

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE DIREITO

PAULO FERNANDES DO NASCIMENTO

**EXCLUDENTE DE ILICITUDE: O INSTITUTO DA LEGÍTIMA
DEFESA, SUAS DIVERSAS FACES E A TESE DA LEGÍTIMA DEFESA
ANTECIPADA**

MARÍLIA
2010

PAULO FERNANDES DO NASCIMENTO

EXCLUDENTE DE ILICITUDE: O INSTITUTO DA LEGÍTIMA DEFESA,
SUAS DIVERSAS FACES E A TESE DA LEGÍTIMA DEFESA
ANTECIPADA

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

Orientador:
Prof. Dr. MÁRIO FURLANETO NETO

MARÍLIA
2010

Nascimento, Paulo Fernandes

Excludente de ilicitude: O Instituto da Legítima Defesa, suas diversas faces e a Tese da Legítima Defesa Antecipada / Paulo Fernandes do Nascimento; orientador: Mário Furlaneto Neto. Marília, SP: [s.n.], 2010.

78 f.

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, 2010.

1. Direito Penal 2. Excludentes de Ilicitude 3. Legítima Defesa

CDD: 341.528



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito

Paulo Fernandes do Nascimento

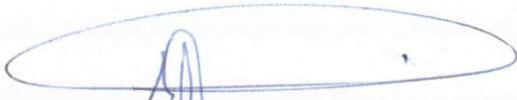
RA: 36657-9

**EXCLUDENTE DE ILICITUDE: O INSTITUTO DA LEGÍTIMA
DEFESA, SUAS DIVERSAS FACES E A TESE DA LEGÍTIMA DEFESA
ANTECIPADA**

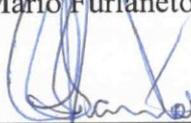
Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 10,0 (DEZ)

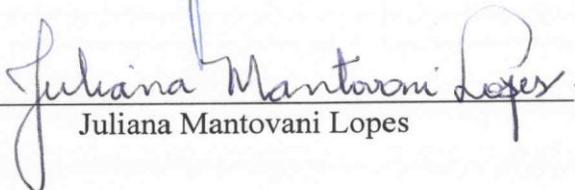
ORIENTADOR(A):


Mário Furlaneto Neto

1º EXAMINADOR(A):


José Eduardo Lourenço dos Santos

2º EXAMINADOR(A):


Juliana Mantovani Lopes

Marília, 29 de novembro de 2010.

A DEUS, pelo dom supremo da vida;

*A meu pai, rocha forte, e minha mãe, o
símbolo perfeito da ternura, pelo irredimível
amor com que me educaram;*

*Aos meus irmãos Gustavo e Luciana pelo
incentivo incondicional e determinante para o
início desta caminhada*

AGRADECIMENTOS

Agradeço as infindáveis manifestações de carinho e incentivo recebidas por todos que enxergaram na conclusão desta minha jornada um significado muito além do que de fato ela representa: uma batalha diuturna e concreta em busca da realização de um sonho.

Ao meu orientador pela incomensurável paciência, serenidade e presteza, que, somados ao seu grande conhecimento e competência, foram fatores decisivos para tornar este trabalho exequível.

*O mundo é um lugar perigoso de se viver,
não por causa daqueles que fazem o mal, mas sim
por causa daqueles que observam e deixam o mal
acontecer.*

Albert Einstein

NASCIMENTO, Paulo Fernandes. **Excludente de ilicitude: o instituto da legítima defesa, suas diversas faces e a Tese da Legítima Defesa Antecipada**. 2010. 78 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2010.

RESUMO

O presente trabalho de curso tem como objeto de estudo o Instituto Jurídico da excludente de ilicitude, mais especificamente o Instituto da legítima defesa, suas diversas faces e a novel tese da legítima defesa antecipada, que vem ganhando espaço nos estudos doutrinários e na prática forense. A excludente de ilicitude, como bem prenuncia a peculiaridade de sua designação, tem o condão de alijar o elemento ilicitude da conduta típica, não permitindo a formação da estrutura analítica do crime e, por conseguinte, afastando as conseqüências que devam pesar sobre o agente. Dentre as excludentes de ilicitude existentes, a mais antiga e mais conhecida é a Legítima Defesa, cuja definição é preceituada pela própria lei que estabelece se encontrar em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. O fim específico deste trabalho está assentado na pesquisa do cabimento ou não do deslocamento da temporalidade da resposta defensiva da agressão a um momento pretérito ao da agressão injusta, tendo em vista que, dada as circunstâncias, aguardar o ato injusto para só então o repelir seria impraticável, quer pela desproporcionalidade da violência, quer pela ausência de qualquer outro meio eficaz.

Palavras-chave: Direito. Direito Penal. Excludente de Ilicitude. Legítima Defesa

NASCIMENTO, Paulo Fernandes. **Excludente de ilicitude: o instituto da legítima defesa, suas diversas faces e a Tese da Legítima Defesa Antecipada**. 2010. 78 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2010.

ABSTRACT

This work has as its object of study, the Legal Institute of any unlawful exclusionary act, specifically the Institute of legitimate defense, its various aspects and the novel thesis of early legitimate defense, which has been gaining ground in doctrinal studies and forensic practice. In any unlawful exclusionary act, as well pronounce the peculiarity of his designation, has the power to jettison the element of unlawful conduct typical, not allowing the formation of the analytical structure of the crime and therefore away from the consequences that must fall on the agent. Among the existing unlawful exclusionary, the oldest and best known is the Legitimate Defense, whose definition is prescribed by the law itself establishing that is in legitimate defense, who, using moderate means necessary, repel unjust aggression, actual or imminent, to the right yours or someone else.

The specific aim of this work sits in the research of the appropriateness or not of the temporal displacement of the defensive response to aggression from a preterit moment when the unjust aggression begins, considering that, given the circumstances, wait for the unjust act to repel it could be impracticable for a efficient defense, either by the disproportionality of violence either by the absence of any other effective artifices.

Keywords: Law. Criminal Law. Unlawful Exclusionary. Legitimate Defense

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO 1 – DIREITO PENAL	15
1.1. Noções Fundamentais e Introdutórias	15
1.2. Conceito	16
1.3. Características	18
1.4. Direito Penal Objetivo e Subjetivo	20
1.5. Conteúdo e Caráter Dogmático	21
CAPÍTULO 2 – TEORIA GERAL DO CRIME	23
2.1. Conceito Legal	23
2.2. Conceito Formal	24
2.3. Conceito Material	25
2.4. Conceito Analítico ou Dogmático	28
CAPÍTULO 3 – FATO TÍPICO	33
3.1. Introdução, Conceito e Elementos	33
3.2. Conduta	33
3.2.1. Conceito e Considerações Gerais	33
3.2.2. Formas de Conduta	35
3.3. Resultado	38
3.4. Nexo Causal	39
3.5. Tipicidade	41
CAPÍTULO 4 – ILICITUDE	44
CAPÍTULO 5 – EXCLUDENTES DE ILICITUDE	46
5.1. Introdução	46
5.2. Estado de Necessidade	48
5.3. Estrito Cumprimento do dever Legal	51
5.4. Exercício Regular de Direito	52
CAPÍTULO 6 – LEGÍTIMA DEFESA	54
6.1. Introdução e Considerações Gerais	55
6.2. Requisitos	56
6.3. Legítima Defesa Real, Putativa, Subjetiva, Sucessiva, Recíproca e da Honra	62
6.4. Legítima Defesa e o Estado de Necessidade	64
6.5. Hipóteses de Cabimento e de Não Cabimento de Legítima Defesa	65
6.6. Offendicula	66
CAPÍTULO 7 – A TESE DA LEGÍTIMA DEFESA ANTECIPADA	69

CONCLUSÃO 74

REFERÊNCIAS 77

INTRODUÇÃO

A pesquisa em tela tem o propósito de lançar luz sobre a tese da Legítima Defesa Antecipada, já não mais tão recente, mas que, no entanto, vem ganhando força dentro da doutrina nacional e se colocando ao dispor dos operadores do Direito dentro dos Tribunais pátrios e dos indivíduos que se vêem em vias de ter sua integridade molestada pela onda crescente de violência e ineficiência estatal em dar proteção adequada aos seus cidadãos.

Não há que se discutir que é do Estado o monopólio legal para uso exclusivo da força, bem como ser este o legítimo detentor do *jus puniendi*, não sendo permitido a ninguém, por suas próprias mãos, punir, ou a outro agredir, sob qualquer pretexto.

Surge, então, o Direito Penal estabelecendo regras de conduta em sociedade, normatizando comportamentos que quando de sua prática autoriza, por meio desta própria norma, o Estado se levantar em face da conduta praticada para punir o ofensor da lei. Nasce ao Estado o direito de punir (*jus puniendi*), bem como de vigiar com intuito conservador de normas.

Contudo há casos em que, muito embora a conduta do cidadão se amolde perfeitamente à conduta especificamente vedada (preceito primário do tipo penal), não lhe será imposta sanção alguma, visto que o caso específico não podia exigir do indivíduo conduta diversa que não a prática de uma infração penal. As práticas destes ilícitos penais, que pelas situações não se pôde exigir outro comportamento do agente senão a prática do delito, têm previsões normativas, às quais a doutrina empresta diversas nomenclaturas, como causas legais de exclusão de antijuridicidade, causas excludentes de antijuridicidade, causas de justificação, causas justificantes, causas de exclusão do crime, entre outras.

As excludentes de ilicitude, designação escolhida por este estudo e que mais comumente se usará neste trabalho, têm previsão expressa na Lei Penal, vejamos: “não há crime quando o agente pratica o fato em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”.

O conceito do instituto da Legítima Defesa, tema deste trabalho, vem também expresso no Código Penal brasileiro, não carecendo, *prima facie*, de maiores interpretações, preceituando que: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

Este conceito de legítima defesa previsto no ordenamento penal é o que a doutrina majorante empresta denominação de Legítima Defesa Real ou Própria, tendo, o referido instituto, outros desmembramentos especificantes, dentre estes a Legítima Defesa Putativa,

Legítima Defesa Sucessiva, Legítima Defesa Recíproca, Legítima Defesa da Honra e a Legítima Defesa Antecipada

O estudo da tese da Legítima Defesa Antecipada, fim específico deste estudo, em que pese as críticas que tem recebido, tem, além de salutar importância para o enaltecimento do já tão consagrado Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa expresso na nossa Carta Maior, efeito deveras acentuado dentro da realidade social, na qual o Estado, que outrora avocou para si, nos ditames contratualistas, o monopólio exclusivo do uso da força e da garantia da ordem pública, agora queda-se inerte por não ter condições de o fazer de forma adequada, eficaz e em tempo hábil, deixando os cidadãos ao alvedrio de suas próprias sortes.

Ao revés de todas as outras modalidades de Legítima Defesa que reagem a uma agressão atual ou iminente, esta modalidade, relativamente nova, repele uma agressão que ainda está por vir, não atual, nem em iminente ocorrência, mas que certamente vai acontecer, em um tempo futuro não certo, que não se pode determinar com exatidão o quando do acontecimento. A única certeza existente é a agressão vindoura.

Considerando-se a antecipação do momento da repulsa à agressão injusta, ou seja, considerando que o agente não mais aguarda a agressão para só então, usando de meios moderados, fazê-la cessar, desconfigurando, deste modo, em partes, o instituto da defesa legítima, pretende este estudo averiguar se é cabível invocar esta especificidade de tal modalidade de excludente de ilicitude.

Em termos mais apropriados, pretende-se responder à indagação: é juridicamente cabível a hipótese levantada de se excluir a ilicitude do cometimento de crime invocando a legítima defesa antecipada ou tal hipótese constitui apenas causa supra legal de excludente de culpabilidade alegando-se a inexigibilidade de conduta diversa e seus próprios efeitos absolutórios?

Com base, então, nas informações obtidas, e seguindo as posições doutrinárias, analisaremos a possibilidade do cabimento jurídico da hipótese da excludente de ilicitude, em casos em que se altera o momento da repulsa de uma agressão injusta para um momento anterior ao ato da agressão propriamente dito, deixando emergir assim a tese em comento.

Este breve estudo busca cumprir a missão de afastar as impressões errôneas e rebater as interpelações alargadas e equivocadas acerca desta variante do instituto da Legítima Defesa, por parte de pretensos legalistas, mas detentores de práticas irrealizáveis em um mundo tão dinâmico, que preferem ver um cidadão sucumbir diante de uma ameaça concreta e de conhecido potencial lesivo, ao revés de se antecipar à tal agressão e a esta anular antes que mal maior lhe ocorra.

Orientaremos o trabalho por meio de uma revisão bibliográfica e legislativa, utilizando-nos de pesquisa por meio das bases lógicas da investigação do método indutivo, buscando encontrar conhecimento fundamentado na experiência, sem considerar exacerbadamente conceitos preestabelecidos, devendo a generalização partir da observação de casos na realidade concreta.

No entanto, faz-se mister, antes de desenvolvermos o tema, fazermos uma releitura dos diversos institutos de Direito Penal intimamente ligados à Legítima Defesa, nos debruçando sobre as noções fundamentais, históricas e conceituais deste ramo do Direito.

Por tal, caminharemos pela Teoria Geral do Crime, analisando sua conceituação dogmática, tornando-nos partidários da corrente finalista que entende ser o crime composto de suas elementares fato típico e antijurídico.

Por fim, antes de adentrarmos à tese da Legítima Defesa Antecipada, no entanto, anteriormente, explanaremos sobre todas as excludentes de ilicitude, demonstrando seus requisitos e peculiaridades, nos atendo prioritariamente na legítima defesa, posto que a de maior interesse para este trabalho.

Para tanto, no primeiro capítulo, nos ateremos às considerações gerais acerca do ramo do Direito Penal, passando sucintamente pelo seu conceito e suas características gerais, debatendo conteúdo e natureza.

No segundo capítulo, adentraremos na teoria geral do crime e seus conceitos sob os mais diversos prismas, desaguando, ao final, em sua conceituação analítica, que mais interessa ao presente trabalho, fazendo, em sequência, opção pela corrente doutrinária que adota a estrutura bipartite de crime.

O terceiro capítulo vai se debruçar sobre o fato típico enquanto parte constituinte da estrutura analítica do crime, momento em que será conceituado e também subdividido para melhor compreensão didática.

No quarto capítulo enfrentaremos o tema ilicitude, como segunda parte estrutural do conceito analítica do crime, analisando, ainda, sua função indiciária da tipicidade da conduta praticada quando do cometimento do delito.

No quinto capítulo deste trabalho passaremos a tratar de um dos temas principais deste trabalho, estudando as hipóteses de excludentes de ilicitude, iniciando a tratativa pelo estado de necessidade, passando pelo estrito cumprimento do dever legal e finalizando pelo exercício regular de direito, deixando a legítima defesa para ser tratada em um capítulo próprio.

No sexto capítulo, encetaremos nosso estudo pelo conceito e generalidades da legítima defesa, para ao final debatermos sobre suas mais diversas faces e analisando suas hipóteses de cabimento e peculiaridades.

No sétimo, e último capítulo, lançaremos luz sobre o fim precípua deste trabalho, analisando a tese da legítima defesa antecipada, seu cabimento jurídico e a possibilidade de sua alegação em sede defensiva.

CAPITULO 1 – DIREITO PENAL

1.1 Noções Fundamentais e Introdutórias

A necessidade da vivência humana entre seus pares e dentro de uma sociedade estabelecida, já está mais que comprovada e justificada, sob pena de o ser humano, sem esta prerrogativa, ser um eterno náufrago que espera, não só por socorro, mas também por alguém com quem possa se relacionar.

Destarte, não há que se falar em vida em sociedade sem normas que estabeleçam o padrão da conduta de seus membros, os limites de suas ações e os limites da atuação estatal. Sem normas, sem sociedade: Ubi societas ibi jus. Nesse sentido, dentre outros, especificou o distinto penalista brasileiro Mirabete (2007, p. 01) que “a vida em sociedade exige um complexo de normas disciplinadoras que estabeleça as regras indispensáveis ao convívio entre os indivíduos que a compõem”.

Imperioso ressaltar que o fato social é o berço da formação do Direito e este, como corolário, surge das necessárias relações sociais como alhures mencionado, que serão, por sua vez, reguladas pelo Direito.

Os fatos sociais que contrariarem normas do Direito constituirão ilícitos jurídicos. E quando atentarem contra os bens mais valiosos adstritos à vida humana formar-se-á o rol de ilícitos em seu modo mais pernicioso, qual seja, o dos ilícitos penais.

Quando assim se fizer, levantar-se-á o Direito Penal com sua normatização, dotado de seu inquestionável caráter invasivo e, conforme Bittencourt (2009, p. 1), com sua natureza peculiar de meio de controle social formalizado, com o fito de delinear as condutas inaceitáveis em uma sociedade, estabelecendo para os descumpridores do ordenamento jurídico, ou seja, àqueles que praticarem as condutas previstas na Lei Penal, uma sanção penal. Ou seja, da prática do ato contrário (ato ilícito) ao regramento posto (Direito Positivo) nasce ao Estado o direito de punir (*jus puniendi*), aplicando uma reprimenda a fim de desestimular condutas semelhantes, e em teorias e práticas mais modernas, reeducar e reintegrar o faltoso, e remeter a sociedade, em sua busca perene pela paz e tranquilidade, ao seu “*status quo ante*”.

1.2 Conceito

“Prima facie” cabe a nós enfrentar, quando do estudo da conceituação de Direito Penal, problema atinente à sua denominação. Direito Penal ou Direito Criminal?

Não é discussão que acreditamos levar a grandes problemáticas ou importantes conseqüências, mas que deve ser considerada com o fito de chegar-se a uma padronização de nomenclatura.

Sabe-se que a expressão Direito Penal é de essência mais atual (século XVIII), ao passo que a expressão Direito Criminal, embora mais antiga venha perdendo espaço para a primeira.

Contudo, dada a consagração que alcançaram ambas pelo uso, entende-se que podem ser usadas, uma ou outra, sem maiores restrições, mas é certo que as preferências variam entre os doutrinadores e especialistas sob diversas argumentações; nesse sentido explica Damásio (2005, p. 4), fazendo, desta feita, posteriormente opção pela designação que julga mais cabível:

Argumenta-se que a locução Direito Criminal é mais compreensiva, abrangendo o crime e suas conseqüências jurídicas, ao passo que a denominação Direito Penal dá a idéia de pena, deixando de lado o instituto das medidas de segurança. Respondem outros que a expressão Direito Criminal sugere propriamente o crime, quando a punição é importante e de graves efeitos [...] Nós possuímos um CP, razão pela qual preferimos a expressão Direito Penal, aceitando a predileção do legislador.

Utilizando-se a mesma interpretação do autor acima citado, a doutrina do grande penalista Noronha (1999, p. 3) caminha em mesmo sentido, demonstrando igualmente as argumentações utilizadas para a escolha de uma denominação ou outra e em seguida fazendo a opção que mais lhe apraz, contudo não desprezando a abrangência da que lhe é diferente, senão vejamos:

Dentre as denominações tradicionais – direito penal e direito criminal – oscilam as preferências. Argumentam alguns que a primeira é imprópria, por não abranger as medidas de segurança cuja natureza preventiva as distingue da pena. Revidam outros que a punibilidade é a parte mais importante, de maior proteção e de efeitos mais graves. Consagradas pelo uso, qualquer uma das expressões pode ser empregada na denominação de nossa disciplina. Optamos, entretanto, pela de direito penal, em consonância com o Código, sendo marcante essa preferência dada pelo legislador, visto haver rejeitado a adotada por Alcântara Machado, em seu Projeto de Código Criminal. Isso dizemos, não obstante reconhecermos que esta última expressão é mais compreensiva.

Cabe salientar que a opção feita pelos dois dos mais respeitáveis autores de Direito Penal é uma quase unanimidade, pois assim têm feito a maioria dos doutrinadores da atualidade, dentre eles o respeitado Cezar Roberto Bitencourt que, embora não faça menção expressa da denominação escolhida por ele, deixa claro no decorrer de sua obra que a indicação Direito Penal é de sua predileção, conforme lemos:

A denominação Direito Penal é mais tradicional, no Direito contemporâneo, com larga utilização, especialmente nos países ocidentais. Direito Criminal também foi uma terminologia de grande aplicação, especialmente no século passado; hoje se encontra em desuso, com exceção dos anglo-saxões, que preferem a expressão Criminal Law (BITENCOURT, 2006, p. 2).

Outras denominações surgiram das mentes de outros tantos brilhantes doutrinadores e, com frequência diminuída, têm sido lembradas, contudo não conseguiram adeptos suficientes para se manterem como preferência de denominação, nem conseguiram espaço nos ordenamentos jurídicos mais modernos. Dentre as denominações destacam-se, consoante Damásio (2005, p. 4) e Noronha (1999, p. 3): Direito Protetor dos Criminosos – Dorado Montero; Direito de Defesa Social – Martinez; Princípios de Criminologia – De Luca; Direito Repressivo – Puglia; Direito Restaurador ou Sancionador – Valdès.

Este trabalho, acompanhando as preferências dos autores brasileiros e doutrina majorante, fará opção pela denominação Direito Penal, tratando a matéria por tal, em puro respeito à padronização de nomenclaturas, e exclusivamente pelo referido motivo, pois julgamos ambas as denominações adequadamente pertinentes.

Quanto ao conceito de Direito Penal, não obstante a gama variada de definições utilizadas pelos doutrinadores e estudiosos, a essência dessas inúmeras definições se mantém incólume, mostrando-se como uma sistematização de normas jurídicas que visa a regular as condutas humanas diante do Estado e de seus pares, prevendo a infrações penais e suas conseqüentes sanções (penas e medidas de segurança), e ainda regular as relações jurídicas advindas.

Von Liszt (1927, *apud* NORONHA, 1999, p. 4), sinteticamente, define Direito Penal como “conjunto das prescrições emanadas do Estado, que ligam ao crime, como fato, a pena como conseqüência”.

Não se afasta muito dessa conceituação ainda a de Mezger (1954, *apud* NORONHA, 1999, p. 4) definindo “Direito Penal como o conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado, ligando ao delito, como pressuposto, a pena como conseqüência”.

Note-se que a essência do Direito Penal enquanto conceito é basicamente essa. Uma disposição emanada do Estado que constitui o tipo penal e uma pena como resultado para aqueles que pratiquem uma ação ou omissão que se amolde a este tipo.

Bem mais ampla é a definição ainda de Àsua, citado por Magalhães Noronha (1999, p. 4), conforme observamos:

Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida de aseguradora.

Entendemos que esta última definição citada é não só mais ampla como também mais completa. É de salutar importância entender que o Direito Penal trata não só do delito e suas penas ou não só estas somadas às medidas de segurança. Suas conseqüências e relações jurídicas vão além.

Nesse mesmo sentido, contudo em bem mais ampla e completa abrangência, José Frederico Marques (1954, *apud* BITENCOURT 2009, p. 3) sem perder o respeito à concisão define:

Direito Penal “é o conjunto de normas que ligam ao crime, como fato, a pena como conseqüência, e disciplinam também as relações jurídicas daí derivadas, para estabelecer a aplicabilidade de medidas de segurança e a tutela do direito de liberdade em face do poder de punir do Estado”. E, acrescentava Frederico Marques, para dar uma noção precisa do Direito Penal, é indispensável que neles se compreenda todas as relações jurídicas que as normas penais disciplinam, inclusive as que derivam dessa sistematização ordenadora do delito e da pena.

Dessa feita, em apertada síntese, o Direito Penal pode ser definido como uma sistematização de normas dentro de um ordenamento jurídico, que estipula condutas gravemente reprováveis dentro das relações no seio de uma sociedade, prescrevendo uma penalidade para aqueles que por ventura venham a praticar ações ou omissões que se amoldem perfeitamente à conduta prescrita.

1.3 Características

Ao Direito Penal cabe regular as relações entre os indivíduos e entre estes e o Estado. Por tal, e pelos bens jurídicos que o Direito Penal visa a tutelar, seu caráter é iminente

público, sendo alijado das relações de Direito Privado. Nesse sentido, Bittencourt (2009, p. 3) esclarece:

Os bens protegidos pelo Direito Penal não interessam ao indivíduo, exclusivamente, mas à coletividade como um todo. A relação existente entre o autor de um crime e a vítima é de natureza secundária, posto que esta não tem o direito de punir. Mesmo quando dispõe da *persecutio criminis* não detém o *ius puniendi*, mas tão-somente o *ius accusationis*, cujo exercício exaure-se com a sentença penal condenatória. Conseqüentemente, o Estado, mesmo nas chamadas ações de exclusiva iniciativa privada, é o titular do *ius puniendi* que tem, evidentemente, caráter público.

Embora seja essa sua característica predominante, visto que veda o outrora tão consagrado instituto da autotutela, não é, certamente, sua única.

As características mais apontadas sem dúvida são as acentuadas por Magalhães Noronha, definindo o Direito Penal como ciência cultural normativa, valorativa e finalista.

Em breve sumário: é *Normativo*, pois tem a norma como objeto na qual consta a conduta que se deve ou não praticar, bem como a conseqüência advinda da sua inobservância.

É *Valorativo*, visto que o Direito não empresta às normas o mesmo valor, variando de acordo com o conteúdo destas. Cabe ao Direito Penal tutelar os valores mais precípuos e fundamentais da sociedade atuando no momento em que há transgressão de tais valores.

É *Finalista*, pois ainda que seja o Direito atividade de conhecido caráter “*meio*” e não “*fim*”, cumpre salientar que cabe ao Direito Penal a proteção efetiva de um bem jurídico como ordem final, por conseguinte finalista. (NORONHA, 1999.)

Cumprindo ainda ao Direito Penal ser de caráter sancionador, consoante ensina e explica Damásio (2005, p. 6):

O Direito Penal é, por fim, sancionador, pois, através da cominação da sanção, protege outra norma jurídica de natureza extrapenal. Assim, o Direito Civil regula o direito de propriedade, ao passo que o CP nos preceitos secundários das normas que definem os "Crimes contra o Patrimônio", comina sanções àqueles que atentam contra a propriedade alheia. É, pois, o Direito Penal, um conjunto complementar e sancionador de normas jurídicas.

Ao que tudo parece o Direito Penal é, entretanto, espécie reguladora e protetora dos outros ramos do direito, “**garantindo suas garantias**” e tornando-as efetivas e exequíveis.

Salienta Bittencourt (2009, p. 3) que a característica que mais distingue o Direito Penal dos demais ramos do direito é sua essencial finalidade preventiva, pois antes que o infrator se insurja contra uma norma de conduta posta, procura desestimulá-lo ao máximo, prevendo normas proibitivas e respectivas sanções. Em se falhando essa “*função motivadora*”

do Direito Penal, a sanção penal em abstrato inicialmente cominada convola-se em sanção efetiva.

1.4 Direito Penal Objetivo e Subjetivo

Não se trata aqui de diferenciar o Direito Penal Objetivo do Direito Penal Subjetivo, mas sim em apontar a existência desses e defini-los.

O Direito Penal objetivo compreende o conjunto de preceitos legais que estabelecem os crimes e suas respectivas sanções, bem como a ação Estatal diante da negativa do particular em obedecer ao ordenamento jurídico-penal positivado.

Quanto à definição do Direito Penal subjetivo ensinado por Noronha, trata-se do *jus puniendi*, que se manifesta pelo poder de império do Estado”. O Direito Penal tem como seu meio de efetividade a sanção. Com a vedação da autotutela, o Estado monopolizou de forma soberana o direito de punir e aplicar sanções, tornando-se o único titular do *jus puniendi*. (NORONHA, 1999, p. 7)

Cabe salientar que tais institutos não se diferenciam em apartado, mas sim se correlacionam obrigatoriamente. Nesse sentido ensina Damásio (2005, p. 7):

De notar que o Direito Penal Subjetivo – o direito de punir do Estado – tem limites no próprio Direito Penal objetivo. Não se compreende um *jus puniendi* ilimitado. A norma penal não cria direitos subjetivos somente para o Estado, mas para o cidadão. Se o Estado tem o *jus puniendi*, o cidadão tem o direito subjetivo de liberdade, que consiste em não ser punido senão de acordo com as normas ditadas pelo próprio Estado.

Bem explica o penalista, pois não cabe ao Estado, posto que dotado de seu *animus corrigendi*, clamar por seu Direito Subjetivo (*jus puniendi*) de forma arbitrária e ilimitada, sob pena de fazer sucumbir o estado democrático de direito, ainda que invocando pretensa pacificação social.

Em sentido semelhante leciona Noronha (1999, p. 7):

Compete ao Estado o direito de punir, porém não é este ilimitado ou arbitrário. A limitação está na lei. Ao mesmo tempo em que ele diz ao indivíduo quais as ações que pode ou não praticar, sob ameaça em que ele diz ao indivíduo quais ações que pode ou não praticar, sob ameaça de sanção – restringindo, dessarte, os interesses ou faculdades individuais, em benefício da coletividade – vincula-se juridicamente a si mesmo. Com efeito, há autolimitação por ele ditada, através da lei, pois, quando baixa uma norma, impondo determinada conduta, concomitantemente está ditando seu comportamento em relação a ela e criando direitos individuais contra ele mesmo.

Dessa feita direito penal subjetivo será sempre limitado e acorrentado pelos grilhões do direito penal objetivo.

1.5 Conteúdo e Caráter Dogmático

Magalhães Noronha de forma concisa, mas não sem esplendor, utiliza-se de um item em sua obra de Direito Penal para tratar do caráter dogmático deste ramo do Direito, motivo pelo qual, em síntese, fizemos opção por trazer à baila deste trabalho o assunto pelas brilhantes explicações.

Sabe-se que o estudo do Direito Penal vai além do mero estudo do crime e sua correspondente pena, devendo-se a esses elementos se somar a apreciação daquele que infringe as normas postas, que será sempre tratado por diversas nomenclaturas, como: sujeito ativo do crime (ou simplesmente sujeito ativo), delinqüente, infrator, ofensor, criminoso, etc.

O crime é essencialmente fato humano e, por tal, deve ser trazido à apreciação aquele que o comete, sob pena de que qualquer estudo que alije o ser humano do seu bojo fique condenado a uma dogmática estúpida e infrutífera.

Dessa feita o estudo do Direito Penal deve abarcar o crime e os requisitos de sua formação, suas diversas conseqüências jurídicas e sua função preventiva e repressiva.

Quando tratamos de ser o Direito Penal uma ciência jurídica, devemos considerar seu caráter, não devendo abalar-se por teorias e tendências de outra ordem, seja elas de orientação biológica ou sociológica.

Com o fito de sintetizar o assunto em torno do caráter dogmático do Direito Penal ensina Noronha (1999, p. 8):

Cumprido, entretanto, evitar excessos do dogmatismo, pois a verdade é que, como reação ao positivismo naturalista, que pretendia reduzir o direito penal a um capítulo da sociologia criminal, excessos se têm verificado, entregando-se juristas a deduções silogísticas infundáveis, a distinções ociosas, a questões supérfluas, a temas de todo estranhos à teologia penal, a discussões terminológicas etc., desumanizando o ramo mais humano da ciência do direito. De que vale – pergunta, por exemplo, Massimo Punzo – escrever páginas e páginas, para se demonstrar ser a pena de morte desapropriação por utilidade pública? Esses exotismos, técnico-jurídicos é que devem cessar.

Acrescenta ainda o autor, idéia que também apraz este trabalho, que também não adere à teoria que reduz a dogmática penal à contemplação estática e estéril dos textos legais.

É certo que o Direito Penal tem por objeto o ordenamento positivado, mas “não pode se circunscrever a um positivismo mofino e débil”. (NORONHA, 1999, p. 8)

O ramo penal do direito está em contato íntimo com a conduta humana e a sociedade como um todo, entendendo Noronha (1999, p. 8), que, “se não basta para autorizar as extremadas pretensões do positivismo naturalista desautoriza também os acanhados limites do raquítico positivismo jurídico”.

CAPITULO 2 – TEORIA GERAL DO CRIME

2.1 Conceito Legal

A legislação brasileira faz uma conceituação fria de crime, bem como de contravenção penal. A Lei de Introdução ao Código Penal, Decreto-lei 3.914 de Nove de dezembro de 1.941 assim o fez (art.1º):

Art. 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas. Alternativa ou cumulativamente.

É de salutar importância destacar que tal previsão legal não tem lugar no Código Penal atual (1940 e suas reformas), como se usava fazer nos Códigos anteriores, tendo em vista que as experiências anteriores, além de serem puramente formais, eram incompletas e defeituosas, recomendando o bom senso o abandono daquela prática (Bittencourt 2006, p. 263).

Note-se que a preocupação principal do legislador não foi conceituar crime, mas sim apenas destacar as características gerais que distinguem os crimes das contravenções penais, as quais são caracterizadas por seu baixo potencial ofensivo e de lesão a bem jurídico. Nesse sentido, leciona Damásio (2005, p. 152):

Não há diferença ontológica, de essência, entre crime (ou delito) e contravenção. O mesmo fato pode ser considerado crime ou contravenção pelo legislador, de acordo com a necessidade da prevenção social. Assim, um fato que hoje é contravenção pode no futuro vir a ser definido como crime.

Assim, entendemos que a distinção da conduta que será considerada crime e da conduta que será considerada contravenção penal é feita por um processo de “etiquetamento” ou “rotulagem”, e em processo bastante similar ao que acontece no rol dos crimes hediondos, como medida clara de Política Criminal.

Neste sentido ensina claramente Bittencourt (2006, p. 223) em seu Tratado:

Ontologicamente não há diferença entre *crime e contravenção*. As contravenções, que por sua vez são chamadas de *crimes-anões*, são condutas

que apresentam menor gravidade em relação aos crimes, por isso sofrem sanções mais brandas. O fundamento da distinção é puramente *político-criminal* e o critério é simplesmente quantitativo e extrínseco, com base na sanção assumindo caráter formal. Com efeito, nosso ordenamento jurídico aplica a pena de prisão, para os crimes, sob as modalidades de reclusão e detenção, e, para as contravenções, quando for o caso, a de prisão simples (Decreto-lei 3.914/41). Assim, o critério distintivo entre crime e contravenção é dado pela natureza da pena privativa de liberdade cominada.

A frieza da lei e as experiências infrutíferas em codificar o conceito de crime ensejaram um maior trabalho por parte dos doutrinadores, pois coube a eles trazer a definição de crime.

É sob este entendimento que deveremos estudar nos tópicos adiantes a conceituação de crime em seu aspecto formal, material e analítico, este último apresentando os elementos estruturais de formação do crime, o que exigirá maiores esforços dado às divergências doutrinárias.

2.2 Conceito Formal

A conceituação de crime sob o aspecto formal tem como ponto de partida o Princípio da Legalidade, sendo crime apenas as condutas que a lei assim definir.

Noronha nos traz que o Conceito formal de crime tem como ponto de referência a lei: crime é o fato individual que a viola; é a conduta humana que infringe a lei. (NORONHA, 1999, p. 96).

De forma concisa, Capez ensina que o conceito de crime sob o aspecto formal resulta de mera subsunção da conduta ao tipo legal e, portanto, considera-se infração penal tudo aquilo que o legislador descrever como tal, pouco importando seu conteúdo.

A conceituação de crime sob o aspecto formal resta ainda bastante fria, engessada, não conseguindo esgotar o assunto de forma a abordar a substância do tema, conseguindo alcançar apenas o aspecto mais palpável e visível da conceituação de crime que é uma ação legalmente prescrita e punível. (CAPEZ, 2009, p. 113)

Como resultado destas definições sem maior clareza e deveras vagas, a doutrina se insurgiu a fim de buscar uma conceituação mais dogmática, exata e compreensível. Neste sentido bem leciona Aníbal Bruno (1984, p. 281):

A essa maneira de conceituar o fato punível, rigidamente formal ou demasiadamente imprecisa, reagiu a doutrina no curso de dois caminhos diferentes. Por um lado, buscando fixar um conceito preciso e juridicamente

técnico, um conceito que captasse os elementos analíticos do crime na sua configuração legal. Por outro, em uma aventura que ultrapassava os limites do estritamente jurídico, tentando construir uma definição que contivesse a essência do crime na sua realidade fenomênica e fosse, por ventura, universalmente válida, independente do sistema jurídico positivo vigente.

Apontando a conceituação fria de crime descrita pelo autor acima, e por tantos outros autores, é que nos deparamos com uma real necessidade de se abordar a conceituação de crime sob outros aspectos, primeiramente invadindo sua matéria, sua substância, e posteriormente adentrando a uma conceituação analítica, estrutural, que, como dito, vai carecer de maiores detalhamentos.

2.3 Conceito Material

Como as conceituações de crime sob os aspectos formais fitavam apenas seu caráter mais externo, houve por bem se buscar a razão pela qual o legislador considerou algumas condutas como infrações penais e outras não.

Para se buscar esta razão, Noronha (1999, p. 96) propõe-nos alguns simples questionamentos: Por que essa conduta transgride a lei? Qual a razão que levou o legislador a puni-la? Qual o critério que adotou para distingui-la de outras ações também lesivas?

É certo que não se encontrará respostas fáceis, claras e objetivas para tais questões, mas, indubitavelmente, elas servem para nortear uma investigação neste sentido.

Com o fito de delinear-mos de forma geral e darmos uma visão ampla sobre a conceituação de crime sob o aspecto material, em uma espécie de “vão panorâmico” sobre o assunto, transcreveremos os ensinamentos de Capez (2009, p. 113), pois não se podia, em poucas palavras, fazê-lo de forma mais completa:

Aspecto material: é aquele que busca estabelecer a *essência* do conceito, isto é, o porquê de determinado fato ser considerado criminoso e outro não. Sob esse enfoque, crime pode ser definido como todo fato humano que, propositada ou descuidadamente, lesa ou expõe a perigo bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade e da paz social. (*grifo nosso*)

As investigações a fim de se chegar a uma conceituação de crime sob o aspecto material avançaram para além das fronteiras jurídicas, alcançando o território da Sociologia, Filosofia, Psicologia, etc.

Segundo Mirabete chegaram os estudiosos a conclusões bastante divergentes, asseverando, alguns, que o conceito de crime residiria no caráter danoso do ato; outros no antagonismo da conduta com a moral; ou também no estado psíquico do agente.

Contudo, como bem explica o autor, essas conceituações esbarram na dificuldade decorrente de sofrer o fenômeno delituoso flutuações no tempo, no espaço, na filosofia política do Estado, dentre outros fatores variáveis. (MIRABETE, 2004, p. 82)

Garofalo (1983, p. 18, *apud* ANÍBAL BRUNO, 1984, p. 282) procurou fundamentar este conceito na ofensa trazida pelo crime ao senso moral comum, constituído por sentimentos altruísticos fundamentais, como a piedade (benevolência) e a probidade (justiça). Dessa conjectura emergiu a fórmula do crime natural (*delitto naturale*): “a violação dos sentimentos altruísticos fundamentais de piedade e probidade, na medida média em que se encontram na humanidade civilizada, por meio de ações nocivas à coletividade”.

Tal conceito, embora bastante interessante, revela-se desde início frágil e sem fundamentos em sua própria definição, pois não há conduta, por mais repugnante que seja, que possa ser considerada crime sem previsão expressa de lei. Por mais que afronte a piedade e a probidade como valores universalmente reconhecidos, se não houver previsão normativa, não há crime.

Mais que a fragilidade de uma possível aquiescência da ausência de guarida legal em detrimento de pretensão *animus puniendi*, a alusão a ultrajes gravosos a sentimentos universalmente estabelecidos como a probidade e a piedade é incapaz para se caracterizar uma conduta delitiva. Superior aos valores e sentimentos está o interesse do grupo social. E é sob este diapasão que Von Ihering (1946, *apud* ANIBAL BRUNO, 1984, p. 284) traz solução para o conceito de crime sob o aspecto material ou substancial, quando o definiu como “o ato que põe em perigo as condições de vida da sociedade, constatado pela legislação e só evitável mediante pena”. (grifo nosso)

Para Damásio, o conceito material de crime é de relevância jurídica, uma vez que coloca em destaque o seu conteúdo teleológico, a razão determinante de constituir uma conduta humana infração penal e sujeita a uma sanção. (DAMÁSIO, 2005, p. 151)

É mister lembrar que sem previsão legal anterior nenhuma conduta pode ser considerada crime, contudo é necessário que seja ao legislador dado um norte a ser seguido, a fim de que não fique ao seu próprio arbítrio a incriminação de condutas que por bem lhe aprouverem, sob pena de se causar grave injustiça aos direitos e garantias fundamentais.

Mirabete (2007, p. 82), em explanação bastante detalhada, aborda o tema sob um prisma bastante interessante que, embora extensa, não se torna cansativa, nem prolixa.

Vejam os:

Tem o Estado a finalidade de obter o bem coletivo, mantendo a ordem, a harmonia e o equilíbrio social, qualquer que seja a finalidade do Estado (bem comum, bem de proletariado, etc.) ou seu regime político (democracia, autoritarismo, socialismo, etc.). Tem o estado que velar pela paz interna, pela segurança e pela estabilidade coletivas diante dos conflitos inevitáveis entre os interesses dos indivíduos e entre os destes e os do poder constituído. Para isso, é necessário valorar os bens ou interesses individuais ou coletivos, protegendo-se, através da lei penal, aqueles que são mais atingidos quando da transgressão do ordenamento jurídico. Essa proteção é efetuada através do estabelecimento e da aplicação da pena, passando esses bens a ser juridicamente tutelados pela lei penal.

Asúa (1951, p. 61, *apud* MIRABETE, 2007, p. 82) em sentido bem próximo, considera o crime, sob o aspecto material, como a conduta contrária a uma norma de cultura reconhecida pelo Estado e lesiva de bens juridicamente protegidos, procedente de um homem imputável que manifesta, com sua agressão, “perigosidade” social.

Note-se que, embora bastante antiga a definição do espanhol Jiménez de Asua, esta se encontra alinhada com as mais recentes doutrinas como a de Capez (2009), Damásio (2005) e, como veremos, à de Luiz Flavio Gomes (2002).

Embora entendendo e respeitando a relevância de todas as definições adrede citadas e explanadas, Junqueira é quem melhor sintetiza o conceito de crime e lhe dá a explanação de mais lúdica compreensão. O autor define o crime sob o enfoque material como “a ação humana, que consciente ou descuidadamente, lesa de maneira grave ou expõe a risco de grave lesão bem jurídico vital para a vida em sociedade, que de outra forma, que não a intervenção penal, não poderia ser protegido”. (JUNQUEIRA, 2009, p. 53)

Cabe salientar que embora os mais diversos autores façam, na grande maioria das vezes, a necessária menção ao conceito sob o aspecto material ou substancial de crime, são, da mesma forma, uníssomos em asseverar que tal conceituação, seguindo os mesmos passos da conceituação de crime sob o aspecto formal, torna-se igualmente vazia e inepta.

Neste sentido afirma Mirabete (2007, p. 83) que a referência nessas definições a “valores do corpo social”, “condições de existência”, “de conservação e de desenvolvimento da sociedade” e “norma de cultura” apresenta problemas. Pimentel (1983, p.8), se espraiando pelo mesmo entendimento, afirma que resta “ainda dificuldade em se fixar o critério segundo o qual o legislador consideraria a conduta como contrária a norma de cultura”. Luiz Flavio

Gomes (2002, p. 32) assevera que “dizer que crime é a violação do objeto jurídico-criminal nada traduz, uma vez que, nem sempre o ofender a vida constituirá crime, tornando-se imperiosa a construção de conceito cientificamente mais seguro e preciso”. E por derradeiro, Bittencourt (2009, p. 220) arrazoa que “os conceitos formal e material de crime são insuficientes para permitir à dogmática penal a realização de uma análise dos elementos estruturais do conceito de crime”.

É sob estes argumentos que a doutrina foi além, formulando um conceito de crime sob o aspecto dogmático ou analítico apto a se alinhar aos métodos científicos de estudo e de didática, no qual o crime, ainda que constituído de um todo unitário, se desmembrará para que se possa proceder a sua mais bem elaborada análise.

2.4 Conceito Analítico ou dogmático

Muito embora seja amplamente pacificada a idéia de o crime se constituir de um todo uno e indivisível, este conceito infragmentável necessita decompor-se em elementos constituintes por razões unicamente de ordem prática, facilitando o aprofundamento no estudo do crime e de sua teoria, racionalizando a instrumentalização deste instituto do Direito Penal.

Faz-se necessário citar dada a relevância de suas obras para o Direito Penal, que Damásio não se utiliza do termo “conceito de crime sob o aspecto analítico”, mas sim de “conceito de crime sob aspecto formal” quando faz referência aos elementos constitutivos do crime sob o prisma dogmático.

A fim de melhor entendermos do que realmente trata o conceito de crime sob o aspecto analítico ou dogmático, invocamos os ensinamentos de Capez (2009, p. 113) que assevera ser o conceito de crime sob o aspecto analítico “aquele que busca, sob um prisma jurídico, estabelecer os elementos estruturais do crime”.

A doutrina pátria se diverge em duas grandes frentes quando trata deste assunto, entendendo parte dela que o crime, quando estudado em âmbito dogmático, é formado por três elementos: **fato típico**, **antijurídico** e **culpável**, ao passo que a outra parte da doutrina entende ser o crime constituído por apenas dois destes elementos: **fato típico** e **antijurídico**, entendendo, esta última, que a culpabilidade se constitui como mero pressuposto para a aplicação da pena.

Resta ainda uma pequena parcela da doutrina que entende ser o crime um instituto analítico quadripartite formado pelos elementos **fato típico**, **antijurídico**, **culpável** e **punível**.

No entanto esta teoria não conseguiu parcela suficiente de adeptos que a tornassem apta a se fixar do rol das mais estudadas sendo relegada a um segundo plano e a um momento mais desprezioso.

Cabe a nós, *prima facie*, apenas abrir espaço às duas correntes principais, cada qual com suas explicações, fazendo, posteriormente, e como de praxe, a indicação da que melhor apraz o presente trabalho, deixando, contudo, de enfrentar o mérito da questão, visto que este já fora amplamente debatido nas mais respeitadas obras e por entender que não cabe, e nem deve, este trabalho o fazer.

Assim, como citado anteriormente, encontraremos os doutrinadores que entendem ser o crime constituído de fato **típico, antijurídico e culpável**.

Os adeptos desta teoria entendem que o conceito de culpabilidade abarca o dolo e a culpa (elemento subjetivo), que, por sua vez, não pertencem ao tipo penal. Desta feita, sendo o dolo e a culpa presenças inafastáveis da configuração da infração penal, não poderiam, tais doutrinadores, alijarem a culpabilidade da constituição elementar do crime, posto que a incluem.

A maior parte dos autores que são sectários dessa corrente também o é da Teoria Naturalista ou Causal (Clássica), concebida por Franz Von Liszt, que considerava o fato típico como uma simples e fria comparação entre a conduta efetivamente realizada e a descrição legal do crime, desconsiderando qualquer processo de ordem subjetiva. Neste sentido, Noronha (1999, p. 97):

A ação humana, para ser criminosa, há de corresponder objetivamente à conduta descrita pela lei, contrariando a ordem jurídica e incorrendo autor no juízo de censura ou reprovação social. Considera-se, então, o delito como a ação típica, antijurídica e culpável. Ele não existe sem uma ação (compreendendo também a omissão), a qual se deve ajustar à figura descrita na lei, opor-se ao direito e ser atribuível ao indivíduo a título de culpa lato senso (dolo ou culpa).

Nada mais correto por parte deste flanco da doutrina, que defende que o dolo e a culpa estão inseridos no elemento da culpabilidade, que a incluïrem na constituição do conceito de crime, pois, se assim não o fizessem, viriam de encontro a tudo o que pregavam doutrinariamente.

Bitencourt (2009, p. 220), é também defensor desta conceituação tripartite da estrutura dogmática do crime, e ladeando-se a este entendimento, em seu Tratado de Direito Penal, faz um breve sumário histórico para justificar sua opção por esta ótica de análise. Vejamos:

A elaboração do conceito analítico começou com Carmignani (1833), embora encontre antecedentes em Deciano (1551) e Bohemero (1732). Para Carmignani, a ação delituosa compor-se-ia do concurso de uma força física e de uma força moral. Na força física estaria a ação executora do dano material do delito, e na força moral situar-se-ia a culpabilidade e o dano moral do delito. Essa construção levou ao sistema bipartido do conceito clássico de crime, dividido em aspectos objetivo e subjetivo. A construção do conceito analítico do delito, no entanto, veio a completar-se com a contribuição decisiva de Beling (1906), com a introdução do elemento tipicidade. Embora a inicialmente confusa e obscura definição desses elementos estruturais, que se depuraram ao longo do tempo, o conceito analítico, predominante, passou a definir o crime como “a ação típica, antijurídica e culpável”.

Com o advento da Teoria Finalista de Hans Wezel, passou-se a sustentar que a culpa e o dolo integravam o fato típico e não a culpabilidade.

A ação deve ser entendida como uma atividade sempre dotada de uma finalidade. Admitindo-se que o crime é uma atividade imprescindivelmente humana, é necessário que esta tenha, igualmente, sua finalidade. Assim, a conduta deverá abranger ou o dolo (querer fazer ou assumir o risco do resultado) ou a culpa em *strictu sensu* (agir com imprudência, negligência ou imperícia).

Estudaremos a frente o elemento conduta como sendo parte integrante da estrutura analítica ou dogmática do fato típico. Desta feita, não poderá restar, por parte desta frente da doutrina, maiores interpelações em desfavor de ser o crime um instituto necessariamente constituído somente pelos elementos fato típico e antijurídico, embasado em puro logicismo.

Desde então, para os seguidores da doutrina Finalista, a culpabilidade perde o único conteúdo que interessava ao conceito de crime, restando-lhe elementos de ordem valorativa, passando a ser mero juízo de valoração externa ao crime e juízo de reprovação que o Estado faz sobre o infrator penal.

Neste sentido, encontraremos os doutrinadores que entendem ser o crime formado apenas pelos elementos fato típico e antijurídico, consoante Damásio (2005, p. 153):

Há, assim, um fato que se subsume a uma norma penal incriminadora, que se denomina fato típico. Este é o primeiro requisito do crime. Não basta, porém, que o fato seja típico para que exista o crime. É preciso que seja contrário ao direito, antijurídico.

Note que o renomado autor retira da culpabilidade seu status de elemento formador da estrutura dogmática, ou estrutura formal como ele mesmo afirma, do crime e a apresenta

apenas como uma consequência jurídica deste, sendo, tal entendimento, seguido de bem próximo por Capez (2009, p. 113):

Sob esse ângulo, crime é todo fato típico e ilícito. Dessa maneira, em primeiro lugar deve ser observada a tipicidade da conduta. Em caso positivo, e só neste caso, verifica-se se a mesma é ilícita ou não. Sendo o fato típico e ilícito, já surge a infração penal. A partir daí, é só verificar se o autor foi ou não culpado pela sua prática, isto é, se deve ou não sofrer um juízo de reprovação pelo crime que cometeu. Para a existência da infração penal, portanto, é preciso que o fato seja típico e ilícito.

Mirabete (2007, p. 83), defensor da estrutura bipartite (fato típico e antijurídico) de crime, define que a culpabilidade é apenas o juízo de reprovação, ou não, da conduta praticada, constituindo a culpabilidade como apenas um pressuposto indispensável à aplicação da sanção penal. Vejamos:

O crime existe em si mesmo, por ser um fato típico e antijurídico, e a culpabilidade não contém o dolo ou a culpa em sentido estrito, mas significa apenas reprovabilidade ou censurabilidade de conduta. O agente só será responsabilizado por ele se for culpado, ou seja, se houver culpabilidade. Pode existir, portanto, crime sem que haja culpabilidade, ou seja, censurabilidade ou reprovabilidade da conduta, não existindo a condição indispensável à imposição de pena.

Outra abordagem bastante interessante e eloqüente feita por Capez (2009, p. 115) em seu Curso de Direito Penal é quanto ao fato de o atual Código Penal, quando da existência de fato atípico, asseverar não existir crime, como o faz em “*Não há crime* sem lei anterior que o defina” (artigo 1º - Código Penal).

Da mesma forma o Código Penal afirma a não existência de crime quando afastada a ilicitude do fato, como o faz no artigo 23 e incisos do mesmo texto legal: “*Não há crime* quando o agente pratica o fato: I) em estado de necessidade; II) em legítima defesa; III) em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”.

Note-se que quando apenas a culpabilidade é afastada, o legislador se utiliza de terminologia diversa, não asseverando que não há crime, mas sim que o agente é isento de pena, exatamente como prevê o artigo 26, caput, do CP: “*É isento de pena* o agente que...” – emitindo claras evidências de que os elementos do crime são o fato típico e a ilicitude (antijuridicidade).

Feitas todos os apontamentos, arrazoados, indicações e explanações acima, é que o presente trabalho prefere à estrutura bipartite de crime sob o aspecto analítico, se alinhando à corrente doutrinária observada por Damásio, Mirabete, Capez, dentre outros.

Cabe, no entanto, salientar que o assunto deste trabalho vai girar em torno da exclusão de ilicitude, mais precisamente sob a égide da legítima defesa, o que retira deste trabalho a preocupação em fazer maiores considerações acerca do tema, pois a ilicitude ou antijuridicidade é pacificamente inserida na estrutura dogmática de crime das duas correntes. Assim, afastando-se a antijuridicidade, afasta-se o crime, posto que a discussão acerca da culpabilidade torna-se inócua.

Para, enfim, se estudar o crime sob o aspecto analítico, dever-se-á estudar, separadamente, as estruturas que o compõe: o fato típico e a ilicitude, dando-se também atenção à culpabilidade dada sua relevância para o Direito Penal, ainda que não importe se contribui ou não para a formação do crime, posto que, na pesquisa em tela, é a ilicitude que será afastada, não permitindo a configuração da infração penal.

CAPITULO 3 – FATO TÍPICO

3.1 Introdução, Conceito e Elementos

Como bem visto, o crime é constituído por suas elementares fato típico e ilicitude. Desta feita, afastada qualquer destas elementares não haverá a formação da infração penal.

Neste primeiro momento o presente trabalho ater-se-á ao elemento fato típico, detalhando e analisando, de forma pormenorizada, suas estruturas elementares.

O fato típico, primeiro requisito para a configuração de uma infração penal, pode ser definido como o fato, concreto ou material, produto voluntário da vontade humana, que perfeitamente se amolda ao conjunto de elementos constantes na norma penal incriminadora.

Consoante adrede citado, o fato típico é composto de seus próprios elementos constituintes. Para que o fato típico tome corpo como parte integrante da estrutura do crime sob o aspecto formal, há a necessidade de, em um primeiro momento, este se revestir de seus elementares requisitos.

São elementos formadores do fato típico, segundo a melhor doutrina, a conduta (ação ou omissão), o resultado (evento), o nexu causal e a tipicidade, elementos que vamos estudar separadamente.

3.2. Conduta

3.2.1 Conceito e considerações gerais

A doutrina pátria se utiliza, em sua maioria, do termo conduta em detrimento do termo ação, pois conduta, *latu sensu*, abarca a ação, em sentido estrito (fazer), e a omissão (não fazer o que se deve). Tanto a primeira quanto a segunda constituem comportamento humano, integrando o fato humano e podendo integrar, conseqüentemente, o crime.

A ação vai se construir no primeiro momento da infração penal. É nela que vai se dar início ao delito. Não existindo esta ação ou omissão humana não há que se falar em crime, *nullum crimen sine conducta*.

A conduta humana é requisito necessário para a configuração da infração penal, mas nem sempre é um requisito suficiente para tal. Utilizando-se as proposições do raciocínio lógico: conduta humana é condição necessária para o crime, ou seja, se houve crime houve

uma conduta humana. Mas a conduta humana não é condição suficiente para o crime, ou seja, pode haver uma conduta humana sem esta se configurar infração penal.

Em sentido próximo ensina Costa (1982, p. 281):

Não há conduta sem fato, base estrutural do tipo. Desta forma, a conduta exerce uma função decisiva na construção do tipo, pois a ação ou a omissão devendo ter significado relevante para o Direito Penal e que adquirem certas circunstâncias para a sua significação jurídico-penal (v.g. o estado de necessidade, a tentativa). É fundamental para a construção dos tipos penais a existência de um fato humano voluntário (v.g. excluem-se as forças da natureza).

Sob esta ótica, podemos conceituar a conduta como a ação ou omissão humana, exercida de forma voluntária e consciente, destinada a determinado fim a que se pratica. Neste sentido, preceitua Damásio ser a conduta ação ou omissão humana consciente a determinada finalidade. (DAMÁSIO, 2005, p. 227)

A ação, como primeiro ato exteriorizado do cometimento da infração penal, e como todo comportamento humano se inicia na mente, na consciência, daquele que o vai praticar, para só então ser conhecido no mundo natural. É o primeiro objetivo material do crime. Enquanto na consciência humana, e só lá existente, não é capaz de se tornar juridicamente relevante. Destarte, somente quando esta vontade humana se exterioriza em uma conduta, por meio de uma ação ou omissão, é que o Direito poderá começar a dar-lhe um peso jurídico e uma relevância penal. Não constituindo conduta o simples pensar, cogitar, planejamento e “arquitetamento” mental. Há a necessidade da repercussão externa do *animus* do agente.

Noronha define a conduta como a ação positiva constituída pelo movimento do corpo, quer por meio dos membros locomotores, quer por meio de músculos, como se dá com a palavra ou o olhar. (NORONHA, 1999, p, 98)

Damásio, seguindo bem de perto este entendimento trata a conduta por movimento ou abstenção do movimento corpóreo. (DAMÁSIO, 2005, p.228)

Mas, saliente-se, que apenas isto não basta para tal. A fim de que o Direito Penal empreste relevância à conduta, deve ser esta revestida de outro requisito: a vontade.

Segundo Welzel (1964, *apud* Damásio, 2005, p. 228) a vontade abrange três outras estruturas: o objetivo pretendido pelo sujeito, os meios usados na execução e as conseqüências secundárias da prática.

Para Capez a conduta é composta de quatro elementos, quais sejam, a vontade, a finalidade, a exteriorização e a consciência. (CAPEZ, 2009, p.140)

Com a vontade, a conduta deixa de ser um fato de caráter meramente físico, para abarcar também um conteúdo psíquico, um elemento subjetivo.

É de salutar importância ressaltar, no entanto, que a conduta não se resume a um elemento físico ou a um elemento psíquico. Estes não mantêm entre si uma relação de sucessão, mas sim de simultaneidade. O aspecto subjetivo é uma qualidade da ação e não seu antecedente.

Costa Junior (2000, p. 43), em explanação das mais eloqüentes, explica o elemento vontade dentro da estrutura da conduta e complementa dissociando a vontade da intenção. Vejamos:

Exige-se, para que haja conduta, um mínimo de participação subjetiva: a vontade, que lança a conduta. Sem essa vontade propulsora, o gesto humano não atinge a dignidade da conduta. Estaremos no campo dos movimentos reflexos, inconscientes e coarctados. Basta que haja um simples impulso subjetivo voluntário, como instante inicial da conduta, ou melhor, que atos externos, positivos ou negativos, sejam oriundos de um querer íntimo livre. Esclareça-se: o aspecto subjetivo da conduta, obviamente, nada tem a ver com o aspecto subjetivo do crime.

(...)

Vontade e não intenção. Vontade, como carga de energia psíquica, que impele o agente. Vontade como impulso causal do comportamento humano. Não intenção, que é a bússola da vontade, seu elemento finalístico, que a norteia para o objetivo eleito. A vontade, portanto, limita-se à conduta. A intenção volta-se ao evento, que é o escopo,

Cabe-nos, ainda, ressaltar que também os fatos resultantes de caso fortuito e força maior não têm relevância penal, tampouco a conduta praticada mediante coação física irresistível, movimentos reflexos ou estado de inconsciência.

Como citamos acima, a doutrina pátria se utiliza do termo conduta em detrimento do termo ação, pois conduta, *latu sensu*, abarca a ação, em sentido estrito (fazer), e a omissão (não fazer o que se deve).

Passaremos adiante por estas duas formas de conduta: a ação e a omissão.

3.2.2 Formas de Conduta

Como já outrora citado, as condutas delitivas podem ser praticadas, em suma, de duas formas: por meio de uma ação e ou de uma omissão.

A conduta, via de regra, é praticada por uma **ação**, em *strictu sensu*, ou comissão, que se consubstancia num fazer, um comportamento ativo, *un facere*, que, segundo Damásio é

aquela que se manifesta por intermédio de um movimento corpóreo tendente a uma finalidade. (DAMÁSIO, 2005, p. 237)

A melhor doutrina pátria adota a Teoria da **Ação** da Escola Finalista, que leciona ser a conduta uma ação, positiva ou negativa, consciente e voluntária, dirigida a uma finalidade

A maioria dos núcleos das normas penais incriminadoras define modos positivos de agir. A ação proibida é positiva. Toda vez que uma infração penal é cometida aos moldes desta forma positiva de agir, diz se o crime foi praticado por comissão.

Em sentido mais amplo, Fragoso (1993, p. 149) explicitou que:

Ação é o comportamento humano voluntário conscientemente dirigido a um fim. A ação compõe-se de um comportamento exterior, de conteúdo psicológico, que a vontade dirigida a um fim, da representação ou antecipação mental do resultado pretendido, da escolha dos meios e a consideração dos efeitos concomitantes ou necessários e o movimento corporal dirigido ao fim proposto.

O autor definiu ação em toda a sua extensão, em todos os seus momentos e sistemática, segundo a corrente majoritária do finalismo, abrangendo a representação mental do resultado pretendido, a escolha dos meios de execução, aceitação dos resultados concomitantes e emprego dos meios eleitos na perquirição do resultado desejado como necessário ou provável.

Quando, dentro desta sistematização de conduta da Escola Finalista, a ação humana é “negativa”, dizemos ser uma **omissão**, no entanto a doutrina majorante emprega uma teoria própria para a omissão: a Teoria Normativa.

Normativa, pois se trata de conduta omissiva aquela que a norma impõe um dever de agir a fim de que se impeça a lesão ou risco de lesão a um bem jurídico penalmente tutelado, nada fazendo (não fazer) o agente para impedir tal evento.

Neste sentido ensina de forma escurreita Damásio (2005, p. 238):

Para os partidários da teoria normativa, a omissão não é um simples não-fazer, mas não fazer alguma coisa. O fundamento de todo crime omissivo constitui uma ação esperada. Sem ela (ação pensada, esperada) não é possível falar em omissão no sentido jurídico. Assim, a omissão por si mesma, não tem relevância jurídica. O que lhe dá este atributo é a norma, que impõe um determinado comportamento. Ela surge para o Direito quando se constata que a conduta exigida pela norma não foi realizada pelo sujeito, que deixou de observar o dever jurídico de agir.

Como bem lecionou o autor o fundamento de todo crime omissivo assenta-se em uma ação esperada do agente e na não realização do comportamento exigido pelo sujeito.

A omissão, no entanto, pode ser elemento do tipo penal, no qual a omissão é narrada de forma expressa no tipo, havendo simplesmente o dever jurídico de agir. Estes crimes se configuram como crimes de mera conduta, não tendo previsão de resultado naturalístico a ser evitado, pois no momento em que o agente não age conforme se esperou o legislador que aquele o fizesse, está consumada a infração penal. Há nestes crimes, segundo Greco (2007 *apud* JUNQUEIRA, 2009, p. 55), um dever genérico de proteção. São os chamados crimes omissivos próprios ou puros, como são os exemplos dos Artigos 135 e 269, do CP e Art. 304, do CTB.

Pode, no entanto, a omissão constituir apenas a forma de se alcançar o resultado previsto em um crime comissivo. Neste caso, a omissão não é narrada de forma direta, expressamente, no tipo penal. Para estes casos a conduta prevista é positiva, comissiva, mas o resultado ocorre por não ter o sujeito impedido tal resultado. São os crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão.

Ocorre que em tais casos o sujeito não tem simplesmente um dever jurídico genérico de agir, mas sim um dever jurídico de agir para impedir um resultado.

São delitos praticados em circunstâncias em que o sujeito estava obrigado a agir para evitar um resultado danoso, mas não o fez, podendo fazê-lo. O sujeito estava obrigado a impedir o resultado, pois a norma penal emprestou-lhe status de garantidor da não ocorrência daquele resultado. Neste caso o sujeito se omite, ocorrendo o resultado. Ele não produz necessariamente o resultado, mas a lei empresta ao não-fazer deste agente valor semelhante a um fazer, sendo que o se omitir corresponde, axiologicamente, à realização do tipo penal por meio de um fazer ativo.

Todavia, para que o sujeito possa responder por um crime nesta modalidade se faz necessário que esteja ao seu encargo este dever de agir com o propósito de impedir o resultado. E será na lei que encontraremos as hipóteses em que o sujeito deve assumir esta posição de garante, ou seja, a lei penal reconhece no sujeito o dever de agir para impedir o resultado lesivo ao bem jurídico penalmente tutelado. As hipóteses estão previstas no Art. 13, § 2º, do CP, conforme lemos:

Art. 13. (...)

§ 1º. (...)

Relevância da Omissão

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

a)tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;

- b)de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c)com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Há nestes casos, previsão normativa expressa daqueles que não só devem agir, mas devem agir com o fito de se evitar um resultado.

Há um dever especial de proteção por parte destes que a lei emprestou a função de “garante”, remetendo-lhes a obrigação de um agir, não genérico, mas especial, com a finalidade precípua de se evitar o resultado nocivo. Não é um agir sem fim, ou que se assente num mero ato heróico de se evitar um mal, mas, sim, um dever de agir, podendo fazê-lo, incontestemente e incontinenti.

3.3 Resultado

Consoante acima citado, o fato típico é revestido, analiticamente, de certos elementos. Tal qual a conduta, o resultado é um destes elementos que perfazem a estrutura dogmática do fato típico.

Capez (2009, p. 156), de forma bastante sucinta, define o resultado como a “modificação no mundo exterior provocada pela conduta”.

Ainda que bastante concisa esta seja uma definição básica do elemento resultado dentro do fato típico. Note-se que é um conceito naturalístico, pois prevê uma alteração no mundo exterior para a sua configuração.

Alinhado a este entendimento, Fragoso definiu o elemento resultado como o “efeito natural da ação que configura a conduta típica, ou seja, o fato tipicamente relevante produzido no mundo exterior pelo movimento corpóreo do agente a ele ligado por relação de causalidade”. (FRAGOSO, 1993, p. 168)

Seguindo todo o entendimento que se segue desde as explanações da conduta, bem faz Petrocelli (1944, *apud* DAMÁSIO, 2005, p. 243) em expressar de forma bem tecnicista que o resultado é “una modificazione del mondo esterno che segue a quell'altra modificazione del mondo esterno che é l'azione”

É mister, ainda, dissociarmos dois institutos bem próximos, mas certamente de sentidos e significados distantes: resultado e evento. Evento é qualquer acontecimento; resultado é consequência da conduta.

Destarte, a lei prevê crimes em que esta modificação no mundo exterior (resultado naturalístico) não se opera. No entanto, o CP prevê em seu Art. 13 que não há crime sem resultado, ou melhor, a existência de crime depende de resultado.

Com tal celeuma da existência ou não do crime sem um resultado natural, emerge a teoria jurídica ou normativa, que leciona ser o resultado da conduta uma lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico tutelado pela lei penal.

No entanto, não nos cabe acatar uma ou outra teoria doutrinária, pois, para tal, deveríamos lançar mão de todas as argumentações de uma e outra, o que tornaria este estudo deveras pesaroso, tornando, tal delonga, nada profícua para o objetivo deste.

Contudo, de forma lacônica, descreveremos as conclusões de ambas correntes, a fim de não se mergulhar em um vazio acerca de tal assunto.

Para os sectários da teoria normativa o resultado deve ser entendido como lesão ou perigo de lesão de um interesse protegido pela norma penal. Como todos os crimes ocasionam lesão ou, ao menos, perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, harmoniza-se, desta feita, os dispositivos legais. (MIRABETE, 2007)

Evidentemente, sendo assim, esta teoria entende não existir crime sem resultado, pois, para esta, todo crime produz um dano (real) ou um perigo de dano (dano em potencial) que afetam a existência do bem ou a segurança deste bem ou interesse jurídico protegido pela lei.

A teoria naturalística, em sentido próximo, afirma não haver também crime sem resultado daí a afirmar Nélon Hungria (1977, *apud* DAMÁSIO, 2005, p. 245) “que não existe crime sem resultado”. A toda ação ou omissão penalmente relevante corresponde um *eventus damni* ou um *eventus periculi*, embora, às vezes, não seja perceptível pelos sentidos.

Note que as correntes doutrinárias acerca do resultado não defendem posições estanques, mas que se integram e se locupletam.

3.4. Nexo Causal

Inserido ainda na estrutura do fato típico, e sem o qual este não se configura e, por via de consequência, nem o crime, está o nexo causal, também chamado de relação de causalidade.

Nexo causal é a relação, liame, de causalidade estabelecida entre a conduta praticada e o resultado obtido. Neste sentido bem leciona Capez (2009, p. 157):

O nexu causal consiste em mera constatação acerca da relação entre a conduta e resultado. A sua verificação atende apenas às leis da física, mais especificamente, da causa e efeito. Por essa razão, sua aferição independe de qualquer apreciação jurídica, como, por exemplo, da verificação da existência de dolo ou culpa por parte do agente. Não se trata de questão opinativa, pois ou a conduta provocou o resultado ou não.

Várias teorias surgiram para bem explicar a relação de causalidade. No Brasil se adotou a Teoria da Equivalência dos Antecedentes (*Conditio Sine Qua Non*), segundo a qual, em apertada síntese, considera-se causa tudo aquilo que contribui para a geração de um resultado.

Todos os fatos que concorrem para o resultado *in concreto* devem ser considerados causa deste, bastando, somente, que a ação tenha sido condição para o resultado, ainda que tenham concorrido, para o resultado naturalístico, outros tantos fatos.

A teoria não pareceu ser de toda esclarecedora, pois se utilizou do termo genérico tudo, possuindo amplitude exacerbada, periclitando pela via do *regressus ad infinitum*. Os defensores desta doutrina justificam que a existência do nexu causal não implica ocorrência necessária de crime, tampouco a responsabilização do causador, arrazoando que outros institutos (dolo, causa, etc.) são suficientemente necessários para restringir o alcance do conceito de causa.

Neste sentido, Capez (2009, p. 157), buscando solucionar a problemática apresentada acima, traz à baila a figura do nexu normativo. Vejamos:

Nexu normativo: para a existência do fato típico, no entanto, não basta a mera configuração do nexu causal. É insuficiente para tanto aferir apenas a existência de um elo físico entre ação e resultado. De acordo com a interpretação do art. 19 do CP, é imprescindível que o agente tenha concorrido com dolo ou culpa (quando admitida), uma vez que sem um ou outro não haveria fato típico. Convém lembrar que o art. 18 do Estatuto Repressivo prevê a existência somente de crimes dolosos e culposos, desconhecendo algum que seja cometido sem um desses elementos. (...) À vista do exposto, para a existência do fato típico são necessários: o nexu causal físico, concreto, e o nexu normativo, que depende da verificação de dolo ou culpa.

A fim de se reconhecer se uma condição, na prática de infração penal, é uma causa, há de se utilizar de um instrumento chamado de **processo hipotético de eliminação**, no qual para se descobrir se determinado evento é causa ou não de determinado resultado, basta excluí-lo hipoteticamente da cadeia causal, e verificar, idealmente, se o resultado persistiria; se o resultado persistisse, não é causa; se o resultado deixasse de ocorrer é causa.

O sistema jurídico pátrio não acolhe *in totum* a teoria da *conditio sine qua non*, havendo uma exceção: a superveniência relativamente independente.

A superveniência relativamente independente rompe o nexo causal, afastando-o, consoante prevê o Art. 13, § 1º, do CP: a superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

Para maior clareza acerca de tal instituto, Damásio explica que causa superveniente relativamente independente é aquela que, funcionando em face da conduta anterior, conduz-se como se por si só tivesse produzido o resultado.

Vale lembrar que nos demais casos de independência relativa (preexistentes e concomitantes) há a manutenção do nexo causal, devendo ser aplicada a regra comum de equivalência dos antecedentes. (DAMÁSIO, 2005, p. 258)

3.5 Tipicidade

Por derradeiro, a fim de se completar as estruturas que compõe o conceito dogmático de fato típico explanaremos acerca da tipicidade.

Quando se diz haver tipicidade, nada mais é que a perfeita subsunção da conduta praticada pelo agente (fato concreto) ao tipo previsto na lei penal (modelo em abstrato).

Neste sentido, bem preceitua Bitencourt (2009, p. 275):

Tipicidade é a conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei penal. “Tipicidade é a correspondência entre o fato praticado pelo agente e a descrição de cada espécie de infração contida na lei penal incriminadora”. Um fato para ser adjetivado de típico precisa adequar-se a um modelo descrito na lei penal, isto é, a conduta praticada pelo agente deve subsumir-se na moldura descrita na lei.

Alguns doutrinadores fazem distinção entre tipicidade e adequação típica, sendo a primeira apenas a correspondência formal entre o fato e a descrição do tipo penal e a segunda uma análise mais aprofundada desta adequação, avaliando a existência de vontade (dolo ou culpa).

Não entendemos a necessidade desta diferenciação, pois em não havendo dolo ou culpa (vontade), ou seja, conduta consciente e voluntária, não há que se falar em fato típico, tampouco em tipicidade.

A adequação típica ou tipicidade pode se operar de duas formas: imediata ou mediata (ou indireta).

Diz-se da adequação típica imediata quando o fato concreto se amolda diretamente à hipótese abstrata do tipo penal. E adequação típica mediata quando o fato concreto não encontra correspondente direto na descrição do tipo, sendo necessário o emprego de norma diversa para que ocorra a tipicidade.

Apelando à primazia técnica, invocamos os ensinamentos de Bitencourt (2009, p. 275):

A adequação típica **imediate** ocorre quando o fato se subsume imediatamente no modelo legal, sem a necessidade da concorrência de qualquer outra norma, como p. ex., matar alguém: essa conduta praticada por alguém amolda-se imediatamente no tipo descrito no artigo 121 do CP, sem precisar do auxílio de nenhuma outra norma jurídica. No entanto, a adequação típica **mediata**, que constitui exceção, necessita da concorrência de outra norma, secundária, de caráter extensivo, que amplie a abrangência da figura típica. Nesses casos, o fato praticado pelo agente não vem a se adequar direta e imediatamente ao modelo descrito na lei, o que somente acontecerá com o auxílio de outra norma ampliativa, como ocorre, por exemplo, com a tentativa e a participação em sentido estrito. Na hipótese da tentativa, há uma ampliação temporal da figura típica, e no caso da participação a ampliação é espacial e pessoal da conduta tipificada.

Não se deve, contudo, confundir a conceituação de tipicidade com tipo penal. Tipicidade, como dito, é a correspondência do fato humano à descrição do modelo incriminador em abstrato. Tipo penal é o modelo descritivo das condutas humanas criminosas, ou seja, a descrição abstrata da ação proibida ou então permitida pela lei penal.

Sob esta égide existem duas espécies de tipos, os *incriminadores* e os *permissivos* ou *justificadores*. Os primeiros descrevem as condutas proibidas, são os tipos legais de crime. Os segundos são descritivos das condutas permitidas, são os que denominamos causas de justificação ou exclusão da ilicitude.

Admitem-se, doutrinariamente, duas funções para o tipo penal. Diz-se ter função indiciária, ou seja, ser indício da antijuridicidade do fato, pois praticado um fato, sendo este típico (adequação típica), presume-se ser o fato também antijurídico ou ilícito, cessando, tal presunção, apenas com a ocorrência de uma excludente da ilicitude. Outra função garantidora, que presta a apurar e amparar o princípio da legalidade (*nullum crimen, nulla poena, sine lege*)

Cabe destacar ainda os elementos do tipo penal, quais sejam, **elementos objetivos**, **elementos normativos** e **elementos subjetivos**.

Elementos objetivos, também chamados descritivos, referem-se à materialidade da infração penal, no tocante à forma de execução, tempo, lugar, etc.. O sentido da elementar (dados essenciais da figura típica, sem as quais ocorre atipicidade) da infração penal é avaliado pela mera observação, não necessitando de qualquer tipo de valoração (ex. matar, subtrair, mulher, repouso noturno, lugar ermo etc.).

Elementos Normativos são aqueles componentes inseridos no texto legal e cujo entendimento é alcançado por meio de uma valoração, por um juízo de valor. São aqueles elementos referentes, consoante Damásio (2005, p. 272), a determinados estados e processos corporais e anímicos (ex. indevidamente, sem justa causa, sem as formalidades legais, documento, dignidade, decoro, sem consentimento de quem de direito etc.). (DAMÁSIO, 2005, p. 272)

O Elemento Subjetivo, via de regra, dos tipos dolosos é o dolo, explanação e definição que se encerra em si mesmo. No entanto, há elementares que tratam de especial fim de agir do agente. Wessels (1976, *apud* BITENCOURT, 2009, p. 279) o trata por “circunstâncias que pertencem ao campo psíquico-espiritual e ao mundo de representação do autor” (ex. com o fim de, para ocultar desonra própria, para si ou para outrem, sabendo ou devendo saber, com o fim de lucro, para satisfazer, para fim libidinoso etc.).

Desta feita, encerramos uma sucinta análise acerca da estrutura dogmática do fato típico, sendo necessário avançarmos para o estudo da outra estrutura que compõe o conceito bipartite de crime sob o aspecto analítico, o qual adota este trabalho.

CAPITULO 4 – ILICITUDE

Como visto o conceito de crime sob o aspecto analítico constitui-se dos elementos fato típico e ilícito, posto que para a existência da infração penal não basta que a conduta seja típica, mas também ilícita.

Prevalece nas doutrinas pátrias que as expressões antijuridicidade e ilicitude são semelhantes, sinônimas.

Uma ação é antijurídica ou ilícita quando contrária ao Direito. Nas palavras de Noronha (1999, p. 100) “antijuridicidade exprime a relação de oposição entre o fato e o direito”.

No ensinamento de Maurach e Zipf (1994, *apud* BITENCOURT, 2009, p. 312), a teoria da antijuridicidade limita-se à caracterização negativa do fato; é um juízo sobre o acontecer e não sobre a personalidade.

Nos dizeres de Arturo Santoro, antijuridicidade é a “contradição do fato, eventualmente adequado ao modelo legal, com a ordem jurídica, constituindo a lesão de um interesse protegido”. (DAMÁSIO, 2005, p. 356).

Capez (2009, p. 272) conceituou a antijuridicidade como a “contradição entre a conduta e o ordenamento jurídico pela qual a ação ou omissão típicas tornam-se ilícitas”.

Ressalta-se que todas as conceituações acerca do tema se interpenetram e se assemelham, ocorrendo que a doutrina pouco discute sobre a conceituação do termo ilicitude.

Deve-se assim dizer, então, que todo fato penalmente ilícito é, antes de mais, nada típico.

Desta feita, em primeiro momento cabe examinar se o fato é típico ou não. Se não o for, encerra-se desde logo qualquer discussão acerca de suposta ilicitude.

Sendo assim, se um fato sequer chega a ser típico, em nada importa saber se é ou não ilícito, pois, pelo festejado Princípio da Reserva Legal, não havendo previsão legal não há relevância para o Direito.

Seguindo este mesmo entendimento, se o fato encontra enquadramento típico, parte se para a apreciação sobre sua ilicitude. Se típico e ilícito, há crime.

Como citado anteriormente, diz-se que o fato típico tem um caráter, uma função, indiciário, ou seja, é indício da antijuridicidade do fato, pois praticado um fato, sendo este típico (adequação típica), presume-se ser o fato também antijurídico ou ilícito, cessando, tal presunção, apenas com a ocorrência de uma das excludentes da ilicitude.

A doutrina ainda faz distinções conceituais dentro da ilicitude, dividindo-a em ilicitude material e formal, objetiva e subjetiva, genérica e específica. Contudo não interessa enfrentarmos, *prima facie*, tais divisões, pois o presente trabalho visa tratar de uma causa de exclusão da ilicitude que, para a doutrina clássica, têm caráter objetivo, ou seja, a incidência da exclusão da ilicitude requer apenas a satisfação de requisitos de ordem legal, objetiva. Para tanto, a exclusão da ilicitude está condicionada tão somente às condições dispostas na lei penal.

Contudo, não se pode desprezar que alguns doutrinadores entendem que para a configuração de uma causa de exclusão de ilicitude devem estar presentes requisitos subjetivos também.

CAPITULO 5 – EXCLUDENTES DE ILICITUDE

5.1 Introdução

Como explanado anteriormente, em toda ocorrência de um fato típico há indícios de ser este também ilícito (função indiciária do fato típico), a não ser que ocorra alguma circunstância que seja apta a alijar-lhe a ilicitude. Estas circunstâncias são chamadas de excludentes de ilicitude, excludentes de antijuridicidade, causa de justificação, dentre outras menos utilizadas.

As excludentes de ilicitude, designação escolhida e que mais comumente se usará neste trabalho, têm previsão expressa na Lei Penal (Código Penal, art. 23):

Art. 23 Não há crime quando o agente pratica o fato:
I) em estado de necessidade;
II) em legítima defesa;
III) em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Para os adeptos da doutrina Clássica, presentes os requisitos objetivos (legais) das causas que excluem a ilicitude, já se é suficiente para restar configurado a excludente, nada mais sendo necessário analisar no caso em concreto.

Contudo, para os autores que se identificam com corrente finalista, para que pese sobre a conduta a justificativa de exclusão da ilicitude, esta deve ser revestida de requisitos também de ordem subjetiva, ou seja, deve haver a presença de um elemento subjetivo da causa que discrimine a conduta, supostamente criminosa, do agente. Desta feita, não basta apenas a presença dos elementos objetivos da causa que vai excluir a ilicitude da conduta, mas é também imprescindível que o agente conheça que a conduta por ela praticada está revestida de uma circunstância discriminante.

O autor para praticar um fato típico que não seja antijurídico, deve agir no conhecimento da situação de fato justificante e com fundamento em uma autorização que lhe é conferida através disso, ou seja, querer atuar juridicamente. (WESSELS, 1976, *apud* MIRABETE, 2007, p. 170).

O autor Damásio nos dá um exemplo bem elucidativo para argumentar sua posição quanto à necessidade de existência de requisitos de ordem subjetiva na causa excludente de ilicitude: suponha-se que o sujeito pretenda matar seu inimigo e o encontre num matagal. Sem que ele perceba, atira várias vezes, matando-o. Fica provado, posteriormente, que a vítima

tinha a seus pés uma mulher desfalecida, a quem estava prestes a estupro. O autor questiona se a conduta deste agente encontra amparo sob o manto da exclusão da ilicitude e emenda respondendo que acredita não ser possível. (DAMÁSIO, 2005, p. 362)

Muito se debate na doutrina da possibilidade da existência de causas que sejam aptas a excluïrem a ilicitude de um fato típico, e conseqüente descriminação da conduta, que não estejam presentes na lei. São as nominadas causas supralegais de exclusão da antijuridicidade ou causa supralegais de justificação.

Alguns doutrinadores, como Fernando Capez, entendem não haver a possibilidade da existência das causas supralegais em decorrência da “moderna concepção constitucionalista do Direito Penal”, senão vejamos:

Com a moderna concepção constitucionalista do Direito Penal, o fato típico deixa de ser simples operação de enquadramento formal, exigindo-se, ao contrário, que tenha conteúdo de crime. A isso denomina-se tipicidade material. Como a tipicidade tornou-se material, a ilicitude ficou praticamente esvaziada, tornando-se meramente formal. Dito de outro modo, se um fato é típico, isso é sinal de que já foram verificados todos os aspectos axiológicos e concretos da conduta. Assim, quando se ingressa na segunda etapa, que é o exame da ilicitude, basta verificar se o fato é contrário ou não à lei. À vista disso, já não se pode falar em causas supralegais de exclusão da ilicitude, pois comportamentos como furar a orelha para colocar um brinco configuram fatos atípicos e não típicos. A tipicidade é material, e a ilicitude meramente formal, de modo que causas supralegais, quando existem, são excludentes de tipicidade. (CAPEZ, 2009, p. 275)

Contudo, grande parte da doutrina militante não exclui a possibilidade da existência das causas supralegais em face do caráter dinâmico da realidade social que incorpora diuturnamente novas práticas que vão tomando espaço dentro das relações sociais e se tornando culturalmente aceitáveis. Condutas que outrora eram repudiadas passam a ser aceitas no seio da sociedade e sendo legitimadas pela cultura daquela sociedade.

É certo que o legislador não consegue, dado este dinamismo social, prever todas as condutas que se emergem das relações de uma sociedade. Com o fim de ou proibir ou autorizar certas condutas, outrora proibidas, deve-se, *prima facie*, acatar a possibilidade da existência de causas supralegais de exclusão de ilicitude, como medida de justiça.

Doutrinadores afirmam, sobretudo, que o Art. 23, do CP, não traz um rol exaustivo, abrindo, no entanto, pouquíssimo espaço para as causas supralegais. Neste sentido, Assis Toledo (1994, *apud* BITENCOURT, 2009, p. 329) assevera:

Não vemos, entretanto, no momento, espaço no Direito brasileiro para outras causas supralegais de justificação e menos ainda para o extenso rol de causas

legais, geralmente citado nos tratados de origem alemã. É que, entre nós, a inclusão, no Código Penal, como causas legais, do *exercício regular do direito* e do *estrito cumprimento do dever legal*, inexistentes no Código alemão, faz com que tais causas legais operem como verdadeiros gêneros das mais variadas espécies de normas permissivas, espalhadas pelo nosso ordenamento jurídico, abrangendo-as todas.

Desta forma, só nos resta debater acerca da causa supralegal de exclusão de ilicitude denominado de consentimento do ofendido.

Para que o consentimento do ofendido tenha relevância, deve o bem jurídico atingido ser disponível, ou seja, não se levará em consideração o consentimento quando tratar-se de bem juridicamente protegido cujo titular seja o Estado. Não tem nenhuma validade quando há interesse público preponderante, o que se dá, aliás, na grande maioria dos casos da definição criminal (ANÍBAL BRUNO, 1984, p. 21).

A valoração jurídica do consentimento depende da seriedade do consentimento, da capacidade jurídica e mental da vítima para emitir um consentimento válido, da finalidade do ato para o qual consente e de outros fatores, e não terá aquela força se se verificarem razões de ordem pública contra o seu reconhecimento (LÉLIO CALHAU, 2002, *apud* BITENCOURT, 2009, p. 329).

Por derradeiro, a doutrina que acata a tese da possibilidade de se excluir a ilicitude pela incidência desta causa supralegal, entende ser necessário tantos outros requisitos, como: I) que a manifestação, por parte do ofendido, seja livre, sem coação, fraude ou outro vício de vontade; II) que o ofendido, no momento do consentimento, possua capacidade para fazê-lo, compreendendo o sentido e conseqüências do seu ato consensual; III) que se trate, como já dito, de bem jurídico disponível; IV) que o fato típico se limite e se identifique com o consentimento do ofendido.

5.2 Estado de Necessidade

O estado de necessidade é uma causa que exclui a ilicitude da conduta praticada pelo agente, que, não tendo o dever legal de enfrentar a situação de perigo atual e que não a tenha provocado por sua própria vontade de agir, sacrifica o bem jurídico ameaçado por este perigo para salvar outro bem, seja próprio ou alheio, sendo necessário que o sacrifício seja inevitável e razoável.

Em que pese a letra da lei seja taxada como fria e engessada, certamente por não conseguir acompanhar os processos sociais, o legislador foi bem feliz na definição da

excludente de estado de necessidade. Vejamos o que preceitua o Art. 24 e seus parágrafos, no CP:

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

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

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

O estado de necessidade é caracterizado pela colisão de interesses juridicamente tutelados, devendo um deles ser sacrificado em defesa do interesse coletivo. O homem, pela sua própria natureza, quando diante de uma situação de perigo, invoca seus instintos mais primitivos em busca da sua própria preservação. O que justifica a ação é a necessidade que impõe o sacrifício de um bem em situação de conflito ou colisão, diante da qual o ordenamento jurídico permite o sacrifício do bem de menor valor (FRAGOSO, 1984, p. 189).

O Direito positivo brasileiro adotou a Teoria Unitária, a qual entende que o estado de necessidade se torna causa de exclusão da ilicitude quer quando o bem jurídico sacrificado seja de valor menor que o bem ameaçado, quer quando ambos sejam de igual valor, afastando a Teoria Diferenciadora predominante no ultrapassado Código Penal de 1969.

Para a configuração da discriminante ora estudada, há, necessariamente, que se cercar de determinados requisitos que passaremos a adiante discutir.

O perigo existente deve ser atual. Por perigo atual se entende a probabilidade de dano presente e imediato, não permitindo que o perigo possível e incerto seja combatido por crime sob a escusa absolutória do estado de necessidade. Neste mesmo sentido, o dano já consumado também não está apto a autorizar uma infração penal que seja excluída por tal causa de justificação.

O perigo deve ser inevitável. O sacrifício do bem deve ser inevitável para salvar o bem em risco. A ação lesiva deve ser o único meio para afastar o perigo, que de outro modo não podia ser evitado. A inevitabilidade da lesão, com efeito, está diretamente ligada à moderação no uso do meio lesivo (BITENCOURT 2009, p. 336). Damásio (2005, p. 379) assevera que este não é um conceito rígido, mas relativo, aquilatado pelas circunstâncias do caso concreto, em que se o perigo puder ser afastado por uma conduta menos lesiva, a prática do comportamento mais lesivo não configura a excludente.

Involuntariedade na produção do perigo é outro dos requisitos. Quanto a este requisito a doutrina se mantém segregada. Uns entendem que apenas o perigo causado dolosamente impede a alegação de estado de necessidade. Outros entendem que tanto o perigo causado dolosamente quanto o causado com culpa afastam a causa excludente de ilicitude. Entendemos, seguindo as lições de Damásio (2005, p. 376), Bitencourt (2009, p. 337), Capez (2005, p. 277) e Aníbal Bruno (1984, p. 397) que a primeira opção é a mais adequada, pois quando o CP traz o preceito “*que não provocou por sua vontade*” fez alusão a “*que não provocou de forma intencional*” no sentido de que não quis criar de forma dolosa a situação de perigo.

Inexigibilidade de sacrifício do bem ameaçado. É condição *sine qua non* que o bem ameaçado e o bem sacrificado tenham seus valores cotejados. Devem ser valoradas, no caso em concreto, a gravidade do perigo e a importância do bem ameaçado. Como anteriormente debatido, resta configurado o estado de necessidade tanto no sacrifício de um bem de menor valor para salvar um bem ameaçado de maior valor, quanto no sacrifício de um bem de igual valor ao do bem ameaçado. Note-se que o no § 2º, do Art. 29, CP, o legislador deixa expresso que “*embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços*”, ou seja, se o sacrifício a ser operado puder ser apenas razoavelmente e não obrigatoriamente exigido, permite-se ao Juiz reduzir a pena de um a dois terços.

O direito a ser preservado em face do bem a ser sacrificado pode ser próprio ou alheio. Cabe aqui ressaltar que o agente que pratica a conduta em defesa de direito de terceiro não precisa do consentimento do titular para agir, pois a vontade deste é substituída pela daquele.

Ausência do dever legal de agir. Não pode o sujeito, por esta exigência, justificar a lesão a interesse alheio sob argumento de que uma conduta diversa viria a sacrificar direito próprio, quando este detiver a obrigação jurídica de atuar naquela circunstância. Saliente-se que mesmo que tenha o dever jurídico de agir, não se pode exigir, daquele que detenha tal dever, o sacrifício de um interesse de menor valor em detrimento de um interesse próprio de maior valor, v.g., exigir que um bombeiro sacrifique sua vida para salvar um bem patrimonial.

Conhecimento, por parte do agente, da situação de fato justificante. É o requisito que a doutrina comumente denomina de elemento subjetivo do estado de necessidade. Pouco vai adiantar a presença de todos os requisitos previstos na lei se o agente praticou a conduta sem a consciência de que agia sob o manto protetor de tal excludente. Não pode o agente apenas querer praticar a conduta criminosa, lesionando um interesse protegido, sem o real “*animus*”

de salvaguardar outro bem juridicamente protegido, o qual não se podia exigir seu sacrifício. Neste sentido, bem leciona Bitencourt (2009, p. 339):

Aliás, a exigência do *elemento subjetivo* integra a previsão permissiva, que exige que o fato praticado pelo agente seja “para salvar... direito próprio ou alheio”. Se faltar esta *finalidade* específica uma espécie de *elemento subjetivo especial do tipo permissivo*, a ação não estará *justificada*, não configurando, portanto, o estado de necessidade.

O exemplo mais clássico utilizado pela doutrina para ilustrar a excludente de estado de é o de dois naufragos que disputam a única tábua para se salvar. Em face de a tábua não suportar o peso de ambos os naufragos um mata o outro para safar sua própria vida. Notem que no caso em tela o bem jurídico ameaçado e o bem jurídico sacrificado são os mesmos, tendo o mesmo valor: a vida.

5.3 Estrito Cumprimento do Dever Legal

O estrito cumprimento do dever legal é causa que exclui a ilicitude da conduta praticada pelo agente que o faz impelido por determinação legal.

Saliente-se que a expressão *dever legal* restringe a abrangência desta norma às obrigações derivadas, direta ou indiretamente, da lei, excluindo-se os deveres oriundos de normas consuetudinárias, de cunho religioso, moral, sociais. Note-se que as decisões judiciais enquadram-se nestes deveres, pois nada mais são que determinações exaradas pelo Poder Judiciário por determinação legal.

O fundamento jurídico desta causa excludente da ilicitude é de fácil compreensão, pois não seria razoável impor a alguém o dever de agir e depois concitá-lo a responder por tal ato.

Cabe ressaltar que para se restar configurada tal excludente é necessária a presença de requisitos fundamentais, como o *estrito cumprimento*, não se admitindo atos que exacerbem o limite necessário para o cumprimento do ato e, o *dever legal*, sendo indispensável que o dever de agir decorra da lei.

Não ficam excluídos, contudo, de tal obrigatoriedade de agir e de se invocar tal excludente os particulares que exercem função pública, v.g., jurado, perito, mesário da Justiça Eleitoral, etc..

Como em todos os casos que excluem a ilicitude do fato típico praticado, é necessária também a presença do elemento subjetivo, ou seja, o conhecimento de se estar agindo sob tal escusa.

Os exemplos mais utilizados pela doutrina são o do carrasco que executa o sentenciado à pena capital, matando-o e o Oficial de Justiça que cumpre mandado de prisão e a remoção de bens.

5.4 Exercício Regular de Direito

Para muitos autores é desnecessária a previsão desta excludente de ilicitude, pois aquele que exerce conduta regulamentada pelo Direito, de acordo com a norma, não poderia de fato estar praticando uma conduta antijurídica.

Nos dizeres de festejada fórmula de Graf Zu Dohna (ASSIS TOLEDO, 1994, *apud* CAPEZ, 2009, p. 296) “*uma ação juridicamente permitida não pode ser, ao mesmo tempo, proibida pelo Direito. Ou em outras palavras, o exercício de um direito nunca é antijurídico*”.

A norma permissiva ao empregar a expressão *direito* o fez justamente para dar alcance amplo a tal excludente. Qualquer direito, público ou privado, penal ou extrapenal, desde que regularmente exercido dentro dos limites da lei afastam a antijuridicidade e por conseqüência o crime.

A doutrina traz dentro do rol de atividades exercidas sob tal excludente as intervenções cirúrgicas (lesão corporal, “*in tese*”) e as lesões ocorridas em práticas desportivas. É óbvio que se o agente se afastar das normas de conduta, tanto na intervenção cirúrgica quanto na prática desportiva, responderá pelo resultado lesivo que provocar consoante sua atitude dolosa ou culposa.

Deve ser fazer presente, obrigatoriamente, para configuração da exclusão da ilicitude o elemento subjetivo.

Assis Toledo (1994, *apud* BITENCOURT, 2009, p. 348) faz bem em lembrar exemplo de atuação encoberta pelo exercício regular de direito, o direito possessório, senão vejamos:

A defesa da posse, pelo desforço imediato, autorizada pelo Art. 502, do Código Civil [de 1916], é um exemplo de exercício regular de direito no caso do esbulho possessório, quando o desforço se realiza após a consumação do esbulho, sem o requisito da atualidade. Na hipótese de

turbação, trata-se de legítima defesa da propriedade, que, para os fins penais, nem precisaria vir expressa no Código Civil. No esbulho, contudo, descaracterizada a legítima defesa, por ausência de atualidade, o desforço imediato cai sob o domínio do exercício de um direito, instituído pelo mencionado Art, 502, à luz do qual deve ser examinado.

Muito comum, porém, que o agente supondo estar praticando conduta privada da ilicitude, excede seus limites de atuação regular e pratica o crime constante do Art. 385, do CP, “Exercício Arbitrário das Próprias Razões”, que sequer exige que o seja praticado com violência para que haja punição, sendo necessário, quando ausente a violência, consoante o parágrafo único do mesmo artigo, tão somente que seja processado mediante Ação Penal Privada, ou seja, iniciado por Queixa-Crime.

CAPITULO 6 – LEGÍTIMA DEFESA

6.1 Introdução

Dentre as excludentes de ilicitude, certamente a mais antiga e a que mais facilmente se compreende é a Legítima Defesa.

Não nos importaremos em estudar de forma pormenorizada o histórico deste instituto, mas entendemos que ele ganhou sua força e notoriedade quando o Estado clamou para si o monopólio do uso da força e da prestação jurisdicional (Contrato Social). Só o Estado detém o *jus puniendi*, ou seja, só cabe ao Estado castigar o autor de um delito

Contudo, o Estado em lúcido reconhecimento de sua natural impossibilidade de repelir todas as lesões e ameaças de lesões a bens jurídicos tutelados, devolve, naquele instante, a delegação recebida para o exclusivo uso da força, ao cidadão que sofre atual, iminente e injusta agressão, para agir em defesa de seu bem ou de terceiro, visto que não vai poder socorrê-lo a tempo.

Ratificando tal entendimento, bem leciona Bitencourt (2009, p. 340):

O reconhecimento do Estado da sua natural impossibilidade de imediata solução de todas as violações da ordem jurídica, e objetivando não constranger a natureza humana a violentar-se numa postura de covarde resignação, permite, excepcionalmente, a reação imediata a uma agressão injusta, desde que atual ou iminente, que a dogmática jurídica denominou legítima defesa.

Pouco ou nada diverge a doutrina acerca desta teoria, limitada e superficial do surgimento deste instituto discriminante, que deliberadamente adotamos sem sopesarmos um historicismo deveras exacerbado, quiçá inconveniente, para o trabalho. Teoria na qual o surgimento da legítima defesa, ou melhor, um aparecimento de um instituto diferenciado e mais justo e eficaz que o da antiga vingança privada, se funda apenas na vedação da autotutela e ineficácia do Estado em prover total segurança.

Assim é o que entende Damásio (2005, p. 383 e p. 384), que discorrendo sobre o tema e espraiando-se por tal entendimento, praticamente esgota a consideração, *ab initio*, acerca da origem, não histórica, mas social e jurídica, da legítima defesa. É mister que o transcrevamos face sua abrangência e importância dogmática:

A noção jurídica da legítima defesa somente surgiu quando o Estado reclamou para si o castigo do autor em face da prática de uma ofensa pública ou privada. Somente aí é que se iniciou o processo evolutivo do direito de

punir e do direito de liberdade: de um lado, o magistério estatal punitivo como forma de repressão ao delito; de outro, a legítima defesa exercida por qualquer particular injustamente vítima de agressão (...)

Só o Estado tem o direito de castigar o autor de um delito. Nem sempre, porém, o Estado se encontra em condições de intervir direta ou indiretamente para resolver problemas que se apresentam na vida cotidiana. Se não permitisse a quem se vê injustamente agredido em determinado bem reagir contra o perigo de lesão, em vez de aguardar a providência da autoridade pública, estaria sancionando a obrigação de o sujeito sofrer passivamente a agressão e legitimando a injustiça. (DAMÁSIO, 2005, p. 382 e p. 384)

Encontramos na obra do penalista Costa Júnior (2000, p. 105) preceitos muito interessantes acerca do estudo inicial deste tema que, pelo brilhantismo, optamos também por transcrever:

Vim vi repellere licet, sed cum moderamine inculpatae tutelae (é lícito repelir a força pela força, mas com a moderação de uma justa defesa). Mesmo porque, não raro, o Estado não tem condições de oferecer ao cidadão a proteção necessária. Diante da omissão estatal, cada cidadão poderá, em dadas condições, arvorar-se em soldado: *omnes cives miles* (todo cidadão é um soldado).

Note que o autor fez alusão em ser todo cidadão um soldado. Utilizando-nos dos ensinamentos do autor, vislumbramos que o cidadão, que está na iminência da agressão, mais que defender um direito seu ou de terceiro, está preservando a ordem legal. Não sai o cidadão apenas em defesa do seu direito prestes a ser vilipendiado, mas em defesa da ordem pública.

O ofendido, mais que afastar a agressão vindoura, mantém a paz pública. Quem defende, seja embora violentamente, o bem próprio ou alheio injustamente atacado, não só atua dentro da ordem jurídica, mas em defesa dessa mesma ordem (ANÍBAL BRUNO, 1984, p. 374).

Várias teorias se emergiram com o fim de explicar a natureza jurídica da Legítima Defesa, mas não há que se olvidar que sua natureza jurídica é de causa excludente da ilicitude, afastando a configuração do crime, como bem preceitua o próprio Código Penal em seu Art. 23.

Em que pese os esforços dos inúmeros autores em conceituar o instituto da legítima defesa, a Lei Penal relega à doutrina apenas questões acerca das suas variantes e cabimento nos mais diversos casos concretos existentes, tendo em vista que definiu, sabiamente, o Art 25, do Código Penal:

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

Entendemos que seria uma desnecessidade enfrentarmos aqui uma discussão sobre a conceituação doutrinária do que seja a legítima defesa. Acreditamos que o Código Penal esgotou em si mesmo referido conceito, não deixando margens a divagações ou a interpelações alargadas por parte da doutrina.

O Código Penal praticamente só faz a enumerar requisitos de ordem objetiva que devem ser perseguidos para a configuração da discriminante em comento. Contudo, não podemos nos esquecer que, tal qual ocorre com as demais circunstâncias que excluem a ilicitude, deve haver um requisito de ordem subjetiva. Não vamos nos ater, *prima facie*, a estes requisitos, pois o faremos em item próprio.

Contudo, se fosse a nós determinado que se fizesse por uma conceituação doutrinária acerca do instituto da legítima defesa a que mais nos apraz certamente, pela clareza e concisão, é a de Capez (2009, p. 284):

Causa de exclusão da ilicitude que consiste em repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, usando moderadamente dos meios necessários. Não há, aqui, uma situação de perigo pondo em conflito dois ou mais bens, na qual um deles deverá ser sacrificado. Ao contrário, ocorre um efetivo ataque ilícito contra o agente ou terceiro, legitimando a repulsa.

Passaremos adiante à apreciação dos requisitos que compõe o instituto jurídico da legítima defesa, debatendo um a um, evitando-se percepções incorretas ou incongruentes.

6.2 Requisitos

O primeiro requisito sobre o qual discorreremos é a *agressão*. **A agressão deve ser injusta, atual ou iminente.**

A agressão é momento inicial da legítima defesa. É ela que desencadeará o instituto da legítima defesa, colocando em perigo o bem protegido, incitando a repulsa daquele que tem seu bem sob ameaça de ser lesionado.

A agressão é conduta tipicamente humana, como já estudamos neste trabalho. Desta feita, considerar-se-á agressão a conduta humana que ataca ou ameaça um bem jurídico. Cabe aqui ressaltar exemplo recorrente na doutrina, que é quando uma pessoa instiga um animal a atacar outra pessoa. Neste caso o animal está sendo usado como meio de agressão, tal qual

uma arma branca ou de fogo, sendo assim, circunstância autorizadora de se agir sob a excludente da legítima defesa e não em estado de necessidade como seria o caso se um animal viesse a atacar uma pessoa por seu instinto natural de defesa, sobrevivência ou mero ataque gratuito.

Em que pese a presença da agressão, esta por si só não basta. A agressão há de ser **injusta**. Cabe nos citar, antes de adentrarmos à conceituação específica do que seja uma agressão injusta, lição que se mostra de grande importância:

Ponto de partida para análise dos requisitos da legítima defesa será a agressão injusta, que legitimará a pronta reação. Somente após constatada a injustiça da agressão passar-se-á à análise de sua atualidade ou iminência, uma vez que não terá a menor importância a constatação deste requisito se se tratar de agressão justa, isto é, legítima” (ASSIS TOLEDO, 1991, p. 164)

Por agressão injusta se entende aquela que não for amparada ou autorizada pelo ordenamento jurídico, nem acobertada por uma excludente de ilicitude. Consoante Damásio (2005, p. 386), “a injustiça da agressão deve ser analisada de forma objetiva, independente da consciência da ilicitude por parte do agressor, não precisando basear-se em intenção lesiva”.

Não é necessário que a agressão seja culpável, tampouco que configure crime, podendo partir de um inimputável ou de qualquer pessoa, ainda que aja sob o manto de uma excludente de *culpabilidade*, como a coação moral irresistível, obediência hierárquica, embriaguez decorrente de caso fortuito, etc..

Cumprir destacar que não age em legítima defesa aquele que reage a uma agressão justa: regular prisão em flagrante, cumprimento de mandado judicial, ordem legal de funcionário público, etc..

A agressão há de ser, também, **atual ou iminente**. Agressão atual é a que já está em curso quando do momento de repulsa à lesão. Iminente é a que está prestes a acontecer, que ainda não se iniciou, mas que vai se iniciar a qualquer instante, não se justificando mais o retardo na repulsa àquela agressão iminentemente vindoura.

Não cabe contra agressão passada, pois se assim o fosse tratar-se-ia de vingança. Consoante a letra da lei e a doutrina majorante também não se admite a legítima defesa contra agressão futura. “O temor, embora fundado, não é suficiente para legitimar a conduta do agente, ainda que verossímil” (RT 486/292; JTACrSP 63/332).

É plenamente cabível, a qualquer tempo, a legítima defesa nos crimes permanentes enquanto durar a permanência da conduta delituosa. Em todo tempo que a conduta delitiva

permanente se prolongar no tempo, é cabível a repulsa acobertada pela excludente em comento.

Mais adiante nos debruçaremos um pouco mais sobre a temática do momento da repulsa à injusta agressão, quando trataremos de parte específica contida no tema deste trabalho: *A Tese da Legítima Defesa Antecipada*.

Repelir injusta agressão, atual ou iminente, *a direito próprio ou alheio*. A agressão pode ser dirigida contra qualquer bem jurídico, podendo ser um bem próprio, de quem repudia a ação, ou contra um bem de terceiro.

Em tempos mais remotos, só se podia falar em legítima defesa quando o bem a ser protegido era a vida ou a incolumidade física. Em tempos hodiernos não há mais esta limitação, podendo qualquer bem ser protegido pela discriminante em discussão. Segundo Aníbal Bruno (1984, p.379), bem “é todo patrimônio jurídico do indivíduo que se deve ter por inviolável, e no qual ninguém poderá penetrar pela força sem o risco de se ver repellido com a força necessária”.

Para a defesa legítima do bem de terceiro não importa a potencial consciência do perigo por parte do agredido, tampouco sua pretensa intenção de defender seu bem em face do mal que o assola, mas sim a intenção defensiva do agente que busca a manutenção imediata da segurança do bem ameaçado e o interesse mediato do Estado na preservação da ordem jurídica.

Outro requisito indispensável para a configuração da legítima defesa é a repulsa, à injusta, atual ou iminente agressão, utilizando-se **moderadamente dos meios necessários**.

Deve haver uma proporcionalidade entre o ataque cometido e a repulsa. Contudo, não há como se fazer uma aferição matemática para se conhecer o tamanho exato da força de que a repulsa deve ser revestida. Para tentar se chegar a um conceito mais aproximado do que seja o montante correto da reação, vários elementos devem ser analisados, como, a intensidade da agressão, o potencial lesivo da agressão, a conhecida periculosidade do agressor, a natureza psíquica e física do ofendido e os meios efetivamente à disposição.

Neste sentido, notável é a lição de Costa Júnior (2000, p. 106):

A moderação, já acolhida pelos práticos e pelas Ordenações do Reino (*temperança*), é um dos requisitos necessários à repulsa. Ela implica a proporção entre o ataque e o revide. Não se imagine, contudo, que a resposta ao ataque deva fazer-se com a mesma intensidade, com idêntica medida, pois o agredido não poderá medir a agressão, para revidá-la com virulência matematicamente igual. Nem tal seria concebível, no calor do embate, com a adrenalina a circular célere.

Quanto a este requisito pode-se fazer uma didática separação de seus elementos: meios necessários e uso moderado.

Por meios necessários se entende aqueles menos lesivos, suficientes e indispensáveis colocados à disposição do agente no momento em que sofre a agressão.

Moderação é o uso do meio eleito como necessário dentro do limite razoável para fazer cessar a agressão ou impedir que se inicie aquela que está na iminência.

Cumpre-nos aqui uma pausa para tratar de assunto adstrito ao uso moderado dos meios necessários: o *excesso* na repulsa ao ataque injusto, atual ou iminente.

Cuidaremos de passar, nas próximas linhas, por assunto de *sine qua non* importância dentro da legítima defesa que é o excesso praticado quando da repulsa ao ataque.

O parágrafo único, do Art. 23, do CP, preceitua que “o agente, em qualquer das hipóteses deste artigo (*causas de excludente de ilicitude previstas no Art. 25, CP*), responderá pelo excesso doloso ou culposo”. (*grifo nosso*)

Para que a ação de repulsa se mantenha dentro dos parâmetros em que a defesa seja considerada legítima, como dito anteriormente, há de se necessariamente eleger o meio necessário e utilizá-lo moderadamente até que se cesse a agressão ou que esta sequer se inicie quando iminente.

“Excesso é a intensificação desnecessária de uma ação inicialmente justificada” (CAPEZ, 2009, p. 290). Esta certamente é a definição mais precisa que se pode chegar ao se conceituar excesso dentro de uma excludente de ilicitude.

Trata-se inicialmente de caso de legítima defesa, no qual a pessoa agredida, por motivos diversos (erro, dolo, culpa), se excede no revide. Por se tratar de caso de legítima defesa, devem estar presentes, *ab initio*, seus pressupostos de agressão injusta, atual ou iminente.

O excesso pode ocorrer tanto quanto no uso de meios desnecessários quanto do uso imoderado de meios necessários. Exemplificando, segundo os ensinamentos de Aníbal Bruno (1984, p. 188):

Há excesso por emprego de meio desnecessário, quando o agente, podendo defender-se eficazmente com um bastão, emprega um revólver. Há uso imoderado dos meios necessários, quando, usando um bastão, o agente golpeia violenta e repetidamente o agressor, de forma inteiramente desproporcionada à agressão.

Note que o excesso, nos termos do Art. 23, parágrafo único, do CP, é antijurídico, o que, indubitavelmente, confere legitimidade, por ser ação injusta, a uma ação em defesa legítima contra o excesso.

O excesso por se tratar de conduta humana, tal qual a agressão o é, pode ser doloso ou culposo.

O excesso doloso ocorre quando o agredido, tomado de sentimentos menos nobres como vingança, ira, excede de forma voluntária e consciente no emprego dos meios eleitos, extrapolando os limites da necessidade e moderação. Neste caso, o resultado proveniente do excesso será punido na qualidade de crime doloso.

O excesso culposo ocorre quando o agente agredido, diante de sentimentos como de temor, forte emoção diante do ataque ou atordoamento, ou outro que o valha, ou seja, impelido por situação de erro inescusável, de forma não intencional, abandona a atitude de defesa anteriormente adotada e passa ao ataque, invadindo a seara do excesso.

Há, ainda, o que a doutrina consagrou por excesso exculpante, no qual o agente agredido se excede na repulsa por erro plenamente escusável, fruto da falibilidade humana e não da grave quebra do dever de cautela exigido do homem de senso mediano. Entendemos não ser caso aqui de exclusão da culpabilidade, mas de exclusão da figura do fato típico da estrutura dogmática do crime por absoluta ausência de dolo e culpa, sendo, o excesso, neste caso, um irrelevante penal.

Por fim, é de salutar importância que tratemos do derradeiro, contudo não menos importante, requisito da legítima defesa. Trata-se de requisito recorrente em todas as excludentes de ilicitude: o elemento subjetivo.

Para a configuração da legítima defesa o agredido deve ter conhecimento da situação de fato justificante, ou seja, ter ciência da injustiça (não da ilicitude, mas da injustiça) da agressão e de sua atualidade ou iminência, bem como ter vontade de se defender da agressão (*animus defendi*).

“Embora não se exija a consciência da ilicitude, é necessário que se tenha conhecimento da ação agressiva, além do propósito de se defender. A legítima defesa deve ser objetivamente necessária e subjetivamente orientada pela vontade de se defender” (BITENCOURT, 2009, p. 344). Note-se que o autor não cita em momento algum a necessidade do conhecimento da ilicitude da agressão, mas apenas ciência de sua injustiça.

Ainda que exista a injustiça, atualidade ou iminência da agressão, a legítima defesa estará completamente afastada se o agredido desconhecia esta situação. Se, na sua mente, ele

queria cometer um crime e não se defender, ainda que, por coincidência, o seu ataque acabe sendo uma defesa, o fato será ilícito (CAPEZ, 2009, p. 290).

Neste trabalho faz-se necessário arrostarmos algumas particularidades importantes acerca do instituto da legítima defesa.

Figura debatida de forma unânime na doutrina é o *commodus discessus*. Por *commodus discessus* entende-se o cômodo afastamento da situação de agressão, ou seja, utilizar-se da saída mais cômoda. Diferentemente do que ocorre no estado de necessidade no qual o agente deve, sempre que possível, evitar o dano, ou seja, é preciso que não tenha outro meio de salvar o bem jurídico protegido (“nem podia de outro modo evitar”); lembrando: no estado de necessidade, o sacrifício do bem, embora seja a saída mais cômoda para o agente, deve ser realizado somente quando inevitável), na legítima defesa tal requisito não é exigido.

A legítima defesa instituto tão nobre e consagrado no direito não pode ficar à mercê da exigência de o agente agredido, ou em vias de sê-lo, se obrigar a se afastar ou evitar a agressão, quiçá se acovardar e agir com tamanha pusilanimidade diante de uma ameaça.

Hungria (1978, *apud* MIRABETE, 2007, p. 181) afirma que “ainda quando tal conduta traduza *generosidade* para o agressor ou simples *prudência* do agredido, há abdicação em face da injustiça e contribuição para maior audácia ou prepotência do agressor”.

No instituto jurídico da legítima defesa, o legislador não repete os mesmos termos utilizados para o estado de necessidade (“nem podia de outro modo evitar”), podendo o agente exercitar plenamente o direito de se defender sem que necessite, primeiramente, esgotar possibilidades de se evitar um possível embate.

Outra particularidade a ser debatida no tópico da legítima defesa é o concernente à **provocação** e ao convite ao desafio.

Prevalece na doutrina pátria que a provocação do agredido não exclui a legitimidade à defesa. A provocação inicial do agente que ora passa a ser agredido, justamente pela provocação feita, não pode deixá-lo ao alvedrio da agressão do provocado, que agora se torna seu agressor.

Não pode, no entanto, a provocação constituir-se de uma verdadeira agressão o que estaria legitimando o provocado a repelir tal agressão em legítima defesa.

Outra hipótese insustentável é aquela em que o agente se utiliza da provocação apenas como meio ardiloso para procurar ofender e provocar o agressor criando pretexto para a prática de crime.

Neste sentido, Luiz Regis Prado (2006, p. 392) ensina que a provocação só obsta a legítima defesa se for premeditada ou intencional a criar um *pretextus defensionis* ou revestir-se de elementos de uma verdadeira agressão.

Bem amplos e esclarecedores são os ensinamentos de Bruno (1984, p. 377) que só vêm a ratificar o exposto anteriormente:

Não seria conforme ao direito que a provocação inicial do agente o reduzisse a ficar sem defesa, à mercê de toda violência do agressor. Nesse caso a provocação pode valer como atenuante, mas não justifica a violência da agressão. É necessário, porém, que a provocação não tome o caráter de verdadeira agressão, porque, então, o outro, que agride, estaria em situação de legítima defesa, e esta já não poderia caber ao provocador, uma vez que não há legítima defesa contra legítima defesa. É claro que a provocação, para ser indiferente, não deve ter sido simples ardil empregado para provocar a agressão e ofender o agressor a pretexto de defesa.

Quanto ao agente que aceita convite pra **duelo** ou desafio não cabe invocar argumento de estar agindo em legítima defesa, devendo responder os rivais pelos crimes que cometerem, posto que, “o desafio não cria a necessidade irremovível de delinquir” (MIRABETE, 2007, p. 183).

“Também, com maior razão, não há legítima defesa na conduta do agente que procura o desafio para pedir satisfações, agredindo-o” (RT 540/363-4, 549/316; JTACrSP 19/302, 22/414, 43/268).

6.3 Legítima Defesa Real, Putativa, Subjetiva, Sucessiva, Recíproca e da Honra

Cumpriremos aqui a missão de discorrer sobre algumas das figuras que a doutrina impõe ao instituto da legítima defesa de acordo com a circunstância de sua ocorrência.

A figura doutrinária da **legítima defesa real** ou também tratada por legítima defesa própria é a aquela tradicional, praticada em face de uma agressão injusta, atual ou iminente, na qual se encontram presentes todos os requisitos da sua configuração tal qual deixa explícito o Art. 25, CP.

Por **legítima defesa putativa** é aquela em que ocorre uma hipótese de erro (Art. 20, § 1º e Art. 21, CP). Ocorre a legítima defesa putativa quando alguém se julga, por erro plenamente justificável, diante de uma agressão injusta, atual ou iminente. A situação de fato justificante de legítima defesa só existe na imaginação do agente. O agente, por erro (de tipo ou de proibição), entende ser aquela uma situação que justifique uma repulsa acobertada pela

legítima defesa. O agente supõe a existência da agressão ou a sua injustiça, que na verdade não existe em concreto.

Não se pode, no entanto, confundir a legítima defesa putativa com **legítima defesa subjetiva**. Neste caso há agressão inicial e o agente, no revide, se excede por erro de tipo escusável. O erro de tipo neste caso exclui o dolo e a culpa e, por conseguinte, o fato típico.

Outra figura estudada comumente pela doutrina é a **legítima defesa sucessiva**. Em tal hipótese ocorre uma repulsa, um revide, contra o excesso praticado pelo outrora agredido. O inicialmente injusto agressor, em virtude do excesso praticado pelo inicialmente agredido, se torna legitimado a se defender tendo em vista a injusta agressão que recebe pela prática do excesso. É a legítima defesa contra o excesso. Há sucessões de legítima defesa. Primeiro a praticada pelo agredido e depois a praticada pelo agressor contra o excesso praticado pelo agredido anteriormente.

Diferentemente do que ocorre com as demais figuras doutrinárias acima elencadas, a **legítima defesa recíproca** não é admitida. Não cabe legítima defesa em face de legítima defesa, pois inexistente o elemento inicial de defesa lícita em relação a ambos os contendores, como é o exemplo clássico do duelo.

Outro assunto bastante interessante a se considerar, o qual certamente poderia resultar em uma obra inteira é a **legítima defesa da honra**. É óbvio que a honra, por ser um bem jurídico tutelado pela lei penal, pode e deve ser protegido, autorizando, inclusive, uma ação acobertada por uma excludente de ilicitude.

Contudo, tal defesa, pretensamente legítima, deve ser feita com certa reserva em alguns casos que vêm se tornando cada vez mais recorrentes em tempos hodiernos. São casos em que maridos ou companheiros (citamos assim no gênero masculino, pois são estes em sua maioria), diante de situação que descobrem que a esposa ou companheira tem mantido uma relação extraconjugal, agredem e por vezes matam de forma brutal, em nome da legítima defesa de suas honras. Cabe invocar tal excludente? É legítima tal excludente?

Ora, nos parece claro que, analisando *prima facie*, a legítima defesa da honra, em todas as suas modalidades e conotações (imagem, intimidade, sexual, etc.) é legítima, assim como o é a legítima defesa da vida, a legítima defesa do patrimônio, etc. O nome dado apenas indica o bem que inicialmente está sendo protegido.

“A honra, como substrato sexual ou de pudor, pode ser legitimamente defendida. Ninguém certamente negará legítima defesa à mulher que esbofeteia o desclassificado que indecorosamente a está importunando, ou mata o que tenta estuprá-la”. Mas não é este o debate em comento (NORONHA, 1999, p. 199).

Mas isto nos parece deveras óbvio. O ponto a que pretendemos chegar é conhecer se cabe ao marido que mata a esposa em flagrante adultério justificar sua conduta invocando legítima defesa?

Entendemos que não. Primeiramente por haver lédima desproporcionalidade entre a suposta injusta agressão e o revide. E ainda por acolher o que a doutrina consolidou no decorrer dos anos. A honra é atributo pessoal, próprio, e que não deve ser afastada do seu possuidor por falta de terceiro. Se o marido se porta com decoro na vida pública e privada, por que se dizer desonrado? Ora, quem perdeu a honra e que deveria protegê-la melhor ou tentar resgatá-la é a mulher adúltera. Nas palavras de Noronha (1999, p. 199), “desonrada é a prevaricadora”. E em sentido próximo, os dizeres de Sganarello: “*elles font la sottise et nous sommes les sots* (eles fazem a tolice e nós somos os tolos)” (NORONHA, 1999, p. 199). Sendo assim, não se cabe invocar legítima defesa da honra, pois sequer existe honra a ser protegida, *in casu*, pois a honra que periga e que se macula não é a do que sofreu o adultério, mas de quem o praticou.

Questão um pouco mais complicada é a abordada pela doutrina em casos que a mulher, apanhada em flagrante adultério, é atacada ou está em vias de ser por seu marido e, por tal, o mata. Age ela em legítima defesa?

Como já abordado anteriormente, a conduta de um agente em provocar o outro não deixa o provocador ao alvedrio das condutas do provocado.

Outro aspecto a ser analisado é: a conduta do marido é justa ou injusta? Se ele age injustamente, que é a idéia da qual comungamos, a mulher repele agressão injusta, atual ou iminente, o que legitima sua defesa. Caso contrário, se ele age de forma justa, estar-se-ia concedendo-lhe agir sob o manto da legítima defesa, o que seria impensável ao nosso ponto de vista.

6.4 Legítima Defesa e o Estado de Necessidade

Muitos autores entendem ser a legítima defesa uma espécie da qual o estado de necessidade é gênero.

Independentemente de este entendimento ser ou não verídico, há diferenças entre estes institutos que claramente os distingue. Não que sejam institutos de todo apartados e estanques, mas suas diferenças são de longe percebidas.

A primeira diferença que se cumpre citar é que enquanto no estado de necessidade há um conflito de interesses lícitos e juridicamente tutelados, no qual a sobrevivência de um significará o perecimento de outro, na legítima defesa ocorre um conflito de interesses lícitos, de um lado, e ilícitos de outro (BITENCOURT, 2009, p. 345). Ou seja, há um ataque ilícito a um bem lícito tutelado e uma repulsa a este ataque.

Outra diferença latente é enquanto no estado de necessidade há a exposição dos bens protegidos a um perigo, na legítima defesa os bens jurídicos são expostos a uma agressão atual ou iminente.

Diferença importantíssima entre estes os institutos aptos a excluir a ilicitude de um fato típico é que no estado de necessidade o perigo possa advir de uma conduta humana, de um fato da natureza ou um ataque de irracional, ao passo que só cabe legítima defesa contra conduta humana.

No estado de necessidade a preservação do bem protegido se faz mediante um ataque, enquanto que na legítima defesa o interesse é protegido por uma reação, por uma atitude defensiva.

Importante ressaltar que no estado de necessidade a agressão é justa, lícita, já na legítima defesa o ataque deve ser injusto, ilícito.

Cabe ressaltar que pode haver a coexistência destes dois institutos (o estado de necessidade e a legítima defesa) em um mesmo fato, como ocorre no exemplo utilizado de forma recorrente pela doutrina em que ‘A’ quebra estatueta de terceiro (estado de necessidade) para se defender de uma agressão de “B” (legítima defesa).

6.5 Hipóteses de Cabimento e de Não Cabimento de Legítima Defesa

Tendo em vista que já nos debruçamos por quase todos os conceitos dentro dos tópicos das excludentes de ilicitude e legítima defesa, apenas citaremos os casos, sem adentrarmos a delongadas e desnecessárias intervenções doutrinárias, em que a legítima defesa tenha cabimento e posteriormente os casos em que não o tenha.

A) Hipóteses de cabimento:

I) Legítima defesa contra agressão de inimputável;

II) Legítima defesa contra agressão acobertada por causa excludente de culpabilidade;

- III) Legítima defesa real contra legítima defesa putativa;
 - IV) Legítima defesa putativa contra legítima defesa putativa;
 - V) Legítima defesa real contra legítima defesa subjetiva;
 - VI) Legítima defesa putativa contra legítima defesa real;
 - VII) Legítima defesa real contra legítima defesa culposa.
- B) Hipóteses de Não cabimento:
- I) Legítima defesa real contra legítima defesa real;
 - II) Legítima defesa real contra estado de necessidade real;
 - III) Legítima defesa real contra exercício regular de direito;
 - IV) Legítima defesa real contra estrito cumprimento do dever legal.

Note em que todos os casos em que a legítima defesa não tem cabimento, ou seja, em que a conduta humana praticada que revestida de fato típico será também ilícita, por não ter sido tal ilicitude excluída pelo instituto da legítima defesa, é por ausência de agressão injusta, ilícita.

6.6 Offendicula

Questão que se faz bastante pertinente para o presente estudo é a utilização das *offendicula* ou *offensacula*. Na língua pátria o traduzimos por ofendículo, que significa obstáculo. São aqueles aparatos para defender o patrimônio, o domicílio ou qualquer bem jurídico de ataque ou ameaça (DAMÁSIO, 2005, p. 297). Ex. cacos de vidro no muro, pontas de lança no portão, armas de fogo que disparam mediante dispositivos predispostos, corrente elétrica passando pela maçaneta da porta, corrente elétrica na cerca, dispositivos eletrônicos que liberam gases, arame farpado no portão etc.

Diverge a doutrina quanto à natureza jurídica destes ofendículos: exercício regular de direito ou legítima defesa preordenada ou predisposta.

Segundo a doutrina mais tradicional a predisposição de aparatos como os citados acima constitui exercício regular de direito ao passo que a doutrina majorante e mais atual os classifica no campo da legítima defesa.

Os defensores da natureza jurídica de exercício regular de direito explicam “que o direito exercitado pelo indivíduo, no caso, é o de cercar sua propriedade de recursos que lhe

assegurem a inviolabilidade, o direito de todo titular de um bem jurídico de protegê-lo contra injusta agressão” (SOUZA, 2001). Os críticos desta corrente, e de forma enfática Hungria (1967, apud SOUZA, 2001) afirmam que *"não há direito sem o correlativo de um dever, e seria absurdo falar-se em 'dever' de se deixar lesar."*

Aqueles que defendem ter, tais aparatos, natureza jurídica de legítima defesa asseveram que estes funcionam em face de uma agressão, ou seja, nada mais são que uma repulsa a um ataque. As críticas desta teoria radicam principalmente na suposta ausência dos requisitos da legítima defesa, como a atualidade da agressão e a moderação da repulsa e, ainda, com a questão da exigência da vontade de defesa, que deve estar presente no momento da agressão (SOUZA, 2001).

Em que pese o salutar e acirrado debate entre as doutrinas, nos parece que a natureza jurídica de legítima defesa lhe cai melhor.

Seguimos e acatamos por completo o entendimento de Damásio (2005, p. 398):

A predisposição do aparelho, de acordo com a doutrina tradicional, constitui exercício regular de direito. Mas quando funciona em face de um ataque, o problema é de legítima defesa preordenada, desde que a ação do mecanismo não tenha início até que tenha lugar o ataque e que a gravidade de seus efeitos não ultrapasse os limites da excludente da ilicitude.

Cumprido lembrar que os danos causados a título de excesso serão de responsabilidade de quem se utilize dos ofendículos. Tudo, no entanto, vai depender do caso em concreto.

Neste sentido bem leciona o mesmo autor que nos parece ser o que melhor explica o instituto em tela:

A solução das várias hipóteses depende do caso concreto. Assim, se o proprietário eletrifica a maçaneta da porta da rua, responde pelo resultado produzido em terceiro que a toque (a título de culpa ou dolo). Se eletrifica a maçaneta de uma porta interna contra ataque de ladrão, encontra-se em legítima defesa. Se o dono de uma fazenda eletrifica a cerca de local onde passam crianças, responde pelo resultado causado em algumas delas. Se, satisfeito os requisitos da justificativa há ferimento em terceiro inocente, trata-se de legítima defesa putativa. (DAMÁSIO, 2005, p. 398).

Como explicado, chegamos à conclusão de ser perfeitamente aceitável, de modo legítimo, a utilização deste instrumento, sendo inclusive aceito, não de forma pacificada, pela jurisprudência: “Acusado que instala ofendículo no interior de sua propriedade e causa a morte de terceiro que a invade com propósito de agir dolosamente contra o patrimônio alheio. Excludente caracterizada. Absolvição mantida. Inteligência dos arts. 121, § 3º, e 25 do CP.

Declaração de voto" (TAMG - Ap. 16.190 - 2ª C. - Rel. Juiz LUCENA PEREIRA - J. 28.06.88 - REVISTA JURÍDICA, 164/112).

Há que estar presentes demais requisitos da legítima defesa como a moderação na repulsa, não necessitando, v.g., uma corrente elétrica fulminante para combater um invasor mal intencionado, pois uma descarga elétrica razoável já o dissuadirá da idéia delitativa.

Em tempos de violência desenfreada, é necessário cautela, pois agentes com os mais despropositados intentos e sob ardiloso *pretextus defensionis* podem preparar armadilhas aptas a ferir e matar, não só pessoas nocivas, mas cidadãos mais desavisados, ou querer e o fazer com seus supostos desafetos.

CAPITULO 7 – A TESE DA LEGÍTIMA DEFESA ANTECIPADA

A dissociação que inegavelmente existe entre a realidade social fática e o ordenamento jurídico posto leva os operadores do direito, por vezes, a situações de difícil resolução. Desta feita, devem estes profissionais, além de se dotarem de conhecimentos jurídicos, se revestirem de um bom senso ímpar, bem como se amparar no mais que festejado Princípio da Razoabilidade para suprir as lacunas abertas por esta distância e desatar os nós feitos por esta antinomia.

Nessa constante busca pela aproximação entre a realidade social e a evolução e criação das bases legais, brilhante é a lição de Charles-Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu (2004, p. 92): “*nas leis, é preciso raciocinar da realidade para a realidade, e não da realidade para a abstração, ou da abstração para a realidade*”.

É com fundamento nesta necessidade de fazer se avizinhar à realidade fática a norma positivada, com o fim imperioso de se entregar aos cidadãos uma justa e eficaz prestação jurisdicional, que vão se emergindo novas teses dentro dos institutos jurídicos já consagrados.

A tese da Legítima Defesa Antecipada surge da real necessidade de um indivíduo se proteger frente a elementos que se somam em uma crescente preocupante: o aumento desenfreado da violência, o surgimento, já não mais tão recente, de um criminoso “Estado paralelo” que atenta contra a ordem e o direito e, por fim, a leniência e ineficiência estatal em proteger seus cidadãos.

Cabe-nos, *prima facie*, antes de nos debruçarmos sobre esta nova temática, retomarmos um tópico já discutido com integral atenção neste trabalho: os requisitos da legítima defesa.

Como bem estudamos, para a configuração do instituto da legítima defesa, e sua indiscutível natureza jurídica de excludente da ilicitude, há de se haver um ato de repulsa, utilizado sem excesso, portanto utilizando-se moderadamente dos meios necessários, a uma agressão injusta, atual ou iminente, a um direito próprio ou de terceiro.

Contudo, neste momento, o requisito que nos vai ser útil lembrarmos, para sob um prisma diferente debatermos acerca da legítima defesa, é a **atualidade ou iminência** da agressão.

Buscando-se uma maior clareza acerca do assunto, nos permitimos aqui reescrever, *ipsis litteris*, o nosso entendimento sobre atualidade e iminência da agressão, já citado neste trabalho: Agressão atual é a que já está em curso quando do momento de repulsa à lesão.

Iminente é a que está prestes a acontecer, que ainda não se iniciou, mas que vai se iniciar a qualquer instante, não se justificando mais o retardo na repulsa àquela agressão iminentemente vindoura.

O que este trabalho pretende expor à análise não é o deslocamento propriamente dito do requisito da temporalidade da agressão para um tempo futuro e a repulsa a um tempo pretérito, mas encaixá-la de forma devida no termo “**iminente**”, ou seja, a agressão não deixa de ser iminente, pois ainda é uma agressão vindoura e que, indubitavelmente, vai acontecer.

Cabe ressaltar que não é o lançamento de uma nova tese que este trabalho está a propor, pois esta já se emergira em tempo pretérito e tem ganhado força a cada dia, com o aumento sensível de entendimentos neste sentido. Sob este mesmo entendimento, discorreu Mirabete (2007, p. 178):

Já se tem defendido a tese, entretanto, da *legítima defesa antecipada* (ou prévia, ou preventiva, ou preordenada) na hipótese em que o agente atua em razão de uma *agressão futura, mas certa*, situação que caberia na expressão *agressão iminente*.

William Douglas, Juiz Federal, Titular da 4ª Vara Federal de Niterói – Rio de Janeiro, conhecido por ser autor de diversas obras e artigos e sua excelência na administração das lides jurídicas e por ser fiel conselheiro dos bacharéis que buscam um lugar ao sol das carreiras públicas, é grande defensor da tese da legítima defesa antecipada e é em seus ensinamentos que encontramos as lições mais substanciais acerca do assunto em estudo.

Em consonância com o exposto, passamos a citar parte de um artigo de inquestionável importância sobre o tema, nos desculpando, desde logo, pela extensão da citação, mas não seria justo privar nosso trabalho do brilhantismo ideológico do exponencial artigo, senão vejamos:

Não é tarefa fácil a conciliação entre as normas legais e os fatos da vida real. Estes últimos são sempre mais dinâmicos e o drama da existência humana parece deleitar-se com a criação de situações onde as normas legais dificilmente se encaixam. O intérprete, o delegado, o promotor, a defesa e o juiz - togado ou não - passam a procurar compor o litígio entre a vida e o tipo legal inscrito no Código. Dentro dessa realidade, temos exemplos não incomuns:

- 1) Um traficante, em morro por ele dominado, promete a morador que se este não entregar sua filha ou esposa para a prática de relações sexuais, toda sua família será executada. O morador sabe que isso já ocorreu com outro pai de família e que não pode contar com proteção do Estado, de modo que - aproveitando uma rara oportunidade - mata o autor do constrangimento;
- 2) O "dono" de cortiço promete matar um morador com quem discutiu dizendo que irá concretizar a ameaça à noite. O ameaçado aproveita-se do

fato do primeiro estar dormindo, à tarde, e se antecipa, ceifando a vida do anunciado agressor;

3) Um pai é ameaçado por sua ex-companheira no sentido de que, se não reatar o relacionamento, esta matará sua esposa e filha, sendo certo que essas ameaças são sérias e o ameaçado sabe que a ex-companheira (que já tentara contra sua vida) é capaz de cumprir sua promessa. Em determinado dia, ao chegar em casa, encontra sinais de luta e sua mulher e filha feridas. Informado de que fora a ex-companheira a responsável pelos fatos, além de ter prometido retornar, imediatamente a procura e nela descarrega toda munição de seu revólver.

Os três exemplos acima são fatos tirados da vida real e levados a julgamento no Tribunal do Júri.

Para a absolvição dos agentes acima referidos, **e não apenas a concessão de pena diminuída por força de privilégios**, a doutrina vem indicando a tese da inexigibilidade de conduta diversa conforme o Direito. Os casos são, inclusive, citados como exemplos de aplicação da teoria. **(grifo nosso)**

Ocorre que a tese acima é quase como um coringa absolutório, servindo para suprir qualquer tese, ou, melhor, a falta de tese específica. Se apenas uma discriminante fosse existir na lei penal, sem dúvida a melhor escolha seria a inexigibilidade de conduta diversa, conforme o Direito. (...)

Assim, entendemos que a teoria da inexigibilidade é de ser mantida sempre como um "soldado de reserva", como diria HUNGRIA, só que um soldado de reserva para o exército do réu. Antes de optarmos pela inexigibilidade, devemos esgotar as possibilidades de enquadrar o caso nas discriminantes explicitadas na lei penal. **Os casos acima são merecedores de absolvição por legítima defesa, quer a denominemos de prévia, antecipada, preventiva, pré-ordenada ou qualquer expressão semelhante.** (...)

Pois bem, com quase simplismo, rejeita-se a justificante em tela como amparo às pessoas acima por não existir agressão atual ou iminente, mas futura. Os réus perdem assim tese absolutória preciosa, máxime diante da ainda, por incrível que pareça, rejeição de alguns juízes em quesitar a inexigibilidade. E tais réus são, aqui, quase-vítimas duas vezes: porque quase foram mortos e porque, ao se defenderem como podiam, adquiriram tão indesejável *status* processual. (DOUGLAS, RT 715/348). **(grifo nosso)**

Retomando o conceito do instituto da legítima defesa real, que está expresso no Código Penal, art. 25, no qual se encontra amparado, sob tal excludente, aquele que usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem, questiona-se: Agressão iminente é a que está prestes a acontecer, a que vai ocorrer. Mas quando? Quão iminente é esta agressão?

Ora, não é só por que ainda não se iniciou a agressão ou tampouco salta aos olhos de todos a iminência de seu início que seu potencial lesivo tem se por afastado ou deve ser ignorado. Observemos atentamente o que ensina Willian Douglas (RT 715/348) acerca do assunto:

Se a agressão ainda não se iniciou mas se prenuncia com suficiente certeza, deve ser assegurado à pessoa o direito de auto-defesa, que é metajurídico. Máxime se, após a certeza do ataque anunciado, não for razoável que o

ameaçado se fie na proteção do Estado, por este - mesmo chamado - quedar-se inerte ou ineficaz. Ao indivíduo não se pode cobrar que, após ver a inércia estatal produzir vítimas antes, proceda com o heroísmo de apostar sua vida em que dessa vez (na sua vez) a Polícia vá subir o morro, enfrentando com revólveres .38 as submetralhadoras importadas dos senhores do "segundo Estado".

Há que se considerar também que o meio necessário às vezes pode ser a antecipação suficiente da resposta defensiva. Se o agressor dispõe de superioridade de forças, esperar o embate significa abdicar de qualquer chance de vitória.

Note-se que o autor vai além, justificando a necessidade da antecipação da defesa como meio único eficaz a alijar a lesividade da agressão certa vindoura. Na tese ora defendida além de se conhecer que a agressão vindoura é certa, sabe-se também que esta será de tamanho porte, com forças tão elevadas, que a possibilidade de se escapar ao ataque com vida é ínfima.

Na agressão iminente, requisito indispensável para que a legítima defesa antecipada comece a tomar contornos de validade, o evento deve ser **futuro e certo**. Esta certeza deveser sopesada de forma minuciosa em cada caso em particular, devendo sempre haver suficiente e robusta prova de que o agente seria atacado, que tinha motivos bastantes para proceder em legítima e antecipada defesa.

Mais uma vez nos aproveitamos de brilhantes considerações, senão vejamos:

Temos como termo inicial a ameaça (suficientemente idônea, ou seja, mais atrevido aviso que ameaça), como termo final o início da agressão (quando os meios de defesa do agredido, por sua inferioridade, não poderão alcançar êxito) e um prazo onde a agressão já deve ser tida como iminente (ao menos psicologicamente) e o exercício da defesa antecipada um meio absolutamente necessário. Assim, como o estado puerperal não é compreendido cronologicamente, mas psicologicamente, a atualidade ou iminência da agressão não deve ser pesada friamente, ou contada apenas com um cronômetro. É preciso, sempre, bom senso. Devemos, pois, interpretar a iminência da agressão não só com o auxílio de cronos, mas também de logos. (DOUGLAS, RT 715/348)

Tal qual ocorre quando do surgimento de teses novas, surgem correntes contrárias que, de forma salutar, se colocam a discutir a nova temática, com o fim de aparar arestas, desconsiderar o que julga inconveniente ou impróprio, aditar entendimentos e ampliar conhecimento.

Com a tese em comento não seria diferente. O que mais é enfrentado e debatido pelas correntes de entendimento diverso daquele que propõe a tese da legítima defesa antecipada é que esta seria um novo portão para a impunidade.

Ao que observamos, estas interpelações alargadamente asseveradas não merecem guarida, pois como qualquer tese de defesa a serviço do réu deve se revestir de força probante inconteste ou poderá ser afastada, com conseqüente condenação do réu. Neste sentido, explica Douglas (RT 715/348):

Para estes a legítima defesa será vista como uma aterrorizadora "nova porta para a impunidade", a ser utilizada por uma população sequiosa de praticar crimes (?!). Ora, cabe dizer que - como qualquer outra tese defensiva - estará a legítima defesa prévia sujeita a suficiente lastro probatório. Veja-se que legítima defesa própria é tese que a população em geral conhece e nem por isso o Código Penal a rejeita ou a criminalidade aumenta. Não é a existência da tese, nem o número destas, que dá vigor à criminalidade. Tal falta de visão, talvez seja fruto de falta de esclarecimento, merece correção. Além de interpretar melhor o que seja "iminência", a aceitação da tese de legítima defesa pré-ordenada incorpora a interpretação dos "meios necessários". Para tanto, lembremos que assim como o crime é monolítico, apesar de ser esartejado em elementos para fins didáticos, as discriminantes também são blocos inteiros, não se podendo exagerar na divisão de seus requisitos

Por derradeiro cabe ressaltar que tal tese só deverá ser conclamada quando em casos excepcionais de completa inércia e ineficiência estatal, ou seja, quando o Estado chamado a socorrer o cidadão em face de uma agressão com alto potencial lesivo, se esquivar, por quaisquer que sejam os motivos (leniência, desídia, falta de recursos, dentre outros motivos) do dever de tutelar o cidadão, o que não raro acontece, em seu bem mais precioso: a vida!

Por fim, nos cabe salientar que certos requisitos, além dos já exigidos para a legítima defesa própria, devem se fazer presentes, quais sejam, Alguns destes, no entanto, entrelaçam-se com os gerais. São os seguintes: certeza da agressão (evento futuro e certo), ausência ou retardo de proteção estatal, impossibilidade de fugir da agressão, impossibilidade de suportar os riscos vindos da agressão vindoura e utilização em casos extremos.

Ora, não é plausível aceitar que a antecipação da repulsa a um ataque injusto e iminente vindouro se dê em situações outras que não aquelas dentro das circunstâncias acima, caso contrário, e desta vez acertadamente, se poderia estar abrindo perigoso precedente, colocando à disposição de intentos ardilosos e criminosos uma tese de defesa preciosíssima, que, então, teria sua natureza deturpada.

CONCLUSÃO

Cabe-nos, primeiramente, exortar, a quem se debruce por este tema, que é impensável dentro do estudo da Ciência Jurídica que em tempos hodiernos, de completa ineficiência estatal e, como já afirmado, de violência em ascensão galopante, que o cidadão aguarda pelo socorro do Poder Público, que pode vir a tardar e até a faltar, para que este afaste a agressão, que certamente vai ocorrer em tempo futuro, mas ainda não conhecido com precisão, dotada de potencialidade lesiva para alijar-lhe a vida ou de sua família.

A Legítima Defesa Antecipada é tese preciosa para a defesa do réu, que não encontrando amparo na Administração Pública, que contratualmente tem o dever de protegê-lo, dispõe de seus próprios meios para anular por completo uma agressão vindoura e certa, procurando a fonte da agressão e fazendo-a secar por completo.

É o bem jurídico mais precioso que este instituto visa tutelar, amparando aqueles que, não encontrando saída razoável para as injustas agressões e ameaças que recebe, lança mão de meios extremos para a manutenção de sua própria existência.

É totalmente descabido e inaceitável que tão preciosa tese seja utilizada por qualquer outro réu que, não tendo em que se apegar, invoca-a arditosamente para encobrir seu intento criminoso, devendo por tal, em todos os casos, que seja esta tese revestida de robusto e escorreito lastro probatório.

É ainda, objetivo fundamental da tese da Legítima Defesa Antecipada, que esta tome lugar, devido diga-se, nos casos em que, não tendo em que se apoiar o Defensor, o Magistrado ou o membro do Ministério Público, fazem a opção tecnicamente equivocada pelo uso da excludente de culpabilidade da “inexigibilidade de conduta diversa”, dando à conduta do agente contorno de crime sob o aspecto material e processual.

Ora, não que a tese de inexigibilidade de conduta diversa deva ser anulada, mas deve cada qual mantida em seu devido lugar, primando, inclusive, pela boa técnica. Por que não quesitar e até nos termos da lei processual penal absolver sumariamente o réu em virtude da exclusão de crime pela legítima defesa se esta se faz presente? Pelo fato de adiantamento do ato de repulsa à injusta agressão? Como bem explicou Willian Douglas, a inexigibilidade de conduta diversa é quase um coringa absolutório, e sendo assim, não há um porquê plausível em se utilizar um coringa quando na verdade temos à mão uma carta muito mais eficaz a ser utilizada, guardando-se o coringa para momento mais necessário.

A inexigibilidade de conduta diversa baseia-se na teoria da normalidade das circunstâncias, ou seja, quando o legislador elencou e normatizou as condutas reprováveis, o fez imaginando o sujeito em situações normais. Se tais circunstâncias normais são alteradas, tornando-se aptas a alterar o entendimento, a normal liberdade de percepção e opção entre o caminho ilibado do direito e o tortuoso do ilícito, a reprovabilidade da conduta (culpabilidade, entendido neste trabalho como mero pressuposto de aplicação da pena) também estará alterada e influenciada, e conseqüentemente, afastada, isentando o réu de pena, mas não excluindo o crime.

No Direito pátrio as nominadas causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa são aceitas baseadas na idéia acima, contudo a legislação traz duas hipóteses de inexigibilidade: a coação moral irresistível e a obediência hierárquica.

Sendo assim, em podendo ser aceita a causa supralegal de inexigibilidade, com mais propriedade pode também ser a de Legítima Defesa Antecipada, posto que prevista em lei, necessitando apenas a adequação providencial do termo iminente, entendendo, também, por iminente a agressão que vai acontecer em um futuro próximo e certo. Antes de optarmos pela inexigibilidade, por certo deveríamos esgotar todas as possibilidades de enquadrar o caso nas discriminantes explicitadas na lei penal.

Note-se nas lições expostas no subtítulo da Legítima Defesa Antecipada que além de interpretar melhor o que seria iminência da agressão injusta, alargando a abrangência de um instituto jurídico já constante da lei penal, a referida tese de defesa poderia ser aceita simplesmente por incorporar igualmente um requisito imprescindível da legítima defesa, qual seja, a utilização de meios necessários.

Não há dúvida razoável em entender que o meio necessário para fazer cessar uma agressão injusta pode ser a antecipação suficiente da resposta defensiva, posto que, esperar o embate de fato poderia significar abdicar-se de qualquer chance de vitória e sobrevivência.

Cumpra a nós lembrar preciosa lição de que tal qual o crime é uma estrutura monolítica, embora seja esquatejada em elementos para fins didáticos, as discriminantes também são blocos inteiros, não se podendo exagerar na divisão de seus requisitos, sob pena de torná-las impraticáveis.

Totalmente infundado e inaceitável é o argumento de que tal tese só faria a aumentar os já tão alarmantes índices de criminalidade e impunidade, posto que é mais que conhecido que não é a existência de teses defensivas, muito menos o número destas, que dá vigor à criminalidade, e se assim entende os que sustentam tal argumento, só nos resta frisar que tal

entendimento é fruto de uma acepção equivocada aliado à devida ausência de esclarecimento, merecendo rigorosa e imediata revisão.

Ademais, como já dito, para que tal tese seja plenamente aceita na prática forense, esta deve estar revestida dos expedientes de prova exigíveis pra qualquer comprovação de argumentação defensiva, ou seja, deve estar sedimentada em um conjunto de meios de idônea força probante.

Por fim, esclarecemos que, com o advento da teoria finalista do delito e seguindo o entendimento dos mais renomados e diversos juristas pátrios, adotamos a estrutura bipartite de crime, constituído pelos elementos fato típico e antijurídico.

Desta feita, em sendo aceita a tese da legítima defesa, antecipada ou outra qualquer, a estrutura do delito não se constituiria plenamente, tendo em vista a exclusão da ilicitude da conduta, dando azo a uma pretensa absolvição sumária nos termos da lei processual penal.

Em sentido oposto, se cabível for a tese supralegal da inexigibilidade da conduta diversa, tal não é merecedora de guarida por parte do mesmo diploma, sendo necessário que, em crimes que atentem contra a vida, como o são nos casos em que se pressupõe a legítima defesa antecipada, a absolvição só poderia a ocorrer, possivelmente, após uma sentença de pronúncia, com a absolvição em sede de Tribunal do Júri.

Por tudo o que foi arrazoado nesta conclusão, bem como exposto em todo este trabalho, entendemos ser plenamente válida a hipótese na qual é excluída a ilicitude da prática de crime pela súplica eficaz e segura da tese da Legítima Defesa Antecipada, preterindo-se, assim, por razão da utilização de uma boa técnica jurídica, o uso do argumento da inexigibilidade de conduta diversa quando o caso assim o exigir.

Frise-se, mais que válida, compreendemos ser plenamente possível e juridicamente cabível a tese que antecipa o momento da repulsa a uma injusta agressão a um momento pretérito ao início da agressão ou em que esteja este em vias de se iniciar, ou seja, em momentos anteriores do início da agressão, fazendo com que os operadores do Direito abandonem o positivismo engessado na lei e, adequando as normas à realidade social, enxerguem a necessidade de evoluir acepções predeterminadas e entendimentos outrora absolutamente válidos para outros mais eficazes, até por uma questão necessária de sobrevivência e justiça.

REFERÊNCIA

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, v.1, 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição. **Constituição Federal de 1988**. Publicada no Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Legislação Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 de julho de 2009.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Legislação Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13 de abril de 2010.

_____. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. **Código de Trânsito Brasileiro**. Legislação Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 18 de maio de 2010.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, 13ª ed. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 2009.

COSTA, Álvaro Mayrink. **Direito Penal**: parte geral. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

COSTA JUNIOR, Paulo José. **Direito Penal**: curso completo. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FRAGOSO, Claudio Heleno. **Lições de Direito Penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral, 9ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**: parte geral. vol.1, 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Direito Penal (Elementos do Direito, v. 7)**. 9ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

NORONHA, E. Magalhães. , **Direito Penal, volume 1**. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

SANTANA JÚNIOR, Francisco das Chagas de; GADELHA JÚNIOR, Francisco das Chagas. **A Legítima Defesa Antecipada**. Disponível em: http://www.esmarn.org.br/ojs/index.php/revista_teste/article/viewFile/282/319> Acesso em: 15 de julho de 2010.

SOUZA, Gilson Sidney Amancio de. **O tratamento das ofendículas na doutrina brasileira**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2260>>. Acesso em: 04 de agosto de 2010.

TAVARES, Juarez. **Teorias do delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994