo do crime, consinta na violação de seu direito e tenha capacidade para consentir. Em relação à inexigibilidade de conduta diversa, trata-se de um princípio de direito que exclui a culpabilidade por excluir a reprovação da conduta praticada pelo agente e o excesso exculpante.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira. Dogmática e Controle Penal: em busca da segurança jurídica prometida. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). Teoria do Direito e do Estado. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1994.

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. Dicionário Jurídico Brasileiro. 14 ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2008.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte geral. 20 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRANDÃO, Cláudio. Teoria jurídica do crime. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Parte geral. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Djalma Eutímio de. Curso de Direito Penal - Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DOTTI, René Ariel. Bases e alternativas para o sistema de penas. 2. ed. São Paulo : Ed. RT, 1998.

DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal. Parte Geral, 2ª edição, Rio de Janeiro. 2005.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal. A nova parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GIDDENS, Anthony. Sociologia. 6. ed. Porto Alegre: Editora Penso, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. Direito penal: parte geral: teoria constitucionalista do delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GOULART, Henny. Penologia. 1. ed. São Paulo: Ed. Brasileira de Direito, 1975.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao código penal. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

JESUS, Damásio E. de. Direito penal - Parte geral. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 1.

LEAL, João José. Direito penal geral. São Paulo: Atlas, 1998.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Fundamentos da pena. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal, parte geral. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NORONHA, Edgard Magalhães. Direito Penal: Introdução e parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: parte geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Joél Bino. Das excludentes de criminalidade. Curitiba: Juruá, 2004.

PLANTULLO, Vicente Lentini. Estelionato eletrônico – Segurança na Internet. Curitiba: Juruá, 2013.

PRADO, Luiz Regis, Bem jurídico-penal e Constituição. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

QUEIROZ, Paulo de Souza. Direito penal: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2005.

REALE JÚNIOR, Miguel. Teoria do delito. São Paulo: RT, 2000.

_____. Instituições de Direito Penal - Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. Justiça restaurativa e paradigma punitivo. Curitiba: Juruá, 2009.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal. Parte geral. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

SENRA, Ana Heloisa. Imputabilidade e Loucura: os paradoxos da imputação e do tratamento. In: GAUER, Gabriel José Chittó; MACHADO, Débora Silva (Orgs.). Filhos e Vítimas do tempo da violência - a família, a criança e o adolescente. 2. ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, César Dario Mariano da. Manual de Direito Penal - Volume I - Parte geral - Arts. 1º a 120. 10. ed., rev., ampl., atual. Curitiba: Juruá, 2014.

TELES, Ney Moura. Direito penal: parte geral. São Paulo: Atlas, 2004. v. 1.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de Direito Penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

VIANA, Agnaldo. Direito Penal - Teoria geral do fato punível e das sanções penais. 2. ed., rev., atual. e ampl. Curitiba: Juruá, 2013.

VIDAL, HÉLVIO SIMÕES. Curso de Direito Penal - Parte geral. Curitiba: Juruá, 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.