

Murilo Palomares Mendes Cardoso

Excessos na legítima defesa: Uma análise dogmática

Brasília – DF

2012

Murilo Palomares Mendes Cardoso

**EXCESSOS NA LEGÍTIMA DEFESA: UMA ANALISE
DOGMÁTICA**

Monografia apresentada como
requisito parcial para a conclusão
do curso de bacharelado em
DIREITO do Centro
Universitário de Brasília –
UniCEUB
Professor Orientador: Humberto
Fernandes de Moura.

Brasília – DF

2012

Murilo Palomares Mendes Cardoso.

**EXCESSOS NA LEGÍTIMA DEFESA: UMA ANALISE
DOGMÁTICA**

Monografia apresentada como
requisito parcial para a conclusão
do curso de bacharelado em
DIREITO do Centro
Universitário de Brasília –
UniCEUB
Professor Orientador: Humberto
Fernandes de Moura.

Brasília, 2012.

Banca Examinadora

Prof. Humberto Fernandes de
Moura.
(Orientador)

Prof.
(Membro)

Prof.
(Membro)

AGRADECIMENTOS

Agradeço todo o amor, apoio e compreensão de minha família, minha mãe Karina, minha avó dona Linda, meu pai Márcio e a meu padrasto e grande amigo Luiz Fernando. Agradeço a todos meus amigos que sempre me ajudaram ao longo de minha vida, especialmente ao Augusto e ao Bruno. Agradeço também aos meus professores e funcionários do UniCeub que viveram comigo durante essa caminhada universitária. Gostaria de agradecer meu orientador de monografia, Professor Humberto Fernandes de Moura, pela essencial ajuda e paciência.

“Vós, o povo, tendes o poder de tornar esta vida livre e bela... de fazê-la uma aventura maravilhosa. Portanto – em nome da democracia – usemos desse poder, unamo-nos todos nós. Lutemos por um mundo novo... um mundo bom que a todos assegure o ensejo de trabalho, que dê futuro à mocidade e segurança à velhice.”. (Charlie Chaplin – O último discurso de “ O Grande Ditador”)

RESUMO

Este trabalho apresenta um estudo sobre os excessos na legítima defesa. Para tanto, fizemos um estudo doutrinário sobre as teorias do crime e verificamos que este é um fato típico, ilícito e culpável. Desse entendimento, verificamos que a legítima defesa encontra-se como uma excludente da ilicitude, excludente esta que afasta a ilicitude do fato típico. O legislador, para evitar que fosse utilizada de forma irregular, cuidou de criar elementos essenciais para a justificante. Dessa forma, se depois de iniciada forem ultrapassados algum dos elementos necessários, nasce o excesso, o que será objeto de nossa preocupação no trabalho.

Palavras-chave: Teorias do crime. Fato típico. Ilicitude. Culpabilidade. Excludentes de ilicitude. Legítima defesa. Excessos na legítima defesa.

Sumário

INTRODUÇÃO.....	8
DO CRIME E SEUS ELEMENTOS.....	10
1.1 – Ponderação e estudo das teorias do crime	10
1.1.1 - Conceito Formal do Crime.....	11
1.1.2 Conceito Material do Crime	12
1.1.3 Conceito Analítico do Crime.....	13
1.2 - Dos Elementos do Crime	15
1.2.1 - Fato Típico	15
1.2.2 – Culpabilidade.....	28
1.2.3 Ilicitude (antijuricidade)	34
Excludentes de Ilicitude.....	38
2.1 - Noções gerais	38
2.2 - Estado de Necessidade	39
2.3 - Estricto Cumprimento do Dever Legal	41
2.4 - Exercício Regular do Direito.....	43
2.5 - Legítima Defesa	45
2.5.1 - Agressão injusta	46
2.5.2 - Atual ou iminente	46
2.5.3 - A direito próprio ou de terceiro.....	47
2.5.4 - Repulsa com meios necessários	48
2.5.5 - Uso moderado dos meios necessários	49
2.5.6 - Elemento subjetivo.....	50
2.6 - Do Excesso.....	51
2.6.1 - Do excesso doloso	52
2.6.2 - Do excesso culposo	53
2.6.3 - Do excesso intensivo.....	54
2.6.4 - Do excesso extensivo	55
2.6.5 – Do excesso por erro	55
CONCLUSÃO.....	65
REFERÊNCIAS	68

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de monografia atenta para o excesso na legítima defesa. Esse instituto possui grandes peculiaridades e divergências doutrinárias que fomentam vários interessantes debates. Faz-se de grande importância o estudo, pois o legislador cuidou de permitir que conduta típica fosse utilizada quando um cidadão encontrasse o mal em forma de agressão injusta. Porém, essa permissão, para não fomentar forma de vingança, irá ser tolerada se respeitados os limites opostos. Assim, se extrapolados tais limites nasce o excesso na legítima defesa.

O estudo sobre o tema despertou nossa curiosidade pela grandeza e importância e contraditoriamente pelo tratamento não tão aprofundado por boa parte de nossa doutrina. Da mesma forma, a importância nasce das peculiaridades encontradas nas diferentes modalidades de excesso, que por diversas vezes não são estudadas pela doutrina.

Por esses motivos, utilizamos de pesquisa dogmática para estudar o que a lei e a doutrina trazem sobre o assunto. Desta forma, fomentamos nosso entendimento sobre o assunto para motivar nossas opiniões a respeito do tema.

Para a exposição do que foi aprendido, utilizamo-nos de dois capítulos, para verificarmos as teorias do crime, tomarmos posição em relação a estas e desta forma trilhamos o caminho até chegarmos à legítima defesa e as modalidades de excessos que podem emanar dessa.

Desta forma, no primeiro capítulo estudamos o conceito de crime formal, material e analítico. Esses conceitos foram ao longo do tempo estudados e debatidos por grande parte da doutrina penal e por isso de essencial entendimento. Deste estudo, chegamos a três elementos inerentes ao crime, o fato típico a ilicitude e a culpabilidade. Percorreremos por eles analisando suas características e elementos, bem como suas fundamentais importâncias.

Deixamos o foco de nosso estudo para ser trabalhado no segundo capítulo. Nesse capítulo estudamos todas as excludentes de ilicitude. O entendimento de todo esse conjunto contido no artigo 23 do Código Penal se mostrou muito importante, para entender o que pretendia o autor com estas previsões, bem como, o que esperava dos agentes que por ventura necessitassem de suas utilizações.

Por esse motivo, estudamos as excludentes da ilicitude e seus elementos objetivos e o importante estudo do elemento subjetivo, essencial para as excludentes.

Demos maior prioridade, obviamente, ao estudo da legítima defesa, objeto de estudo que causou grande prazer de ser estudado e trabalhado. Dessa forma, estudamos e analisamos os elementos dessa justificante, assim, a injusta agressão, a atualidade e iminência desta, a possibilidade de defesa a direito próprio ou de terceiro, os meios necessários para repelir a agressão, bem como sua utilização moderada e o elemento subjetivo.

Desse estudo nasceu o excesso. Isso pelo fato de que aprendemos que se os elementos exigidos para a justificante fossem ultrapassados, emergia o excesso. Essa previsão se fazia no parágrafo único do artigo 23 do CP.

Assim, estudamos em que hipóteses esse excesso surgia e suas modalidades, bem como a explicação para esse tipo de entendimento. Verificamos que, a doutrina varia seu entendimento em relação às modalidades do excesso, tendo opiniões diversas sobre o tema, fundamental debate para nosso estudo. Desse debate, iniciou-se a verificação da principal divergência, a presença ou não do erro de tipo e erro de proibição como modalidades de excesso. Inclusão ou não esta que foi apreciada em nosso trabalho.

Assim, quando entramos no excesso, visualizamos a importância de toda trajetória que percorremos durante esse estudo para o tema, pois todos os conceitos estudados se faziam necessários para o entendimento de nosso objeto de foco.

Para concluirmos, reunimos todas as conclusões que tiramos sobre o desse estudo, comentando as modalidades de excesso e os motivos pelos quais entendíamos que tais situações fossem tratadas como tal.

Desta forma, iniciaremos nosso estudo sobre os tópicos citados nos parágrafos anteriores.

CAPÍTULO 1 – DO CRIME E SEUS ELEMENTOS

Nesse capítulo estudaremos o crime, suas teorias e entendimentos doutrinários a respeito. Depois de estudada tais teorias, tomaremos posicionamento a qual nos parece mais acertada e esta servirá de caminho para o desenvolvimento de nosso trabalho.

1.1 – Ponderação e estudo das teorias do crime

Ao Estado foi conferida a responsabilidade de proteger os cidadãos, guardando por suas vidas, seus bens, a honra sua e de sua família. Bem como os valores de soberania, como o desenvolvimento do país a ordem política e administrativa. No livro Tratado de direito Penal de Cezar Roberto Bitencourt o autor atenta para as funções do Direito Penal e ensina:

“Na doutrina brasileira tem predominado o entendimento de que a função do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos fundamentais. O bem jurídico, no entanto, não pode identificar-se simplesmente com a *ratio legis*, mas deve possuir um sentido social próprio, anterior à norma penal e em si mesmo decidido, caso contrário, não seria capaz de servir a sua função sistemática, de parâmetro e limite do preceito penal e de contrapartida das causas de justificação na hipótese de conflito de valorações”.¹

O Direito Penal, círculo maior, que contempla a punição legal, ambos criados para atender às necessidades sociais demandadas das relações humanas, nasceram da busca pelo equilíbrio, harmonia entre os cidadãos.²

A punição legal necessita de uma prévia infração à norma. Ela é imposta a quem comete crime, enfrenta a norma. Porém, é preciso desenvolver o raciocínio do que seria o crime. O Código Penal não trouxe expressamente o conceito de crime, cabendo então à doutrina travar discussões com intuito de defini-lo. Em relação à dificuldade encontrada para estabelecer um conceito de crime Guilherme de Souza Nucci explica que:

“Em verdade, é a sociedade a criadora inaugural do crime, qualificativo que reserva às condutas ilícitas mais gravosas e merecedoras de maior rigor punitivo. Após, cabe ao legislador

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 6.

² LEOPOLDO TEIXEIRA, Antonio. *Da Legítima Defesa*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 19.

transformar esse intento em figura típica, criando a lei que permitirá a aplicação do anseio social aos casos concretos”.³

O autor atenta à busca que as leis suportam em satisfazer a eterna insatisfação social e repudia que os crimes causam ao todo.

Buscando encontrar uma definição, a doutrina começou a tentar conceituar o crime, buscando assim defini-lo:

“Atendendo-se ao aspecto externo, puramente nominal do fato, obtém uma definição *formal*; observando-se o conteúdo do fato punível, consegue-se uma definição *material* ou *substancial*; e examinando-se as características ou aspectos do crime, chega-se a um conceito, também formal, mas analítico da infração penal”.⁴

Da lição de Julio Mirabete extraímos três correntes doutrinarias que buscam conceituar o crime, ou delito – figuras sinônimas em nosso ordenamento jurídico-.

1.1.1 - Conceito Formal do Crime

A primeira conceituação segue o aspecto formal de crime, explica Fernando Capez que:

“Aspecto formal: o conceito de crime resulta da mera subsunção da conduta ao tipo legal e, portanto, considera-se infração penal tudo aquilo que o legislador descrever como tal, pouco importando o seu conteúdo. Considerar a existência de um crime sem levar em conta sua essência ou lesividade material afronta o princípio constitucional da dignidade humana”.⁵

O autor ao explicar seu entendimento sobre o conceito formal do delito faz uma crítica pontual à mesma. Ora que, ao levar em conta somente o enquadramento da conduta à previsão feita pela lei, não se levam em conta as peculiaridades do caso concreto. Não dão qualquer tipo de explicação lógica, buscando estudar o crime, suas causas, bem como entender suas essências, suas particularidades. Nesse mesmo sentido: “Tais conceitos são insuficientes para o estudioso do Direito Penal que pretende e deve debruçar-se sobre esse fenômeno de modo a conhecê-lo em sua inteireza, em sua profundidade, porque desnudam os aspectos essenciais do crime.”⁶

³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 157.

⁴ MIRABETE, Julio; FABRINI, Renato. *Manual de Direito Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 81.

⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 107.

⁶ TELES, Ney Moura. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 152.

Em verdade, o conceito formal busca explicar que a lei tem de ser anterior ao crime. A sociedade quando julga necessário que determinada conduta seja punível pelo meio de sanção, leva essa pretensão ao legislador que por sua vez aprova a lei, tornando a conduta do agente punível.⁷

Manoel Pedro Pimentel em seu livro *O Crime e a Pena na Atualidade* conceitua de maneira formal o delito como: “Crime é uma conduta (ação ou omissão) contrária ao Direito, a que a lei atribui pena”.⁸

Assim conceituado, ponderam sobre esse aspecto Julio Mirabete e Renato Fabbrini:

“Essas definições, entretanto, alcançam apenas um dos aspectos do fenômeno criminal, o mais aparente, que é a contradição do fato a uma norma de direito, ou seja, sua ilegalidade como fato contrário à norma penal. Não penetrando, contudo, em sua essência, em seu conteúdo, em sua matéria”.⁹

Os autores ao criticarem o conceito formal de crime tentam mostrar a fragilidade do conceito. O crime de acordo com eles possui inúmeros outros aspectos que necessariamente devem ser analisados e ponderados, aspectos esses que foram contemplados em outras teorias.

1.1.2 Conceito Material do Crime

O aspecto material tem como principal característica analisar o bem que pretendia o legislador proteger com a lei. Para tanto, os defensores do aspecto material buscam valorar essa pretensão levando em conta as situações que fomentaram determinado fato ser estabelecido e considerado crime. Acontece que esse fator cultural e subjetivo pode criar discussões infinitas. Assim, ainda, é um aspecto muito atacado por boa parte da doutrina. Nesse sentido Fernando Capez explica que:

“Como as definições formais visam apenas ao aspecto externo do crime, é necessário indagar a razão que levou o legislador a prever a punição dos autores de certos fatos e não de outros, como também conhecer o critério utilizado para distinguir os ilícitos penais de outras condutas lesivas, obtendo-se assim um conceito material ou substancial de crime”.¹⁰

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 158.

⁸ PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 21.

⁹ MIRABETE, Julio; FABRINI, Renato. *Manual de Direito Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 81/82.

¹⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 82.

O conceito material busca atender que o direito penal proteja os bens jurídicos mais importantes, deixando os de menores para os outros ramos do direito. Nesse sentido explica Luiz Carlos Tonello que o conceito material é:

“O conceito *Material* leva em conta os bens jurídicos protegidos pela lei penal onde o, crime é um desvalor da vida social, é uma ação que se procura evitar. Fragoso dá a seguinte lição” Crime é, assim, numa definição material, a ação ou omissão que, a juízo do legislador, contrasta violentamente com valores(...)”¹¹

Assim, Rogério Greco traz uma citação de um jurista italiano Giuseppe Bettiol que considera o crime “todo o fato humano lesivo de um interesse capaz de comprometer as condições de existência, de conservação e de desenvolvimento da sociedade”.¹²

Porém, grande parte da doutrina, como o autor Rogério Greco, não se satisfaz com o conceito formal e material do crime:

“Na verdade, os conceitos formais e materiais não traduzem com precisão o que seja crime. Se há uma lei penal editada pelo Estado, proibindo determinada conduta, e o agente a viola, se ausente qualquer causa de exclusão de ilicitude ou dirimente da culpabilidade, haverá crime. Já o conceito material sobreleva a importância do princípio da intervenção mínima quando aduz que somente haverá crime quando a conduta do agente atentar contra os bens importantes”.¹³

Assim, parte da doutrina que não entendia como corretos o conceito formal e o conceito material do crime, como os autores Luiz Regis Prado, Cezar Roberto Bittencourt, Assis Toledo, Rogério Greco, dentre outros, inclinaram-se para o conceito analítico.

1.1.3 Conceito Analítico do Crime

Boa parte da doutrina não sentia segurança nos frágeis pilares advindos das correntes anteriores. Não era precisa e completa a definição do crime. Surgiu então o conceito analítico do crime. Sobre esse conceito, ensina Assis Toledo:

“Substancialmente, o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos (jurídico-penais) protegidos. Essa definição é, porém, insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outra mais analítica, apta a pôr à mostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime. E dentre as várias

¹¹ TONELLO, Luis Carlos Avansi. *Curso de Direito Penal brasileiro*. 2. ed. Cuiabá: Editora Jurídica Mato-grossense, 2003. p. 95.

¹² BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*, v.1. p.209. APUD Rogério Greco.

¹³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p.155.

definições analíticas que têm sido propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato-crime, a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijuricidade (ilicitude) e culpável (culpabilidade). O crime, nessa concepção que adotamos, é, pois, ação típica, ilícita e culpável”.¹⁴

Fica claro que os defensores do conceito analítico buscavam vislumbrar o delito ou o crime em relação a todos os seus elementos, tornando-o mais completo e forte.

Analisamos os diversos conceitos analíticos que emanam da doutrina. Esses conceitos são priorizados em alguns elementos, que se diferenciam, de acordo com as convicções de cada autor. Porém, o conceito mais completo foi o do autor Guilherme Souza Nucci, que desemboca, de acordo com ele, nas grandes divergências doutrinárias sobre o conceito analítico. Assim, explica Nucci que:

“Trata-se de uma conduta típica, antijurídica e culpável, vale dizer, uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade), contrária ao direito (antijuricidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, desde que existam imputabilidade, consciência potencial de ilicitude e exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito”.¹⁵

Nucci em seguida, em seu livro, explica que dentro desse conceito analítico de crime há quem entenda ser o crime: fato típico e antijurídico (Damásio de Jesus, Julio Fabbrini Mirabete, Celso Delmanto, Flávio Augusto Monteiro de Barros); fato típico, antijurídico, culpável e punível (Basileu Garcia, Muñoz Conde, Hassemer, Battaglini, Giorgio Marinucci); fato típico e culpável, sendo a antijuricidade parte do tipo (Miguel Reale Júnior) fato típico, antijurídico e punível, sem a culpabilidade a liga entre o crime e a pena (Luiz Flávio Gomes); um fato típico, antijurídico e culpável, corrente majoritária no Brasil (Assis Toledo, Cezar Roberto Bitencourt, Luiz Regis Prado, Rogério Greco, Néelson Hungria, Aníbal Bruno, Vicente Sabino Bruno)¹⁶.

As duas teorias mais aceitas são a que encontram Damásio de Jesus e Mirabete e a que é composta por Rogério Greco, Néelson Hungria e outros. A primeira atribui dois fatores ao crime (fato típico e antijurídico) e por isso recebeu o nome de concepção bipartida, e, a teoria majoritária no Brasil e que trabalha o crime como fato típico, ilícito e culpável e ficou conhecida como concepção tripartida.

¹⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. p. 80. APUT. Rogério Greco.

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p.158.

¹⁶ *Ibidem*, pp.158/159.

Guilherme Souza Nucci, defensor da concepção tripartida, afez as seguintes palavras ao tratar da concepção bipartida: “não se pode acolher a concepção bipartida, que se refere ser o delito apenas um fato típico e antijurídico, simplificando em demasia a culpabilidade e colocando-a mero pressuposto da pena”¹⁷. Ainda na defesa da concepção tripartida Rogério Greco explica que: “estamos com a maioria da doutrina, nacional e estrangeira, que adota a divisão tripartida do conceito analítico, incluindo a culpabilidade como um de seus elementos característicos.”¹⁸

Estamos com a maioria também, pois parece inviável associar a culpabilidade, bem como seus elementos internos ao fato típico. Não nos parece também ser a punibilidade fator do crime e sim uma consequência ou retribuição do Estado a quem pratica o delito.

Associar a ilicitude ao fato típico também não parece acertado. Fundindo a antijuricidade ou ilicitude ao fato típico, caso haja ocorrência da justificante ensejaria no afastamento do fato típico, o que não parece certo, já que as justificantes afastam a ilicitude e não excluem o fato típico.

Dentro de cada um desses elementos de crime (fato típico, ilícito e culpável) existem requisitos dentro dos mesmos que merecem considerações. Essas subespécies trazidas pela doutrina são fundamentais para fundamentação dos elementos do crime e, portanto merecem destaque, lembrando que se trata de aspectos doutrinários e não emanados da norma. Então vamos separá-los para estudar os mesmos.

1.2 - Dos Elementos do Crime

A doutrina para melhor explicar e fundamentar seus conceitos criou algumas subespécies dentro de cada elemento. Aqui serão estudados o fato típico, a ilicitude e a culpabilidade, que emanam da concepção analítica tripartida e é por nós defendida. Assim, alguns autores como Rogério Greco dividiram:

1.2.1 - Fato Típico

Assim explica o fato típico Ney Moura Teles:

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. pp.159/160.

¹⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p.160.

“Para que determinado fato da vida seja considerado típico, é preciso que todos os seus componentes, todos os seus elementos estruturais sejam, igualmente, típicos. Os componentes de um fato típico são a conduta humana, a consequência dessa conduta se ela a produzir (o resultado), a relação de causa e efeito entre aquela e esta (nexo causal) e, por fim, a tipicidade.”¹⁹

O autor utilizando-se desses conceitos tenta evoluir em sua explicação para clarear os elementos do crime. Como uma fórmula ele vai completando-a e fomentando cada elemento e subelemento do crime. Utilizando-nos de autores que tem a mesma concepção de Teles e da nossa, explicaremos os elementos subjetivos do fato típico.

A doutrina, como Rogério Greco, Guilherme de Souza Nucci, Cezar Roberto Bitencourt, estabelecem quatro elementos do fato típico:

- a) Conduta (dolosa ou culposa)
- b) Resultado
- c) Nexo de causalidade
- d) Tipicidade

Começaremos com a conduta.

1.2.1.1 - Conduta (dolosa ou culposa)

Importante para iniciarmos o assunto diferenciar ato de conduta. A conduta nada mais é do que a exteriorização da vontade humana, que pode ser praticado com um único ato ou vários. Dessa afirmação extrai-se o conceito de ato, que é uma parte da conduta.

Assim nas palavras de Fernando Capez “é ação ou omissão humana, consciente e voluntária, dirigida a uma finalidade”.²⁰

O autor emprega que a ação ou omissão humana tem nitidamente que ser dirigida a uma finalidade. Esse tipo de conclusão causa um debate doutrinário muito interessante em relação ao conceito de ação. “Os causalistas dentre eles Nelson Hungria, Magalhães Noronha e Salgado Martins, entendiam, como resumem Mirabete e Fabbrini” Basta que se tenha a certeza de que o agente atuou voluntariamente, sendo irrelevante o que queria, para se afirmar que praticou a ação típica”.²¹

¹⁹ TELES, Ney Moura. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 165.

²⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 276.

²¹ MIRABETE, Julio; FABRINI, Renato. *Manual de Direito Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007, pp.81/82.

Os causalistas passaram por dois momentos distintos na história. O primeiro foi emanado da teoria causal-naturalista criado pelo alemão Liszt e Beling. Os autores diziam que o movimento humano desde que voluntário que modificasse o mundo exterior, ou seja, saísse da mente e nascesse ao mundo externo era conceituado como ação. Essa noção clássica de ação não foi muito bem aceita, pela grande dificuldade em explicar a omissão. Assim explica Cezar Roberto Bitencourt:

“A teoria causal da ação, que teve boa acolhida em muitos países, foi praticamente abandonada pela dogmática alemã [...] destacou que o conceito causal de ação era inaplicável à omissão. Falta nesta uma relação de causalidade entre a não-realização de um movimento corporal e o resultado. Nessas circunstâncias, o conceito causal de ação não pode cumprir a função de elemento básico, unitário, do sistema da teoria do delito”.²²

Ao contrário desse entendimento, a maior parte da doutrina entende que a finalidade é sim elemento essencial da ação:

“O homem quando atua, seja fazendo ou deixando de fazer alguma coisa a que estava obrigado, dirige a sua conduta sempre a determinada finalidade, que pode ser ilícita (quando atua com dolo, por exemplo, querendo praticar qualquer conduta proibida pela lei penal) ou lícita (quando não quer cometer delito algum, mas que, por negligência, imprudência ou imperícia, causa resultado, previsto pela lei penal)”.²³

A teoria da finalidade faz uma ponte necessária entre a ação humana ou a conduta do agente e uma atividade final, não sendo um mero acontecer pelo acaso. Entende que o homem por se tratar de ser racional pode prever as consequências, ou os limites que sua ação podem por consequência causar. Roberto Cezar Bitencourt explica como os finalistas chegam à direção final da ação:

“1ª) subjetiva (ocorre na esfera intelectual): a) antecipação do fim que o agente quer realizar (objeto pretendido); b) seleção dos meios adequados para a consecução do fim (meios de execução); c) consideração dos efeitos concomitantes relacionados à utilização dos meios e propósito a ser alcançado (consequências da relação meio/fim); 2ª) objetiva (ocorre no mundo real): execução da ação real, dominada pela determinação do fim e dos meios na esfera do pensamento. Em outros termos, o agente põe em movimento, segundo um plano, o processo causal, dominado pela finalidade, procurando alcançar o objetivo proposto. Se, por qualquer razão, não se consegue o domínio final ou não se produz o resultado, a ação será apenas tentada”.²⁴

²² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 219.

²³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p.155.

²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 220.

A conduta pode ser comissiva, ou seja, praticada por uma ação humana. Assim explica Assis Toledo;

“Dentro de uma concepção jurídica, ação é, pois, o comportamento humano dominado ou dominável pela vontade, dirigido para a lesão ou para a exposição a perigo de lesão um bem jurídico, ou, ainda, para a causação de uma possível lesão a um bem jurídico ou por omissão quando se trata de um movimento negativo, que não foi feito, o que, por dever, deveria ter sido.”²⁵

A omissão de acordo com Fábio Birtencourt da Rosa:” Mas há hipóteses em que existe o dever de praticar uma ação que, em não o sendo, causa uma situação que vem a configurar a situação prevista no preceito. Essa é a omissão”²⁶

Ocorre que a ação ou omissão podem acontecer por vontade e consciência do agente no caso de ser dolosa, ou por imprudência, negligência ou imperícia, aonde o resultado não era pretendido pelo agente, no caso da culpa. Vamos estudar em seguida estes conceitos, começando com o dolo.

Um agente que quer de fato consumir um crime, pulando a fase do pensamento e realmente exteriorizando sua vontade, e assim, cometendo ato ilícito, pratica esse fato dolosamente.

Vamos ver a explicação de Fernando Capez: “Elementos do dolo: consciência (conhecimento do fato que constitui a ação típica) e vontade (elemento volitivo de realizar esse fato”.²⁷

Vemos que o agente tem dentro de si uma vontade de praticar o ato delituoso, ele formula dentro de sua consciência a ação, constituindo assim uma fase interna. Porém, formular internamente um ato, por si só, não constitui conduta delituosa, assim, o agente necessita exteriorizar tal vontade.

Dessa forma, ao conduzir sua vontade interna de modificar o mundo externo, mediante uma conduta delituosa, esta contemplando todos os elementos do fato típico, o agente pratica um crime dolosamente.

A doutrina, com intuito de abarcar todas as possibilidades que possam emanar do fato concreto, cuidou de diferenciar os vários tipos em que a vontade

²⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 1994. p. 83.

²⁶ ROSA, Fabio Bitencourt da. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

²⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 195.

consciente do agente poderia nascer ao mundo real. Assim, existe o dolo direto. Este dolo é aquele onde a finalidade do agente é exatamente aquela exteriorizada.

Ex: Teseu ao encontrar seu desafeto puxa a arma de fogo e dispara sete vezes contra seu inimigo. Teseu no exemplo tinha uma finalidade – matar seu desafeto-, e para isso neste atirou, conscientemente. Ele desejava praticar o crime previsto no art. 121 do CP. Assim o dolo direto, também chamado de determinado é: “aquele em que o sujeito busca alcançar um resultado certo e determinado”.²⁸

Nesse sentido, a doutrina também criou o conceito do dolo em que o agente não tinha certa direção em sua ação, ela não era tão definida, a pretensão dele era consciente quanto à conduta, mas podia variar no resultado. Nesse sentido, Djalva Eutímio de Carvalho, faz uma citação do autor Alverto Silva Franco, que ensina:

“No dolo indireto ou indeterminado o querer do agente se degrada, não é tão definido em relação ao resultado como no determinado ou direto propriamente dito. Não há, então, uma direção segura da vontade. O agente prevê e admite a ocorrência eventual de um resultado, ou quer um outro entre os vários resultados previstos”.²⁹

Desse conceito, tiramos dois tipos de dolo, que decorrem do conceito de dolo indireto. O dolo eventual e o dolo alternativo.

O dolo eventual é diariamente debatido em nosso país, grande parte desses debates surge dos crimes de embriaguez ao volante. Assim, quando o autor Alberto Silva Franco, da citação acima, afirma: “O agente prevê e admite a ocorrência eventual de um resultado (...)”. Esse é um bom conceito de dolo eventual, desse jeito, o agente sabe que a conduta delituosa pode vim a acontecer e ignora o perigo, continuando com a conduta e por fim realizando o crime. Por Ex: Adonis, após uma noite movida a farra e bebida, sai com sua conquista Anacias. Para impressionar a moça começa a efetuar manobras perigosas que, somadas ao o álcool, resultam no capotando do carro, que por sua vez resultam na morte de Anacias.

No exemplo, Adonis, não queria matar Anacias, não tinha essa vontade, porém, a assumiu tanto por dirigir embriagado quanto pelas manobras perigosas. Assim, dolo eventual.

²⁸ TELES, Ney Moura. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 184.

²⁹ CARVALHO, Djalma Eutímio de. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Américo Jurídica, 2003. p. 140.

Dessa forma podemos tirar o conceito de dolo alternativo, também da citação do referido autor, assim: “(...) ou quer um outro entre os vários resultados previstos”. Este é diferente, pois o agente tem vontade de produzir um ou outro ou vários resultados, simplesmente não importa qual. Assim, na forma de exemplo: Drimo, cego de ciúmes, vai à casa do amante de sua mulher e dispara inúmeros tiros contra a residência e em seguida vai embora.

No exemplo, Drimo, com sua conduta, pretendeu um, outro ou vários resultados. Podia ter ferido, matado, ferido e matado e até matado outra pessoa que não seu alvo.

Agora, vamos estudar a culpa.

Como previamente tratado no começo desse trabalho, o Direito Penal se preocupa com os bens tutelados mais importantes e somente estes. Nesse sentido os crimes praticados com vontade e consciência são os principalmente tolerados por aquele. Acontece que situações com ausência de dolo também causam prejuízos e ferem o Direito Penal.

Várias vezes por rotina, ou pensamento de que o fato não acontecerá, acabam por diminuir o zelo de um ou outro em determinada situação. Dessa forma, o resultado poderia não ter existido se toda atenção tivesse sido utilizada e todas as regras seguidas. Daí surge à culpa. Nesse sentido o CP em seu art.18, II: “Diz-se o crime culposo quando o agente deu causa ao resultado, por imprudência, negligência ou imperícia”.

Assim, nas palavras de Delmanto: “(...) a culpa fundamenta-se na aferição do cuidado objetivo exigível pelas circunstâncias em que o fato aconteceu, o que indica a tipicidade da conduta do agente.”³⁰

Como visto, o próprio CP fala em culpa quando há imprudência, negligência ou imperícia. Dessa forma, faz-se importante abortar os três conceitos.

Imprudente é aquela conduta perigosa praticada pelo agente. O agente não quer o resultado ilícito, porém, a conduta praticada por ele oferecia risco para que o ilícito acontecesse. Assim nas palavras de Luis Carlos Avansi Tonello:

“A imprudência é a culpa *in faciendo* ou *in comittendo*. Estampa forma ativa, militante e positiva de culpa. Consiste em agir e atuar o agente,

³⁰ DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro:Renovar, 2002. p. 34.

pelo arrojo, afoamento, precipitação, afoiteza, atrevimento. Inconsequência ou leviandade de maneira comissiva, desenvolvendo comportamento dotado de energia, fisicidade e movimento dinâmico, que viola as regras de cuidado ditadas pela experiência comum”.³¹

. A negligência é diferente, ela ocorre no caso em que o agente deveria ter tomado atitude ou feito algo que o agente não fez, e em decorrência disto o ilícito ocorreu. Assim, nas palavras de Ney Moura Teles: “A negligência é a ausência de precaução, a omissão, a não realização de um movimento que deveria ter sido colocado em marcha, que a prudência mandava fazer e o agente não faz.”³²

A imperícia emana de uma atuação geralmente profissional, visto que o agente necessita de certa habilidade. Assim, se esperado um resultado derivado da responsabilidade que o agente gera por sua suposta perícia na realização da tarefa, e esse resultado não foi gerado por uma imperícia, nasce a culpa do agente.

Nas palavras de Paulo José da Costa Jr: “A imperícia é a culpa técnica, em que o agente se mostra inabilitado para o exercício de determinada profissão, embora possa estar credenciado por diploma, que não passa de mera presunção de competência”.³³

É consolidado pela doutrina que existem dois tipos de culpa, a consciente e inconsciente.

Começaremos pela culpa inconsciente. Nesta, o agente não previu o que estava para acontecer. Ele até poderia, mas não previu. Poderia ter tido cuidado maior, ter mais preocupação e cuidado com a situação, mas não os teve. Nesse sentido, Ney Moura Teles escreve que:

“Com efeito, sua conduta é culposa, mas ele não teve consciência de que o resultado ocorreria, porque não realizou a previsão, não representou o resultado que era, plenamente, previsível. Por isso, agiu, e o fez sem a consciência de que poderia causar o resultado. Foi negligente porque não representou o resultado. Por isso, diz-se culpa inconsciente”.³⁴

Esta é diferente da culpa consciente, assim, explica Fernando Capez:

“É aquela em que o agente prevê o resultado, embora não o aceite. Há no agente a representação da possibilidade do resultado, mas ele a

³¹ TONELLO, Luis Carlos Avansi. *Curso de Direito Penal brasileiro*. 2. ed. Cuiabá: Editora Jurídica Mato-grossense, 2003. p. 148.

³² TELES, Ney Moura. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 189.

³³ COSTA JR, Paulo José da. *Código Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 80.

³⁴ TELES, Ney Moura. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 192.

afasta, de pronto, por entender que evitará e que sua habilidade impedirá o evento lesivo previsto”.³⁵

Verificamos que o agente, ao contrário da culpa consciente, está prevendo que o resultado pode vir a acontecer, mas, acredita fielmente que não irá. Essa falta de cuidado com o resultado e com o que pode acontecer, porém, sem vontade de que aconteça, acreditando fielmente que não irá, configuram a culpa inconsciente.

Esta é diferente do conceito que estudamos do dolo eventual, porque neste o agente prevê o resultado, mas pouco se importa, já na culpa consciência o agente prevê, mas repudia que o fato irá acontecer.

Dentro da conduta que o agente do fato concreto praticou devemos verificar a vontade e consciência em praticar o ato ilícito – dolo-, ou se o fato foi praticado por negligência, imperícia ou imprudência- culpa-.

Portanto, se o agente não age dolosamente, ou culposamente, configurando assim uma ausência de conduta, não há que se falar em conduta. Como exemplo dessa ausência de conduta Rogério Greco traz os seguintes exemplos:

“a) força irresistível: que pode ser causada pela natureza. Ex: Um sujeito é arrastado pelo vento, e vem a esbarrar fortemente numa outra pessoa, causando-lhe lesões corporais; ou por terceiros como no caso da coação física ou bem como também quando o agente é jogado por uma terceira pessoa de encontro a objetos ou mesmo a outras pessoas, vindo com isso, respectivamente, a danificá-los ou a lesioná-las.

b) movimentos e reflexos: impulsos ou reações que nosso organismo tem e que podem causar danos. Ex: é o caso, por exemplo, daquele que, ao colocar o fio de seu aparelho de som em uma tomada recebe uma pequena descarga elétrica e, num efeito reflexo, ao movimentar seu corpo, atinge outra pessoa, causando-lhe lesões.

c) estado de inconsciência: falta total de consciência do agente. Ex: sonambulismo”.³⁶

Esse tipo de ponderação a respeito da conduta ou ação do agente faz-se muito importante para exaltar os entendimentos da teoria finalista e social, pois auferem a ação do agente uma consciência da finalidade que atingiria, que obviamente não são verifica, e obviamente que a ação não é relevante socialmente, tendo que ser verificada por outras esferas do direito e não pelo Direito Penal.

³⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 203

³⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 4 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. pp. 167/168.

1.2.1.2 - Resultado

O resultado é derivado diretamente da conduta comissiva ou omissiva do agente. O resultado, ou dano causado pela conduta, seja ela dolosa ou culposa tem que nascer ao mundo, sair do pensamento e elevar-se ao plano.

Assim, doutrinadores, como o autor Guilherme Souza Nucci, separa o resultado em dois critérios básicos. O primeiro é o crime naturalístico e ele tem de nascer ao mundo exterior, materializar-se, modificar o mundo real de alguma forma. Como exemplo o homicídio. A morte de uma pessoa é o resultado naturalístico que emanou da conduta do agente.

Assim, para teoria naturalística o crime pode surgir ao mundo externo de modo material – ocorre resultado naturalístico; e os chamados de crimes de atividade, que são os formais – o resultado naturalístico pode até vir a surgir, mas ele é irrelevante já que o crime se consuma antes do resultado. Exemplo: extorsão mediante sequestro se consuma no momento em que a vítima é sequestrada, sendo irrelevante o pagamento ou não do resgate; e o crime de mera conduta – o resultado não produz efeito naturalístico, como o caso da desobediência.³⁷

O segundo critério é o jurídico ou normativo. Explica Guilherme de Souza Nucci que:

“É a modificação gerada no mundo jurídico, seja na forma de dano efetivo ou na de dano potencial, ferindo interesse protegido pela norma penal. Sob esse ponto de vista, toda conduta que fere um interesse juridicamente protegido causa um resultado. Exemplo: a invasão de um domicílio, embora possa nada causar sob o ponto de vista naturalístico, certamente provoca um resultado jurídico, que é ferir o direito à inviolabilidade de domicílio do dono da casa”.³⁸

O critério que prevalece para a maioria da doutrina brasileira é o naturalístico, como diz Guilherme de Souza Nucci.

Para nós, ambas as teorias tem suas fases de acerto, porém como estudamos o enfrentamento que determinada conduta causa na sociedade é valorado pelo Direito Penal, e da mesma forma, apesar de necessidade de existir tal afronta social, a norma deve ser sempre observada e respeitada.

³⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 154.

³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p.194.

1.2.1.3 - Nexo de Causalidade

O nexo de causalidade está relacionado à obrigatoriedade necessária entre a conduta praticada pelo agente e o resultado produzido, seja ele naturalístico, formal, ou de mera conduta. Assim, de acordo com Ney Moura Teles:

“Nos fatos definidos como crime em que, além da conduta, se exige a produção de resultado, é imprescindível que entre o comportamento humano e o resultado verificado exista relação de causa e efeito, a fim de que se possa atribuí-lo ao agente da conduta. A conduta deve ser a causa do resultado; este, a sua consequência”.³⁹

De acordo com vários autores, dentre eles Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini existem várias teorias a respeito do nexo de causalidade, as duas principais são a da causalidade adequada e a da equivalência dos antecedentes.

A primeira – causalidade adequada- é explicada por Paulo José da Costa Júnior:

“Considera-se a conduta adequada quando é idônea a gerar efeito. A idoneidade baseia-se na regularidade estatística. Donde se conclui que a conduta adequada (humana e concreta) funda-se no *quod plerumque accidit*, excluindo acontecimentos extraordinários, fortuitos, excepcionais, anormais. Não são levadas em conta todas as circunstâncias necessárias, mas somente aqueles que, além de indispensáveis, sejam idôneas à causação do evento”.⁴⁰

O que o autor quis dizer é que um determinado fato só será de sua responsabilidade se o agente tinha vontade para o resultado. Caso o agente tenha contribuído sem essa intenção, não existe nexo entre sua conduta e o resultado causado.

A segunda teoria é a da equivalência das condições. Essa teoria associa o encaixe entre a conduta do agente (ação ou omissão) ao resultado, sendo que sem essa conduta o resultado não teria ocorrido. Pontualmente Damásio exemplifica:

“Suponhamos que A tenha causado a morte de B. A conduta típica do homicídio possui uma série de fatos. Alguns antecedentes, dentre os quais poderíamos sugerir os seguintes: 1º) produção do revólver pela indústria; 2º) aquisição da arma pelo comerciante; 3º) compra do revólver pelo agente; 4º) refeição tomada pelo homicida; 5º) emboscada; 6º) disparos dos projéteis na vítima; 7º) resultado morte. Dentro dessa cadeia, excluindo-se os fatos sob os números 1º a 3º, 5º e 6º, o resultado não teria ocorrido. Logo, dele são considerados causa. Excluindo-se o fato sob o número 4 (refeição), ainda assim o

³⁹ TELES, Ney Moura. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 197.

⁴⁰ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de direito penal*. p. 61. APUT Rogério Greco.

evento teria acontecido. Portanto, a refeição tomada pelo sujeito não é considerada como sendo causa do resultado”.⁴¹

Ocorre que, esse alcance poderia, de acordo com os críticos, atingir um status *ad infinitum*. Explica melhor Rogério Greco:

“No caso de um crime de homicídio [...] atribuiríamos o resultado, em virtude da mencionada regressão, até mesmo ao proprietário da empresa encarregada da produção de revólver. Não ficariam livres nem mesmo o pai ou a mãe do agente, pois que, se não tivessem gerado, não teria ele cometido o delito”.⁴²

Porém, na sequência ele já explica como a doutrina solucionou o problema:

“No caso em estudo, se o agente adquiriu legalmente o revólver utilizado na prática da infração penal, não há como responsabilizar o proprietário da casa de comércio em que a arma fora vendida e entregue àquele. Aqui, interrompe-se a cadeia causal, uma vez que não houve dolo ou culpa na conduta do proprietário da casa de armas ao vender ao agente o revólver por ele utilizado como instrumento do crime”.⁴³

Conclui-se então que a cadeia separa-se da conduta quando não dolo ou culpa de quem praticou o ato. Devemos lembrar-nos do que estudamos na conduta, já que, se não há dolo ou culpa, o fato é atípico. Ora que, se o homicida munido de autorização para possuir arma foi ao estabelecimento e a comprou, o comerciante não tem conduta dolosa ou culposa em relação ao crime que seria cometido.

Importante que de acordo com a teoria da equivalência dos antecedentes mesmo que o resultado fosse inevitável, concorrendo o agente para sua antecipação, ele terá responsabilidade pelo ato praticado, não podendo se desculpar de que o mesmo iria acontecer com ou sem sua atuação.

Por isso existe a chamada causa absolutamente independente que é aquela que o fato teria ocorrido mesmo se o agente não tivesse participado; a causa relativamente independente, que é a causa que juntamente com a conduta do agente veio a praticar o resultado. Exemplo seria se, por conta de um tiro, a vítima vai ao hospital e, lá estando internada, termina morrendo queimada num incêndio que toma conta do hospital.⁴⁴

⁴¹ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*, v. I. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 218.

⁴² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 237.

⁴³ *Ibidem*, p. 237.

⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 203.

O agente pode causar resultado não somente de forma comissiva, ao praticar uma ação. O resultado pode ser causado também se o agente deixa de praticar uma ação. Para fecharmos o nexos de causalidade vamos tratar novamente, como já vimos anteriormente no estudo da conduta, a omissão do agente que gerou resultado.

A omissão do agente que deriva em um resultado pode ser de forma própria quando emanada de um não fazer. Nesse caso o agente não faz nada para evitar o que poderia ser evitado, ou seja, ele presenciando uma situação que poderia ser evitada, nada faz, deixando o resultado acontecer. Existe nexos de causalidade.

Pode a omissão também ser de forma imprópria, que ocorre quando o agente deveria por força de lei ter agido para evitar o resultado e não o fez. Assim, por exemplo, se o agente atropela alguém, tem o dever legal de prestar socorro, se assim não age prática o resultado por omissão imprópria. Existe nexos de causalidade.

Vamos entrar agora no último elemento do fato típico, a tipicidade.

1.2.1.4 - Tipicidade

Chegamos ao debate do último elemento do fato típico, a tipicidade. A tipicidade nasce quando a conduta (ação ou omissão; dolosa ou culposa) encaixa na previsão legal estabelecida pela lei. Explica Guilherme de Souza Nucci:

“Em suma: tipicidade é instrumento de adequação, enquanto o fato típico é a conclusão desse processo. Exemplificando: Tício elimina a vida de Caio, desferindo-lhe tiros de arma de fogo (fato na vida real). Consta-se haver o modelo legal previsto no art. 121 do Código Penal (“matar alguém”). Submete-se o fato ao tipo e encontramos a tipicidade. Logicamente, para que os fatos da vida real possam ser penalmente valorados, é indispensável que o trinômio esteja presente (conduta+ nexos+ resultado)”.⁴⁵

Importante para alguns doutrinadores, como para Fernando Capez, a diferença entre tipicidade e adequação típica. Assim ele ensina:

“Para alguns doutrinadores a tipicidade é a mera correspondência formal entre o fato humano e o que está descrito no tipo, enquanto a adequação típica implica um exame mais aprofundado do que a simples correspondência objetiva. A tipicidade é uma tipicidade formal, resultando da comparação entre o tipo e o aspecto exterior da conduta, sem análise da vontade ou finalidade do agente. A adequação

⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p.181.

típica vai além, investigando se houve vontade, para só então efetuar o enquadramento”.⁴⁶

Fica a conclusão que além da tipicidade, existe a necessidade que tipicidade e adequação típica ocorram. Porém, essa distinção não é mais tão discutida pelo fato de a tipicidade formal não é tão presente desde a superação da teoria causal da ação.

A doutrina, como exemplo Rogério Greco, divide a tipicidade em formal da conglobante. A primeira ocorre, como exalta o conceito anterior, quando a conduta praticada pelo agente encaixa-se como uma luva na descrição abstrata feita pelo legislador. Em relação a esse perfeito encaixe, Rogério Greco afirma que:

“Quando afirmamos que só haverá tipicidade se existir uma adequação perfeita da conduta do agente ao modelo em abstrato previsto na lei penal (tipo), estamos querendo dizer que por mais que seja parecida a conduta levada a efeito pelo agente com aquela descrita no tipo penal, se não houver encaixe perfeito, não se pode falar em tipicidade”.⁴⁷

A segunda nasce quando da conduta do agente, além do encaixe à previsão abstrata, seja contrária ao direito ou então não seja fomentada por ele. Assim, se o direito permite que alguém que sofre de perigo injusto, atual ou iminente utilizando-se dos meios necessários atue em legítima defesa, não pode depois que o agente valer-se da justificante condená-lo por isso.

Pode ser a tipicidade imediata, quando ocorrendo o caso concreto o mesmo logo se encaixa no fato típico, ou, pode ser mediata – caso clássico é a tentativa – não se encaixa imediatamente, pois depende de outra norma secundária, que entende a figura típica.⁴⁸

Finalizamos o Fato típico. Procurando evoluir nos conceitos para implicar ao caso concreto o caráter de crime, deveríamos passar à ilicitude ou antijuricidade.

A ilicitude ou antijuricidade ocorre quando um agente, por uma conduta, vai contra o ordenamento jurídico, infringindo a norma, porém como de maior relevância para nosso estudo, essa ficará para depois. Seguimos agora para a culpabilidade, terceira fase do trinômio do crime.

⁴⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 187.

⁴⁷ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 173.

⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 260.

1.2.2 – Culpabilidade

Fernando Capez em seu Curso de direito Penal conceitua:

“[...] a possibilidade de se considerar alguém culpado pela prática de uma infração penal. Por essa razão, costuma ser definida como juízo de censurabilidade e reprovação exercido sobre alguém que praticou um ato típico e ilícito. Não se trata de elemento do crime, mas pressuposto para imposição da pena, porque, sendo um juízo de valor sobre o autor de uma infração penal, não se concebe possa, ao mesmo tempo, estar dentro do crime, como seu elemento, e fora, como juízo externo de valor do agente”.⁴⁹

Notamos que pela explicação de Capez, embora analisando de forma impar a culpabilidade, que o mesmo adota a teoria bipartida, considerando elementos do crime somente o fato típico e a antijuricidade. Porém, como escreve Rogério Greco, ao analisar pensamentos parecidos com o de Capez, como o de Damásio, afirma: “Estamos com a maioria da doutrina, nacional e estrangeira, que adota a divisão tripartida do conceito analítico, incluindo a culpabilidade como um de seus elementos característicos.”⁵⁰

A maior parte da doutrina, como Julio Fabbrini Mirabete, Renato N. Fabbrini e Guilherme de Souza Nucci implicam à culpabilidade três elementos, são eles:

- a) Imputabilidade
- b) Potencial consciência sobre a ilicitude
- c) Exigibilidade de conduta diversa.

Nesse sentido Guilherme Souza Nucci afirma que:

“Trata-se de um juízo de reprovação social, incidente sobre o fato e seu autor, devendo o agente ser imputável, atuar com consciência potencial da ilicitude, bem como ter a possibilidade e a exigibilidade de atuar de outro modo, seguindo as regras impostas pelo Direito (teoria normativa pura, proveniente do finalismo)”⁵¹

Depois do resumo dos elementos da culpabilidade dado por Nucci, vamos estudá-los.

⁴⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 297.

⁵⁰ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 160

⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 271.

1.2.2.1 – Imputabilidade

A imputabilidade não é peculiar do direito penal, é instituída a todos os ramos direito. Trata-se de imputar a responsabilização do ato praticado ao sujeito que tenha capacidade e maturidade mentais normais.

Em regra todo agente é imputável, a não ser que ele tenha algum fator pessoal que seja excludente de imputabilidade. Assim, ensina Luiz Carlos Tonello sobre a imputabilidade:

“A imputabilidade formal é vista como pressuposto da culpabilidade; é a capacidade do atuante entender a ilicitude do fato, no momento de sua prática.

Temos que, é isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.⁵²

Quando o agente não possui esse tipo de capacidade, ele é considerado inimputável, ou seja, não é alcançado pela imputabilidade. As formas de inimputabilidades dizem respeito direto ao agente que praticou o fato.

Existem três teorias utilizadas para averiguar a inimputabilidade, a biológica a psicológica e a biopsicológica. Importante exaltar que a última é a utilizada por nosso ordenamento, mas todas merecem comentários.

A primeira que é a biológica leva em conta restritamente a saúde mental que possui o agente. A segunda trata do fator psicológico, levando em conta se no momento da prática da conduta o agente entendia o que estava fazendo e que o que fazia era um fato ilícito. A terceira, biopsicológica, como o nome diz, adota as duas teorias anteriores conjugadas, e, conforme já dito, é a adotada pelo nosso Código Penal.

Assim, o Código Penal positivou três formas de inimputabilidade: I- inimputabilidade por doença mental; II- inimputabilidade por imaturidade natural; embriaguez completa- caso fortuito ou força maior-.

Como exemplo do primeiro caso temos os que possuem alguma perturbação mental ou psíquica de qualquer forma que implique na falta de compreensão dos atos que pratica e até mesmo de controlar suas vontades, como o caso

⁵² TONELLO, Luis Carlos Avansi. *Curso de Direito Penal brasileiro*. 2. ed. Cuiabá: Editora Jurídica Mato-grossense, 2003. p. 199.

da neurose. Ainda os que possuem desenvolvimento mental retardado como o caso dos oligofrênicos.⁵³

O exemplo da segunda forma, que leva em conta a imaturidade natural, é o caso clássico dos menores inimputáveis. Assim os são, pois ainda não atingiram a maioridade e, portanto sua maturidade é considerada incompleta, sendo eles inimputáveis. Essa proteção aos menores vem sofrendo diversas críticas pelo fato de a juventude ter cada dia mais acesso a informações, atingindo a maturidade cada dia mais cedo, não sendo correta a proteção oferecida pelo legislador.

Os que se enquadrarem em alguma dessas características serão inimputáveis e por tanto não cometeriam crime. Isso não significa que o direito penal não o atinja, podendo ele sofrer sanção, como as medidas de segurança.⁵⁴

As formas previstas em relação à embriaguez que afastam a culpabilidade são encontradas em exemplos trazidos pela doutrina, fazendo-se de difícil verificação no cotidiano. Dessa forma Rogério Greco explica:

“Costumamos chamar de caso fortuito o evento atribuído à natureza e força maior aquele produzido pelo homem. Assim, no clássico evento daquele que, em visita a um alambique, escorrega e cai dentro de um barril repleto de cachaça, se, ao fazer ingestão da bebida ali existente, vier a se embriagar, sua embriaguez será proveniente do fortuito. Suponhamos, agora, que durante um assalto a vítima do crime de roubo, após ser amarrada, é forçada a ingerir bebida alcoólica e vem a se embriagar. Essa embriaguez será considerada proveniente de força maior.”⁵⁵

Lembrando, ainda, que aliado ao caso fortuito e a força maior a embriaguez causada tem de confundir o agente a um ponto que esse não possua noção alguma de saber que o fato que está praticando tem caráter ilícito.

A emoção e a paixão não foram adotadas como forma de excludente de imputabilidade por nosso Código Penal. Porém, vale lembrar que em alguns crimes ela é considerada para diminuir a pena, o que nada tem a ver com a inimputabilidade do que é tomado pela emoção ou paixão arrebatadora.

⁵³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. pp. 308/309.

⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 277.

⁵⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 445.

1.2.2.2 - Potencial consciência sobre a ilicitude

A reprovabilidade do ato praticado que afeta o direito penal só pode acontecer se o agente tinha conhecimento que praticava ilícito. Ponto interessante é que o desconhecimento da lei é inescusável, mas o erro quanto à ilicitude do fato não. Art. 21 do Código Penal: O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Para entendermos melhor sobre o tema, faz-se necessário a compreensão da diferença entre erro de tipo e erro de proibição. Esse tema será de grande importância para nosso estudo na parte do excesso e, portanto, será mais aprofundado, mas como faz parte desse tema transitório, vamos introduzi-lo. Assim, explica Damásio de Jesus a diferença entre os dois tipos de erro:

“Erro de tipo é o que incidi sobre as elementares ou circunstâncias da figura típica, sobre os pressupostos do fato de uma justificação ou dados secundários da norma penal incriminadora (...) Conceito de erro de proibição: Se o sujeito não tem a possibilidade de saber que o fato é proibido, sendo inevitável o desconhecimento da proibição, a culpabilidade fica afastada.”⁵⁶

Muito clara a explicação de Damásio. Ao analisar o caso concreto, se o erro estiver no fato típico ou em algum de seus elementos, dar-se-á erro de tipo. Ao analisar o caso concreto o erro incidir na culpabilidade, terceira fase do conceito de crime, dar-se-á erro de proibição.

Importante também trabalharmos aqui a diferença que a doutrina traz entre a falta de conhecimento sobre o fato e o desconhecimento da lei. Explicando essa diferença Cezar Roberto Bitencourt:

“A relação que existe entre a lei, em abstrato, e o conhecimento que alguém de que seu comportamento esteja contrariando a norma legal. E é exatamente nessa relação – de um lado a norma, em abstrato, plenamente eficaz e válida para todos, e, de outro lado, o comportamento em concreto e individualizado- que se estabelecerá ou não a consciência do da ilicitude, que é maneira de culpabilidade, e nada tem que ver com os princípios que informam a estabilidade do ordenamento jurídico.”⁵⁷

Afirma grande parte da doutrina que a lei busca não a real consciência, mas um mero potencial de consciência que a conduta do agente era ilícita.

⁵⁶ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*, v. I. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 93.

⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.372.

Assim se o agente tinha, ainda que pequena consciência de que praticava ato ilícito, é considerado que ele tinha consciência do fato e por tanto se inclui na culpabilidade.

Dentro dessa consciência de que a conduta era ilícita, o agente ainda pode valer-se de o erro ser evitável (vencível, inescusável) ou inevitável (invencível e escusável).

Assim, ficam delimitadas as causas em que a lei afasta ou não a culpabilidade do agente devido ao erro sobre a incidência do fato que praticava e a proibição nascida de lei.

1.2.2.3 - Exigibilidade de conduta diversa

É autoexplicativo o título, já que a culpabilidade será afastada se não puder se exigir outra conduta de quem a praticou. Isso se inclui, inclusive, nos dois tópicos anteriores, pois se o agente era inimputável ou não tinha conhecimento que o ato que praticava era ilícito, não era exigível deste outra conduta. Ao contrário, se outra conduta era esperada do agente e esse escolheu a contrária ao direito encaixou-se o agente no fato típico. Explica melhor Ney Moura Teles dizendo que:

“Para que o sujeito imputável seja reprovado, não basta que tenha possibilidade de conhecer a ilicitude do fato típico e ilícito realizado, é preciso que, nas circunstâncias, tivesse possibilidade de comportar-se de acordo com o Direito e não como se conduziu. Ainda que tivesse conhecimento real, ou, pelo menos, a possibilidade de entender a ilicitude, é necessário verificar se era passível agir de outro modo”.⁵⁸

Essa resposta que se espera do agente em relação a determinado fato não é padronizada. Vale lembrar que cada pessoa possui um nível de coragem, de inteligência e de outros elementos subjetivos que afloram na hora do acontecido, tendo que ser analisado no caso concreto o que esperar ou não de cada pessoa, dada suas características físicas.

Existem previstas causas que excluem a culpabilidade por não exigir conduta diversa, por exemplo, a coação irresistível e a obediência hierárquica.

Em relação à obediência hierárquica ela é subdividida pela doutrina, portando elementos subjetivos. Para ser verificada a obediência hierárquica que deu causa a um dano, temos que verificar primeiramente o conceito de obediência hierárquica. Nas palavras de Damásio de Jesus: “É a manifestação de vontade do titular

⁵⁸ TELES, Ney Moura. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 296.

de uma função pública a um funcionário que lhe é subordinado, no sentido de que realize uma conduta (positiva ou negativa). Ordem não manifestamente ilegal.”⁵⁹

Verificamos nas palavras de Damásio alguns elementos necessários da obediência hierárquica. O primeiro elemento é uma norma não manifestamente ilegal, tem que causar certa dúvida no agente, tem de ser duvidosa, lubridiar.

O segundo é que seja uma ordem vinda de cima, ou seja, que venha de um superior hierárquico e competente para dar ordens.

O terceiro é que esse superior seja o seu superior, ou seja, que o agente seja subordinado daquele que proferiu a ordem.

O último elemento trata que o subordinado cumpra estritamente a ordem que lhe foi dada, isso porque, se uma ordem é dada, e ao cumpri-la o subordinado ultrapassa os limites estabelecidos, ele é o responsável e não o superior.⁶⁰

Em relação à coação moral, alguns pontos merecem ser estudados. Primeiro merece ressalva de que a coação tratada aqui é a moral e não a física que quando verificada exclui totalmente a conduta do agente, pois o mesmo não tinha vontade. Um exemplo é o caso de o coagido ser forçado a colocar o dedo no gatilho e em seguida puxado pelo coator, não existindo vontade, nem culposa e muito menos dolosa.

A coação moral é aquela proveniente de grave ameaça, podendo ela ser irresistível ou resistível. Por se tratar de grave ameaça, na verdade, o coagido tem a vontade só que essa é viciada por coação. Diz-se coação moral irresistível aquela:

“Nas circunstâncias em que a ameaça é irresistível não é exigível que o agente se oponha a essa ameaça para se manter em conformidade com o Direito. Entender diferente equivaleria a exigir do agente um comportamento heroico, que somente um ser superior, que se diferencie dos demais, quer pela coragem, quer pelo idealismo, ou, enfim, por qualquer razão elevada, poderia realizar. Mas o Direito destina-se a homens comuns, a seres normais, e não a heróis”.⁶¹

No caso da coação irresistível, até existe fato típico, por existir vontade, porém o agente não encaixa na culpabilidade, não sendo considerada criminosa a conduta do agente.

⁵⁹ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*, v. I. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, P. 100.

⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 287.

⁶¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 359.

Diferentemente na coação resistível, como o nome diz, o agente poderia ter vencido a coação e sucumbiu a ela. Nesse caso o agente encaixa-se em todos os requisitos do crime, pois o fato é típico, pois houve vontade, há culpabilidade, pois o fato podia ser conduzido de outra forma, por se tratar de resistível, e não há causas excludentes de ilicitude. Porém essa conduta pode ser causa atenuante, sendo valorada pelo juiz.

Aqui visava a lei punir quem coagiu ilegalmente ou então o superior hierárquico que passou a ordem que sobreveio crime, protegendo assim o coagido ou o executor da ordem. Sendo assim, afastada a culpabilidade do agente. Para finalizar o tema uma citação de Rogério Greco:

“Todas as causas dirimentes de culpabilidade desembocarão, é certo, na chamada inexigibilidade de outra conduta, haja vista que, nas condições em que se encontrava o agente, não se podia exigir dele comportamento diverso. Nesse sentido, as lições de Zaffaroni, quando diz que “em última análise, todas as causas de inculpabilidade são hipóteses em que não se pode exigir do autor uma conduta diversa”.⁶²

A citação do autor é muito importante, por tratar casos em que não pode ser exigido do agente diversa conduta. Dessa forma, da mesma forma em que deve ser exigido conduta diversa do agente, em alguns casos, pela situação apresentada, há inexigibilidade de conduta diversa, fato que também atinge a culpabilidade.

Faz muito sentido o estabelecimento desse requisito na culpabilidade, tendo em vista que o agente que foi influenciado a praticar determinado ato deve ser protegido, seja por ter sido coagido irresistivelmente, seja por ter recebido ordens que imagina ter de cumprir e que de fato era crime.

1.2.3 Ilicitude (antijuricidade)

Agora passamos ao elemento do crime de maior relevância para o trabalho, a ilicitude ou antijuricidade como alguns autores preferem.

Primeiramente vamos entender o motivo de alguns doutrinadores utilizarem o termo antijuricidade, como o caso de Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini, e o termo ilicitude utilizado pela maioria, como Fernando Capez, Rogério Greco dentre outros.

⁶² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 455.

Ocorre que o Código Penal de 1940 utilizava o termo antijuricidade, termo que foi mudado com a reforma penal de 1984, de acordo com alguns autores, como Cezar Roberto Bitencourt, mudança essa seguinte recomendação de Assis Toledo.

A grande crítica que foi feita ao termo antijuricidade é que o delito foi criado pelo Direito, sendo errado chamá-lo de antijurídico. Na verdade quando uma conduta ilícita é praticada ela não contraria a lei, ela, na verdade, encaixa-se na previsão feita pelo legislador.⁶³

Concordamos com a nomenclatura ilicitude, pelos argumentos apresentados, que não são fortemente contestados pelos que preferem o termo antijuricidade, que geralmente se valem de que ainda é o termo utilizado na maior parte dos países europeus.

A ilicitude ocorre quando um agente, por uma conduta, vai contra o ordenamento jurídico, infringindo a norma. Para Luiz Regis Prado:

“O elemento conceitual do delito, ilicitude ou antijuricidade – expressões consideradas aqui como sinônimas-, exprime a relação de contrariedade de um fato com todo o ordenamento jurídico (uno e indivisível), com o Direito positivo em seu conjunto. Enquanto a subsunção de um fato concreto ao tipo legal, isto é, o juízo de tipicidade, tem um caráter positivo, o juízo de ilicitude, decorrente da verificação da operatividade de uma norma permissiva, evidencia um aspecto negativo”.⁶⁴

Vamos começar tratando de um ponto fundamental existente na ilicitude, o conceito formal e material.

Assim, para Fernando Capez a ilicitude formal:

“Mera contrariedade do fato ao ordenamento legal (ilícito), sem qualquer preocupação quanto à efetiva perniciosa social da conduta. O fato é considerado ilícito porque não estão presentes as causas de justificação, pouco importando se a coletividade reputa-o reprovável”.⁶⁵

Isso trata da inserção propriamente formal da conduta contida dentro do tipo e encaixada na lei.

Já a ilicitude material leva em conta a repudia que a conduta e seu resultado causam ao todo. Ora que, o direito penal atende também a expectativa social e

⁶³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.293.

⁶⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p.233.

⁶⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 271.

as condutas que os cidadãos consideram plausíveis de serem atribuídas sanções. Explica Bitencourt:

“A antijuricidade material, por sua vez, se constitui da lesão produzida pelo comportamento humano que fere o interesse jurídico protegido, isto é, além da contradição da conduta praticada com a precisão da norma, é também necessário que o bem jurídico protegido sofra ofensa ou a ameaça potencializada pelo comportamento desajustado”.⁶⁶

Um ponto que merece grande atenção é a afirmação de grande parte da doutrina da importância e ligação entre a tipicidade e a ilicitude, ora que aquela antecede essa necessariamente. Existem duas teorias sobre a ligação que ocorre entre fato típico e ilicitude. Como explicado anteriormente à ligação entre o fato típico e a ilicitude são duas etapas distintas, assim o fato pode ser típico e não ser ilícito. É o que fala a teoria da *ratio cognoscendi*. Assim, Rogério Greco exemplifica:

“Suponhamos que A, agindo com *animus defendendi*, saque o revólver que trazia consigo e, visando repelir a agressão injusta que estava sendo praticada contra sua pessoa, atire e cause a morte de B. No conceito analítico de crime, uma vez adotada a teoria *ratio cognoscendi*, o fato praticado por A é típico, o que indicaria sua ilicitude. Contudo, embora típico o fato, o agente atuou amparado por uma causa de exclusão da ilicitude, quebrando, dessa forma, a presunção havida anteriormente, com a conclusão que, embora típico, não é ilícito”.⁶⁷

Outra teoria, a *ratio essendi*, funde o fato típico com a ilicitude. Assim, se levarmos em conta o exemplo de Rogério Greco, para essa teoria, no caso da legítima defesa, inexistiria fato típico.

Importante a separação feita pela doutrina, existindo a ilicitude objetiva e a subjetiva. Para os que defendem que a ilicitude é somente objetiva, basta que atenda aos requisitos trazidos pela lei, não importando para tanto causas subjetivas, como por exemplo, a consciência de que o agente praticava uma justificante. Para entendermos melhor, vamos estudar um exemplo:

Suponhamos que Heitor dirija-se até a casa de Prometeu, com o fim de matá-lo, em virtude do não pagamento de uma dívida de jogo. Lá chegando, olhando por sobre o muro, consegue ter a visão somente da cabeça de Prometeu, que se encontrava na cozinha. Nesse instante, aponta a sua arma e efetua o disparo mortal,

⁶⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 294.

⁶⁷ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 457.

fugindo logo em seguida. Sem que Heitor soubesse, no exato momento em que atirou em Prometeu, estava prestes a causar a morte de Cronus, que já se encontrava de joelhos, aguardando o disparo que seria realizado por Prometeu. Resumindo, Heitor atirou em Prometeu e, mesmo não sabendo, salvou a vida de Cronus.

Parece-nos muito mais lógica que exista a valoração do elemento subjetivo, ora que, no exemplo, existia o dolo de matar e não de salvar o que seria morto. Assim, existe fundamental e inerente objetividade que haja o elemento subjetivo para valorarmos qualquer das excludentes.

CAPÍTULO 2 - Excludentes de Ilicitude

Nesse capítulo estudaremos as causas excludentes da ilicitude, suas teorias e peculiaridades. Com tais entendimentos poderemos trabalhar com todos os conceitos necessários para um entendimento completo sobre a legítima defesa e as modalidades de excesso que podem nascer dessa.

2.1 - Noções gerais

As excludentes de ilicitude não são encontradas somente na Parte Geral do Código Penal, essas gerais a todos os crimes contidos na Parte Especial ou nas leis penais especiais. São encontradas também as verificadas somente em alguns crimes que constam na Parte Especial, como é o caso do aborto necessário. São encontradas também em legislação extrapenal, como exemplo a legítima defesa encontrada no Código Civil em seu artigo 1.210 parágrafo 1.º.⁶⁸

Iremos estudar em seguida, por serem as relevantes para o trabalho que se desenvolve, as excludentes de ilicitude contidas no artigo 23 do Código Penal em sua Parte Geral e que são auferidas a todos os crimes previstos.

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

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo”.

Importante ressaltar que todas as previsões legais de afastamento do crime possuem seus elementos objetivos e subjetivos abordados pela doutrina, como visto anteriormente. Assim, Rogério Greco, traz a citação de um renomado autor alemão, que explica a importância desses requisitos:

“As causas de justificação possuem elementos objetivos e subjetivos. Para a justificação de uma ação típica não basta que se dêem os elementos objetivos de justificação, se não que o autor deve conhecê-los e ter, ademais, as tendências subjetivas especiais de justificação. Assim, por exemplo, na legítima defesa ou no estado de necessidade (justificante, o autor deverá conhecer os elementos objetivos de justificação (a agressão atual ou o perigo atual) e ter a vontade de defesa ou de salvamento. Se faltar um ou outro elemento subjetivo de justificação, o autor não se justifica apesar da existência dos

⁶⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 234.

elementos objetivos de justificação. (WELZEL, HANS. *Derecho penal alemán*, p.100.)”⁶⁹

Vale lembrar aqui novamente que a exclusão de ilicitude não exclui o fato típico, pois adotamos no ordenamento jurídico brasileiro que ambos são fases diferentes no que diz respeito ao crime.

O enfoque do trabalho está previsto no parágrafo segundo do referido artigo conjugado com seu parágrafo único. Porém, para maior compreensão, todas as previsões devem ser mencionadas. Começamos pelo parágrafo primeiro, o Estado de necessidade.

2.2 - Estado de Necessidade

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

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

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

“O estado de necessidade pressupõe um conflito entre titulares de interesses lícitos, legítimos, em que um pode perecer licitamente para que o outro sobreviva”.⁷⁰ Agora nas palavras de Delmanto:

“Estado de necessidade é a situação de perigo atual, não provocada voluntariamente pelo agente, em que este lesa bem de outrem, para não sacrificar direito seu ou alheio, cujo sacrifício não podia ser razoavelmente exigido”.⁷¹

Pode se extrair dos comentários da doutrina que, para a configuração do estado de necessidade: exista uma ameaça a direito próprio ou alheio; que haja perigo atual e inevitável; que um bem prevaleça sobre o outro; que a situação que levou o bem a ser ameaçado não tenha sido causada pelo agente; que não haja dever legal do agente de enfrentar o perigo; e como elemento subjetivo que o agente tenha o conhecimento da situação que ocorre se trata de excludente.

Rogério Greco, explica a relação entre os bens da seguinte forma:

⁶⁹ GREGO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 349.

⁷⁰ MIRABETE, Julio; FABRINI, RENATO. *Manual de Direito Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 171.

⁷¹ DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro:Renovar, 2002. pag. 47.

“Figurativamente, seria como se o ordenamento jurídico colocasse os bens em conflito cada qual em um dos pratos de uma balança. Ambos estão por ele protegidos. Contudo, em determinadas situações, somente um deles prevalecerá em detrimento de um sobre o outro”.⁷²

Essa pesagem da relevância entre os bens em xeque causa alguns bons debates doutrinários, travados principalmente pela teoria unitária e a teoria diferenciadora. Ocorre que, a teoria unitária leva vantagem pelo fato de ser abraçada pelo Código Penal. Grosso modo, para esta não importa a valoração dos bens que estão, utilizando da figuração de Rogério Greco, nos pratos da balança. Assim:

“Não existe comparação de valores, pois ninguém é obrigado a ficar calculando o valor de cada interesse em conflito, bastando que atue de acordo com o senso comum daquilo que é razoável. Assim, ou o sacrifício é aceitável, e o estado de necessidade atua como causa justificadora, ou não é razoável, e o fato passa a ser ilícito”.⁷³

A teoria diferenciadora é muito bem acolhida pela maioria da doutrina, pois ao contrário da unitária, entende que a valoração do bem é essencialmente necessária, sendo assim, existiria para todo caso concreto a obrigação de ser analisada a importância do bem que foi ferido e a do que foi salvo. Explica Antonio Leopoldo Teixeira:

“[...] algumas vezes o estado de necessidade exclui a ilicitude, legitimando a ação, em casos de sacrifício de valores menores para salvar de valores maiores; outras vezes exclui a culpa, elidindo o juízo de censura sobre o qual repousa a culpabilidade, nos casos de sacrifício de valores iguais aos que se salvam, ou mesmo de valores maiores quando ao agente não era exigível outro comportamento”.⁷⁴

Os autores também ressaltam a importância de tratar sobre a atualidade e iminência do perigo, mas em grande parte a doutrina acolhe que:

“É necessário que o sujeito atue um perigo atual, ou seja, que exista a probabilidade de dano, presente e imediata, ao bem jurídico. [...] não inclui o perigo iminente [...] o perigo, contudo, é sempre uma situação de existência da probabilidade de dano imediato e assim, abrange o que está prestes a ocorrer”.⁷⁵

Ainda nos requisitos objetivos do estado de necessidade é importante falar que o direito ameaçado pode ser próprio ou alheio, não necessitando o que vai salvar direito de terceiro de prévia autorização, devido à urgência que ocorre. Nesse

⁷² GREGO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 352.

⁷³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 273.

⁷⁴ TEIXEIRA, Antonio. *Da Legítima Defesa*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 49.

⁷⁵ MIRABETE, Julio; FABRINI, RENATO. *Manual de Direito Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 172.

sentido Capez exemplifica: “o agente não precisa aguardar a chegada e a permissão do vizinho para invadir seu quintal e derrubar a árvore que está prestes a desmoronar sobre o telhado daquele.”⁷⁶

Outro importante debate trava-se no campo da culpabilidade do agente em relação ao perigo que ocorre. Assim, alguns, como o professor Damásio de Jesus, entendem que o somente se o perigo for causado dolosamente será causa que impeça a alegação do estado de necessidade. Outros, como o professor Assis de Toledo, sustentam que o perigo causado por culpa também impedem a alegação do estado de necessidade.

Como possuiu grande relevância para o trabalho que se segue, importante far-se-á comentários sobre o excesso. O excesso configura-se em uma intensidade que ultrapassa o nível da realidade que era necessária para o caso concreto. Assim, pode o excesso configurar-se por dolo ou culpa do agente. Explica o doutrinador Antonio Leopoldo Teixeira:

“O excesso poderá ser de natureza dolosa, ou consciente, quando forem excedidos os limites da justificativa com vontade consciente [...] o excesso não-intencional, de natureza culposa, é o derivado de erro, em que o autor, em face da falsa percepção da realidade motivada pelas circunstâncias da situação concreta, não tem consciência da desnecessidade da continuidade da conduta”.⁷⁷

Passamos agora ao estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito, assim previstos pela lei:

2.3 - Estrito Cumprimento do Dever Legal

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

O cumprimento de dever legal, que trataremos antes, é muito simples, e assim é tratado pela doutrina, que não se estende muito ao tratá-lo. Assim Luiz Regis Prado escreve: “O agente que atua em estrito cumprimento de um dever legal (art. 23,

⁷⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 276.

⁷⁷ TEIXEIRA, Antonio. *Da Legítima Defesa*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 49.

III, 1.^a parte, CP) cumpre exatamente o determinado pelo ordenamento jurídico, realizando, assim, uma conduta lícita (*júris, executio non habet injuriam*).”⁷⁸

Para compreendermos melhor esse conceito vamos definir o que é dever legal. Assim, ensina Paulo José da Costa Júnior:

“A expressão “dever legal” restringe a abrangência da norma aos deveres impostos pela lei. (...) Os destinatários do dispositivo são sobretudo os agentes do Poder Público, os servidores do Estado. Ou então aqueles que eventualmente estejam incumbidos do cumprimento de um dever legal”⁷⁹.

Fica claro em tão que a conduta praticada pelo agente tem que estar respaldada por um dever legal nascido de uma norma.

Assim, um policial, vinculado por obrigação direta ou indiretamente derivada de lei, agindo estritamente dentro dos limites trazidos por lei, que restringe a liberdade de um criminoso pego em flagrante, atua no estrito cumprimento do dever legal.⁸⁰

Obviamente que o funcionário designado por lei que ultrapassa os limites necessários para o cumprimento do dever legal responde por excesso culposo ou doloso, como explicado, a depender da consciência que era esperada do mesmo no caso concreto.

Como nas outras excludentes de ilicitude, aqui também se faz valer o aspecto subjetivo. Assim, o agente público que age por determinação legal tem de praticar sua conduta sabendo que esta é seu dever legal derivado da norma.

Vamos supor então que um policial prende um cidadão sem motivada suspeita atuando com abuso de autoridade. Acontece que esse cidadão tinha mandado de prisão contra ele, questão desconhecida pelo agente policial.

Esse fato não excluirá o abuso de autoridade previsto em nossa norma, pois o agente policial não possuía consciência de que se tratava de estrito cumprimento do dever legal, que no caso apresentado é o de prender quem é procurado pela justiça.

Para tornar mais clara os institutos, seguem alguns exemplos trazidos pela doutrina: o ingresso em casa alheia por agentes municipais para efeito de

⁷⁸ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro -parte geral-*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 406.

⁷⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 290

⁸⁰ *Ibidem*, p. 290.

lançamento de imposto; a prisão militar de insubmisso ou desertor; a apreensão de coisas e pessoas, na forma da lei processual penal; o arrombamento e a entrada forçada na residência para efetuar a prisão de alguém, durante o dia, com mandado judicial.

2.4 - Exercício Regular do Direito

Vamos tratar agora do exercício regular do direito, modalidade contida no mesmo parágrafo que a modalidade anterior, e que assim como a referida, ficou a cargo da doutrina estabelecer os limites. Luiz Regis Prado:

“Aquele que age no exercício regular do direito (*Qui iure suo utitur neminem laedit*). Quer dizer, que exercita uma faculdade de acordo com o direito, está atuando licitamente, de forma autorizada (art. 5º, II, CF). Não se pode considerar ilícita a prática de ato justificado ou permitido por lei, que se substancie em exercício de direito dentro do marco legal, isto é, conforme os limites nele inseridos”.⁸¹

Ora que se o direito permite que algo seja feito, não pode posteriormente penalizar o que o respeitou. Assim, o ilustre professor Capez, em seu livro – parte geral- traz uma citação de Graf Zu Dohna, general alemão: “uma ação juridicamente permitida não pode ser, ao mesmo tempo, proibida pelo direito. Ou, em outras palavras, o exercício de um direito nunca é antijurídico”.⁸²

Verifica-se então, que se trata de uma excludente de ilicitude que é formada por uma norma anterior que autoriza o ato. Como no pensamento criado por Luiz Regis Prado, em que o mesmo cita o artigo 5º, II, da CF, ele é muito claro em sua redação:

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”

Então no caso de permissão legal, não pode posteriormente, causando insegurança jurídica, o agente ser cominado por pena. Esse toca todas as pessoas, sem distinção, conclusão tirada do caput do referido artigo constitucional.

⁸¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro -parte geral-*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 408.

⁸² CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 291.

Ainda existe necessidade de ressaltar que o conceito de direito utilizado pelo legislador e deixado para definição doutrinária e jurisprudencial é amplo, compreendendo todo direito subjetivo, de qualquer ramo do ordenamento jurídico, não fazendo distinção.⁸³

Vamos entrar em um relevante problema a respeito da justificante. O primeiro encontrado é o relativo ao consentimento do ofendido. De acordo com parte da doutrina, dentre ela Rogério Greco, o consentimento do ofendido enfrenta duas finalidades diferentes, afastar a tipicidade do ato ou excluir a ilicitude da conduta. Para diferenciar as finalidades Rogério Greco traz citação de Enrique Bacigalupo que ensina que:

“Qual é o âmbito em que deve operar o consentimento. Um setor da teoria distingue entre o consentimento que exclui a tipicidade e o que exclui a antijuricidade, 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: por exemplo, na violação de domicílio do Código Penal argentino, art. 150 (contra a vontade expressa ou presumida do dono). O consentimento excluiria, pelo contrário, a antijuricidade quando o comportamento do autor importasse já uma lesão ao bem jurídico. Por exemplo, no caso do delito de dano às coisas. (Código Penal argentino, art.183)”⁸⁴

O que pode ser extraído é que dentro do caso concreto, de acordo com a conduta do agente, poderá ser averiguado aonde o consentimento incidirá para excluir, em alguns casos a tipicidade, e em outros a ilicitude.

O consentimento do ofendido não é expresso em nosso Código Penal, mas por se tratar de matéria totalmente relevante para a vida em sociedade, por abranger vários costumes sociais – intervenções cirúrgicas estéticas, tatuagens-. Portanto, existe o fato típico, mas não a ilicitude, pela prática ser protegida pelo direito. Porém alguns requisitos necessitam ser verificados para que seja instituída a excludente de ilicitude. Assim, ensina Assis Toledo:

“São requisitos do consentimento justificante:

- a) Que o ofendido tenha manifestado sua aquiescência livremente, sem coação, fraude ou outro vício de vontade;
- b) Que o ofendido, no momento da aquiescência, esteja em condições de compreender o significado e as consequências de sua decisão, possuindo, pois, capacidade para tanto;

⁸³ GREGO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p, 412.

⁸⁴ *Ibidem*, p, 413.

- c) Que o bem jurídico lesado ou exposto a perigo de agressão se situe na esfera de disponibilidade do aquiescente;
- d) Finalmente, que o fato típico penal realizado se identifique com o que foi previsto e se constitua em objeto de consentimento pelo ofendido”.⁸⁵

Esses requisitos são como visto, para uma maior proteção daquele que consente para o que pratica a conduta estar limitado dentro desse consentimento, sendo, portanto, responsabilizado pelos excessos, erros, ou diferente conduta daquela que foi autorizada.

Vamos seguir agora para a excludente de ilicitude mais relevante para o trabalho a legítima defesa.

2.5 - Legítima Defesa

A legítima defesa é instituto dos mais apreciados e debatidos no Direito Penal. A nobreza de tal direito é a representação de um ato justo, da defesa contra a injustiça e o mal. A justiça não pode sucumbir à injustiça e desculpar-se de lá não estar na hora da ofensa. Para isso, permitida e protegida pelo direito está a defesa sumária do ofendido.

Cezar Roberto Bittencourt, na introdução da explicação da justificante, ensina que:

“A legítima defesa, um dos institutos jurídicos melhor elaborados através dos tempos, representa uma forma abreviada de realização da justiça penal e da sua sumária execução, Afirma-se que a legítima defesa representa uma verdade imanente à consciência jurídica universal, que paira acima dos códigos, como conquista da civilização”.⁸⁶

O importante instituto penal está previsto no art. 25 do Código Penal: “Art.25- Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

Do texto legal emanado do artigo, podemos retirar os requisitos para verificação da excludente de ilicitude:

- a) Agressão injusta;
- b) Atual ou iminente;
- c) À direito próprio ou de terceiro;

⁸⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 215.

⁸⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 316.

- d) Repulsa com os meios necessários;
- e) Uso moderado dos meios necessários;
- f) Elemento subjetivo;

2.5.1 - Agressão injusta

Começando pela agressão injusta, notar-se que o legislador não protegia qualquer agressão, e assim tomou cuidado para reduzir sua interpretação. A agressão que dá ao direito de defender-se sumariamente é a injusta, conforme ensina:

“A agressão que possibilita a legítima defesa deve ser injusta, ilícita, não devendo ser necessariamente um ilícito penal. Há de ser, isso sim, um comportamento objetivamente proibido pelo Direito. Assim, constitui agressão injusta a praticada por um doente mental, absolutamente incapaz de compreender a ilicitude do seu gesto”.⁸⁷

O leque de bens jurídicos protegidos pela legítima defesa vai ser tratado posteriormente. Mas, é majoritário o entendimento de que a legítima defesa pode ser utilizada para proteger qualquer bem jurídico.

Ainda em relação à agressão, vale lembrar que a legítima defesa só é possível contra agressão humana.

Outro ponto relevante em relação à agressão é que essa não pode ter sido uma provocação do agente, a não ser que a intensidade desta seja tal que posso valorar uma reação moderada. Por exemplo, não age em legítima defesa o que, ao ser ofendido no trânsito agrida fisicamente o ofensor. Isso vai ser mais bem tratado no uso moderado dos meios, mas diz respeito também à agressão.

2.5.2 - Atual ou iminente

O legislador buscou proteger o direito agredido, mas também se preocupou em repelir a vingança particular. Sendo assim, se a agressão ou o perigo não existe mais, não há legítima defesa.

Grosso modo agressão atual é aquela que já está acontecendo. Exemplo: Hipérion estava caminhando quando de surpresa foi agredido com um soco. A agressão está em curso.

⁸⁷ TELES, Ney Moura. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 260.

A agressão iminente é aquela que está para acontecer. Exemplo: Hipérion vendo que Atlas estava com o movimento para lhe dar um soco defende-se. A agressão está prestes a acontecer.

Resume a atualidade e a iminência protegidas pela legítima defesa
Cezar Roberto Bitencourt:

“A reação do agredido para caracterização da legítima defesa deve ser sempre preventiva: deve impedir o início da ofensa ou sua continuidade, desde que esta, se não for interrompida, produzirá dano maior. A reação deve ser imediata à agressão, pois a demora na repulsa descaracteriza o instituto da legítima defesa”.⁸⁸

Não concordamos somente com a parte em que ele fala que se a agressão não for produzir dano maior não é legítima a defesa. A continuidade da agressão, sendo ela ou não agravadora do dano, legítima a defesa.

2.5.3 - A direito próprio ou de terceiro

O legislador ao contrário da agressão, aonde implicou restrições, ampliou a gama da proteção ao direito, podendo ele ser próprio ou de terceiro.

Sobre essa situação de defender o bem de outrem, escreve Rogério Greco:

“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”.⁸⁹

Porém, parte da doutrina, como o próprio Rogério Greco, limita a extensão que pode ocorrer nessa defesa de terceiros. Para essa parte da doutrina, os bens disponíveis não são passíveis de serem defendidos legitimamente por terceiros, só podendo assim, socorrer o bem disponível com autorização do titular desse direito.

Entendemos que isso não é taxativo, como trata esta corrente doutrinária, tendo que haver um juízo de valor em cada caso concreto, só assim pode ser ou não afastada a legítima defesa de terceiros a bens disponíveis.

Para finalizarmos essa parte vale lembrar que não protege o direito aos bens não tutelados. Nesse sentido Guilherme Souza Nucci:

⁸⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 318.

⁸⁹ GREGO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 387.

“Tal como no estado de necessidade, somente pode invocar a legítima defesa quem estiver defendendo bem ou interesse juridicamente protegido. Não há possibilidade de defesa contra agressão a bem sem proteção jurídica (exemplo: não pode invocar a excludente quem está defendendo, contra subtração alheia, a substância entorpecente, não autorizada, que mantém em poder)”.⁹⁰

A conclusão é perfeita, pois, a legítima defesa defende Direito e a posse de entorpecente é exatamente contra o direito, por ser proibida e não protegida pela norma.

2.5.4 - *Repulsa com meios necessários*

O legislador aqui limitou a ação do agente contra os meios que podem ser utilizados para repelir a agressão injusta. Assim explica Julio Mirabete e Renato Fabbrini que:

“Na reação, deve o agente utilizar moderadamente os meios necessários para repelir a agressão atual ou iminente e injusta. Tem-se entendido que meios necessários são os que causam o menos dano indispensável à defesa do direito, já que, em princípio, a necessidade se determina de acordo com a força real da agressão”.⁹¹

Essa alinha, e a próxima, são de fundamentais importâncias para esse trabalho e vão ser aprofundadas quando tratarmos do excesso. O problema que se relaciona com o excesso é o fato de no momento de tensão da agressão e da impossibilidade de preparar-se de escolher esse meio que cause menos dano.

Os meio necessários então tem que se estabelecer dentro da razoabilidade e da proporcionalidade. Para isso são diversos os exemplos. Vamos a um trazido por Rogério Greco:

“Imaginemos uma criança com 10 anos de idade, ao passar por uma residência localizada ao lado de sua escola, percebe que lá existe uma mangueira repleta de frutas. Não resistindo à tentação, invade a propriedade alheia com a intenção de subtrair algumas mangas, oportunidade em que o proprietário daquela residência e, conseqüentemente, da mangueira, a avista já retirando algumas frutas. Como o objetivo de defender o seu patrimônio, o proprietário, que somente tinha à sua disposição, como meio de defesa, uma espingarda cartucheira, efetua um disparo em direção à aludida criança, causando-lhe a morte”.⁹²

⁹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 244.

⁹¹ MIRABETE, Julio; FABRINI, RENATO. *Manual de Direito Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 180.

⁹² GREGO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 382.

Muito fácil de concluir que o proprietário não agiu com proporcionalidade, já que valorou uma manga a uma vida. Também não agiu com razoabilidade, pois se tratava de uma criança que pegava alguns frutos.

Portanto em relação aos meios necessários, o julgador tem de atentar para o excesso dos meios utilizados para repelir a agressão.

2.5.5 - *Uso moderado dos meios necessários*

O uso que o agente faz do meio escolhido para repelir a agressão injusta também é limitado pelo legislador, tendo que ser até o momento que encerrar a agressão e de forma a produzir o menor dano possível. Explica Guilherme de Souza Nucci que:

“Não se trata de um conceito rígido, admitindo-se ampla possibilidade de aceitação, uma vez que a reação de uma pessoa normal não se mede por critérios matemáticos ou científicos. Como ponderar o número de golpes de faca que serão suficientes para deter um atacante encorpado e violento? Daí por que a liberdade de apreciação é grande, restando ao magistrado valer-se de todo o bom senso possível a fim de não cometer injustiça”.⁹³

O autor defende a moderação da reação, mas acertadamente, explica que é necessária a verificação de caso a caso, para chegar a uma conclusão justa.

O grande problema é que no caso de agressão, dependendo de sua intensidade, o agente, por passar por uma emoção que não lhe é cotidiana, acaba embaralhando os sentidos, sendo complexa tarefa entender o momento ao qual este passava. Por isso é um tema tão debatido, pela lacuna entre o que é ação moderada e o que não é. Nesse sentido um exemplo de Rogério Greco:

“Suponhamos que A esteja sendo agredido injustamente por B. Com a finalidade de fazer cessar a agressão, A saca uma pistola que trazia consigo e efetua oito disparos em direção a seu agressor. Mesmo atingido por oito vezes, o agressor ainda caminha em direção ao agente, pois que os disparos não foram suficientes para fazê-lo parar. Somente no nono disparo é que o agressor é derrubado e a agressão cessa. Assim, para que possamos verificar se o uso do meio necessário foi moderado ou não, é preciso que tenhamos um marco, qual seja, o momento

⁹³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 250.

em que o agente consegue fazer cessar a agressão que contra ele era praticada”.⁹⁴

Claro que depois de B cair, cessando a agressão, A atira novamente e novamente, fica configurado o excesso, já que a agressão já havia sido encerrada.

Esse ponto e o anterior, por estarem totalmente relacionados com o excesso, tema do trabalho, irão ser apreciados quando entrarmos no estudo sobre o excesso.

2.5.6 - Elemento subjetivo

Como já estudamos nas outras excludentes de ilicitude, ressaltando sua importância, não podíamos deixar de defender a importância do que a doutrina chama de elemento subjetivo. Vamos estudar o exemplo de Ney Moura Teles:

“Jorge deseja matar Alfredo, que costuma beber em certo bar, onde, normalmente, entra em atrito com frequentadores, chegando, invariavelmente, às vias de fato. Então, Jorge dirige-se ao referido bar, posta-se certa distância de Alfredo, aguardando que ele, como faz costumeiramente, se desentenda com outra pessoa. Não muito tempo decorre e começa uma discussão entre Alfredo e Marcos, provocado pelo primeiro, a qual evolui para um desforço físico, iniciado por Alfredo que, em dado momento, inesperadamente, toma de uma cadeira de madeira, levanta-a e vai, com ela, atingir a cabeça de Marcos, instante em que Jorge saca sua arma e dispara um único tiro, que acerta o braço, atravessando-o, em seguida, o peito esquerdo de Alfredo que, em virtude do único ferimento, vem a morrer”.⁹⁵

Temos que extrair do exemplo que seria um caso clássico de legítima defesa de terceiro, temos deste, todos os requisitos para a verificação da excludente. Ocorre que, o agente utilizou-se da briga, não para socorrer terceiro, mas, para um plano maior e pré-calculado.

Dessa forma, explica Damásio de Jesus: “A repulsa legítima deve ser objetivamente necessária e subjetivamente conduzida pela vontade de se defender. A falta do requisito subjetivo afasta a justificativa”.⁹⁶

Temos que entender da sentença de Damásio que a vontade de utilizar tão nobre instituto tem de estar presente na consciência do agente, tem de ser esse o objetivo direto e não outro. A vontade e consciência do agente são e sempre devem ser objetos de apreciação por parte do ordenamento jurídico. Assim, existe a necessidade de

⁹⁴ GREGO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 384.

⁹⁵ TELES, Ney Moura. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 266.

⁹⁶ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*, v. 1. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 119.

verificarmos a presença real da vontade do agente estar utilizando-se da excludente, e ainda, que dela necessita.

Depois de estudarmos os elementos da excludente, vamos estudar um assunto muito delicado e presente no Direito Penal. Este assunto está assentado no parágrafo único do artigo 23º do CP. Assim:

2.6 - Do Excesso

Como vimos no estudo da legítima defesa, este instituto autorizado pelo legislador tem de balizar-se em regras. Estas regras são necessárias para que a legítima defesa caracterize-se pela resposta a uma agressão injusta e atual ou iminente e não para uma vingança pessoal. Por se tratar de resposta imediata para repelir a agressão, ultrapassar qualquer dos limites estabelecidos por lei pode ser valorado como excesso.

Nesse sentido Paulo José da Costa Jr:

“O agente que vier a matar para defender-se, quando fosse suficiente espancar o agressor inerte; o proprietário que tirar a vida do garoto que lhe invade o pomar para subtrair frutas; o policial que espancar o réu preso em flagrante; ou até mesmo o soldado que dispara contra a multidão enfurecida, ao invés de fazê-lo para o alto, responderão pelo excesso, se praticado sem culpa alguma”.⁹⁷

Dessa forma, se o legislador previu no texto legal que fossem utilizados os meios necessários, se o agente extrapola esses meios, teoricamente estaria ensejando no excesso. Na verdade, qualquer previsão estabelecida, caso não seja observada, ultrapassando os limites, pode, configurar o excesso na excludente.

Dessa forma, é sempre importante, quando tratarmos desse assunto, uma delicada e substancial apreciação sobre o caso concreto.

Isso se dá pelo fato de que não podemos esquecer que apesar de o excesso ser condenado pelo parágrafo único do artigo 23, o agente não está em uma situação confortável.

Por muitas vezes, ao nos depararmos com situações de terceiro, julgamos suas ações como deuses, como seres superiores que nunca pendem ao erro.

⁹⁷ COSTA JR, Paulo José da. *Código Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 80.

Assim, valoramos ou desvalorizamos atos humanos, com bases e informações incompletas, sem nos colocarmos, nem se quer, a refletir sobre determinada situação.

A legítima defesa por muitas vezes decorre de situações de elevado estresse, com inúmeras peculiaridades, perigos e surpresas. Além disso, qualquer cidadão pode se deparar com o mal, com a injusta agressão, e nem todos têm preparo psicológico e físico para repelir tais ameaças.

Esse limite que não pode ser ultrapassado, isso é, os limites na legítima defesa, e o contraponto, ou seja, certa compreensão pelo que passava o agente é de extrema dificuldade, e de real relevância.

Para tanto, temos que entender quais tipos de excessos podem nascer do caso concreto, bem como, as ponderações feitas pela doutrina e interpretações que devem ser feitas em relação a situação em que se encontrava o agente.

Dessa forma, vamos passar aos tipos de excesso emanados da legítima defesa.

2.6.1 - Do excesso doloso

Vamos começar com o estudo do excesso doloso. Como aprendemos no começo de nosso estudo o dolo nasce da vontade e consciência do agente. Assim, o que interessa é a finalidade que o agente pretendia com sua conduta. Dessa forma, se o agente inicia sua defesa legítima, prevista pelo legislador, e em seguida, dolosamente, extrapola, incide em excesso doloso. Por exemplo:

Artorius caminha até sua casa depois de um longo dia de labuta. Ocorre que, sem que este soubesse, Ulisses, seu declarado inimigo, o espera armado e com ímpeto de matá-lo. Ao avistar Artorius, Ulisses, sai da sombra, e atira na direção deste, errando. Contando com a péssima mira de Ulisses, Artorius saca sua arma e com um tiro perfeito acerta o ombro de seu inimigo, que cai ao chão, imobilizado para qualquer ação. Aproveitando-se do momento de fragilidade de seu inimigo, Artorius se aproxima e atira na cabeça de Ulisses, matando-o.

Verificamos que, Artorius, com o primeiro tiro, praticou um fato típico, incidiu também na culpabilidade, porém estava cerceado por uma excludente de ilicitude, no caso a legítima defesa. Importante essa afirmação, pelo fato de o excesso posterior não excluir a anterior justa e legítima defesa.

Nas palavras de Damásio: “ O excesso doloso não exclui a anterior legítima defesa”⁹⁸

Ocorre que, posteriormente, sua conduta começou a exceder os limites necessários. Dessa forma, quando atirou pela segunda vez (conduta), tiro este que acertou a cabeça de Ulisses e o matou (resultado) - houve aí nexos de causalidade entre a conduta e o resultado-, Artorius praticou fato típico, incidiu na culpabilidade, porém a agressão injusta já havia sido repelida, não configurando a excludente de ilicitude.

Dessa forma, podemos interpretar que, o primeiro tiro, causa de tentativa de homicídio ou lesão corporal, foi abraçado pela legítima defesa, porém, o segundo, homicídio doloso, não.

Importante entender no exemplo que, a legítima defesa teve início e depois foi ultrapassada, configurando nitidamente o excesso. No caso, esse excesso veio através de um homicídio, ao qual Artorius deve responder.

Dessa mesma forma pode o excesso doloso estar presente nos meios necessários e o uso destes. Assim, nas palavras de René Ariel Dotti: “ O excesso é doloso quando o agente quer ou assume o risco de produzir o resultado contrário ao Direito, quer empregando meios desnecessários para resolver a situação de perigo ou de conflito, quer usando-os imoderadamente”.⁹⁹

O autor cuidou somente do excesso intensivo, esquecendo-se do extensivo, ambas as modalidades serão estudadas adiante. Porém, essa falta de maiores explicações sobre alguns temas do excesso, faz-se bastante normal, quando o assunto é a doutrina.

2.6.2 - *Do excesso culposo*

Vamos passar agora para o excesso culposo do agente. Assim, como no excesso doloso, o excesso culposo também iniciasse por uma conduta adotada por uma excludente, ocorre que em seguida, o agente, seja por imprudência, imperícia ou negligência, ultrapassa os limites, incidindo no excesso culposo.

⁹⁸ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*, v. I. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 121.

⁹⁹ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 29.

Dessa forma, se o agente utilizar meio além do necessário, ou o uso destes, e ainda a extensão de sua defesa por desatenção, ou por não ter tido zelo necessário para tratar a situação, nasce o excesso culposo.

Assim, se para repelir uma agressão, Hércules podia ter o feito desferindo um tiro, porém, desferiu quatro, não com intenção de matar, mas por não ter tido maior preocupação e percepção com a situação, caiu no excesso culposo pelo uso imoderado dos meios necessários.

Podemos novamente notar que inicialmente a conduta estava protegida pela legítima defesa, que em seguida foi violada, portanto excedida.

Dessa forma, o primeiro tiro estava amparado pela legítima defesa, os que não estão são o segundo, terceiro e quarto, pelo qual o agente deve responder de forma culposa, pois não tinha intenção dolosa de se exceder, só descuidou-se.

2.6.3 - *Do excesso intensivo*

Trata-se de conceito bem simples, mas que, por muitas vezes é esquecido pela doutrina. Estranhamente, esse conceito é doutrinário, uma separação feita por doutrinadores como Damásio, Nucci e Ney Moura Teles, dentre outros.

Assim, fala-se em excesso intensivo quando o agente supera a necessidade da exigência trazida pelo legislador de utilizar-se dos meios necessários e de forma moderada.

Estudamos na parte da legítima defesa seus requisitos, verificamos também a exigência que o legislador fez de que fossem todos esses respeitados, assim, quando o agente presenteado pela legítima defesa, ultrapassa os meios necessários para o caso ou a utilização destes, surge o excesso intensivo.

Assim nas palavras do autor:

“É na legítima defesa que o excesso adquire grande importância. Diz-se que o excesso é intensivo quando o agente utiliza um meio com potencial lesivo além do necessário ou utiliza o meio necessário com desproporcionalidade em relação à agressão”.¹⁰⁰

¹⁰⁰ TELES, Ney Moura. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 276.

Estudamos aqui o que a doutrina chama de excesso intensivo, dessa forma o exemplo que utilizamos quando tratamos anteriormente do excesso culposo, serve .

Naquele, verificamos que era necessário um e foram desferidos quatro tiros, não intencionalmente, sem desejo dessa finalidade. Dessa forma excesso culposo de forma intensiva.

2.6.4 - Do excesso extensivo

O excesso extensivo segue o intensivo, sendo também nomenclatura doutrinária de um conceito que não possui maiores considerações ou complexidade.

Aquí, o excesso nasce quando o agente continua a utilizar conduta para repelir a agressão que já foi repelida. Dessa forma, o agente estava em legítima defesa, e utilizou de certo mecanismo de defesa, ocorre que tal mecanismo funcionou, cessando a agressão, assim se continuar o agente em sua conduta de defesa, incidiu no excesso.

Podemos utilizar o exemplo que estudamos no excesso doloso. Lá, Artorius, dolosamente, continuou na utilização de sua arma depois de cessada a agressão. Dessa forma, excesso doloso de forma extensiva.

2.6.5 – Do excesso por erro

Importante o entendimento de um conceito aparentemente simples, mas que já foi objeto de vários debates, o erro. Dada essa importância, nas palavras do autor Ney Moura Teles: "O erro, portanto, é uma falsa apreciação da realidade, próprio do ser humano e, conquanto esteja presente na vida de todos, não podia o Direito Penal ignorar sua existência, pelo que lhe dá um tratamento especial na teoria do crime".¹⁰¹

Entramos aqui, em um grande ponto de nosso estudo. A grandeza e diversidade de opiniões que, cercam não só nosso tema, mas todo o Direito Penal, fazem-se de enorme contribuição para todos os que se interessam pelo estudo desse ramo do direito. Essa importância nasce do fato de que, só com diversidade de ideias a

¹⁰¹ TELES, Ney Moura. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 240.

respeito de um mesmo tema, nos aproximamos de prestarmos uma correta solução para o caso concreto.

Dessa forma, nossa doutrina, como já vimos, ao longo de nosso estudo, trava debates que por muitas vezes são antagônicos, mas que, contraditoriamente, completam-se.

Aqui no excesso, encontramos mais uma vez diferença de opiniões e formas diversas de tratar o mesmo problema, motivo este que trouxe fomento essencial para nosso estudo e escolha deste.

Vejamos:

“Excesso doloso: Deliberadamente, o agente quer um resultado além do necessário. Responderá pelo excesso, como crime doloso.

Excesso culposo: Embora não o desejando, o agente, por não tomar o cuidado objetivo devido, causa um resultado além daquele que era necessário. Responderá pelo excesso, a título de culpa, se o resultado excessivo for previsto como crime culposo.

Excesso por erro: Aplicam-se as regras do erro de tipo ou de proibição (CP, art, 20 ou 21)”.¹⁰²

Como verificamos, na última citação de Delmanto, este defende que o excesso emana de quatro problemas verificados no caso concreto. Excesso doloso, culposo, por erro de tipo e por erro de proibição.

Ocorre que, ao inserir o excesso por erro de tipo e por erro de proibição o autor inseriu-se em um grupo que excede os tipos previstos pelo parágrafo único do artigo 23 do CP, que prevê somente o excesso doloso e culposo.

Esse tipo de extensão não é mero devaneio, e sim solução de um pensamento e análise do fato. Seguindo a linha deste doutrinador, Damásio de Jesus também encontra a solução para o excesso, cuidando do erro de tipo e o erro de proibição. Verificaremos depois, nas palavras do autor, sua interpretação.

Nessa mesma linha, Delmanto ensina: “Modalidade de excesso: Pode ser doloso, culposo ou resultante de erro”.¹⁰³

Diferente da interpretação de Paulo José da Costa Júnior, que ensina: “o excesso poderá ser de natureza dolosa (...) de natureza culposa (...) ou ainda poderá ser inculpável”.¹⁰⁴

¹⁰² DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro:Renovar, 2002. p. 46.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 46.

Encontramos também, nesse sentido, Ney Moura Teles, que analisa muito bem o excesso doloso e culposo, mas somente eles.¹⁰⁵

Da mesma forma René Ariel Dotti, trata e pouco, somente do excesso doloso e culposo.¹⁰⁶

Porém, para estudarmos melhor, e tirarmos nossas próprias conclusões, vamos passar ao estudo de todas essas modalidades de excesso propostas, para em seguida analisarmos o que nos parece mais acertado. Dessa forma:

2.6.5.1 - Erro de tipo

Vamos começar sobre o erro de tipo, previsto no artigo 20, que diz:

Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

Descriminantes Putativas

§ 1º - 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 quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo.

Erro Determinado por Terceiro

§ 2º - Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.

Erro sobre a Pessoa

§ 3º - O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.

Errar faz parte do cotidiano humano, o homem por várias vezes erra, cria erros, o próprio acerto, por diversas vezes, surge de tentativas que saem erradas.

Assim, o erro torna-se relevante para o Direito Penal e por isso o legislador tratou de prevê-lo. Vale lembrar que a conduta do agente tem vontade e consciência, o que lhe falha é a percepção da realidade, a verificação do que está acontecendo e por isso erra. Nesse sentido, Fábio Bittencourt da Rosa:

“Como sabemos, o dolo é a representação e a vontade de realizar os elementos da descrição contida no preceito. Portanto, há plena consciência de que a ação é dirigida para o resultado final. No erro de tipo falta representação sobre algum dos elementos do tipo, supondo-

¹⁰⁴ COSTA JR, Paulo José da. *Código Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 90.

¹⁰⁵ TELES, Ney Moura. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2004. ppp. 274, 275, 276.

¹⁰⁶ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 400.

se que ele não existia no fato. O elemento intelectual do dolo foi defeituoso”.¹⁰⁷

Como vimos o que falta ao agente na verdade é algum dos elementos essenciais que estão contidos na previsão legal, provocando assim um erro no resultado da conduta, erro este pelo fato de não ser aquele o resultado que previa o agente. Vamos verificar exemplo de Ney Moura Teles:

“Certa feita, durante uma caçada, ao final de uma tarde, quando o sol já se punha, Joaquim viu, a uns cem metros de distância, próximo de alguns arbustos, um vulto movendo-se e teve a certeza de que se tratava de um animal, e, de pronto, disparou sua arma de fogo contra o mesmo, acertando-lhe o corpo. Correndo para lá, deparou-se, surpreso, com o corpo morto de um homem”.¹⁰⁸

Verificamos que, Joaquim ao disparar sua arma tinha vontade e consciência de atirar e acertar seu alvo, acontece que, o alvo, ao contrário do que pensava, era um homem, assim sendo ele incidiu no tipo penal do artigo 121 do CP: “matar alguém”. Assim, o erro está no fato de ele achar ser seu alvo não um alguém, mas um animal, por isso errou elemento constitutivo do tipo legal, como previsto no caput do artigo que trata do erro de tipo, anteriormente citado. Verificamos que esse erro em relação a elemento do tipo normativo é o que previu o legislador no artigo 20 caput.

Ainda tratando o caso de Joaquim e sua infelicidade, chegamos à conclusão que:

“Se ele (sujeito ativo) tivesse a verdadeira noção da realidade, notaria facilmente, que o seu comportamento afigurar-se antijurídico. Como ele não tem esse conhecimento, não sabe do caráter lesivo do seu ato. Lembre-se, que, em qualquer hipótese o erro de tipo exclui o dolo, ou seja, a tipicidade dolosa da conduta, e, permite, se houver expressa previsão legal a punição a título de culpa”.¹⁰⁹

Dessa forma, Joaquim poderia ser defendido alegando a ausência de conduta, por não haver vontade e consciência e nem descuido ou falta de zelo objetivo, ou ainda poderia ensejar no homicídio culposo, se considerado que a situação poderia ter sido evitada se tratada com maior atenção.

Dessa forma, vamos tratar de erro inevitável e evitável. Nas palavras de Fernando Capez:

¹⁰⁷ ROSA, Fabio Bitencourt da. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 272.

¹⁰⁸ TELES, Ney Moura. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 240.

¹⁰⁹ TONELLO, Luis Carlos Avansi. *Curso de Direito Penal brasileiro*. 2ª Ed. Cuiabá: Editora Jurídica Mato-grossense, 2003, p. 160.

- a) “Erro essencial invencível, inevitável, desculpável ou escusável (cuidado: invencível = escusável): não podia ter sido evitado, nem mesmo com o emprego de uma diligência mediana.
- b) Erro essencial vencível, evitável, indesculpável ou inesculpável (cuidado: vencível = inescusável): poderia ter sido evitado se o agente empregasse mediana prudência”.¹¹⁰

Assim, verificamos que se o erro não pode ser evitado, não pode ser imputada conduta delituosa, nem dolosa nem culposa ao agente, sendo assim o fato atípico.

Agora, se o erro podia, mas não foi evitado, verificamos o claro nascimento da culpa do caso concreto, pois deveria ter o agente tido maior atenção e cuidado na situação fática.

O conceito trazido no parágrafo 1º do referido artigo, referente ao erro de tipo, faz-se muito importante, pois trata de um interessante tipo de erro previsto pela lei, a discriminante putativa.

Dessa forma, vamos analisar o exemplo trazido pelo autor Paulo Carlos Tonello: “(...) no auge de uma discussão entre duas pessoas, uma delas levou a mão ao bolso e a outra, supondo que a primeira ia sacar uma arma, rapidamente atira, depois, descobre que a vítima estava desarmada e iria pegar um isqueiro para acender um cigarro”.¹¹¹

Ocorre que, o atirador pensou tratar-se o de perigo iminente, quer seja que o outro iria sacar uma arma, e por isso, atirou. Verificamos que, o atirador tinha dolo de atirar no outro, pois sua verificação da realidade fez-se errada, pensando em defender-se, estando assim em legítima defesa, sacou a arma e atirou no que iria pegar o isqueiro.

Acontece que, esse tipo de erro é aceito, pois imaginou, contribuindo a situação para tal entendimento, que o agente estava legitimado, por pensar se tratar de perigo iminente, a defender-se legitimamente.

Para concluir o erro de tipo, vamos trabalhar com o parágrafo segundo e terceiro do artigo 20.

¹¹⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 216.

¹¹¹ TONELLO, Luis Carlos Avansi. *Curso de Direito Penal brasileiro*. 2. ed. Cuiabá: Editora Jurídica Mato-grossense, 2003. p. 168.

Começando pelo parágrafo segundo. Se o erro foi causado por terceiro, esse terceiro, acertadamente, terá que responder nos limites de sua contribuição para o fato. Assim nas palavras de Delmanto:

“a. Se a terceira pessoa que causou o erro agiu dolosamente como o propósito de provocar o engano para que o crime ocorresse, houve provocação dolosa e ela responderá pelo crime na forma dolosa. b. Se tiver causado o erro por culpa, houve provocação culposa e a pessoa que o determinou responde por culpa, se o fato for punível a tal título. c. O provocado, ou seja, o sujeito que errou por provocação de outrem, estará isento de pena, se o erro a que foi levado era inevitável, ou responderá por culpa, se pudesse ter evitado tal engano caso agisse tomando os cuidados objetivos necessários, e o fato for punível a título de culpa”.¹¹²

O legislador cuidou para que, caso alguém pratique uma conduta, a qual sua necessidade nasceu por erro emanado de culpa de um terceiro, que este responda de acordo com o modo que contribuiu para o erro, restando, como explicado pelo doutrinador, responder o provocado nos casos em que o erro podia ser evitado.

O parágrafo terceiro trata do erro sobre pessoa. O erro sobre a pessoa não passa de um erro acidental, pois se errou em relação ao alvo em que era dirigida a ação, porém o dolo verificou-se. Por exemplo: Patrios se coloca no quintal de Justus a fim de matá-lo, ocorre que, pensando tratar-se de Justos, Patrios atira em Daciano, filho de Patrios.

Verificamos que tinha dolo de matar, e o fez, acontece que não matou quem desejava.

Nesse sentido, Ney Moura Teles ensina que:

“ Assim, esse erro, além de não excluir a tipicidade do fato, ainda vai fazer com que o agente responda pelo fato como se não tivesse errado. Se queria matar Pedro, seu pai, e acabou matando Mauro, um estranho, o agente vai responder como se tivesse matado, efetivamente, o próprio pai, com a agravante do art. 61, II, e”.¹¹³

2.6.5.1.1 – Excesso em erro de tipo

Depois de explicarmos teoricamente o erro de tipo, verificamos que ele pode muito bem ser encaixado no excesso da legítima defesa. Isso se dá pelo fato de o legislador ter previsto o erro sobre o elemento do tipo. A legítima defesa, por sua vez, possui elementos que merecem ser respeitado. Dessa forma, se algum elemento for

¹¹² DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 39.

¹¹³ TELES, Ney Moura. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 243.

excedido, constante de um erro sobre o elemento do tipo, temos o excesso pelo erro de tipo.

Desta forma, entendemos que se o erro que viciou o agente que se encontrava em legítima defesa for escusável, a conduta excessiva do agente não será punida. Caso esse vício tenha seja inescusável responderá pelo excesso culposos.

Ensina Damásio de Jesus:

“Ele supõe, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, que incide sobre cálculo quando à gravidade do ataque ou quanto ao modo da repulsa, encontrar-se ainda na situação de necessidade de reagir. Há erro de tipo escusável. (...) Cuidando-se de erro inescusável, vencível, que o homem equilibrado não deveria cometer, advindo de imponderação, desatenção, o agente responde por tipo culposos, contido no art. 23, parágrafo único, do Código Penal”.¹¹⁴

Cadmo estava em sua casa à frente da TV, em um final de noite, quando escuta Agamenon, marido de Afrodite que, por sua vez era amante de Cadmo, gritando: - “Cadmo, seu bastardo, vou lhe dar um tiro na cara”. Cadmo, escutando os gritos, cada passo aumentando à frente de sua porta, pega seu revólver e se posta em diagonal em relação a esta. Assim, quando Agamenon adentra à casa de Cadmo, este de pronto desfere um tiro que acerta o peito de seu rival.

Para sua surpresa, Agamenon não se encontrava armado, vinha até sua casa, movido pela paixão e o ameaçava, com um infeliz blefe.

Vamos tentar entender. Veja que, no caso, Cadmo utilizou-se de um meio além do necessário, e porque não, também, ultrapassou a moderação desse meio. Ocorre que, Cadmo estava, no caso concreto, com uma perturbação movida por um vício, qual era, imaginar, por culpa da própria vítima que, esta estava armada.

Assim, Cadmo esperando uma injusta agressão utilizou-se da legítima defesa para proteger-se, legítima defesa putativa. Mas o problema vai além disso, ora que, muito provavelmente, Agamenon iria agredir Cadmo, mas, este esperava que fosse uma agressão com arma de fogo, que Agamenon, no caso, não tinha.

Dessa forma, Cadmo utilizou-se da legítima defesa putativa, mas, também, errou em relação aos meios necessários e quando a moderação de sua utilização. Exigências estas contidas no tipo penal do artigo 23. Todos estes erros causados por um vício emanado do caso concreto.

¹¹⁴ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*, v. I. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 121.

Nesse caso, a grande dificuldade, até de caráter subjetivo, é se o erro de Cadmo é de natureza escusável ou inescusável. Assim, ele excluiria a conduta ou traria a forma culposa. Ou ainda, pode ser tratado como nem uma nem outra, tratando assim como mera emoção, causa atenuante, contida no artigo 65, III, c, do CP.

Discordamos plenamente da atenuante, nos explicamos com o argumento de que existe vício provocado por terceiro que fez o agente errar sobre elemento do tipo penal. Dessa forma, ficaríamos com o excesso por erro de tipo. Nesse caso, acreditamos que de caráter inescusável, por uma maior falta de atenção de Cadmo, assim, concordamos com a forma culposa do delito.

Dessa forma o STJ julgando o excesso em legítima defesa e o erro de tipo:

“I - Reconhecida uma situação de excesso na legítima defesa, os Srs. Jurados devem ser perquiridos acerca da sua natureza.(Precedentes do Pretório Excelso) Negada a forma dolosa e, também, a culposa, o réu está absolvido por força de excesso não punível (excesso por erro de tipo permissivo invencível). (REsp 126449 / AP- RECURSO ESPECIAL- 1997/0023567-0/ Relator (a) Ministro FELIZ FISCHER)”.

Verificamos aqui no excesso por erro de tipo a necessidade de total sensibilidade para com o tratamento do caso concreto. Entender a situação que passava o agente é de extrema dificuldade.

Depois de explicarmos os conceitos emanados do artigo 20 caput e seus parágrafos, vamos estudar o erro previsto no artigo 21 do CP, o erro de proibição. Assim, prevê:

2.6.5.2 – Erro de proibição

“Art. 21: O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único. Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência”.

A lei cuidou de na primeira sentença do artigo ressaltar que o desconhecimento da lei é inescusável. Dessa forma, o erro de proibição não trata da exclusão da responsabilidade do agente alegando o desconhecimento do ordenamento jurídico. Assim explica Damásio de Jesus:

“Aplicável o dogma da *ignorantia legis excusat* a toda a legislação, o Código Penal determina: “O desconhecimento da lei é inescusável”. Cuida da lei no sentido formal, de modo que não exclui a culpabilidade alegar o sujeito não conhecer a lei ou conhecê-la mal, somente se aproveitando de uma atenuante genérica”.¹¹⁵

Dessa forma, o doutrinador dá uma explicação que diferencia a alegação de desconhecimento do ordenamento da permissão da segunda parte do caput do referido artigo, a consciência da ilicitude do fato. Assim, esta é oponível enquanto aquela não. Para entendermos melhor a que fim a lei queria chegar, ainda, Damásio de Jesus:

“Se o sujeito não tem a possibilidade de saber que o fato é proibido, sendo inevitável o desconhecimento da proibição, a culpabilidade fica afastada. Surge, diante do erro, supõe lícito o fato por ele cometido. Ele supõe inexistir a regra de proibição”.¹¹⁶

O professor Damásio bem como a lei estão certos, esse pela acertada interpretação, e esta por prever tal entendimento, já que:

“Ora, não poderá censurar o agente que não tenha tido meios de imaginar que estivesse agindo contrariamente ao direito. Em outras palavras: a censurabilidade pressupõe que o agente tenha tido a possibilidade de tomar consciência da ilicitude, ao menos profana, de sua conduta”.¹¹⁷

Conforme estudamos, a repulsa e o enfrentamento que a atitude do agente causa na sociedade é totalmente relevante para o círculo de ilícitos que o Direito Penal abraça. Por isto, a consciência sobre a ilicitude de um ou outro fato, tem de ser analisada em decorrência de um pensamento mais amplo de como a conduta do agente afronta a sociedade.

Assim, Delmanto ensina de forma bem informativa as causas que o erro de proibição pode alcançar:

“Alcance: O erro de proibição deste art.21 pode incidir: 1. Quanto à existência do tipo penal. Embora conhecendo formalmente a lei, o sujeito engana-se em seu entendimento, erra na interpretação do que ele proíbe. Exemplo: O sujeito comercializa rifa com fim beneficente, sem conotação comercial, julgando que, por se tratar de prática comum, não constitui ilícito penal. 2. Quanto às causas de exclusão da ilicitude. Suposição de existir causa de excludente de ilicitude. O sujeito pensa, erradamente, que a lei contém causa de excludente da ilicitude que, na realidade, inexistente. Exemplo: o agente agride a

¹¹⁵ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*, v. I. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 91.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 92.

¹¹⁷ COSTA JR, Paulo José da. *Código Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 90.

mulher quando esta confessa estar lhe traindo, na suposição de que existiria legítima defesa da “honra conjugal (...)”.¹¹⁸

Podemos verificar que o autor traz ao estudo duas formas para o erro de proibição. Na primeira o agente fielmente acredita que o que está fazendo é um ato lícito, permitido e normal. Na segunda hipótese, de grande importância para esse estudo, ele imagina-se abraçado por alguma exclusão de ilicitude, e de fato, não está.

Assim, como estudamos no erro de tipo, o erro de proibição abraça a ideia dos limites que podem nascer do caso concreto. Assim, podemos entender que se o erro for inevitável fica afastada a culpabilidade, se o erro for evitável, pelo fato de o agente não ter tomado todas as precauções, previu a lei que a pena seja diminuída de um sexto a um terço.

2.6.5.2.1 - Excesso em erro de proibição

No erro de proibição conforme estudado o agente fielmente acredita que o que faz é permitido, não é ilícito. Dessa forma:

Crio chega a casa antes de seu horário convencional. Ao entrar na casa escuta barulhos vindos de seu quarto. Sem saber do que se trata vai até o escritório e pega sua pistola. Diante da porta, dá um chute nessa e tem a visão geral do quarto, e se depara com, o até então, inesperado. Afrodite, sua esposa, está praticando conjunção carnal com Dionisio, seu amigo de infância. Crio, de pronto, achando estar abraçado pela legítima defesa, começa agredir ambos, e vai além, matando Dionísio.

Nesse caso Crio excedeu-se ao achar existir a legítima defesa da honra conjugal, achando ele estar legitimado a fazer o que fez, acontece que a legítima defesa da honra não lhe permite matar ou ferir terceiro. Desta forma, Crio incidiu no erro de proibição. Primeiro por achar existir tal legítima defesa e depois de inicia-la superar em muito os meios necessários e a utilização destes, acreditando que o que fazia era lícito.

¹¹⁸ DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 40.

CONCLUSÃO

Ao longo de nosso estudo verificamos que o crime, respeitando o conceito analítico trifásico, apoia-se em três essenciais e complementares pilares: fato típico; ilicitude; culpabilidade.

Assim, estudamos que, para um fato ser típico, este deve contemplar todos seus requisitos, assim, necessita de conduta, resultado, nexos de causalidade e tipicidade. Todos esses temas foram fundamentais para nosso estudo, pelo fato de o agente, ultrapassando os limites permitidos pela justificante, praticar fato típico.

Assim, estudamos a culpabilidade que, trata da censurabilidade e repulsa que determinado ato do agente causa à sociedade. Estudamos que, todos os requisitos da culpabilidade devem ser contemplados para que essa seja verificada. Dessa forma, o fato típico e ilícito deve ser acompanhado da imputabilidade do agente, potencial consciência sobre a ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

Chegamos ao encontro do conceito do crime com o início de nosso tema que, está incluído dentro da ilicitude. Verificamos que, a ilicitude do fato típico ocorre quando o agente fere o ordenamento jurídico, vai contra este.

Dessa forma, direcionamos nossa concentração para situações previstas pelo legislador que excluiriam a ilicitude do fato. Essa criação forma-se do fato de o Estado não poder proteger todos seus cidadãos a todo tempo contra afrontas infundadas.

Estudamos e nos preocupamos principalmente com a legítima defesa, mais especificamente com os excessos emanados desta. Assim, procuramos entender os elementos objetivos e o elemento subjetivo da justificante.

Entendemos que ela necessita de: repulsa contra agressão injusta, ou seja, contra agressão ilícita; atual ou iminente, dessa forma, que esteja acontecendo ou prestes a acontecer; contra direito próprio ou de terceiro, assim permitindo o legislador; repulsa com os meios necessários, ou seja, que possam afastar a agressão com menor dano possível; uso moderado dos meios necessários, que estes se atenham até afastada a agressão, cessando após; elemento subjetivo, que se trata da vontade e consciência de estar atuando em legítima defesa.

A partir desse estudo e entendimento, chegamos ao ponto que, pretendíamos em nosso estudo: os excessos na legítima defesa.

. Assim, se o agente ultrapassar os limites para a situação em relação aos meios necessários ou sua utilização estará contemplando o excesso de caráter intensivo. De outra forma, se ele continuar com a utilização dos meios necessários após cessada a injusta agressão, nasce o excesso de caráter extensivo.

Entendemos que, quando em legítima defesa o agente deve caminhar sobre os trilhos dos elementos exigidos para a verificação desta. Dessa forma, utilizando o estudo sobre a conduta e a essencialidade de haver vontade e consciência determinada a uma finalidade por parte do agente, verificamos o excesso doloso. Assim, se iniciada a legítima e posteriormente exauridos, dolosamente, os meios necessários ou a utilização destes, o agente enseja no excesso doloso, respondendo por sua conduta.

Com o mesmo raciocínio estabelecemos a ligação culposa. Quando o agente, depois de iniciar sua proteção contra a injusta agressão, não impõe o zelo necessário para com o objeto, agindo com imperícia, negligência ou imperícia, deverá, caso permita o crime, responder pelo seu excesso culposos.

Verificamos ao longo de nossa pesquisa e estudo que boa parte da doutrina não trabalha com os excessos verificados pelo erro de tipo e de proibição.

Por esse motivo estudamos ambas as previsões legais e nos posicionamos com aqueles que incluem tais erros como modalidades de excesso. Assim, chegamos à conclusão que nas situações que encenam a legítima defesa as circunstâncias podem levar o agente a erro sobre elemento da justificante. Caso isso ocorra, separaremos: se escusável o erro, atinge diretamente a conduta, sendo afastado dolo e culpa; porém, se inescusável, nascimento nítido de culpa, caso seja permitido ao crime emanado do excesso.

Entendemos dessa forma pelo fato de estar viciado o entendimento do agente, e por isso sua percepção estava contaminada, fato que o levou a errar sobre algum dos elementos exigidos pela legítima defesa, incidindo no tipo legal.

Da mesma forma concordamos com o erro de proibição como possível modalidade de excesso na legítima defesa, pelo fato de o agente ter ultrapassado determinações legais pretendidas pela justificante achando estar por ela abraçado, quando na verdade não estava.

Dessa forma, acreditava que existia tal forma de legítima defesa, porém estava errado. O legislador, atendendo a este tipo de erro previu que caso escusável o erro, afetaria diretamente a culpabilidade; se de forma inescusável, que a pena fosse diminuída de um sexto a um terço.

Estudamos todas essas modalidades bem como suas peculiaridades, resalvando sempre a dificuldade e subjetividade que cerca o tema. Dessa forma o excesso é algo penoso para quem lida com ele, podendo ser o magistrado, os jurados, advogados de defesa, réu, vítima.

Tivemos a grande honra e orgulho de trabalhar com o tema. Esse, além da própria peculiaridade, relevância, importância e abertura para interpretações, trouxe uma caminhada impar pela base do Direito Penal, o crime, seus elementos, análises e ponderações doutrinárias.

Dessa forma, relembramos e aprofundamos nossos conhecimentos de tema estudado no início da vida acadêmica. Tema este, de fundamental importância, principalmente, para aqueles que tanto se importam e amam o Direito Penal. Por isto, o trabalho apresentado foi motivo de grande alegria e satisfação, tanto pessoal, quanto universitária.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

LEOPOLDO TEIXEIRA, Antonio. *Da Legítima Defesa*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006

MIRABETE, Julio; FABRINI, Renato. *Manual de Direito Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

TELES, Ney Moura. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2004.

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

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 1994. p. 83.

ROSA, Fabio Bitencourt da. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

CARVALHO, Djalma Eutímio de. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Américo Jurídica, 2003

DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

TONELLO, Luis Carlos Avansi. *Curso de Direito Penal brasileiro*. 2. ed. Cuiabá: Editora Jurídica Mato-grossense, 2003. p. 148.

COSTA JR, Paulo José da. *Código Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 80.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal, v. I*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007

TEIXEIRA, Antonio. *Da Legítima Defesa*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 49.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro - parte geral -*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004

ROSA, Fabio Bitencourt da. Direito penal:parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 272.

GUERRERO, Hermes Vilchez. Do excesso em legítima defesa. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.