

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
Luana Cristina Do Nascimento Lima

EXCLUDENTE DE ILICITUDE

Taubaté - SP

2019

Luana Cristina Do Nascimento Lima

EXCLUDENTE DE ILICITUDE

Trabalho de Graduação apresentado como exigência parcial para a obtenção do diploma de Bacharel em Ciências Jurídicas pela universidade de Taubaté.

Orientador: Prof. Ivan de Moura Notarangeli

Taubaté - SP

2019

**Ficha catalográfica elaborada pelo
SIBi – Sistema Integrado de Bibliotecas / UNITAU**

L732e Lima, Luana Cristina do Nascimento
Excludentes de ilicitude / Luana Cristina do Nascimento Lima -- 2019.
52 f.

Monografia (graduação) – Universidade de Taubaté, Departamento
de Ciências Jurídicas, 2019.

Orientação: Prof. Ivan De Moura Notarangeli, Departamento de
Ciências Jurídicas.

1. Excludente de ilicitude - Brasil. 2. Necessidade (Direito). 3.
Legítima defesa (Direito). 4. Estrito cumprimento do dever legal. 5.
Exercício regular de Direito. I. Universidade de Taubaté. II. Título.

CDU 343(81)

Elaborada por Felipe Augusto Souza dos Santos Rio Branco - CRB-8/9104

LUANA CRISTINA DO NASCIMENTO LIMA

EXCLUDENTE DE ILICITUDE

Trabalho de Graduação apresentado como exigência parcial para a obtenção do diploma de Bacharel em Ciências Jurídicas pela universidade de Taubaté.

Orientador: Prof. Ivan de Moura Notarangeli

Data: ___/___/_____

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ivan de Moura Notarangeli

Universidade de Taubaté

Assinatura: _____

Prof. _____

Universidade de Taubaté

Assinatura: _____

À minha família, por sua capacidade de acreditar em mim e investir em mim.

Mãe, seu cuidado e dedicação foi que deram, em alguns momentos, a
esperança para seguir.

Pai, sua presença significou segurança e certeza de que não estou sozinho
nessa caminhada.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por ter me dado forças para enfrentar todos os obstáculos até chegar aqui.

Ao querido Professor Ivan de Moura Notarangeli, que com toda sua sabedoria e dedicação me orientou no presente trabalho.

Aos meu pais e irmãs, que sempre me incentivaram a prosseguir , a lutar pelos meus objetivos, e que são grandes exemplos para minha vida.

Ao meu marido em especial que me deu força e motivação para realizar este trabalho e concluir a faculdade.

Aos meus familiares e amigos. que sempre estiveram ao meu lado, com todo apoio.

Bem-aventurados os que têm fome e sede de justiça, porque eles serão fartos;

(Mateus 5:6)

RESUMO

O presente trabalho aborda as causas excludentes de ilicitude no âmbito do Direito Penal, trazendo suas formas de funcionamento no ordenamento jurídico brasileiro. Em seu primeiro capítulo traz um breve conceito e as noções do referido direito penal, conseguinte, no segundo capítulo mais aprofundado no tema do presente trabalho aborda-se o conceito de ilicitude, e suas excludentes, bem como a importância de cada uma delas. Outrossim, sem delongas, deu-se o desenvolvimento das excludentes, sendo elas: Estado de Necessidade, A Legítima Defesa, O Estricto Cumprimento do Dever Legal e o Exercício Regular de Direito. Por fim, conclui-se que cada uma dessas excludentes tem sua importância no ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Ilícitude, Estado de necessidade, legítima defesa, Estricto cumprimento do dever legal e Exercício regular do Direito.

ABSTRACT

The present work approaches the excluding causes of conduct illicit in the scope of Criminal Law, bringing its forms of operation in the Brazilian legal system. In its first chapter it brings a brief concept and the notions of the referred criminal law, consequently, in the second chapter more in depth in the subject of the present work deals with the concept of conduct illicit, and its excluding, as well as the importance of each one of them. Moreover, without delay, the development of the excluding, being them: State of Need, Self-Defense, Strict Compliance with Legal Duty and Regular Exercise of Law. Finally, it is concluded that each of these excluders has its importance in the legal system.

Keywords: Conduct illicit, State of need, Self-defense, Strict compliance with legal duty and Regular exercise of law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
BREVE CONSIDERAÇÃO.....	12
ÂMBITO MUNDIAL.....	13
HISTÓRIA DA EXCLUDENTE DE ILICITUDE.....	15
1 DIREITO PENAL.....	16
1.1 Noções fundamentais do direito penal.....	16
1.2 Conceito de Direito Penal.....	16
1.3 Direito penal objetivo e subjetivo.....	17
2 ILICITUDE.....	19
2.1 Conceito.....	19
2.2 Ilícito e injusto.....	19
2.3 Ilícitude formal e material.....	20
3 CAUSAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE.....	22
3.1 Elementos Objetivos e Subjetivos.....	22
4 ESTADO DE NECESSIDADE.....	25
4.1 Teorias: Unitárias e Diferenciadora.....	25
4.1.1 Teoria unitária.....	25
4.1.2 Teoria Diferenciadora.....	26
4.2 Requisitos do estado de necessidade.....	26
4.3 Perigo atual e iminente.....	27
4.4 Ameaça a direito próprio ou alheio.....	28
4.5 Situação não causada voluntariamente pelo sujeito.....	28
4.6 Inexistência de dever legal de enfrentar o perigo.....	29
4.7 Inevitabilidade do comportamento lesivo.....	29
4.8 Inexigibilidade do sacrifício do bem ameaçado.....	30
4.9 Conhecimento da situação justificante.....	31
4.10 Estado de necessidade real e putativo.....	31
4.11 Estado de necessidade agressivo ou defensivo.....	32
4.12 Excesso no estado de necessidade.....	33
5 LEGITIMA DEFESA.....	34
5.1 Agressão atual ou iminente e injusta.....	34
5.2 Defesa do direito próprio ou alheio.....	35
5.3 Moderação no emprego dos meios necessários a repulsa.....	36
5.4 Conhecimento da agressão e da necessidade de defesa.....	37

5.5	Excesso na legítima defesa	37
5.6	Legítima defesa subjetiva. Legítima defesa sucessiva. Legítima defesa putativa ..	39
5.7	Ofendículos	40
5.8	Projeto de Lei anticrime: Legítima Defesa	40
6	ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL.....	43
7	EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO	45
7.1	Violência desportiva.....	46
7.2	Intervenções médicas e cirúrgicas	46
8	OUTRAS EXCLUDENTES.....	48
9	CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	51

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de graduação para a conclusão do curso de direito, tem como objetivo principal elucidar o tema "Excludentes de Ilícitude", elaborando um conteúdo para que esclareça dúvidas que possam surgir em torno deste tema.

Este trabalho tem como objetivo delimitar-se no direito penal e suas temáticas no âmbito do ordenamento Jurídico, para que assim se definam as margens das Excludentes de Ilícitude.

O estudo devidamente elaborado trata acerca das Excludentes de Ilícitudes que se encontram no artigo 23 do Código penal brasileiro, que traz à tona as características de cada uma delas e seus funcionamentos.

Não obstante é de singela importância elucidar que as Excludentes de Ilícitude não estão somente no artigo 23 do Código Penal, mas também podemos encontrá-las na parte especial do código penal, previsto no artigo 128, incisos I e II. Há também de anotar a Lei 9.605/98, Lei dos Crimes ambientais, tendo assim a exclusão de ilícitude na legislação extravagante.

Há de se notar a importância do desenvolvimento e da aplicação das normas penais para o desenvolvimento de uma sociedade e mais notório dizer o quanto desenvolver temas ao entorno das excludentes, pois a cada dia surgem polêmicas e dúvidas sobre tais excludentes.

É de suma importância o conhecimento do tema, para não se cometer nenhum tipo de erro ao julgar um indivíduo por engano, pois uma vez retirada a ilícitude de um fato típico, a conduta deste indivíduo não mais será ilícita, caracterizando assim que a ilícitude corresponde ao comportamento do agente em relação a previsão legal.

Nesta base, o trabalho acaba por desenvolver sobre as principais excludentes, trazendo seus conceitos, características, funções e previsões legais, trazendo a importância do conhecimento de cada uma delas, para o âmbito jurídico e para a sociedade.

Foram usados para se aprofundar neste devido tema, doutrinadores reconhecidos e de suma importância para o Direito penal.

De tal modo dar-se ênfase nas Excludentes, sendo elas: Estado de necessidade, Legítima Defesa, Estrito cumprimento do dever legal e exercício Regular do Direito, que são os principais temas do trabalho, que conduziram para tal pesquisa, Desenvolvendo suas importâncias para a sociedade e para o Direito Penal.

BREVE CONSIDERAÇÃO

Este trabalho tem como objetivo principal explicar sobre as diferenças existentes entre cada uma das excludentes, tornando-se assim significativo por abordar os elementos das excludentes que é de suma importância para o Direito Penal.

Por meio do presente trabalho, é possível identificar a definição sobre o fundamento dos crimes realizados por cada uma das discriminantes, e a não punição do agente, utilizando os artifícios das excludentes de ilicitude.

Com base no ordenamento jurídico brasileiro, a Excludente de Ilícitude torna o fato típico não considerado como crime. Deste modo, o agente comete um fato típico, porém não comete um crime, pois a Excludente de ilicitude transforma como lícita uma conduta que é típica, fazendo com que o agente pratique um fato que está previsto na lei, mas que na realidade, não responderá criminalmente por isso, sendo notável função e mecanismo das Excludentes de Ilícitude.

ÂMBITO MUNDIAL

Com o passar do tempo, a sociedade vai sofrendo várias mudanças no seu modo de pensar e na sua ideologia, tornando-se cada vez mais complexo o convívio social devido as divergências que passam a existir entre as pessoas. Desta maneira, surge a necessidade de modificação no código penal, a fim de proteger o bem jurídico.

É com a evolução do Direito Penal que se dá o surgimento das excludentes, pois há um despertar da sociedade em relação ao direito público.

No que se refere às fases de evolução do Direito Penal, o nosso ordenamento jurídico adota a tríplice divisão, que é representada pela vingança privada, vingança divina e a vingança pública, sendo elas ligadas à religião.

A primeira, vingança privada era o nome dado quando um homem fazia justiça com suas próprias mãos, assim quando era cometido um crime, a vítima, os parentes e seu grupo social, reagiam contra o ofensor, e tal agressão era sem proporção, podendo atingir o próprio agressor quanto a sua tribo e família. Caso o transgressor fosse membro da tribo, o próprio grupo social dele o punia com uma expulsão, deixando-o à mercê de outras tribos rivais.

Mirabete e Fabbrini elucidam:

Caso a violação fosse praticada por elemento estranho à tribo, a reação era da "vingança de sangue", considerada como obrigação religiosa e sagrada, "verdadeira guerra movida pelo grupo ofendido àquele a que pertencia o ofensor, culminando, não raro, com a eliminação completa de um dos grupos". (MIRABETE; FABBRINI, 2016, p. 16).

No que tange à vingança divina, como o próprio nome diz, era uma influência muito forte que a religião tinha sobre o homem, deste modo o homem acreditava que a maneira de reprimir o crime era de satisfazer os Deuses, acreditando assim que escapariam dos castigos divinos.

Mirabete e Fabbrini explicam essa fase como "a influência decisiva da religião na vida dos povos antigos" (MIRABETE; FABBRINI, 2016, p. 16).

Já a vingança pública era o poder em que o Estado tinha para punir ofensores que cometiam algum tipo de ofensa a soberanias da época, tendo ainda penas severas e cruéis.

Estefam e Gonçalves complementam:

Este se refere ao sistema jurídico fundado na tradição romano-germânica, e aquele, ao sistema surgido na Inglaterra, sobretudo durante a Baixa Idade Média, identificado como o judge made law - o Direito formado a partir dos precedentes judiciais. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2018, p. 71).

HISTÓRIA DA EXCLUDENTE DE ILICITUDE

Desde o início dos tempos, o motivo que remete as lutas dos homens é em torno de terra, um problema a ser resolvido pelo Estado que tem poderes para comandar uma nação.

Desta maneira, caso ocorra uma lesão ao bem jurídico através da conduta, ação ou omissão, surge para o Estado o Direito de punir, que em algumas situações volta seu comportamento contra bens que são protegidos, considerando este ataque justo.

Esta norma é denominada Causas da Exclusão de Ilícitude, que foi se modificando como o passar dos tempos, de tal maneira ao longo desse período foram necessárias as modificações do Direito Penal.

1 DIREITO PENAL

1.1 Noções fundamentais do direito penal

O direito penal surgiu, com o fim de estabelecer regras para que se viva em uma sociedade, tendo em vista sempre a paz social. Essas regras devidamente estabelecidas devem ser cumpridas por todos do grupo social, tendo punições aqueles que não as cumprem.

Para se ter o controle de uma sociedade, é necessário o estabelecimento de normas, e dessas normas são geradas as sanções, ou seja, consequências para qualquer indivíduo que não as cumpra.

O Convívio em sociedade traz à tona que o que fazemos pode afetar o próximo, os nossos atos podem colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, dando uma grande importância a uma frase antiga: "Ubi jus, ibi societas. Ubi societas, ibi jus", que traduzida significa "Onde há direito, há uma sociedade. Onde há uma sociedade, há direito".

1.2 Conceito de Direito Penal

O direito penal é um conjunto de normas jurídicas que regulam o poder de punir do estado, e o não cumprimento dessas normas tem como consequência sanções previstas em lei, tendo como função, assegurar o bem jurídico de uma sociedade, ou seja, serve como uma proteção ao bem da sociedade, bens esse fundamentais, como: a vida; integridade física e mental; a liberdade; o patrimônio, a ordem pública, etc. Conforme explicam os autores Mirabete e Fabbrini:

Pode-se dizer, assim, que o fim do direito penal é a proteção da sociedade e, mais precisamente, a defesa dos bens jurídicos fundamentais (vida, integridade física e mental, honra, liberdade, patrimônio, paz pública etc.). Deve-se observar, contudo, que alguns desses bens jurídicos não são tutelados penalmente quando, a critério do legislador, não é relevantemente antissocial a ação que o lesou, ou seja, não é acentuado o desvalor da conduta do autor da lesão. (MIRABETE; FABBRINI, 2013, p. 03).

Deste modo, há dois entendimentos a respeito do conceito de Direito Penal. O primeiro sendo um conceito mais básico porém o conceito principal, que o estado aplicará sanções ao ser que pratica um ato ilícito, podendo violar os princípios sociais ou atingir um bem jurídico. O segundo entendimento se baseia na ética do ser humano, onde é preciso demonstrar para a sociedade que o ser que comete um ato ilícito deve ser punido por isso, podendo transparecer e ensinar em um contexto social que "o que se faz, se paga", dando ensinamento para que os indivíduos não cometam o mesmo erro que o outro cometeu, pois sempre haverá consequências para os atos ilícitos.

1.3 Direito penal objetivo e subjetivo

O direito penal é dividido em dois tópicos, sendo eles o Direito penal objetivo e o direito penal subjetivo.

Assim, explica Damasio:

Com a abolição da vingança privada, só o Estado tem direito de aplicar sanções. Só o Estado é titular dos jus puniendi, que é direito penal subjetivo. mesmo nos casos de legítima defesa e de ação penal privada, o exercício desses direitos não é transferido ao particular, pois o Estado conserva o monopólio do direito de punir. (JESUS, 2015, p. 49).

O direito penal objetivo é o poder que o Estado tem para proteger o bem jurídico, tendo como ferramenta o conjunto de normas que regulam essa ação estatal, definindo os crimes e determinando as sanções para quem os comete. Sendo assim, somente o Estado, tendo sua função de proteger o bem comum para a sociedade, somente ele tem o direito de estabelecer e aplicar essas sanções.

Já o direito penal subjetivo é o chamado *jus puniendi*, que nada mais significa que o direito de punir. O estado tem o direito de punir, porém a punição não é o estado que irá definir da sua maneira, ou como quiser punir. Essa punição é expressamente definida junto às normativas, sendo dever do estado aplicar sua sanções conforme expressas na Lei Penal. Contudo, o Direito subjetivo, ou seja, o poder que o Estado tem de punir, está delimitado pelo Direito penal objetivo, que assim, define o que é proibido penalmente. No mesmo contexto, os autores Mirabete e Fabbrini elucidam que:

Denomina-se Direito Penal objetivo o conjunto de normas que regulam a ação estatal, definindo os crimes e cominando as seguintes sanções. Somente o Estado, em sua função de promover o bem comum e combater a criminalidade, tem o direito de estabelecer e aplicar sanções. É, pois, o único e exclusivo titular do "direito de punir" (*jus puniendi*) que constitui o que se denomina Direito Penal subjetivo. (MIRABETE e FABBRINI, 2013).

2 ILICITUDE

2.1 Conceito

Illicitude é o ato que contradiz, a conduta e o ordenamento jurídico, ou seja, é quando alguém por ação ou omissão viola a lei.

Para Fernando Capez, a ilicitude penal é:

É a contradição entre a conduta e o ordenamento jurídico, pela qual a ação ou omissão típicas tomam-se ilícitas. Em primeiro lugar, dentro da primeira fase de raciocínio, o intérprete verifica se o fato é típico ou não. Na hipótese de atipicidade, encerra-se, desde logo, qualquer indagação acerca da ilicitude. É que, se o fato não chega sequer a ser típico, pouco importa se é ou não ilícito, pois, pelo princípio da reserva legal, não estando descrito como crime, cuida-se de irrelevante penal. (CAPEZ, 2017, p. 288).

Sendo assim, primeiro será analisado se o fato é típico ou atípico, pois, sendo ele atípico, não importará se é ilícito ou não.

No mesmo sentido, a ilicitude é um fato típico que se presume ser antijurídico, não sendo essa definição absoluta, pois pode ser afastada pelas excludentes de ilicitude, acopladas no código penal, em seu artigo 23 que: "Não há crime quando o agente pratica o fato: I - Em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular do direito."

2.2 Ilícito e injusto

Com base no que está sendo abordado, é de suma importância a distinção entre o ilícito e o Injusto. O ilícito é aquele que condiz com a contrariedade entre a

conduta e a lei, ou seja, é o que o agente faz que contraria à norma jurídica. Já o Injusto, ele engloba um sentimento social que traz à tona atos que podem impactar mais a sociedade, sendo assim, é a ação ou omissão mais valorada para um contexto fático social.

Assim, também, conceituado por Capez:

a) O ilícito consiste na contrariedade ente o fato e a lei. A ilicitude não comporta escalonamentos, de modo que a lesão corporal culposa é tão ilícita quanto o latrocínio, pois ambas as infrações confrontam-se como a norma jurídica.. O ilícito portanto, não tem grau: ou contraria a lei ou a ela se ajusta.

b) O injusto é a contrariedade do fato em relação ao sentimento social de justiça, ou seja, aquilo que o homem médio tem por certo, justo. (CAPEZ, 2017, p. 290).

2.3 Ilicitude formal e material

Há muita discussão sobre tal tema, pois se há um conceito meramente simples, abordado por doutrinadores. A ilicitude formal, que é a conduta que contradiz a lei, ou seja, é o simples fato de o agente cometer algo ilícito, porém neste caso, tal ato não afeta uma coletividade. Outro se dá como ilícito material, que é a conduta do agente que causa lesão as normas jurídicas, ofendendo um bem coletivo e contrariando o justo social.

Para Capez há divergência no que diz respeito a este tema, como assim relata:

a) Ilicitude formal: mera contrariedade do fato ao ordenamento legal (ilícito), sem qualquer preocupação quanto à efetiva perniciosidade social da conduta. O fato é considerado ilícito porque não estão presentes as causas de justificação, pouco importando a coletividade reputa o reprovável.

b) Ilicitude material: contrariedade do fato em relação ao sentimento comum de justiça (injusto). O comportamento afronta o que o homem médio tem por justo, correto. (CAPEZ, 2017, p. 291).

Então é de suma importância destacar que alguns doutrinadores, discordam sobre a distinção entre o ilícito formal e o ilícito material.

Como a Doutrinadora Bierrenbach:

A distinção não tem sentido. Nesta ordem de idéias, se as normas penais, proibitivas ou imperativas, são constituídas com a finalidade de proteger bens jurídicos, torna-se evidente que toda oposição á norma penal implica lesão ou perigo de lesão a um bem tutelado. Confundem-se, portanto, ilicitude formal e material, não havendo razão para a distinção. Ilicitude constitui, pois, relação de antagonismo entre a conduta e a norma penal incriminadora, do que decorre dano ou periclitación do bem jurídico tutelado. (BIERRENBACH, 1996, p. 107).

Neste caso, a importância da ilicitude para alguns doutrinadores que defendem não haver a distinção entre ilicitude formal e material, deve-se em razão de que o bem está tutelado pelo ordenamento jurídico, levando assim em consideração que a ilicitude é considerada unitária.

3 CAUSAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE

Em primeiro momento, compreende-se que é realizado o fato típico, uma conduta que tem previsão legal se enquadra como crime, ou seja, um ato que é considerado como crime, por situações específicas dos fatos, é tratado de outra maneira se verificado que há requisitos para ser uma das excludentes de ilicitude.

A excludente de ilicitude corresponde à eliminação do caráter antijurídico da conduta do fato típico. Fernando Capez Diz:

[...] todo fato típico, em princípio, é ilícito, a não ser que ocorra alguma causa que lhe retire a ilicitude. A tipicidade é um indício da ilicitude. As causas que a excluem podem ser legais, quando previstas em lei, ou supralegais, quando aplicadas analogicamente, ante a falta de previsão legal. (CAPEZ, 2017, p. 292).

Em relação às causas de excludentes de ilicitude, como nas circunstâncias apontadas, nada mais é que o ordenamento jurídico que atua diretamente sobre o bem jurídico tutelado.

3.1 Elementos Objetivos e Subjetivos

Como determinado em lei, os elementos objetivos são representados de maneira expressa ou implicitamente.

É baseado implicitamente pois o legislador não mencionou no ordenamento jurídico a descrição referente às excludentes de estrito cumprimento de dever legal e exercício regular do direito. Já no estado de necessidade e legítima defesa, todos os elementos em caráter objetivo estão expressos no dispositivo legal.

Mirabete e Fabbrini dissertam sobre a importância dos elementos objetivos:

Para a maioria dos doutrinadores, presentes no fato os elementos objetivos constantes da norma permissiva, deixa ele de ser antijurídico, não se indagando do conteúdo subjetivo que levou o agente a praticá-lo. Para que o agente atue juridicamente, contudo, é necessário que, além de estarem presentes os elementos objetivos das discriminantes, preencha também os elementos subjetivos. (MIRABETE; FABBRINI, 2016, p. 162).

Já no que se refere ao elemento subjetivo, são os atos relativos à vontade do agente, ou seja, condizentes com a prática da conduta. Há uma discussão no entorno das excludentes de ilicitude no sentido de que para que o agente possa recorrer às excludentes é necessário que o agente tenha a consciência. Assim surge um debate de que além de objetiva a excludente também é subjetiva. Nucci esclarece essas teorias:

É causa objetiva de excludente da antijuridicidade. 'Objetiva' porque se reduz a apreciação 'fato', qualquer que seja o estado subjetivo do agente, qualquer que seja a convicção. Ainda que pense estar praticando um crime, se a 'situação de fato' for de legítima defesa, está não desaparecerá. O que está no psiquismo do agente não pode mudar o que encontra na realidade do acontecido. A convicção errônea de praticar um delito não impede, fatal e necessariamente, a tutela de fato de um direito. (NUCCI, 2014, p. 205).

Nesse sentido há de se notar que a doutrina é divergente, pois uns entendem que é necessário tão somente o requisito objetivo e não se faz necessário a presença do requisito subjetivo. Tem também doutrinadores que defendem que a exclusão de ilicitude está ligada em caso concreto, no arbítrio do subjetivo.

Neste mesmo contexto, a causa da exclusão de ilicitude deve ser representada no aspecto objetivo, devido ao fato de a ilicitude ser avaliada de acordo com o fato e não como requisito subjetivo do indivíduo. Sendo o fato lícito, este não pode ao mesmo tempo ser considerado ilícito.

Desta forma, são determinadas as causas excludentes de ilicitude previstas no artigo 23 do Código Penal, que fazem com que se retire a ilicitude de um fato que é praticado em alguma ocasião pelo agente.

Além das excludentes de ilicitude, temos também a chamadas causas supralegais, que não são explícitas na lei. São condutas consideradas justas no âmbito social, usando a consciência social.

Assim Damásio de Jesus dá como exemplo claro:

É o caso do professor que impõe ao aluno uma punição não prevista no regulamento escolar e aceita pelas denominadas "normas de cultura". Suponha-se que tal punição constitua um fato típico. Apreciada a enunciação do art. 23 , percebe-se que a conduta não se enquadra em nenhum de seus inciso. [...] Se a consciência social presta seu assentimento ao comportamento do mestre em face de nele não haver ilicitude a necessidade de conservação do interesse comum faz com que o fato típico não se revista de antijuridicidade penal. (JESUS, 2015, p. 406).

4 ESTADO DE NECESSIDADE

Esta excludente encontra-se prevista no artigo 24 do código Penal que diz: " Considera-se 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."

Com base neste artigo, pode-se notar que para que se tenha o estado de necessidade deve, haver um perigo atual ou iminente, que coloca em conflito interesses legítimos. Ou seja, nesse sentido o agente tem que ofender um bem alheio para assim salvar direito próprio ou de terceiro.

Deste modo, Mirabete e Fabbrini conceituam e dão exemplos do estado de necessidade:

O estado de necessidade pressupõe um conflito de titulares de interesses lícitos, legítimos, em que um pode perecer licitamente para que outro sobreviva. Exemplos clássicos de estado de necessidade são os furtos famélicos. (MIRABETE; FABBRINI, 2013, p. 163).

Segundo Mirabete e Fabbrini, o estado não pode tomar partido de qualquer dos titulares dos bens em conflito.

4.1 Teorias: Unitárias e Diferenciadora

4.1.1 Teoria unitária

Está é a teoria adotada no direito penal brasileiro. Neste contexto o estado de necessidade é causa de excludente de ilicitude, sendo assim o bem sacrificado é de igual ou inferior ao bem tutelado pelo comportamento do sujeito.

4.1.2 Teoria Diferenciadora

Esta teoria subdivide-se em duas: em estado de necessidade justificante, no qual vai se descartar a ilicitude e também temos o estado de necessidade exculpante, neste vamos afastar a culpabilidade.

Neste modo podemos definir assim, caso o bem protegido seja de maior valor do que o bem sacrificado, deste modo exclui-se a ilicitude. E se os bens forem de igual valor, afasta-se a culpabilidade.

Há de se destacar que esta teoria é adotada no Direito Penal Militar Brasileiro, como destaque nos artigos 39 e 43, no Código Penal Militar:

Art. 39 - Não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não era razoavelmente exigível conduta diversa.

Art. 43 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para preservar direito seu ou alheio, de perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, desde que o mal causado, por sua natureza ou importância, é consideravelmente inferior ao mal evitado, e o agente não era legalmente obrigado a arrostar o perigo. (BRASIL, arts. 39 e 43 do CPM).

4.2 Requisitos do estado de necessidade

Conforme artigo 24 do Código Penal, há de se falar sobre os requisitos deste artigo, assim pode-se definir com mais profundidade a respeito da esfera do estado de necessidade.

Pode-se verificar que há duas divisões quanto aos requisitos, sendo o estado de necessidade manifestado em situação de perigo e em uma conduta lesiva. Assim são os requisitos em situação de perigo: perigo atual, ameaça ao direito próprio ou alheio, situação não causada voluntariamente pelo sujeito, inexistência do dever legal de combater o perigo . Já os requisitos da conduta lesiva requerem: a inevitabilidade de comportamento lesivo, inexigibilidade de sacrifício do interesse ameaçado e o conhecimento da situação de perigo. Há de se destacar que a forma de estado de necessidade pode ser forma própria, no qual existe a defesa de um direito individual, ou na forma de terceiro, no qual há a defesa de um bem jurídico de outrem.

4.3 Perigo atual e iminente

A lei, ao tratar deste requisito, deixa claro que há de se ter um perigo atual, ou seja, o perigo deve estar ocorrendo no momento presente, devendo assim existir a probabilidade de dano ao bem jurídico de forma imediata.

Assim elucidam Mirabete e Fabbrini:

É necessário que o sujeito atue para evitar um perigo atual, ou seja, que exista a probabilidade de dano, presente e imediata, ao bem jurídico. Não inclui a lei o perigo iminente, como o faz na legítima defesa, havendo divergência na doutrina a respeito do assunto. (MIRABETE; FABBRINI, 2016, p. 164).

Já o perigo iminente, é aquele que está prestes a acontecer, deste modo, a doutrina entende que a ameaça ao bem jurídico é incerta, não podendo assim fazer o uso da excludente.

4.4 Ameaça a direito próprio ou alheio

Neste contexto, seguimos o que está expressamente escrito na forma do artigo 24 do código penal. Sendo assim, será verificado o estado de necessidade próprio ou de terceiro, assim a excludente se aplica seja quaisquer dos direitos em jogo, sem levar em conta quem é o titular do bem jurídico.

De acordo com o posicionamento de Mirabete e Fabbrini:

Possibilita a lei o estado de necessidade em benefício próprio ou em favor de terceiro. Tratando-se de estado de necessidade em favor de terceiro é de se entender que é possível que a excludente abrigue inclusive o agente em que atua em benefício de pessoa jurídica, que possui bens e interesses que podem ser colocados em risco. (MIRABETE; FABBRINI, 2016, p. 166).

4.5 Situação não causada voluntariamente pelo sujeito

Nesta situação, há de se relatar sobre o agente, ou seja, o provocador do perigo, a doutrina define que este que age por si próprio para provocar perigo, não deve se beneficiar da excludente.

Há um entendimento na doutrina quanto ao agente que age de forma culposa, dizendo que este, ao agir de forma culposa, pode assim se beneficiar do estado de necessidade.

Para alguns doutrinadores há um entendimento diverso, como descrito por Estefam e Gonçalves:

Há quem entenda de maneira diversa, tratando como provocação voluntária tanto a dolosa como a culposa. Argumenta-se que o provocador do risco teria sempre o dever jurídico de impedir o resultado (isto é, salvar o bem alheio em detrimento do seu, independente de dolo ou culpa, com base no art. 13, § 2º, c, do CP). (ESTEFAM; GONÇALVES, 2018, p. 417).

4.6 Inexistência de dever legal de enfrentar o perigo

O direito penal brasileiro traz à tona que aqueles que trabalham na defesa do interesse da comunhão social, que assim têm o dever legal de se sobrepôr em perigo, neste contexto, não há de se falar em estado de necessidade. Sendo assim, são pessoas que têm como função, por sua profissão o dever de se colocar em situação de perigo.

É de grande valia relatar sobre o dever contratual, ou seja, aqueles que por contrato também têm o dever legal de se colocar em situação de perigo para salvar ou resguardar o direito próprio ou alheio, como é o caso de segurança particular.

Damásio, descreve alguns exemplos neste contexto:

- a) o militar não pode invocar risco à sua vida ou integridade corporal para fugir às operações bélicas;
- b) o funcionário público da repartição sanitária não pode escusar-se de atender vítimas de uma epidemia;
- c) o policial não pode deixar de seguir malfeitores sobre o pretexto de que estão armados e dispostos a resistir. (JESUS, 2015, p. 419).

É de suma importância relatar que caso o sujeito que tem este dever legal de se sobrepôr ao perigo não estiver em expediente de serviço, não cabe a este se expor em perigo o seu bem jurídico.

4.7 Inevitabilidade do comportamento lesivo

Neste requisito, o perigo é inevitável. O direito penal brasileiro só autoriza lesionar o bem jurídico alheio se demonstrado extrema necessidade e urgência. Deste modo o agente não deve ter outra meio de evitar o sacrifício do direito alheio, sendo assim não há nenhuma maneira de salvar o bem jurídico de outrem.

Há de se constatar nesse entendimento, que o agente tem o dever de procurar meios para não lesionar o bem jurídico, ou seja, se tem um meio de fuga para evitar tal perigo.

Pela ótica de Capez:

Somente se admite o sacrifício do bem quando não existir qualquer meio de se efetuar o salvamento. O chamado *commodus discessus*, que é a saída mais cômoda, no caso, a destruição, deve ser evitado sempre que possível salvar o bem de outra forma. (CAPEZ, 2010, p. 303).

4.8 Inexigibilidade do sacrifício do bem ameaçado

Este requisito exige uma avaliação de qualificação dos bens. Em uma visão mais ampla, em uma situação concreta há de ser analisado, se o bem jurídico sacrificado tem menos valia do que o bem jurídico salvo. Aqui, é levado em consideração o equilíbrio entre os bens sacrificado e o bem ameaçado. Sendo assim, não há que se falar em estado de necessidade caso o bem jurídico salvo seja de menor valor comparado-se ao bem jurídico sacrificado.

Bem como descrito por Estefam e Gonçalves:

Na situação concreta deve-se fazer uma análise comparativa entre o bem salvo e o bem sacrificado (ponderação de bens). Haverá estado de necessidade quando aquele for de maior importância que este, ou, ainda, quando se equivalerem (ex.: ofender o patrimônio de terceiro para salvar a vida ou matar para salvar a própria vida). (ESTEFAM e GONÇALVES, 2018, p. 417).

4.9 Conhecimento da situação justificante

Em um contexto geral, só haverá estado de necessidade caso o agente tenha conhecimento da situação de perigo, sendo assim, ele não pode ocasionar o fato se ele desconhece que age para salvar o bem jurídico próprio ou de terceiro. Deste modo, não há de se falar em excludente de ilicitude, pois não houve conhecimento de que praticar tal ação, salvaria direito próprio ou alheio.

4.10 Estado de necessidade real e putativo

O estado de necessidade putativo vai acontecer de maneira imaginária na cabeça do agente, de que por algum modo em situação comum possa ser de sua percepção o perigo, e deste modo acaba lesionando o bem jurídico próprio ou de terceiro, mesmo tal situação não sendo de fato real.

Pela ótica de Mirabete e Fabbrini:

Haverá estado de necessidade putativo se o agente supõe, por erro, que se encontra em situação de perigo. Supondo o agente, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, estar no meio de um incêndio, não responderá pelas lesões corporais ou morte que vier a causar para salvar-se. (MIRABETE e FABBRINI, 2016, p. 167).

No Estado de necessidade real, deve haver um conflito de interesses, sendo um deles lesados para assim proteger o outro, não havendo outro meio se não lesar o bem. Para que haja Estado de necessidade real, deve haver os requisitos

presentes no artigo 24 do código penal, para que somente assim se caracterize esse tipo de excludente de ilicitude.

4.11 Estado de necessidade agressivo ou defensivo

Há duas classificações importantes do estado de necessidades, as chamadas: estado de necessidade agressivo e estado de necessidade defensivo.

O estado de necessidade agressivo é quando o sujeito, para salvar o bem jurídico próprio ou alheio em situação de perigo, acaba por prejudicar bem de terceiro inocente, que não se enquadra na situação de perigo. Por exemplo: "Destruir uma propriedade alheia para impedir a propagação de um incêndio que colocaria em risco a vida de várias pessoa." (JESUS, 2015, p. 423).

Estado de necessidade defensivo é aquele em que o agente pratica o ato necessário contra quem provocou a situação de perigo, em outras palavras o bem lesionado é da própria pessoa que provocou ou participou da situação de perigo. Por exemplo: "Para evitar uma inundação de grandes proporções o sujeito desvia um canal na direção da propriedade do causador do rompimento do dique." (JESUS, 2015, p. 423).

Na dialética de Estefam e Gonçalves explicam:

O sujeito que age em estado de necessidade agressivo deverá reparar o dano causado ao terceiro inocente pela sua conduta, tendo direito de regresso contra o causador do perigo. O reconhecimento do estado de necessidade defensivo, por outro lado, afasta até mesmo a obrigação de reparar o dano causado pelo crime (a ação penal que reconhecer impedirá eventual ação civil ex delecto). (ESTEFAM; GONÇALVES, 2018, p. 419).

4.12 Excesso no estado de necessidade

O excesso no estado de necessidade recebe tal nomenclatura pelo fato de o agente se exceder no ato de afastar o perigo, ao se encontrar em estado de necessidade. Sendo assim, o agente intensifica sua conduta, indo além dos limites razoáveis para proteger o bem jurídico. Tendo em vista essa contextualização, há uma desproporcionalidade de conduta, ou seja, o agente defende o bem jurídico de maneira exorbitante, sendo um meio desnecessário para tal situação de perigo. E somente se fala em excesso no caso em que o agente encontra-se em estado de necessidade.

Assim elucidam Mirabete e Fabbrini:

Excedendo-se o agente na conduta de preservar o bem jurídico, responderá por ilícito penal se atuou dolosa ou culposamente. Cita-se como exemplo o agente que, podendo apenas ferir a vítima, acaba por causar-lhe a morte. Poderá haver o excesso doloso ou culposos, a ser apreciado oportunamente. (MIRABETE e FABRINI, 2016, p. 167).

5 LEGITIMA DEFESA

A legitima defesa encontra-se no artigo 25 do código penal, que descreve: 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.

Nota-se que essa excludente de ilicitude, tem uma definição bem clara, assim como no estado de necessidade. Essa excludente é nada mais que uma faculdade que o estado deu para o indivíduo, para que aja uma defesa de seus bens, assim, pode usar os meios necessários para defender tais bens.

Essa excludente vem de fatos históricos, sendo a mais antiga do direito penal. Assim Estefam e Gonçalves, relatam:

Assim, por exemplo, ao tempo das ordenações Filipinas (1603-1830), a legítima defesa encontrava-se inserida no Título XXXV, o qual disciplinava o crime de homicídio e o de lesão corporal. O vetusto diploma dispunha que o homicídio era punido com morte, salvo se agisse em sua "necessária defesa". (ESTEFAM e GONÇALVES, 2018, p. 419).

Assim sendo, é reconhecida a possibilidade de legítima defesa para salvaguardar qualquer direito. Deste modo, vale citar os requisitos dessa excludente, que são: agressão atual ou iminente e injusta; direito próprio ou alheio a ser preservado; e moderação nos meios necessários para repulsa.

5.1 Agressão atual ou iminente e injusta

Em um primeiro contexto, há de se dizer que agressão é uma conduta humana que coloca em perigo um bem jurídico, e sendo uma conduta humana, é

válido dizer que ao se defender de um ataque de animal, não gera legítima defesa e sim, estado de necessidade, pois só caracteriza agressão, a conduta "humana".

Estefam e Gonçalves, definem que agressão, pode ser ativa ou passiva:

Acrescenta-se que a agressão pode ser ativa ou passiva. Assim, v.g., se o carcereiro mantém o preso nesta situação por mais tempo do que a lei permite deixando de libertá-lo, contra essa omissão caberá legítima defesa para salvaguardar do direito de locomoção. (ESTEFAM e GONÇALVES, 2018, p. 420).

Neste contexto, tratamos que agressão pode ser ativa (por ação) ou passiva (por omissão). Ao se tratar de agressão ativa, é cometida uma infração penal pela pessoa que está se defendendo, ou seja, para que haja a legítima defesa é usada uma infração penal. Já na agressão passiva, não é preciso um fato típico no momento da reação, deste modo o agente limita-se a impedir os atos agressivos.

Em relação à agressão atual, tratamos de um lapso temporal, ou seja, o momento em que está acontecendo a agressão, devendo ocorrer no tempo presente. Por exemplo: sacar uma arma para reagir contra uma abordagem de assalto.

A agressão iminente é quando o fato está prestes a ocorrer. Por exemplo: O marido está perseguindo a mulher com uma faca, nisto há uma ação, que está para acontecer.

Já a agressão injusta, refere-se à contrariedade ao ordenamento jurídico, ou seja, é a agressão não autorizada pelo direito. Nas palavras de Damásio de Jesus:

Exige-se que a agressão seja injusta, contrária ao ordenamento jurídico (ilícita). Se a agressão é lícita, a defesa não pode ser legítima. Assim, não comete o fato acobertado pela causa de exclusão de ilicitude quem repele uma diligência de penhora em seus bens realizado por um oficial de justiça munido de mandado judicial. (JESUS, 2015, p. 428).

5.2 Defesa do direito próprio ou alheio

No tocante, temos dois termos simples de se destacar, a defesa do direito próprio e a defesa de direito alheio, chamando também de legítima defesa própria e legítima defesa de terceiro. Podemos encontrar as duas formas no artigo 25 do código Penal, sendo a legítima defesa do Direito próprio quando o autor da repulsa é o dono do bem jurídico ameaçado e na legítima defesa de terceiro, a repulsa vem de pessoa alheia, neste caso o bem jurídico defendido é de terceira pessoa.

Os Doutrinadores Estefam e Gonçalves, exemplificam os direitos defendidos da seguinte maneira:

Conforme explicado no início da exposição sobre a excludente, qualquer direito pode ser defendido em legítima defesa: vida, liberdade, honra, integridade física, patrimônio e etc. Age sob seu manto, ainda, tanto aquele que defende direito próprio (legítima defesa própria) como quem tutela bem alheio (legítima defesa de terceiro). Assim, se uma pessoa causa lesão a fim de dominar um ladrão enquanto este assaltava alguém, está em legítima defesa de terceiro; se o faz para evitar ser assaltado, em legítima defesa própria. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2018, p. 422).

5.3 Moderação no emprego dos meios necessários a repulsa

Deve-se esperar que na reação o agente use os meios necessários considerados de menor dano à proteção do direito, ou seja, o agente deve usar de meios necessários para repelir a ação. Porém a doutrina entende que não há como medir a agressão humana no momento do fatos, cada qual pode reagir de uma maneira nesta situação.

Deste modo, se haver excesso na agressão, excesso como dar um golpe pra matar ou matar uma criança por invadir seu quintal para furtar uma fruta, nestes casos pode se ocorrer um excesso por parte do agente.

Assim, o agente deve sempre procurar o meio menos agressivo para salvaguardar seu bem jurídico. Copez dá como exemplo, um sujeito que tem um pedaço de pau por perto, não tem a necessidade de usar uma arma de fogo, pois

pode simplesmente conter a agressão com o pedaço de pau, que é menos agressivo. (CAPEZ, 2017, p. 305)

Em um contexto bem simples Damásio dispõe:

Encontrado o meio necessário para repelir injusta agressão, o sujeito deve agir com moderação, i.e., não empregar o meio além do que é preciso para evitar a lesão do bem próprio ou de terceiro. Caso contrário, desaparecerá a legítima defesa ou aparecerá o excesso culposo. (JESUS, 2015 p. 434).

5.4 Conhecimento da agressão e da necessidade de defesa

Deve sempre haver um conhecimento por meio do sujeito, ou seja, no caso da legítima defesa o agente deve saber está sendo atacado, devendo ter plena consciência de que o seu comportamento visa à defesa própria ou de terceiro.

Desta maneira, o agente não pode agir sem essa consciência, ou supor que está agindo em legítima, neste caso ele deve ter de forma concreta seu bem jurídico ameaçado, não podendo causar um mal e sim defender-se dele.

5.5 Excesso na legítima defesa

O excesso na legítima defesa dar-se-á quando o agente ultrapassa meios necessários para sua defesa, neste caso a conduta dele passa a ser imoderada. Quando isso ocorre surge o denominado excesso de legítima defesa, essa pode ser dolosa ou culposa.

No Excesso doloso, o agente sabe que existem maneiras diversas em que ele poderia conter a situação, porém o mesmo acaba usando de meios desnecessários,

já no excesso culposo, a pessoa ainda se sente ameaçada com a situação e continua a se defender.

De acordo com Damásio de Jesus:

Se o excesso é doloso, responde pelo fato praticado durante o excesso a título de dolo. O excesso pode não ser doloso, resultante de erro do agente. Então cumpre distinguir se é escusável ou inescusável, se derivado de erro de tipo permissivo ou erro de proibição, com efeitos diversos. (JESUS, 2015, p. 434/435).

O agente pode também cometer um erro de cálculo ao avaliar a gravidade do ataque, neste caso há um erro escusável, ou seja, qualquer um na mesma situação poderia cometer esse tipo de erro pois encontra-se na necessidade de reagir. Já no erro inescusável, trata-se de um erro em que não é qualquer um que poderia cometer, sendo que o sujeito usa de uma desatenção, de algum tipo de poder e comete esse erro. Neste caso o agente responde por crime culposo.

O excesso se dá com a intensificação da conduta inicial, mas necessária para caracterizar esse excesso deve haver as características da legítima defesa, sendo uma delas a proporcionalidade.

Na legítima defesa encontra-se também o excesso intensivo e o excesso extensivo. É denominado excesso intensivo (nos meios, na ação ou reação) "à intensificação desnecessária de uma ação inicialmente justificada" (SOLER, apud JESUS, 2015, p. 438).

Neste mesmo trecho da doutrina de JESUS, ele dá um exemplo claro ao se tratar de excesso intensivo:

Ex.: o sujeito é agredido injustamente. Reage licitamente do ponto A ao B. De B em diante, não obstante não mais necessária a reação, prossegue agindo, ultrapassando os limites da conduta imposta pela situação. (JESUS, 2015).

No excesso extensivo o agente cria um pretexto para simular a legítima defesa, havendo uma grande desproporção entre a agressão e a reação. Damásio dá como exemplo: "morte de uma criança que na feira, estava furtando uma maçã" (JESUS, 2015, p. 438). Ou seja, a conduta do agente é matar, sendo assim ele usa

de um excesso, pois poderia usar de outros meios, neste caso não há de se falar em legítima defesa.

5.6 Legítima defesa subjetiva. Legítima defesa sucessiva. Legítima defesa putativa

A legítima defesa subjetiva é caracterizada pelo excesso por erro de tipo. Neste caso, o agente em um momento inicial está agindo em legítima defesa, mas por gravidade da ação ou pelo modo da reação, o agente comete um erro e supõe que ainda encontra-se em situação de legítima defesa. Assim, Mirabete e Fabbrini, explicam:

Como já se observou, não se tem em vista apenas o fato objetivo nas justificativas, não ocorrendo a excludente quando o agente supõe estar praticando ato ilícito. Inexistirá a legítima defesa quando, por exemplo, o sujeito atirar em um ladrão que está à porta de sua casa, supondo tratar-se do agente policial que vai cumprir o mandado de prisão expedido contra o autor do disparo. (MIRABETE; FABBRINI, 2016, p. 172).

A legítima defesa sucessiva, nada mais é que a reação ou repulsa contra o excesso injusto. Para melhor clareza, vale usar as palavras de Damásio de Jesus, que dá como exemplo: "A, defendendo-se de agressão injusta praticada por B, comete excesso. Então, de deficiente passa a agressor injusto, permitindo a defesa legítima de B." (JESUS, 2015, p. 438).

Na modalidade putativa o sujeito supõe a existência de uma agressão e por erro repeli essa agressão achando ser legítima defesa., porém esse fato só existe na imaginação do sujeito.

Elucida assim, Damásio:

Há legítima defesa putativa quando o agente, por erro de tipo ou de proibição plenamente justificados pelas circunstâncias, supõe encontrar-se em face de agressão injusta (arts. 20, § 1º, 1. parte, e 21). Não se confundi com a legítima defesa subjetiva. (JESUS, 2015, p. 438).

5.7 Ofendículos

Compreende-se como ofendículos, as modalidades de defesa para resguardar a integridade física, a própria vida e de familiares. Sendo usados também para guardar um bem jurídico patrimonial, usando assim de ferramentas de defesa contra possíveis ataques a seu bem jurídico. São usados artifícios como barreira de proteção, como cerca elétrica, pregos em cima do muro e diversas outras maneiras de repelir possíveis ameaças ao bem.

No vasto conceito doutrinário Damásio de Jesus elucida que:

Ofendículos significa obstáculo, impedimento ou tropeço. Em sentido jurídico, significa aparato para defender o patrimônio, o domicílio ou qualquer bem jurídico de ataque ou ameaça. Ex.: cacos de vidro no muro, ponta de lança na amurada, armas de fogo que disparam mediante dispositivo predisposto, corrente elétrica na maçaneta da porta, corrente elétrica na cerca, células fotoelétricas que acendem luzes e automaticamente fecham as portas, dispositivos eletrônicos que liberam gases, arame farpado no portão etc. (JESUS, 2015, p. 439).

5.8 Projeto de Lei anticrime: Legítima Defesa

Este projeto de Lei está sendo de fato muito discutido acerca da alteração de umas das excludentes de ilicitude, pois trata-se de uma proposta de alteração no código penal pelo Ministro Sergio Moro.

Tal proposta traz em seu rol uma alteração nos artigos 23 e 25 do Código penal acerca da legítima defesa.

O artigo 23 do código penal atual traz em seu rol a seguinte redação:

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito;

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo. (BRASIL, art. 23 do CP).

No que tange ao projeto de lei, o parágrafo único seria revogado e passaria o mesmo teor para o § 1º e acrescentaria o § 2º em que a redação seria:

§ 1º - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.

§ 2º - O juiz poderá reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção.

Este novo parágrafo foi incluído para que o magistrado avalie com cautela se, no momento em que ocorreu o fato, o autor poderia ter adotado outro tipo de reação, avaliando consigo o estado emocional deste autor. Deste modo, a redação traz que, caso o magistrado leve em consideração o estado em que o autor se encontrava no momento dos fatos, a pena poderá assim ser reduzida pela metade, ou até mesmo o juiz poderá deixar de aplicá-la.

Esta lei veio trazendo a seguinte conclusão: não se pode condenar uma pessoa que está em um estado de emoção muito grande devido aos fatos, com a mesma intensidade que uma pessoa que poderia ter avaliado toda a situação e ter manejado nos meios a repelir uma agressão ou a defender seu bem jurídico ou de outrem. Neste caso pode-se avaliar que a precisão de tempo para se tomar uma decisão de como defender esse bem jurídico se torna impreciso de acordo com o emocional de cada um.

A alteração deste artigo faz com que o juiz analise todas as excludentes neste sentido.

Já a outra alteração sugerida, é para o artigo 25 do código penal, que atualmente elucida: "artigo 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem." (BRASIL, art. 25 do CP).

A alteração sugerida para a nova redação é a inclusão de um parágrafo único com dois incisos, que ficaria o seguinte:

Parágrafo único. Observados os requisitos do caput, considera-se em legítima defesa:

I - o agente policial ou de segurança pública que, em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem; e

II - o agente policial ou de segurança pública que previne agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes.

Esta alteração tem dado muito o que falar em nosso ordenamento jurídico, pois muitos entendem essa alteração como uma licença para matar, mas ao avaliar com cautela este artigo vemos que se manteve o uso moderado dos meios, então não a que se falar em licença para matar.

No que tange este projeto de lei, com essas duas alterações é que um policial que esteja em serviço pode estar em estado de medo ou com seu emocional abalado no momento da ação, deste modo deve ser avaliado que sua reação é uma legítima defesa.

Ainda há muito o que se avaliar nestas possíveis mudanças no mundo penal brasileiro, pois, se aprovado, caberá ao magistrado saber avaliar criteriosamente suas vertentes e entendimentos, e o que isso irá gerar no âmbito jurídico.

6 ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL

No tocante o artigo 23 do Código Penal menciona que : "não há crime quando o agente pratica o fato: (...) III - em estrito cumprimento do dever legal..." (BRASIL, art. 23 do CP). Deste modo não há de se falar em ato ilícito para aqueles que cumprem seu dever legal dentro dos limites impostos pela lei.

Porém, assim como especificado no artigo 23, o agente deve agir sem abuso para que assim configure ato lícito e para se valer de tal precedente da excludente. Deste modo, no que tange aos limites da lei não há de se falar em crime ao agente que pratica tal fato em estrito cumprimento do dever legal, ou seja, dentro das suas funções já determinadas, sendo assim, quem cumpre tal dever não pode ao mesmo tempo praticar um ilícito penal.

Este dever sempre vai decorrer de uma lei, decreto, regulamento ou ato administrativo estabelecido em lei que seja de natureza geral.

De maneira simplificativa os autores Estefam e Gonçalves explicam os requisitos que devem ser obedecidos para que se exclua a ilicitude, são eles:

existência prévia de um dever legal, leia-se: de uma obrigação imposta por norma jurídica de caráter genérico, não necessariamente lei no sentido formal; o dever poderá advir, inclusive, de um ato administrativo (de conteúdo genérico)[...]; atitudes pautadas pelos estrito limites do dever; e conduta, como regra, de agente público e, excepcionalmente, de particular. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2018, p. 428).

Deste modo podemos dizer que o primeiro requisito para a produção desta excludente de ilicitude, este requisito integra toda a responsabilidade em linha direta e indireta, que esteja de acordo com o ordenamento jurídico, originando-se a partir do momento que fixado em lei.

No segundo requisito, é importante que o individuo conheça suas limitações de acordo com seu dever legal, caso o mesmo ultrapasse esses limites pode ser indicado como abuso de autoridade por parte do indivíduo.

Quanto ao ultimo requisito, o individuo deve ter plena consciência de que praticou o ato em estrito cumprimento do dever legal a ele atribuído, pois não tendo está consciência o ato se caracterizará como ilícito.

Seguindo a linha de raciocínio descrita, Mirabete e Fabbrini, descrevem acerca deste tema:

Não há crime quando o agente pratica o fato "no estrito cumprimento do dever legal" (art. 23, inc. III, primeira parte). Quem cumpre regularmente um dever não pode, ao mesmo tempo, praticar ilícito penal, uma vez que a lei não contém contradições. (MIRABETE; FABBRINI, 2016, p. 174).

Há de se falar que o alcance dessa excludente alcança também o particular que exerce função pública, e não somente os agentes e os funcionários públicos, que agem dentro da lei.

Em regra também não há de se falar em coautores ou partícipes pois estes não podem ser responsabilizados, explica Fernando Capez:

reconhecendo-se a excludente em relação a um autor, o coator ou o partícipe do fato, em regra, também podem ser responsabilizados. O fato não pode ser objetivamente lícito para uns e ilícitos para outros. Ressalva-se, no entanto, o caso de coator e partícipe que desconhece a situação justificadora, atuando com o propósito de produzir um dano. Ante a falta de conhecimento da situação justificante, responderá isoladamente pelo crime. (CAPEZ, 2017, p. 311).

Assim sendo, o estrito cumprimento do dever legal estará expresso em leis, decretos, ou regulamentos, devendo o indivíduo sempre estar dentro da moralidade de seu dever, caso contrário afasta-se essa excludente.

7 EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO

O exercício regular do direito também está descrito no artigo 23, inciso III do código Penal, sendo mais uma causa de exclusão de antijuricidade e assim como no estrito cumprimento do dever legal também não tem uma definição legal imposta.

No mais tocante Estefam e Gonçalves conceituam o exercício do dever legal como:

Todo aquele que exerce um direito assegurado por lei não pratica ato ilícito. Quando o ordenamento Jurídico, por meio de qualquer dos seus ramos, autoriza determinada conduta, sua licitude reflete-se na seara penal, configurando excludente de ilicitude: exercício regular de um direito (CP, art. 23, III) (ESTEFAM e GONÇALVES, 2018, 427).

Deste modo, entende-se que o exercício regular de direito é uma prerrogativa que o ordenamento jurídico oferece, permitindo uma ação como fato típico, sendo assim, se a lei permite tal conduta ou ação, não pode o Direito penal querer criminalizar tal ato.

Mas essa conduta implica limites não podendo o agente que exerce esse direito se deixar levar além dos limites ou fazer de modo irregular, pois assim pode responder por excesso.

Estefam e Gonçalves, dão um exemplo claro a respeito:

O Proprietário de um imóvel se vê diante da iminência de ver sua posse esbulhada; para afastar os invasores, efetua disparo de arma de fogo, ferindo um deles mortalmente. Houve claro excesso (desnecessária de uma conduta inicialmente legítima), pois o código civil, ao regular o desforço imediato, na defesa da posse, dispõe que: "os atos de defesa, ou de desforço, não pode ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse" (art. 1210, § 1º) (ESTEFAM e GONÇALVES, 2018, 427).

Neste sentido, para ocorrer a exclusão deve se estar dentro do esperado em lei, para que assim não cometa nenhum fato ilícito. Um exemplo, é um lutador de

luta livre que, ao deferir um golpe, não pode ser denunciado pelo crime de lesão corporal, pois há previsão legal para participar de tal esporte, deste modo, não pode o mesmo ultrapassar dos limites legais em tal esporte.

No Exercício regular de direito, por ter amparo em lei, o agente não comete ato ilícito, pois a partir do momento em que a lei permite determinada atuação, surge a excludente de exercício regular de direito.

Assim, pode-se configurar dois requisitos, o primeiro sendo que o agente pode se justificar de tal conduta desde que esteja expressamente previsto em lei, já o segundo requisito o indivíduo seguirá as regras impostas na lei para tal conduta, caso contrário responderá por excesso ou abuso de direito.

É importante elucidar que haverá a excludente tendo o indivíduo a plena consciência de sua existência, deve ele saber que tal ação lhe é assegurada por lei.

7.1 Violência desportiva

Nesta modalidade, há de se falar que em alguns esportes pode se ter o risco de lesão ou até mesmo fatalidades, assim, o Estado dá amparo para tais esportes, como no futebol que um jogador pode dar um carrinho no outro, podendo ocasionar lesões, desta maneira o jogador que deu o carrinho não responde por lesão corporal.

Assim, se o Estado permite tais esportes, não pode ele considerar o resultado como fato típico, do mesmo modo quem aceita participar de tais esportes consente sofrer eventuais lesões.

Caso o participante não respeite a regra do jogo, pode responder por atos lesivos diante da sua conduta, pois encontra-se diante de um excesso.

7.2 Intervenções médicas e cirúrgicas

As intervenções médicas e cirúrgicas são ações permitidas pelo Estado, que regula e fiscaliza as atividades médicas. Deste modo as intervenções médicas são fatos atípicos, pois têm amparo na lei. Logo, toda lesão causada no paciente em procedimento médico ou cirúrgico, que seja necessário ao seu tratamento, não se caracteriza como um crime pois está explícito no ordenamento jurídico. Fernando Capez dá como exemplo a amputação de membros (mãos, pernas pés, etc), cortes na barriga e etc. Todos esses procedimentos podem-se fazer necessários em algum paciente que possa hipoteticamente estar com diabete, sendo indispensável o consentimento do paciente ou de representante legal.

Como Explica Damásio de Jesus:

Trata-se de uma prática permitida pelo Estado e realizada de acordo com os meios e regras admitidos. Se o Estado reconhece, estimula, organiza e fiscaliza a profissão médica, como dizia Aníbal Bruno, impondo para o seu exercício especiais condições de preparação técnica e a exigência da habilitação especial, tem de reconhecer como legítimos os atos que a sua prática regularmente comporta, com os riscos a ela inerentes (JESUS, 2015, p. 442/443).

É de grande valia dizer que a intervenção médica e cirúrgica não vai excluir o crime tendo o médico cometido negligência, imperícia ou imprudência, respondendo assim por delito culposos.

8 OUTRAS EXCLUDENTES

As denominadas excludentes especiais estão elencadas no artigo 128 do Código Penal Brasileiro:

art. 128 - Não se pune aborto praticado por médico:

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (BRASIL, art. 128 do CP).

Concedido como ético o chamado aborto humanitário, é permitido para as vítimas de estupro, que advindo de tal conduta criminosa, gera uma gravidez obviamente não desejada. Ressalta ainda a legislação que não há lapso temporal, podendo a vítima a qualquer momento da gestação abortar.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho foi desenvolvido como pesquisa em torno do tema de exclusão da antijuricidade, ou seja, excludentes de ilicitude que estão elencadas no nosso Código penal em seu artigo 23, nomeando as exclusões como: Estado de necessidade, Legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito. Teve como diretriz a análise da aplicação das excludentes para conceituar e diferenciar os atos lícitos e ilícitos das condutas.

Assim é apresentada neste trabalho a importância do Direito penal para o convívio social, elucidando as diretrizes dos direitos e deveres da população e distinguindo o dever do Estado para toda a sociedade.

Por tal motivo, as excludentes se tornam de fato relevantes para o âmbito social e para o âmbito jurídico, trazendo consigo o mecanismo, o funcionamento, o ensinamento da doutrina e as principais características de cada uma delas.

Desenvolve-se também os contextos históricos sobre as excludentes e como foram de suma importância desde os primórdios dos tempos, analisando as características de desenvolvimento com o passar do tempo, ressaltando que a cada passo que a nossa sociedade se desenvolvia, as excludentes também sofriam as devidas alterações.

Foi abordado que a excludente de ilicitude vem de modo que exclui a antijuricidade do fato, trabalhando diretamente com o desenvolvimento dos artigos 23, 24 e 25 do código penal, para conduzir o entendimento que possa excluir a ilicitude do ato do agente.

Também foi desenvolvido acerca da parte especial do código penal, que dispõe em torno do aborto em vítimas de estupro, também sendo umas das excludentes importantes no ordenamento jurídico.

Desta maneira conclui-se que o desenvolvimento do presente trabalho aborda um dos temas mais importantes do Direito penal e o uso dessas excludentes na sociedade e traz consigo a importância desse mecanismo de excludente para que a sociedade possa ter uma proteção em que muitas das vezes o Estado não consegue proporcionar, fazendo com que a população tenha meios de proteger o bem jurídico seu ou de outrem.

Assim, são abordado as diferenças de cada excludente e o seu posicionamento no ordenamento jurídico, relatando as diretrizes de cada excludente e como pode ser estudada de maneira que possa favorecer a sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIERRENBACH, Sheila de Albuquerque. **Crimes omissivos impróprios**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 2 v.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito Penal: parte geral**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal: parte geral esquematizado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

JESUS, Damásio, E. de. **Direito Penal: parte geral**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. **Manual de direito penal: parte geral arts. 120 do CP**. 32. ed. São Paulo: atlas, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.