

3º CURSO POPULAR DE FORMAÇÃO
DE DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICAS

AULAS 7 E 8 - TEORIA DO CRIME – FATO ANTIJURÍDICO E CULPÁVEL
11.03.2019

1. Antijuridicidade ou Ilicitude: Normas Permissivas

Antijuridicidade é sinônimo de contrariedade e segundo os penalistas, a antijuridicidade pode ter dois enfoques (Von Liszt):

1) Formal: para ela, a antijuridicidade é a contradição entre o fato e a norma penal, é a violação da norma penal, é a adequação do fato concreto no tipo legal (ordem legalista escrita). A rigor, isso não é antijuridicidade, mas tipicidade, porque existe aí um mero enquadramento de um fato concreto em um tipo legal.

2) Material ou Substancial: trata-se da contradição entre o fato concreto e a previsão do ordenamento jurídico, **que lesa ou coloca em perigo um bem jurídico protegido pelo ordenamento**. É a contradição entre o fato e as condições sociais de existência (ação materialmente antijurídica, isto é, antisocial ou socialmente neutra). É a violação da norma penal, com lesão ou perigo de lesão de um bem jurídico penalmente protegido.

A doutrina é dividida acerca desse tema, porém prevalece a **teoria unitária**, segundo a qual só existe antijuridicidade material, porque a formal confunde-se com a tipicidade. Na verdade, é a própria tipicidade.

Com efeito, na análise da antijuridicidade material, além de se analisar a contrariedade do fato frente à norma, sua violação formal, se observa também os interesses políticos, éticos e sociais de uma sociedade, pois não é antijurídico o fato que está de acordo com esses interesses, mas que viola formalmente a norma.

Graça à antijuridicidade material criado pelo penalista alemão MAYER, que se permite a construção em direito **das chamadas causas supralegais de exclusão da antijuridicidade**, que são aquelas não previstas em Lei, mas que decorrem de valores éticos, sociais, culturais e etc.

Tradicionalmente se compreende duas possibilidades: ou o ato é juridicamente permitido por meio de uma causa de justificação ou o ato é antijurídico. Kaufmann admite um terceiro setor, chamado de *espaço juridicamente livre*, isto é, um setor de neutralidade ou juridicamente indiferente. Ex: aborto, comunidade de perigo (dois alpinistas escalam uma montanha e subitamente diante das circunstâncias o que está mais a cima tem que cortar a corda para sobreviver, ainda que cause a morte do companheiro)*, suicídio (punível apenas a instigação, induzimento ou auxílio que resulte ao menos lesão grave - artigo 122, também tem-se eliminada a antinormatividade do constrangimento para impedi-lo - artigo 146, parágrafo terceiro, inciso II do Código Penal).

*Roxin não admite zona neutra em uma conduta típica que lese bem jurídico, mas acolhe a tese quando se trata de fato que não venha definido na lei como crime.

O fundamento das causas de justificação são a necessidade, a solidariedade, a proteção individual, o direito preponderante.

Terminologia: o crime é um fato jurídico, pois fato jurídico é qualquer acontecimento que traz repercussão no mundo do direito. O crime gera direitos e obrigações.

A antijuridicidade é um dos elementos do crime. Logo, ela é um fato jurídico. Antijuridicidade significa ilicitude e as duas nomenclaturas indicam ser fato jurídico.

Um raio que cai no campo é o chamado fato injurídico ou injurígeno, porque ele não traz qualquer repercussão no mundo do direito. Porém, se ele atingir algo ou alguém, ele se transforma em fato jurídico.

O penalista ASSIS TOLEDO afirma que crime é um injusto culpável. Logo, injusto significa fato típico e antijurídico.

No direito penal a análise do evento é feita por juízos sucessivos. Primeiro se analisa a tipicidade, depois a antijuridicidade e por fim a culpabilidade.

Se o fato for atípico, haverá antijuridicidade? Depende. Não haverá antijuridicidade penal, mas poderá haver ilicitude civil. É o que ocorre, por exemplo, no caso de furto de uso, em que o fato é atípico criminalmente, e, portanto, não se

analisa a antijuridicidade penal, sem que se afaste a possibilidade de antijuridicidade cível.

Embora as 3 expressões indique a mesma coisa, nosso legislador escolheu no artigo 23 a expressão ilicitude como forma de designar as demais.

Exclusão de ilicitude

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.

Excesso punível

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

O caráter da antijuridicidade é objetivo: significa dizer que a **antijuridicidade é uma característica do fato e não da pessoa**. A norma penal se dirige a todas as pessoas, inclusive aos inimputáveis, porque até eles realizam condutas contrárias ao direito. Eles são absolvidos por falta de culpabilidade.

Aqui também Juarez Tavares defende que não há razão para se exigir do agente que, além de realizar o fato conforme as condições objetivas impostas nas causas de justificação, também atue com a chamada vontade de justificação.

De outro lado, a teoria subjetiva afirma que apenas os imputáveis realizam condutas antijurídicas, porque a norma penal não se dirige aos inimputáveis, na medida em que eles não a compreendem.

Entretanto, essa teoria não é aceita, porque a imputabilidade figura no Código Penal como uma causa de exclusão da culpabilidade, não da antijuridicidade.

A antijuridicidade pode ser genérica ou específica. Será genérica quando estiver prevista **fora** do tipo legal (é a regra), como por exemplo, no artigo 121 do CP.

A antijuridicidade específica é a exceção. É aquele que está mencionada expressamente no tipo legal. Ex: artigo 151, que é a violação de correspondência.

Art. 151 - Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Sonegação ou destruição de correspondência

§ 1º - Na mesma pena incorre:

I - quem se apossa indevidamente de correspondência alheia, embora não fechada e, no todo ou em parte, a sonega ou destrói;

Violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica

II - quem indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente comunicação telegráfica ou radioelétrica dirigida a terceiro, ou conversação telefônica entre outras pessoas;

III - quem impede a comunicação ou a conversação referidas no número anterior;

IV - quem instala ou utiliza estação ou aparelho radioelétrico, sem observância de disposição legal.

§ 2º - As penas aumentam-se de metade, se há dano para outrem.

§ 3º - Se o agente comete o crime, com abuso de função em serviço postal, telegráfico, radioelétrico ou telefônico:

Pena - detenção, de um a três anos.

§ 4º - Somente se procede mediante representação, salvo nos casos do § 1º, IV, e do § 3º.

Com a antijuridicidade específica, que é aquela prevista dentro do tipo, na verdade, ela se transforma em **elemento normativo do tipo**, e nesse caso, todas as excludentes de antijuridicidade se transformam em excludentes de tipicidade.

Portanto, aquele que abre correspondência fechada de outrem distraído, em estado de necessidade, praticou conduta atípica.

Obs.: essa conclusão é a mesma da teoria já estudada, isto é, a **teoria dos elementos negativos** ou **teoria da *ratio essendi***, na parte da tipicidade.

Obs.,: as normas permissivas podem estar previstas tanto no direito penal ou outro ramo do direito, inclusive em normas de agências administrativas

Causas de Exclusão da Antijuridicidade: elas também são chamadas de discriminantes, justificativas ou tipos permissivos.

No artigo 23 do CP estão previstas as 4 excludentes: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito. Esse rol é meramente exemplificativo, porque essas causas se espalham pelo Código Penal e pela legislação penal, como no artigo 128, em que o médico faz o aborto necessário ou ainda no caso do artigo 142, que cuida das imunidades nos crimes contra a honra.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

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

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Art. 142 - Não constituem injúria ou difamação punível:

I - a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador;

II - a opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar;

III - o conceito desfavorável emitido por funcionário público, em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever do ofício.

Parágrafo único - Nos casos dos ns. I e III, responde pela injúria ou pela difamação quem lhe dá publicidade.

Essas causas não são as únicas encaradas como discriminantes para afastar a antijuridicidade. Existem também as chamadas **causas supralegais de exclusão da**

antijuridicidade. São aquelas causas não previstas em lei, mas admitidas com base no artigo 5º da LINDB, em que usa a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

O rol do artigo 23 do CP é exemplificativo e vale lembrar que o princípio da reserva legal não se aplica aos tipos permissivos, mas apenas aos incriminadores. Os tipos permissivos emanam da lei, dos costumes, da equidade e dos princípios gerais de direito, ao passo que os tipos incriminadores só surgem da Lei.

Obs.: antinormatividade: fato for típico e não puder ter a imputação excluída por violar outro direito subjetivo. Ex: estrito cumprimento de dever legal e exercício regular do direito.

Por essa razão há doutrina que defende que essas são causas que excluem a tipicidade, enquanto a legítima defesa e o estado de necessidade excluiriam a antijuridicidade.

- Causas Legais de Exclusão da Antijuridicidade:

a) Estado de Necessidade: cuida-se da excludente de antijuridicidade em que uma situação de perigo, atual, não provocado voluntariamente pela vítima, irá ensejar o sacrifício de um bem jurídico, em detrimento de outro bem jurídico de valor igual ou maior frente àquele que foi sacrificado.

O estado de necessidade possui a **natureza jurídica** de uma causa de exclusão da antijuridicidade prevista nos artigos 23 e 24 do CP.

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

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

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

(i) Requisitos:

A. Situação de Necessidade: existência de *perigo* atual a direito próprio ou de terceiro.

Atual é o perigo que deve ser contido imediatamente ou que demonstre sinais de permanência. O perigo pode ser provocado por forças da natureza ou por fato humano (ex: alagamento na via).

Não há estado de necessidade se o perigo já passou, ou ainda se o perigo for futuro, como por exemplo, o agente entra no navio e furta um salva vidas, porque ele acredita que o navio pode afundar.

Se o agente tutela um bem próprio, ele será o agente no estado de necessidade próprio, mas a lei admite também a proteção de bem de 3º, o que se denomina estado de necessidade de terceiro, ainda que o 3º seja pessoa física ou jurídica, independentemente do vínculo de parentesco ou amizade. Ex: o agente furta o remédio para salvar o doente.

Com relação ao estado de necessidade de 3º, se este terceiro não der seu consentimento para o agente atuar, haverá uma divisão doutrinária nesse sentido.

Para todos os autores se o bem for indisponível o consentimento do beneficiado é irrelevante. Se o bem for disponível, para ASSIS TOLEDO só caberá estado de necessidade se o terceiro autorizar. Porém, prevalece o entendimento no sentido de que não há tempo hábil para a colheita desse consentimento e como o estado de necessidade consagra a solidariedade humana, pouco importa o consentimento do 3º frente ao bem jurídico

E se o perigo tiver sido provocado pelo próprio agente?

Perigo não provocado voluntariamente pelo agente: no estado de necessidade o perigo pode surgir da natureza, como terremoto ou ataque de animais e ainda de uma conduta lícita ou ilícita dos homens. Só não pode emanar daquela pessoa que causou voluntariamente a situação de perigo, isto é, essa pessoa não pode alegar estado de necessidade.

Discute-se se causar perigo voluntariamente traz a ideia de condutas dolosas ou abrange também condutas culposas, isto é, o que causa culposamente um evento pode alegar estado de necessidade? Duas são as posições:

- Para ANÍBAL BRUNO, aquele que causou o perigo culposamente pode alegar estado de necessidade porque voluntariamente significa dolosamente.

- Para NELSON HUNGRIA, aquele que causa perigo por meio de culpa não pode alegar estado de necessidade, porque a expressão voluntariamente abrange condutas dolosas e culposas. O argumento dessa corrente é que aquele agente que criou uma situação de perigo onde nada havia vai responder por esse resultado a título de culpa ou dolo, nos moldes do artigo 13, § 2º, alínea “a” do CP. Logo, ele não pode alegar estado de necessidade.

Há situação em que o causador do perigo vai alegar estado de necessidade quando ele destrói um bem menor para salvar um maior, por exemplo: voluntariamente o agente, ao acender a churrasqueira, coloca fogo em sua casa e ele destrói a caixa d'água do vizinho para se salvar. Apesar de a conduta ter sido voluntária, houve aí um estado de necessidade.

De outro lado, se o agente causar voluntariamente o perigo, isto é, com intenção, ele não poderá alegar estado de necessidade próprio ou de terceiro, pois a lei não faz essa distinção

No entanto, para Juarez Tavares não se exclui a situação de necessidade, salvo se o perigo tiver sido provocado dolosamente pelo próprio agente. Ex: agente fumando no celeiro e imprudentemente seu cigarro provoca um incêndio.

Juarez sustenta inclusive que a provocação dolosa do perigo não impede o estado de necessidade, quando o resultado final tenha sido causado culposamente. Assim, se para fugir do perigo que provocou com dolo de perigo, o agente acaba produzindo, culposamente, uma lesão na vítima, pode socorrer-se do estado de necessidade.

Como compatibilizar a provocação intencional do perigo com a ingerência (Artigo 13, parágrafo 2o, alínea c do Código Penal)? Segundo a ingerência o agente

se torna garantidor do bem jurídico quando tenha com seu comportamento anterior criado o risco da ocorrência de resultado, de modo que ele deve impedir o resultado.

A posição de garantidor depende de atuação *ilícita* do agente quanto á criação do risco. Se o sujeito provocou o perigo licitamente, não há ingerência. Ademais, a primeira norma tem como objetivo equiparar a omissão à ação pela figura do garantidor, possibilitando que norma proibitiva possa ser violada por omissão (questão de tipicidade). A segunda norma tem por objetivo justificar a ação do agente que tenha produzido um resultado de dano quando em situação de perigo.

Juarez sintetiza: “a opção do legislador, nesse caso, é bastante clara: toda vez que o sujeito se encontrar em perigo, que não tenha provocado dolosamente, pode atuar e a sua atuação será justificada quando produzir lesão em bem jurídico alheio, ficando dispensado de sua posição de garantidor, que adviria do fato de ter provocado, culposamente, o risco da ocorrência do resultado”.

O perigo pode ser a bem coletivo. Ex: perigo atual a preservação do meio ambiente. No entanto, os direitos coletivos ou de Estado, quanto à preservação de seu patrimônio ou incolumidade são de competência dos agentes estatais e não de particulares, de modo que só é possível o estado de necessidade quando os agentes públicos não estiverem em condições de fazê-lo.

Também pode se atuar em estado de necessidade para proteger o patrimônio de pessoa jurídica.

B. Ação Necessária: em razão do sacrifício do direito de outrem, a conduta só será justificada se o agente não dispor de modo alternativo de afastar o perigo: enfrentar o perigo com meios próprios, deslocar-se do local, desviar-se do perigo, buscar meios menos gravosos e até mesmo fugir.

Ação Necessária é aquela que basta para afastar o perigo. Deve ser proporcional à intensidade do perigo. Qualquer meio pode ser utilizado pelo agente.

Atenção: ao Estado não se confere o direito de matar, ainda que em estado de necessidade, sendo inválido o argumento de que o faz para salvar maior número de vidas do que as que irão ser sacrificadas. Ex: inconstitucionalidade do artigo 303 do

Código Brasileiro do Ar, que permite o tiro de abate em avião em determinadas situações (dignidade da pessoa humana, proporcionalidade e artigo 5o, LXVII).

Inevitabilidade do Fato Necessitado:

Fato necessitado é o fato típico praticado em estado de necessidade. O estado de necessidade é secundário, subsidiário. Como haverá um sacrifício, ele só pode ser invocado se for o único meio de se afastar o perigo.

Ele deve ser inevitável no sentido de que é o único meio disponível para o agente na situação de perigo.

Aquele que tem a opção de fuga ou que pode pedir socorro não pode alegar estado de necessidade. Eis aí a grande diferença com a legítima defesa.

Proporção entre o fato necessitado e o bem jurídico que se pretende preservar:

Percebe-se agora que o princípio do balanço dos bens também está inserido entre os requisitos do estado de necessidade. Portanto, só ocorrerá a excludente se o bem jurídico salvo for de maior ou igual valor ao sacrificado.

A avaliação o bem jurídico parte de um critério misto ou eclético, pois o aplicador do direito parte de um critério jurídico legal em conjunto com o critério sociocultural. Assim, serão levadas em consideração os costumes de determinada região. Isso porque, nenhum dos dois critérios é absoluto, e a conjugação é que vai trazer o melhor resultado. É equivocada a ideia de que o delito que tenha pena maior em abstrato seja mais grave.

Não existe um consenso entre os penalistas acerca da hierarquia entre os bens jurídicos.

Obs.: Estado de Necessidade Recíproco: trata-se da situação em que duas ou mais pessoas, um em face da outra, se encontram ao mesmo tempo em estado de necessidade. As agressões, nesse caso, são legítimas. Por isso, se trata de estado de necessidade, como no caso de vários naufragos. Aquele que se defende dessa agressão também está em estado de necessidade, pois é impossível legítima defesa contra estado de necessidade.

Em face da expressão “*cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se*” contida no final do artigo 24, parte da doutrina brasileira (ASSIS TOLEDO) passou a considerar que o estado de necessidade só se justificaria se o bem jurídico sacrificado for de igual ou menor valor que o bem protegido. Se o bem jurídico sacrificado fosse de maior valor não haveria justificação, mas apenas possível exculpação.

Dáí porque se afirma que o Brasil adotou a teoria diferenciadora, procedendo-se com a distinção entre o estado de necessidade *justificante* e o estado de necessidade *exculpante*.

(i) justificante: quando o bem jurídico sacrificado for de valor igual ou inferior àquele que foi salvo. Ele exclui a antijuridicidade.

(ii) exculpante: é aquele que ocorre quando o agente, para salvar um bem jurídico, lesa outro de maior valor. Ele pode excluir a culpabilidade.

Juarez Cirino critica essa divisão e adota a teoria unitária, por entender que o estado de necessidade exclui a antijuridicidade em qualquer caso, mesmo havendo diversidade de valor dos respectivos bens em conflito.

Obs.: por fim, vale lembrar que se o bem jurídico salvo for de valor inferior perante aquele que foi sacrificado, o agente não vai beneficiar-se da excludente estado de necessidade, mas ele terá a seu favor uma causa de diminuição da pena que varia de 1/3 a 2/3.

Isso se justifica porque como o agente não criou a situação de perigo, e essa situação é atual, não se pode exigir desse agente um comportamento igual àquele que foi preparado para enfrentar o perigo. Essa causa de diminuição de pena está prevista no artigo 24, parágrafo segundo do CP.

O estado de necessidade pode ser:

(i) agressivo: é o estado de necessidade em que o agente dirige sua investida contra algo distinto da fonte do perigo, lesando bem de terceiro inocente. Ocorrendo a situação de perigo, se o agente causar um dano, nesse caso, o terceiro inocente não poderá mover ação de indenização contra o causador do perigo diretamente. Ele deverá ajuizar contra aquele que agiu em estado de necessidade para depois mover ação regressiva contra o causador do perigo. A justificativa disso é que a reação em estado de necessidade pode ser desproporcional ao perigo que foi gerado.
Ex: para escapar de um cão feroz, solto na Rua, o agente quebra a vidraça de uma loja.

(ii) defensivo: quando o agente se voltar contra a fonte do perigo, sacrificando o bem daquele que causou o perigo. Nesse caso não há indenização, exceto se houver excesso. Ex: o agente mata o cão do vizinho, que solto na Rua, o ataca.

Qual a diferença entre a legítima defesa e o estado de necessidade defensivo?

Na legítima defesa a reação é contra a pessoa causadora dessa situação de perigo, enquanto que no estado de necessidade a reação ocorre contra os bens da pessoa que causou o perigo.

Na legítima defesa a agressão é injusta. No estado de necessidade essa agressão pode ser justa, como ocorre no estado de necessidade recíproco, em que dois naufragos disputam um único salva-vidas. As agressões são justas.

(iii) real: é aquele em que estão presentes os seus requisitos, excluindo-se a ilicitude.

(iv) putativo: é aquele em que não estão presentes os seus requisitos, de modo que o agente imagina uma situação de perigo que se estivesse acontecendo legitimaria a conduta.

Aliás, essa é uma das modalidades de discriminantes putativas, também chamada de culpa imprópria, presente no artigo 20, parágrafo primeiro do CP.

Se o erro for escusável, o agente estará isento de pena pela exclusão da culpabilidade. Se o erro for inescusável, o agente vai responder como crime culposo, se houver previsão.

C. Inexistência do Dever Legal de Enfrentar o Perigo:

não podem alegar estado de necessidade os bombeiros, policiais, capitães de navio, etc.. Isso porque eles têm o dever legal de enfrentar o perigo.

Essa é a regra, mas há duas exceções:

- quando essas pessoas arroladas no artigo 24, § 1º alegarem estado de necessidade de terceiro, por exemplo, o médico que atende no centro cirúrgico inúmeros pacientes oriundos da uma colisão frontal de dois ônibus. Ao optar por atender um paciente em detrimento do outro ele vai alegar estado de necessidade.

- estado de necessidade próprio, quando ele lesar um bem jurídico menor para salvar um bem jurídico maior, isto é, sua própria vida.

Aquele que possui dever contratual de enfrentar o perigo pode alegar estado de necessidade? Duas são as posições:

- aquele que tem o dever contratual pode alegar estado de necessidade porque a lei impede no caso de dever legal e não se pode usar da analogia in maiorem partem.

- ele não pode alegar estado de necessidade, porque o contrato é instrumento bilateral, previsto em lei e, portanto, decorre dele o dever legal de enfrentar o perigo. Aliás, aquele que assume a posição de garantidor, nos termos do artigo 13, § 2º, alínea “b” do CP tem o dever de impedir o resultado, sob pende de responder por esse resultado em virtude da omissão.

Obs.: o artigo 188, inciso I do Código Civil disciplina o estado de necessidade contra coisas, autorizando o agente a destruir objetos, coisas, diante de um perigo iminente. Aquele que criou o perigo dolosamente, ou que tem o dever de enfrentá-lo pode destruir coisas para salvar a própria vida? São duas as correntes:

- não, ele não pode alegar estado de necessidade, porque as pessoas indicadas no enunciado da pergunta não podem alegar estado de necessidade.

- sim, eles podem alegar, porque o estado de necessidade para destruir coisas é disciplinado pelo CC e não pelo CP. Quando o Código Penal faz essa proibição, deve-se ter em mente que o estado de necessidade atinge pessoas e não coisas (Predominante).

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Obs.: há previsões específicas na Parte Especial que estabelecem situações semelhantes (ex: aborto previsto no artigo 128, inciso I do Código Penal para salvar a vida da gestante; intervenção médico-cirúrgica sem o consentimento do paciente - artigo 146, parágrafo terceiro, inciso I do Código Penal).

b) Legítima Defesa: ela é a mais antiga das excludentes e por isso, é a mais famosa. Ela possui a natureza jurídica de causa de exclusão da antijuridicidade.

O direito admite essa excludente porque se proteger faz parte do instinto de preservação humano.

A legítima defesa é a reação com os meios necessários e moderados para afastar agressão injusta, atual ou iminente. Em síntese, temos: *situação de defesa e ação defensiva*

- Requisitos:

(i) agressão injusta, atual ou iminente: ato que lesa ou põe em perigo concreto o bem jurídico.

Agressão não é só o ato de violência, mas é qualquer ato humano que lesa ou coloca em perigo um bem jurídico, com ou sem violência física.

Ataques de animais não ensejam, como regra, legítima defesa, mas estado de necessidade. Todavia, se o animal for utilizado pelo agente como instrumento de agressão injusta, haverá legítima defesa.

Obs.: Particularidade (Juarez Tavares): quando se tratar de bens vinculados à funcionalidade administrativa, cujo exercício é regulado pelo Estado (crimes contra a Administração Pública ou contra a existência ou soberania do próprio Estado), a defesa é cometida aos agentes públicos, que no caso estão autorizados a fazê-lo em face da não identificação direta da pessoa agredida. Assim, não cabe legítima defesa em favor do Estado ou de seus interesses (ex: não se pode matar uma pessoa na posse de documentos que possam implicar a estabilidade do regime). Também não cabe legítima defesa quando a agressão envolva bens da comunidade, salvo quando implique agressão a bem pessoal. Ex: não há legítima defesa àquele que agride pessoa embriagada para que não se ponha na direção de veículo e não causa perigos para os transeuntes. Diversa é a situação se o motorista estiver próximo de atropelar uma pessoa.

Agressão injusta é aquela contrária ao direito, isto é, ela afronta a Lei, os costumes, a moral, etc.. Não precisa ser um ilícito penal, podendo ser mero ilícito civil ou administrativo.

Aquele que reagir a um fato atípico pode atuar em legítima defesa, isto é, não precisa ser um ilícito penal, pode ser um ilícito civil, por exemplo, o agente tenta furtar um veículo para dar uma volta no quarteirão. Ora, furto de uso não é crime, mas ilícito civil e se a vítima se defender apontando uma arma, ela vai estar em legítima defesa.

Obs.: Não é passível de legítima defesa o bem que esteja submetido a outra forma especial de proteção. Ex proprietário não atua em legítima defesa de seu patrimônio ao ameaçar o inquilino para que limpe o imóvel. O contrato de locação regulamente e disciplina os direitos e deveres das partes.

A agressão pode ser dolosa ou culposa, por ação ou omissão, por exemplo, para impedir que o motorista dirija de maneira imprudente, o agente aponta uma arma.

Quanto a omissão, o sujeito deve se situar na condição de garantidor e deixar de cumprir o dever de impedir o resultado (omissão imprópria). Segundo Juarez Tavares não é cabível legítima defesa na omissão própria (dever geral de assistência).

Obs.: em algumas vezes a agressão pode ser considerada *substancialmente* injusta e *formalmente* lícita. Ex: mesmo que autorizada pelo Poder Judiciário, a execução de mandado de busca e apreensão expedido por engano para a casa do vizinho. Ou ainda o cumprimento de mandado de prisão por erro do nome do destinatário da ordem, que oferece resistência a prisão, não comete o crime do artigo 329 do Código Penal.

A agressão, além de injusta, deve ser atual ou iminente. Atual é a que está acontecendo, enquanto que iminente é a que está prestes a acontecer.

É possível legítima defesa de um ato preparatório? Sim, é possível, desde que o perigo ou a agressão sejam iminentes (conexidade com a suposta lesão).

Não cabe legítima defesa se a agressão já passou (agressão cessada), porque é revide ou vingança, bem como se ela for futura. É o que se chama equivocadamente de legítima defesa antecipada.

Nos crimes permanentes cabe legítima defesa a todo o momento.

Atenção: em nenhum caso se pode admitir o emprego de tortura para salvar o bem ameaçado.

(ii) Defesa a Direito Próprio ou Alheio:

A legítima defesa serve para tutelar direito próprio do agente, bem como do terceiro, se esse direito for indisponível, vale dizer, que a legítima defesa de 3º para um bem indisponível poderá ser exercida até mesmo contra a vontade deste terceiro.

Qualquer sujeito de direito pode ser defendido pela legítima defesa, seja pessoa física ou jurídica, nascituro, a coletividade ou o Estado. Ex: o sujeito impede que uma pessoa destrua um cadáver por meio de força física. Houve legítima defesa da coletividade.

De outro lado, se o bem jurídico for disponível, como patrimônio, honra, o terceiro beneficiado poderá se opor à legítima defesa, e o agente não poderá atuar nesse sentido.

(iii) Uso Moderado do Meio Necessário:

Meio necessário é aquele que está disponível ao agente no momento da sua reação e que for suficiente para afastar o perigo ou agressão.

O meio necessário pode ser desproporcional? Sim, desde que seja o único disponível para repelir a agressão. Se houver mais de um meio disponível, meio necessário será aquele menos lesivo. O critério adotado para se saber qual é o meio necessário será o do homem médio, aquele que o homem médio iria eleger em uma situação de agressão atual ou iminente.

Excesso: o agente reage a uma agressão já passada ou emprega meios desproporcionais ou o faz imoderadamente (excesso extensivo ou intensivo).

A escolha ou o uso equivocado do meio necessário vai ensejar o **excesso intensivo** (violação dos limites da proporcionalidade da reação).

Uso moderado do meio necessário significa que essa utilização deve ser suficiente para afastar a agressão injusta. Se bastava ferir, mas não matar, não há legítima defesa. Novamente, o critério é o do homem médio. Logo, será analisado o comportamento que o homem médio teria naquele momento.

O uso imoderado do meio necessário vai ensejar uma outra modalidade de excesso, que é o excesso **extensivo**, porque é aquele que se prolonga no tempo (agente reage a uma agressão passada).

No entanto, se o agente usa de meios desnecessários ou os emprega imoderadamente, responderá pelo excesso, que normalmente é culposo. No entanto, nada obsta a figura dolosa (quando já cessada a agressão, o defendente prossegue com a reação, lesando o agressor). Ex: pessoa corre atrás do ladrão, que abandona os bens, e passa a agredi-lo.

A intensidade da agressão deve atender ao princípio da proporcionalidade.

É possível matar para salvar um bem material?

Pelo princípio da subsidiariedade não se admite a legítima defesa quando o bem colocado em perigo estiver sobre a *proteção direta da autoridade*. Cessa,

todavia, a subsidiariedade quando os agentes do Estado se omitem ou sua atuação é insuficiente na proteção do bem.

A ação defensiva deve ser executada contra o *agressor* e não contra terceiro inocente. Apenas na hipótese em que o agressor use bens de terceiro, admite-se a legítima defesa em sua destruição.

E se ao se defender o agente erra no golpe e acerca terceiro inocente (*aberratio ictus*)? A doutrina brasileira em regra entende se tratar de erro sobre a pessoa, aplicando discriminante putativa (art 20, parágrafo terceiro do Código Penal), pois entende que o agente responde como se tivesse praticado o crime contra a pessoa visada e não contra a pessoa atingida. Na realidade, na *aberratio ictus* o agente não era sobre a pessoa, mas quanto ao golpe. Para Juarez Tavares será aplicável as regras do estado de necessidade.

Legítima defesa diante de agressões produzidas por crianças ou doentes mentais: em regra, para evitar a agressão não se exige que o agente saia da zona de conflito (não lhe é exigível outra atitude, como fugir). No entanto, essa regra tem sido atenuada, quando o uso do comportamento alternativo não implique uma depreciação da liberdade do agredido, principalmente quando lhe falte a perfeita consciência das consequências de seus atos.

Agredido em Posição de Garantidor de Bens Jurídicos do Agressor. Ex: diante da agressão do filho menor, o pai deve evitar a reação ou, quando necessário, causar o menor dano possível aos bens do agressor.

Obs.: a legítima defesa da honra tem três aspectos:

I. honra como dignidade pessoal: é aquela em que o legislador tutela por meio das previsões do artigo 138, 139 e 140 do CP (calúnia, injúria e difamação). A agressão física para impedir que a ofensa moral continue não configura legítima defesa, e sim uma agressão. Todavia, o agente terá a seu favor uma atenuante genérica prevista no artigo 65, inciso III, alínea “c” do CP.

Já a investida física apenas para impedir que as ofensas continuem configura legítima defesa.

O revide verbal por meio de injúria não é legítima defesa, mas autoriza o perdão judicial, conforme artigo 140, § 1º do CP.

II. honra como pudor sexual: é o caso em que o agente reage para não ser vítima de um crime contra a dignidade sexual. Existe legítima defesa.

III. honra no sentido de fidelidade conjugal: é o caso em que um dos cônjuges é surpreendido em flagrante adultério. A alegação de legítima defesa da honra no crime de homicídio irá anular o júri, pois ele coloca em uma situação de inferioridade a mulher.

- Espécies de Legítima Defesa:

1. Legítima Defesa Ativa: é aquela realizada por meio de um fato típico, por exemplo, matar em legítima defesa.

2. Legítima Defesa Passiva: é aquela em que a reação não é feita por fato típico. Por exemplo, o agente apara os golpes, defendendo-se.

3. Legítima Defesa Real: é aquela em que o agente se defende de uma agressão injusta, atual ou iminente. É aquela em que estão presentes os seus requisitos legais e que exclui a antijuridicidade.

4. Legítima Defesa Putativa: é aquele em que não estão presentes os requisitos, mas o agente imagina situação de fato que se realmente existisse, legitimaria sua conduta. É o caso das discriminantes putativas, ou culpa imprópria, em que se o erro for escusável, o agente estará isento de pena, pois exclui a culpabilidade.

Já se o erro for inescusável, ele vai responder a título culposos, se houver previsão.

5. Legítima Defesa Sucessiva: é aquele que ocorre nos casos de **excesso, em que o agressor inicial vai se encontrar em legítima defesa.**

6. Legítima Defesa Subjetiva: é aquela em que o agente se excede na reação em virtude de **um erro escusável, o chamado excesso accidental, que irá gerar absolvição do agente.** Ex: moderadamente, para se defender, o agente aponta arma para o agressor, mas efetua um disparo para o chão. Contudo, no momento do disparo o agressor tinha pulado no chão para projetar um golpe naquele que estava se defendendo.

Obs.: na legítima defesa subjetiva, de fato existe legítima defesa. Já na legítima defesa putativa não há legítima defesa.

7. Legítima Defesa Recíproca: trata-se da situação em que, duas pessoas, uma em face da outra, estão em legítima defesa.

Juridicamente, isso não é possível, isto é, não há como alguém agredir injustamente e ao mesmo tempo estar se defendendo. Se a legítima defesa recíproca for real, ela é impossível.

De outro lado, como exceção, se uma das defesas for putativa e a outra real, ou ainda se ambas forem putativas, aí sim será possível a figura da legítima defesa recíproca.

É possível a alegação de legítima defesa por parte daquele que provoca a agressão? Sim, é possível porque o que impede a legítima defesa é a agressão, não a provocação, mesmo que injusta (antiética ou antissocial). Se fosse estado de necessidade, a ideia seria contrária, porque a lei proíbe a alegação da excludente na provocação.

Porém, em duas situações o provocador não poderá alegar a legítima defesa:

a) quando a provocação é feita por meio de agressão.

b) quando a provocação for um pretexto intencional para alegar legítima defesa. Ex: o namorado da mulher sabe que o marido anda armado. A fim de exterminá-lo, o namorado faz com que eles sejam apanhados em adultério pelo marido, que saca a arma, mas o namorado o mata.

Com relação ao desafio, o desafiante pode alegar legítima defesa? O desafiante pode alegar legítima defesa, porque não houve até agora agressão; se o desafiado agredir primeiro o desafiante estará em legítima defesa.

O delito culposo e a legítima defesa são compatíveis? Sim, a análise deve ser conjunta. Ex: A é perseguido por um grupo de motoqueiros. Para despistá-los, A apaga os faróis, entra em uma rua escura e atropela uma pessoa. A será absolvido desse homicídio, sob qual fundamento? Legítima defesa ou estado de necessidade? Depende, se o atropelado for um motoqueiro, houve legítima defesa. Se o atropelado for um pedestre qualquer, houve aí estado de necessidade.

A legítima defesa é compatível com a *aberratio ictus*?

Aberratio ictus ou erro na execução (Art. 73) ocorre quando o agente, por um equívoco na utilização do meio, ou desvio no golpe, atinge pessoa diversa da objetivada. Há duas posições:

I. para a corrente minoritária, defendida por MAGALHÃES NORONHA, a legítima defesa é compatível com a *aberratio ictus*, porque é como se o agente tivesse atingido o agressor.

II. para a corrente majoritária, defendida por ANÍBAL BRUNO, o agente será absolvido por estado de necessidade, pois o atingido não estava realizando agressão alguma.

Qual a diferença entre a legítima defesa e o homicídio privilegiado sob o domínio de violenta emoção? A diferença é que no homicídio, o pressuposto é uma provocação injusta, sob o domínio de violenta emoção, e na legítima defesa uma agressão injusta.

Legítima Defesa por Parte de Agentes do Estado: não se discute a possibilidade de defesa própria, nos termos do artigo 24 do Código Penal. A questão que se coloca é o reconhecimento da legítima defesa quando estão em serviço e atuam nessa condição. Podem ocorrer duas situações:

- agente está executando ato de ofício e é agredido.
- agente atua na defesa de um particular que está sendo agredido;

Segundo Juarez Tavares, diversamente do que se regula em relação a outros sujeitos, deve o agente estatal atuar com maior moderação do que faria na condição pessoal, isto é, deve proceder de modo mais cuidadoso que um particular;

c) Exercício regular do Direito:

Para parte da doutrina a realização de uma conduta conforme a autorização legalmente expressa não só exclui a antijuridicidade, como também, antecipadamente, a sua própria antinormatividade.

Trata-se da mais ampla das excludentes. Ela se irradia para todas as áreas, porque direito é uma ciência única e a divisão das matérias meramente acadêmica. Aquele que exerce um direito jamais pratica um crime. Como essa excludente se irradia para todas as áreas, ela é exercida, por exemplo, pelo parlamentar que faz seu discurso em desalinho, não sendo sancionado civil ou criminalmente por suas palavras, votos e opiniões, nos termos do artigo 53 da CF.

Na mesma relação deve ser enquadrado o desforço imediato em que o possuidor irá reagir quando sua posse estiver sendo turbada ou esbulhada. O mesmo raciocínio vale para as lesões no esporte, desde que dentro das regras. Ex: luta de boxe.

Essa mesma premissa vale para as intervenções cirúrgicas, mesmo sem necessidade.

No caso da situação envolvendo questão de ordem religiosa e as transfusões de sangue, se o paciente estiver para morrer e o médico fizer a transfusão haverá estado de necessidade. Se o paciente não estava para morrer, mas havia relação de perigo iminente, se houver transfusão haverá exercício regular de direito. De outro lado, os pais que impedem a transfusão do filho por motivos de ordem religiosa também estão no exercício regular de direito.

Pressupostos: (i) regra legal expressa permissiva, que pode ser lei em sentido estrito ou mesmo resolução administrativa; (ii) execução da atividade dentro dos limites estabelecidos; (iii) o agente ser um dos sujeitos autorizados a atuar.

Ex: o artigo 301 do CPP autoriza a qualquer pessoa a prender quem se ache em flagrante delito. Quem o fizer não viola a proibição de privação de liberdade e, portanto, não comete sequestro (Artigo 148 do CP).

Obs.: defesa antecipada: verifica-se com o emprego de aparelhos ou recursos de prevenção (ofendículos - ex: cerca elétrica, cachorros ferozes). É possível o emprego destes objetos, diante da possibilidade de aproximações ou atos inocentes, na ausência de atualidade da agressão?

Para Juarez Tavares, depende. No caso de recursos estáticos (cacos de vidro cortantes, cercas visíveis ao menor relance) entende-se que estão incluídos no âmbito do direito de propriedade e, portanto, são atípicos e não estão condicionados à atualidade da agressão.

Quanto aos recursos dinâmicos (cães de guarda, cerca eletrificada, ou outros que são ativados com a aproximação da pessoa), o proprietário deve (i) providenciar avisos e alarmes sobre a existência e funcionamento, bem como (ii) usar de meios para que eles só sejam acionados quando haja efetiva agressão, dentro dos limites estritamente necessários à sua repulsa. Ex: não se pode admitir que o toque em cerca elétrica acarrete a morte. Cães ferozes devem ficar confinados em área interna da propriedade, jamais em campo aberto ou próximo à passagem de pedestre. Se uma criança é atacada porque estava brincando no muro da casa o proprietário responde pela agressão, porque não se pode manter uma fonte permanente de perigo em condições de ataque.

Armas de disparo automático: ilícitas. É permitido apenas ao proprietário mantê-la no interior do imóvel, jamais em condições de disparo automático (artigo 5o do Estatuto do Desarmamento).

A doutrina é muito dividida acerca da natureza jurídica dos ofendículos:

- para MIRABETE, eles são uma forma de exercício regular do direito (direito de propriedade).

- para NELSON HUNGRIA, os ofendículos são forma de legítima defesa da propriedade. Trata-se da legítima defesa pré-ordenada.

- há uma terceira posição que afirma que os ofendículos possuem natureza híbrida, porque quando são instalados, trata-se de exercício regular de direito; quando são acionados, legítima defesa da propriedade.

Com relação ao cachorro, ele poderá ser encarado como ofendículo, dependendo do motivo da sua aquisição. Se ele foi comprado para prazer, deleite, não se trata de ofendículo; mas, se ele for adquirido para proteção e segurança, ele terá a natureza de ofendículo. Como em todas as excludentes, os ofendículos também trazem a figura do excesso, que pode ser doloso ou culposo.

No caso de o agente acionar o ofendículo e ele vier a atingir um terceiro inocente, que se machuca, a solução vai depender se há ou não excesso na situação.

Se houve excesso doloso, o dono da propriedade vai responder por esse resultado. De outro lado, se a instalação é regular e quem faz o acionamento é o agente que pretende atingir o patrimônio, será ele o responsável pelo evento causado no terceiro inocente, por meio da aplicação da teoria *conditio sine qua non*.

É importante destacar que os ofendículos são instrumentos de defesa, tutela do direito de propriedade, seu uso deve ser racional, de modo a não oferecer risco para aquele que não tem relação alguma com o evento ou que pratica ação distinta com relação ao patrimônio daquele que instituiu o aparato.

É isso que justifica a instalação de placas indicando a existência do ofendículo no local. Afinal eles não são uma armadilha, mas ao contrário, uma ferramenta para salvaguardar o patrimônio.

Para Juarez Tavares também constitui exercício regular de direito a decisão e a execução de um ato de greve, cuja autorização se encontra na Constituição Federal (artigo 9º da CF).

A desobediência civil (ato de resistência dos cidadãos contra uma decisão estatal relevante, que consideram ilegítima, mediante manifestações e protestos e até mesmo violações de normais legais) também se caracteriza como exercício regular de direito constitucionalmente assegurado, enquanto extensão do direito de associação ou reunião. Para Juarez Tavares aqui é possível se falar em ocupação de terras improdutivas para o efeito de reforma agrária ou o bloqueio de estradas e vias de comunicação.

Obs.: se há violação de direito alheio a situação deve ser analisada sob a ótica do estado de necessidade.

Por fim, quando o agente ultrapassar os limites legais do exercício do direito, responderá pelo excesso, nos termos do artigo 23, parágrafo único do Código Penal.

d) Estrito Cumprimento do Dever Legal: se a Lei impõe, expressamente, um dever de agir, quem executa a ação dentro de seus limites tampouco obra antinormativa ou antijuridicamente. Ex: o artigo 301 do CPP obriga os agentes policiais a efetuarem a prisão em flagrante.

Trata-se de excludente de antijuridicidade em que o agente vai cumprir um **dever imposto por lei**. Tanto faz qual a natureza dessa lei. Basta que haja Lei. Apesar disso, o cumprimento de dever imposto por norma administrativa pode ser acolhido como causa supralegal de justificação.

A diferença entre o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito é que neste o agente tem uma opção, uma faculdade de atuação, ao passo que no estrito cumprimento de dever legal o agente não tem uma opção, porque ele deve cumprir seu dever.

A doutrina é dividida com relação aos sujeitos dessa excludente. Para NELSON HUNGRIA, essa excludente só se destina aos funcionários públicos, aquelas pessoas arroladas no artigo 327 do CP. Essa posição é minoritária.

Isso porque a excludente não retrata o cumprimento de um dever regulamentar, mas de um dever legal, e todas as pessoas devem cumprir o mandamento da Lei. Ora, essa é uma norma permissiva e sua interpretação deve ser a mais ampla possível e por isso, que ela se estende a todas as pessoas.

Aquele que tem um dever moral ou religioso não é alcançado por esta excludente.

Como em todas as excludentes, o agente vai responder pelo excesso. Se a ordem for manifestamente ilegal, irá responder o superior e o subordinado e não há essa excludente.

Atenção: nenhuma norma legal impõe a quem quer que seja, nem mesmo aos agentes estatais, o dever de matar. Se o agente policial mata alguém, só poderá ter a antijuridicidade de sua conduta excluída pela legítima defesa, observados os seus requisitos, mas jamais enquanto estrito cumprimento de dever legal. Da mesma forma nenhuma norma impõe a tortura.

Excesso Punível: é a intensificação desnecessária da conduta inicialmente acobertada por uma excludente. O excesso se aplica a todas as excludentes e pode ser:

a) doloso: quando o agente quis ou assumiu o risco do excesso. Ele vai responder pelo evento, mas pode ter algum privilégio.

b) culposo: quando o excesso ocorre por imprudência, negligência ou imperícia. O agente vai responder pelo crime culposo.

c) acidental ou causal: é aquele que decorre de caso fortuito ou força maior, um evento inesperado, imprevisível. O agente será absolvido porque não há dolo ou culpa. Ex: moderadamente, para se defender, o indivíduo aponta uma arma para o agressor e por causa do calor, a arma dispara.

d) exculpante: é aquele que decorre de uma perturbação do ânimo do agente, uma reação por susto ou medo, de modo que não se pode exigir um comportamento diverso. Esse excesso não está previsto em leis, mas ele é admitido com base na inexigibilidade de conduta diversa, como causa supralegal de exclusão da culpabilidade.

e) intensivo: é aquele que decorre da escolha equivocada do meio (meio inadequado).

f) extensivo: é aquele que se prolonga no tempo devido ao uso imoderado do meio escolhido.

- Causas Supralegais de Exclusão da Antijuridicidade

O fundamento das causas supralegais de exclusão da antijuridicidade é a antijuridicidade material, que exige para sua caracterização a análise da lesão ou do perigo de lesão ao bem jurídico protegido. São causas legais supralegais de justificação: (i) consentimento presumido; (ii) direito de correção dos pais; (iii) a

liberdade de expressão; (iv) princípio do balanço; (v) o processo de marginalização social (Juarez Tavares).

Importante: elas não são expressas em determinado dispositivo legal, mas decorrem do sistema da ordem jurídica ou dos chamados princípios gerais de direito. Não são, portanto, alheios a ordem jurídica.

Requisitos: (i) existência de um motivo para atuar, que pode ser a prática de um ato desautorizado (do filho, na correção pelos pais), ou uma situação de preservação da cidadania ou da própria condição da pessoa (nos processos de marginalização social); (ii) a execução da ação não implique uma grave violação do direito alheio ou ofenda a dignidade humana; (iii) os efeitos possam ser perfeitamente assimilados pela vítima ou terceiros; (iv) o bem jurídico possa ser descartado ou se situe fora do âmbito de proteção.

Essas causas são as seguintes:

a) Consentimento Presumido: estará excluída a *imputação* quando o titular do bem jurídico tenha consentido nesses eventos de lesão ou perigo. O particular tem que manifestar objetivamente seu consentimento. Nos casos em que inexistir esse consentimento expresso, mas for possível inferir que em algum momento da produção do risco, o titular do bem jurídico, em face das circunstâncias, pudesse ter consentido na lesão ou no perigo, temos o consentimento presumido.

Em síntese: o consentimento expresso exclui a imputação; o consentimento presumido exclui a antijuridicidade, porque:

- o consentimento presumido se confunde com atuação no interesse do ofendido (gestão de negócios). Ex: o vizinho invade a propriedade alheia para conter ali um incêndio que irrompera no ar condicionado - exclui-se a ilicitude da violação de domicílio;

- inexistência de oposição à lesão ou perigo ao bem jurídico autoriza a conduta. O bem jurídico não sofre qualquer lesão (ex: trocar uma nota de 10 Euros por 5 moedas de 2 - exemplo de Hefendehl).

- a análise do acontecimento está subordinada aos valores da ordem jurídica.

Ex: consentimento presumido e atuação médica, sem autorização expressa do paciente ou seu representante para realização de intervenção cirúrgica.

Obs.: o consentimento hipotético tem sido rechaçado pela doutrina, porque deixa a afirmação ou negação da antijuridicidade sob exclusiva discricionariedade do julgador. Assim, os dados devem ser objetivamente analisados (atuação sob o interesse do ofendido).

Obs.: Consentimento do ofendido: trata-se de uma causa supralegal de exclusão da antijuridicidade, mas para essa causa ser aplicada será necessário preencher os seguintes requisitos:

(i)) que o bem jurídico tutelado seja de ordem preponderantemente privada, **disponível**, como a honra, patrimônio, etc..

(ii) que o consentimento seja dado antes da consumação (se for depois haverá perdão).

(iii) que o consentimento seja dado pela vítima maior de 18 anos.

Preenchidos esses três requisitos, o consentimento do ofendido poderá afastar a antijuridicidade. De outro lado, se o bem for indisponível, ou se a vítima for menor de 18 anos, o consentimento pode não servir de nada.

b) Direito de Correção: o fundamento é o dever dos pais de assistir, criar e educar os filhos menores.

Os artigos 18-A e 18-B do ECA (após alterações da Lei no. 13.010/2014) estabelecem expressamente a vedação a castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante a crianças ou adolescentes, por parte da família ampliada, dos responsáveis, dos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou qualquer pessoa encarregada de cuidar-lhes, tratá-los, educá-los ou protegê-los.

Abuso de direito correccional é tipificado no crime de maus-tratos (artigo 134 do CP) ou ainda no artigo 232 do ECA.

Nessa medida a doutrina tem fixado alguns pressupostos para o direito correccional: (i) existência de uma falta disciplinar por parte do filho menor; (ii) necessidade da correção; (iii) relação de temporalidade entre o ato e a correção; (iv)

emprego de meios adequados; (v) finalidade objetiva de contribuir para a vida futura dos filhos menores ou educandos; (vi) capacidade de correção.

Obs.: caso os filhos estejam sob a vigilância de um terceiro que não detenha a guarda, a disciplina pode ser justificada pelo consentimento presumido, mas não pelo direito correccional.

c) Direito de Expressão:

O simples ato de narrar, sem emissão de juízo de valor pelo próprio agente, exclui o dolo em relação às possíveis ofensas à reputação dos envolvidos.

Se o ato de narrar se limita a reproduzir os fatos sem outra finalidade, senão a de informar, fala-se em exercício da liberdade de expressão.

Haverá abuso do direito de narrar, quando o texto não mais corresponda à narrativa, mas passe a designar outros fatos, introduza no processo de informação outro componente, orientado para a execração da pessoa afetada.

Não se inclui, portanto, no direito de expressão a narração de fato inverídico.

Obs.: não há injúria ou difamação punível quando as palavras ofensivas ou a importunação desonrosa impliquem manifestação de crítica literária, artística ou científica (artigo 141, inciso III do CP).

d) Princípio do Balanço ou da Proporcionalidade entre os bens: é o princípio que manda excluir do âmbito do direito penal a lesão a um bem jurídico tutelado, com o objetivo de preservar outro bem jurídico mais valioso. Ex: o rapaz acusado injustamente de estupro faz uma interceptação telefônica não autorizada e descobre se tratar tudo de uma armação. Ele violou o direito do sigilo das comunicações da suposta vítima para preservar algo maior, sua liberdade e sua vida. Ele não pode ser condenado pela interceptação.

Obs.: essa figura não se confunde com o estado de necessidade, porque neste há inúmeros requisitos, enquanto que no princípio do balanço dos bens há apenas 1, qual seja, a proporcionalidade entre os bens jurídicos colocados em risco. Na ausência destes requisitos, o princípio do balanço será invocado.

e) Processo de Marginalização Social (Juarez Tavares):

As próprias condições sociais de marginalização de pessoas podem conduzir ao reconhecimento de fatos justificados. O sujeito deve ter capacidade de se orientar pela norma.

A relação entre sujeito e norma ocorre em três planos distintos: ação, injusto e na culpabilidade. São etapas de contenção do poder de punir e não simples elementos de qualificação da conduta.

(i) Ação: confronto entre a conduta concreta e o contexto normativo ao qual o sujeito pertence, no sentido de verificar a possibilidade de excluir, desde logo, do direito penal, todos aqueles que não possam internalizar as proibições ou os comandos porque não estejam vinculados aos mesmos fundamentos motivacionais de conduta engendrados pela norma criminalizadora.

(ii) Injusto*: no âmbito da antijuridicidade deve ser analisada a incapacidade do sujeito de ser partícipe da tarefa de proteção de bem jurídico;

Juarez Tavares diz que na tipicidade limita-se o poder do Estado a definir a antinormatividade. Por outro lado, na antijuridicidade busca-se excluir a pessoa do ilícito, ao acentuar as condições para que o bem jurídico possa ser protegido.

(iii) Culpabilidade: confronto da relação concreta entre sujeito e norma com vistas à sua compreensão do injusto e, com isso, discutir a possibilidade de subordinar a solução do conflito a consequências menos invasivas.

*Sobre a relação entre sujeito e norma quanto ao Injusto:

Nesse sentido, a exclusão da ilicitude tem por base a permissão para que a própria pessoa proteja o bem jurídico.

Quando o próprio titular do bem jurídico o tenha descartado ou não esteja em condições de protegê-lo ou se situe fora do âmbito normativo de proteção, tampouco há ilicitude.

Ex: o mendigo que pratica relações sexuais durante a noite em via pública não comete o crime de ato obsceno porque, em face de sua condição de marginalização, não se lhe pode exigir uma atuação no sentido da proteção do bem jurídico. A marginalização e a ausência de política jurídica integrativa não preenchem os elementos necessários a caracteriza sua ação como ilícita.

Em outros termos, se a própria CF impõe ao Estado a eliminação da pobreza e da marginalização social (artigo 3o, inciso III da CF), não se pode exigir da pessoa marginalizada o compromisso de proteção de bem jurídico, quando não lhe tenham sido proporcionadas as mínimas condições de convivência.

Pressupostos:

- existência objetiva de grupos de marginalização, os quais se situam fora da cadeia de produção social;
- vinculação do sujeito a esses grupos;
- prática da ação no contexto dessa marginalização;
- impossibilidade de incluir o sujeito na tarefa de proteção do bem jurídico, tendo em vista a inexistência de política concreta de integração;
- correspondência entre o bem jurídico ofendido e a relação entre sujeito e condição social.

Em suma, para Juarez Tavares o processo de marginalização social não permite identificar, objetivamente, os elementos prévios de definição do ilícito quando os bens jurídicos afetados não estejam no âmbito social de proteção do sujeito.

Obs.: Para Salo de Carvalho a marginalização social deve ter um tratamento especial no direito penal, em face do conceito de vulnerabilidade e da seletividade. Assim, tendo em vista que o processo de marginalização não indica um defeito do sujeito, mas sim das condições externas (inércia do poder público, por exemplo), mesmo fora do injusto (tipicidade e antijuridicidade) a marginalização deveria gerar a exclusão da culpabilidade ou ao menos a sua atenuação obrigatória.

Obs.: a doutrina é dividida acerca da natureza jurídica de duas figuras: adequação social e insignificância. Para ASSIS TOLEDO ambas excluem a tipicidade, de sorte que o fato é atípico por falta de resultado jurídico. É o que prevalece.

De outro lado, para ANIBAL BRUNO as duas figuras excluem a antijuridicidade, porque existe previsão típica, porém não há lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido.

f) Ação socialmente adequada ou princípio da adequação social: Trata-se da excludente que determina a retirada do âmbito de incidência do direito penal das condutas que são praticadas de acordo com as normas de cultura do povo, isto é, de acordo com os costumes ou valores sociais. Ex: a mãe que fura a orelha da filha, fazer tatuagem, colocar *piercing*, dia do pindura.

g) Princípio da Insignificância ou Crime de Bagatela: trata-se do princípio que manda excluir do âmbito do direito penal as ofensas irrelevantes frente ao bem jurídico protegido. Ex: furto de um *clips*, peculato de uma folha de caderno.

O direito penal é secundário, de intervenção mínima, logo ele só será invocado quando os demais ramos do direito se mostrarem insuficientes para proteger o bem jurídico tutelado. Logo, a lei penal não incrimina aquelas condutas que não representam uma grande ofensa ao bem jurídico.

2. Culpabilidade

Trata-se do juízo de merecimento da pena. O legislador não definiu a culpabilidade, motivo pelo qual a doutrina passou a classificá-la. Até 1984 vigorava em nossa legislação a responsabilidade penal objetiva, que era aquela responsabilidade independente de dolo ou culpa.

Era o sistema "versari in re illicita". Sendo assim, o agente respondia por um resultado mais grave, independentemente de possuir dolo ou culpa com relação a esse resultado. Por exemplo: se o agente agredisse uma mulher grávida, sem saber da gravidez e ela viesse a abortar, ele responderia pela lesão gravíssima com resultado aborto.

Com a reforma de 1984 do Código Penal e com a introdução do artigo 19, que trata da agravação pelo resultado, isto é, o crime *praeter doloso*, o agente, no exemplo dado acima, responde por lesão simples, porque ele desconhece a gravidez.

Art. 19 - Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente.

Apesar dessa previsão, há em nosso ordenamento alguns casos de responsabilidade penal objetiva:

a) é o caso da responsabilidade sucessiva ou em cascata da Lei de imprensa (lei “revogada” por meio de ADPF), em que a Lei indicava em uma ordem sucessiva qual seria o responsável pelo delito, quando não se apurava o autor.

b) é o caso da rixa (Art. 137 do CP), em que se sobrevier lesão grave ou morte, o rixoso que matou responde por homicídio doloso, cumulado com rixa simples, e os demais, conforme a redação do parágrafo único do artigo 137, por rixa com resultado morte.

Art. 137 - Participar de rixa, salvo para separar os contendores:

Pena - detenção, de quinze dias a dois meses, ou multa.

Parágrafo único - Se ocorre morte ou lesão corporal de natureza grave, aplica-se, pelo fato da participação na rixa, a pena de detenção, de seis meses a dois anos.

c) é o caso da embriaguez voluntária, culposa ou pré-ordenada, em que se aplica a teoria da actio libera in causa, no qual o legislador, por fixação, irá retroagir o momento da conduta para o instante em que o agente se colocou a beber para responsabilizá-lo.

Obs.: para LFG e FMB as hipóteses de responsabilidade objetiva são inconstitucionais, pois a Constituição consagra o princípio da presunção de inocência, não a presunção de culpabilidade, como nesses três casos.

Fundamento da Culpabilidade: é o livre-arbítrio do homem, isto é, o poder de decidir em um ou em outro sentido, o que torna o homem responsável por seus atos.

Natureza Jurídica da Culpabilidade: duas correntes buscaram esclarecer a natureza jurídica. Para a primeira corrente, trata-se de um elemento do crime, consoante o conceito da teoria tripartida. Para a segunda corrente, a culpabilidade não é elemento do crime, mas um pressuposto para a aplicação da pena, isto é, a ligação

entre o crime e a pena, um juízo posterior ao crime. Por isso, não pode ser seu elemento.

Os inculpáveis, para a primeira teoria, não praticam crime; para a segunda eles praticam, mas não são responsabilizados por isso.

Teorias sobre a Culpabilidade: quatro teorias buscaram explicar a culpabilidade, sendo que duas delas são de origem clássica. São elas: a teoria psicológica e a teoria psicológico-normativa da culpabilidade. Outras duas são de origem finalista. São elas: a teoria normativa pura ou extremada e sua subespécie, a teoria limitada da culpabilidade.

- Teoria Psicológica: para essa teoria, culpabilidade é o nexó psíquico entre o agente e o delito. Ela não trata como elementos da culpabilidade, mas possui duas espécies de culpabilidade: dolo e culpa.

Quanto à imputabilidade, para essa teoria é um pressuposto da culpabilidade, isto é, um requisito anterior à culpabilidade. Requisito não é elemento. Aliás, essa teoria não cuida dos elementos da culpabilidade, mas das espécies dolo e culpa.

Quanto à consciência da ilicitude, os adeptos dessa teoria divergem sobre o assunto: para uma parte a consciência da ilicitude é um requisito inócuo, que não influencia na culpabilidade, pois o agente vai responder pelo evento, quer ele conheça ou não a ilicitude do fato. Para uma segunda parte, a consciência da ilicitude é um elemento do dolo, o chamado dolo normativo. Logo, sem a consciência real e atual da ilicitude, o agente é absolvido por falta de dolo para esta teoria.

- Teoria Psicológico-Normativa: ela é psicológica, porque manteve o dolo e culpa na culpabilidade. Contudo, ela é normativa porque além do dolo e da culpa, para o agente ser culpável será necessário que ele viole a norma em uma situação em que podia cumpri-la. Se esse agente violar a norma em uma situação em que não se podia exigir dele um comportamento conforme o direito, ele não será culpável, mesmo que tenha atuado com dolo ou culpa.

Essa teoria foi criada pelo penalista alemão Frank em 1906, de sorte que ele introduziu um elemento no estudo da culpabilidade, qual seja, a “exigibilidade de conduta diversa”.

A partir dessa teoria, a culpabilidade passou a tratar do assunto por meio de elementos, que são os seguintes: imputabilidade (para teoria psicológica, não é elemento, mas um pressuposto), dolo e culpa (para a teoria psicológica, não são elementos, mas sim espécies), exigibilidade de conduta diversa (a teoria psicológica não trata desse assunto. Nisto reside a grande diferença entre elas).

- Teoria Normativa Pura ou Extremada e Teoria Limitada da Culpabilidade: Ambas as teorias são de origem finalista e tratam a culpabilidade por meio de elementos. A culpabilidade acabou se esvaziando com a retirada do dolo e da culpa da culpabilidade, pois eles passaram a integrar o fato típico. Daí vem o nome “normativa pura”, vez que ela não tem nada de psicológica.

A culpabilidade passa a se concentrar na cabeça do juiz, não mais na cabeça do réu, mas ainda é um juízo que se volta para o passado. Os elementos da culpabilidade são: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude (para ser culpável, não é preciso o conhecimento real e atual da ilicitude, bastando a possibilidade), exigibilidade de conduta diversa.

A teoria limitada da culpabilidade é uma subespécie da teoria extremada ou normativa pura. Elas são praticamente iguais, sendo que a diferença entre elas reside no estudo das discriminantes putativas por erro escusável.

Se o erro for inescusável, para ambas as teorias o agente vai responder como crime culposo, se houver previsão. Já se o erro for escusável, para ambas as teorias o agente será absolvido, porém o fundamento da absolvição é que será distinto. Para a teoria extremada, ele será absolvido por erro de proibição, que exclui a culpabilidade, mas subsiste o dolo. Já para a teoria limitada, ele será absolvido por erro de tipo, excluindo-se o dolo. Para essa teoria, a discriminante putativa é uma espécie de erro de tipo.

Nosso legislador adotou de maneira expressa no item 17 da exposição de motivos da parte geral a teoria limitada da culpabilidade. Por isso ele incluiu as discriminantes putativas como um parágrafo do artigo 20 que trata do erro de tipo.

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 culposos.

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.

Elementos da Culpabilidade:

a) Imputabilidade: é a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que **ao tempo da conduta**, atribui ao agente a capacidade de entender o caráter criminoso do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

A imputabilidade é aferida no tempo da conduta. Aplica-se a regra do artigo 4º do Código Penal, que é a teoria da atividade.

Art. 4º - Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado

No caso de o agente cometer um crime, mas antes da condenação ele ficar inimputável, o juiz deverá suspender o processo sem publicar sentença até que ou o agente restabeleça a sanidade ou ocorra a prescrição.

Se o agente for condenado e durante o cumprimento da pena sobrevier patologia mental, ele estará sujeito aos termos do artigo 41 do Código Penal, que é a “superveniência de doença mental”, que é o único de caso de medida de segurança com prazo determinado, isto é, ele será transferido da unidade prisional para hospital psiquiátrico, durante o período restante da sua pena.

Art. 41 - O condenado a quem sobrevém doença mental deve ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado.

O critério para aferir a imputabilidade é o **biopsicológico**. Significa dizer que serão conjugados fatores biológicos, isto é, da própria pessoa e psicológicos, determinados coeficientes mentais anormais que irão resultar na incapacidade volitiva do agente.

Nosso Código Penal, no artigo 26 não definiu os imputáveis, mas ele fez o contrário, definindo os inimputáveis. Será inimputável aquele que possuir doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Por causa dessa patologia, se o agente praticar um delito, mas se constatar essa anormalidade por meio do critério biopsicológico, o julgador deverá absolver o agente, com fundamento no artigo 386, inciso VI do Código de Processo Penal. Se for constatada **periculosidade**, será aplicada a esse agente, medida de segurança, pelo prazo mínimo que varia de 1 a 3 anos. Essa sentença recebe o nome de absolutória imprópria, porque isenta de pena, mas aplica medida de segurança.

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Redução de pena

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento

Os silvícolas podem ser inimputáveis, semi-imputáveis ou imputáveis. Quem julga crime praticado por índio ou contra índio é a Justiça Comum, mas crimes contra a nação ou comunidade indígena é a Justiça Federal.

O surdo-mudo pode ser inimputável, semi-imputável ou imputável.

- Semi-Imputabilidade: nesse caso há perturbação da saúde mental, um estado que fica entre a sanidade e a doença mental. Apontada a semi-imputabilidade pelo critério biopsicológico, o julgador terá duas possibilidades: ou ele aplica pena, reduzida de 1/3 a 2/3 ou ele aplica medida de segurança, se entender haver periculosidade.

Essa sentença é condenatória e esse sistema de opções se chama vicariante, que substitui o antigo sistema de dois trilhos ou duplo binário, em que se aplicava para o semi-imputável pena e medida de segurança.

O semi-imputável pode se sujeitar ao cumprimento integral da medida, desde que ele cometa um delito que não tenha relação com sua doença. Ex: o cleptomaníaco que comete homicídio.

Menoridade

Os menores também são encarados como inimputáveis. Significa dizer que mesmo emancipado civilmente, o menor não responde pelo fato praticado. A menoridade está prevista tanto no Código Penal no artigo 27, como também, na própria Constituição Federal, no artigo 228.

O menor não pratica crime, mas ato infracional. Também não está sujeito à pena, mas à medida sócio-educativa.

Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

O critério para se aferir a menoridade é o critério biológico. A menoridade se encerra no primeiro instante do dia em que o menor completar 18 anos. A prova da menoridade é a certidão de nascimento e na dúvida, prevalece a menoridade.

Se o menor comete um crime permanente e ele se torna maior durante a permanência ele será considerado maior. Se for crime continuado, os fatos anteriores são atos infracionais. Apenas o fato enquanto maior será considerado.

Se o menor ataca a vítima e atinge a maioria durante a internação da ofendida, que vem a falecer, ele será considerado menor.

Outra questão envolvendo a menoridade diz respeito à mudança da idade para efeitos criminais. Há três posições:

- essa idade poderia ser modificada por meio de lei ordinária.

- a idade poderia ser modificada por meio de emenda constitucional, haja vista a redação do artigo 228 da CF.

- a menoridade é uma cláusula pétrea implícita, uma garantia individual que não está arrolada no artigo 5º da Constituição Federal, porém ela faz parte desse pressuposto constitucional. Apenas pelo constituinte originário é que se altera a idade penal.

Emoção e Paixão: são sentimentos que não afastam a culpabilidade do agente. A emoção é o sentimento de breve duração, é uma intensa perturbação do estado de ânimo, como o medo, a ansiedade, a angústia, etc.. Já a paixão é o sentimento duradouro, que se prolonga no tempo, como o amor, o ódio, a vingança.

De outro lado, esses sentimentos podem, quando muito, funcionar como uma atenuante genérica, prevista no artigo 65, inciso III, alínea “c”. Em alguns casos esses sentimentos podem funcionar como causa de diminuição de pena, como ocorre no artigo 121, parágrafo primeiro ou artigo 129, parágrafo quarto do Código Penal.

Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal: I - a emoção ou a paixão;

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: III - ter o agente: c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;

Art 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, ou juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: § 4º Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Embriaguez:

No artigo 28, inciso II está prevista a embriaguez, que é a intoxicação aguda provocada pelo álcool ou outra substância de efeitos análogos. Dependendo do tipo de embriaguez, a responsabilidade penal será distinta.

Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal: II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

(i) embriaguez voluntária: quando o agente bebe por que quer. Solução: o agente vai responder pelo resultado.

(ii) embriaguez culposa: é aquela em que o agente excede seus limites por culpa. Solução: o agente vai responder pelo resultado.

(iii) embriaguez pré-ordenada: é aquela em que o agente bebe para cometer crime. Solução: o agente vai responder e ainda por cima terá contra si uma agravante, prevista no artigo 61, inciso II, alínea “I”

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: II - ter o agente cometido o crime: I) em estado de embriaguez preordenada.

(iv) embriaguez acidental: é aquela decorrente de caso fortuito ou força maior. Há aqui uma subdivisão:

- se a embriaguez for completa, o agente estará isento de pena (Art. 28, inciso II, parágrafo primeiro).

§ 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de

entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento

- se a embriaguez for parcial, o agente vai responder, mas ele terá a seu favor uma causa de diminuição de pena, que varia de 1/3 a 2/3 (Art. 28, inciso II, parágrafo segundo do CP).

§ 2º - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

(v) embriaguez patológica ou alcoolismo crônico: nesse caso, o agente será tratado como doente. Aplica-se a regra do artigo 26 do Código Penal.

Obs.: a responsabilidade do agente nos casos de embriaguez voluntária, culposa ou pré-ordenada decorre da aplicação da teoria "actio libera in causa", um dos últimos casos de responsabilidade penal objetiva, em que o legislador, por ficção, retroage o momento da conduta para aquele em que o agente se colocou a beber, porque no momento da conduta ele não tem consciência do que faz, e haveria uma situação de impunidade.

- Prova da Embriaguez: a embriaguez admite qualquer meio idôneo de demonstração, que pode ser a coleta de sangue, urina, etilômetro ou bafômetro. Esses três exames dependem da concordância do agente.

O único exame que independe da concordância é o exame clínico, feito a todo instante.

b) Potencial Consciência da Ilícitude

É o segundo elemento da culpabilidade. Nosso legislador acabou sendo um pouco mais rigoroso do que o doutrinador passado. Isso porque anteriormente para o agente ser culpável era necessário que ele tivesse a consciência real e atual da ilicitude.

Nosso legislador adotou um sistema criado por Welzel, chamado de intermediário, em que o agente vai responder criminalmente se ele tiver uma consciência potencial, isto é, uma possibilidade acerca da ilicitude de seu comportamento.

No caso, será feito um juízo pelo leigo, não pelo jurista, é o chamado juízo profano, em que não precisa o agente saber que sua conduta contraria o direito penal, mas basta que ele saiba que o fato atinge a qualquer direito, à ilicitude como um todo.

O lado contrário, o pólo inverso do potencial conhecimento da ilicitude é o erro de proibição, chamado de erro sobre a ilicitude do fato. O erro agora se passa na cabeça do agente, não mais na situação fática, como ocorre no erro de tipo. O agente conhece o fato que pratica, mas ele **supõe** equivocadamente que a norma permite, quando na verdade ela proíbe. Por isso se chama 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 matéria erro de proibição é dividida da seguinte forma:

(i) erro de vigência: ele está presente na seguinte frase: “o desconhecimento da lei é inescusável”. Nesse caso, o agente desconhece a lei e a ilicitude do seu comportamento. Dependendo do caso, ele vai responder, mas poderá ter a seu favor uma atenuante genérica, prevista no artigo 65, inciso II

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: II - o desconhecimento da lei;

(ii) erro de proibição direto: é aquele em que o agente pode de certa forma conhecer a lei, mas ele desconhece a ilicitude do seu comportamento. Ele acredita que sua conduta é permitida, mas ela é proibida.

(iii) erro de proibição indireto: ocorre quando o agente conhece a lei, mas ele pensa que diante de uma situação imprevisível, vai haver no direito uma causa que exclui a sua responsabilidade e a ilicitude do seu comportamento.

(iv) erro de proibição mandamental: ocorre quando o agente em uma situação de perigo pensa que não mais existe o dever jurídico de impedir o resultado consagrado no artigo 13, parágrafo segundo do Código Penal. Ex: diante da avalanche, o guia de alpinistas abandona o grupo, pensando que nessa situação acaba seu dever jurídico.

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado

Em todas essas situações, o erro de proibição pode ser:

- invencível, inevitável ou escusável: nesses casos, o agente estará isento de pena.

- vencível, evitável ou inescusável: nesses casos, o agente vai responder, mas terá a seu favor uma causa de diminuição de pena que varia de 1/6 a 1/3.

Erro de Proibição Invertido ou Delito Putativo por Erro de Proibição: ocorre quando o agente pensa que o fato praticado é crime, mas na verdade é algo irrelevante penalmente. Ex: o pai que pratica ato sexual com uma filha maior de idade, de maneira consentida.

c) Exigibilidade de Conduta Diversa:

A exigibilidade de conduta diversa significa que o agente deve ter um comportamento diverso do criminoso, desde que ele possa, ele tenha a liberdade de atuar conforme o direito. Se ele não tiver essa liberdade, ele estará isento de pena, com aplicação inexigibilidade de conduta diversa.

Essa teoria fundamenta infinitas absolvições, como uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade.

O legislador enumerou dois casos nesse sentido:

- Coação moral irresistível, prevista no artigo 22. Ela possui 2 elementos:

(i) a existência de três pessoas: o coator (agente), o coacto ou coagido (pessoa que recebe a coação) e a vítima (instrumento da coação).

(ii) a coação deve ser insuperável, irresistível, não haver outra forma de solucionar a situação.

Presentes os dois requisitos, o agente estará isento de pena. Se a coação for resistível, o agente vai responder, mas terá a seu favor uma atenuante genérica presente no artigo 65, inciso III, alínea.

Se a coação for física, o coacto será um mero instrumento nas mãos do coator. Como não há conduta, a qual é o primeiro elemento do fato típico, o fato será atípico.

A coação moral não se confunde com o temor reverencial, isto é, aquele medo de desagradar alguém. Nesse caso, o agente vai responder pelo ato praticado.

Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: III - ter o agente: c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;

- Obediência Hierárquica: na obediência hierárquica, três requisitos irão orientar essa figura:

(i) relação de subordinação fundada no direito administrativo.

(ii) estrita observância aos limites da ordem.

(iii) ordem não manifestamente ilegal.

Presentes esses três requisitos, o subordinado estará isento de pena, porque na situação não se poderá exigir uma conduta diversa dele.

Se o funcionário ultrapassar os limites da ordem, é ele que vai responder pelo excesso.

Se a ordem for manifestamente ilegal, responderão o superior e o subordinado