

Ilicitude (antijuridicidade)

Prof. João de Deus

Conceito

- ▶ “É a contrariedade de uma conduta com o direito, causando efetiva lesão a um bem jurídico protegido. Trata-se de um prisma que leva em consideração o aspecto formal da antijuridicidade (contrariedade da conduta com o Direito), bem como o seu lado material (causando lesão a um bem jurídico tutelado) (NUCCI, 2013, p. 262).

Excludentes

- ▶ Afastam um dos elementos do crime, que é a antijuridicidade.

Classificação das excludentes

- ▶ Excludentes previstas na Parte Geral e válidas para todos os crimes:
- ▶ Estado de necessidade (art. 23, I, e 24, do CP)
- ▶ Legítima defesa (arts. 23, II, e 25, do CP)
- ▶ Estrito cumprimento do dever legal (art. 23, III, do CP)
- ▶ Exercício regular de direito (art. 23, III, do CP).

Classificação das excludentes

- ▶ Previstas na Parte Especial do Código Penal, sendo válidas apenas para determinados crimes.
- ▶ Ex. art. 128, I, do CP (aborto necessário).

Classificação das excludentes

- ▶ Previstas na legislação extrapenal.
- ▶ Ex. art. 1.210, §1º, do CC (legítima defesa que se aplica a caso de agressão passada, o que pelo CP seria incompatível).

Classificação das excludentes

- ▶ Consentimento do ofendido (não prevista expressamente em lei).
- ▶ Desinteresse da vítima em fazer valer a proteção legal ao bem jurídico que lhe pertence (NUCCI, 2013, p. 264).

Elemento subjetivo nas excludentes

- ▶ **Objetiva:** importa é o fato, independente da avaliação subjetiva do agente (independente de ele saber ou não que está correndo perigo).
- ▶ **Subjetiva:** importa que o agente saiba que está agindo em legítima defesa, estado de necessidade, etc.

Conceito de estado de necessidade

- ▶ “Diferentemente da legítima defesa, em que o agente atua defendendo-se de uma agressão injusta, no estado de necessidade a regra é de que ambos os bens em conflito sejam amparados pelo ordenamento jurídico. Esse conflito de bens é que levará, em virtude da situação em que se encontravam, à prevalência de um sobre o outro” (Greco, 2013, p. 316)..

Espécies de estado de necessidade

- ▶ Quanto a origem do perigo:
- ▶ A) estado de necessidade defensivo: o agente se volta contra a coisa ou o animal que lhe causa perigo. Ex. Tião, atacado por um cavalo, se vê obrigado a matá-lo.
- ▶ B) estado de necessidade agressivo: o sujeito se volta contra pessoa ou coisa diversa da qual advém o perigo. Ex. pegar o carro do vizinho sem sua permissão para levar o filho baleado ao hospital.

Espécies de estado de necessidade

- ▶ Quanto ao bem sacrificado:
- ▶ A) estado de necessidade justificante: sacrifício de um bem de menor valor para salvar outro de maior, ou de igual valor. Ex. sacrifício de animal de propriedade do vizinho para salvar terceiro atacado por ele.
- ▶ B) estado de necessidade exculpante: sacrifício de bem de valor maior para salvar bem de valor menor. (não incide no estado de necessidade, mas pode ser avaliado na culpabilidade (com base no juízo de reprovação social)).

Requisitos do estado de necessidade

- ▶ **Existência de perigo atual:** o perigo tem que ser presente. Não se inclui no estado de necessidade o perigo iminente.
- ▶ **Involuntariedade na geração do perigo:** quem deu causa ao perigo não pode invocar o estado de necessidade.

Requisitos do estado de necessidade

- ▶ **Inevitabilidade do perigo e da lesão:** se puder se afastar do perigo ou evitar a lesão deve o autor fazê-lo. O estado de necessidade possui caráter subsidiário, sendo a fuga possível deve ela ser realizada.
- ▶ **Proteção a direito próprio ou de terceiro:** o bem ou interesse deve ser lícito.

Requisitos do estado de necessidade

- ▶ **Proporcionalidade do sacrifício do bem ameaçado:** estado de necessidade justificante.
- ▶ **Dever legal de enfrentar o perigo:** dever legal é o advindo da lei. No entanto, não se exige heroísmo.

Causa de diminuição de pena

- ▶ Art. 24, §2º do CP
- ▶ Estado de defesa exculpante quando não reconhecido como excludente de culpabilidade.

Legítima defesa

- ▶ Art. 25 do CP
- ▶ “ é a defesa necessária empreendida contra agressão injusta, atual ou iminente, contra direito próprio ou de terceiro, usando, para tanto, moderadamente, os meios necessários” (NUCCI, 2013, p. 273)

ELEMENTOS DA LEGÍTIMA DEFESA

- ▶ Relativos à agressão:
- ▶ Injustiça
- ▶ Atualidade ou iminência
- ▶ Contra direito próprio ou alheio

ELEMENTOS DA LEGÍTIMA DEFESA

- ▶ Relativos à repulsa
- ▶ Utilização de meios necessários
- ▶ moderação

Injusta agressão

- ▶ conduta humana (ilícita, e não necessariamente um crime) que coloca em perigo ou lesa um bem jurídico.
- ▶ Não existe legítima defesa contra animais, mas sim o estado de necessidade.
- ▶ Questão interessante: animais podem no entanto serem utilizados como instrumentos por um indivíduo para agredir outro. Nesse caso não estar-se-á diante do estado de necessidade, mas da legítima defesa, uma vez que os animais se tornaram uma “arma” para atacar.

Atualidade ou iminência da agressão

- ▶ Atual = presente, cabe legítima defesa
- ▶ Iminente = em vias de acontecer, cabe legítima defesa
- ▶ Futuro = não cabe legítima defesa
- ▶ Passado = não cabe legítima defesa

Atualidade ou iminência da agressão

- ▶ Flexibilidade na interpretação da atualidade
- ▶ ex. atirador, que errando os disparos, cessa momentaneamente para recarregar a arma e continuar a atirar. Nesse meio tempo a vítima pode agir.

Atualidade ou iminência da agressão

- ▶ A existência de inimizade entre agressor e vítima não descaracteriza a legítima defesa.
- ▶ A interpretação da iminência da agressão também tem que ser flexibilizada → ex. um inimigo vem em direção ao outro munido de um revólver dizendo que vai matá-lo, pode-se utilizar a legítima defesa.

Atualidade ou iminência da agressão

- ▶ Em regra, não é cabível legítima defesa contra atos preparatórios, mas em certos casos pode ser possível.
- ▶ Ex. subtrair a arma que um colega comprou para matar outro. O subtrair neste caso não é furto, mas sim legítima defesa de terceiro.

Atualidade ou iminência da agressão

- ▶ Não é cabível a legítima defesa presumida. Ex. matar um sujeito que invadiu o pátio a noite, sob a presunção de que ele irá arrombar a casa.

Agressão contra direito próprio ou alheio

- ▶ O bem a ser protegido, deve ser lícito e obter proteção jurídica.
- ▶ Ex. não é cabível legítima defesa para defender da subtração alheia substância entorpecente.

Agressão contra direito próprio ou alheio

- ▶ Para a proteção de feto ou cadáver → é cabível legítima defesa
- ▶ **Questão de prova** → É necessário o consentimento de terceiro para a legítima defesa? **Resposta possível:** Depende do bem jurídico em jogo. Se indisponível independe de consentimento, se disponível necessitaria de consentimento.

Agressão contra direito próprio ou alheio

- ▶ Ainda quanto à resposta da questão anterior: é possível haver a legítima defesa de terceiro putativa. Ex. sem saber que a vítima se opõe a proteção de bem jurídico disponível o sujeito age contra o agressor para defendê-la.

Utilização dos meios necessários

- ▶ Meios eficazes e suficientes para repelir a agressão, de modo a causar o menor impacto possível ao agressor.
- ▶ Não se exige a fuga, uma vez que a agressão é injusta.

Agressão contra direito próprio ou alheio

- ▶ Não se exige proporção mecânica entre os meios empregados, ou paridade absoluta de armas, pois há de ser verificado o caso concreto.

Moderação da reação

- ▶ Proporção entre defesa e ataque.
- ▶ Ex. proteção com arma de fogo, a moderação vai estar na quantidade de tiros empregados.

Proporcionalidade na legítima defesa

- ▶ A lei não fala, mas a doutrina e jurisprudência sim.
- ▶ Diz respeito à proporcionalidade na defesa dos bens jurídicos.
- ▶ Ex. matar o sujeito que está furtando um objeto (o que não envolve violência ou grave ameaça). Estaria o indivíduo defendendo a propriedade à custa da vida. Não se aplicaria neste caso legítima defesa.

Ofendículos

- ▶ Questão controvertida.
- ▶ Parte da doutrina sustenta que é legítima defesa, outros exercício regular de um direito.
- ▶ De qualquer modo deve obedecer a moderação.

Legítima defesa contra pessoa jurídica

- ▶ É possível.
- ▶ Ex. um funcionário vê no mural da empresa um aviso contendo palavras que ofendem sua pessoa. Pode ele quebrar o vidro para arrancar o aviso.

Questões de prova

- ▶ Legítima defesa contra inimputáveis → é possível
- ▶ Legítima defesa praticada por inimputáveis → É possível.
- ▶ Legítima defesa sucessiva → é possível, quando alguém se defende do excesso na legítima defesa.
- ▶ Legítima defesa contra provocação → **NÃO** é possível.

Questões de prova

- ▶ Legítima defesa por omissão → é possível. Ex. o único carcereiro presente no momento que se recusa a soltar, até a chegada de outro carcereiro ou reforço, preso que o ameaça de morte.

Estrito cumprimento do dever legal

- ▶ **Conceito:**
- ▶ “ocorrem situações em que a lei impõe determinada conduta e, em face da qual, embora típica, não será ilícita, ainda que cause lesão a um bem juridicamente tutelado” (Bitencourt, 2012, p. 422).

Algumas situações de estrito cumprimento do dever legal

- ▶ Execução da pena de morte em países que a admitem;
- ▶ Morte do inimigo no campo de batalha em época de guerra.
- ▶ Prisão em flagrante;
- ▶ Prisão militar de insubmisso ou desertor;

Algumas situações de estrito cumprimento do dever legal

- ▶ Violação de domicílio com mandado judicial, para socorrer ou para impedir a prática de um crime.
- ▶ Realização de busca pessoal;
- ▶ Ingresso em casa alheia por agentes sanitários;
- ▶ Entre outros.

Exercício regular de um direito

- ▶ **Conceito:**
- ▶ “ o exercício de um direito, desde que regular, não pode ser, ao mesmo tempo, proibido pela ordem jurídica” (Bitencourt, 2012, p. 424).
- ▶ O que é lícito em qualquer ramo do direito, há de ser lícito também no direito penal.

Algumas situações de Exercício regular de um direito

- ▶ O aborto, quando a gravidez resulta de estupro;
- ▶ Crítica literária, artística ou científica;
- ▶ Direito de greve sem violência;
- ▶ Doação de órgãos para transplante sem fins comerciais.

Algumas situações de Exercício regular de um direito

- ▶ Prestação de auxílio ao autor de crime feita por ascendente, descendente, cônjuge ou irmão.
- ▶ Uso de cadáveres para fins de exploração científico-didática pelas faculdades de medicina.

Consentimento do ofendido

- ▶ “Causa supralegal e militada de exclusão da antijuridicidade, permitindo que o titular de um bem ou interesse protegido, considerado disponível, concorde, livremente, com a sua perda” (NUCCI, 2013, p. 297).

Consentimento do ofendido

- ▶ **Questão polêmica:**
- ▶ Quando o delito requerer o dissenso da vítima para que ocorra, inexistindo violência ou grave ameaça (que presumem a discordância), e surgindo o consentimento do ofendido, é hipótese atipicidade.
- ▶ Porém, em caso de violência ou grave ameaça, ou em tipos penais que não pressuponham a discordância da vítima, se houver concordância é causa de exclusão da ilicitude, quando possível.

Requisitos do consentimento do ofendido

- ▶ Concordância do ofendido;
- ▶ Consentimento explícito ou implícito, mas nunca presumido.
- ▶ Capacidade da vítima para consentir;
- ▶ Bem ou interesse disponível;

Requisitos do consentimento do ofendido

- ▶ Consentimento dado antes ou durante a conduta;
- ▶ O consentimento é revogável;
- ▶ Conhecimento do autor acerca do consentimento do ofendido.

O excesso nas excludentes

- ▶ **Estado de necessidade** → os meios utilizados necessitam ser indispensáveis;
- ▶ **Legítima defesa** → uso imoderado dos meios para evitar a agressão.
- ▶ **Cumprimento do dever legal** → o agente deve seguir exatamente os parâmetros fixados pela lei.

O excesso nas excludentes

- ▶ **Exercício regular de um direito** → o excesso está no uso abusivo do direito;
- ▶ **Consentimento do ofendido** → ultrapassagem do consentimento.

Modalidades de excesso

- ▶ **Artigo 23 CP** → excesso doloso e culposo
- ▶ **Doutrina** → + exculpante e accidental
- ▶ **Excesso doloso** → ao se defender, o agente causa ao agressor de forma consciente e proposital, maior lesão do que seria necessário para repelir o ataque.

Modalidades de excesso

- ▶ **Excesso culposo** → exagero que decorre da falta do dever de cuidado ao repetir a agressão.
- ▶ **Excesso exculpante** → causa supralegal de exclusão da culpabilidade. Decore do medo, surpresa ou perturbação de ânimo.
- ▶ **Excesso accidental** → o exagero decorre do caso fortuito.

Referências Bibliográficas

- ▶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. V. 1. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ▶ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.
- ▶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral e especial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.