

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPEDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO “EURÍPEDES DE MARÍLIA” – UNIVEM
GRADUAÇÃO EM DIREITO

RODRIGO MARTINS MARQUES

**CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E SUAS CONSEQÜÊNCIAS PARA O
DIREITO PENAL**

MARÍLIA
2009

RODRIGO MARTINS MARQUES

**CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA O
DIREITO PENAL**

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Professor Orientador: José Eduardo L. dos Santos

MARÍLIA
2009

Marques, Rodrigo Martins

Consentimento da vítima e suas consequências para o Direito Penal / Rodrigo Martins Marques; orientador: José Eduardo L. dos Santos. Marília, SP: [s.n.], 2009.
57f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2009.

1. Consentimento 2. Direito Penal

CDD: 341.5



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito


Rodrigo Martins Marques


RA: 34894-5


CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA O DIREITO PENAL

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 10,0

ORIENTADOR(A): 
José Eduardo Lourenço dos Santos

1º EXAMINADOR(A): 
Mário Furlaneto Neto

2º EXAMINADOR(A): 
Christovam Castilho Junior

Marília, 17 de outubro de 2009.

MARQUES, Rodrigo Martins. **Consentimento da vítima e suas consequências para o direito penal**. 2009. 57 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2009.

RESUMO

A presente monografia tem como objeto de estudo, “Consentimento da vítima e suas consequências para o direito penal”. Quanto ao objetivo geral trata-se de pesquisa descritiva, segundo a abordagem do problema, trata-se de pesquisa qualitativa. Quanto aos procedimentos técnicos trata-se de pesquisa bibliográfica. Este trabalho trata primeiramente do conceito de delito fazendo uma breve evolução histórica. Em seguida, parte-se do conceito analítico de delito (de acordo com a Teoria Tripartite) e analisa-se cada um de seus três substratos (fato típico, antijuridicidade e culpabilidade). São analisados os elementos necessários para se ter um consentimento válido e apto a surtir efeitos, sendo eles: capacidade para consentir; atualidade do consentimento; bem jurídico disponível; atuação do agente dentro dos limites do consentido; ter sido outorgado por todos os titulares do bem jurídico; ter o agente consciência do consentimento oferecido pela vítima. Ao final demonstra-se que diante de um fato típico em que o dissentimento é elementar da figura típica o consentimento do sujeito passivo da infração afastará a própria tipicidade (primeiro substrato). Quando, porém, o dissentimento da vítima não é elementar constitutiva delito, o consentimento do ofendido, desde que preenchidos todos os elementos necessários para que seja válido e apto a produzir efeitos, funcionará como causa supralegal de exclusão da antijuridicidade.

Palavras-chave: Consentimento. Direito Penal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
CAPÍTULO 1 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE CRIME	7
1.1 Conceito clássico de delito	7
1.2 Conceito neoclássico de delito	8
1.3 Conceito finalista de delito	8
1.4 Conceito funcionalista teleológico de delito	9
CAPÍTULO 2 – TEORIAS DA AÇÃO	11
2.1 Teoria naturalista ou causal da ação	11
2.2 Teoria social da ação	12
2.3 Teoria finalista da ação	14
CAPÍTULO 3 – CONCEITO ATUAL DE CRIME E SEUS CARACTERES SOB O ASPECTO ANALÍTICO.....	17
3.1 Do fato típico	18
3.1.1 Da conduta.....	18
3.1.2 Do resultado.....	20
3.1.3 Do nexo de causalidade	21
3.1.4 Da tipicidade.....	24
3.1.5 Da teoria da imputação objetiva	26
3.2 Da antijuridicidade	27
3.2.1 Causas de justificação ou excludentes da antijuridicidade.....	28
3.2.1.1 Da legítima defesa	30
3.2.1.2 Do estado de necessidade	32
3.2.1.3 Do estrito cumprimento de dever legal	35
3.2.1.4 Do exercício regular de direito	36
3.3 Da culpabilidade	37
3.3.1 Da imputabilidade	39
3.3.2 Da potencial consciência da ilicitude	42
3.3.3 Da exigibilidade de conduta diversa.....	44
CAPÍTULO 4 – TEORIA GERAL DO CONSENTIMENTO.....	47
4.1 Consentimento do ofendido e tipicidade	51
4.2 Consentimento do ofendido e antijuridicidade.....	53
CONCLUSÃO.....	56
REFERÊNCIAS	58

INTRODUÇÃO

O consentimento do ofendido pode funcionar como causa que exclui a tipicidade e causa supra legal excludente da antijuridicidade. Contudo, como iremos estudar, o consentimento da vítima não é apto a excluir toda e qualquer figura típica, e só funcionará como causa supra legal de exclusão da ilicitude quando presentes alguns requisitos, tais como a disponibilidade do bem jurídico tutelado pela norma, a validade do consentimento, a necessidade de este último ser manifestado de forma livre e por pessoa capaz, e a anterioridade ou simultaneidade entre o crime e o consentimento.

A presente monografia buscará o enfrentamento das seguintes questões, dentre outras: das conseqüências que o consentimento do sujeito passivo de uma conduta típica pode acarretar; dos casos em que o consentimento afasta a configuração da tipicidade e dos requisitos para que se tenha um consentimento válido e capaz de produzir efeitos.

O tema se justifica tendo em vista a necessidade de se estabelecer e de compreender os limites do poder de disposição dos indivíduos sobre os seus próprios bens jurídicos, em face da proteção lançada sobre alguns destes bens, que nem mesmo o próprio titular do direito pode dele dispor por meio de seu consentimento. Apresenta-se ainda como questão importante, que constantemente vem a surgir na prática jurídica diária, a fim de colaborar com os agentes do direito, na solução de tais tipos de proposições.

O objetivo geral deste trabalho é estabelecer as conseqüências do consentimento do ofendido diante da prática de um fato aparentemente típico e antijurídico. E os seus objetivos específicos são: identificar os elementos que devem estar presentes para que o consentimento venha surtir algum efeito; estabelecer o momento em que o consentimento do ofendido deve ser manifestado, e a forma adequada, para que surja algum efeito; verificar a posição da doutrina diante do tema.

Quanto ao objetivo geral trata-se de pesquisa descritiva, segundo a abordagem do problema, trata-se de pesquisa qualitativa. Quanto aos procedimentos técnicos trata-se de pesquisa bibliográfica.

Para melhor compreensão do tema, este estudo trabalha primeiramente com o conceito analítico de delito segundo a Teoria Tripartite, analisando em seus capítulos iniciais cada um dos substratos do delito (fato típico, antijuridicidade e culpabilidade) e as causas capazes de excluir cada um deles.

Em sua parte final, este trabalho trata mais especificamente do consentimento do ofendido, trazendo as diversas posições doutrinárias a respeito do tema, como este é tratado em diplomas de outros países, seus requisitos de validade e suas possíveis conseqüências diante de um fato típico e antijurídico.

CAPÍTULO 1 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE CRIME

Fazendo uma análise histórica da teoria do delito, trataremos brevemente de três fases do desenvolvimento desta teoria, com três diferentes conceitos de crime: o conceito clássico de crime, o conceito neoclássico e o conceito finalístico.

1.1 Conceito clássico de delito

De acordo com Bitencourt (2006, p. 257):

Von Liszt e Beling elaboraram o conceito clássico de delito, representado por um movimento corporal (ação), produzindo uma modificação no mundo exterior (resultado). Esta estrutura simples, clara e também didática, fundamentava-se num conceito de ação eminentemente naturalístico, que vinculava a conduta a um resultado através do nexo de causalidade. Essa estrutura clássica de delito mantinha em partes absolutamente distintas o aspecto objetivo, representado pela tipicidade e antijuridicidade, e o aspecto subjetivo, representado pela culpabilidade.

Para o conceito clássico de delito os elementos estruturais do delito ficariam assim definidos:

a) ação: para Santos (2000, p. 06) a ação neste conceito seria representada por um movimento corporal causador de um resultado no mundo exterior. Era, por tanto, um conceito puramente descritivo, naturalista, causal e valorativamente neutro. Não havia preocupação com o conteúdo da vontade, mas somente com o aspecto objetivo da causação do resultado externo.

b) tipicidade: seria a descrição meramente objetiva do acontecimento. O tipo compreendia somente os aspectos objetivos do fato descrito na lei. Todas as circunstâncias subjetivas pertenciam à culpabilidade.

c) antijuridicidade: Santos (2000, p. 06) explica a antijuridicidade, conforme o conceito clássico de delito, como sendo a valoração de um acontecimento contrário às proibições e permissões do ordenamento jurídico. Seria um elemento objetivo, valorativo e formal. O caráter valorativo caía somente sob os aspectos objetivos, quais sejam, a provocação de resultados externos negativos e indesejáveis juridicamente. Bastaria a comprovação de que a conduta é típica e de que não concorre nenhuma causa de justificação.

d) culpabilidade: seria um conceito psicológico que concentra todos os elementos subjetivos do fato punível.

1.2 Conceito neoclássico de delito

Este modelo recebeu este nome em razão da profunda transformação que sofreu o conceito clássico de delito em razão da influência, no campo jurídico, da filosofia neokantiana. Com esta nova orientação todos os elementos do conceito clássico do crime sofreram uma transformação. Passaremos a expor as principais transformações que o modelo clássico sofreu.

A ação deixa de ser puramente naturalista e assume um significado valorativo, sendo redefinida como um comportamento humano voluntário, Santos (2000, p. 06).

A tipicidade passa a admitir elementos normativos (que encerram conteúdos de valor) e subjetivos, perdendo, desta forma, sua natureza descritiva e livre de valor.

A antijuridicidade que representava simples contradição formal a uma norma jurídica (a um fato típico), passa a ser concebida sob o aspecto material, exigindo danosidade social. Troca, por tanto, o significado formal pelo material, passando a exigir danosidade social para a configuração da antijuridicidade. Assim, se não houver lesão a interesse algum, o fato não poderá ser qualificado como antijurídico. A teoria da antijuridicidade material permitiu o desenvolvimento de novas causas de justificação, além das legalmente previstas.

Por fim, a culpabilidade psicológica, assume, também, significado normativo, com reprovação do autor pela formação de vontade contrária ao dever, ou seja, se o comportamento proibido pode ser reprovado, então pode ser atribuído a culpabilidade ao autor, neste sentido Santos (2000, p. 07).

O grande nome deste período, que se estende entre 1900 a 1930 mais ou menos, é Mezger.

1.3 Conceito finalista de delito

Este modelo foi desenvolvido na primeira metade do século XX por Welzel, revolucionando o conceito de crime, tendo a ação como sendo o elemento central do fato punível. Enquanto no Causalismo o fato típico é apenas objetivo, para Welzel o fato típico é objetivo e subjetivo.

Esta teoria se opõe ao conceito causal de ação, tendo aliás como contribuição mais marcante a retirada dos elementos subjetivos que integravam a culpabilidade, nascendo uma culpabilidade puramente normativa. O dolo e a culpa foram deslocadas para a tipicidade.

Para a teoria Finalista os elementos objetivos do fato típico são: conduta, resultado naturalístico, nexos de causalidade, adequação típica (elementos objetivos), dolo e culpa (elementos subjetivos).

A ação humana, de acordo com esta teoria, é exercício de atividade final. O homem pode, por causa de seu saber causal, dentro de certos limites, controlar os acontecimentos e dirigir a ação, para um fim proposto. Então a ação final consiste na proposição de um fim, na escolha dos meios de ação necessários e da realização da ação no mundo real.

Segundo Santos (2000, p. 08) a introdução do dolo no tipo trouxe as seguintes consequências:

- a) com a retirada do dolo da culpabilidade, o fundamento central desta última passa a ser a consciência da antijuridicidade
- b) surgimento do erro de tipo e do erro de proibição.
- c) normatização da culpabilidade, sendo a reprovação de um sujeito capaz de culpabilidade, pela realização não justificada de um tipo de crime, com a consciência da antijuridicidade e em situação de exigibilidade de um comportamento diverso.

Conforme Santos (2000, p. 9), foi o modelo finalista de fato punível que se generalizou na literatura e na jurisprudência contemporânea e influenciou a nova parte geral do Código Penal Brasileiro de 1984.

O grande avanço de Welzel foi dizer que o tipo tem duas grandes dimensões, a objetiva e a subjetiva (dolo e culpa). Esta teoria foi a teoria adotada pelo atual Código Penal.

1.4 Conceito funcionalista teleológico de delito

Esta teoria foi desenvolvida por Roxin na década de 70. Enquanto no Causalismo e no Neokantismo a tipicidade tem apenas uma dimensão (objetiva) e para o Finalismo tem duas dimensões (objetiva e subjetiva) para o funcionalismo de Roxin a tipicidade tem três dimensões.

A primeira dimensão é a objetiva, composta por conduta, resultado, nexos de causalidade e adequação típica. A segunda dimensão é a subjetiva, formada apenas pelo dolo, para Roxin, culpa não está na dimensão subjetiva. A terceira e última dimensão é a normativa composta pela culpa. Culpa não é subjetiva, e sim normativa. Subjetivo em direito penal é o que está na cabeça do agente, enquanto normativo é o que depende de um juízo de valor. O

dolo, este sim, é subjetivo, pois está na cabeça do agente, já a culpa está na cabeça do juiz, já que quem valora se houve culpa ou não é o juiz.

Para a teoria Funcionalista Teleológica o crime é constituído por fato típico, ilicitude e reprovabilidade (em vez de culpabilidade). Esta última, a reprovabilidade, é composta por imputabilidade, potencial consciência da ilicitude, exigibilidade de conduta diversa, e necessidade da pena. Esta teoria trabalha com política criminal, pois a finalidade do direito penal é resguardar bens jurídicos.

Foi Claus Roxin que desenvolveu a teoria da imputação objetiva, a qual será melhor estudada quando tratarmos dos elementos dos crime.

CAPÍTULO 2 – TEORIAS DA AÇÃO

Antes de tratar especificamente de cada elemento que compõe o crime, serão analisadas as principais teorias que definem o fato típico, quais sejam: teoria naturalista, teoria social, e teoria finalista da ação. Destaca-se a importância teórica e prática do conceito de ação para a compreensão e aplicação do direito penal.

2.1 Teoria naturalista ou causal da ação

O conceito causal da ação foi elaborado por Von Listz no final do século XIX em conjunto com Beling e Radbruch, os fundadores do sistema clássico de fato punível. Esta teoria foi influenciada pelo positivismo e pelo pensamento científico natural. Bitencourt (2006, p. 271) comenta em sua obra que:

O conceito causal de ação foi elaborado por Von Liszt no final do século XIX, em consequência da influência do pensamento científico-natural na Ciência do Direito Penal. Na verdade, o conceito causal foi desenvolvido por Von Liszt e Beling, e fundamentado mais detidamente por Radbruch. Para Von Liszt, a ação consiste numa modificação causal do mundo exterior, perceptível pelos sentidos, e produzida por uma manifestação de vontade, isto é, por uma ação ou omissão voluntária.

Seria a causação de modificação do mundo exterior por um comportamento humano voluntário, conhecido como modelo clássico da ação. Simplificando, Jesus (2005, p. 230) diz que a Teoria Causal conceitua a conduta como qualquer comportamento humano voluntário no mundo exterior, consistente num fazer ou num não fazer, sendo estranho a qualquer valoração.

Por tanto, nos termos desta teoria, a conduta é um puro fator de causalidade. A conduta seria o efeito da vontade e a causa do resultado. Não se examina, assim, se a conduta do agente, no plano da tipicidade, está ligada intencionalmente ao resultado. De acordo com Capez (2003, p. 31) a conduta era tratada como simples exteriorização de movimento ou até mesmo abstenção de comportamento, mas desprovida de qualquer finalidade. Para a caracterização do fato típico era dispensável a avaliação de elementos subjetivos, este estudo seria feito unicamente quando do estudo da culpabilidade. O fato típico abarcava apenas a vontade, entendendo-se esta como simples voluntariedade, o estudo do conteúdo desta vontade pertencia à culpabilidade. Por tanto o conteúdo da vontade (dolo e culpa) é deslocado para a culpabilidade.

O modelo clássico de ação estrutura o sistema clássico de crime (já mencionado acima) prevendo a concentração dos elementos causais e objetivos na tipicidade e na antijuridicidade e os elementos psíquicos e subjetivos concentram-se na culpabilidade.

Esta teoria, no entanto, recebeu severas críticas de Welzel e entre nós não é adotada. Como esclarece Jesus (2005, p. 232) esta teoria peca na doutrina da tentativa, não sendo suficiente para explicá-la. Pois para afirmar que houve tentativa de um crime qualquer é preciso dizer que houve uma conduta tendente à produção de certo resultado, que o sujeito desejou produzir certo evento, não o alcançando por circunstâncias alheias a sua vontade. Como explicar a tentativa utilizando-se da teoria causal se para esta teoria o conteúdo da vontade (dolo e culpa) não pertence à conduta. Se para a teoria causal a conduta é aquela produtora do resultado, como afirmar isso na tentativa, se nesta não se tem resultado? Jesus (2005, p. 232) traz a crítica de Welzel à citada teoria, segundo o qual a tentativa não é um mero processo causal que não produz o seu efeito, mas uma conduta que aponta a um resultado escolhido previamente. Indaga-se, como se poderia definir a tentativa de homicídio, senão como sendo uma ação com a qual o autor quer matar alguém. Por tanto o conteúdo da vontade é parte integrante da ação na tentativa, é elemento subjetivo do injusto.

A teoria causal fracassa na explicação de crimes culposos e omissivos próprios. De acordo com Bitencourt (2006, p. 272) “dificuldade igualmente insuperável enfrentou o conceito causal de ação em relação ao crime culposos, especialmente com a compreensão de que o fator decisivo do injusto, nestes crimes, é o desvalor da ação”. O mesmo jurista assevera, citando Radbruch, que o conceito causal da ação também é inaplicável à omissão, pois falta nesta última uma relação de causalidade entre a não realização de um movimento corporal e um resultado.

A teoria naturalista ou causal está hoje superada. Não se pode dizer que uma conduta é conduta sem vontade, para o pensamento moderno uma conduta sem vontade é tão atípica quanto à causação de um dano por um animal ou por um fenômeno da natureza

2.2 Teoria social da ação

Esta teoria foi fundada por Eberhard Schmidt e desenvolvida por Jescheck e Wessels, e tenta conciliar o modelo causal e final. De acordo com Santos (2000, p. 21) há uma diversidade de definição do conceito social de ação gerando uma relativa imprecisão no conceito de ação social em razão de as teorias sociais da ação serem teorias conciliadoras que

não excluem as teorias causal e final, mas incluem. Há por isso autores como Ebert que chegam a afirmar a existência de apenas dois sistemas de fato punível, o causal e o final, porque o sistema social de ação não desenvolveu um sistema próprio, ora se vinculando com o sistema causal, ora se vinculando com o sistema final.

Conforme Capez (2003, p. 43) a teoria social da ação propõe que um fato considerado normal, correto e justo pela coletividade não pode produzir algum dano a esta coletividade, e por isso, ainda que formalmente enquadrável em um tipo incriminador, não poderia ser considerado típico. Um fato não pode ser definido em lei como infração penal se aceito pela sociedade. A ação é, por tanto, a causação de um resultado típico e socialmente relevante.

Construiu-se esta teoria para excluir do âmbito da incidência típica condutas que são socialmente toleradas, praticadas e aceitas pela sociedade. Faltaria, neste caso, uma elementar implícita, não escrita, que está em todo modelo descritivo legal, que é o dano de repercussão coletiva.

Resumindo, para esta teoria em tela, ações humanas que não produzem um dano socialmente relevante e que se mostrarem ajustadas à vida em sociedade, de acordo com o momento histórico vivido, não pode ser considerado crime, ainda que objetiva e subjetivamente típico.

Critica esta teoria Jesus (2005, p. 233) “por outro lado, se a ação é a causação de um resultado socialmente relevante, como se define a conduta nos crimes de mero comportamento?” Para este autor, esta teoria não deixa de ser causal e acaba dando muito importância ao desvalor do resultado, sendo que o que realmente importa é o desvalor da conduta.

Continua sua crítica Jesus (2005, p. 233) afirmando que:

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 culposo, 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.

É certo que esta teoria não foi adotada pela legislação brasileira, já que segundo a Lei de Introdução ao Código Civil, que é norma sobredireito, e que se aplica a todos os ramos do direito, diz no caput do seu artigo 2º “não se destinando a vigência temporária, a lei terá vigor até outra a modifique ou a revogue” por tanto o costume, ainda que contrário a lei, não revoga

esta última. Uma lei só pode ser revogada por outra lei. Outro forte argumento no sentido da não adoção desta teoria por nós é que não cabe ao juiz revogar as regras editadas pelo Poder Legislativo.

Nesse mesmo sentido o entendimento de Capez (2003, p. 47), para o qual o critério para eleger determinada conduta como crime ou irrelevante penal, de acordo com a nocividade social do comportamento, deve ficar a cargo do legislador.

2.3 Teoria finalista da ação

Esta teoria foi criada por Hans Welzel como reação ao dogma naturalista. Para Welzel a ação humana é exercício de uma atividade final, é por tanto um acontecer final e não puramente causal. Santos (2000, p. 14) explica que o saber causal, adquirido pela experiência e preservado como ciência, fundamenta a capacidade humana de prever as consequências possíveis da ação, de propor diferentes fins e de dirigir planificadamente a atividade para a realização de um fim.

Ainda em conformidade com o último autor citado, o ponto de partida do modelo final da ação é a distinção entre o fato natural e a ação humana, pois o fato natural é fenômeno determinado pela causalidade, um produto mecânico de relações causais cegas; já a ação humana seria acontecimento dirigido pela vontade consciente do fim. Fala-se então (figurativamente) que a finalidade é vidente, enquanto a causalidade é cega.

A ação compreenderia, para a teoria finalista da ação:

- a) a proposição do fim, sendo este o conteúdo da vontade consciente.
- b) seleção de meios para a realização deste fim, determinados pela natureza do fim proposto.
- c) representação dos efeitos colaterais necessários ou possíveis, ligados casualmente aos meios selecionados.

Jesus (2005, p. 233) diz que a doutrina penal percebeu que, a adoção da teoria causal da ação levava a perplexidade. Pois para aquela teoria não havia como diferenciar a ação de uma lesão dolosa a de uma lesão culposa, já que o resultado era igual nas duas condutas. Com base no desvalor do resultado era impossível diferenciar estas duas condutas. A diferença da ação que causa uma lesão culposa para a que causa uma lesão dolosa está no desvalor da ação e não no desvalor do resultado. A partir destas constatações, o delito não poderia mais ser visto somente como um simples desvalor do resultado, passando a configurar um desvalor da

própria conduta. De acordo com Capez (2003, p. 38) do ponto de vista objetivo, matar alguém configura sempre a mesma ação, entretanto matar um sujeito para vingar o estupro de sua filha é subjetivamente diferente de matar por dinheiro. E a diferença reside justamente no desvalor da ação, já que o resultado morte é constante.

Bitencourt (2006, p. 274) citando Welzel, diz que:

Para Welzel, a vontade é a espinha dorsal da ação final, considerando que a finalidade baseia-se na capacidade de vontade de prever, dentro de certos limites, as conseqüências de sua intervenção no curso causal e de dirigi-lo, por conseguinte, conforme um plano, à consecução de um fim. Sem a vontade, que dirige o suceder causal externo, convertendo-o em uma ação dirigida finalisticamente, a ação ficaria destruída em sua estrutura e seria rebaixada a um processo causal cego. A vontade final, sustentava Welzel, como fator que configura objetivamente o acontecer real, pertence, por isso, à ação.

Este mesmo autor citado por Bitencourt vai dizer que o conteúdo decisivo do injusto nos delitos culposos consiste na divergência entre a ação realmente empreendida e a que deveria ter sido realizada em virtude do cuidado necessário.

Por tanto, extrai do pensamento de Welzel que a doutrina finalista da ação não se preocupa apenas com o conteúdo da vontade, o dolo, que consiste na vontade de concretizar as características objetivas do tipo penal, mas também com a culpa, pois o direito não deseja apenas que o homem não realize condutas dolosas, mas, também, que imprima em todas as suas atividades uma direção finalista capaz de impedir que produzam resultados lesivos.

A crítica mais contundente recebida pela teoria finalista se refere aos crimes culposos, pois o resultado não é abrangido pela vontade do autor, se produz de forma puramente causal. Welzel admite a existência de uma ação finalista real nos crimes culposos. Nos crimes culposos decisivos são os meios utilizados ou a forma de sua utilização, ainda que a finalidade pretendida seja em si mesma irrelevante para o direito penal. Nos crimes culposos, então, deve-se comparar a direção finalística da ação realizada com a ação finalística exigida pelo direito. O fim escolhido pelo agente pode até ser irrelevante, mas não o são os meios escolhidos e a forma de realização deste fim. Bitencourt (2006, p. 276) exemplifica, citando Cerezo Mir, com o caso de um homem que dirige o seu veículo e causa, de forma não dolosa, a morte de um pedestre. Neste caso, o fim da ação (ir a um determinado lugar) e o meio utilizado (veículo automotor) são irrelevantes para o direito penal, mas a forma com que o autor utiliza este instrumento não é irrelevante (por exemplo se o autor estivesse dirigindo o seu veículo a 170 quilômetros por hora). Para Jesus (2005, p. 236) nos

crimes culposos a conduta descrita no tipo está integrada pela inobservância do dever de diligência na vida de relação. Por tanto, quem tem habilidade para praticar uma conduta adequadamente, deve praticá-la adequadamente, e quem não possui tal habilidade deve abster-se de realizar o comportamento desejado.

Houve críticas no sentido de que a teoria finalista da ação não conseguiria explicar a omissão de ação. Mas a omissão da ação, para a teoria finalista da ação, deve ser pensada a partir do conceito de ação mandada, esta entendida como acontecimento social construído pela finalidade de proteger bens jurídicos em situação de perigo. Por tanto a inexecução de uma ação mandada por um sujeito capaz de agir para impedir o resultado e proteger o bem jurídico caracteriza omissão de ação.

Por fim salienta-se que foi a teoria finalista a adotada por nossa legislação, para comprovar podemos citar o artigo 20, caput, do Código Penal “o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal do crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos se previsto em lei”. Pois segundo este, o erro incidente sobre os elementos do tipo exclui o dolo, demonstrando desta forma que o dolo pertence ao fato típico. É este o entendimento de Capez (2003, p. 40) segundo o qual, o Código penal fundiu a vontade e a finalidade na conduta, sendo estes seus elementos essenciais. Este autor cita o artigo 18 do CP, incisos I e II, que expressamente reconhece que o crime ou é doloso ou é culposos.

CAPÍTULO 3 – CONCEITO ATUAL DE CRIME E SEUS CARACTERES SOB O ASPECTO ANALÍTICO

A Lei de Introdução ao Código Penal Brasileiro, Decreto-lei n.3.914/41, traz a seguinte definição de crime: “Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativamente ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa, ou cumulativamente”. Ao assim dizer, A Lei de Introdução Ao Código Penal na verdade apenas traz uma das diferenças entre crime e contravenção, a qual reside na natureza de pena de prisão aplicada, não trouxe uma verdadeira definição do que seja crime. Acompanha este entendimento o penalista Bitencourt (2006, p. 263) segundo o qual:

Essa lei de introdução, sem nenhuma preocupação científico doutrinária, limitou-se a apenas destacar as características que distinguem as infrações penais consideradas crimes daquelas que constituem contravenções penais, as quais, como se percebe, restringe-se à natureza da pena de prisão aplicável.

Na verdade, as diferenças entre crime e contravenção não se restringem apenas a pena de prisão aplicável, podemos citar, de forma não exaustiva, outras diferenças, tais como:

- A) não há possibilidade de extraterritorialidade da lei penal para se punir contravenção ocorrida fora do território nacional, pois o artigo 2º da Lei das Contravenções Penais afirma que “A lei brasileira só é aplicável à contravenção praticada no território nacional”.
- B) a tentativa de crime é punível, em regra, com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um terço a dois terços, nos moldes do parágrafo único do artigo 14 do Código Penal, já a tentativa de contravenção não é punível. Este é o entendimento expresso do artigo 4º da Lei das Contravenções Penais.
- C) a duração da pena de prisão simples não pode ser superior a cinco anos. Diferentemente do que ocorre com os crimes, em que o tempo máximo de cumprimento de pena é de trinta anos.
- D) há crimes de competência da Justiça Federal, e da Justiça dos estados, já as contravenções, são sempre processadas e julgadas pela Justiça Estadual.
- E) enquanto os crimes podem ser de ação penal privada ou de ação penal pública (condicionada ou incondicionada), as contravenções penais são sempre de ação penal pública incondicionada.
- F) para as contravenções penais admite-se a possibilidade de fixação unicamente de multa.

O atual Código Penal não define o que seja crime, sendo este trabalho da doutrina. Analisaremos a seguir cada um dos elementos estruturais do conceito analítico de crime, sendo eles: fato típico; antijuridicidade e culpabilidade (de acordo com a teoria tripartite).

3.1 Do fato típico

Fato típico, para Gonçalves (2007, p. 49), ocorre quando há um enquadramento da conduta concretizada pelo agente na norma penal descrita em abstrato. É o fato que se enquadra nos elementos descritivos do delito, contidos em uma norma penal incriminadora.

Para que exista um fato típico é necessário primeiramente que concorra uma conduta humana, consistente em uma ação ou uma omissão. Desta conduta tem de advir um resultado, e entre esta e aquela deve haver um nexo de causalidade. E ao final, para que o fato seja realmente típico é preciso que estejam descritos em uma norma penal incriminadora, para que não se viole o princípio da legalidade (não há crime sem lei anterior que o defina).

Vislumbra-se, por tanto, 4 elementos do fato típico: A) conduta dolosa ou culposa; B) resultado (não está presente nos crimes de mera conduta); C) nexo de causalidade entre conduta e resultado; D) tipicidade. Jesus (2005, p. 226) cita também a imputação objetiva como sendo elemento componente do fato típico.

3.1.1 Da conduta

O conceito de conduta varia conforme a teoria adotada. Para a Teoria Causalista, conduta é movimento humano voluntário causador de modificação no mundo exterior. Já para a Teoria Finalista conduta é o movimento humano voluntário psiquicamente dirigido a um fim. A Teoria Social da ação por sua vez define a conduta como movimento humano voluntário, psiquicamente dirigida a um fim, socialmente relevante. E por fim, para a Teoria Funcionalista Moderada conduta seria o movimento humano voluntário (esta primeira parte é um denominador comum de todas as teorias) causador de relevante e intolerável lesão ao bem jurídico tutelado.

Para Jesus (2005, p. 227) “conduta é a ação ou omissão humana consciente e dirigida a determinada finalidade”. A conduta é o primeiro elemento componente do fato típico. Conforme já exposto neste trabalho, adota-se nos tempos atuais a teoria finalista da ação, para a qual conduta é o comportamento humano, voluntário e consciente, dirigido a uma

finalidade. Desta forma dolo e culpa fazem parte da conduta, que como já dito é o primeiro requisito do fato típico, por tanto quando ausentes dolo e culpa o fato será atípico.

Como esclarece Gonçalves (2007, p. 40) somente os seres humanos podem realizar condutas, pois somente estes têm vontade e consciência. Animais irracionais não praticam conduta, podem estes ser apenas instrumentos de um crime (exemplo: homem ataca um cão bravo para que ataque outra pessoa. O cão é apenas instrumento do crime). Pessoas jurídicas, em regra, também não têm capacidade para praticar nenhum crime, salvo crimes ambientais.

Se não houver conduta, não haverá crime por falta de tipicidade. Para Zaffaroni e Pierangeli (1997, p. 411) não pode haver delito sem conduta, pois segundo ambos:

O princípio *nullun crimen sine conducta* é uma garantia jurídica elementar. Se fosse eliminado, o delito poderia ser qualquer coisa, abarcando a possibilidade de penalizar o pensamento, a forma de ser, as características pessoais etc. Neste momento de nossa cultura isso parece suficientemente óbvio, mas, apesar disso, não faltam tentativas de suprimir ou de obstaculizar este princípio elementar.

A conduta só existe se o ato é voluntário, se involuntário, não haverá conduta. Por tanto não há conduta em atos de sonambulismo, hipnose, sob coação física irresistível, ou atos reflexos.

Vale distinguir atos reflexos, reação automática após a excitação de um nervo sensitivo, de atos instintivos, são formas de reação espontâneas motivadas por uma necessidade interna. Os atos instintivos podem ser acompanhados de elemento psíquico, como um sentimento, sendo por tanto tipicamente relevantes.

Importante salientar que somente a coação física irresistível é que exclui a conduta, pois a coação moral irresistível não exclui a conduta, excluindo somente a culpabilidade. Nos casos de coação física irresistível, a conduta é imputada ao coator, pois o coagido não pratica conduta alguma, por total falta de voluntariedade.

A conduta pode ser na forma de uma ação (comissiva) ou uma omissão (abstenção de um movimento).

A ação corresponde a um comportamento positivo, um movimento corpóreo tendente a uma finalidade. A lei determina um não fazer, e o agente comete o crime por fazer justamente o que a lei proíbe.

A omissão é um comportamento negativo, é abstenção do fazer, é um não fazer. É a não realização de um comportamento exigido que o sujeito tinha a possibilidade de

concretizar. Segundo Jesus (2005, p. 238) “o fundamento de todo crime omissivo constitui uma ação esperada”.

A omissão pode dar origem a duas espécies de crimes: crimes omissivos próprios e crimes omissivos impróprios, também conhecidos por comissivos por omissão.

Nos crimes omissivos próprios ou puros, basta a simples conduta negativa do sujeito, abstenção, para que o crime se perfaça. Independe da produção de qualquer resultado. O próprio tipo penal descreve uma conduta negativa, omissiva. O exemplo mais marcante destes crimes omissivos próprios é o crime de omissão de socorro, previsto no artigo 135 do Código Penal com a seguinte descrição “Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou ao grave e iminente perigo; ou não pedir, nestes casos, o socorro da autoridade pública”.

Já nos crimes omissivos impróprios a figura típica não define a omissão. Como esclarece Gonçalves (2007, p. 42), quando a lei impõe o dever de agir, o não-agir constitui crime, na medida em que leva à produção do resultado que o agir teria evitado. Os crimes comissivos por omissão não são tipos penais autônomos, a sua verificação decorre da norma do parágrafo 2º do artigo 13 da parte geral do Código Penal (norma de extensão) segundo o qual “a omissão é penalmente relevante quando o omitente podia e devia 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 o seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado”.

Para que se responda por crime comissivo por omissão é necessário haver o dever de jurídico de impedir o resultado.

3.1.2 Do resultado

Resultado é a modificação do mundo exterior provocada pela conduta do agente. Difere de evento que é qualquer acontecimento, pois resultado é consequência de conduta humana. Resultado é a transformação operada pela conduta.

Há duas teorias sobre a natureza do resultado: teoria naturalística e teoria jurídica ou normativa.

Para a teoria naturalística resultado é a modificação que o crime provoca no mundo externo, é a modificação do mundo externo causada por um comportamento humano. É

possível que haja crime sem resultado para esta teoria. São os crimes de mera conduta, Jesus (2005, p. 191) cita como exemplo os crimes de desobediência, previsto no artigo 330 do Código Penal, e o de reingresso de estrangeiro expulso, previsto no artigo 338 do mesmo diploma. Os crimes de mera conduta não se confundem com os crimes de perigo, pois os de perigo tem resultado, que é o risco produzido.

Para a teoria jurídica ou normativa, o resultado da conduta é a lesão ou o perigo de lesão de um interesse protegido pela norma penal, ou seja, é o efeito que o crime produz na órbita jurídica. Para os normativistas, o resultado é elemento do delito. Todo crime, para estes últimos, possui resultado, incluindo os de mera conduta, pois todo crime produz lesão ou perigo de lesão a um interesse protegido pelo direito.

3.1.3 Do nexu de causalidade

Nexo causal é a relação de causa e efeito existente entre a conduta do agente e o resultado que dela surge. A apreciação da relação de causalidade só é relevante nos crimes materiais (exigem a produção de resultado naturalístico para consumarem). Os crimes formais e os de mera conduta dispensam a ocorrência de qualquer resultado naturalístico, por isso não há razão para aferir nexu de causalidade entre conduta e resultado. Então, como afirma Gonçalves (2007, p. 43), os crimes materiais possuem 4 requisitos (conduta, resultado, nexu causal e tipicidade) e os formais e de mera conduta apenas 2 requisitos (conduta e tipicidade).

Com relação ao nexu de causalidade foi adotada a Teoria da Equivalência das Condições Anteriores ou Teoria *Conditio Sine Qua Non*, segundo a qual, toda circunstância antecedente, sem a qual o resultado não teria ocorrido, é causa. Para saber se uma conduta é causa do resultado faz-se o chamado juízo hipotético de eliminação, ou seja, exclui-se uma conduta, se o resultado mesmo assim ocorresse, esta conduta não é causa do resultado, porém, se suprimida a conduta se verificar que o resultado sem esta não teria sido produzido, então esta conduta é condição indispensável para o surgimento do resultado.

Mas Jesus (2005, p. 304) esclarece a teoria da equivalência das condições leva *ad infinitum* a pesquisa do que venha a ser causa, por isso deve ser limitado o alcance desta teoria utilizando-se de outros institutos, como por exemplo, a localização do dolo e culpa no tipo penal. A cadeia causal aparentemente infinita será sempre limitada pelo dolo e culpa. Pois pode ser que alguém dê causa a um resultado, mas sem dolo ou culpa, não podendo ser por este responsabilizado.

Há outras limitações à configuração do nexo de causalidade, são as condições ou concausas absolutamente independentes. Diz-se que a causa é absolutamente independente quando a causa efetiva do resultado não decorre, direta ou indiretamente, da outra concausa. Podendo ser preexistentes, concomitantes ou supervenientes. O nexo de causalidade é sempre excluído quando estamos diante de concausas absolutamente independentes, sejam elas preexistentes, concomitantes ou supervenientes, pois se fizermos o juízo hipotético de eliminação verificaremos que o resultado de qualquer forma ocorreria. Exemplos de concausas absolutamente independentes:

A) preexistentes: João quer matar Pedro e atira nele, entretanto Pedro já tinha sido envenenado por Thiago, e acaba morrendo exclusivamente em razão do envenenamento. João responde apenas por tentativa.

B) concomitante: João fere Pedro com uma facada no mesmo momento em que este vem a falecer exclusivamente em razão de um derrame. João responde apenas por tentativa

C) superveniente: João querendo matar Pedro, arremessa uma pedra contra a cabeça deste último, que só vem a morrer momentos depois, porém não em razão da pedrada, mas em razão de um raio que o fulmina. João responde apenas por tentativa.

Existem ainda as causas relativamente independentes (preexistentes, concomitantes e supervenientes), que são causas que auxiliam no processo causal, energias que se somam para produzir o resultado. Diz-se que a causa é relativamente independente quando a causa efetiva decorre, direta ou indiretamente, da concausa. Nestes casos só haverá rompimento do nexo causal quando se tratar de causa superveniente relativamente independente que por si só produziu o resultado. Diz-se que a concausa “por si só produziu o resultado” quando há um rompimento da linha de desdobramento causal normal. Exemplos de causas relativamente independentes:

A) preexistentes: João dá uma facada não mortal em Pedro, que por ser portador de hemofilia, sangra até a morte. Se não fosse a facada Pedro não teria morrido, por isso a facada é condição indispensável para o resultado morte, sendo a hemofilia uma concausa preexistente que não rompe o nexo causal. João responde pelo crime consumado.

B) concomitante: João e Thiago, desconhecendo um a conduta do outro, dão doses de veneno a Pedro. As doses de veneno separadamente não são letais, mas juntas estão em quantidade letal, e levam a morte de Pedro. Se excluirmos a conduta de João ou de Thiago, a morte não teria ocorrido, sendo por tanto, a conduta de cada um deles indispensável para o resultado (causa). Não há rompimento do nexo causal. João responde pelo crime consumado.

C) superveniente: João esfaqueia Pedro que sofre lesão corporal. No caminho para o hospital a ambulância em que Pedro se encontrava capota causando a morte de Pedro. Diz-se que a causa é relativamente independente porque se não fossem as facadas que Pedro sofreu, não estaria na ambulância e não teria morrido na capotagem. Porém houve uma causa superveniente que por si só produziu o resultado, a capotagem, por isso não houve soma de energias entre a causa anterior (a facada) e a superveniente (a capotagem). João responde pelos atos anteriores.

Com relação ao nexos causal, resta ainda estudarmos relevância causal da omissão. Existem os crimes omissivos próprios em que há simplesmente a omissão de um dever de agir imposto pela norma penal. Os delitos omissivos próprios dispensam a investigação da relação de causalidade, pois são delitos que não dependem da produção de nenhum resultado para que fiquem configurados. Há, ainda, os crimes omissivos impróprios, ou comissivos por omissão, nestes o agente tem de agir para evitar a produção de um resultado. Nos crimes comissivos por omissão estuda-se o nexos de causalidade entre o resultado e a ação omitida que era exigida. Para a maioria da doutrina, entretanto, este nexos não é naturalístico, pois do nada, nada pode surgir. O vínculo é jurídico, isto é, o sujeito não causou o resultado, mas como não o impediu, quando devia, é equiparado ao verdadeiro causador do resultado. A doutrina dá a isso o nome de nexos de não impedimento ou nexos de evitação.

Inexiste uma relação de causalidade física entre a omissão e o resultado, já que do nada, nada pode advir, Jesus (2005, p. 251). A omissão não produz o resultado.

De acordo com o artigo 13, parágrafo 2º do Código Penal a omissão é penalmente relevante quando o omitente podia e devia agir para evitar o resultado. Segundo o mesmo dispositivo legal, o dever de agir incumbe a quem:

A) tenha por lei a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância. Ex: os pais tem o dever de cuidado e assistência aos filhos, então se o pai ou mãe deixar intencionalmente de alimentar os seus filhos, causando-lhes a morte, responderão por homicídio.

B) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado. Ex: salva vidas de piscina de um clube que vê um banhista se afogar e podendo não presta socorro; enfermeira que, podendo, deixa de prestar socorro ao enfermo, causando sua morte.

C) com o seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. Ex: alguém por brincadeira joga outra pessoa na piscina, percebe que o jogado não sabe nadar, e podendo não lhe presta socorro, ocasionando a morte por afogamento. O que jogou na piscina responde por homicídio, pois sua omissão é penalmente relevante, tendo em vista que tinha o dever de agir, já que com sua conduta criou o risco da ocorrência do resultado.

3.1.4 Da tipicidade

De acordo com Gonçalves (2007, p. 49), tipicidade é o nome dado ao enquadramento da conduta concretizada pelo agente na norma penal descrita em abstrato. A conduta do agente deve se amoldar perfeitamente aos elementos da norma penal incriminadora. A tipicidade é decorrência natural do princípio da reserva legal.

Podem-se citar três etapas de evolução da tipicidade. Na primeira etapa a tipicidade é vista como meramente formal. Para a tipicidade formal basta uma operação de ajuste entre o fato e a norma penal incriminadora para que o fato seja típico.

Já em uma segunda etapa, para a adequação típica não basta a tipicidade formal, simples enquadramento entre fato e norma, é necessário ainda a tipicidade material. Por tipicidade material entende-se a produção de uma relevante e intolerável lesão ou ameaça de lesão a um bem jurídico tutelado.

E por fim, na terceira etapa de evolução, a tipicidade penal é a soma da tipicidade formal e da tipicidade conglobante. Esta última formada pela tipicidade material, mais a prática de atos antinormativos. Ato antinormativo seria um ato não incentivado e não determinado por lei.

Então, o furto de uma caneta Bic, para a teoria adotada na segunda e na terceira etapa de evolução da tipicidade que citamos, não é fato típico, pois em que pese presente a tipicidade formal diante do que prevê o artigo 155 do Código Penal “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”, não há tipicidade material, pois não há a produção de uma relevante e intolerável lesão a um bem jurídico tutelado. Por tanto, para Roxin, autor alemão que trabalha com a teoria da tipicidade material (segunda etapa de evolução), o princípio da insignificância elimina a tipicidade, pois exclui a tipicidade material.

A adoção da tipicidade conglobante proposta por Zaffaroni, traz como consequência o fato de que o estrito cumprimento de um dever legal e o exercício regular de um direito incentivado por lei migram da ilicitude para o fato típico, servindo como causas de atipicidade.

De acordo com Zaffaroni, autor da tipicidade conglobante, espera-se do ordenamento jurídico “ordem”, isto é, os vários direitos determinando e incentivando os mesmos fatos.

Seria uma incoerência o direito penal tipificar comportamentos que outros ramos do direito determinam ou incentivam.

Comentando um caso de um suposto oficial de justiça, que em cumprimento de ordem do juiz competente, ingressa regularmente na casa de um suposto devedor e efetua a penhora de determinados bens, Zaffaroni e Pierangeli (1997, p. 460) defendem a Teoria da Tipicidade Conglobante, aduzindo que:

Para boa parte da doutrina, o oficial de justiça teria atuado ao amparo de uma causa de justificação, isto é, que faltaria a antijuridicidade da conduta, mas que ela seria típica.

Para nós, esta resposta é inadmissível, porque tipicidade implica antinormatividade (contrariedade à norma) e não podem admitir que na ordem normativa uma norma ordene o que a outra proíbe. Uma ordem normativa, na qual uma norma pode ordenar o que a outra pode proibir, deixa de ser ordem e de ser normativa e torna-se uma desordem arbitrária.

(...)

Pode ocorrer que o tipo legal pareça incluir estes casos na tipicidade, como sucede com o do oficial de justiça, e no entanto, quando penetramos um pouco mais do alcance da norma que está anteposta ao tipo, nos apercebemos que, interpretada como parte da ordem normativa, a própria ordem normativa a ordena e a incentiva.

Isto nos indica que o juízo de tipicidade não é um mero juízo de tipicidade legal, mas que exige um outro passo, que é a comprovação da tipicidade conglobante, consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem normativa. A tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal, posto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas, como acontece no caso exposto do oficial de justiça, que se adéqua ao “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel” (art. 155 do CP), mas que não é alcançada pela proibição do “não furtarás”.

A adequação típica pode dar-se de duas formas: adequação típica imediata ou adequação típica mediata, indireta ou por extensão. Na adequação típica imediata o fato se enquadra diretamente no modelo legal, sem necessidade de outra disposição legal. Já na adequação mediata o fato não se enquadra diretamente no tipo legal, necessitando para tanto a utilização de outro dispositivo de lei. É o que ocorre na tentativa e no concurso de agentes.

Por exemplo: João tenta matar Pedro. O artigo 121 do código penal fala “matar alguém”, não fala “tentar matar alguém”, para que haja o enquadramento da conduta de João ao tentar matar Pedro, é necessário se utilizar da norma de extensão constante no artigo 14, II, do mesmo diploma, segundo a qual “diz-se o crime: II tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente”. Ou ainda, supondo que João empresta a arma para Thiago matar Pedro, João responderá como partícipe do homicídio em

razão da norma de extensão prevista no artigo 29 do Código Penal que consagra o princípio unitário ao dizer que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

No caso da tipicidade indireta ou mediata é imprescindível recorrer para normas de extensão para a tipificação do ato. À norma de extensão prevista no artigo 14, II do Código Penal a doutrina dá o nome de norma de extensão temporal, pois amplia a incriminação a fatos praticados anteriormente e consumação. Já à norma de extensão do artigo 29 do mesmo código é dado o nome de norma de extensão pessoal, pois a amplia a incriminação para alcançar pessoas que não praticaram o núcleo do tipo. Por fim à norma prevista no parágrafo 2º do artigo 13 do referido código a doutrina dá o nome de norma de extensão causal.

3.1.5 Da teoria da imputação objetiva

Esta teoria visa restringir o alcance da teoria da equivalência dos antecedentes causais, para a qual, toda ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido é causa do resultado, entendimento adotado pelo artigo 13 do Código Penal que diz em seu caput “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 teria ocorrido”.

Para a teoria da imputação objetiva só há crime, quando o agente, com sua conduta, cria um risco proibido que dá causa ao resultado. Como salienta Jesus (2005, p. 280) “imputação objetiva significa atribuir a alguém a realização de uma conduta criadora de um risco relevante e juridicamente proibido e a produção de um resultado jurídico”.

Interessante destacar o exemplo trazido por Gonçalves (2007, p. 48), no qual o sujeito X presentearia Y com uma passagem de avião, vindo Y a morrer por causa do acidente. O fato de X presentear Y com a passagem de avião é causa da morte de Y, se adotarmos a teoria da equivalência dos antecedentes, pois causa é toda ação ou omissão sem a qual o resultado não ocorreria. Mas mesmo adotando a teoria tradicional, no exemplo inicial, o crime seria excluído por ausência de dolo ou culpa. Indaga-se qual seria a solução se o X ao presentear Y soubesse que no trajeto haveria uma terrível tempestade, e quisesse que Y morresse no acidente? Neste exemplo, para teoria do *sine qua non*, X responderia por homicídio doloso, pois está presente no caso o nexos de causalidade (pois se Y não fosse presenteado com a passagem, não estaria no avião, e não morreria no acidente) e dolo (pois o desejo de X era que o acidente ocorresse e que Y morresse). Para a teoria da imputação objetiva, esta seria a

falha da teoria tradicional, já que para a primeira só há crime quando o agente com sua conduta, cria um risco proibido que dá causa ao resultado, o que não ocorre no exemplo citado, pois X, ao presentear Y com uma passagem aérea, cria um risco permitido e não tem controle sobre o fato.

Para os adeptos da teoria da imputação objetiva, esta seria elemento normativo (exige valoração) implícito do fato típico. Então este último seria composto por: conduta, resultado, nexa causal, tipicidade e imputação objetiva.

Importante esclarecer que a teoria da imputação objetiva não diverge da teoria finalista, pois apenas acrescenta um elemento (imputação objetiva) para compor o fato típico.

Em suma, só se pode imputar objetivamente a alguém a prática de um crime, se o sujeito criou um risco proibido e que este cause um resultado que se amolde a uma figura penal.

3.2 Da antijuridicidade

Bitencourt (2006, p. 368) traz a definição de antijuridicidade dada por Assis de Toledo, para o qual, antijuridicidade é a relação de antagonismo que se estabelece entre uma conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico, de modo a causar lesão, ou a expor a perigo de lesão um bem jurídico tutelado.

Como salienta Jesus (2005, p. 355) “o fato típico é um indício de ilicitude, motivo pelo qual esta deve ser estudada após análise daquele”. Este é o caráter indiciário da ilicitude, pois diante de um fato típico há uma presunção relativa (*júris tantum*) de antijuridicidade, só não sendo ilicitude se estiver presente no caso concreto uma das causas excludentes da ilicitude. Há, por tanto, segundo o mesmo autor, um critério negativo de conceituação de antijuridicidade. Pois o fato típico será considerado antijurídico, salvo se ocorrer uma das causas de exclusão da ilicitude. Antijurídico, então, seria todo fato descrito em uma norma penal incriminadora e não encoberto por uma norma de justificação no caso concreto.

Teria adotado, por tanto este segundo autor a teoria da indiciabilidade ou da “*ratio cognoscendi*”, segundo a qual a tipicidade gera a suspeita de ilicitude, presumindo relativamente a ilicitude.

Bitencourt (2006, p. 365) cita a diferenciação feita por Jescheck entre injusto e antijuridicidade, segundo este último autor, antijuridicidade é a contradição da ação com a

norma jurídica (adjetivo), e injusto seria a própria ação valorada antijuridicamente (substantivo). Por tanto, injusto seria o substantivo e antijuridicidade seria o atributo daquele.

Liszt diferenciava antijuridicidade formal de antijuridicidade material, formalmente antijurídico seria o comportamento humano que viola a lei penal, a e materialmente antijurídica é a conduta humana que fere o interesse social protegido pela própria norma. Jesus (2005, p. 358) traz o pensamento de Asúa, que diz ser a antijuridicidade formal o mesmo que a tipicidade, e a antijuridicidade material seria a própria antijuridicidade. Por tanto a antijuridicidade é sempre material.

Com relação a qual termo seria correto, ilicitude ou antijuridicidade, não há consenso na doutrina. Parte desta diz serem os dois termos sinônimos, uma segunda corrente, defendida por Assis Toledo, diz ser ilicitude o termo correto. Primeiro porque o Código Penal utiliza o termo “ilicitude”, e em segundo porque o fato típico é um fato jurídico, como poderia um fato ser ao mesmo tempo jurídico e antijurídico. Lembramos que neste trabalho utilizamos de ambas expressões como sendo sinônimas.

3.2.1 Causas de justificação ou excludentes da antijuridicidade

A antijuridicidade, o segundo elemento componente do crime, ou no dizer de Bettiol, substrato do crime, pode ser afastada diante da ocorrência de causas excludentes da antijuridicidade. Em isto ocorrendo, o fato continua típico, porém o crime é excluído, por faltar um de seus elementos estruturais (antijuridicidade) segundo o seu conceito analítico.

Existem diversas nomenclaturas na doutrina para as causas excludentes da antijuridicidade, alguns exemplos: excludentes da ilicitude, causas de justificação, causas justificantes, causas de exclusão do crime e etc. O artigo 23 do Código penal prevê 4 causas de exclusão da ilicitude, são elas: estado de necessidade; legítima defesa; estrito cumprimento de dever legal e por fim exercício regular de direito.

Além das causas excludentes da ilicitude previstas na parte geral do Código Penal em seu artigo 23, existem ainda causas excludentes da ilicitude na parte especial do Código, podemos citar como exemplos os casos de abortamento permitido, previstos no artigo 128 do Código Penal que diz “Não se pune o aborto praticado por médico: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

Bitencourt (2006, p. 380) afirma que:

Apesar da omissão da legislação brasileira a respeito da possibilidade de se reconhecer a existência de causas supralegais de exclusão da antijuridicidade, a doutrina e a jurisprudência nacionais admitem a sua viabilidade dogmática.

Aliás, a existência de justificantes supralegais é uma decorrência natural do caráter fragmentário do Direito Penal, que jamais conseguiria catalogar todas as hipóteses em que determinadas condutas poderiam justificar-se perante a ordem jurídica, mesmo quando eventualmente venham a se adequar a algum tipo penal.

Para maior parte da doutrina, assim como uma norma penal incriminadora possui elementos objetivos e subjetivos, a norma penal permissiva também possui elementos objetivos e subjetivos. Diante disso, não basta que estejam presentes os requisitos objetivos da norma permissiva para se excluir antijuridicidade, é necessário que o agente tenha consciência (elemento subjetivo) de estar agindo acobertado por uma excludente.

A ausência de elementos objetivos ou subjetivos da norma permissiva leva a ilicitude da conduta típica. Exemplo: o policial que por vingança prende o seu vizinho, desconhecendo que havia uma ordem de prisão expedida contra ele, não age em estrito cumprimento de dever legal, da mesma forma não age em legítima defesa de terceiro aquele que mata o seu desafeto por ódio sem saber que este estava prestes a matar outra pessoa, por faltar elemento subjetivo da causa excludente da antijuridicidade.

Deve-se atentar, para a possibilidade de ocorrência de discriminantes putativas. Estas últimas se equipararão a erro de tipo ou de proibição, a depender do caso concreto. Lembrando que o erro de proibição se inevitável isenta de pena, se evitável apenas diminui a pena. Já o erro de tipo se inevitável exclui o dolo e culpa e se evitável exclui apenas o dolo.

Há três espécies de discriminantes putativas:

A) quando o agente erra quanto à autorização: ou seja, o agente supõe estar autorizado. Exemplo: marido pensa estar autorizado a manter conjunção carnal com sua esposa, ainda que de forma violenta, quando esta se recusa. É hipótese de erro de proibição.

B) quando o agente erra quanto aos limites: o equívoco está nos limites, na proporcionalidade da discriminante. Exemplo: o agente repele a uma agressão de tapa com um disparo de arma de fogo. Hipótese de erro de proibição.

C) quando o agente desconhece a situação fática: o agente supõe presente situação fática que não existe. Exemplo: o agente mata o seu desafeto imaginando que este último ao por a mão no bolso iria sacar uma arma para lhe matar, quando na verdade apenas iria pegar o seu

celular. Trata-se de hipóteses de erro de tipo (segundo a teoria limitada da culpabilidade, já para a teoria extremada da culpabilidade, trata-se de erro de proibição).

A seguir analisaremos cada uma das causas legais excludentes da ilicitude previstas na parte geral, a causa supra legal de exclusão da ilicitude objeto principal deste trabalho só será analisada após o estudo da culpabilidade e das causas excludentes desta.

3.2.1.1 Da legítima defesa

Legítima defesa é uma causa de exclusão da antijuridicidade, pois não atua contrariamente ao direito quem reage a uma agressão injusta para proteger um direito próprio ou alheio, especialmente em face do reconhecimento do Estado de sua natural impossibilidade de imediata solução de todas as violações da ordem jurídica. A legítima defesa, como salienta Bitencourt (2006, p. 394), representa uma forma abreviada de realização da justiça penal e da sua sumária execução.

Segundo o artigo 25 do Código Penal, “entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. Da definição legal podemos extrair cinco requisitos para a caracterização da legítima defesa: 1) agressão injusta, atual ou iminente; 2) direito próprio ou alheio, sendo atacado ou ameaçado de dano pela agressão; 3) utilização dos meios necessários; 4) moderação; 5) animus defendendi.

Agressão é a conduta humana que ataca ou coloca em perigo um bem jurídico. Será esta considerada injusta se não for autorizada pelo ordenamento jurídico. Desta primeira afirmação constata-se que ataques espontâneos efetuados por animais não ensejam legítima defesa, pois “agressão” pressupõe conduta humana. Se repelir ataque espontâneo de animal estará agindo em estado de necessidade. Entretanto, se repele o ataque de um animal que é provocado por alguém que o ataca, estaremos diante de legítima defesa, pois o animal foi utilizado como uma arma, tratando-se por tanto de agressão injusta.

Somente ficará caracterizada a legítima defesa se a agressão for injusta, sendo esta justa, não se configurará esta causa justificante, exemplo: aquele que reage a uma prisão em flagrante não age em legítima defesa. Todavia, não é necessária que a agressão injusta corresponda a fato típico, exemplo: é possível repelir furto de uso (conduta atípica).

Admite-se a legítima defesa ainda que o agressor esteja acobertado por uma causa de exclusão da culpabilidade, pois a conduta continua ilícita. Por tanto, cabe legítima defesa para

afastar agressão de inimputável (menores de 18 anos, doentes mentais etc), ou ainda para afastar agressão de quem atua sob coação moral irresistível ou sob obediência hierárquica (inexigibilidade de conduta diversa), ou de quem age incidindo em erro de proibição (exclui a potencial consciência da ilicitude).

Diante da necessidade de agressão injusta para a configuração de legítima defesa, não é possível legítima defesa contra legítima defesa, pois se um dos agentes age em legítima defesa, sua agressão é justa, por tanto a do outro é injusta. O que pode restar caracterizado é legítima defesa real contra legítima defesa putativa, ou estado de necessidade contra estado de necessidade. Para considerar uma agressão como injusta não é necessário que esta esteja tipificada como crime, basta que contrarie o ordenamento jurídico como um todo.

Agressão não se confunde com provocação, por isso, mesmo aquele que provoca pode atuar em legítima defesa caso venha a ser agredido. Não basta ainda a injustiça da agressão, é necessário que esta seja atual ou iminente. Pois se a agressão foi no passado, eventual reação seria vingança, ou se esta será no futuro a autoridade pública pode ser chamada a intervir para evitar a consumação da agressão. Por tanto, a reação do agredido, para caracterizar a legítima defesa, deve ser sempre preventiva, impedindo o início da ofensa ou sua continuidade.

Como a legítima defesa pode restar configurada em razão de agressão a direito próprio ou de outrem, pode-se dividir em legítima defesa própria, sempre que o repelente da agressão for o próprio titular do bem jurídico atacado ou ameaçado, e legítima defesa de terceiro, quando visar repelir agressão a bem jurídico de outrem.

A repulsa da agressão deve ser feita com os meios necessários. Consideram-se necessários os meios suficientes e indispensáveis para o exercício eficaz da defesa. De acordo com Jesus (2005, p. 390) “o meio escolhido deixará de ser necessário quando se encontrarem à sua disposição outros meios menos lesivos”. O meio a ser escolhido deve ser aquele que produza o menor dano. Além de fazer uso do meio necessário, exige-se que o seu uso seja moderado.

Por fim, deve estar presente o *animus defendendi*, ou seja, é preciso que o sujeito tenha conhecimento da situação de agressão injusta e da necessidade da repulsa. Deixa claro Bitencourt (2006, p. 399) que “a legítima defesa deve ser objetivamente necessária e subjetivamente orientada pela vontade de defender-se”. Se faltar o elemento subjetivo da legítima defesa a repulsa da agressão será considerada ilícita.

Segundo Jesus (2005, p. 391) se um sujeito ao repelir uma agressão injusta vier a atingir bem jurídico de terceiro, ainda assim estará acobertado pela legítima defesa, em face do que dispõe o artigo 73 do Código Penal, ao tratar do *aberratio ictus*, segundo o qual

“quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela”.

Para a repulsa da agressão o agredido pode vir a utilizar de um meio desnecessário ou utilizar o meio necessário de forma imoderada, decorrendo daí o excesso. Se o agente, desde o início, empregar meio desnecessário ou de forma imoderada, será excluída a legítima defesa. Porém se o sujeito inicialmente emprega moderadamente o meio necessário, mas acaba indo além, agindo imoderadamente, responderá apenas pelo excesso.

Já no caso de o agente não ter querido o excesso, tendo praticado este por erro de tipo, pois pressupõe erroneamente estarem presentes os elementos que autorizariam a legítima defesa, se o erro for plenamente escusável ficará o sujeito isento de pena por faltar dolo ou culpa em sua conduta. Se o erro for inescusável, o agente responde por crime culposos, se for previsto a forma culposa para o fato por ele praticado. Trata-se de culpa imprópria, como explica Jesus (2005, p. 394) pois o resultado é querido e previsto pelo agente, mas este não quis o excesso, praticando a conduta em face de erro de tipo vencível.

Se o sujeito age em erro de proibição, pois o seu erro recai sobre a injustiça da agressão, se o erro for escusável haverá exclusão da culpabilidade, se o erro for inescusável incidirá uma diminuição de um sexto a um terço na pena.

Pode-se diferenciar 4 tipos de legítima defesa: real; putativa, sucessiva e recíproca. legítima defesa real é a tradicional, na qual estão presentes realmente todos os requisitos de sua configuração previsto em lei. Legítima defesa será putativa quando o sujeito supõe, erroneamente, a existência da agressão ou sua injustiça. Esta só existe na mente do agente, pois objetivamente não existe legítima defesa neste caso. Ocorre legítima defesa sucessiva quando é permitida legítima defesa do agressor inicial por ter o agredido inicial agido com excesso. Já a legítima defesa recíproca, ou seja, legítima defesa contra legítima defesa é inadmissível, pois se um dos agentes atua em legítima defesa é porque o outro agiu com uma agressão injusta.

3.2.1.2 Do estado de necessidade

O conceito legal de estado de necessidade se encontra no artigo 24 do Código Penal, segundo o qual “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”. Como assevera Capez (2005, p. 273), no estado de necessidade há dois ou mais bens jurídicos em perigo, sendo que a preservação de um, depende da destruição dos demais. Noronha (1999, p. 189) cita como exemplo desta excludente da ilicitude, o caso do alpinista que precipita no abismo o companheiro, porque a corda à qual os dois estavam presos não suportaria o peso dos dois; e também o famoso caso do naufrago, no meio do oceano, que mata o outro, para ficar com a tábua (de salvação) que somente suportaria um deles. Já Mirabete (2004, p. 177) cita o caso do furto famélico, e da destruição de mercadorias de uma embarcação para salvar a vida dos tripulantes, entre outros casos.

Os requisitos para a configuração do estado de necessidade são: atualidade do perigo; o perigo deve ameaçar direito próprio ou alheio; não causação voluntário do perigo pelo agente; inexistência do dever legal de afastar o perigo; inexigibilidade do sacrifício do bem ameaçado, inevitabilidade do perigo e por último o conhecimento da situação justificante.

O primeiro requisito, por tanto, é a atualidade do perigo. O perigo deve ser atual, ou seja, a ameaça deve estar se verificando no mesmo momento em que o agente sacrifica o bem jurídico. A probabilidade de dano deve ser presente e imediata, fica afastado a justificante nos casos de perigo passado ou perigo futuro. Bem lembra Mirabete (2004, p. 178) que a lei ao tratar do estado de necessidade fala apenas de perigo atual, não menciona o perigo iminente como faz na legítima defesa, por isso este último estaria excluído.

A lei admite o estado de necessidade expressamente para salvar direito próprio ou direito alheio. A lei fala em “direito”, é necessário então que o bem a ser salvo seja tutelado pelo ordenamento jurídico, do contrário não será um direito. Capez (2005, p. 276) esclarece exemplificando que o condenado a morte não pode alegar estado de necessidade contra o carrasco que lhe executará. Mirabete (2004, p. 180) frisa que quando a lei diz “direito alheio” e não faz distinção entre pessoa física e jurídica, significa que é possível que o agente aja em estado de necessidade em benefício de pessoa jurídica.

É indispensável para a configuração do estado de necessidade que o agente não tenha provocado o perigo por sua vontade. Por tanto se o agente tenha ele mesmo criado o perigo não poderá alegar estado de necessidade para atacar bem jurídico de terceiro e salvar o seu próprio bem jurídico. Noronha (1999, p. 190) traz a polêmica na doutrina sobre a possibilidade de se alegar estado de necessidade se o agente deu causa ao perigo por culpa (estricto sensu). Este mesmo autor cita Basileu Garcia, Aníbal Bruno, para os quais a provocação culposa do perigo não impede o estado de necessidade, e Néelson Hungria e José Frederico Marques que são contrários a esta tese.

A lei no artigo 24, parágrafo 1º diz que “não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo”. Como explica Capez (2005, p. 277) sempre que for imposto ao agente, pela lei, o dever de enfrentar o perigo, ele deve tentar salvar o bem ameaçado sem destruir qualquer outro, ainda que tenha que correr certo riscos inerentes a sua função. Exemplos: bombeiros, policiais. Ainda que a lei imponha o dever legal de enfrentar o perigo, não é necessário atos de heroísmo, bem explica Mirabete (2004, p. 181) que os limites de exigência de sacrifício devem coincidir com os limites legais ou sociais do exercício de sua profissão. Deve-se ter em mente que o Código Penal se limitou a falar em dever legal, portanto se o dever advier de obrigação contratual, o agente não estará obrigado a se arriscar.

É ainda necessário que não seja exigível, no caso concreto, que fosse sacrificado o bem ameaçado. Deve se confrontar o bem ameaçado e o que se sacrifica. Não ocorrerá a justificativa se for de maior valor o bem lesado pelo agente. O parágrafo 2º do artigo 24, traz uma causa de diminuição de pena, “embora seja razoável exigir o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços”.

Noronha (1999, p. 190) explica que é mister seja inevitável o perigo, já que a transgressão à ordem jurídica só pode ser tolerada se o agente não tiver outro meio de afastar o perigo. A ação lesiva deve ser imprescindível, sendo o único meio de afastar o perigo. Por isso, a fuga, que na legítima defesa não é exigível, é exigida no estado de necessidade quando possível. Somente se admite o sacrifício de um outro bem se não houver qualquer outro meio de se salvar o bem que se encontra em perigo. E o sacrifício do outro bem deve ser o menor possível, por tanto o homicídio não será amparado pelo estado de necessidade se para afastar o perigo fosse suficiente a lesão corporal.

O último requisito desta excludente da ilicitude em análise é o conhecimento da situação justificante. Como em todas as causas excludentes da ilicitude, exige-se o elemento subjetivo, ou seja, deve conhecer os pressupostos fáticos da excludente. Mirabete (2004, p. 180) exemplifica dizendo que se o agente mata o seu desafeto em um barco, em que só os dois se encontram, sem saber que se não o matasse ambos morreriam pois o barco estava afundando, e vem com isso a se salvar, não estará acobertado pelo estado de necessidade pela ausência de conhecimento da situação justificante.

Segundo Mirabete (2004, p. 179) o estado de necessidade pode ser invocado quando da prática de qualquer crime, inclusive nos delitos culposos. Não se admite entretanto, a existência de estado de necessidade nos crimes permanentes e habituais ante a falta de atualidade na situação de perigo. Este autor ainda diferencia estado de necessidade defensivo,

quando o agente atua contra o causador do perigo, de estado de necessidade agressivo, quando lesa bem jurídico de alguém que não provocou a situação de risco.

3.2.1.3 Do estrito cumprimento de dever legal

Na primeira parte do inciso III do artigo 23 do Código Penal diz que não há crime quando o agente pratica o fato em estrito cumprimento de dever legal. Para alguns doutrinadores, este dispositivo seria até dispensável, pois como esclarece Noronha (1999, p. 204), quando a lei impõe um dever, por óbvio, ela não pune quem o cumpre. Se a lei impõe determinado comportamento, mesmo que seja típica, não será ilícito.

Adverta-se que o dispositivo fala em cumprimento de dever legal, por tanto exclui dever meramente moral, religioso ou social. Dever legal, é o que decorre da lei, esta deve ser entendida em sentido amplo, podendo ser penal ou extra-penal, incluído ainda, de acordo com Capez (2005, p. 290) qualquer dever que, mediata ou imediatamente, decorra da lei, exemplificando: decreto, regulamento, ato administrativo infra-legal e decisões judiciais. Se, entretanto, estiver-se diante de uma ordem de serviço específica para o subordinado, haverá obediência hierárquica, e não estrito cumprimento de dever legal.

De acordo com Mirabete (2004, p. 189) a justificante pressupõe que o autor do fato típico seja funcionário ou agente público, agindo em conformidade com a lei, incluindo-se ainda, o particular que exercer função pública, tal como o perito nomeado, o jurado do tribunal do júri e o mesário da justiça eleitoral.

O cumprimento do dever legal deve ser “estrito”, ou seja, deve ser praticado dentro dos limites de seu poder, limites esses, que se ultrapassados, serão excesso punível.

Para Mirabete (2004, p. 189) não poderão ser responsabilizados o co-autor e o partícipe, quando for reconhecido o estrito cumprimento do dever legal do autor. Capez (2005, p. 291), entretanto, traz uma ressalva, pois para que o co-autor e o partícipe não sejam responsabilizados devem também conhecer a situação justificadora.

Não se admite estrito cumprimento de dever legal nos casos de crimes culposos, mas pode haver estado de necessidade. Capez (2005, p. 291) e Mirabete (2004, p. 189) trazem exatamente o mesmo exemplo, no qual o motorista de um carro de bombeiro dirige acima da velocidade permitida no leito carroçável para poder chegar ao local do incêndio, porém no caminho acaba causando lesão a um bem jurídico alheio, está-se diante de estado de necessidade.

O último requisito necessário para que o agente seja acobertado por esta causa excludente da ilicitude, é que ele tenha conhecimento da situação justificante. Deve ter ciência que está praticando um fato imposto pela lei. Trata-se do elemento subjetivo desta justificante.

Vale lembrar, conforme já realçamos neste trabalho, que para os adeptos da Teoria da Tipicidade Conglobante, a qual é formada por tipicidade material somado a prática de ato antinormativo, o estrito cumprimento de dever legal afastaria a tipicidade e não a antijuridicidade.

Por fim, exemplifica-se com situações em que o agente age em estrito cumprimento de dever legal: soldado que mata o inimigo no campo de batalha; o carrasco que executa a pena de morte do condenado a pena capital; o policial que efetua a prisão do criminoso.

3.2.1.4 Do exercício regular de direito

De acordo com a segunda parte do inciso III do artigo 23, não há crime quando o fato ocorre no exercício regular de um direito. Como explica Capez (2005, p. 291) ao citar Graf Zu Dohna, uma ação não pode ser ao mesmo tempo proibida e permitida, por tanto o exercício de um direito nunca é antijurídico.

Diante do princípio da legalidade estampado no artigo 5º, inciso II, segundo o qual, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei, qualquer pessoa poderá exercitar um direito subjetivo ou faculdade previstos em lei.

Explica Jesus (2005, p. 400) que “a expressão direito é empregada em sentido amplo abrangendo todas as espécies de direito subjetivo (penal e extrapenal)”.

Pode-se exemplificar como exercício regular de direito a conduta do pai que se utiliza da força moderada para corrigir o filho; a prisão em flagrante efetuada por qualquer pessoa do povo, e o exercício do direito de retenção nos moldes previstos no Código Civil.

É necessário que o exercício do direito seja regular, pois o abuso pode dar causa ao excesso punível, é o caso do pai que abusa dos meios de correção e disciplina no filho e acaba incidindo no crime de maus tratos.

Noronha (1999, p. 206) e Capez (2005, p. 292) citam o entendimento de Frederico Marques, para o qual o costume poderia legitimar a prática de certas condutas típicas. Para ele, as violências, injúrias e constrangimentos praticados no “trote acadêmico” são consideradas exercício regular de direito, em razão de o costume ter consagrado o “trote

acadêmico” como instituição legítima. Esta opinião não é esposada por Mirabete (2004, p. 190) para o qual não há exercício regular de direito no “trote acadêmico” forçado.

Constituem também exercício regular de direito as intervenções médicas e cirúrgicas e a prática de esportes, regulamentados, dos quais possam advir lesão corporal. Deixa claro Mirabete (2004, p. 191) que se o próprio Estado autoriza, reconhece, estimula e fiscaliza a medicina, a atividade médica trata-se de exercício regular de direito. Com relação a esportes violentos tais como, boxe, jiu-jitsu, luta livre e etc., para Jesus (2005, p. 401) o seu exercício não constitui fato ilícito, por ser prática autorizada e fiscalizada pelo Estado. Observa Mirabete (1999, p. 191) que é necessário que o agente se conserve dentro das regras do esporte, pois haverá crime se houver excesso do agente, que intencionalmente desobedece às regras do esporte visando lesionar a outra parte. Segundo a teoria da imputação objetiva, a prática de esportes, desde que dentro das regras, e o exercício regular da medicina, são considerados fatos atípicos, pois não há a criação de um “risco proibido”.

A maior parte da doutrina considera o os ofendículos, aparatos visíveis e predispostos para a defesa da propriedade (cerca elétrica, caco de vidro no muro, cerca farpada), como sendo exercício regular de direito. Parte da doutrina entende que um animal, tal como um cachorro, se colocado no quintal da casa para defesa do patrimônio, pode ser considerado ofendículo. Há posição doutrinária no sentido de que os ofendículos seriam espécie de legítima defesa pré-ordenada. Há outra corrente ainda, no sentido de que, o ofendículo, enquanto não acionado, configura exercício regular de um direito, e quando acionado, repele injusta agressão, configurando legítima defesa pré ordenada.

Independentemente da teoria adotada, deve-se atentar na proporcionalidade no uso do ofendículo. O uso do ofendículo, direito de o cidadão defender o seu patrimônio, deve ser prudente, consciente e razoável, punindo-se o seu excesso.

3.3 Da culpabilidade

Há divergência na doutrina no que tange a culpabilidade integrar ou não o crime. Para uma primeira corrente (teoria bipartite), a culpabilidade não integra o crime. Objetivamente, para a existência do crime, é prescindível a culpabilidade. O crime existe por si mesmo, com os requisitos fato típico e ilicitude. Porém o crime só é ligado ao agente se este for culpável. Culpabilidade, por tanto, para esta teoria, é mero pressuposto de aplicação de pena. Já para uma segunda corrente (teoria tripartite) a culpabilidade é o terceiro substrato do crime.

Os adeptos da primeira corrente alegam ter o código penal adotado a teoria bipartite, defendem esta posição citando o fato de o Código Penal ao tratar das excludentes da ilicitude dizer “não há crime”, no entanto, quando trata das excludentes da culpabilidade diz apenas “é isento de pena”.

Já os adeptos da segunda corrente mencionada alegam que se adotarmos a teoria bipartite, quando houver excludente da culpabilidade, haverá crime sem censura, o que não é possível.

A culpabilidade é o juízo de reprovação, censura que recai sobre o autor de um fato típico e antijurídico. São três as teorias que tratam da culpabilidade, a saber: teoria psicológica da culpabilidade; teoria psicológico-normativa da culpabilidade e por último, teoria normativo pura da culpabilidade.

Para a teoria psicológica, a culpabilidade é o nexu psíquico entre a conduta e o resultado, a relação do agente com o fato. Tal teoria surgiu quando era adotada a teoria naturalista da ação, para a qual dolo e culpa se encontravam na culpabilidade. Para esta teoria, dolo e culpa são as duas espécies de culpabilidade, sendo a imputabilidade o seu único elemento. Como adverte Jesus (2005, p. 460) a teoria causal ou naturalística da ação é fundamento da teoria psicológica da culpabilidade.

Já a teoria psicológico normativa tem base neokantista traz como elementos da culpabilidade o dolo e a culpa, a imputabilidade e exigibilidade de conduta diversa. O dolo e a culpa deixam de ser espécies de culpabilidade e passam a ser elementos da culpabilidade. O dolo, para a teoria psicológico normativa, é dolo normativo (pois é composto de consciência, vontade, e consciência atual da ilicitude)

Com o aparecimento da teoria finalista da ação, não poderia ser aceita a teoria psicológico-normativa, pois o finalismo extraiu o dolo e a culpa da culpabilidade e trouxe para a conduta. Surge então a teoria normativo pura da culpabilidade, como esclarece Capez (2005, p. 305) a culpabilidade, com a comprovação de que o dolo e culpa integram a conduta, passou a ser puramente valorativa ou normativa, sendo um juízo de valor incidente sobre o autor de um fato típico e antijurídico. Esta foi a teoria adotada pelo Código Penal brasileiro, para o qual, os elementos da culpabilidade são: imputabilidade, potencial conhecimento da ilicitude, e exigibilidade de conduta diversa. O dolo, para a teoria normativa pura, é natural, pois perde o seu elemento normativo, que era a consciência atual da ilicitude, que fica na culpabilidade, mas não como consciência atual, mas sim potencial consciência da ilicitude.

3.3.1 Da imputabilidade

Imputabilidade, um dos três elementos que compõe e culpabilidade, é a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de comportar-se de acordo com este entendimento. Ou no dizer de Mirabete (2004, p. 210), imputabilidade seria a capacidade de compreender a antijuridicidade do fato e o poder adequar a sua conduta a sua consciência. A imputabilidade apresenta, por tanto, um aspecto intelectual (capacidade de entender o caráter ilícito do fato) e um aspecto volitivo (poder coadunar sua conduta de acordo com este entendimento).

Existem três critérios para a aferição de imputabilidade: critério biológico; psicológico e biopsicológico. Para o biológico, que só leva em conta se o agente possui doença mental, ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, sempre que o agente tiver uma anomalia psíquica, independentemente de qualquer aferição no caso concreto, será inimputável. Há presunção absoluta de que esta doença mental, ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado impede o agente de compreender o caráter ilícito do fato e de se comportar de acordo com este entendimento. Apesar de falho, este é o critério adotado para os menores de 18 anos, os quais a lei presume inimputáveis, ainda que no caso concreto tenham total entendimento da ilicitude de sua conduta e possam agir de maneira diversa.

O segundo critério de aferição da imputabilidade é o psicológico, o qual leva em conta apenas se o agente, no momento da conduta, tinha capacidade de entendimento e de autodeterminação, independentemente de o agente possuir qualquer perturbação mental, este sistema não foi adotado no Código Penal brasileiro.

O último critério, o biopsicológico, é a regra adotada no CP, só excepcionada no caso dos menores de 18 anos. Este critério, como o nome já induz, é uma mistura dos dois últimos. Este critério exige, para que o agente seja considerado inimputável, que esteja presente uma causa geradora de deficiência mental, desenvolvimento mental retardado ou incompleto prevista em lei, e que efetivamente atue no momento da prática criminosa, retirando do agente a capacidade de entendimento ou de autodeterminação.

A literalidade do artigo 26 do Código Penal comprova a adoção deste último critério, pois este dispõe que “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 este entendimento.”

Exclui a imputabilidade, desde que no caso concreto retire do agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de comportar-se de acordo com este conhecimento: doença

mental; desenvolvimento mental incompleto; desenvolvimento mental retardado; embriaguez total acidental (decorrente de caso fortuito ou de força maior).

Doença mental seria a perturbação psíquica ou mental capaz de retirar do agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de poder se comportar de acordo com este entendimento. Abrange a demência, psicose maniaco-depressiva, psicose alcoólica, paranóia, esquizofrenia, arteriosclerose cerebral, histeria etc. vale lembrar que a dependência patológica de álcool ou droga é considerado doença mental.

Desenvolvimento mental incompleto, segundo Capez (2005, p. 308) é aquele que, em razão da tenra idade do agente, ou da falta de convívio social, ainda não se concluiu. Refere-se, respectivamente, aos menores de idade, e aos silvícolas não integrados à sociedade.

Difere do desenvolvimento mental retardado, que é aquele que é abaixo do esperado para uma pessoa com a mesma idade cronológica, são pessoas de reduzido coeficiente de inteligência, tal como os oligofrênicos.

Exclui também a imputabilidade a embriaguez total e acidental. A embriaguez deve ser entendida como a intoxicação aguda e transitória, não só causada pelo álcool, mas por qualquer outra substância de efeito psicotrópico (cocaína, morfina, heroína, crack, maconha, LSD, lança perfume, etc...). para melhor compreensão do tema, traremos as definições de embriaguez voluntária, culposa, acidental ou fortuita, completa, incompleta, patológica e preordenada.

A voluntária, dolosa, ou intencional, é aquela em que a pessoa ingere bebida alcoólica ou faz uso de drogas, já com a intenção de alcançar o estado de embriaguez. Não afasta a imputabilidade.

Na culposa, o agente não pretende se embriagar, mas por imprudência acaba se embriagando. Também não afasta a imputabilidade.

A acidental, que gera a inimputabilidade, desde que completa, se dá por caso fortuito (desconhece o efeito inebriante) ou força maior (é forçado a ingerir a substância), ou seja, o agente não quer o estado de embriaguez, mas por circunstâncias imprevistas e inevitáveis, acaba ficando embriagado. São exemplos os casos em que pessoas são obrigadas a ingerir bebida alcoólica seja por coação física ou irresistível, como em um trote acadêmico em que o calouro é forçado a ingerir substância alcoólica, ou então de pessoas que estão sob medicação e ingerem bebida alcoólica ficando totalmente embriagados com um simples copo de cerveja. Exclui a imputabilidade, desde que a embriaguez seja completa.

A embriaguez completa retira toda a capacidade de entendimento e de autodeterminação, enquanto a incompleta, retira apenas parcialmente esta capacidade. A embriaguez que gera a imputabilidade é a acidental e completa.

Existe ainda, a embriaguez patológica, que como já foi dito, se equipara a doença mental, por tanto se completa, se equipará ao inimputável do caput do artigo 26 do Código Penal, se incompleta, se equipará ao semi imputável do parágrafo único do mesmo artigo.

No caso de embriaguez preordenada, que ocorre quando o agente se embriaga, tentando se colocar em situação de inimputabilidade, com o objetivo de cometer crime, não só não afasta a imputabilidade, como é ainda uma agravante genérica prevista no Código Penal, em seu artigo 61, inciso II “são circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: II ter o agente cometido o crime: L) em estado de embriaguês preordenada”.

O Código Penal, em seu artigo 28, inciso II “não excluem a imputabilidade penal: II – a embriaguês, voluntária ou culposa, pelo álcool, ou por substâncias de efeitos análogos”, consagra a teoria da *actio libera in causa*, a qual antecipa o momento de constatação da imputabilidade para o momento anterior a embriaguês, em que o agente era livre na vontade. Segundo este dispositivo legal, não exclui a imputabilidade penal a embriaguez voluntária ou culposa, por álcool ou substância análoga. De acordo com Mirabete (2004, p. 222), para esta teoria o agente que se coloca em estado de inconsciência ou de incapacidade de autodeterminação, seja dolosa ou culposamente, e nesta condição comete crime, não deixa de ser imputável.

Jesus (2005, p. 513), comentando sobre a Teoria da *Actio Libera In Causa* afirma que:

Para que haja responsabilidade penal no caso de *actio libera in causa*, é necessário que no instante da imputabilidade o sujeito tenha querido o resultado, ou assumido o risco de produzi-lo, ou tenha previsto sem aceitar o risco de causá-lo ou que, no mínimo, tenha sido previsível.

Do contrário o Código estaria admitindo um caso de responsabilidade objetiva, o que é inaceitável no estágio de desenvolvimento em que o nosso ordenamento jurídico se encontra.

Prevê o parágrafo único do artigo 26 do Código Penal a chamada semi-imputabilidade, responsabilidade diminuída ou culpabilidade diminuída. Para este dispositivo “a pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento.”

Semi-imputabilidade, nas palavras de Capez (2005, p. 319) “é a perda de parte da capacidade de entendimento e auto determinação, em razão de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado.”

Se o agente for considerado semi-imputável será condenado, entretanto, terá a pena reduzida de um a dois terços, ou será imposta medida de segurança ao agente, pois o artigo 98 do mesmo Código estabelece que “na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação (crime punível com reclusão), ou tratamento ambulatorial (crime punível com detenção), pelo prazo mínimo de um a três anos, anos termos do artigo anterior e respectivos parágrafos 1 a 4.”

Resta ainda dizer que o artigo 28 estabelece “não excluem a imputabilidade penal a emoção ou a paixão”. Mirabete (2004, p. 220) define emoção como “um estado afetivo que, sob uma impressão atual, produz repentina e violenta perturbação do equilíbrio psíquico” e paixão como “uma profunda e duradoura crise psicológica que ofende a integridade do espírito e do corpo, que pode arrastar o sujeito muitas vezes ao crime.” Noronha (1999, p. 179) diferencia em poucas palavras a emoção da paixão, sendo esta última uma emoção mais intensa e permanente, duradoura, ao passo que a emoção transitória. Traz, este autor, a ira, o medo, o susto e a surpresa como exemplos de emoção, e a avareza, a ambição, o ciúme, o ódio, a vingança, o fanatismo e inveja como exemplos de paixão. Há que se ter em mente que se a paixão for tão intensa a ponto de ser doença mental, excluir-se-á a imputabilidade por doença mental.

A emoção como visto não afasta a imputabilidade, porém é atenuante genérica prevista no artigo 65 (agir sob a influência de violenta emoção), e causa específica de diminuição de pena nos crimes de homicídio e lesão corporal dolosos, desde que o agente aja sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima.

Resumindo, as causas de exclusão da imputabilidade são as previstas no caput do artigo 26 e 27 do Código Penal, e no parágrafo primeiro do artigo 28 do referido diploma legal.

3.3.2 Da potencial consciência da ilicitude

Potencial consciência da ilicitude é a possibilidade de o agente ter o conhecimento do caráter ilícito do fato no momento da ação ou omissão. Para ser considerado culpável o

Código exige que o agente tenha potencial consciência da ilicitude (Teoria Normativa Pura), e não atual consciência da ilicitude (como ocorre quando se adota a Teoria Psicológico-Normativa), por tanto não basta que o sujeito não tenha conhecimento do caráter ilícito do fato, é necessário não ter possibilidade de ter este conhecimento, para que não seja culpável.

Dessa forma, explica Capez (2005, p. 324):

O que importa é investigar se o sujeito, ao praticar o crime, tinha a possibilidade de saber que fazia algo errado ou injusto, de acordo com o meio social que o cerca, as tradições e costumes locais, sua formação cultural, seu nível intelectual, resistência emocional e psíquica e inúmeros outros fatores.

O erro de proibição escusável ou invencível exclui a potencial consciência da ilicitude. Antes de definir o que seria erro de proibição, distinguiremos os conceitos de erro e ignorância. Para Noronha (1999, p. 150) erro é o conhecimento falso a respeito de um objeto, enquanto ignorância é a ausência total deste conhecimento.

No dizer de Mirabete (2004, p. 200) “há, por tanto, erro de proibição quando o autor supõe, por erro, que seu comportamento é lícito”. No erro de proibição, o agente pensa ser lícito o que é ilícito. Resume Capez (2005, p. 322) “em suma, no erro de proibição, o agente pensa agir plenamente de acordo com o ordenamento global, mas, na verdade, pratica um ilícito, em razão de equivocada compreensão do direito”. Pode-se exemplificar com o caso do marido que pensa poder forçar a sua esposa à conjunção carnal mediante violência, caso esta se negue ao coito. O sujeito neste caso não ignora a existência do crime de estupro, mas desconhece que a sua conduta configura este crime, por pensar agir em exercício regular de direito.

Difere o erro de proibição do erro de tipo. No erro de tipo, o erro recai sobre as elementares do tipo penal, há uma visão distorcida da realidade (o agente pensa ser própria a carteira alheia, por exemplo). No erro de proibição, o agente não tem uma noção distorcida da realidade, mas faz má interpretação da norma, pensando estar agindo lícitamente, quando na verdade sua conduta é ilícita (ex: o agente é agredido, e a quando o agressor já havia encerrado a agressão e vira de costas, o agredido passa a o agredir, pensando que esta conduta é legítima em face de legítima defesa.)

Pode-se classificar o erro de proibição em escusável ou inevitável e inescusável ou evitável. Inevitável é quando o agente não tem conhecimento do caráter ilícito do seu ato, e no caso concreto, não tinha possibilidade de ter este conhecimento. Já o erro de proibição

evitável ocorre quando o agente desconhece que age ilicitamente, mas tinha a possibilidade, no caso concreto, de saber que agia ilicitamente.

Pode ocorrer discriminante putativa por erro de proibição, quando o agente avalia erroneamente os limites da norma autorizadora.

Somente o erro de proibição escusável é que exclui o potencial conhecimento da ilicitude, excluindo a culpabilidade. No erro de proibição evitável, como o Código exige potencial consciência da ilicitude e não atual consciência da ilicitude, o agente não fica isento de pena, pois não foi excluída a culpabilidade, porém tem a pena reduzida de um sexto a um terço (tivéssemos nós adotado a Teoria Psicológico-Normativa, que se contenta com a consciência atual da ilicitude, e até mesmo o erro de proibição inescusável excluiria a culpabilidade, pois estaria afastada a atual consciência da ilicitude). Este entendimento é extraído da literalidade do artigo 21 do Código Penal, segundo o qual “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”.

A Lei das Contravenções Penais prevê o erro de direito como hipóteses de perdão judicial, em seu artigo 8º que diz “no caso de ignorância ou de errada compreensão da lei, quando escusáveis, a pena pode deixar de ser aplicada.”

3.3.3 Da exigibilidade de conduta diversa

Capez (2005, p. 326) conceitua a exigibilidade de conduta diversa como “expectativa social de um comportamento diferente daquele que foi adotado pelo agente”. Se no caso concreto for inexigível conduta diversa, o agente ficará isento de pena, pois será excluída a sua culpabilidade, pois só devem ser punidas as condutas que poderiam ser evitadas, este o entendimento de Gonçalves (2007, p. 98).

O Código Penal, em seu artigo 22, traz duas causas que levam a exclusão da exigibilidade de conduta diversa, são elas a coação moral irresistível e a obediência hierárquica.

Diz o artigo 22 “se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência à ordem não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só será punível o autor da coação ou da ordem”. Veja que o artigo 22 não diz a espécie de coação irresistível, se física ou moral, devemos diferenciá-las.

Coação física irresistível, também chamada de *vis absoluta*, é aquela em que há emprego de força física pelo coator, retirando completamente a possibilidade de o coato atuar voluntariamente. Neste caso não se exclui a exigibilidade de conduta diversa, mas sim a própria conduta, o fato não é sequer típico para o coacto.

Na coação moral irresistível, há uma ameaça que não exclui a conduta do coagido, mas vicia a sua vontade. Exclui a culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

Para que afaste a culpabilidade, nas palavras de Mirabete (2004, p. 207):

É indispensável, porém, que a coação seja irresistível, ou seja, inevitável, insuperável, inelutável, uma força de que o coacto não se pode subtrair, tudo sugerindo situação à qual ele não se pode opor, recusar-se ou fazer face, mas tão-somente sucumbir, ante o decreto do inexorável. É indispensável que a acompanhe um perigo sério e atual de que ao coagido não é possível eximir, ou que lhe seja extraordinariamente difícil suportar.

A ameaça pode ter por objeto tanto o próprio coagido, quanto pessoas ligadas a ele. Este mesmo autor diz que se a força física não eliminar totalmente a ação, como no caso de uma tortura para que o coagido cometa um crime, neste caso teremos uma coação moral irresistível, excluindo a culpabilidade, pois o coagido comete o crime com o temor de que a coação física (tortura) se repita.

Se a coação for moral e resistível não afastará a culpabilidade, pois era exigível conduta diversa, mas funcionará como atenuante genérica prevista no inciso III do artigo 65.

Outra causa que exclui a culpabilidade por não ser exigido conduta diversa é a estrita obediência a ordem não manifestamente ilegal de superior. Capez (2005, p. 328) trata a obediência hierárquica como causa que afasta a exigência de conduta diversa, enquanto Noronha (1999, p. 162) e Mirabete (2004, p. 208) tratam-na com espécie de erro de proibição. De toda sorte, a obediência hierárquica exclui a culpabilidade.

Jesus (2005, p. 495) conceitua ordem de superior hierárquico como sendo “a manifestação de vontade do titular de uma função pública a um funcionário que lhe é subordinado, no sentido de que realize uma conduta (positiva ou negativa)”. Para que configure a excludente da culpabilidade, é necessário que a ordem seja ilegal, pois se esta for legal, estar-se-á diante de uma excludente da ilicitude, o estrito cumprimento do de um dever legal. Mas a ordem não pode ser manifestamente ilegal, do contrário responderão pelo crime tanto o superior quanto o subordinado (exemplo: delegado determina que o investigador mate o investigado.), porém com relação ao subordinado incidirá atenuante genérica.

É necessária relação de direito público, pois fala-se “superior hierárquico”, e a subordinação hierárquica é típica de direito administrativo. Fica excluída, por tanto, as relações de emprego, familiares e religiosas.

Deve ser ainda, um “estrito” cumprimento de ordem de superior hierárquico. Se a ordem era inicialmente legal, porém o subordinado age com excesso, fora dos limites estritos da ordem, responderá por seu excesso.

Capez (2005, p. 329) aborda a possibilidade de causas supralegais de exclusão da exigibilidade de conduta diversa. Traz as duas posições quanto a sua existência. A do Tribunal de justiça de São Paulo, para o qual não existem causas supralegais de exclusão da exigibilidade de conduta diversa por ser inaplicável analogia *in bonam partem* em matéria de dirimentes, por serem preceitos excepcionais, por tanto insusceptíveis de aplicação extensiva. Traz ainda a posição do Superior Tribunal de Justiça, para o qual existem outras causas de exclusão da culpabilidade, além das expressamente prevista, pois conforme se posiciona o próprio Capez (2005, p. 330):

Em face do princípio *nullum crimen sine culpa*, não há como compelir o juiz a condenar em hipóteses nas quais, embora tenha esquecido o legislador de prever, verifica-se claramente a anormalidade de circunstâncias concomitantes, que levaram o agente a agir de forma diversa do que faria em situação normal. Por essa razão, não devem existir limites legais à adoção das causas dirimentes.

Prevalece na doutrina a possibilidade de existência de causas supralegais de exclusão da antijuridicidade.

CAPÍTULO 4 – TEORIA GERAL DO CONSENTIMENTO

Mirabete (2004. p. 193) esclarece que não é expressamente solucionado por nossa lei o problema do consentimento do ofendido em caso de prática de atos típicos. Outros países trazem a solução a este problema na própria legislação, como ocorre na Itália, que em seu Código Penal Italiano no artigo 50 diz “não é punível quem lesa ou põe em perigo um direito, com o consentimento da pessoa que possa deste direito validamente dispor”, e no Código Penal Português, que em seu artigo 31, I diz “o facto não é criminalmente punível quando a sua ilicitude for excluída pela ordem jurídica considerada na sua totalidade”.

E em que pese o Código Penal brasileiro não ter feito como o Código Penal italiano, que em seu artigo 50, disciplina as consequências do consentimento do ofendido, este é apto a, dependendo do caso em tela, e desde que presentes alguns requisitos, excluir a tipicidade; excluir a ilicitude; servir como renúncia ou perdão nos casos de crimes de ação penal privada, extinguindo a punibilidade do agente, ou até mesmo ser mero irrelevante penal por atacar bens indisponíveis.

Para que o consentimento do ofendido possa surtir efeito na esfera penal é necessário que alguns requisitos sejam preenchidos, são eles: capacidade para consentir; atualidade do consentimento; bem jurídico disponível; atuação do agente dentro dos limites do consentido; ter sido outorgado por todos os titulares do bem jurídico; ter o agente consciência do consentimento oferecido pela vítima.

Com relação o primeiro requisito, a capacidade do agente, há divergência na doutrina com relação com qual idade pode se considerar o agente capaz para consentir na esfera penal. Esse desentendimento doutrinário advém do fato de nosso Código Penal não tratar expressamente o consentimento do ofendido como causa de exclusão da ilicitude. Para Prado (2006, p. 400) não importa a idade daquele que expressa o consentimento, pois o consentimento na esfera penal é diferente do consentimento na esfera civil. Para o direito penal, segundo este autor, o que importa é a capacidade natural de valorar, basta que o consentimento constitua uma expressão da liberdade de decisão da pessoa. Pierangeli (2001, p. 137) e Jesus (2005, p. 403) estabelecem a idade mínima de 18 anos para que o consentimento seja válido, ou seja, a mesma idade que o Código estabelece para que o agente seja imputável. Mas Pierangeli (2001, p. 148) acaba se aproximando do entendimento de Luiz Regis Prado ao dizer:

Estabelecemos, para os efeitos penais, a validade do consentimento aos 18 anos, idade em que o indivíduo torna-se plenamente imputável, mas, por outro lado, não negamos possa o consenciente adquirir antes desta idade, a sua capacidade de querer e de entender, devendo, nessa hipótese, o juiz criminal examinar a validade do consentimento, para os fins penais, caso por caso.

O próprio Código admite o consentimento de maiores de 14 anos para pratica de atos libidinosos, presumindo a violência no estupro e atentado violento ao pudor se o consentimento for expresso por quem não é maior de 14 anos. Por isso adotamos neste trabalho ser presumidamente inválido (presunção relativa) o consentimento expresso por quem é menor de 14 anos.

Para que o agente seja capaz de consentir não basta a idade mínima de 14 ou 18 anos (dependendo do posicionamento adotado), é necessário que, em razão de doença mental, ou desenvolvimento mental incompleto ou reduzido não lhe tenha sido retirado a capacidade de entendimento e determinação de acordo com este entendimento. Este é o posicionamento de Pierangeli (2001, p. 142) para o qual:

É inquestionável que, quando a doença mental produz uma total incapacidade de entender e de querer, o consentimento não pode assumir efeito justificante. Se a doença mental gera a inimputabilidade, resultaria incompreensível que pudesse o consentimento de um inimputável produzir os efeitos amplos da justificação.

De acordo com Santos (2006, p. 267) “se o portador do bem jurídico é incapaz, o consentimento pode ser manifestado pelos pais ou responsáveis”.

O segundo requisito para se ter um consentimento válido é a atualidade desta aquiescência, este é o posicionamento de Costa Júnior (2000, p. 109) para o qual “o consentimento é essencialmente vontade. Será ele válido e eficaz sempre que o ato de vontade for livre. Para tanto, deverá estar presente no momento da lesão do direito”. Neste mesmo sentido se expressa Pierangeli (2001, p. 156) segundo o qual:

Existe perfeito acordo na doutrina no sentido de que o consentimento deve ser expressado anterior ou coetaneamente à conduta do agente. Esta afirmação corresponde a uma outra, ou seja, ao de que o consentimento dado posteriormente ao fato ou enquanto o agente realiza a conduta, não possui eficácia justificante e deixa inalterada a ilicitude do fato.

Resta ainda analisar o consentimento prestado durante a execução do fato. Para este último autor citado, os atos praticados antes da manifestação do consentimento pelo ofendido permanecem antijurídicos, pois o consentimento só tem efeitos para o futuro. Como é necessária a atualidade do consentimento para que deste surja efeitos, ele pode ser revogado até o momento em que o agente executa o fato consentido, pois ainda segundo este último, o consentimento do ofendido não transfere o direito à execução do fato ao agente. Por tanto, se durante a execução do fato consentido for revogado o consentimento, o agente não poderá continuar a execução.

Em regra, se o consentimento foi manifestado de forma expressa, deverá a revogação ser de forma expressa, é possível, porém que o consentimento expresso seja revogado de forma tácita, desde que seja perceptível.

O terceiro requisito é disponibilidade do bem jurídico sobre o qual recai o consentimento. Gagliano (2004, p, 258) ao definir bem jurídico diz “os bens jurídicos podem ser definidos como toda utilidade física ou ideal, que seja objeto de um direito subjetivo”, por bem jurídico penalmente tutelado pode-se entender aquele a que a norma, mediante ameaça de pena, objetiva tutelar. Por ser o consentimento do ofendido renúncia à tutela que a norma penal outorga ao bem jurídico, Pierangeli (2000, p. 116), deve-se diferenciar quais bens jurídicos podem ser validamente dispostos, ou seja, disponíveis, daqueles que não se pode dispor (bens indisponíveis). Costa Júnior (2000, p. 110) assim dispõe:

São disponíveis por excelência os direitos patrimoniais. Disponíveis ainda alguns atributos da personalidade, como a honra, a liberdade moral e pessoal, a liberdade sexual, domiciliar e os vários tipos de segredo. São direitos indisponíveis a vida, a integridade física ou mesmo alguns direitos decorrentes do *status familiae*.

Esclarecendo melhor o assunto, Bruno (1984, p. 18) afirma que:

Um bem jurídico recebe a proteção do Direito Penal quando a sua defesa se apresenta como de interesse primordial para o Estado. É com este caráter de valor para a comunidade que a lei estende sobre ela a cobertura da sanção penal. Mas em muitos destes bens coincide com o interesse público um interesse privado. Em alguns casos mesmos, esse interesse privado é preponderante e o Estado só tem na defesa do bem jurídico um interesse indireto ou mediato. Então o estado entrega o juízo da conveniência da defesa da situação atual do bem à livre deliberação de seu titular.

Pierangeli (2000, p. 119) traz em sua obra um critério objetivo que poderia ser utilizado de forma relativa, por ser falho, para a determinação da disponibilidade ou indisponibilidade do bem, assim:

Uma vez estabelecido que o crime é perseguível mediante ação penal pública incondicionada, forma-se uma presunção sobre ser o bem atingido indisponível, e, inversamente, se a ação penal a ser proposta é de iniciativa privada, é de presumir tratar-se de bem disponível.

Este critério é válido, porém falho, devendo nortear o intérprete, mas devido a sua falibilidade, não deve ser utilizado de modo exclusivo. Este mesmo autor, Pierangeli (2000, p. 126) finaliza dizendo que:

A solução mais aceitável nos parece ser a que fixa a necessidade de se valorar, caso a caso, a validade do consentimento em face de sua conformidade com a moral social em um determinado momento histórico, partindo-se do pressuposto de que um juízo de moralidade é sempre relativo e contingente, variável no tempo.

Nucci (2003, p. 160) assume posição semelhante à de Pierangeli, ao dispor que:

Creemos, igualmente, que o consentimento somente pode dar-se quando se tratar de bens disponíveis, embora preferamos não elaborar uma relação daqueles que são disponíveis e dos que são indisponíveis, pois somente a evolução dos costumes e dos valores da sociedade poderá melhor acertar e indicar qual bem ou interesse ingressa na esfera de disponibilidade do lesado

Este trabalho adota a posição deste último autor, segundo o qual, deve haver uma valoração caso a caso, para se estabelecer a disponibilidade ou não do bem jurídico diante do caso concreto. Pois não é possível estabelecer de antemão com precisão quais são os bens jurídicos disponíveis e quais não são. Em que pese haver casos em que não há muita discussão, como o patrimônio, que é bem disponível por excelência, há casos em que não se pode dizer com tanta precisão, como por exemplo, a integridade física.

Nesta seara, polêmica poderia se instaurar sobre a possibilidade de o consentimento do ofendido afastar a antijuridicidade no caso de alguém consentir que lhe seja feita uma tatuagem. Pois como já abordado, não é pacífico na doutrina se a integridade física é ou não um bem jurídico disponível, ainda mais quando estamos diante de uma lesão corporal gravíssima (pois a tatuagem é uma lesão corporal que deixa uma deformidade permanente). Para os que entendem que a integridade física é um bem disponível, neste caso proposto a

conduta apesar de típica não seria ilícita, pois incidiu sobre ela uma causa supralegal de exclusão da antijuridicidade.

Este trabalho, entretanto, adota a teoria da tipicidade material segundo a qual, para que o fato seja típico, é necessário que ocorra relevante e intolerável lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico. E na hipótese de alguém fazer tatuagem em outra pessoa não há relevante e intolerável lesão, por tanto o fato é atípico, sendo desnecessária qualquer análise quanto a sua ilicitude.

O quarto requisito é que o agente atue dentro dos limites do consentido, em havendo excesso, o agente responderá pelo excesso. Exemplo: se Antônio permite que Marcos danifique seu carro “A”, não poderá Marcos danificar os carros “A”, “B” e “C” de Antônio. Somente o dano causado no carro “A” estará justificado pelo consentimento do titular do bem, Marcos responderia pelo crime de dano em relação aos carros “B” e “C” pois agiu fora dos limites do consentido.

O quinto requisito é ter sido o consentimento outorgado por todos os titulares do bem jurídico, portanto, pertencendo o bem jurídico a mais de um titular, para que haja exclusão do crime, é necessário que o consentimento tenha sido expresso por todos eles. Exemplificando: se Caio e Tício são titulares em conjunto de um mesmo carro, cada um possuindo uma cota ideal de cinquenta por cento sobre o mesmo, se Caio autoriza Pedro a danificar o carro que titulariza em condomínio com Tício, e este último em sentido contrário expressa o seu dissentimento, caso Pedro venha danificar o carro, irá responder por crime de dano, pois não foi excluída a ilicitude tendo em vista que o consentimento para a prática do fato não foi outorgado por todos os titulares do bem.

O sexto e último requisito, é ter o agente consciência do consentimento oferecido pela vítima, como salienta Pierangeli:

A adoção de entendimento que torna dispensável o reconhecimento externo do conhecimento é de todo incompatível com o posicionamento cada vez mais pacífico na doutrina de que toda excludente, e, por tanto, também o consentimento do ofendido, reclama um contingente subjetivo. Para nós, como já explicitado, o agente deve atuar consciente de que realiza o fato com o assentimento do titular do bem jurídico.

Bruno (1984, p. 20) adota posição contrária, pois ao se referir ao consentimento do ofendido, afirma que “não é necessário que se tenha manifestado expressamente, nem é preciso que o agente tenha, ciência de que ele foi concedido”.

4.1 Consentimento do ofendido e Tipicidade

Quando o tipo penal traz como elementar o dissentimento do sujeito passivo, o seu consentimento, se expresso de forma válida (requisitos para consentimento válido e eficaz previstos no tópico anterior), trará como consequência a atipicidade da conduta. Neste mesmo sentido Nucci (2003, p. 162) afirma que:

Não há dúvida de que, em certos casos, o consentimento do ofendido influencia no juízo de tipicidade, fugindo ao âmbito da antijuridicidade. Quando a discordância do sujeito passivo estiver presente, expressa ou implicitamente, como elemento do tipo penal, deve-se afastar a tipicidade quando houver o consentimento para a realização da conduta.

Para maior parte da doutrina, nos casos de delitos patrimoniais, de invasão de domicílio, de violação de correspondência, de violação de segredo, bem como nos casos de crimes contra a liberdade individual e a liberdade sexual, havendo consentimento do ofendido, será caso de atipicidade.

Jesus (2005, p. 402) traz três exemplos em que o consentimento do ofendido é capaz de afastar a própria tipicidade:

- A) o crime de violação de domicílio possui a seguinte descrição: “Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências” (art. 150, *caput*);
 - B) o art. 164, descrevendo um subtipo de crime de dano, tem a seguinte redação: “Introduzir ou deixar animais em propriedade alheia, sem consentimento de quem de direito, desde que o fato resulte prejuízo”;
 - C) o crime de estupro tem a seguinte descrição: “Constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça” (art.213)
- Nos três casos apontados, o dissenso do ofendido funciona como elementar dos tipos. Assim, a presença do consentimento da vítima torna atípicos os fatos.

Com o escopo de manter este trabalho atualizado, vale lembrar (retificando a alínea “c” acima citada) que a descrição legal do crime de estupro foi alterada pela lei 12.015 de 2009 e passou a prever no mesmo tipo os crimes de estupro e atentado violento ao pudor no artigo 213 do Código Penal, com a seguinte descrição “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”. Passou então o artigo 213 do referido diploma a ser uma norma

de conteúdo variado, por tanto se o sujeito praticar um ou mais de seus núcleos em um mesmo contexto fático, responderá por um único crime.

De acordo com Bruno (1984, p. 19) “temos casos em que um dos elementos do tipo é o não consentimento do titular do bem jurídico. Se este consente, o tipo não se configura e não existe crime, não por ausência de injusto, mas por ausência de tipicidade”.

Nucci (2003, p. 162) diz que nos crimes patrimoniais, sem violência ou grave ameaça à pessoa, o consentimento do ofendido torna o fato atípico. Para este autor, se alguém permite que outrem subtraia coisa móvel sua, está, em verdade, doando incondicionalmente, impossibilitando que se configure o crime de furto.

Há jurisprudência do antigo Tribunal de Alçada Criminal no sentido acima apontado, vejamos: “consentimento tácito do ofendido. O fato de a vítima manter-se inerte por mais de três meses e de o acusado do furto ter agido às claras demonstram que inexistiu infração penal, dado o consentimento tácito do ofendido.” (TACRIM-SP –Rev. – Rel. Amaral Salles – JUTACRIM 73/45).

Conclui Nucci (2003, p. 163) que:

Em suma, quando o delito pressupuser o dissenso da vítima para que se aperfeiçoe, inexistindo violência ou grave ameaça (que fazem presumir a discordância), surgindo o consentimento do ofendido, deve-se concluir tratar-se de hipótese de atipicidade. Mas em casos de violência ou grave ameaça, bem como em tipos penais que não pressuponham a concordância do ofendido, se esta existir, deve-se analisar a questão sobre o ponto de vista da exclusão da ilicitude, quando possível.

Neste mesmo sentido Bitencourt (2006, p. 383):

São duas formas distintas de o consentimento do ofendido influir na tipicidade: para excluí-la, quando o tipo pressupõe o dissenso da vítima; para integrá-la, quando o assentimento da vítima constitui elemento estrutural da figura típica.

Fica claro, desta forma, que quando o tipo penal trazer o dissenso da vítima como sua elementar, o consentimento validamente manifestado pelo ofendido será capaz de excluir a tipicidade.

4.2 Consentimento do Ofendido e Antijuridicidade

A possibilidade de o consentimento do ofendido excluir a antijuridicidade não é matéria pacífica na doutrina e jurisprudência, havendo autores que chegam a negar a possibilidade da existência de causas supralegais de exclusão da ilicitude. É o caso de Capez (2005, p. 272) segundo o qual, “já não se pode falar em causas supralegais de exclusão da ilicitude” e ainda, “a tipicidade é material, e a ilicitude meramente formal, de modo que, causa supralegais, quando existem, são excludentes da tipicidade”.

Em seu Código Penal Comentado, Nucci (2003, p. 161) relata a crítica feita por Néelson Hungria ao projeto redigido por Alcântara Machado. O projeto Alcântara Machado previa expressamente o consentimento do ofendido como excludente da ilicitude, dispondo em seu artigo 14, I “Não será também punível aquele que praticar a ação ou omissão com o consentimento de quem possa validamente dispor do direito ameaçado ou violado”. Os exemplos dados pelo autor do referido projeto, justificadores da excludente, foram o da lesão havida na prática desportiva e a do crime de dano. Hungria teceu severas críticas a este projeto. Para Hungria a lesão no esporte não passa de exercício regular de direito, pois o próprio Estado regula a prática esportiva, e no caso de dano, para Hungria, em havendo consentimento do ofendido, tratar-se-ia de causa excludente da tipicidade, pois a o dissentimento é insito a este tipo penal.

Apesar de não ser de aceitação pacífica, a maior parte da doutrina tem perfilhado o entendimento de que o consentimento do ofendido é excludente da ilicitude, embora isto não esteja previsto expressamente em nosso ordenamento jurídico. Jesus (2005, p. 364) traz posição favorável à adoção de causas supralegais de exclusão da ilicitude, ao dispor:

Vimos que a ausência de previsão legislativa em relação aos fatos puníveis não pode ser suprida através de analogia, costumes e princípios gerais de direito. No tocante às normas penais incriminadoras vige o princípio da reserva legal: não há crime sem lei que o defina. Essa proibição, porém, não se estende às normas penais não incriminadoras (permissivas e supletivas). O artigo 23, que menciona as causas de exclusão da ilicitude, não contém disposição penal incriminadora. Assim, a lacuna de previsão legislativa pode ser suprida pelos processos de auto integração da lei penal.

Como bem coloca Bruno (1984, p. 19) “há bens jurídicos que o Estado deixa à livre disposição do titular pelo menos até certos limites e dentro de determinadas circunstâncias. É isto que explica o poder discriminante do consentimento do ofendido”.

Este último autor define consentimento do ofendido como “ato jurídico constituído pela manifestação de vontade do titular de um bem disponível de permitir a outrem praticar em relação ao bem uma ação que sem este consentimento teria o caráter de fato punível”.

Nucci (2003, p. 160) defensor da tese de que o consentimento do ofendido é capaz de excluir a ilicitude (desde que preenchidos todos os requisitos mencionados no capítulo da “teoria geral do consentimento” deste trabalho) traz o pensamento de Salgado Martins, para o qual:

As causas ilidentes da antijuridicidade não podem limitar-se às estritas prescrições da lei positiva, mas devem ser examinadas dentro de quadro mais amplo, isto é, à luz de critérios sociológicos, éticos, políticos, em suma, critérios que se situam antes do Direito, ou de certo modo, fora do âmbito estrito do direito positivo.

Nucci (2003, p. 161) também ataca as críticas feitas por Hungria ao projeto de Alcântara Machado. Especialmente no que se refere a lesões ocorridas em esportes violentos. Pelo que já foi exposto um pouco acima, para Hungria quando da ocorrência de lesão em esportes violentos, não haveria crime em razão de se estar diante de exercício regular de direito. Ocorre que, segundo Nucci, Hungria teria se esquecido da possibilidade de haver esporte violento não autorizado pelo Estado, do qual tomassem parte duas pessoas adultas que consentissem nas lesões recíprocas. Para o já referido autor, se da prática deste esporte não autorizado, as partes sofressem lesões leves, não haveria crime, pois o consentimento do ofendido teria excluído a ilicitude. Por isso Nucci (2003, p. 161) afirma que:

No exemplo dos esportes violentos não regulamentados pelo Estado, é possível que a parte lesada consinta nos danos sofridos sem que isso se transforme em drama criminal, somente sanável pela intervenção do Direito Penal.

Este trabalho adota a posição esposada por este último autor, pois para nós, o consentimento do ofendido funciona como causa supralegal de exclusão da ilicitude, nos casos em que o dissentimento não integre o próprio tipo penal, e que este consentimento seja válido, ou seja, atenda a todos os requisitos do ponto deste trabalho ao qual demos o nome de Teoria Geral do Consentimento.

Conclusão

Apesar de nosso ordenamento jurídico não ter tratado expressamente do tema, o consentimento da vítima é capaz de produzir determinados efeitos na esfera jurídica.

A começar com a possibilidade, pacífica na doutrina, de o consentimento do ofendido excluir a tipicidade, desde que o dissentimento seja elementar da figura típica, e presente os requisitos para se ter um consentimento válido.

No que tange à possibilidade de o consentimento do ofendido funcionar como causa supralegal de exclusão da ilicitude, não há consenso na doutrina. Como já exposto, Fernando Capez se posiciona contrário a esta tese, pois para ele, por ser a tipicidade material, a ilicitude é meramente formal, não havendo espaço para causas supraleais de exclusão da ilicitude. Mesmo entendimento é esposado por Nélson Hungria que teceu severas críticas ao Projeto Alcântara Machado, no qual era expressamente previsto o consentimento do ofendido como causa de exclusão da ilicitude.

Embora não seja pacífico na doutrina, a grande maioria desta, neste trabalho representada por Damásio de Jesus, Guilherme de Souza Nucci, Aníbal Bruno dentre outros, admite o consentimento do ofendido como sendo causa supralegal de exclusão da ilicitude.

Jesus (2005, p. 403) ao comentar os efeitos do consentimento do ofendido quando o tipo legal não contém o dissentimento do ofendido como elementar, estabelece que:

Quando a figura típica não contém o dissentimento do ofendido como elementar, tratando-se de pessoa capaz e disponível o bem jurídico, a doutrina clássica ensina que o consenso funciona como causa de exclusão da antijuridicidade. Ex.:

- a) não há crime de dano (art. 163) quando o titular do bem jurídico consente em que seja danificado, destruído ou deteriorado;
- b) não há crime de injúria (art. 140) quando o titular da honra subjetiva consente em que seja maculada;
- c) não infringe direito do autor (art. 184) quem pratica o fato com o consentimento do titular.

Por tanto, concluindo, o consentimento do titular do bem jurídico é causa que exclui a tipicidade, quando o dissentimento do sujeito passivo é elementar da figura típica. E funciona como causa supra-legal de exclusão da antijuridicidade quando o dissentimento não for elementar do crime, e desde que o consentimento seja ofertado por pessoa capaz (por todos os titulares do bem jurídico), seja atual, recaia sobre bem disponível, e que o agente respeite os limites do consentido e que tenha ciência (elemento subjetivo) da existência do consentimento.

Este trabalho adota a teoria da tipicidade material, por tanto, se não houver relevante e intolerável lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico, o fato será atípico, sendo desnecessário verificarmos, se a conduta é jurídica ou antijurídica, ou os efeitos de eventual consentimento da vítima.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.
- BRUNO, Anibal. **Direito Penal**, parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1984. t. 2
- CAPEZ, Fernando. **Consentimento do Ofendido e Violência Desportiva**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- _____. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2005. V. 1.
- COSTA JUNIOR, Paulo Jose da. **Direito penal : Curso Completo**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal**, Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2007.
- JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.
- _____. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 2.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2004.
- NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. São Paulo: RT, 2003.
- PIERANGELI, José Henrique. **O Consentimento do Ofendido na Teoria do Delito**. São Paulo: RT, 2001.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral, arts. 1ª. A 120**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2006.v. 1
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. São Paulo: RT, 1997.