

Ilicitude

Ilicitude, ou antijuridicidade, é aquela relação de antagonismo, de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico.

Causas de exclusão da ilicitude:

O Código Penal, em seu art. 23, previu expressamente quatro causas que afastam a ilicitude da conduta praticada pelo agente, fazendo, assim, com que o fato por ele cometido seja considerado lícito, a saber: o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular de direito.

Além dessas causas que encontram amparo em nossa lei penal, outras ainda podem existir que, mesmo não tendo sido expressamente previstas pela lei, afastam a ilicitude da conduta levada a efeito pelo agente. São as chamadas causas supralegais de exclusão da ilicitude, merecendo destaque, entre nós, o consentimento do ofendido.

ESTADO DE NECESSIDADE:

Como de nossa tradição, entendeu o legislador em definir o estado de necessidade dizendo no art. 24 do CP: “Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia e outdoro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”.

Diferentemente da legítima defesa, em que o agente atua defendendo-se de uma agressão injusta, no estado de necessidade a regra é de que ambos os bens em conflito estejam amparados pelo ordenamento jurídico. Esse conflito de bens é que levará, em virtude à situação em que se encontravam, à prevalência de um sobre o outro.

Surge como norteador do estado de necessidade o princípio da ponderação dos bens. Em razão da diversidade de valores entre os bens em conflito, surge a distinção entre estado de necessidade justificante e estado de necessidade exculpante, distinção somente existente para os adeptos da teoria diferenciadora, que será analisada mais detidamente em tópico próprio.

Para que se caracterize o estado de necessidade é preciso a presença de todos os elementos objetivos previstos no tipo do art. 24 do CP, bem como o elemento de natureza subjetiva, que se configura no fato de saber ou pelo menos acreditar que atua nessa condição.

Estado de necessidade justificante e exculpante:

Para que se faça a distinção ente o estado de necessidade justificante e estado de necessidade exculpante é preciso conhecer as duas teorias existentes a esse respeito: teoria unitária e teoria diferenciadora.

Para a teoria unitária, adotada pelo nosso Código Penal, todo estado de necessidade é justificante, ou seja, tem a finalidade de eliminar a ilicitude do fato típico praticado pelo agente. Para essa teoria, não importa se o bem protegido pelo agente é de valor superior ou igual àquele que está sofrendo a ofensa, uma vez que em ambas as situações o fato será tratado sob a ótica das causas excludentes da ilicitude. A teoria unitária não adota a distinção entre estado de necessidade justificante e estado de necessidade exculpante. Para ela,

todo estado de necessidade é justificante.

A teoria diferenciadora, por sua vez, traça uma distinção entre o estado de necessidade justificante (que afasta a ilicitude) e o estado de necessidade exculpante (que elimina a culpabilidade), considerando-se os bens em conflito.

Mesmo para a teoria diferenciadora, existe uma divisão interna quanto à ponderação dos bens em conflito. Para uma corrente, haverá estado de necessidade justificante somente nas hipóteses em que o bem afetado foi de valor inferior àquele que se defende. Nas demais situações, vale dizer, quando o bem salvaguardado fosse de valor igual ou inferior àquele que se agride, o estado de necessidade seria exculpante. Era a posição de Fragoso, quando aduzia que a legislação vigente, adotando fórmula unitária para o estado de necessidade e aludindo apenas ao sacrifício de um bem que, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se, compreende impropriamente também o caso de bens de igual valor. Em tais casos subsiste a ilicitude da culpa (inexigibilidade de outra conduta). No mesmo sentido são os ensinamentos de Zaffaroni e Pierangeli.

Em sentido contrário, posiciona-se Assis Toledo, quando afirma que, por causa da redação do art. 24 do CP, somente poderá se cogitar de aplicação do estado de necessidade exculpante, e mesmo assim de natureza supralegal, quando o bem ofendido for de valor superior ao do agressor.

Em síntese, o CP optou pelo estado de necessidade justificante, ou seja, aquele que tem por finalidade eliminar a ilicitude, elencando, na redação do art. 24, os elementos objetivos necessários à sua caracterização, vale dizer, a prática de 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.

Vale registrar que o Código Penal Militar adotou a teoria diferenciadora em seus arts. 39 e 43.

Prática de ato para salvar de perigo atual → a primeira discussão surge, portanto, logo na parte inicial do citado art. 24, no sentido de determinar o que seja perigo atual, de modo a justificar a ação daquele que causa lesão em bens de terceiros também protegidos pelo nosso ordenamento jurídico.

No art. 25 do CP, ao cuidar da legítima defesa, o legislador fez menção expressa à atualidade e à iminência da agressão que justificaria a ação legítima do agente. Pergunta-se: Será que na expressão perigo atual também se encontra abrangido o perigo considerado iminente? Entendemos que a razão se encontra com a grande maioria dos autores, que concluem que na expressão perigo atual também está incluído o perigo iminente. Somente afastará a referida causa de exclusão da ilicitude o perigo passado, ou seja, o perigo já ocorrido, bem como o perigo remoto ou futuro, onde não haja uma possibilidade quase que imediata de dano.

Perigo provocado pelo agente → na redação do art. 24 do CP ressaltou o legislador a possibilidade de ser argüido o estado de necessidade, desde que a situação de perigo não tenha sido provocada pela vontade do agente.

Vontade quer dizer dolo, somente, ou dolo e culpa? Aqui, também, existe controvérsia doutrinária. Alguns autores, a exemplo de Hungria, permitiam o entendimento de que vontade não se limitava à conduta dolosa do agente. Esta também era a posição de Noronha, quando afirmava: “O fato de no art. 24 ler-se ‘...perigo atual, que não provocou por sua vontade...’ não é indicativo de dolo, já que na culpa (*stricto sensu*)

também existe vontade”.

Em sentido contrário colocava-se Fragoso, asseverando: “Não pode alegar o estado de necessidade quem por sua vontade provocou o perigo. Essa fórmula refere-se exclusivamente ao dolo”.

Entendemos que a expressão quer traduzir tão-somente a conduta dolosa do agente na provocação da situação de perigo, seja esse dolo direto ou eventual.

Evitabilidade do dano → para que se possa alegar o estado de necessidade exige a lei que o agente, além de praticar fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, não tenha tido possibilidade de, no caso concreto, evitar o dano produzido pela sua conduta.

Na situação de conflito entre bens juridicamente protegidos, o sacrifício de um deles somente está autorizado quando a salvação do outro só possa fazer-se à custa desse sacrifício. Quer isto significar que aquele que age em estado de necessidade, na verdade, não tem opção a escolher, pois que sempre deverá seguir o caminho menos gravoso, ao contrário do que ocorre com a legítima defesa.

A inevitabilidade do perigo supõe que, dadas as concretas circunstâncias pessoais, temporais e espaciais com as quais o agente teve que atuar, a ação lesiva executada para salvar-se a si mesmo ou livrar outro do perigo, tenha sido a mais eficaz e, ao mesmo tempo, a que causou o menor dano possível ao titular do bem jurídico afetado.

Dessa forma, a exigência da inevitabilidade do dano, com os dois sentidos acima expostos, torna-se indispensável ao reconhecimento pleno da causa excludente em estudo.

Estado de necessidade próprio e de terceiros → permite a lei, ainda, que o agente pratique o fato para salvar perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio. É o chamado estado de necessidade próprio ou de terceiro.

Existem algumas peculiaridades com relação ao estado de necessidade de terceiros. Nem sempre aquele que estiver fora da situação de perigo poderá auxiliar terceira pessoa, valendo-se do argumento do estado de necessidade, mesmo que seja essa sua finalidade. Isto porque, pelo fato da haver dois bens protegidos em confronto, o agente, estranho à situação de perigo, somente poderá intervir com a finalidade de auxiliar uma daquelas pessoas envolvidas na situação de perigo, se o bem que estiver em jogo for considerado indisponível.

A intervenção de terceiros, contudo, quando se trate de bens disponíveis, não pode prescindir da aquiescência do titular do direito exposto a perigo de lesão, pois, nesse caso, o titular do direito pode preferir outra solução, ou até, se lhe aprouver, sofrer o dano.

Assim, finalizando, é perfeitamente possível o estado de necessidade de terceiros, desde que o bem em jogo não seja disponível, cabendo a sua defesa somente ao seu titular que, diante do caso concreto, pode optar em defendê-lo ou não. O titular do bem disponível pode, contudo, aquiescer para que terceira pessoa atue a fim de salvaguardar seu bem, permitindo que esta última atue em estado de necessidade de terceiro.

Razoabilidade do sacrifício do bem → o princípio da razoabilidade, norteador do estado de necessidade, vem expresso no art. 24 do CP pela expressão “cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”. Aqui sobreleva a necessidade da ponderação dos bens em conflito, para se concluir se o bem que é defendido pelo agente é de valor superior, igual ou mesmo inferior àquele que é atacado.

Embora o Código Penal tenha adotado a teoria unitária, se o bem que o agente defende for de valor inferior ao daquele que agride, mesmo que, nos termos da redação do art. 24, não se possa alegar o estado de necessidade, porque não era razoável agir dessa forma, abre-se-lhe, contudo, a possibilidade de ver discutido o fato em sede de culpabilidade, mais precisamente quando da análise da exigibilidade de conduta diversa, conforme salienta Cezar Roberto Bitencourt, quando diz que “embora nosso Código Penal tenha adotado a teoria unitária, o princípio da razoabilidade nos permite afirmar, com segurança, que quando o bem sacrificado for de valor superior ao preservado, será inadmissível o reconhecimento de estado de necessidade. No entanto, como já referimos, se as circunstâncias o indicarem, a inexigibilidade de outra conduta poderá excluir a culpabilidade”.

Embora não possa o agente ver afastada a ilicitude de sua conduta, permite o legislador uma redução na pena a ser-lhe aplicada, se não puder ser beneficiado com o afastamento da culpabilidade. Preconiza o §2º do art. 24 do CP: “Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços”. Deve ser frisado que, aqui, o agente pratica um fato típico, ilícito e culpável. Está, portanto, condenado. Entretanto, o fato de sua culpabilidade estar diminuída em virtude da situação de perigo, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

Dever legal de enfrentar o perigo → nos termos do §1º do art. 24 do CP “não pode alegar o estado de necessidade quem tinha o dever de enfrentar o perigo”. Em razão desse compromisso assumido, sendo conhecedores dos riscos da profissão, é que o legislador criou esta regra, esclarecendo que esses profissionais, geralmente, não podem alegar o estado de necessidade.

Dissemos geralmente porque aqui, também, terá aplicação o princípio da razoabilidade. Detalhe importante contido nesse §1º do art. 24 do CP está na expressão dever legal. A pergunta que se faz é a seguinte: na expressão dever legal está contido tão-somente aquele dever imposto pela lei, ou aqui também está abrangido, por exemplo, o dever contratual? Hungria posicionava-se no sentido de que somente o dever legal impede a alegação do estado de necessidade, e não o dever jurídico de uma forma geral, tal como o dever contratual.

O texto do Código não permite extensão ao dever resultante simplesmente de contrato. Costa e Silva e Bento Faria entendiam, entretanto, ser abrangido o dever contratual.

Suponhamos que alguém tenha sido contratado para prestar serviços como segurança de outrem. Aqui, conforme lições de Hungria, não prevalecerá a regra contida no §1º do art. 24 do CP, podendo o segurança alegar o estado de necessidade.

Estado de necessidade defensivo e agressivo → diz-se defensivo o estado de necessidade quando a conduta do agente dirige-se diretamente ao produtor da situação de perigo, a fim de eliminá-lo. Agressivo seria o estado de necessidade em que a conduta do necessitado viesse a sacrificar bens de um inocente, não provocador da situação de perigo.

Elemento subjetivo no estado de necessidade → conforme salientamos anteriormente, no tópico relativo aos elementos objetivos e subjetivos das causas de exclusão da ilicitude, o injusto finalista é impregnado de elementos subjetivos.

Para que possa ser erigida uma causa de justificação, é preciso que o agente tenha conhecimento de que atua, ou no mínimo acredite que atue nessa condição. Caso contrário, não poderá por ela ser beneficiado.

Para que se possa falar em estado de necessidade faz-se necessária, de acordo com a posição finalista por nós assumida, a presença do elemento subjetivo do agente.

Excesso no estado de necessidade → o excesso será analisado com detalhes quando do estudo da legítima defesa, onde ocorre com mais frequência.

Aberratio e estado de necessidade → pode ocorrer, por exemplo, que alguém se encontre numa situação de perigo e, com o escopo de salvar-se, venha a causar danos ou mesmo lesões em outrem. Já decidiu o TACrim-SP no sentido de que age em estado de necessidade quem, vendo-se atacado por um cão raivoso, dispara arma de fogo contra o animal, não podendo, assim, ser responsabilizado por eventual ricochete da bala que porventura venha a atingir alguém. Note-se que com relação à pessoa atingida não havia qualquer das espécies de estado de necessidade (defensivo ou agressivo). Quando o projétil, desviando-se do seu alvo, atinge uma pessoa, ocorrerá a hipótese de *aberratio criminis* (resultado diverso do pretendido), prevista no art. 74 do CP. Contudo, tal resultado aberrante, vale dizer, lesão sofrida por aquele que passava pelo local, não poderá ser atribuído ao agente, que se encontra amparado pela causa de justificação do estado de necessidade.

Estado de necessidade putativo → pode ocorrer, ainda, que a situação de perigo, que ensejaria ao agente agir amparado pela causa de justificação do estado de necessidade, seja putativa, vale dizer, que ocorra somente na sua imaginação. O problema deve ser resolvido mediante a análise das chamadas discriminantes putativas, previstas no §1º do art. 20 do CP. Se considerarmos escusável, invencível o erro no qual incidiu o agente, deverá ser considerado isento de pena. Por outro lado, se entendermos inescusável, vencível o erro, agora, embora não responda pelos resultados por ele produzidos a título de dolo, será responsabilizado com as penas correspondentes a um crime culposos, se previsto em lei.

Estado de necessidade e dificuldades econômicas → pode acontecer que, em virtude das dificuldades econômicas pelas quais passa o agente, a sua situação seja tão insuportável a ponto de praticar uma infração penal para que possa sobreviver. Já decidiu o TACrim-SP que “a miserabilidade do agente do furto não constitui causa excludente da criminalidade, caso contrário, ter-se-ia uma legião de miseráveis praticando furto impunemente, com grave repercussão na ordem pública”. Rogério Greco entende que caberia a alegação do estado de necessidade, ponderando, de um lado, a sobrevivência do agente e sua família e do outro, o patrimônio do supermercado.

Efeitos civis do estado de necessidade → O Código Civil não considera ilícito o ato daquele que atua em estado de necessidade e que, por se encontrar diante de uma situação de perigo iminente, vê-se obrigado a deteriorar ou a destruir a coisa alheia a fim de remover este perigo.

Contudo, embora o ato não seja considerado ilícito, como ambos os bens em conflito estão amparados pelo ordenamento jurídico, o Código Civil permitiu àquele que sofreu com a conduta daquele que agiu em

estado de necessidade obter uma indenização deste último, correspondente ao prejuízo experimentado.

Caso o perigo tenha sido criado por aquele que sofreu o dano, não lhe caberá, aqui, o direito de indenização.

Embora o agente tenha a obrigação de indenizar aquele que sofreu o dano com a sua conduta, se a situação de perigo tiver sido provocada por culpa de terceiro, ser-lhe-á permitida ação regressiva contra este, para haver a importância que tiver sido ressarcida ao dono da coisa.

Tal entendimento, contudo, não é unânime entre nossos doutrinadores. José de Aguiar Dias, analisando o estado de necessidade, conclui: “nossa convicção é que o Código de Processo Penal isentou em qualquer caso de reparação o prejuízo causado em estado de necessidade”.

Os nossos tribunais vêm decidindo contrariamente à posição de Aguiar Dias, mantendo as regras dos arts. 929 e 930 do NCC, como se percebe, por exemplo, neste julgado: “O causador de dano, que age em estado de necessidade, responde perante a vítima inocente, ficando com ação regressiva contra terceiro que causou o perigo” (RTJ 509/69).

LEGÍTIMA DEFESA:

Como é do conhecimento de todos, o Estado, através de seus representantes, não pode estar em todos os lugares ao mesmo tempo, razão pela qual permite aos cidadãos a possibilidade de, em determinadas situações, agir em sua própria defesa.

A natureza do instituto da legítima defesa é constituída pela possibilidade de reação direta do agredido em defesa de um interesse, dada a impossibilidade da intervenção tempestiva do Estado, o qual tem igualmente por fim que interesses dignos de tutela não sejam lesados.

O legislador, portanto, no art. 25 do CP, emprestou o seguinte conceito à legítima defesa: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repete injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

Bens amparados pela legítima defesa → tem-se entendido que o instituto da legítima defesa tem aplicação na proteção de qualquer bem juridicamente tutelado pela lei. A regra, portanto, é de que todos os bens sejam passíveis de defesa pelo ofendido, desde que este, para a defesa deles, não tenha tempo suficiente ou não possa procurar o necessário amparo das autoridades constituídas para tanto.

Espécies de legítima defesa → podemos apontar duas espécies de legítima defesa, a saber:

- a) legítima defesa autêntica (real)
- b) legítima defesa putativa (imaginária)

Diz-se autêntica ou real a legítima defesa quando a situação de agressão injusta está efetivamente ocorrendo no mundo concreto.

Fala-se em legítima defesa putativa quando a situação de agressão é imaginária, ou seja, só existe na mente do agente. Só o agente acredita, por erro, que está sendo ou virá a ser agredido injustamente. Para a teoria limitada da culpabilidade, acolhida pela exposição de motivos do Código Penal, o erro sobre uma causa de justificação, se incidente sobre uma situação de fato, será considerado como um erro de tipo permissivo, e não como um erro de proibição.

A legítima defesa imaginária é um caso clássico das chamadas discriminantes putativas, previstas no §1º do art. 20 do CP que diz: “É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena se o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos”.

Injusta agressão → Esclarece Maurach que “por agressão deve entender-se a ameaça humana de lesão de um interesse juridicamente protegido”, ou, ainda, na lição de Welzel, “por agressão deve entender-se a ameaça de lesão de interesses vitais juridicamente protegidos (bens jurídicos), proveniente de uma conduta humana”.

Agressão, aqui, é entendida como um ato do homem.

Não é preciso que a conduta praticada seja criminosa para que possa ser reputada como injusta.

Da mesma forma, mesmo que o fato não seja considerado crime em face da aplicação do princípio da insignificância, poderá o agente agir na defesa de seu bem.

Agressão injusta ≠ provocação → importantíssima é a distinção entre agressão injusta e provocação. Isso porque se considerarmos o fato como injusta agressão caberá a arguição da legítima defesa, não se podendo cogitar da prática de qualquer infração penal por aquele que se defende nessa condição. Caso contrário, se entendermos como uma simples provocação, contra ela não poderá ser alegada a excludente em benefício do agente, e terá ele que responder penalmente pela sua conduta.

O que para alguns poderá ser considerada mera provocação, para outros terá o cunho de agressão. A distinção é extremamente subjetiva em algumas situações. Devemos concluir que aquele que provoca alguém sem o intuito de agredi-lo pode agir na defesa da sua pessoa, caso o provocado parta para o ataque, não sendo permitida essa possibilidade àquele que comete injusta agressão. O próprio Código Penal faz menção, mesmo que implicitamente, à provocação, distinguindo-a da agressão. Tomemos o exemplo contido no §1º do art. 121 do CP, que prevê o crime de homicídio privilegiado. A segunda parte do §1º diz que se o agente comete o crime “sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço”. Ora, se o que ocorre é mera causa de redução de pena, é sinal de que se o agente reage a uma provocação e causa a morte do provocador, pratica uma conduta típica, antijurídica e culpável.

Concluindo, somente a agressão injusta abre a possibilidade ao agredido de se defender legitimamente nos limites legais, o mesmo não acontecendo com aquele que reage a uma provocação, pois que responderá pelo seu dolo, não havendo exclusão da ilicitude de sua conduta.

Meios necessários → meios necessários são todos aqueles eficazes e suficientes à repulsa da agressão que está sendo praticada ou que está prestes a acontecer. Costuma-se falar, ainda, que meio necessário é “aquele que o agente dispõe no momento em que rechaça a agressão, podendo ser até mesmo desproporcional com o utilizado no ataque, desde que seja o único à sua disposição no momento”.

Os princípios reitores, destinados à aferição da necessidade dos meios empregados pelo agente, são o da proporcionalidade e o da razoabilidade. A reação deve ser proporcional ao ataque, bem como deve ser razoável. Caso contrário, devemos descartar a necessidade do meio utilizado e, como consequência lógica, afastar a causa de exclusão da ilicitude.

Ainda podemos afirmar que quando o agente tiver à sua disposição vários meios aptos a ocasionar a repulsa à agressão, deverá sempre optar pelo menos gravoso, sob pena de considerarmos como desnecessário o meio por ele utilizado.

Moderação no uso dos meios necessários → além de o agente selecionar o meio adequado à repulsa, é preciso que, ao agir, o faça com moderação, sob pena de incorrer no chamado excesso.

Na lição de Assis Toledo, “o requisito da moderação exige que aquele que se defende não permita que sua reação cresça em intensidade além do razoavelmente exigido pelas circunstâncias para fazer cessar a agressão”.

Para que possamos verificar se o uso do meio necessário foi moderado ou não, é preciso que tenhamos um marco, qual seja, o momento em que o agente consegue fazer cessar a agressão que contra ele era praticada. Tudo o que fizer após esse marco será considerado excesso.

Atualidade e iminência da agressão → costuma-se dizer que atual é a agressão que está acontecendo; iminente é aquela que está prestes a acontecer.

Entendemos como agressão iminente a que, embora não esteja acontecendo, irá acontecer quase que imediatamente. Para que possa ser considerado iminente a agressão, deve haver uma relação de proximidade. Se a agressão é remota, futura, não se pode falar em legítima defesa.

No exemplo do preso, ameaçado de morte por uma rebelião, caso não obedeçam suas reivindicações, embora o agente não atue amparado pela causa excludente de ilicitude, poderá arguir em seu favor uma causa dirimente de culpabilidade, qual seja, a inexigibilidade de conduta diversa. Isso quer dizer que, no caso em estudo, por se tratar de uma agressão futura, não poderá ser argüida a legítima defesa. O caso não será resolvido com a exclusão da ilicitude, mas sim com o afastamento da culpabilidade, devido ao fato de que ao agente não cabia outra conduta que não aquela por ele escolhida.

Defesa de direito próprio ou de terceiro → há possibilidades, ainda, de o agente não só defender-se a si mesmo, como também de intervir na defesa de terceira pessoa, mesmo que esta última com ele não lhe seja próxima, como nos casos de amizade e parentesco. Fala-se, assim, em legítima defesa própria e legítima defesa de terceiros.

Segundo entendemos, animus do agente é que deverá sobressair. Dessa forma, destaca-se o elemento subjetivo da legítima defesa.

Deve ser ressaltado, ainda, não caber a defesa de terceiros quando o bem for considerado disponível. Se for disponível o bem de terceira pessoa, que está sendo objeto de ataque, o agente somente poderá intervir para defendê-lo com a autorização do seu titular. Caso contrário, sua intervenção será considerada ilegítima.

Elementos subjetivo na legítima defesa → para que se possa falar em legítima defesa não basta só a presença de seus elementos de natureza objetiva, elencados no art. 25 do CP. É preciso que, além deles, saiba o agente que atua nessa condição, ou, pelo menos, acredita agir assim, pois, caso contrário, não se poderá falar em exclusão da ilicitude de sua conduta, permanecendo esta, ainda, contrária ao ordenamento jurídico.

Adotando posição contrária, rejeitando a tese da necessidade do elemento subjetivo, Nelson Hungria, causalista convicto, dizia que a legítima defesa “só pode existir objetivamente, isto é, quando ocorrem efetivamente os seus pressupostos objetivos”.

Tal raciocínio era plenamente lógico à época em que foi formulado, ou seja, durante o período em que o nosso Direito Penal teve como dominante a teoria causalista da ação. O elemento subjetivo não era analisado no injusto penal, mas sim na culpabilidade. Com o advento da teoria finalista e sua conseqüente adoção por parte da maioria de nossos autores, o elemento subjetivo, que antes residia na culpabilidade, fora deslocado para a conduta do agente, e como a antijuridicidade é um adjetivo que é dado à conduta, todos os elementos subjetivos existentes neste se refletem naquela.

Assim, concluindo, necessário se faz à caracterização da legítima defesa o chamado *animus defendendi*, traduzido no propósito, na finalidade de defender a si ou a terceira pessoa.

Legítima defesa e agressão de inimputáveis → poderá ser argüida a legítima defesa quando o agente dirige a sua conduta a fim de proteger bens atacados por inimputáveis, ou, nessa hipótese, deveria ser erigido estado de necessidade?

Duas correntes se formaram com o escopo de resolver essa questão. A primeira delas, defendida por Nelson Hungria, dizia que com relação aos inimputáveis deveria ser afastada a possibilidade de aplicação do instituto da legítima defesa, mais gravoso para aquele que ataca o bem, optando-se pela adoção do estado de necessidade.

Em sentido contrário, posiciona-se Roxin, quando aduz: “As agressões não culpáveis também dão direito a legítima defesa, mas o interesse no prevalecimento do direito é substancialmente menor do que no caso normal. É verdade que, embora se renuncie totalmente a pena nesses casos, ainda se pode seguir defendendo o Direito frente ao injusto; mas essa defesa há de manter-se nos limites que exige uma proteção do agredido guiada pela consideração social”.

Entendemos que a razão está com esse autor. Isso porque se o inimputável pratica um injusto típico, a conduta por ele levada a efeito não é amparada pelo ordenamento jurídico, como acontece no caso de conflito de bens e interesses no estado de necessidade. A agressão é considerada injusta, e não justa, como no estado de necessidade. Se é injusta, abre-se a possibilidade ao agredido de agir em legítima defesa própria ou de terceiros. Contudo, como salienta o renomado professor alemão, o caso é especial, merecendo tratamento diferenciado.

Portanto, estamos com aquela corrente que entende que contra o ataque de inimputáveis deve ser erigida a legítima defesa, com as ressalvas feitas, e não o estado de necessidade.

Legítima defesa recíproca → pela simples leitura do art. 25 do CP verificamos a total impossibilidade de ocorrer a chamada legítima defesa recíproca (autêntica vs autêntica). Isso porque as duas agressões são injustas, não se cogitando, nessa hipótese, em legítima defesa, pois que ambas as condutas são contrárias ao ordenamento jurídico. Somente poderá ser aventada a hipótese de legítima defesa se somente um dos agentes agredir injustamente o outro, abrindo-se ao ofendido a possibilidade de defender-se legitimamente.

É muito comum depararmos com inquéritos nos quais a autoridade policial indicia formalmente dois contendores que se agrediram reciprocamente. O promotor de justiça, por sua vez, ao receber os autos de inquérito policial e com base nas provas nele produzidas, por não saber apontar o autor inicial das agressões, oferece denúncia em face dos dois. A denúncia dirigida em face de ambos os contendores é tecnicamente

perfeita, porque no início da ação penal a dúvida deve pender em benefício da sociedade (*in dubio pro societate*).

Se ao final da instrução processual não restar evidenciado quem teria dado início às agressões, devem os dois agentes ser absolvidos, haja vista que nessa fase processual deverá prevalecer o princípio do *in dubio pro reo*.

Esse é o entendimento majoritário de nossa doutrina, bem como de nossos tribunais. Podemos afirmar, concluindo, não ser admissível legítima defesa autêntica contra legítima defesa autêntica.

Legítima defesa putativa vs legítima defesa autêntica (real) → não obstante a impossibilidade de falarmos em legítima defesa recíproca quando ocorrem, simultaneamente, duas agressões injustas, não podemos negar a possibilidade de coexistirem uma legítima defesa putativa e uma legítima defesa real, uma vez que o agente (agindo em erro) não estará realizando uma conduta amparada pelo direito, abrindo a possibilidade para que a vítima se defenda dessa agressão injusta.

Legítima defesa vs estado de necessidade → contudo, embora não se possa falar em legítima defesa recíproca (autêntica versus autêntica), seria possível cogitar de situação em que um dos agentes atue em legítima defesa e o outro em estado de necessidade? Absolutamente não. Isso porque aquele que age em estado de necessidade pratica uma conduta amparada pelo ordenamento jurídico, mesmo que esta conduta venha ofender bens também juridicamente protegidos.

Embora não se possa cogitar em situação na qual um dos agentes atue em estado de necessidade autêntico e o outro em legítima defesa também autêntica, existe a possibilidade de um confronto entre estado de necessidade real e legítima defesa putativa. Ex: Com a finalidade de socorrer uma vítima de atropelamento, o agente entra num carro qualquer aonde as chaves se encontram na ignição. O proprietário do automóvel, acreditando estar sendo vítima de um furto, atira contra o agente.

Excesso na legítima defesa → após a reforma da parte geral, em 1984, o Código Penal passou a estender as hipóteses de excesso, que originalmente só eram cabíveis em caso de legítima defesa, a todas as causas excludentes da ilicitude enumeradas no art. 23.

Quando falamos em excesso, o primeiro raciocínio que devemos ter, posto que lógico, é que o agente, inicialmente, agia amparado por uma causa de justificação, ultrapassando, contudo, o limite permitido pela lei.

Geralmente, o excesso tem início depois de um marco fundamental, qual seja, o momento em que o agente, com sua repulsa, fez cessar a agressão que contra ele era praticada. Toda conduta praticada em excesso é ilícita, devendo o agente responder pelos resultados dela advindos.

O excesso, segundo o p. único do art. 23 do CP, pode ser considerado doloso ou culposo.

Diz-se doloso o excesso em duas situações:

a) quando o agente, mesmo depois de fazer cessar a agressão, continua o ataque porque quer causar mais lesões ou mesmo a morte do agressor inicial (excesso doloso em sentido estrito)

b) quando o agente, também, mesmo depois de fazer cessar a agressão que era praticada contra a sua pessoa, pelo fato de ter sido agredido inicialmente, em virtude de erro de proibição indireto (erro sobre os limites de uma causa de justificação), acredita que pode ir até o fim, matando o seu agente agressor, por exemplo.

Ocorre o excesso culposo nas seguintes situações:

a) quando o agente, ao avaliar mal a situação que o envolvia, acredita que ainda está sendo ou poderá vir a ser agredido e, em virtude disso, dá continuidade à repulsa, hipótese na qual será aplicada a regra do art. 20, §1º, segunda parte do CP.

b) quando o agente, em virtude da má avaliação dos fatos e da sua negligência no que diz respeito a aferição das circunstâncias que o cercavam, excede-se em virtude de um “erro de cálculo quanto à gravidade do perigo ou quanto ao *modus* da reação” (excesso culposo em sentido estrito).

Da mesma forma que o excesso doloso, no excesso culposo o agente responderá por aquilo que ocasionar depois de ter feito cessar a agressão que estava sendo praticada contra a sua pessoa. Percebe-se que, nessa hipótese, podemos cogitar da chamada discriminante putativa. A situação de agressão só existia na mente do agente que, por erro quanto à situação de fato, supõe que ainda será agredido e dá continuidade ao ataque. Aplica-se, portanto, no caso de excesso culposo, a regra contida no art. 20, §1º do CP. Se o erro for escusável, haverá isenção de pena; se inescusável, responderá o agente pelas penas correspondentes ao delito culposo. É a chamada culpa imprópria.

Diferentemente da primeira hipótese, quando o agente fez cessar a agressão e depois, por erro, achando que ainda seria agredido, continuou a repulsa, nesta segunda hipótese não visualizamos esse intervalo de tempo. O agente atuou de forma ininterrupta, num único instante, embalado pela situação em que se encontrava quando, na verdade, não havia necessidade da intensidade como atuou.

Na verdade, embora o Código fale expressamente em excesso doloso e culposo, a conduta daquele que atua em excesso é sempre dolosa. Em quaisquer dessas situações o agente atua com dolo na sua conduta, mesmo que tenha sido negligente na aferição das circunstâncias que o envolviam. Assim, o excesso dito culposo é uma conduta dolosa que, por questões de política criminal, é punida com as penas correspondentes à de um crime culposo.

Legítima defesa sucessiva → tendo o agente alcançado o objetivo da lei, qual seja, fazer cessar a agressão injusta, já não poderá ir além disso. Caso contrário, quer dizer, caso venha a agir além daquilo que lhe era permitido, começa-se a falar em excesso. A agressão praticada pelo agente, embora inicialmente legítima, transformou-se em agressão injusta quando incidiu no excesso. Nessa hipótese, quando a agressão praticada pelo agente deixa de ser permitida e passa a ser injusta, é que podemos falar em legítima defesa sucessiva, no que diz respeito ao agressor inicial. Aquele que viu repelida a sua agressão, pois que injusta inicialmente, pode agora alegar a excludente a seu favor, porque o agredido passou a ser considerado agressor, em virtude de seu excesso.

Legítima defesa e *aberratio ictus* → perfeitamente viável é a hipótese de legítima defesa com erro na execução. Diz o art. 73 do CP “Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no §3º do art. 20 deste Código”.

Pode ocorrer que determinado agente, almejando repelir agressão injusta, agindo com *animus defendendi*, acabe ferindo outra pessoa que não o seu agressor, ou mesmo a ambos. Nesse caso, embora tenha sido ferida ou mesmo morta outra pessoa que não o seu agressor, o resultado advindo da aberração no ataque (*aberratio ictus*) estará também amparado pela causa de justificação da legítima defesa, não podendo,

outrossim, por ele responder criminalmente.

Contudo, com relação ao terceiro inocente, permanece a responsabilidade civil do agente.

Ofendículos → Ofendículos, na definição de Mirabete “são aparelhos, predispostos para a defesa da propriedade (arame farpado, caco de vidro em muros, etc.) visíveis e a que estão equiparados os “meios mecânicos” ocultos (eletrificação de fios, de maçanetas de portas, etc.)”. Em que pese a definição do renomado autor, entendemos que os ofendículos não se prestam somente à defesa do patrimônio, mas também à vida, a integridade física, etc., daqueles que os utilizam como artefato de defesa.

A discussão maior a respeito dos ofendículos cinge-se à apuração de sua natureza jurídica. Hungria os considerava como uma situação de legítima defesa preordenada. Outros, ao contrário, a exemplo de Aníbal Bruno, entendem que aqueles que utilizam os ofendículos atuam no exercício regular de um direito.

Independentemente de sua natureza jurídica, isto é, se tratados como espécie de legítima defesa (preordenada) ou se analisados como exercício regular de direito, o fato é que os ofendículos são aceitos pelo nosso ordenamento jurídico. Contudo, embora aceitos, deverá o agente tomar certas precauções na utilização desses instrumentos, sob pena de responder pelos resultados dela advindos. Na precisa lição de Aníbal Bruno. “a zona do lícito termina necessariamente onde começa o abuso”.

Efeitos civis da legítima defesa → Ler arts. 188, II e 930, p. único, todos do NCC.

ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL:

Diz a primeira parte do inciso III do art. 23 do CP que não há crime quando o agente pratica o fato no estrito cumprimento de um dever legal.

Aqui, da mesma forma que as demais causas de justificação, exige-se a presença de seus elementos objetivos e subjetivos.

Primeiramente, é preciso que haja um dever legal imposto ao agente, dever este que, em geral, é dirigido àqueles que fazem parte da Administração Pública.

Em segundo lugar, é necessário que o cumprimento a esse dever se dê nos exatos termos impostos pela lei, não podendo em nada ultrapassá-los.

Há deveres impostos pela lei, contudo, que não são dirigidos àqueles que fazem parte da Administração Pública. O Código Civil, por exemplo, cuidando do poder familiar, diz competir aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores, dirigir-lhes a criação e a educação.

Acreditamos que nesses casos que dizem respeito às condutas praticadas pelos pais na criação e educação de seus filhos, a ilicitude seja afastada não pela aplicação da causa de justificação do estrito cumprimento do dever legal, mas sim pelo exercício regular de direito. Não há um dever, segundo entendemos, de corrigir os filhos aplicando-lhes castigos moderados, mas sim um direito.

EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO:

A causa de justificação do exercício regular de direito, prevista na segunda parte do inciso III do art. 23

do CP, também não foi objeto de conceituação pelo legislador.

Os seus elementos, entretanto, podem ser extraídos quando da interpretação da expressão “exercício regular de direito”. Esse “direito” pode surgir de situações expressas nas regulamentações legais em sentido amplo, ou até mesmo dos costumes. O limite do lícito, como assevera Cezar Roberto Bitencourt, termina necessariamente onde começa o abuso, posto que aí o direito deixa de ser exercido regularmente, para mostrar-se abusivo, caracterizando sua ilicitude.

CONSENTIMENTO DO OFENDIDO:

O consentimento do ofendido, na teoria do delito, pode ter dois enfoques com finalidade diferentes:

- a) afastar a tipicidade
- b) excluir a ilicitude do fato

Um setor da teoria distingue entre o consentimento que exclui a tipicidade e o que exclui a antijuridicidade, estabelecendo diversos pressupostos para a eficácia de ambos. O consentimento excluiria a tipicidade quando o tipo descrevesse uma ação cujo caráter ilícito reside em atuar contra a vontade do sujeito passivo. O consentimento excluiria, pelo contrário, a antijuridicidade quando o comportamento do autor importasse já uma lesão ao bem jurídico.

Entre nós, o consentimento do ofendido também gera conseqüências diferentes, dependendo do tipo penal que se analisa. No caso de delitos contra os costumes, se a mulher consente na relação sexual, não se poderá cogitar em tipicidade da conduta daquele que com ela mantém conjunção carnal. Contudo, há situações em que o fato é típico, mas não será antijurídico em virtude do consentimento do ofendido. Podemos citar como exemplo o caso daquele que permite que alguém lhe faça uma tatuagem. No crime de dano, mencionado por Bacigalupo, se alguém permite que a sua coisa seja destruída, em que pese o fato ser típico, nessa hipótese, também, não será antijurídico.

Há de se ressaltar que o consentimento do ofendido, seja como causa que afaste a tipicidade, seja como excludente da ilicitude, não encontra amparo expresso em nosso direito penal objetivo, sendo considerado, portanto, causa supralegal.

Para nós, o consentimento do ofendido somente surtirá o efeito desejado se estiverem presentes três requisitos fundamentais:

- a) que o ofendido tenha capacidade para consentir
- b) que o bem sobre o qual recaia a conduta do agente seja disponível
- c) que o consentimento tenha sido dado anteriormente ou pelo menos numa relação de simultaneidade à conduta do agente

O primeiro dos requisitos diz respeito à capacidade do ofendido em consentir. Somente aquele que for penalmente imputável, ou seja, que tiver 18 anos completos e que estiver em estado de perfeita higidez mental, é que poderá consentir.

O segundo requisito diz respeito à disponibilidade do bem sobre o qual recai o consentimento. Se o bem for indisponível, mesmo que o consenciente seja capaz, tal consentimento não será levado em consideração.

São disponíveis, por natureza, os bens patrimoniais. A vida, pelo contrário, é um bem indisponível por

excelência. Se determinado doente, em fase terminal, sofrendo intensas dores, pedir o auxílio de terceira pessoa para que desligue os aparelhos que o mantêm vivo, e se tal pessoa desligá-los, embora tenha havido um pedido do consenciente, ainda assim a sua conduta será ilícita, devendo responder, pois, pelo delito de homicídio, se não houver, no caso, qualquer causa dirimente da culpabilidade, haja vista que a vida é um bem indisponível.

Existe controvérsia a respeito da disponibilidade do bem integridade física. Há autores, a exemplo de Fragoso, que entendem pela sua disponibilidade.

Entendemos que a integridade física é um bem disponível desde que as lesões sofridas sejam consideradas de natureza leve. Caso as lesões sejam graves ou gravíssimas, o consentimento do ofendido não terá o condão de afastar a ilicitude da conduta levada a efeito pelo agente.

O consentimento deverá, ainda, ser anterior ou mesmo simultâneo à conduta do agente. Se for posterior, não afastará a ilicitude da conduta praticada.