

INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL

KLEBER ANTONIO TOFFALINI FERREIRA

**EXCLUDENTES DE ANTIJURIDICIDADE:
LEGÍTIMA DEFESA ANTECIPADA**

CURITIBA

2008

INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL

KLEBER ANTONIO TOFFALINI FERREIRA

**EXCLUDENTES DE ANTIJURIDICIDADE:
LEGÍTIMA DEFESA ANTECIPADA**

CURITIBA

2008

KLEBER ANTONIO TOFFALINI FERREIRA

**EXCLUDENTES DE ANTIJURIDICIDADE:
LEGÍTIMA DEFESA ANTECIPADA**

Monografia apresentada no curso de Especialização em Direito Penal e Criminologia, como requisito à obtenção do título.

Orientador: Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos

**Curitiba
2008**

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	3
2 CONCEITOS	7
2.1 EXCLUDENTES DE JURIDICIDADE	7
2.2 HISTÓRICO.....	9
2.3 ASPECTOS DA ANTIJURIDICIDADE	10
2.3.1 Antijuridicidade Subjetiva ou Objetiva.....	10
2.3.2 Antijuridicidade Formal ou Material.....	10
2.4 DESVALOR DA AÇÃO E DESVALOR DO RESULTADO.....	20
2.5 DIFERENÇAS : ANTIJURIDICIDADE E ANTINORMATIVIDADE...	24
3 EXCLUDENTES DE ANTIJURIDICIDADE OU CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO.....	31
3.1 ESTADO DE NECESSIDADE	31
3.2 LEGITIMA DEFESA	37
3.3 LEGITIMA DEFESA ANTECIPADA.....	44
4 CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS.....	51

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo fazer uma exposição sobre os institutos da legítima defesa e estado de necessidade, causas excludentes de antijuridicidade, admitidas em nosso sistema penal e através da análise de seus requisitos, pesquisar a admissão de causas excludentes supra-legais, com enfoque particular a legítima defesa antecipada.

Estado-legislador, no intuito de regular a vida em sociedade, impôs regras de conduta, as quais devem ser observadas quando dos relacionamentos que compõe a vida social.

Há muito tempo, constatou-se a necessidade da existência de mecanismos para resolver os litígios entre os contendores, proibindo, entretanto, a vingança privada, via de conseqüência, o fazer a justiça com as próprias mãos.

Como exclusivo detentor do direito de punir, ao Estado coube também, a função indelegável de dirimir os conflitos decorrentes da vida comunitária.

Para realização desta função, o poder público utiliza-se de um método, através do qual, obrigatoriamente se extrai da lei, determinados comandos normativos, antecipadamente disciplinados, os quais servem de orientadores para a solução. A lei, portanto, é o norte obrigatório para a solução dos conflitos.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º XXXIX abriga uma limitação a esse poder de solucionar conflitos, representada pelo Princípio da Legalidade, o qual se constitui na principal restrição do poder estatal, não permitindo que a ninguém seja imposto um comportamento obrigatório, sem que este esteja legalmente pré-determinado. Temos aqui o principal controlador do poder punitivo estatal.

Pelo exercício do direito penal, nas palavras de Aníbal Bruno, o Estado manifesta um “poder soberano, um poder jurídico que se faz efetivo pela lei penal, para que o Estado cumpra sua função de assegurar condições de segurança, de existência e continuidade da organização social”.(BRUNO, 1978, p. 34-35)

As relações sociais, no entanto, nem sempre podem ser fiscalizadas diretamente pelos agentes estatais. A expansão sociedade em termos populacionais, de forma descontrolada, fez com que as instituições encarregadas do controle da segurança e do respeito aos direitos individuais, se tornassem insuficientes para garantir a ordem social. Os conflitos intersubjetivos expandiram-se

em número e espécie, forçando com que o Estado, vendo-se obrigado a evitá-los, criasse mecanismos legais para a defesa de interesses individuais e direitos fundamentais agredidos, para os quais não poderia oferecer imediata proteção.

Estes mecanismos, entretanto, em que pese sua imprescindível necessidade, permitiriam que o indivíduo exercesse a inaceitável **defesa privada**, praticando condutas que se amoldariam àquelas tipificadas na lei penal, as quais, eram portanto, ilícitas.

Não se poderia, no entanto, admitir no mesmo sistema de organização social, que determinada conduta fosse igualmente, permitida e proibida pelo ordenamento jurídico. Assim para se preservar a lógica do sistema organizacional, admitiu-se a existência de tipos penais permissivos, consistentes em condutas que mesmo, amoldando-se a tipos legais, não seriam ilícitas.

Entre estes mecanismos, figura como a mais antiga e claramente compreendida, a legítima defesa, hipótese em que o indivíduo vendo-se em situação de agressão injusta, atual ou iminente, lança mão de meios moderados, que tem a sua disposição, no intuito de defender bem jurídico próprio ou alheio.

A consagração deste instituto vem de remotíssimo passado. Filósofos da antiguidade clássica, dela falavam como um direito sagrado, sendo inclusive afirmado em textos romanos que, repelir a violência pela violência é permitido por todas as leis.

Cícero em uma de suas célebres frases nos transmitiu a aceitação da legítima defesa como um imperativo do Direito natural, um fundamento ultrajurídico "*Est heac non, scripta, sed nata lex*" (Cícero , Pro-Milone, nº. 10).

Von Ihering chegou mesmo a transformar a legítima defesa, sendo ela a defesa de um direito injustamente agredido, em um dever. Quem atua, embora violentamente, em defesa de uma agressão injusta, de bem jurídico próprio ou alheio, não somente atua dentro da ordem jurídica, como também em defesa dela.

Por outro lado, não poderia o ordenamento jurídico, cuja função é ser um sistema regulador de condutas, permitir que o instituto da legítima defesa fosse excluído do âmbito de imposição do princípio da legalidade, para tanto, obrigou-se a tipificar a conduta, e estipular um rol taxativo de requisitos necessários para sua adequação, os quais, uma vez presentes em sua totalidade, excluiriam a antijuridicidade daquele atuar.

Dentre requisitos da legítima defesa, o mais importante para a análise de sua modalidade antecipada, é sem dúvida alguma, o que disciplina o fator temporal determinantes da atitude lesiva ao bem jurídico protegido, uma vez que o tipo permissivo impõe ser a agressão, necessariamente, atual ou iminente.

Compreender o requisito atualidade da agressão, não nos parece um grande problema, porém a iminência da lesão, por traduzir-se em uma expressão correspondente a um lapso temporal indeterminado, cria muitas dificuldades, não só para a forma original, como principalmente, para a determinação e aceitação da excludente, em sua forma antecipada.

Outra modalidade de exclusão de antijuridicidade é o estado de necessidade, que pode assim justificar a realização de uma conduta que se conforma com a figura de um ilícito penal.

O estado de necessidade, situação em que se encontra uma pessoa que para salvar de perigo atual um bem jurídico próprio ou alheio, é obrigado a sacrificar o de outrem é também uma forma típica, mas necessária, correspondente a uma atitude capaz de excluir a antijuridicidade de um fato.

Também para esta excludente, uma vez inserida no sistema jurídico, existia a necessidade de serem determinados, requisitos taxativos, necessários à sua concretização, em respeito ao princípio da legalidade, assim estipulou o legislador que o instituto se aperfeiçoaria quando quem praticou o fato o fizesse para salvar de perigo atual o qual não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

No estado de necessidade existe, portanto, uma colisão de bens ou interesses legítimos, protegidos pelo direito, porém, a atitude defensiva num primeiro momento, procedendo-se a análise de sua tipicidade, subsume-se a um tipo legal, caracterizando-se, conseqüentemente, num comportamento ilícito.

O requisito temporal exigido em ambos os institutos, obriga-nos a observá-lo e relacioná-lo com referência ao aspecto anímico do agente que se defende, pois neste lapso temporal é que a defesa será legalmente aceita, fazendo com que a ilicitude do ato praticado seja extirpada.

A expressão **Iminente**, tem o significado de um acontecimento que será realizado em breve, no sentido de efetivação imediata. Brevidade por sua vez representa um acontecimento que em pouco tempo se desencadeará.

É de fácil percepção a indefinição de ambas as expressões, as quais foram utilizadas como requisitos, balizas, para a caracterização das excludentes.

Conceitos genéricos, como os acima citados, transferem para o intérprete aplicador da lei, o privilégio quase que completo de sua adequação. Limites incertos como os utilizados, possibilitam delimitação casuística, favorecendo ou não a incidência da excludente no caso concreto.

Desta forma, importa compreender através da análise, o âmbito de alcance do requisito temporal das excludentes focalizadas, pesquisando principalmente a aceitação de uma defesa legítima, antecipada à agressão injusta, como causa supra legal neutralizante da ilicitude.

2 CONCEITOS

A conceituação do instituto se faz necessária para compreensão do alcance almejado de seus requisitos, pois conforme já salientado, possuem um caráter exaustivo.

2.1 EXCLUDENTES DE ANTIJURIDICIDADE

A antijuridicidade como terceira categoria do conceito analítico de crime caracteriza-se como uma relação de contradição da conduta com o ordenamento. Um desvalor de determinada conduta, porque em contradição com uma norma contida no ordenamento jurídico.

Francesco Carrara (1986) fundamentou a orientação clássica do delito como um ente jurídico, inteiramente na ilicitude “a idéia de delito não é senão uma idéia de relação a saber, a relação de contradição entre o fato humano e a lei. Somente nisto, consiste o ente jurídico, ao qual se dá o nome de delito.

Há doutrinadores conceituam antijuridicidade como:

O choque da conduta com a ordem jurídica entendida não só como uma ordem normativa (antinormatividade), mas como uma ordem normativa e de preceitos permissivos. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 540)

“A teoria da antijuridicidade limita-se à caracterização negativa do fato; ela é um juízo sobre o acontecer, não sobre a personalidade” é o pensamento de (MAURACH; ZIPF, 1994, p. 419).

Nesta linha de raciocínio, Luiz Regis Prado (2006, p. 379) afirma que:

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

Hans Welzel (1970, p. 116) corrobora com os demais autores afirmando que “é a violação da ordem jurídica em seu conjunto, mediante a realização do tipo”.

A antijuridicidade não é instituto próprio do direito penal nem tampouco necessariamente nasceu dele. Decorre de um sistema de normas jurídicas onde as

peças estão inseridas. É uma contradição da conduta humana, que colide com uma norma de agir, prevista no sistema jurídico, no qual estamos inseridos, entendido não somente como uma ordem normativa, da qual decorre a antinormatividade, mas também como uma ordem normativa e de preceitos permissivos.

Podemos comprovar a presença da antijuridicidade, segundo Raul Eugenio Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2004), quando constatamos que a conduta típica praticada pelo agente não está neutralizada isto é, permitida por uma causa de justificação, através de um preceito permissivo, alocado em qualquer parte ou ramo da ordem jurídica, e não individualizada em uma única vertente, seja ela, do direito penal, civil, comercial, administrativo, ou melhor, direito público ou privado.

A teoria da ilicitude segundo Reinhart Maurach (1962), pode desta forma ser entendida como uma “teoria do conforme ao Direito”.

Realmente, o Direito como ordenamento jurídico, em determinadas situações, autoriza, permite ou simplesmente, resigna-se, à realização de comportamentos típicos.

Antijuridicidade (ilicitude) é conceito que difere do injusto. Este vem a ser **a ação qualificada de antijurídica, é a própria ação valorada como ilícita**; tampouco são expressões sinônimas, como comumente utilizadas.

A antijuridicidade (ilicitude) é um predicado da conduta (ação/omissão), uma qualidade, um estímulo que ela possui, a qual lhe atribui um valor, ou melhor, um desvalor. Ilicitude caracteriza-se por uma relação de oposição da conduta do autor com a norma jurídica enquanto que o injusto é um substantivo, é a própria conduta (ação/omissão) valorada como ilícita. Na verdade, o injusto é o termo que define a conduta típica contrária ao direito.

Sintetizando :

Antijuridicidade = Ilicitude: qualidade da conduta;

Injusto = a conduta valorada como ilícita.

Assim afirma Hans-Heinrich Jeschek e Thomas Weigend (1981apud Luiz Régis Prado, 2006) que: “antijuridicidade é a contradição da ação com uma norma jurídica. Injusto é a própria ação valorada antijuridicamente”.

O injusto vem a ser, portanto, a forma de conduta antijurídica propriamente dita: a perturbação arbitrária da posse, o furto, a tentativa de homicídio, enquanto que a antijuridicidade (ilicitude) é a qualidade dessa forma de conduta, mais precisamente, a contradição em que se encontra a conduta com o ordenamento jurídico.

Hans Welsel (1970) afirma que “todas as matérias de proibição, regulada nos diversos setores do Direito, são antijurídicas para todo o ordenamento jurídico”.

Para Cesar Roberto Bitencourt (2002, p. 237) salienta que “injusto é um substantivo e antijuridicidade é um atributo daquele”.

2.2 HISTÓRICO

Os antecedentes históricos da antijuridicidade datam de 1867 sobretudo com Ihering. Neste momento histórico Ihering (1867 apud BITENCOURT 2002, p. 237) percebeu que:

A posição do possuidor de boa-fé era diferente da do ladrão. Ao primeiro, precisamente por sua boa-fé, não se lhe pode censurar por ter em seu poder a coisa alheia. Já, no segundo, sim. Apesar disto, não se pode considerar a situação do possuidor de boa-fé conforme ao Direito. Em síntese, a posição do possuidor é antijurídica, mas não é culpável. A culpabilidade, no ordenamento jurídico, justifica a imposição de outras conseqüências jurídicas. Assim a posição do ladrão, que subtraiu a coisa alheia, além de ser antijurídica, é também culpável, fundamentando, além da ação restitutória (ramo do direito civil) as sanções próprias do Direito Penal.

2.3 ASPECTOS DA ANTIJURIDICIDADE

A antijuridicidade pode ser observada em aspectos distintos, alterando o objeto de sua compreensão.

2.3.1 Antijuridicidade Subjetiva ou Objetiva

Por este ponto de vista, IHERING (1867) vislumbrou duas formas distintas de contrariedade ao ordenamento jurídico, sendo uma objetiva e outra subjetiva. Baseando-se nesta dicotomia a qual foi acolhida pelos pandectistas do século passado (**denominação atribuída aos comentadores das Pandectas ou seguidores de sua origem, que por sua vez vem a ser a compilação das decisões dos antigos jurisconsultos, que foram convertidas em lei por Justiniano, imperador Romano**), é que pode ser desenvolvida a teoria pela qual se diferencia a **antijuridicidade** a qual foi entendida como expressão dos elementos objetivos, da **culpabilidade**, entendida esta por sua vez, como expressão dos elementos subjetivos das infrações jurídicas.

Desta forma o mesmo autor ainda afirma que:

Nestas primeiras formulações a antijuridicidade é concebida fundamentalmente de um modo objetivo, o que aliás, é perfeitamente explicável, uma vez que se tratava de dotá-la de autonomia ante a característica da culpabilidade, concebida então como a parte subjetiva das infrações jurídicas.

Discute-se se a antijuridicidade é subjetiva ou objetiva? Na realidade a antijuridicidade (ilicitude) é uma relação de contradição constatada de forma objetiva. O injusto por sua vez possui aspectos objetivos e subjetivos. A antijuridicidade como relação de contradição da conduta com o ordenamento jurídico, é verificada objetivamente, em outras palavras: há um comportamento que entra em confronto com a norma, isto basta para afirmar-se que a conduta viola o sistema no qual as pessoas estão inseridas. Deste modo, se o injusto possui um caráter subjetivo e objetivo, pode-se afirmar que: atesta-se a antijuridicidade (ilicitude) a partir de uma valoração objetiva, uma relação de contradição da conduta com o sistema normativo.

2.3.2 Formal ou Material

Discute-se ainda se a antijuridicidade (ilicitude) é formal ou material? Na verdade a antijuridicidade (ilicitude) é una. Tanto formal como material. Não podemos dissociar estes dois enfoques da antijuridicidade (ilicitude). Em primeiro

porque vivemos sob o império do princípio da legalidade, de modo que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Notadamente quando falamos em direito penal, fica certo que não há crime nem pode existir pena sem prévia cominação legal. A partir desta afirmação há a necessidade para que se possa constatar antijurídica uma conduta, de se verificar se ela entra em confronto com uma norma. Portanto, sob este aspecto, podemos dizer que, a antijuridicidade (ilicitude) é formal; a contradição entre o comportamento e a norma. Na norma, portanto encontra-se destacado, o desvalor da conduta praticada pelo agente.

Por outro lado, à norma é sempre predisposta a proteção de um bem. Não existe norma, sem que tenha sido criada, senão para a proteção de um bem. Portanto não há o enquadramento do comportamento do agente no sistema sem que se constate ser este comportamento violador de uma norma e mais, é necessário que aja a afetação ou a exposição a perigo de um bem tutelado. Sob este enfoque, temos a antijuridicidade (ilicitude) material, que é o desvalor do resultado da conduta praticada pelo agente.

A antijuridicidade (ilicitude) então, necessariamente, precisa ser observada sob estes dois enfoques, dos quais não pode nunca ser dissociada. A antijuridicidade, como destaca Hans-Heinrich Jeschek (1981),

Não se esgota na relação de contrariedade existente entre a ação e norma, possuindo também um conteúdo material, que caracteriza justamente a antijuridicidade material a qual é representada pela danosidade social ou melhor pela lesão ao bem jurídico tutelado.

Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2004, p. 439), definem bem jurídico como sendo: “[...] bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam [...]” prossegue em seu pensamento:

Costuma-se dizer que os bens jurídicos são, por exemplo, a vida, a honra, a propriedade, a administração pública etc. Na realidade, embora não seja incorreto afirmar que a honra é um bem jurídico, isto não passa de uma abreviatura, porque o bem jurídico não é propriamente a honra, e sim o direito a dispor da própria honra, como o bem jurídico não é a propriedade, e sim o direito de dispor dos próprios direitos patrimoniais. Quando o pecador arrependido faz uma confissão pública de seus pecados, está afetando sua honra, ao menos sua honra subjetiva, isto é, a estima em que o têm os demais; sem embargo, não se trata de uma injúria. Quando doamos um edifício a uma universidade, estamos afetando nosso patrimônio; no entanto, não é uma usurpação. Nesses casos o bem jurídico

não foi afetado, mas está precisamente garantido; o direito penal sanciona àquele que pretenda nos impedir de dispor de nossa honra ou de nosso patrimônio.

O "ente" que a ordem jurídica tutela contra certas condutas que o afetam não é a coisa em si mesma, e sim a relação de disponibilidade do titular com a coisa. Dito de uma forma mais simples: os bens jurídicos são os direitos que temos a dispor de certos objetos. Quando uma conduta nos impede ou perturba a disposição desses objetos, esta conduta afeta o bem jurídico, e algumas destas condutas estão proibidas pela norma que gera o tipo penal.

Bem jurídico portanto, é uma relação de disponibilidade, de um direito do titular de um bem, direito este a dispor, utilizar, possuir, usufruir, deste bem. Esta relação de disponibilidade, caracteriza justamente o interesse social tutelado pela norma jurídica.

É atribuída a Von Litz, esta distinção entre antijuridicidade formal e material, sendo que sob sua ótica, é formalmente antijurídico todo comportamento humano que venha a violar uma norma penal, enquanto que é substancialmente antijurídico o comportamento humano que venha a agredir o interesse social tutelado pela própria norma. (TOLEDO, p.161 2001)

A norma é predisposta à proteção de um bem, portanto, não faz sentido a existência de uma norma senão para a proteção de um bem, de modo que, para auferir-se a antijuridicidade de uma conduta, verifica-se em primeiro, se houve a contrariedade desta conduta com o ordenamento jurídico e depois, se houve a afetação ou a exposição a perigo de um bem juridicamente protegido. Conforme foi dito, a antijuridicidade é una e sempre deverá ser analisada levando-se em consideração a unicidade destes dois fatores.

VIOLAÇÃO DA NORMA = ANTIJURIDICIDADE FORMAL
AFETAÇÃO DO BEM = ANTIJURIDICIDADE MATERIAL
DESVALOR DO RESULTADO =
AFETAÇÃO SOCIAL DO COMPORTAMENTO =

- a) Formal – Contradição entre o comportamento do agente e a norma penal; sendo formalmente antijurídica em virtude do indício fundamentador da ação típica.
- b) Material – Em decorrência da transgressão da norma, acaba o agente por lesar ou pôr em perigo bens jurídicos por ela protegidos, disto se extrai

um sentido prático: a ilicitude material serviria como referência para a criação de tipos legais como também para a aplicação em casos concretos, podendo-se assim graduar o injusto e sua correspondente influência na dosimetria da pena. Ainda, serviria como parâmetro de interpretação teleológica dos tipos; possibilitaria com amparo no princípio da ponderação de bens, que fossem admitidas no direito penal, causas supra-legais de justificação, como por exemplo, a legítima defesa antecipada.

Doutrinariamente, entretanto, admite-se em escala reduzida, não existir conteúdo material na ilicitude, correspondendo a um dado constitutivo do fato típico, sob o ângulo de ofensa a bens jurídicos.

A ilicitude formal significa a realização do tipo legal, que em função do princípio da legalidade é o ente criado somente pelo legislador, e a material é a conduta típica (tipo penal = tipo legal + tipicidade conglobante) não justificada.

É pacífico na doutrina, o ponto de vista de que, não se concebe punir alguém, somente pela prática de um comportamento contrário à norma, somente pela prática de uma conduta que viole a norma, é necessário que junto com esta violação, exista uma exposição ou a afetação de um bem protegido pelo direito. Por outro lado, também é pacífico, que não se pode punir alguém, no sistema em que estamos inseridos, sem que exista a violação de uma norma.

Não existindo um bem tutelado, o qual é protegido pela norma, não há uma finalidade em relação ao sistema, na mesma linha de raciocínio, a inexistência da norma esbarraria na Constituição Federal artigo 5º inciso II - Princípio da Legalidade.

A antijuridicidade, portanto, é una, isto quer dizer é tanto formal como material, e assim deve ser analisada, não se podendo dissociar a análise da antijuridicidade, destes dois elementos.

A norma descreve um comportamento proibido e aqui temos, portanto, o desvalor da conduta praticada, tem-se a valoração da conduta. No aspecto da antijuridicidade material, temos a efetiva afetação, violação ou exposição de um bem (direito de exercer um direito) no mundo em que vivemos.

Para Cesar Roberto Bitencourt (2002), a essência da antijuridicidade deve ser extraída segundo uma corrente minoritária, da **observação que se fundamenta na violação de um comportamento do dever de atuar ou de se omitir,**

estabelecido por uma norma jurídica. Esta contradição, que será extraída do cotejo da ação com o mandamento da norma, é qualificada segundo esta concepção de antijuridicidade formal.

Entretanto para Betiol (1974 apud JESUS 1983), diz que a antijuridicidade formal confunde-se com a própria tipicidade, pois a contradição entre o comportamento humano e a lei penal, exaure-se no primeiro elemento do crime, que é o fato típico.

Não entendemos desta forma, pois o conceito analítico de crime, divide o injusto em três segmentos distintos que são compostos de elementos específicos, os quais, foram identificados mediante a utilização de um método científico, desta forma, não seriam analisados dois institutos idênticos em segmentos distintos. A constatação do Professor Damásio E. de Jesus, acima exposta, fere a lógica do sistema, por isso não pode ser verdadeira.

A antijuridicidade material por seu turno constitui-se na lesão produzida pelo comportamento humano que fere o interesse jurídico protegido, assim será necessário além da contradição da conduta praticada com a previsão contida na norma, que o bem jurídico protegido sofra uma ofensa (lesão) ou ameaça potencializada pelo comportamento desajustado. A lesão que formata a antijuridicidade material, por evidente, não deve ser entendida em sentido naturalístico, como a causadora de um dano, sensorialmente perceptível a determinado bem tutelado, mas como ofensa ao valor ideal que a norma jurídica deve proteger. A lesão de um bem jurídico, supõe um dano para a comunidade que justifica a caracterização do delito como **comportamento socialmente danoso**.

Por que é tão importante valorarmos a antijuridicidade sob o aspecto formal ou material?

Segundo Hans-Heinrich Jeschek (1981 apud BITENCOURT, 2002), da antijuridicidade material decorre duas importantes conseqüências práticas, a saber:

a) A possibilidade de graduação do injusto – através da análise do aspecto material da antijuridicidade podemos graduar a gravidade do injusto e sua expressão na medida da pena, uma vez que é principio de direito que a pena deve ser proporcional à gravidade do fato.

Sob a ótica da possibilidade da graduação do injusto, do ponto de vista formal da antijuridicidade, por exemplo, o tratamento médico levado a efeito em um paciente através de uma intervenção cirúrgica, constitui-se em uma

lesão à integridade física de alguém (artigo 129 do Código Penal), a qual pode ser justificada tão somente com consentimento do ofendido. No entanto para a antijuridicidade material esta mesma intervenção cirúrgica não caracteriza uma lesão ao bem jurídico integridade física, uma vez que a integridade corporal mesmo que momentaneamente violada não foi lesada, mas sim restabelecida através da cirurgia. Pondera-se aqui a relevância dos bens jurídicos em confronto, ficando evidente que a lesão à integridade física é de somenos importância quando confrontada com a saúde do paciente.

Prosseguindo, Jeschek (1981 apud BITENCOURT, 2002) vai mais além, afirmando que mesmo a intervenção cirúrgica mal sucedida não caracteriza lesão ao bem jurídico integridade física, desde que realizada em obediência aos princípios da *lexis artis*, a conduta do médico cirurgião, não agride bem jurídico algum, pois no confronto das causas que conduziram ou não àquela medida, a intenção curativa do médico, exclui, neutraliza o injusto da conduta. Mesmo a intervenção efetuada sem que o paciente o consinta, mas desde que realmente necessária para restabelecer sua saúde não constitui lesão a sua integridade física, pois se caracteriza como **tratamento curativo unilateral**.

b) A aceitação da existência de causas supra-legais de justificação, com base na ponderação de bens.

Admitindo-se a existência de causas supra-legais de exclusão da antijuridicidade, poderíamos no caso concreto, ponderar a existência da legítima defesa antecipada. Para isto levaríamos em consideração, primeiro algumas circunstâncias objetivas, tais como: ameaças anteriormente dirigidas publicamente à vítima por seu possível agressor; situação de ameaça em que se encontra o ofendido no momento da repulsa; possibilidade de ser realmente agredida de forma injusta; o perfil do agressor; suas atitudes demonstrando ser esta sem sombra de dúvida a intenção, como por exemplo, estar portando arma; fatos acontecidos anteriormente, os quais não tiveram a participação (provocação) da vítima, sendo que estes fatos redundaram em animosidade flagrante entre as pessoas; demais circunstâncias que se revelam no caso concreto, como intensão de causação de lesão injusta. Todos estes fatores devem ser demonstrados de forma evidente e verdadeira, indubitavelmente críveis, que

atuam no aparelho psíquico da vítima, fazendo com que creia realmente que sofrerá a agressão anteriormente prometida, fazendo emergir em sua mente, um estado de aflição tão intenso, que venha a justificar tamanho descontrole, do qual resultará a repulsa, mesmo que a agressão não esteja efetivamente acontecendo, no entanto, o conjunto das circunstâncias em que se encontra a vítima (autor da repulsa), em virtude de seu possível agressor, gerado por atitudes exclusivamente deste, seja tão crível que a vítima em potencial sinta-se como se agredido fosse, e em virtude deste estado de abalo emocional intenso, que não foi por ele causado, venha a exercer a repulsa, nos moldes da legítima defesa. Poderíamos ainda admitir a existência de circunstâncias subjetivas, ou seja, a real intenção do agressor em perpetrar suas ameaças.

Retornamos ao assunto anterior e para tanto partiremos de um exemplo para a melhor compreensão:

Exemplo: subtrair para si ou para outrem, coisa alheia móvel (delito de furto)
O agente subtrai um gravador que está sobre a mesa. .A princípio o agente praticou a conduta que se subsume à descrita para o crime de furto, cuja pena é estipulada de 1 a 4 anos .

A norma descreve o comportamento praticado, ou seja, “[...] subtrair para si ou para outrem coisa alheia móvel [...]”. Esta é descrição do fato. Opera-se na descrição do fato, a análise da antijuridicidade formal. Se a conduta levada a efeito pelo agente corresponde à descrição do fato e estes dois fatores conjuntamente, enquadram-se na descrição daquele fato contida na norma, há antijuridicidade formal. (art. 155 do Código Penal Brasileiro)

Porém somente esta valoração, não é suficiente, não basta, para que se obtenha a dimensão social negativa do fato, da conduta praticada. A análise da antijuridicidade material, é que nos fornecerá a forma como deve esta conduta ser valorada em termos graduação social negativa do injusto.

Esta graduação social negativa do injusto será revelada apenas pela análise do comportamento praticado?

Para que graduação do injusto e dimensionamento de sua pena é indispensável levar-se em conta também o aspecto da antijuridicidade sob a perspectiva material, ou melhor, a afetação social que decorre da conduta praticada.

Ex. 1: o furto de R\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais) praticado por uma quadrilha no Ceará contra o Banco Central.

Ex. 2: o furto de um pequeno rádio de pilhas.

Procedendo a análise destes fatos:

Em primeiro: A conduta de “subtrair” praticada pelos agentes, em ambos os exemplos, subsume-se a uma mesma descrição típica contida no sistema? Qual então o crime praticado pelos agentes? Furto qualificado.

Na subtração do pequeno rádio de pilhas como na subtração do dinheiro contra o Banco Central, ambas as condutas são penalmente tipificadas como furto. São, portanto iguais se as observarmos sob a ótica de apreciação da antijuridicidade em seu aspecto formal, porém a dimensão da afetação social de uma e de outras condutas, é flagrantemente distinta. A subtração contra o Banco Central possui uma afetação social negativa muito mais acentuada que a conduta de furtar-se um pequeno rádio de pilhas.

Quando falamos em antijuridicidade formal, obrigatoriamente temos que nos mirar no texto da lei. A lei é o referencial para a constatação da antijuridicidade formal (Princípio da legalidade - ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei). Afora o que a lei manda que seja feito, ou proíba de fazer, pode-se fazer qualquer coisa ou deixar de fazer qualquer coisa que não seja determinada pela lei (Princípio da legalidade). A antijuridicidade pode ser a violação da lei ou da norma que a lei expressa, sem que esta violação seja autorizada por um tipo permissivo, desta feita, teremos a antijuridicidade formal.

Basta somente a antijuridicidade formal para se graduar a afetação social negativa de uma conduta? Qual a razão da existência da lei senão a proteção de determinados bens que são selecionados pelo legislador, destacados em termos sociais para merecer uma tutela do sistema? A lei então existe em razão da proteção de bens que se quer seja efetiva.

Não se pode prescindir da antijuridicidade material, justamente porque é ela que exatamente vai nos dar a dimensão do desvalor do resultado da conduta praticada.

É certo, que a norma se predispõe à proteção de um bem. É certo também, que este bem protegido pela norma tem que ser ao menos exposto à afetação, pois é esta afetação, seja ela, somente a exposição ou a efetiva lesão do bem, é que vai dar a dimensão da gravidade social da conduta.

Como se poderá fixar à pena ou valorar a dimensão do injusto praticado sem aquilatar o desvalor do resultado? Hoje não se cogita mais uma antijuridicidade produto apenas da violação da norma sem a proteção do bem.

A antijuridicidade conforme foi dito é una, imprescindível, portanto, que seja aquilatada em seus dois aspectos: em primeiro a averiguação da desconformidade da conduta com a lei (norma) que é a antijuridicidade formal e em segundo a dimensão da gravidade social da conduta que é a antijuridicidade material.

Antijuridicidade conforme dito anteriormente é uma qualidade de uma forma de conduta proibida pelo ordenamento jurídico. Observa-se a existência de um injusto penal específico como também de um injusto civil, administrativo e tributário, da mesma forma específica, no entanto existirá somente uma antijuridicidade aplicada a todos os ramos do Direito, que compreende todas as matérias de proibição que estão reguladas nos mais diversos ramos e setores da ciência jurídica, as condutas são assim antijurídicas para todo o ordenamento jurídico.

Com esta última afirmação, não concordava o então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Professor Francisco de Assis Toledo (2001, p.165), quando assim leciona:

Note-se que a ilicitude penal não se restringe ao campo do direito penal: projeta-se para o todo do direito. Por isso é que Welzel define a ilicitude como sendo "a contradição da realização do tipo de uma norma proibitiva com o ordenamento jurídico como um todo". Disso resulta que um fato ilícito penal não pode deixar de ser igualmente ilícito em outras áreas do direito, pois um ato lícito civil, administrativo, etc., não pode ser ao mesmo tempo um ilícito penal. Não se deve, entretanto, confundir o conceito de ilicitude com o de injusto, conforme ressaltamos nesta obra, pois este último, por exigir também a tipicidade, pode apresentar-se, em certos casos, localizado em determinada área do direito (ilícito civil, administrativo etc.). Apenas o injusto típico penal não dispensa a nota da contrariedade com o ordenamento jurídico total, pelo que não pode deixar de ser, igualmente, um ilícito global.

Demonstra seu pensamento, o mestre, graficamente, de forma exaustivamente elucidadora:

Poderíamos representar graficamente essa distinção através de dois círculos concêntricos: o menor, o do injusto penal, mais concentrado de exigências; o maior, o do injusto extra penal (civil, administrativo etc.), com exigências mais reduzidas para sua configuração. O fato ilícito situado

dentro do círculo menor não pode deixar de estar situado também dentro do maior, por localizar-se em uma área comum a ambos os círculos que possuem o mesmo centro. Já o mesmo não ocorre com os fatos ilícitos situados fora da tipificação penal – o círculo menor – mas dentro do círculo maior, na sua faixa periférica e exclusiva. Assim, um ilícito civil ou administrativo pode não ser um ilícito penal, mas a recíproca não é verdadeira.

E o mestre conclui:

Enganam-se, pois, os que supõem, sem considerar que a ilicitude penal só existe enquanto típica, que a ilicitude é sempre a mesma para todo o direito. Trata-se de uma conclusão válida somente para a ilicitude penal, não para o que se reputa ilícito, localizadamente, apenas em áreas extra penais, hipótese em que, na ausência de tipicidade, inexistirá ilicitude penal. Assim por exemplo, o dano culposo, seguramente um ilícito civil, por não estar tipificado como crime em nossa legislação penal, não se considera um ilícito penal.

O desvalor de um comportamento praticado pode ser aquilatado diretamente através do texto da lei a exemplo do homicídio privilegiado ou qualificado. Pela descrição da conduta contida na lei pode-se constatar se a gravidade do comportamento praticado é menos ou mais intensa, não obstante a morte de um ser humano, como fato em si, seja o mesmo. No delito privilegiado como no qualificado a conduta base é a mesma. As circunstâncias do fato é que demonstrarão sua gravidade em termos de afetação social, conseqüentemente influirá em sua graduação.

No crime de furto, a gravidade da afetação social causada por uma conduta praticada pelo agente a qual venha a afetar um bem jurídico protegido pela norma, pode em outra conduta semelhante a aquela, atingir proporções bem maiores em termos de afetação social, mesmo sendo condutas equivalentes.

Esta circunstância, como também a da repercussão social do desvalor do resultado da conduta praticada pelo autor do fato, não são muito bem aquilatadas no decorrer da instrução criminal, por conseguinte, ficam também a desejar quando da elaboração da sentença.

A antijuridicidade pela influência da dogmática clássica, quando então se fundamentava o conceito de delito na distinção entre injusto objetivo e culpabilidade puramente subjetiva, limitou-se à valoração do estado causado pelo fato.

A formulação da teoria do delito evoluiu com o passar dos tempos. Este avanço dogmático revelou que a antijuridicidade do fato não finaliza tão somente com a desaprovação do resultado da conduta, mas que, a forma como se chega a

este resultado, a observação de como é realizada a conduta que produz o resultado juridicamente desaprovado, reflete de sobremaneira no juízo de desvalor, que caracteriza a antijuridicidade.

2.4 DESVALOR DA AÇÃO E DESVALOR DO RESULTADO

A dogmática contemporânea apercebeu-se da distinção existente entre o **desvalor da ação e o desvalor do resultado**. Valoração negativa do resultado, reside na ofensa ao bem jurídico. Valoração negativa da ação, na forma ou modalidade de concretizar a ofensa.

A exposição a perigo ou a efetiva lesão a um bem ou interesse, juridicamente protegidos, caracteriza o desvalor do resultado, causado pelo fato; a forma como foi executado este fato, o comportamento do autor e suas circunstâncias pessoais, apreciadas em seus aspectos externo e interno, constituem o desvalor da ação. Estas circunstâncias observadas conjuntamente, influenciam de forma fundamental na apreciação da antijuridicidade material.

Hans Welzel (1970) dentre outros autores, argumenta que o desvalor da ação deve ser simultaneamente com o desvalor do resultado, porque aquele exerce uma influência importantíssima sobre este e justifica seu pensamento, através da análise dos delitos culposos, nos quais o resultado **é o mesmo que o produzido pela ação dolosa, mas é sancionado com menor penalidade**. Reforça seu entendimento argumentando ainda que **a lesão do bem jurídico (o desvalor do resultado) tem relevância no Direito Penal somente dentro de uma ação pessoalmente antijurídica (dentro do desvalor da ação)**.

Juntamente com outros doutrinadores, JESCHEK (1981), destaca a preponderância do desvalor do resultado sobre o desvalor da ação, porém admite a relevância deste. Por sua vez, argumenta ainda o mesmo autor, seu pensamento desta feita com os crimes dolosos dizendo que: “nos crimes dolosos ter-se-ia de equiparar a tentativa acabada à consumação, e nos fatos imprudentes deveriam ser penalizados todos os comportamentos descuidados”.

O Código Penal Espanhol, na mesma linha da maioria dos Códigos Penais, dentro da moderna dogmática penal, pune a tentativa de forma diferente que a consumação, **onde a ação desvaliosa é a mesma, mas o resultado é**

absolutamente diferente, determinando menor punição. Ressalta assim a impotência do valor da ação para se excluir a antijuridicidade quando ocorre o desvalor do resultado. Há crença errônea de que concorre uma causa de justificação, que não elimina a antijuridicidade da ação. Na hipótese, a ação perpetrada pelo agente, não é desvaliosa, contrariamente, é valiosa, pois o agente atua na crença de que age conforme ao direito, portanto, para fazer prevalecer à ordem jurídica, pois, nesses casos, a lesão do bem jurídico, caracterizada pelo desvalor do resultado, fundamenta a antijuridicidade do fato, apesar da falta de desvalor da ação, situação em que poderá tão somente ser excluída a culpabilidade.

Cesar Roberto Bitencourt (2002, p. 245), analisa o problema da seguinte maneira:

Na verdade, o ordenamento jurídico valora os dois aspectos: de um lado, o desvalor da ação, digamos, com uma função seletiva, destacando determinadas condutas como intoleráveis para o Direito Penal, e, de outro lado, o desvalor do resultado que torna relevante para o Direito Penal aquelas ações que produzem lesões aos bens jurídicos tutelados. Em realidade, o injusto penal somente estará plenamente constituído quando ao desvalor da ação acrescentar-se o desvalor do resultado.

Pelo raciocínio anteriormente exposto, constatamos que o autor nacional filia-se à posição de que, na análise do desvalor da ação devem ser também levados em conta os componentes pessoais que integram o injusto da ação, porque estes podem alterar de forma substancial, a relação comparativa entre: o desvalor da ação e o desvalor do resultado.

Para que se proceda à análise conjunta de desvalores, erige como limites os componentes pessoais em:

- a) Dolo natural, como componente típico: sendo o dolo representado pela **vontade de ação dirigida imediatamente contra o mandamento normativo**, destaca-se como o elemento central do injusto, desta forma fica evidente que uma ação praticada com dolo intenso será muito mais valiosa (desvaliosa para o sistema normativo) que outra, realizada com o dolo em sua graduação normal.
- b) Elementos subjetivos de autoria: Os tipos penais em regra têm a característica de serem realizados por qualquer pessoa. Alguns, porém, determinam o número de possíveis autores através de uma condição específica dos sujeitos ativos, como é o caso do peculato (art. 312 Código

Penal), a prevaricação (art. 319 Código Penal), a corrupção passiva (art. 317 Código Penal), onde as características pessoais do infrator, funcionário público, como elemento subjetivo do autor e integrantes do desvalor da ação, limitam o campo para a autoria. As características personalíssimas dos sujeitos passivos nestes tipos de delitos, como por exemplo, ser funcionário público conforme norma explicativa contida no art. 327 do Código Penal, destacam-se por serem componentes subjetivos, pelos quais a posição do agente é valorizada como sendo este indivíduo o autor da infração, influenciando diretamente na graduação da lesão, do dever infringido, para mais ou para menos. Estes pontos distintivos característicos de determinada classe específica de autores, os elementos subjetivos de autoria, portanto, é o fator determinante onde se fundamenta a distinção e a classificação dos crimes em comuns, especiais ou próprios e de mão própria.

c) Elementos subjetivos do injusto: Aqui o elemento central vem a ser o dolo, entendido como **consciência e vontade de realização da conduta descrita em um tipo penal**, na expressão de **Hans Welzel (1981)** “dolo em sentido técnico penal, é somente a vontade de ação orientada à realização do tipo de um delito”. O dolo compõe o elemento central geral do tipo subjetivo (elemento subjetivo do injusto), porém, às vezes vem acompanhado de elementos especiais que são intenções ou tendências especiais do agente, denominados de elementos acidentais. Através do dolo pode-se determinar a intenção composta pela vontade e consciência do agente de um comportamento típico. Identificando a vontade e a consciência do autor do injusto, pode-se definir com mais precisão, a direção desta vontade de agir que levou o autor da conduta, a lesionar um bem jurídico, e através destes elementos, acentuar-se ou não o desvalor interno do agente a respeito do aspecto externo, descrito no tipo penal.

A norma nasce para a proteção de um bem, sendo assim, não se pode dissociar o bem da norma. Como se falar em antijuridicidade a partir somente da violação da lei, sem tomar em conta a repercussão social, o desvalor do resultado da conduta praticada.

A antijuridicidade, desta forma, deve ser analisada em seu aspecto formal e material, pois são indissociáveis e devem ser observados no caso concreto para que se possa aquilatar corretamente a gravidade da conduta, a dimensão do injusto praticado pelo agente.

O tipo penal nasce para a proteção de bens. Em função da necessidade de salvaguardar bens, são criadas normas visando essa tutela, a partir do que, no tipo, são expressas estas normas de proteção. Observe-se então que o tipo nasce originariamente da observação social de determinadas condutas, para a proteção de bens. De modo que não dá para dissociar a pura e simples violação da norma, da idéia de proteção a um bem penalmente tutelado.

A antijuridicidade em seu aspecto formal e material podem ser graduadas, somente que de formas distintas: quando alguém comete uma conduta ilícita penalmente tutelada, comete uma conduta típica. Esta conduta enquadra-se em um tipo penal (Ex. vender substância entorpecente: artigo 33 da lei 11.343/06) esta é a graduação da antijuridicidade formal para aquela conduta, ou seja, a conduta configurou o injusto ou não. A graduação da antijuridicidade no aspecto material, por sua vez deve ater-se a repercussão social, a afetação social desta conduta, assim gradua-se a antijuridicidade material.

Para exemplificar, tomemos a conduta descrita no delito capitulado no artigo 121 do Código Penal, ou seja, a conduta do crime de homicídio. Tanto no homicídio privilegiado quanto no homicídio qualificado a conduta do agente leva à morte de alguém, porém, *na primeira tipificação da conduta de homicídio, existe um relevante valor social ou moral que diminui a repercussão social do fato, morte de alguém; já na segunda tipificação, o que acontece é exatamente o contrário, a conduta é mais repugnante, sua repercussão social é muito mais negativa, gravosa, pelo modo ou motivo que foi praticada.*

Se o tipo nasce a partir da seleção de bens, da predisposição da norma, e a norma não é outra coisa senão o comportamento ideal que vem expresso no tipo, não obstante ser de forma contrária, portanto, um comportamento que **não deve ser**, só considerará típica uma conduta que se enquadre no modelo legal e viole a proteção de um bem.

Portanto existe a tipicidade penal quando existe a tipicidade legal mais a antinormatividade, ou seja, aplicação da teoria da *ratio cognoscendi*, por isso que o tipo exerce um caráter indiciário da antijuridicidade.

2.5 DIFERENÇAS ENTRE ANTIJURIDICIDADE E ANTINORMATIVIDADE

Antinormatividade e antijuridicidade são conceitos distintos. Se a norma de proteção ao bem, dá ensejo ao tipo, necessário é que exista tipicidade, que o comportamento se subsuma ao texto da lei e viole a norma de proteção ao bem penalmente tutelado, expondo-o a risco de lesão ou atingindo-o.

Antinormatividade é o passo prévio da antijuridicidade. Vivemos num sistema regulado por normas impostas pelo estado. Temos um ordenamento normativo abaixo do qual todos vivem. Suportamos um conjunto de normas que o estado estabelece para regular a vida em sociedade. O complexo destes mandamentos congrega as normas de todos os ramos do direito e nos impõe comportamentos para o convívio em sociedade. Pelo artigo 5º inciso II da Constituição Federal, ninguém estará obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude destas normas impostas pelo ordenamento jurídico e predispostas para regular a nossa vida em sociedade, que tem por finalidade, a proteção de bens juridicamente protegidos, ou melhor, que são caros para a vida em sociedade.

Quando se fala em comportamento antinormativo, fala-se de um comportamento violador de qualquer que seja a norma. Um comportamento violador de qualquer norma predisposta à proteção de um bem jurídico, ou seja, tutelado pelo direito.

Se o agente, portanto, viola uma norma predisposta à proteção de um bem, uma norma vinculada à Constituição Federal, somente por este motivo, por que a norma esta predisposta em um sistema regulador de condutas pratica um comportamento antijurídico?

A antinormatividade como foi dito anteriormente, tem um caráter indiciário da antijuridicidade, vale destacar, **somente indiciário**. Isto demonstra que, pelo fato de ter o agente simplesmente violado uma norma predisposta à proteção de um bem, não necessariamente praticou uma conduta antijurídica.

Nosso sistema normativo é composto por normas que traduzem comandos, por normas que expressam proibições e por normas excepcionais, que possuem a característica de autorizações, permissões (tipos permissivos). Assim, dentre os diversos tipos de normas que compõe a teia que representa nosso sistema normativo, pode-se dizer que, as mais importantes são as tradutoras de comandos,

proibições e as excepcionais autorizações, estas últimas representadas justamente pelos tipos permissivos.

Sempre que uma norma de comando ou de proibição for violada, caracterizando-se, portanto, como antinormativa, pode-se intuir que aquele comportamento violador é antijurídico, (porém tem-se a certeza que é antinormativo). Somente não o será, se existir uma norma de autorização, um tipo permissivo, que autorize a prática daquela conduta, a qual então, não será por certo antijurídica (porém é antinormativa). O tipo pertence à lei, a norma pertence a um sistema normativo, ao mundo ético. O tipo esta na lei, a norma no mundo ético.

Nosso sistema legal é formatado desta forma: composto de comandos, proibições e excepcionais autorizações.

Quando o agente pratica uma conduta relacionada pelo sistema como típica, para que esta conduta seja integralmente típica, num primeiro momento deve subsumir-se, enquadrar-se, em uma figura penal disposta no texto da lei (tipo legal). Porém não é suficiente que a conduta enquadre-se, somente ao texto da lei, em um segundo momento, faz-se necessário que ela, a conduta do agente, viole também a norma predisposta para a proteção do bem jurídico afetado.

Desta forma, se a conduta praticada pelo agente for legalmente típica e violadora da norma predisposta à proteção do bem afetado, haverá indícios de que aquela conduta além de antinormativa (violadora da norma) é também antijurídica. Não será antijurídica, no entanto, se sobre ela incidir uma norma permissiva, uma excepcional autorização legal, que autorize ao autor a sua prática; uma norma, portanto, com caráter neutralizador.

As normas neutralizadoras são compostas justamente pelos tipos permissivos, que compreendem: o estado de necessidade; exercício regular de um direito; estrito cumprimento de um dever; legítima defesa, que podem ser genéricos ou específicos.

Alguns autores identificam ainda, causas supra-legais de exclusão da antijuridicidade.

Para o nosso sistema, do modo como esta formatado, existe somente uma causa supra-legal de exclusão da antijuridicidade, que vem a ser o consentimento do ofendido, de resto, não há necessidade de se falar em causas supra-legais de exclusão da antijuridicidade. Nosso Código Penal, diferentemente de outros sistemas (Códigos), tipifica o exercício regular de um direito como um tipo

permissivo, podendo assim, neutralizar eventualmente, um comando ou uma proibição, que esteja contida no próprio sistema (Código), e que seja violada através do comportamento do agente.

Quando então uma conduta não é antinormativa? E quando é antijurídica?

A conduta não é antinormativa quando mesmo praticada pelo agente, não vem a violar uma norma contida dentro do ordenamento jurídico. O agente com seu comportamento, com sua conduta, não vem a violar a norma, quando o sistema não se ocupa da conduta praticada, justamente por que esta conduta é de tal forma desprezível ou insignificante para o direito (para o sistema), que sequer ocupa-se dela.

Há questões (condutas, fatos) que são de tal forma insignificantes ou desprezíveis, que o sistema normativo em função desta irrelevância sequer ocupa-se delas, portanto, praticar ou não tais comportamento (conduta) não é antinormativo, porque o sistema não se atém a estes comportamentos insignificantes, irrelevantes, assim, ignora-os.

O comportamento pode também não ser antinormativo quando for determinado pelo sistema, bastando para tanto, que exista uma norma, um comando, que de certa forma obrigue, ou melhor, permita que seja adotado tal comportamento.

Tomemos como paradigma o oficial de justiça em cumprimento de uma determinação do juiz, a qual decorre do sistema normativo (legal). Uma ordem de constrição judicial, por exemplo. A princípio sua conduta, de retirar da posse, muitas vezes à força, bens móveis de alguém, se amoldará flagrantemente a um comportamento proibido por um determinado ramo do sistema normativo (direito penal), ou seja, **subtrair para si ou para outrem coisa alheia móvel representa** uma conduta que se subsume a tipificação do crime de furto. Observe-se que o comportamento do oficial de justiça, mesmo que em cumprimento de seu dever legal (permitido pelo sistema normativo – direito processual civil), amolda-se à conduta tipificada como crime de furto, porém esta conduta é autorizada por um ramo do ordenamento normativo, pois o Código de Processo Civil impõe ao oficial o cumprimento de seu dever, desta forma, aquele comportamento que é imposto pelo direito processual civil (sistema normativo) ao mesmo tempo não pode ser proibido pelo direito penal (sistema normativo). Se fosse permitido, teríamos então uma desordem legislativa, uma desordem no sistema normativo, pois ao mesmo tempo

estariam convivendo condutas que a uma, são proibidas por um determinado segmento do ordenamento (sistema normativo – direito penal) e aquela mesma conduta, estaria autorizada por outro determinado ramo do direito (sistema normativo – direito processual civil), porém ambas, estariam contidas em um mesmo sistema normativo, observado em sentido lato.

Um comportamento para o qual o sistema normativo estabelece norma mandamental a qual impõe seja ele realizado, não pode ao mesmo tempo ser proibido por este mesmo conjunto de normas. O exemplo acima descrito, da atividade desempenhada pelo oficial de justiça ao proceder à constrição de um bem móvel, atividade ordenada pelo sistema normativo, demonstra satisfatoriamente esta harmonia legislativa. A conduta do oficial, em síntese, é a de subtrair para outrem coisa alheia móvel, ou seja, pratica a conduta cujo enquadramento se amolda aquela que tipifica o crime de furto, porém, em função de ser a concretização de uma ordem legal, emanada de autoridade competente, não configura comportamento típico. Desta forma, o agir do oficial de justiça, em cumprimento de seu dever oficial, é imposto pelo sistema normativo, por este motivo não pode este mesmo sistema, puni-lo, pela prática de um crime, sua conduta é, portanto, atípica.

Se o ordenamento impõe a alguém um comportamento, uma conduta qualquer, não pode puni-lo pela prática desta conduta; da mesma forma se incentiva ou fomenta uma conduta, não pode proibi-la. Se incentiva é porque quer que o comportamento seja realizado, e se quer que aquele comportamento seja realizado, não pode ao mesmo tempo proibi-lo.

Quando um comportamento é determinado ou fomentado pelo sistema, tem-se por certo, que a conduta por ele representada, é atípica, conseqüentemente, deve ser valorada pelo sistema e sobre ela não devem existir causas de exclusão.

Existem certas condutas que representam um serviço, o qual deve ser realizado pelo poder judiciário. O Código de Processo Penal determina que, mesmo o agente sendo flagrado cometendo uma conduta, em tese representativa de um delito, mas, no entanto, encontra-se amoldada a uma das circunstâncias preconizadas do artigo 23 do Código Penal, deve ser colocado em liberdade, deve responder ao inquérito em liberdade, isto equivale a dizer que, mesmo naquelas circunstâncias de justificação, deverá a pseudo-infração ser apurada através do competente inquérito policial.

Tomemos um exemplo para elucidar melhor a questão: se o agente mata uma pessoa estando em tese acobertado pelo instituto da legítima defesa (art. 23 inciso II c.c art. 25, ambos do Código Penal), mesmo estando flagrantemente caracterizada a excludente de ilicitude, será necessária a apuração do fato mediante inquérito policial o qual passará ainda pelo crivo do Ministério Público e do Magistrado. Destarte, em que pese esteja caracterizada a incidência de uma norma neutralizadora sobre a conduta, o Delegado de Polícia não pode deixar de instaurar o procedimento para apuração do fato através do inquérito policial. Mesmo que as circunstâncias demonstrem a certeza da existência de uma causa de justificação, o fato deve ser investigado.

Existem comportamentos que possuem características exclusivas dos comportamentos típicos, porém, não são motivos de indiciamento de seus autores, é o caso, por exemplo, do oficial de justiça que cumpre uma ordem judicial de arresto de bens. O oficial na realidade subtrai para outrem coisa alheia móvel, conduta que caracteriza o crime de furto, porém não é sequer indiciado em inquérito.

Quando se pratica cirurgia necessária em um paciente, o médico pratica conduta típica do crime de lesão corporal, muitas vezes, gravíssima, porém, não será indiciado em inquérito, justamente porque age sob a existência de uma causa de justificação, que transforma a conduta em atípica. A cirurgia pode mesmo ter um caráter estético, assim mesmo, o comportamento deste profissional da medicina, como de outro médico, será da mesma forma atípico.

Nosso sistema prioriza como o maior dos bens jurídicos, a vida humana. Para preservar este bem jurídico importantíssimo, vida humana, o médico muitas das vezes, necessita ofender a integridade física do paciente. Esta atuação, por conseguinte, não pode ser classificada como antinormativa ou antijurídica, porque respeita as normas de preservação da vida.

Quando o ordenamento normativo não se ocupa da conduta porque ela não é importante, quando o ordenamento jurídico determina um comportamento porque entende importante e impõe que seja realizado, quando ele fomenta um comportamento de modo que incentiva seja realizado, não pode ao mesmo tempo em nenhuma das três hipóteses, proibi-lo, não teria lógica esta proibição.

Nestas três hipóteses a conduta não é antinormativa, sendo assim, não é típica e se ela não é típica, não interessa para o direito penal, portanto, não vamos investigar a eventual existência de uma causa de justificação.

Se uma conduta não é típica, prescinde de investigação pelo direito penal, caberá então aos outros ramos do direito a aferição da necessidade de apuração, para determinar se houve possível violação de normas legais.

Nas três hipóteses anteriormente citadas, a conduta não viola normas, portanto não é antinormativa.

Pode, no entanto a conduta ser violadora de normas predispostas à proteção de um bem jurídico, entretanto não ser antijurídica, porque esta excepcionalmente autorizada pelo direito (sistema normativo).

A antijuridicidade tem como pressuposto a antinormatividade, que é a violação de uma norma predisposta à proteção de um bem.

A conduta antinormativa somente não será antijurídica se por intermédio de um tipo permissivo, for autorizada pelo sistema normativo, o qual por questões lógicas (confusão legislativa), não pode ao mesmo tempo autorizar e proibir a mesma conduta.

Podemos dizer assim que, a razão da existência do tipo permissivo é a existência anterior do tipo proibitivo.

Temos um comportamento proibido (tipo de proibição), sua contrapartida é o tipo permissivo (norma neutralizadora). Praticado um comportamento proibido sem autorização, a conduta para além de antinormativa é também antijurídica e o agente estará sujeito à correspondente punição.

Se o agente pratica o comportamento antinormativo, porém esta autorizado a fazê-lo, se tem o fator neutralizador (incidência do tipo neutralizador) da punição, de modo que a antijuridicidade pressupõe a antinormatividade, mas não se esgota nela. A antinormatividade é somente um passo prévio para que seja alcançado o juízo da antijuridicidade. Havendo a antinormatividade deve-se investigar a existência ou não do tipo permissivo (norma neutralizadora).

Os tipos permissivos (neutralizadores) são os que permitem a prática de comportamentos proibidos pelo sistema, pois excluem a ilicitude do ato, são eles: estado de necessidade legítima defesa, exercício regular de um direito, estrito cumprimento de um dever legal e como causa supra legal, o consentimento do ofendido.

As causas de exclusão da ilicitude podem ser genéricas ou específicas. As genéricas vêm previstas na parte geral do Código Penal (artigos 23, 24 e 25), que são os tipos permissivos.

Neste ponto vale à pena fazer uma ressalva. Alguns autores de doutrina nacional costumam alocar os tipos permissivos nos artigos 21 a 26 do Código Penal, o que não é correto.

Para que se possa admitir este equívoco da doutrina nacional, teremos que dividir os tipos permissivos em dois segmentos, que são os tipos permissivos em sentido estrito e os tipos permissivos em sentido lato. Quando se fala de tipo permissivo em sentido lato esta a falar-se daqueles tipos que de qualquer forma impedem a aplicação da norma penal, a exemplo das excludentes da culpabilidade, porque quando existe uma excludente de culpabilidade, a rigor, não existe um tipo permissivo, ou seja, quando a culpabilidade é excluída não é porque existe uma norma que autorize a prática da conduta. Nesta espécie de conduta, o direito simplesmente se resigna à sua prática, o que é diferente da existência de um tipo permissivo em sentido estrito, que autorize a prática da conduta, afastando, neutralizando assim, a incidência do direito penal sobre o fato.

Assim, os tipos permissivos verdadeiros, a rigor, vêm descritos nos artigos 23, 24 e 25, do Código Penal, que são a exclusão da ilicitude (regra geral), o estado de necessidade, e a legítima defesa. Em sentido lato os tipos permissivos estão descritos nos artigos 21, 22 e 26 do Código Penal, erro sobre a ilicitude do fato, coação irresistível e obediência hierárquica e inimputabilidade.

3. EXCLUDENTES DE ANTIJURIDICIDADE OU CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO.

Nossa Doutrina varia na terminologia para identificar as causas legais da exclusão da antijuridicidade, utilizando-se de expressões como: causas excludentes de ilicitude, causas excludentes de antijuridicidade, causas de justificação, causas justificantes, causas de exclusão de crime, tipos neutralizadores, e omite-se em reconhecer a existência de causas supra-legais de exclusão de antijuridicidade, porém a doutrina e a jurisprudência admitem a viabilidade dogmática.

3.1 ESTADO DE NECESSIDADE:

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

§ 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.

A Doutrina caracteriza o estado de necessidade como sendo: “uma colisão de interesses juridicamente protegidos, devendo um deles ser sacrificado em prol do interesse social”. (BITENCOURT, 2002 p. 253)

Dentre outros autores, ZAFFARONI e PIERANGELI (2004, p. 563), afirmam que “o fundamento geral do estado de necessidade justificante é a necessidade de salvar o interesse maior, sacrificando o menor, em uma situação não provocada de conflito extremo”.

Da mesma idéia, descrevendo em sua obra que “é o estado de necessidade a situação de perigo atual, para interesses legítimos, que só pode ser afastada por meio da lesão de interesses de outrem, igualmente legítimos”, partilha Assis Toledo (2001 p.175).

Para Luis Regis Prado (2006, p.384) atua “em estado de necessidade o agente que, para salvar de perigo atual e inevitável, não provocado voluntariamente, objeto jurídico próprio ou de terceiro, obriga-se a lesar outro alheio”.

Assim encontra-se em estado de necessidade, quem estando em situação atual de colisão de interesses juridicamente protegidos, portanto legítimos, próprio ou de terceiros, não provocada voluntariamente, sacrifica o de menor interesse, lesionando-o, em prol deste interesse de maior magnitude. Este conceito expressa o estado de necessidade justificante, onde um dos bens envolvidos em confronto é de menor valor, excluindo assim a antijuridicidade.

O Código Penal de 1969 (natumorto) na mesma linha das legislações mais modernas consagrava a teoria diferenciadora, no entanto a Reforma Penal de 1984, em flagrante retrocesso adotou a teoria unitária com relação ao instituto, o que nos leva a concluir que, na existência do estado de necessidade, opera-se a exclusão da antijuridicidade, assim tem em nosso Código Penal a aceitação de tão somente o estado de necessidade justificante.

O Direito Penal Alemão, em algumas hipóteses, muito restritas, de atos não culposos, necessários, praticados para salvar de perigo atual o corpo ou a vida do próprio agente ou de um parente **como o caso de necessária interrupção da gravidez por indicação médica**, por influência de sua doutrina e jurisprudência, construiu, influenciado pelas idéias jusnaturalistas, o estado de necessidade supra legal, excludente, utilizando-se para tanto do princípio da ponderação de bens e deveres (desvalor de resultado).

Assim, diante de perigo iminente, inevitável, não provocado, o indivíduo, para salvar um bem de valor superior, pode sacrificar o de valor inferior, se essa for a única forma de salvação do primeiro.

A doutrina alemã em função de construção pretoriana aceitava que, no caso concreto, mediante a ponderação de bens e deveres, em conflito, pode ser lícitamente sacrificado o de menor valor para que se proteja o de maior. Com isto mesmo sem o amparo na lei, passou a admitir a exclusão da antijuridicidade em situações de estado de necessidade, consagrando a denominada teoria diferenciadora, a qual distinguia duas espécies do estado de necessidade: o justificante que excluía a ilicitude do fato e o exculpante, que excluía a culpabilidade.

Cezar Roberto Bitencourt (2002) e Assis Toledo (2001) sintetizam o estado de necessidade justificante e exculpante da seguinte forma:

- a) Estado de necessidade justificante: quando o bem ou interesse sacrificado for de menor valor. O agente comete o ato para afastar, de si ou de outrem, perigo inevitável para a vida, para o corpo, para a liberdade, para

a honra, para a propriedade ou para outro bem jurídico, se na ponderação dos interesses em conflito, o interesse protegido sobrepujar sensivelmente aquele que foi sacrificado pelo ato necessário. Nesta hipótese, a ação será considerada lícita, afastando sua criminalidade, desde que tenha sido indispensável para a conservação do bem mais valioso.

b) Estado de necessidade exculpante: quando o bem ou interesse sacrificado for de valor igual ou superior ao que se salva. O agente realiza uma ação ilícita (o texto legal fala em fato ilícito, *reschtswidrige Tat*), para afastar de si, de um parente ou de uma pessoa que lhe é próxima, perigo não-evitável, por outro modo, para o corpo, para a vida ou para a liberdade, excluída a hipótese em que o mesmo agente esteja obrigado, por uma especial relação jurídica, a suportar tal perigo e também a de que este último tenha sido por ele provocado.

Observa-se assim, que no Direito Alemão o princípio da ponderação de bens e deveres é incisivamente aplicado no estado de necessidade justificante de maneira a esgotá-lo, entretanto este princípio tem sua fundamentação em um critério puramente objetivo, que é justamente a supremacia do bem protegido ao se determinar a diferença de valores entre os bens e deveres conflitantes, desta feita não se mostra suficientemente adequado para fundamentar a impunibilidade do agente, quando se comparam bens e deveres de valores equivalentes, como, por exemplo, no episódio da tábua de salvação, confrontando-se o direito a vida com o direito a vida, ou ainda, quando o bem sacrificado seja de maior magnitude que o preservado. Para estes confrontos, quando então o comportamento adquire características de um verdadeiro ato ilícito, reservou-se a possibilidade de aplicação de uma excludente de culpabilidade, o estado de necessidade exculpante, observando-se, porém, que as circunstâncias do fato devem revelar um quadro de inexigibilidade de outra conduta.

Estes motivos fizeram com que a doutrina alemã desse um tratamento bifronte ao estado de necessidade adotando assim a teoria diferenciadora, que no dizer de Eduardo Correia (1983, p. 82-83):

Efetivamente, o princípio da ponderação de bens exclui inevitavelmente a possibilidade de o estado de necessidade explicar a não-punição de factos que sacrificam interesses maiores a interesses menores; e o mesmo se poderá dizer relativamente a casos em que colidem interesses de igual valor, v.g. a hipótese – de que partiram Carneades, Cícero e Kant – de vida

contra a vida. Certo que Haelschner também neste caso afirmava a existência de um verdadeiro direito de necessidade, tal como mais tarde viria igualmente a acontecer com Stammer. Mas isto só porque em tais hipóteses faziam transitar o problema para um plano em que as coisas se decidem pelo direito do mais forte, que nem só por isso pode ser direito. Daqui mesmo que já Berner limitasse a sua teoria aos casos de direitos ou valores desiguais, afirmando que nos casos de direitos de igual valor o sacrifício de qualquer deles, em caso de colisão, será sempre antijurídico, embora sob certos aspectos o facto se possa considerar praticado sem culpa e não seja, por conseguinte punível. Isto significa, porém, o reconhecimento da teoria diferenciada: uma vez o estado de necessidade exclui a ilicitude (casos de sacrifício de valores menores para salvar maiores), outras vezes exclui a culpa (casos de sacrifícios de valores iguais aos que se salvam, ou mesmo de valores maiores, quando ao agente não era exigível outro comportamento). Esta é a teoria que hoje, praticamente, se pode considerar dominante, mesmo relativamente aos autores que aceitam e defendem o princípio da ponderação de interesses.

Para o Direito Brasileiro, no entanto a visão não é a mesma. Nosso Código Penal acolhe o estado de necessidade tão-somente como causa de justificação, o que o fará excluir, portanto a ilicitude do fato. Não levou em consideração nosso legislador, às limitações casuísticas oriunda da doutrina alemã. Assim, se pretendermos através do nosso Direito Penal respaldar a aplicação de **alguma forma de estado de necessidade supra legal, excludente da culpabilidade, terá de ser, extreme de dúvidas, o exculpante.**

A legislação penal brasileira tem como suficiente para a caracterização do instituto do estado de necessidade as conclusões decorrentes da interpretação da expressão “[...] direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se [...]” (art. 24 C.P.). O texto legal não se reporta à necessidade de que os bens ou interesses sejam confrontados de modo a pesá-los, circunstância esta que, nos impõe à constatação de que, foi totalmente desconsiderada a necessidade da ponderação dos bens jurídicos em confronto, como também a condição de seu titular em relação ao agente, para a aplicação do instituto, demonstrando assim de forma evidente que, a teoria unitária foi a preferida pelo legislador.

A teoria unitária vê no estado de necessidade uma circunstância que tira do fato o caráter criminoso, reputando-o conforme ao direito **seria a única** capaz de levar a resultados satisfatórios.

Aníbal Bruno (1978) afirma que “a dualidade de soluções oferecidas pela teoria diferenciadora não se aplicava ao direito positivo brasileiro”.

Nelson Hungria (1980) afirma com a autoridade de quem participou da elaboração do Código, em seu estilo candente: “Na atualidade, entretanto, já repudiada a bizantina distinção entre imputabilidade e responsabilidade, pode dizer-se que a solução pacífica e definitiva é a que, no estado de necessidade, não há crime, o que vale dizer: o fato necessitado é objetivamente lícito”.

Francisco Assis Toledo (2001) ao comentar o instituto observa que “foi este o ponto de vista consagrado pelo nosso Código, que, acertadamente, destacou da fórmula do estado de necessidade a coação irresistível (exercida diretamente de homem para homem) , pois não se pode dizer que esta elimine a injuricidade objetiva do fato conseqüente , desde que subsiste, em razão dele, a punibilidade do coator”. E prossegue dizendo : Eberhard Schimidt (1972 apud TOLEDO, 2001) foi quem atualizou o Tratado de Von Liszt, ao entrosar o critério da inexigibilidade (Unzumutbarkeit) no conceito do estado de necessidade (como faz o nosso Código), volta a insistir em:

[...] que este não exclui a ilicitude objetiva, mas a culpabilidade. Ora, a inexigibilidade é, precisamente, o fundamento central da licitude que na espécie se reconhece e declara. Não é preciso referi-la à culpabilidade, cuja existência ficaria tolhida. Como acentua Helmuth Mayer, o que não pode ser razoavelmente exigido a um homem não lhe pode ser imposto pelo direito positivo. A inexigibilidade só se apresenta em particulares circunstâncias de fato e, portanto, entende também como o lado objetivo da conduta. O que se dá, em tal caso, é, simplesmente, uma ação lícita ou não proibida juridicamente. Não se apresenta um crime, nem mesmo do ponto de vista abstrato. No estado de necessidade, entretanto em conflito bens ou interesses que merecem igualmente a proteção jurídica, é concedida a faculdade da própria ação violenta para o salvamento de qualquer deles. Faculdade e não propriamente uma obrigação (jus et obligatio sunt correlata) e, no caso, nenhum dos titulares dos bens ou interesses em colisão está obrigado a suportar o sacrifício do seu [...].

A lei, aqui, assume uma atitude de neutralidade e declara sem crime o vencedor (seja este o mais forte ou o mais feliz).

Influenciado pela doutrina alemã, Heleno Cláudio Fragoso (1987), afirma a aplicação na íntegra e nos moldes daquela legislação, da doutrina diferenciadora, em nosso direito, afirmando que:

[...] A legislação vigente, adotando fórmula unitária para o estado de necessidade e aludindo apenas ao sacrifício de um bem que, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se , compreende impropriamente também o caso de bens de igual valor (é o caso do naufrago que, para reter a única tábua de salvamento, sacrifica o outro). Em tais casos subsiste a ilicitude e o que realmente ocorre é o estado de necessidade como excludente da culpa (inexigibilidade de outra conduta) [...]. O estado de necessidade exclui a ilicitude quando, em situação de conflito ou colisão, ocorre o sacrifício do bem de menor valor. A inexigibilidade de outra conduta, no entanto, desculpa a ação quando se trata do sacrifício de bem

de igual ou de maior valor, que ocorra em circunstâncias nas quais ao agente não era razoável, exigível, comportamento diverso. O estado de necessidade previsto no artigo 20 do Código Penal (atual art. 24), vigente, portanto, pode excluir a antijuridicidade ou a culpabilidade, conforme o caso

Rebate este entendimento, Francisco Assis Toledo (2001), quando afirma que:

Não podemos aderir integralmente a esse entendimento pelo fato de que o estado de necessidade exculpante pressupõe a existência do injusto, isto é, de uma ação típica e antijurídica, o que indubitavelmente não poderá ocorrer no direito brasileiro, enquanto perdurar a redação dada ao artigo 24 do Código Penal, pelo menos em relação a bens de igual valor (vida contra vida, por exemplo). Diante de uma norma permissiva, não há como falar-se em ilicitude do fato que a ela se ajusta. É a lição conhecida de Graf zu Dohna: Uma ação juridicamente permitida não pode ser ao mesmo tempo proibida pelo direito. Ou, em outras palavras: o exercício de um direito nunca é antijurídico”. Estamos, não obstante, de acordo com aquele autor, na parte em que admite a teoria diferenciadora no tocante ao sacrifício de bens de maior valor. É que, em princípio, não nos parece razoável – para usar-se ao pé da letra a terminologia do art. 24 do Código Penal – permitir-se o sacrifício de um bem de maior valor para salvar-se o de menor valor. Assim, inaplicável a essa hipótese é a causa de exclusão de crime do art. 23, I, tal como a define o artigo 24. Todavia, caracterizando-se, nessa mesma hipótese, o injusto, a ação típica e antijurídica, há que se passar ao exame da culpabilidade do agente, sem a qual nenhuma pena lhe poderá ser infligida. E, nesta fase, a nível do juízo de culpabilidade, não há dúvida de que o estado necessário, dentro do qual o bem mais valioso foi sacrificado, poderá traduzir uma situação de inexigibilidade de outra conduta que se reputa, uma causa de exclusão da culpabilidade. Admitimos, pois com ressalvas expostas, o estado de necessidade exculpante, como causa extralegal de exclusão da culpabilidade, por ser isso resultado de simples desdobramento do princípio da culpabilidade que, está na base do sistema penal vigente, anteriormente à próprias normas legisladas”

Entendemos que a razão está com o Professor Assis Toledo, pois, a aceitação do estado de necessidade exculpante esta diretamente ligada à aceitação de que a conduta do agente caracteriza-se como injusta, portanto ilícita. A conduta que aperfeiçoa o estado necessário aperfeiçoa também o injusto penal. Se o sistema formando um todo harmônico, autoriza em determinado momento, a prática de uma conduta, em outro momento, não pode a mesma conduta pelo mesmo sistema, ser valorada como ilícita, desautorizada, mesmo que, para tanto, objetivando suprir essa desarmonia, exclua somente a culpabilidade do autor do fato, por que ainda, admitiria aquela conduta, como ilícita. Em síntese, ou o sistema valora a conduta como sendo correta, cuja consequência é a imediata exclusão de sua ilicitude ou não. Não se aceita que a desarmonia do sistema seja apagada com a simples exclusão da culpabilidade, quando então, se permitiria que a mesma conduta ora fosse lícita, ora ilícita.

3.2 LEGÍTIMA DEFESA

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

A Hegel é atribuída a citação de que “A negação do delito, que é a negação do direito, logo, como a negação da negação é a afirmação, a legítima defesa é uma afirmação do direito”. Através desta afirmação a qual também era utilizada para justificar-se a aplicação da pena, confirmou-se o caráter unânime da legítima defesa como causa de justificação

A história do surgimento da legítima defesa está ligada aos delitos de homicídio e lesões, e desta forma permanece nos códigos, inclusive nos mais recentes.

Manoel Ferreira Cavaleiro (1981, p. 325), conta que o homicídio praticado em legítima defesa – necessária defesa – era qualificado pelas Ordenações Filipinas como homicídio necessário.

A complexidade em se explicar a legítima defesa, não está em sua natureza, mas sim em sua fundamentação, cuja definição é pela necessidade de conservação da ordem jurídica e a garantia do exercício dos direitos (direitos fundamentais).

Para Eugenio Raul Zaffaroni (2004) em que pesem os dois aspectos fundamentais do instituto, existe somente um conteúdo social o que faz com que a fundamentação desta causa de justificação seja única, baseando-se assim, no princípio de que “ninguém pode ser obrigado a suportar o injusto”.

O indivíduo em certo momento pode ver-se incluído (como participante ou espectador) de uma situação de conflito. Neste episódio necessariamente, a ordem jurídica não poderá garantir o exercício de seus direitos ou de terceiros, assim estará autorizado a legitimamente agir, garantindo a proteção desses direitos fundamentais (bem jurídico), próprios ou de outrem.

Conclui-se desta feita que a legítima defesa tenha uma natureza subsidiária, pois se de outra forma puderem ser protegidos os bens jurídicos, não se autoriza a aplicação do tipo neutralizador.

O fundamento social da legítima defesa é a defesa da ordem jurídica. Se em determinado momento, onde o indivíduo se encontra como participante ou

expectador, de uma situação extrema de conflito, sendo que, neste momento, as instituições não podem por algum motivo, atuar em defesa daqueles que são detentores de interesses legítimos, não pode, por conseguinte, impedir que, lançando mão de seus próprios meios, este indivíduo proteja seus bens jurídicos ou o de terceiros, que estão sendo agredidos ou em eminência de sofrer alguma agressão, por isso, os fundamentos social e individual (defesa dos direitos ou dos bens jurídicos), da defesa necessária, não podem coexistir simultaneamente.

Dreher e Trondle (1978 apud TOLEDO, 2001 p. 192) definem a legítima defesa como sendo:

A defesa necessária (como é chamada no direito alemão 'Notwehr'), é uma causa de justificação que se baseia no princípio de que o direito não precisa retroceder diante do injusto [...] 'pelo que' [...] a defesa vale, pois não só para o bem jurídico ameaçado mas também, simultaneamente, para a afirmação da ordem jurídica.

Ainda salienta o mesmo autor:

E como todos têm fundado interesse nessa afirmação (reportando-se à Dreher e Trondle), aplica-se aqui, o princípio da solidariedade com apoio no qual quem estiver em condições de exercer legítima defesa, própria ou de outrem, estará legitimado a fazê-lo, desde que se contenham nos limites da norma permissiva”.

Jiménez de Asúa (1964 TOLEDO, 2001 p.192) define a legítima defesa como sendo:

La legítima defensa es repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelirla”.

A excludente da legítima defesa é definida por Hans Welzel (1970), como, “aquela requerida para repelir de si ou de outro uma agressão atual e ilegítima”. O ponto, fundamental de seu pensamento é o de que **o Direito não tem por que ceder ante o injusto.**

Teorias de ordem subjetivas e objetivas procuram explicar a natureza jurídica da legítima defesa. As primeiras (subjetivas) vêem na legítima defesa **uma causa excludente da culpabilidade fundamentando-a na perturbação de ânimo do agredido ou nos motivos determinantes do agente.** As segundas (objetivas) aceitam o instituto como sendo uma excludente da antijuridicidade. Para Bettiol (1977) constitui uma circunstância de justificação (o que revela ser uma excludente da antijuridicidade), e justifica seu posicionamento dizendo que, “[...] por não atuar

contra *ius*, quem reage para tutelar direito próprio ou alheio, ao qual o Estado não pode de nenhuma maneira, dadas as circunstâncias do caso concreto, oferecer a mínima proteção [...]”.

A legítima defesa, nas palavras de Cesar Roberto Bitencourt (2002), consagra uma causa de justificação, pois “[...] quem se defende de uma agressão injusta, atual ou iminente, age conforme ao Direito [...]”.

Da forma como está proposta em nosso ordenamento jurídico, para a concretização da defesa necessária, é necessário o cumprimento de certos requisitos, que se apresentem simultaneamente, são eles:

- a) A agressão deve ser injusta, ilícita por tanto;
- b) Atual ou iminente;
- c) De direito próprio ou de terceiros;
- d) Os meios empregados na defesa devem ser necessários e utilizados de forma moderada;
- e) Elemento subjetivo, composto pelo *animus defendendi*, que vem a ser o único elemento subjetivo do instituto.

As expressões que compõe o tipo permissivo (art. 25 C.P.), **a direito seu ou de outrem**, juntamente com a da **moderação**, ampliam a possibilidade de defesa para qualquer direito fundamental (bem jurídico). O primeiro permite o exercício da defesa do bem jurídico, mesmo que este não esteja penalmente tutelado; o segundo exige que a ação defensiva seja a menos lesiva possível, quer dizer, a atitude defensiva deve ser proporcional ao ataque, na medida do possível.

Para Eugenio Raul Zaffaroni (2004 p. 551), qualquer bem jurídico pode ser defendido “contanto que a defesa não exceda os limites da necessidade e da moderação” e exemplifica: “Até mesmo o direito de preferência no estacionamento pode ser defendido legitimamente, mas é claro, não matando o condutor do outro veículo, e sim, paralisando o seu veículo de forma a impedir-lhe de estacionar. Também o direito a repousar em silêncio pode ser defendido contra o bêbado barulhento, mas com um baldaço d’água (Stratenwerth)”.

Não importa, para o direito se a repulsa do ofendido é voltada à defesa de uma agressão dirigida à bens jurídicos pessoais ou impessoais, caráter da impessoalidade. A distinção somente se prestará a diferenciar entre a legítima

defesa própria, (quando a repulsa é desencadeada pelo próprio titular do bem jurídico) ou de terceiros (a repulsa objetiva a defesa de bens jurídicos de terceiros).

No caso da legítima defesa de terceiros, é prudente destacar a lição de Francisco Assis Toledo (2001), ressaltando ponto de suma importância, adverte: quando se tratar “de direitos disponíveis e de agente capaz, a defesa por terceiro não pode fazer-se sem a concordância do titular desses direitos, obviamente”.

A legítima defesa compõe-se de condutas. A agressão como a defesa devem ser exercidas através de condutas. A conclusão é óbvia, pois sendo a característica fundamental da agressão ser injusta, o que significa ser antijurídica, não se reveste de antijuridicidade um comportamento que não seja consequência de uma conduta. A repulsa a ataques que não caracterizam condutas dão ensejo ao estado de necessidade.

A exigência legal contenta-se em que a agressão seja tão somente injusta (antijurídica) não exigindo seja típica, necessariamente porém, deve ser intencional, o que descarta a possibilidade de legítima defesa contra agressões culposas uma vez que nestes casos, não existe a proporcionalidade da defesa para com o mal causado, por ser este desprovido da intencionalidade.

A autoria da agressão injusta é o que determina a identificação do sujeito passivo da ação de defesa, a qual não poderá ser dirigida contra outra pessoa que não o agressor. Quem, na defesa, atinge um terceiro, com relação a este agirá em estado de necessidade ou simplesmente de forma não culpável, mas não será acobertado pelo tipo permissivo da legítima defesa. Assim, aquele que, para salvar sua vida, joga uma granada de mão que provoca a morte do agressor e de um terceiro cometerá uma conduta típica de homicídio, antijurídica, ainda que não culpável.

Como a agressão deve necessariamente ser injusta, antijurídica, não se admite a legítima defesa contra legítima defesa, **ninguém pode defender-se legitimamente contra quem, por sua vez, se está defendendo legitimamente.** Esta situação somente será válida quando a ação defensiva seja dirigida contra o agressor, não justificando desta feita a lesão ou ameaça de lesão a direitos de um terceiro, alheio, à agressão. Com relação ao terceiro, a conduta de defesa não caracteriza uma defesa necessária. **Ninguém pode ser impedido de defender-se em face da agressão ilegítima empreendida por outro, com quem nada tem a ver.**

Inadmissível também, e pelos mesmos motivos, uma reação dirigida à agressão justa, por exemplo, na reação contra uma prisão regular em flagrante ou a uma ordem legal de funcionário público. Se a agressão é lícita, a defesa não pode ser legítima.

A lei exige que a agressão seja atual ou iminente. Atual é quando a agressão já iniciou, iminente quando ainda não iniciou, porém está prestes a acontecer.

Eugenio Raul Zaffaroni (2004 p. 552) ensina que:

[...] O requisito da iminência é coerente se por tal se entende que o agressor pode levá-la a cabo quando quiser, porque é inequívoca sua vontade de fazê-lo e já dispõe dos meios para isto, mas não deve ser entendida no mero sentido de imediatismo temporal. Assim não sabemos em que momento vai disparar quem nos aponta uma pistola e nos mantém contra um muro, mas sabemos quais são suas intenções e estamos a sua mercê, mesmo que ela nada nos diga. A situação não muda pelo fato de que demore cinco segundos ou cinco horas para disparar. Algo semelhante acontece com as gravações de conversas comprometedoras, ou as filmagens de cenas da mesma índole, para fins extorsivos. A destruição das fitas ou películas é um ato de defesa, mesmo quando o sujeito não tenha iniciado sua ação extorsiva. Na doutrina alemã, estes casos têm sido chamados de **antecipação da defesa**. Dentro da nossa lei, cremos ser equivocada tal terminologia, porque se admite perfeitamente como conseqüência do emprego da palavra **iminente** [...]

Para Cesar Roberto Bitencourt (2002, p.264/265), define-se a atualidade da agressão como sendo aquela que “está acontecendo, isto é, que ainda não foi concluída; iminente é a que está prestes a acontecer, que não admite nenhuma demora para a repulsa. A agressão iminente não se confunde com agressão futura . A reação do agredido para caracterizar a legítima defesa deve ser sempre preventiva: deve impedir o início da ofensa ou sua continuidade, desde que esta, se não for interrompida, produzir dano maior .”

Afirmamos anteriormente que todos os bens jurídicos, como direitos fundamentais, são a princípio defensáveis através da legítima defesa. Feita esta afirmação o que importa é analisar casuisticamente, outros fatores de fundamental importância os quais são requisitos para o atuar amparado pela causa de justificação, são eles: a necessidade, moderação e proporcionalidade, dos meios empregados em defesa.

Para caracterizar a causa de justificação, a defesa há de ser ainda necessária. O sujeito que realiza a conduta defensiva não pode estar obrigado a

realizar uma que seja menos lesiva ou mesmo inócua, ao invés da conduta típica. Exemplificando novamente com Zaffaroni:

[...] não age justificadamente aquele que, para defender-se de uma agressão a socos e pontapés, responde com tiros de metralhadora, ou quem para defender-se dos golpes incertos de um bêbado, revida com um outro que lhe fratura vários ossos. Nesses casos é excluída a legítima defesa, porque a conduta realizada não era necessária para neutralizar a agressão: o socos e pontapés podem ser respondidos da mesma maneira e o bêbado pode ser repellido com um empurrão [...]

Necessários são, pois os meios que se demonstram capazes, aptos, aqueles que bastam necessariamente, de forma que sejam indispensáveis, para a eficácia da defesa. Na inexistência de outros será considerado o único disponível, no entanto, para este caso a análise da moderação será muito mais exigente.

O raciocínio da necessidade presta-se também para os casos da utilização de meios defensivos mecânicos, que são os dispositivos físicos utilizados na defesa. Existe uma grande variedade de formas e meios, empregados para defesa, compreendendo desde as *offendículas*, a exemplo dos ferros pontiagudos encravados sobre muros divisórios, até a colocação de um artefato explosivo, instalado na porta de um cofre que, será detonado incontinentemente, ao alguém tentar arrombá-lo, ou mesmo no caso citado por Soler (1972) do japonês de Rosário, onde através da utilização de uma “máquina infernal, era acionado um fuzil a queimava roupa, quando alguém tentava abrir a porta de seu galinheiro, ainda, a cerca eletrificada com voltagem altíssima, para impedir sejam furtadas frutas de um pomar.

A forma de utilização do meio necessário deverá ainda passar pelo crivo da moderação, a qual será determinada pelo cotejo da intensidade e emprego no uso dos meios, com a intensidade e realidade da agressão. Welzel (1970) afirmava que: “a defesa pode chegar até onde seja requerida para a efetiva defesa imediata, porém não deve ir além do estritamente necessário para o fim proposto”.

Conclui-se que em havendo disponibilidade de defesas, igualmente eficazes, deve-se optar por aquela na qual sua utilização venha a produzir o menor dano possível ao agressor.

O direito a legítima defesa encontra seu limite na proibição geral do abuso de direito e nos elementos normativos da imposição: uma defesa, cujas conseqüências situam-se em crassa desproporção para com o dano iminente, é abusiva e, assim, inadmissível.

O comportamento do ofendido em sua defesa deve ser guiado pelo *animus defendendi*, que se caracteriza justamente como o elemento subjetivo da causa de justificação. Em seu atuar, o ofendido, não necessita da consciência da ilicitude da agressão sofrida, necessário, porém, é que se tenha o conhecimento desta agressão e a intenção de defender-se dela.

A ação de defesa é aquela executada com o propósito de defender-se da agressão. O que se defende tem de conhecer a agressão atual e ter a vontade de defender-se.

Objetivamente o ato de defender-se legitimamente deve ser necessário. Subjetivamente tem que estar orientado pela vontade em defender-se.

Cezar Roberto Bitencourt (2002 p. 267) ensina que: “A reação legítima autorizada pelo Direito somente se distingue da ação criminosa pelo seu elemento subjetivo: o propósito de defender-se. Com efeito, o *animus defendendi* atribui um significado positivo a uma conduta objetivamente desvaliosa. Contrapõe-se assim o valor da ação na legítima defesa ao desvalor da ação na conduta criminosa. Aliás, o valor ou desvalor de qualquer ação será avaliado segundo a orientação de ânimo que comandar a sua execução”. Como afirma Cerezo Mir (1990 apud BITECOURT 2002, p.267), “somente a presença dos elementos objetivos constitutivos de uma causa de exclusão de criminalidade não pode justificar uma ação ou omissão típica, se faltar o elemento subjetivo de dita causa justificante”.

Enfim, em sede de Direito Penal, um fato que na sua aparência exterior apresenta-se objetivamente com os mesmos aspectos pode, dependendo da intenção do agente, receber definição variada. Assim, produzir a morte de alguém, dependendo das circunstâncias, motivos e, particularmente, do elemento subjetivo, pode configurar: homicídio doloso, homicídio culposo, legítima defesa real, putativa, excesso doloso ou culposo.

Doutrinariamente podemos classificar a legítima defesa em: legítima defesa real ou própria; putativa; sucessiva e recíproca.

- a) Real ou própria: dentre todas é a tradicional, onde se apresentam todos os requisitos de sua configuração;
- b) Putativa: representa uma hipótese de erro, descritas nos artigos 20 § 1º e 21 do Código Penal. O agente se julga de modo errado, alvo de uma agressão injusta (imaginária), que deve ser repelida, de modo que se julga permitido, intimamente convicto à defesa necessária, desta feita,

juridicamente permitida. A defesa existe tão somente na representação, na imaginação do agente, objetivamente não.

c) Sucessiva: quando na hipótese de excesso, fica permitida a defesa legítima do agressor inicial. O ofendido inicial invadindo a seara do excesso, transforma-se por causa deste em agressor injusto.

d) Recíproca: Inadmissível legítima defesa contra legítima defesa, como é o caso do duelo.

3.3 LEGITIMA DEFESA ANTECIPADA.

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

A aceitação do instituto da legítima defesa em sua forma antecipada, em nosso sistema penal é de difícil fundamentação, principalmente quanto ao requisito moderação.

O elemento subjetivo da legítima defesa, constituindo-se em a vontade de defender-se pode ser facilmente identificável ou seja, pode-se em um caso prático facilmente comprovar que a repulsa antecipada deu-se no intuito de defesa desta feita o requisito subjetivo não demonstra muita dificuldade em termos de sua constatação.

Os requisitos objetivos da legítima defesa na forma antecipada, trazem, no entanto inúmeros problemas para sua comprovação.

O fundamento social do instituto seja ele acolhido como de ordem única ou dúplice, este a garantia do exercício de direitos, aquela como a necessidade de conservação da ordem jurídica, pode ser resumido no princípio de que **ninguém pode ser obrigado a suportar o injusto**”

Mesmo que admitamos a natureza subsidiária da legítima defesa, o fato é que estamos autorizados pelo sistema legal, a exercer a defesa contra uma agressão injusta, pessoal ou impessoal.

Dreher e Trondle (ANO apud TOLEDO, 2001, p. 192) definem a legítima defesa como sendo: [...] a defesa necessária (como é chamada no direito alemão

'Notwehr'), é uma causa de justificação que se baseia no princípio de que o direito não precisa retroceder diante do injusto [...] pelo que [...] a defesa vale, pois não só para o bem jurídico ameaçado mas também, simultaneamente, para a afirmação da ordem jurídica [...].

Continuando Francisco Assis Toledo (2001): "E como todos têm fundado interesse nessa afirmação (reportando-se à Dreher e Trondle), aplica-se aqui, o princípio da solidariedade com apoio no qual quem estiver em condições de exercer legítima defesa, própria ou de outrem, estará legitimado a fazê-lo, desde que se contenha nos limites da norma permissiva".

Jiménez de Asúa (citado por Assis Toledo p. 193 – 2001) define a legítima defesa como sendo:

La legítima defensa es repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelirla".

A doutrina é unânime em aceitar que a legítima defesa seja exercida na proteção de qualquer direito ameaçado, seja ele de ordem pessoal ou impessoal. A ordem jurídica exige tão somente que no momento da agressão as instituições não possam de qualquer forma garantir a proteção ao direito agredido ou somente ameaçado, por isso os que admitem o caráter dúplice da natureza jurídica da legítima defesa não aceitam a existência simultânea daqueles fundamentos.

Teorias ao analisar a natureza jurídica do instituto, observam-no ora sob o aspecto subjetivo para as quais se traduz em uma excludente da culpabilidade, fundamentando seu pensamento na perturbação de ânimo do agredido ou nos motivos determinantes do agente, ora sob o aspecto objetivo, na qual observam uma excludente de ilicitude e justificam dizendo que não age contra o direito, quem reage contra uma agressão injusta, objetivando proteger direito pessoal ou impessoal para o qual o estado não pode oferecer proteção, nas circunstâncias do caso concreto.

Podemos dizer que a subjetiva tem como ponto fundamentador o estado de ânimo, perturbado de quem se defende e a objetiva a proteção de um direito, porém ambas aceitam como ponto comum a reação contra uma agressão injusta. Uma vê na reação uma atitude ilícita, porém não culpável, quer dizer aceita a existência do injusto, a outra enxerga a defesa como atitude conforme o direito, excluindo-a pois do campo do injusto.

Aceitamos a posição de que a legítima defesa, encaixa-se em uma causa excludente da ilicitude, pois quem age acobertado ou conforme ao direito, não pode cometer um injusto penal. Seria um contra-senso do sistema normativo aceitar que uma conduta seja ao mesmo tempo lícita e ilícita, em que pese a aceitação de ser o instituto uma excludente da culpabilidade facilite sua afirmação como uma causa supra legal de exclusão do crime, por ser inexigível ao ofendido que naquela circunstância atue conforme ao direito.

A legítima defesa antecipada cumpre em sua maioria os requisitos do artigo 24 do Código Penal. A iminência e a moderação fragilizam o conceito de antecipação, porém a generalidade destes conceitos, possibilita a aceitação do instituto.

A agressão deve ser injusta e intencional, ou seja, ser contrária ao direito, não se exigindo dela a tipicidade. Injusto é o antinormativo, o proibido pelo sistema normativo, o que não tem o amparo da ordem jurídica e não somente o amparo da lei penal.

Direito seu ou de outrem expande o conceito, inclusive para o campo da impessoalidade, do direito defendido, neste porém, limita-o a concordância do ofendido, caso seja disponível.

A exigência decorrente da expressão atualidade é de fácil compreensão e constatação por ser muito clara, evidente. Por óbvio, para ser atual, a agressão deve estar acontecendo e não foi ainda concluída. O direito está sendo lesionado, não se importando com que gravidade ou mesmo intensidade desta lesão. Na constatação deste requisito que é meramente temporal o que conta é o momento representativo do percurso da agressão, a fase do *iter criminis*, ou seja, ela deve ter sido iniciada, porém não ainda concluída. Desde que esteja ocorrendo, será permitido ao ofendido exercer seu direito à defesa.

Moderação é a atitude que guarda o meio-termo entre os extremos, de forma prudente, não exagerado, razoável, equilibrado. A exigência deste requisito, é que a lesão ocasionada pela repulsa seja a menos lesiva possível, proporcional ao ataque, mas que seja suficiente para impedi-lo ou cessá-lo. A proporcionalidade em que pese seja entendida como um conceito matemático relativo à igualdade, equivalência, expressa também uma conotação não puramente aritmética que obrigue uma perfeita igualdade, qualitativa ou quantitativa. O termo pode representar a escolha de uma ocasião mais oportuna, o melhor momento, o momento mais

oportuno, para se paralisar ou mesmo impedir a agressão, sendo ainda assim proporcional, na medida em que a defesa é desencadeada num momento de maior vulnerabilidade do agressor, o momento mais oportuno, pois este por certo, objetivando agredir sua vítima, aguarda por um momento adequado, onde aquela estará com mínima vigilância, para então surpreende-la com seu ataque, tornando quase que indefensável o direito que pretende lesar. Objetiva-se proporcionalizar também o aspecto da surpresa. Se o ofendido tem a certeza que a agressão é inevitável, porque não defender-se antes que ela aconteça.

Aquele que sofre ou esta na iminência de sofrer uma agressão injusta, tem legitimamente assegurado o direito em defender-se desta agressão, portanto age através de uma conduta lícita. A opção pelo melhor momento para exercer a defesa ou a repulsa à agressão, por ser ela injusta, cabe ao ofendido. Poderá então optar pelo instante em que o ofensor estiver mais vulnerável a esta defesa, inclusive quando na certeza incontestável de ser agredido, optar pela antecipação a esta agressão.

Admitindo-se a existência de causas supra-legais de exclusão da antijuridicidade, de justificação, poderíamos concretamente, admitir a existência da legítima defesa antecipada. Levaríamos em consideração, na análise casuística, primeiro a circunstância subjetiva, ou seja, o animus defendendi, que de forma indubitável, incontestável, deveria ser comprovado. As circunstâncias objetivas, tais como: ameaças anteriormente dirigida à vítima por seu possível agressor, de forma publica e incisiva; a situação de ameaça plausível em que se encontrava o ofendido no momento da repulsa, as possibilidades concretas de ser realmente agredida de forma injusta, demonstrando que o agressor aguardava tão somente o momento em que a vítima estivesse mais vulnerável ao ataque; o perfil, temperamento, as características negativas da personalidade e vida pregressa agressor; suas atitudes demonstrando ser esta sem sombra de dúvida sua intenção, como estar portando arma; fatos acontecidos anteriormente os quais não tiveram a participação (provocação) da vítima, sendo que estes fatos redundaram em uma animosidade mortal, declarada publicamente entre aquelas pessoas; demais circunstâncias que se revelam no caso, em concreto ameaçadoras e demonstradora de que o agressor irá concretizar seu intento. Todos estes fatores no entanto não são ainda suficientes pois devem ser demonstrados tão evidentes e críveis, tão indubitavelmente reais, que atuaram na vítima fazendo com que esta creia realmente que sofrerá a agressão

anteriormente prometida, ao ponto de criar por intelecção na vítima potencial, um estado psíquico de aflição tão intenso, que venha a justificar um descontrole do qual resultará a repulsa, mesmo que a agressão não esteja efetivamente acontecendo, mas no entanto o conjunto das circunstâncias em que se encontra o autor, em virtude de seu possível agressor, e que foi gerado por atitudes exclusivamente deste, seja tão crível que a vítima em potencial sinta-se em sua psique, como se agredido fosse, e em virtude deste estado de abalo emocional tão intenso, que não foi por ele causado, venha então a exercer a repulsa, nos moldes da legítima defesa. Poderíamos ainda admitir a existência de circunstâncias subjetivas para o agressor, ou seja, a real intenção do agressor em perpetrar suas ameaças.

Sabemos que a legítima defesa antecipada, formalmente não pode ser aceita, uma vez que não existe em nosso direito positivado a mínima alusão sequer sobre o instituto, como também os requisitos objetivos da legítima defesa, em princípio não nos conduzem a legitimação da excludente de ilicitude na forma antecipada.

A dificuldade seria minorada se tratássemos do caso concreto como sendo uma excludente da culpabilidade – inexigibilidade de conduta conforme o direito – porém para tanto teríamos que admitir a existência de uma conduta ilícita, sendo que na forma da legítima defesa antecipada, por ser uma excludente da ilicitude, a conduta seria lícita, o que poderia trazer conseqüências práticas benéficas tal como a não reparabilidade na esfera cível, e malélicas, como responsabilização a título de excesso, doloso ou culposos.

4 CONCLUSÃO

As teorias que objetivam analisar a natureza jurídica do instituto em sua forma original, ora fazem a análise sob o aspecto subjetivo classificando-o em uma excludente da culpabilidade, fundamentando-o na perturbação de ânimo do agredido ou nos motivos determinantes do agente, ora sob o aspecto objetivo, no qual observam uma excludente de ilicitude justificado pelo raciocínio de que não age contra o direito, quem reage contra uma agressão injusta, no intuito de proteger direito pessoal ou impessoal para o qual os aparelhos de proteção estatal não podem oferecer proteção imediata, nas circunstâncias do caso concreto.

O requisito subjetivo, portanto, tem como ponto principio lógico o estado perturbado de ânimo de quem se defende e o objetivo, fundamenta a proteção de um direito. Identifica-se, no entanto, um ponto comum, que é a possibilidade lícita de reação contra uma agressão injusta. Uma vertente aceita que a reação caracteriza-se como uma atitude ilícita, porém não culpável, quer dizer, aceita a existência do injusto, outra, enxerga a defesa como atitude conforme o direito, excluindo-a pois do campo do injusto.

A aceitação da excludente em sua forma antecipada erige como principal problema o momento em que é exercida a defesa. A resposta a essa pergunta relaciona-se com o instante em que a injusta agressão inicia-se. Em que momento o agressor através de uma atitude que pode ser comissiva ou omissiva, inicia o ataque ao direito protegido do ofendido, possibilitando-o assim o exercício de uma repulsa lícita, uma vez que a conduta ofensiva é injusta.

Uma vez sendo a agressão injusta, entendemos que o momento que possibilita a defesa se perfaz naquele em que a agressão mesmo não estando acontecendo fisicamente, passa a atuar sobre a psique do ofendido com tamanha intensidade, fazendo com que seus sentidos convirjam para a possibilidade real, de lesão ao bem jurídico. Este abalo emocional intenso, em função das situações concretas, projetam em seu intelecto uma real situação de perigo, que após reduzir seu discernimento cria a percepção que o faz acreditar ser alvo imediato da agressão, o que desencadeia o instinto defensivo de preservação da vida.

Todo este quadro anímico deve ser então corroborado pelas circunstâncias anteriores ao episódio em que a atitude defensiva foi desencadeada, ao ponto de servirem como determinantes de uma intensão lesiva do ofensor para com o

ofendido, tais como ameaças pessoais ou impessoais; tentativas frustradas de agressão; agressões verbais ou através de gestos inequívocos. As circunstâncias devem se direcionar à conclusão de que naquele momento, a possibilidade da agressão é irrefutável e real sendo aquela situação criada pelo agressor como um ato concreto de sua pretensão à concretização do seu intento maléfico e assim se comporta, na intenção de criar uma possibilidade concreta que o possibilite lesionar seu desafeto. Na realidade a agressão já está acontecendo somente que ainda não foi traduzida de forma física.

Dentro deste quadro fático, exigir que o ofendido aguarde uma materialização da agressão é reduzir-lhe o direito e as chances de defesa, o que poderá ocasionar que a repulsa venha a ocorrer exatamente em um momento ineficaz, fazendo prevalecer a injustiça da lesão sobre o direito de antecipar a defesa.

O instituto como vem disciplinado em nosso ordenamento jurídico, determina a repulsa a uma agressão, seja esta física ou psíquica. A agressão não precisa ser física a para ser concreta.

Se todas as circunstâncias do caso prático, demonstram que a atitude do ofensor é no aguardo do melhor momento para o ataque, quando as defesas do ofendido estarão baixadas, esperando tão somente pegá-lo desprevenido, obtendo assim a certeza de lograr êxito em seu intento, por certo a agressão já iniciou, possibilitando a defesa imediata, mesmo que antecipada à agressão física.

Diante desta interpretação, observamos que o respaldo legal, necessário para a aceitação da excludente na forma antecipada em nosso ordenamento jurídico existe como também todo um arcabouço principiológico representado pelo princípio de que o direito não precisa retroceder frente ao injusto.

REFERÊNCIA

ABBAGNANO Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Trad. Alfredo Bossi – 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BETTIOL, Guisepppe. **Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977. v.I

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Manual de Direito Penal**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.I

BRUNO , Aníbal. **Direito Penal**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense,1978. v.I

CARRARA, Franchesco. **Programa de Derecho Criminal**. Trad. Ortega Torres. Bogotá/Buenos Aires: Temis Depalma, 1986. v.I

CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. Coimbra: Col. Figueiredo Dias. 1983. v.II

FERREIRA , Manoel Cavaleiro. **Direito Penal Português**. Lisboa: Ed. Verbo, 1981 v. I

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

GOMES Flávio Luiz. **Direito Penal Parte Geral-Teoria Constitucionalista do Delito**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.v.3

GUARAGNI, Fábio André. **As Teorias da Conduta em Direito Penal**: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pór finalista. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

HANS, Welzel. **Derecho Penal Alemán**. Trad. Juan Bustos Ramirez e Sergio Yáñez Perez. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1970.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v.I t.II

IENNACO, Rodrigo. **Causas Especiais de Exclusão do Crime**. Porto Alegre: Ed. Fabris, 2005.

JESCHEK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. Parte general. Trad. Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. 3.ed. Barcelona: Bosch, 1981. v.I

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v.I

MACHADO, Luiz Alberto. **Direito Criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. **Derecho Penal**. Parte general. Trad. Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson da. 7.ed. Alemã. Buenos Aires: Editora Astrea, 1994. v.1

MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**. Trad. Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962.

MIRA Y LOPES, Emílio . **Quatro Gigantes da Alma**. Tradução ver. e prefaciada por Cláudio Araujo Lima. 12º.ed. Rio de Janeiro: Editora José Olímpio, 1982.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do Delito**. Trad. e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Editora Fabris, 1988.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**. Parte Geral. 2.ed. Curitiba: ICPC – Editota Lumem Júris, 2007.

SOLER, Sebastian. **Causas de Justificação de Conduta**. Revista de Direito Penal, n. 5. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1972.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2002.

TEIXEIRA, L. Napoleão. **Psicologia Forense e Psiquiatria Médico Legal**. Curitiba: 1954.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

VELO, Joe Tennyson. **Juízo de Censura Penal**—Princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências. Porto Alegre:Ed. Fabris,1993.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**-Trad. Juan Bustos Ramirez e Sergio Yáñez Perez da 11.ed. alemã.4. Santiago do Chile: Editorial Jurídica do Chile, 1993.

_____ **Derecho Penal Alemán**-Trad. Juan Bustos Ramirez e Sergio Yáñez Perez. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1970.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 5.ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.