



DIREITO PENAL

Ilícitude ou Antijuridicidade/Justificação

Conceito e Fundamentos

Conceito: antijuridicidade é a característica de contrariedade do fato em relação ao conjunto do ordenamento jurídico;

✓ Há casos, contudo, que a **conduta típica está justificada**, o que afasta o seu caráter antijurídico;

✓ As justificativas são positivadas no ordenamento jurídico na forma de **normas permissivas** (normas justificantes, excludentes de ilicitude, eximentes, causas de justificação etc.); **Condutas que são proibidas pelo direito podem ser justificadas legalmente, em razão das circunstâncias em que foram praticadas (hipóteses justificadoras)**. Tais condutas passam a ser permitidas pelo direito. Ex. "Matar alguém" pode ser justificado, a depender das circunstâncias.

✓ Há também hipóteses justificadoras supralegais; **São normas que estão estabelecidas pelos costumes, jurisprudência... que não são encontradas na lei em sentido estrito.**

✓ Assim, a conduta antijurídica é uma conduta típica **e não justificada**; Denominação utilizada por Juarez Cirino: **INJUSTO PENAL:** conduta típica e injustificada. Se a conduta for típica e justificada, haverá uma conduta **atípica ou neutra** para o direito penal, para esse autor.

✓ Condutas justificadas, em regra, não geram qualquer responsabilização jurídica (penal, civil ou administrativa); **A conduta lícita para o direito penal, também será lícita para os demais direitos.**

✓ **Tomás S. Vives Antón:** Permissões fortes x Permissões fracas.

Permissões Fortes:

✓ Possuem **expressa previsão** legal;

✓ Regras concretas com elementos descritivos suficientes;

✓ Excluem toda a responsabilidade jurídica, em qualquer esfera do direito;

✓ Ex.: legítima defesa;

Permissões Fracas:

- ✓ Não positivadas ou positivadas em menor densidade;
- ✓ Permissões circunstanciais;
- ✓ **Precisam ser avaliadas no caso concreto;**
- ✓ Podem redundar em responsabilização jurídica;
- ✓ Ex.: atuação sob grave ameaça.

Antijuridicidade e conceito bipartido de crime:

- ✓ **Tipicidade e ilicitude** formam o **conceito unitário** de tipo de injusto, tipo total do injusto ou injusto penal; assim, quando se fala em injusto penal, tem-se que o fato é típico e ilícito, ao mesmo tempo.
- ✓ Antijuridicidade como razão essencial do crime, como um juízo de valor que recai sobre a conduta; **uma relação de essencialidade entre a tipicidade e a ilicitude (antijuridicidade), pois o que é típico é ilícito e vice-versa.**
- ✓ o tipo representa os **elementos positivos** (confirmação que a conduta é proibida pelo direito penal), as justificações representam os **elementos negativos** (hipóteses justificadoras pelo direito penal) do tipo de injusto;

Antijuridicidade e conceito tripartido de crime:

- ✓ Tipicidade e antijuridicidade são **conceitos autônomos**;
- ✓ **Antijuridicidade é um elemento do crime**, a contraposição entre o fato realizado e o valor jurídico contido na norma;

Injusto e Antijuridicidade

- ✓ **Ilcitude formal** (antijuridicidade): contradição entre a ação/omissão com o ordenamento jurídico – dimensão invariável;
- ✓ **Ilcitude material (injusto)**: representa a própria **ação típica e antijurídica “concreta”**. Especialmente importante nos **delitos de bagatela** e nas **ações socialmente adequadas** – dimensão variável;

Relação entre tipicidade e ilicitude

1. **Teoria da autonomia ou absoluta independência:** Primeiro se comprova o fato típico para, num segundo momento, demonstrar a ilicitude, tratando-se de substratos absolutamente independentes (Ernst Von

Beling – 1906 – época do causalismo)

2. **Teoria da ratio cognoscendi:** Existência do fato típico gera uma **presunção relativa** de que também é ilícito (Max Ernst Mayer – 1915); Relação de presunção de dependência. A prova caberá à acusação apenas para comprovar a tipicidade, e em razão da presunção há a ideia de antijuridicidade, e **o ônus da prova para desconstituir essa presunção é da defesa**, podendo alegar e provar as hipóteses excludentes da antijuridicidade.

3. **Teoria da ratio essendi:** A ilicitude é da **essência** da tipicidade. Assim, tipicidade e ilicitude formam um único “bloco”, o tipo total de injusto ou injusto penal (Edmund Mezger – 1930), dando origem assim ao **conceito bipartite** de crime.

Atenção!!!! A tese da **legítima defesa da honra** é constitucional?

A tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, inciso III), da proteção à vida e da igualdade de gênero (CF/88, art. 5º);

Deve ser conferida **interpretação conforme à Constituição** ao art. 23, inciso II e art. 25, do CP e ao art. 65 do CPP, de modo **a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa**; e a defesa, a acusação, a autoridade policial e o juízo são proibidos de utilizar, direta ou indiretamente, a tese de legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como durante julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de **nulidade do ato e do julgamento**. (ADPF 779)

Causas legais de justificação

✓ Previstas, principalmente (mas não exclusivamente) no Art. 23, CP:

I. Estado de necessidade;

II. Legítima defesa;

III. Estrito cumprimento do dever legal

IV. Exercício regular de um direito.

✓ Outras hipóteses: art. 128, CP; art. 1470, CC (desforço imediato do esbulho);

✓ Excludente supralegal: consentimento do ofendido

Estado de necessidade:

✓ Art. 24, CP: 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;

Estado de necessidade - Requisitos:

✓ No estado de necessidade, há dois bens jurídicos em perigo, permitindo-se o sacrifício de um deles. **Colisão de dois direitos** em uma circunstância em que um prevalecerá frente ao outro. Um será sacrificado em prol do outro.

✓ Em outros termos, no estado de necessidade há uma colisão de interesses juridicamente protegidos que não podem ser preservados simultaneamente;

✓ Quod non est licitum necessitas facit licitum (A necessidade torna o ilícito, lícito). Inicialmente havia uma conduta proibida e passa a ser justificada pelo estado de necessidade.

✓ Caso do **iate inglês Mignonette**: quatro marinheiros saem para navegar da África do Sul e deveriam ir até a Austrália. O barco é afundado por uma onda gigante, e conseguem salvar apenas duas latas de nabo. O mais jovem começa a tomar a água do mar. Os demais entendem que esse mais jovem está condenado, sem condições de permanecer no barco e resolvem mata-lo para servir de alimento para os demais. História similar ao Caso dos Exploradores de Caverna. Após isso tudo eles são salvos por outro barco, e pela morte do mais jovem eles são presos e julgados pelo Tribunal Inglês, onde se debate intensamente o estado de necessidade e são absolvidos.

I. Estado de necessidade - Requisitos:

a) **Perigo atual** – há divergência doutrinária sobre o perigo iminente. A maioria entende que só cabe no perigo atual, ou seja, pouco antes do momento em que fato ocorre, demonstrando-se a alta probabilidade de (perigo da) lesão ao bem jurídico defendido. Assim, o perigo deve ser avaliado ex ante, a partir da perspectiva de um observador prudente. Pode ser **real ou putativo** (erro, engano);

b) **Que a situação de perigo não tenha sido causada voluntariamente pelo agente** – se o agente causou o perigo **dolosamente**, ele se coloca na posição de **garantidor**. Há divergência na doutrina quanto à possibilidade de alegar estado de necessidade quando o perigo foi causado culposamente pelo agente:

✓ Heleno Fragoso: pode haver estado de necessidade se o agente causou **culposamente** a situação de perigo. Ex.: agente provocou incêndio culposamente pode alegar estado de necessidade ao provocar dano contra outrem;

✓ Nelson Hungria: não pode alegar estado de necessidade quem cria a situação de perigo intencionalmente ou por **grosseira leviandade**; Essa corrente é **majoritária**.

c) **Para salvar direito próprio ou alheio**;

d) **Inexistência de dever legal de enfrentar o perigo** – para maioria da doutrina, está incluído o dever contratual; contudo, **se há certeza de um grave dano para si, não se pode obrigar quem tem dever de enfrentar o perigo de se**

Estado de necessidade justificante e exculpante

sacrificar; O direito não pode obrigar ninguém a ser herói.
e) Inevitabilidade do comportamento lesivo – deve ser o **único meio de salvaguardar o direito** próprio ou alheio – estado de necessidade **defensivo** (o direito sacrificado é da mesma pessoa que criou o perigo) e **agressivo** (o direito sacrificado é o de alguém que não criou o perigo).

(**Atenção**: não há dever de “reparar dano” da pessoa responsável pelo perigo, mas há o dever de “reparar o dano” causado ao terceiro inocente, gerando o direito de ação de regresso contra o verdadeiro culpado);

f) **Inexigibilidade de sacrifício do interesse ameaçado** – **proporcionalidade** entre o bem protegido e bem sacrificado – se bem sacrificado for maior que o protegido, não há excludente de ilicitude e sim **redução de pena** de 1/3 a 2/3 – **Teoria Unificadora**. Ou seja, o bem sacrificado deve ser inferior ou igual ao bem protegido. Ex. cachorro bravo ataca na rua, a pessoa mata o cachorro para defender sua vida/integridade – bem sacrificado = cachorro; bem protegido = vida da pessoa.

g) **Conhecimento da situação de fato justificante** – a pessoa deve saber que estava em estado de necessidade e em conformidade com os seus requisitos.

✓ O direito alemão, dentre outros, distingue o estado de necessidade **justificante** – **excludente da antijuridicidade** – do estado de necessidade **exculpante** – **excludente da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa**;

✓ O estado de necessidade JUSTIFICANTE se dá quando o bem jurídico sacrificado é de valor inferior ao bem jurídico protegido;

✓ O estado de necessidade EXCULPANTE se dá quando o bem jurídico sacrificado é de valor igual ou superior ao bem jurídico protegido;

✓ Essa distinção acima é conhecida como **teoria diferenciadora**;

✓ O Brasil não adota tal distinção, tendo o CP adotado a **teoria unitária** do estado de necessidade;

✓ Entretanto, o CP admite certa **proporcionalidade** ao estabelecer uma causa especial de redução da pena na hipótese do art. 24, §2º.

Estado de necessidade defensivo e ofensivo (agressivo)

a) Estado de necessidade **defensivo**:

✓ Quando o bem jurídico sacrificado pertence à pessoa responsável pela criação do perigo;

✓ Titular do bem jurídico sacrificado **deve suportar o prejuízo**.

b) Estado de necessidade **agressivo**:

✓ Quando o bem jurídico sacrificado pertence à terceira pessoa, não envolvida na criação da situação de perigo;

✓ Doutrina majoritária defende que neste caso **remanesce o dever indenizatório cível** de parte daquele que se defende, com possibilidade de **ação de regresso** contra o verdadeiro culpado.

Legítima Defesa:

✓ Art. 25, CP: Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

✓ Na legítima defesa o pressuposto é a **agressão injusta**; Há uma injusta agressão humana e o direito a uma resposta a essa agressão.

✓ O fundamento da justificação é a autorização para agir porque o Estado não pode estar tempestivamente em todos os lugares;

✓ Segundo ROXIN, tem como princípios o **princípio da proteção individual** e o **princípio da prevalência do direito**;

✓ Crimes vagos (crimes cuja titularidade do bem jurídico é **coletiva**): não admitem legítima defesa, pois estes são admitidos em direitos individuais; Ex. alguém está desmatando, um terceiro vem e mata o desmatador.

Legítima Defesa - Requisitos:

a) Agressão injusta

✓ Qualquer agressão contrária ao direito, não necessitando ser fato típico.

✓ **Não se restringe à violência dolosa**, mas não se aplica às “**não ações**” (ataque epilético ou estados de inconsciência – ações desprovidas de conduta);

✓ Pode ser real ou putativa;

✓ Doutrina diverge quando a agressão é causada por **incapaz**: Em geral, defende-se que há limitações para a legítima defesa nessas circunstâncias, sendo preferível a fuga, a busca por auxílio ou, quando não for possível evitar a defesa, que seja infligido o menor dano possível ao agressor. **OBS.** O direito nem exige heroísmo nem covardia de ninguém, e a exceção que é dada pela maioria da doutrina ocorre na agressão de incapaz, em que permite a resposta à agressão em último caso!

b) Atual ou iminente

✓ a **agressão futura e certa** pode gerar a legítima defesa preventiva ou antecipada que, em geral, será causa **excludente da culpabilidade** (**inexigibilidade de conduta diversa**);

✓ Doutrina diverge quanto ao conceito de iminente:

✓ De modo geral, se identifica a iminência do ataque com o **início dos atos de execução** (mesmo momento da tentativa);

✓ ROXIN defende que há iminência a partir do momento

final da fase de preparação. Ex.: a aproximação do agressor brandindo uma arma;

c) Uso moderado dos meios necessários – moderados e necessários são os meios que **estavam à disposição da vítima no momento da agressão e que foram utilizados com o fim de fazer cessá-la**. Atos praticados **depois** de cessada a agressão serão desproporcionais, e serão excesso.

d) Proteção do direito próprio ou de outrem:

- ✓ Todos os bens jurídicos **individuais** são suscetíveis de legítima defesa;
- ✓ Não se admite legítima defesa de bens jurídicos **coletivos**;
- ✓ Admite-se legítima defesa de bens jurídicos do Estado (como o patrimônio público), mas não se admite legítima defesa do próprio Estado (caçar traidores espíões, p. e.)

e) Conhecimento da situação de fato justificante –

- ✓ **Requisito subjetivo** alinhado à perspectiva finalista;
- ✓ A maior parte da doutrina não exige a presença do elemento volitivo – ou seja, da vontade de atuar em legítima defesa –, bastando o conhecimento, por parte do agente, da situação justificante.

Legítima Defesa – Outras questões:

- ✓ **Legítima defesa real:** legítima defesa propriamente dita;
- ✓ **Legítima defesa putativa ou imprópria:** **derivada do erro** (erro de tipo permissivo), discriminante putativa;
- ✓ **Legítima defesa recíproca:** **impossível**, porque a legítima defesa exige uma **injusta agressão**, ou seja, uma conduta não justificada;
- ✓ **Legítima defesa sucessiva:** possível no contexto de excesso de legítima defesa;
- ✓ **Agente de segurança pública** nos crimes com **reféns**: CP, art. 25, par. único. Observados os requisitos previstos no caput deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes.
 - ✓ Norma inútil e redundante, mero exemplo de **populismo penal**;
 - ✓ Trata-se de hipótese de legítima defesa de terceiro, já autorizada;

Estrito cumprimento de um dever legal:

- ✓ Não teve suas características especificadas pelo Código Penal;
- ✓ É preciso que haja um dever legal imposto ao agente – em geral, será direcionado àqueles que fazem parte da Administração Pública – **agentes públicos**;

✓ O cumprimento de um dever originário em lei não pode determinar responsabilização penal, sob pena de se criar um paradoxo; Para **Zaffaroni**, o estrito cumprimento de um dever legal exclui a própria tipicidade, pela ideia da **tipicidade conglobante**, já que a administração pública não pode exigir e proibir condutas amparadas pelo ordenamento jurídico. Nessa visão, tecnicamente o fato deixa de ser típico legalmente, sem ingressar no âmbito da análise de ser uma conduta justificada ou permissiva, ou seja, de ser excludente de ilicitude (inicialmente típica porém ilícita).

✓ Lei aqui é no sentido amplo, pode ser qualquer espécie legislativa, desde que estabeleça um dever erga omnes;

✓ É necessário que o cumprimento desse dever se dê nos **exatos termos impostos pela lei (ESTRITO CUMPRIMENTO)**;

✓ Não aplicável a violações de direitos humanos; **Por exemplo**: não poderiam, os nazistas, invocarem o estrito cumprimento de um dever legal de matar e perseguir as minorias durante a 2ª Guerra Mundial, mesmo que isso fosse amparado pela lei alemã, pois era violação grave aos direitos humanos.

✓ Agente deve ter conhecimento que está praticando a conduta em face de um dever legal (aspecto subjetivo)

Exercício regular de direito:

✓ Não teve suas características especificadas pelo Código Penal;

✓ Direcionada aos cidadãos em geral – **agentes privados**.

✓ Máxima onde existe o direito, não há crime.

✓ Exemplos: possuidor de boa-fé que retém coisa alheia para ressarcir-se das benfeitorias necessárias e úteis (art. 1219, CC), há quem aceite como exemplo o caso dos pais que castigam (**moderadamente**) os filhos etc.

✓ Requisitos: proporcionalidade, indispensabilidade e conhecimento do agente.

Questão dos *offendiculus*: trata-se de exercício regular de direito, e não legítima defesa preordenada, como quer parte da doutrina, porque **no momento da colocação dos obstáculos** não há injusta agressão atual e iminente.

Consentimento do ofendido

✓ Causa **supralegal** de exclusão da antijuridicidade;

✓ Requisitos:

a) Que o ofendido tenha **capacidade para consentir**;

b) Que não haja vício de consentimento;

c) Que a conduta do agente recaia sobre bem disponível;

d) Que o consentimento tenha sido dado **anteriormente** ou pelo menos numa relação de **simultaneidade** à conduta do agente;

Excesso Punível

✓ Em todas as hipóteses de excludente de ilicitude, o **excesso é punível, seja por dolo ou por culpa**;

a) Excesso doloso:

✓ Em sentido estrito: agente dá continuidade à conduta, mesmo sabendo não ser mais necessária. Responde pelo **excesso sem qualquer redução de pena**;

✓ Por erro de proibição indireto:

✓ Erro de proibição indireto é aquele que recai sobre os **limites de uma causa de justificação**;

✓ Se o erro for inevitável, isenta de pena; se for evitável, reduz a pena de um terço a um sexto;

b) Excesso culposo:

✓ Em sentido estrito: quando o agente, em função de sua **avaliação dos fatos**, emprega **repulsa desmedida** desde o início.

✓ É um “**erro de cálculo**” – não havia necessidade de atuar com a intensidade em que atuou;

✓ Responde pelo excesso caso o tipo penal aceite a forma culposa;

✓ Por erro de tipo permissivo (CP, art. 20, §1º):

✓ Agente, em função da **falsa representação dos fatos**, acredita que ainda está sendo ou poderá a vir a ser agredido e, por tal razão, **dá continuidade à repulsa**;

✓ Aplica-se **regra da discriminante putativa**: erro inevitável isenta de pena, erro evitável permite punição por culpa (culpa imprópria)

✓ **Excesso Intensivo**: autor **ultrapassa os limites** permitidos para a utilização do meio de defesa;

✓ **Excesso Extensivo**: o autor **erra sobre a atualidade** da agressão;

QUESTÃO DE CONCURSO – PROMOTOR DE JUSTIÇA (MPE MG)/2022:

São funções que a doutrina atribui ao consentimento do ofendido na área penal, EXCETO:

a) Elemento essencial do tipo. (**ex. invasão de domicílio**)

b) Causa de exclusão da ilicitude. (**supralegal**)

c) **Causa de extinção da punibilidade. (As hipóteses de extinção da punibilidade são taxativas)**

d) Causa de exclusão da tipicidade. (**Ex. estupro. Havendo consentimento do ofendido, deixa de haver crime pois o fato é atípico, em regra**).

