

FACULDADE DE TRÊS PONTAS – FATEPS

DIREITO

ERIC APARECIDO DA CRUZ

**TEORIAS DO DIREITO PENAL E O ESTUDO DA LEGÍTIMA DEFESA E DO
ESTADO DE NECESSIDADE COMO EXCLUDENTE DE ILICITUDE E DE
CULPABILIDADE.**

**Três Pontas
2018**

ERIC APARECIDO DA CRUZ

**TEORIAS DO DIREITO PENAL E O ESTUDO DA LEGÍTIMA DEFESA E DO
ESTADO DE NECESSIDADE COMO EXCLUDENTE DE ILICITUDE E DE
CULPABILIDADE.**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade Três Pontas - FATEPS como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob orientação do Prof. Me. Diêgo José Arantes Salomé Gonçalves Leite.

**Três Pontas
2018**

ERIC APARECIDO DA CRUZ

**TEORIAS DO DIREITO PENAL E O ESTUDO DA LEGÍTIMA DEFESA E DO
ESTADO DE NECESSIDADE COMO EXCLUDENTE DE ILICITUDE E DE
CULPABILIDADE.**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Faculdade Três Pontas – FATEPS, como pré-requisito
para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Banca
examinadora composta pelos membros

Aprovado em / /

Prof. Me. Diêgo José Arantes Salomé Gonçalves Leite

Prof. Ma. Camila Oliveira Reis

Prof. Esp. Everton Wilson Ribeiro

OBS.:

Dedico este trabalho a minha família, amigos e professores. Digo-lhes que nada seria possível sem o apoio de vocês, principalmente de vocês professores, base de todas as profissões e que merece total respeito.

AGRADECIMENTOS

Á Deus, como é bom ter alguém como o Senhor em nossas vidas, sem Ele nada seria perfeito, nada seria possível. Todo obstáculo seria insuperável, mas Deus qualifica os seus escolhidos.

Á minha família, tão importante nesta caminhada que seria desumano não agradecer a cada um de vocês, em especial minha mãe, meu pai que me ensinaram importantes valores. Amo vocês.

Aos meus amigos, em especial também aos professores, que considero antes de tudo, como verdadeiros amigos por nos ensinar um pouco do que sabem, é de tamanha importância a profissão de vocês que não a palavras para expressar minha gratidão. Obrigado.

“E mesmo que minh'alma grite e tente me fazer
voltar atrás.
Eu vou confiar, eu vou descansar.
Me lançar no Teu amor.
No Teu amor, Senhor.”

(MINISTÉRIO ZOE).

Resumo

O presente trabalho visa o estudo do direito penal como ciência do mundo jurídico e sobre as teorias que corroboram para aplicação desta como instrumento que impõe certos limites aos cidadãos. Conforme será trabalhado neste estudo das teorias que norteiam a aplicação de sanções àqueles que violam leis que a sociedade considera importante, sempre pautada na correta e justa aplicação dessas normas impostas pela sociedade com o fulcro de uma boa convivência entre seus integrantes. Como toda matéria e como instrumento regulador do convívio entre os cidadãos, foram surgindo teorias próprias do direito penal, tais como a teoria social, causalista e aquela que de fato é adotada pelo nosso ordenamento jurídico, a teoria finalista. Porém antes de qualquer desenvolvimento é necessário uma definição do direito penal, de alguns princípios importantíssimos para entendimento do mesmo, uma definição de crime e por fim o estudo de seus institutos e destrinchar cada um deles, adentrando em particular no estudo da antijuridicidade tanto no direito material castrense quanto na sua modalidade especial, o direito penal militar.

Palavras-chave: Direito Penal – Crime – Teorias – Legítima Defesa – Estado de necessidade.

ABSTRACT

Inglés

The present work aims at the study of criminal law as a legal world science and on the theories that corroborate for its application as an instrument that imposes certain limits on citizens. As will be worked out the study of theories that guide the application of sanctions to those who violate laws that society considers important, always based on the correct and correct application of these norms imposed by society with the core of a good coexistence among its members. Like all matter and as a regulating instrument of social interaction among citizens, theories of criminal law, such as social theory, causalism and what is actually adopted by our legal system, the finalist theory, have emerged. But before any development is necessary a definition of criminal law, some very important principles for understanding it, a definition of crime and finally the study of its institutes and to dismantle each one of them, going in particular to study the antijuridicidad both in law military material as well as in its special modality, military criminal law.

Keywords: Criminal Law - Crime - Theories - Legitima Defense - State of necessity.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CP – CÓDIGO PENAL

CPM – CÓDIGO PENAL MILITAR

Art – ARTIGO

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DIREITO PENAL.....	12
2.1 Conceito de crime.....	14
2.2 Crime, conceito analítico e as teorias da ação.....	15
2.3 Teorias da ação das condutas penais.....	16
3 FATO TÍPICO.....	19
3.1 Antijuricidade.....	21
3.2 Culpabilidade.....	23
4 LEGÍTIMA DEFESA.....	25
4.1 Espécies de legítima defesa.....	26
4.1.1 Legítima defesa real.....	26
4.1.2 Legítima defesa putativa.....	27
4.1.3 Legítima defesa sucessória.....	28
5 ESTADO DE NECESSIDADE.....	30
5.1 Estado de necessidade exculpante e dirimente.....	31
5.1.1 Estado de necessidade justificante.....	32
5.1.2 Estado de necessidade exculpante.....	33
6 CONCLUSÃO.....	36
REFERÊNCIAS	37

1 INTRODUÇÃO

O direito penal é um importante ramo do direito público que merece uma atenção especial de seus operadores visto que existe uma vasta gama de teorias e de conceitos acerca dos institutos do mesmo. Inobstante, é necessário se fazer um estudo da definição do direito penal, de crime e das principais teorias que corroboram para o estudo desta ciência.

Primeiro para se produzir um bom trabalho e auxiliar nos estudos do mesmo há de se falar o que é o direito penal e qual a sua utilidade na sociedade. Partindo daí para uma conceituação e esboço das teorias que norteiam esta importante matéria do mundo jurídico. Importante também se faz, aqui já dentro de um tópico mais específico deste trabalho falar sobre a antijuridicidade, em específicas aquelas excludentes de ilicitudes, como a legítima defesa e o estado de necessidade que serão as bases do desenvolvimento deste.

A legítima defesa e suas espécies e o estado de necessidade justificante, elencado na legislação comum, e o estado de necessidade exculpante, encontrado numa legislação especial, o código penal militar.

Assim sendo, passa-se a uma necessidade tão expressiva do estudo do direito penal, das teorias que o mesmo adota com relação a conduta aqui a finalista, com um conceito analítico de crime e a divisão de seus elementos pela corrente tripartida, considerado para uma análise de excludente de crime se não atingir os elementos necessários para tipicidade e antijuridicidade, e para uma eventual redução ou isenção de pena na hora de se analisar a culpabilidade.

Desta forma no direito penal, seguindo a teoria finalista da ação, ou seja, que considera que toda ação tem um fim, dentro desta a teoria tripartida do crime, que tem que o mesmo é fato típico, antijurídico e culpável, e sendo este o mesmo conceito de crime em sua conceituação como analítico, partimos para estudo deste trabalho.

Posto isso, conceituado o crime em formal, material e analítica, e permeado as doutrinas quanto a conduta o foco do presente convergirá ao estudo do elemento da antijuricidade especificamente quanto à legítima defesa e o estado de necessidade.

A antijuridicidade, elemento importante para estudo do crime, tem como escopo afastar a ilicitude do crime, excluindo o caráter ilícito da ação do agente. Esta tem como exemplos quatros institutos sejam eles, a legítima defesa, o estado de necessidade o estrito cumprimento do dever legal e ainda o exercício regular de um direito.

Elencada no artigo 23 do Decreto lei 2.848 de 1940, temos a legítima defesa e o estado de necessidade como causas excludentes de ilicitude, ou seja, excluindo o crime

A legítima defesa, tem como definição repelir injusta agressão, seja ela atual ou iminente, sendo como objeto de estudo do presente trabalho a legítima defesa real, putativa e legítima defesa sucessória.

Outro instituto importante que temos elencado no art. 23 do Código Penal é o estado de necessidade, este com conceituação no artigo subsequente, o art. 24 do Código Penal que tratou de trabalhar o estado de necessidade, também conhecido como estado de necessidade justificante.

Ambos os institutos, legítima defesa e suas variações, bem como o estado de necessidade será mais bem estudado posteriormente, pois se tratam de tema em foco neste trabalho.

A Figura do estado de necessidade também será foco deste trabalho, com estudo de suas variações sejam elas, o estado de necessidade mais comumente conhecido doutrinariamente e denominado estado de necessidade dirimente ou justificante, e ainda o estado de necessidade exculpante, diferente do primeiro previsto no artigo 24 do código penal e com igual definição no código penal militar em seu artigo 43, assim o estado de necessidade exculpante também está previsto no Código Penal Militar, porém em artigo distinto e com definição e efeitos diversos.

Tipificado no artigo 39 do Código Penal Militar e diferente do justificante, que exclui o crime, o exculpante gera efeito no elemento da culpabilidade que versa quanto a punibilidade da conduta, ou seja, podendo isentar o agente ou alterar o quantum da pena.

Desta forma se mostra pertinente o presente trabalho a fim de melhor elucidar os institutos e as teorias que norteiam o direito penal, bem como seus conceitos doutrinarias e previsões, tentando levar de forma clara e objetiva ao leitor e operador do direito.

2 DIREITO PENAL.

Faz-se necessário para uma correta construção do proposto, a conceituação doutrinária do ramo jurídico que será objeto de estudo, o direito penal.

No entanto a conceituação do direito penal não é tema pacífico tendo por sua natureza diversas conceituações que muitas das vezes destoam entre si, como demonstra o autor Mirabete que diz: “o direito penal surge à garantir as condições indispensáveis à coexistência dos elementos que compõem o grupo social, no entanto deve-se observar que protege-se o fato que ponha em risco um bem alheio ou ainda a própria sociedade num todo”. (MIRABETE, 1998, p. 111).

Marcelo André de Azevedo traz a definição de direito penal em figura formal e social. Quanto a formal assim discorre sobre o assunto:

Sob o aspecto formal, trata-se de um conjunto de normas jurídicas mediante o qual o Estado proíbe determinadas condutas (ações ou omissões), sob ameaça de sanção penal (penas e medidas de segurança). Também se incluem as normas que estabelecem os princípios gerais e as condições ou pressupostos de aplicação da sanção penal, que igualmente podem ser impostas aos autores de um fato previsto como crime. (AZEVEDO, 2017, p. 31)

Continuando uma definição de direito penal, agora sob um aspecto social, os escritores conceituam-no da seguinte forma:

Em uma perspectiva social, o Direito Penal é um dos modos de controle social utilizados pelo Estado. Sob o enfoque minimalista (Direito Penal de intervenção mínima), esse modo de controle social deve ser subsidiário, ou seja, somente estará legitimada a atuação do Direito Penal diante do fracasso de outras formas de controle jurídicas (Direito Civil e Direito Administrativo, por exemplo) ou extrajurídicas, tais como a via da família, da igreja, da escola, do sindicato, as quais se apresentam atuantes na tarefa de socializar o indivíduo. (AZEVEDO, 2017, p. 31).

Vale ressaltar nesta citação que esta intervenção mínima abordada pelo autor é um dos principais princípios do direito penal, sendo de tal importância para esta ciência jurídica.

Ainda não é possível definir se a conduta que vai de encontro a uma norma descrita como crime, se de fato será punida na esfera penal, podendo conforme o caso concreto ser tratada em títulos diversos, como o Código Civil, Código do Consumidor e outros.

Neste momento, podemos então chamar a luz, dois princípios que poderão auxiliar na melhor compreensão do que vem a ser o direito penal.

Primeiro deles é o Princípio da Fragmentariedade conforme ensina o autor Rodrigo Castello:

O direito penal só deve se ocupar com ofensas realmente graves aos bens jurídicos protegidos. Tem-se, aqui, como variante, a intervenção mínima, que nasce o princípio da insignificância desenvolvido por *Claus Roxin*. Entende-se que devem ser tidas como atípicas as ofensas mínimas ao bem jurídico. (CASTELLO, 2013).

Para Marcelo André de Azevedo o direito penal não deve tutelar todos os bens jurídicos, mas somente os mais relevantes. Desta forma “o Direito Penal não deve tutelar todos os bens jurídicos, mas somente os mais relevantes para a sociedade (vida, liberdade, patrimônio, meio ambiente etc.), e, mesmo assim, somente em relação aos ataques mais intoleráveis”. (AZEVEDO, 2017, p. 51).

Seguindo ainda temos como preceito a análise de um segundo princípio para no fim podermos conceituar o direito penal e sua atividade.

Este segundo princípio podemos chamar de princípio da intervenção mínima ou subsidiária, este por sua vez depreende-se que o direito penal deve somente ser aplicado em último caso quando as outras vertentes do direito não forem capazes de sanar uma perturbação de ordem jurídica. Segundo Mayara Almeida:

Para criar as normas penais e aplica-las com eficiência é necessário que o legislador e o julgador observem os princípios gerais que regem o Direito e os específicos à área como, por exemplo, o princípio da razoabilidade, da proporcionalidade e da intervenção mínima, sendo que este último é caracterizado pela subsidiariedade do Direito Penal, isto é, as normas penais devem ser a última solução para os fatos sociais. (ALMEIDA, Mayara 2017).

O princípio da intervenção mínima também é conhecido como última *ratio*.

Intervenção mínima, ou *ultima ratio* do direito penal. Com escopo em reduzir o raio de incidência da seara penal, o princípio da mínima intervenção, subtrai do resguardo daquele os bens passíveis de proteção por outros ramos do direito ou seja o direito penal deve interferir o menos possível na vida em sociedade, devendo ser vindicado somente quando os demais ramos do direito não forem suficientes para proteger os bens de maior importância. (ALVES. 2016).

Ainda:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanções ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. Se para o restabelecimento da ordem jurídica forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o direito penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela

devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. (BITENCOURT apud ALVES, 2016,).

Assim, podemos concluir sob o apresentado que o que o direito penal visa coibir ações contra os integrantes da sociedade, que por sua natureza delitiva cometam ações gravosas aos bens jurídicos tutelados pelo estado e que não sejam por outras matérias legais sanadas.

Por fim o autor Fernando Capez, o Direito Penal é definido como:

O segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e descrevê-los como infrações penais, cominando-lhes, em consequência, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerais necessárias à sua correta e justa aplicação". (CAPEZ, 2011, p.19).

2.1 Crime, conceito de crime.

O que é crime?

Crime é palavra do cotidiano, porém sua definição tanto quanto a definição do direito penal, pode ser divergente, no entanto devemos direcionar às três principais conceituações, sejam elas formais, materiais, e analíticas.

Para Mirabete o conceito Formal, é a contradição do fato a uma norma de direito, ou seja, é crime quando uma norma legal vier a ser violada, outras variações com mesmo sentido sendo uma ação que fere uma norma estabelecida são formuladas, porém todas com mesmo sentido. (MIRABETE, 1998, p.91)

Já o conceito Material, por sua vez define crime como a ação ou omissão penalmente relevante e tipificada como conduta a ser punida. Assim:

Quanto ao critério material crime é toda ação ou omissão humana que lesa ou expõe a perigo de lesão bens jurídicos penalmente tutelados. Esse critério leva em consideração a relevância do mal produzido. Assim, somente se legitima o crime quando a conduta proibida apresentar relevância jurídico-penal, mediante a provocação de dano ou ameaça de dano. (MASSON, 2002)

Por fim, resta o conceito analítico do crime, neste último podemos observar que visa a doutrina em conceitua-lo sob seu aspecto elementar, ou seja quais são os elementos de um crime. Porém neste momento inicia-se grande discussão doutrinária de quais são os elementos de um crime variando-se as correntes não somente pelo aspecto elementar do crime, mas ainda às teorias da ação, por diferir-se dos demais passa no próximo capítulo a análise do crime quanto à sua conceituação analítica e suas correntes doutrinárias.

2.2 Crime, conceito analítico e as teorias da ação.

Pois bem, conforme dito, o conceito analítico do crime vem a tratar sobre os elementos constituintes do crime e diversas são as correntes doutrinárias, porém como objetivo do presente trataremos das duas correntes principais sejam elas a teoria bipartida e a tripartida que visam definir quais são os elementos do crime.

Em ambas as teorias veremos os institutos da tipicidade, antijuricidade ou ilicitude, e ainda a culpabilidade, porém de formação distinta sendo assim.

Pelo conceito analítico estuda-se todos os elementos que configuram o crime, desde a tipicidade e todas suas subdivisões: conduta, tipicidade, nexa causal e resultado. Estuda a antijuridicidade e suas prováveis excludentes de ilicitude, se o ato foi realizado de forma a afastar o caráter ilícito da ação.

E por fim a culpabilidade, que aplicará uma pena ao agente em caso de cumprido os requisitos da tipicidade e da antijuridicidade, podendo também a culpabilidade ser afastada, isentando de pena em casos específicos.

Em síntese pode-se afirmar que para a teoria bipartida, o conceito analítico de crime é a conduta típica e antijurídica, e que a culpabilidade somente será pressuposto e aplicação da pena, porém esta teoria não é mais utilizada, sendo que a mesma é defendida pela corrente minoritária da doutrina.

De outro lado o conceito analítico tripartido do crime define que são elementos tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, sendo nesta última a figura da culpabilidade instituto relevante para a configuração do crime.

Assim segundo Cláudio Brandão “tipicidade é a adequação da conduta com a norma; a antijuridicidade é o juízo de reprovação da conduta, e a culpabilidade é o juízo de reprovação sobre o autor da conduta.” (BRANDÃO, 2010, p. 135).

Segundo Clara Vasconcelos Ribeiro:

Esse método procura decompor o crime, mostrando os seus elementos. Isto é, embora o crime seja insuscetível de fragmentação, já que é um todo unitário, para efeitos de estudo, faz-se aqui necessário um breve comentário acerca de cada uma de suas características fundamentais, isto é, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade – elementos que, juntos, formam o Conceito Tripartido de Delito. (RIBEIRO, 2015).

A conceituação analítica tripartida é a teoria de fato adotada em nosso ordenamento jurídico. Defendida pela corrente majoritária dos doutrinadores a exemplo Guilherme de Souza Nucci, Nelson Hungria, Cezar Bitencourt, entre outros.

Paulo Queiroz cita o autor Hans Welzel, note:

De acordo com Hans Welzel, “a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são os três elementos que convertem uma ação em um delito”, as quais estão relacionadas logicamente de tal modo que cada elemento posterior pressupõe o anterior. (WELZEL apud QUEIROZ, 2013).

Desta forma, seguindo o entendimento da corrente majoritária dos doutrinadores, sendo a doutrina uma fonte do direito, passou-se no direito penal brasileiro a adotar juntamente com o conceito analítico de crime a teoria tripartida da ação.

Porém, a análise somente dos conceitos analíticos deve ser de forma a atingir um entendimento melhor analisada em conjunto com as teorias da ação, tema do próximo tópico.

2.3 Teorias da ação das condutas penais.

Pois bem, definido o que é direito penal, ainda o que é crime, seja ele uma conduta típica, antijurídica e culpável, devemos observar justamente a conduta, qual conduta será crime, a simples ação do indivíduo que for contrária a norma poderá ser considerada um crime e necessariamente e terá pena? Dúvida esta que será dirimida a seguir.

Em sequência conforme dito, o estudo do conceito analítico de crime deve para um melhor aproveitamento ser observado e demonstrado junto às teorias da ação que neste primeiro momento serão expostas.

Inicialmente devemos considerar o ensinamento de Cláudio Brandão:

A conduta humana é a pedra angular da Teoria do Crime. É com base nela que se formulam todos juízos que compõem o conceito de crime: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. A tipicidade é a adequação da conduta com a norma; a antijuridicidade é o juízo de reprovação da conduta, e a culpabilidade é o juízo de reprovação sobre o autor da conduta. (BRANDÃO, 2010, p.135).

Desse modo, a ação do indivíduo vem a definir os rumos da aplicação da pena pois é ela na teoria corrente, principal foco de sua doutrina.

Júlio Fabrini Mirabete (1998), ensina que conforme o sentido que se vê a palavra ação, modifica-se o conceito estrutural do crime, quer o sentido tratar da ação que é o fazer, ou a omissão que é o não fazer o devido.

Três teorias se destacam no âmbito doutrinário penal.

Inicialmente temos a teoria causalista, também chamada de natural, tradicional, clássica ou causal naturalista. Dessa forma:

A conduta é um comportamento humano voluntario no mundo exterior, que consiste em fazer ou não fazer. É um processo mecânico, muscular e voluntario (porque não é um ato reflexo), em que se prescinde do fim a que essa vontade se dirige. Basta que se tenha a certeza de que o agente atuou voluntariamente, sendo irrelevante o que queria para se afirmar que praticou a ação típica. (MIRABETE, 1998, p.98).

Neste momento observamos que ação do agente não carece de análise motivacional, seja a sua adequação ao tipo resta então configurado o ilícito penal.

Assim neste momento podemos observar que não há uma abordagem finalista da ação, pois não se considera relevante qual a finalidade da ação.

Segundo Clara Vasconcelos Ribeiro

A falha primeira da teoria causalista da ação está no sentido de que ela esvazia o conteúdo da vontade. A intenção de seus teóricos é separar todos os juízos objetivos dos juízos subjetivos, imputando esses últimos à culpabilidade, como se, realmente, pudesse haver uma separação perfeita e decisiva entre o objetivo e subjetivo. O que, na realidade, isso não acontece, visto que estão interligados. (RIBEIRO, 2015).

A teoria causalista da ação, por sua vez correspondia em sua formação à teoria bipartia do conceito analítico pois desconsiderava culpabilidade no conceito do crime adequando a conduta quanto ao dolo ou culpa neste instituto.

Sendo diversa da teoria causalista da ação, a teoria finalista da ação considera justamente a finalidade da ação humana para concorrer ao delito, não interpreta a conduta como simplesmente ação causal sem objetivo.

Em suma, a vontade constitui elemento indispensável a ação típica de qualquer crime, sendo o seu próprio cerne. Isso entretanto não tem o condão de deslocar para o âmbito da ação típica, igualmente o exame do conteúdo de formação dessa vontade estudo que há de se reservar a culpabilidade. (MIRABETE, 1998, p. 99)

Contudo ainda que de difícil visualização a teoria finalista ao concentrar-se na ação como elemento valorado na ação típica passa então a observar dentro da tipicidade a conduta,

pois neste momento a adequação do fato ao tipo depende-se da finalidade da ação do indivíduo quer seja dolo ou culpa. Segundo Igor Tupy Bertoli:

Quando se diz que a ação humana tem seu fundamento na vontade dirigida a um fim, quer-se dizer, na verdade, que o *dolo*, como elemento subjetivo, é integrante da ação. O dolo e a culpa passam, portanto, a estar inclusos na tipicidade. Funda-se aqui a noção de tipo complexo, composto de tipo objetivo (a adequação da conduta à norma) e tipo subjetivo. Além disso, a culpabilidade passa a ser somente normativa, sendo expurgada dos aspectos psicológicos. A imputabilidade, a potencial consciência de ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa tornam-se os elementos dessa estrutura do crime. (BERTOLI, 2014)

Importante demonstrar, que esta teoria finalista conjuntamente com o conceito analítico e tripartido do crime é a adotada em nosso ordenamento jurídico.

Por fim, resta ainda tratarmos sobre a teoria social da ação ou da ação socialmente adequada, da adequação social ou ainda normativa.

Para teoria Social da ação é a conduta socialmente relevante, que seja passiva ou ativa de vontade humana.

Para a teoria social da ação, ser relevante socialmente a ação é um critério comum aos comportamentos humanos, o que também seria ao crime, devendo, portanto, para ser crime que uma ação fosse socialmente relevante.

Como o direito penal só comina pena as condutas socialmente danosas e como socialmente relevante é toda conduta que afeta a relação do indivíduo para com seu meio, sem relevância social não há relevância jurídico penal. Só haverá fato típico portanto segundo a relevância social da ação. (MIRABETE, 1998, p.100)

A título de exemplo Júlio Fabrini Mirabete (1998), se um cirurgião faz uma incisão a fim e curar um paciente embora ocorra uma lesão, não há ação típica de ofender a integridade, ainda que haja relevância a esta teoria cai por terra por não conceituar de forma simples uma conduta socialmente relevante que seja um fato típico.

Pois bem, neste ponto temos por formado os conceitos principais do presente trabalho, que tratará na sequência de demonstrar somente a teoria do crime quanto aos seus elementos sejam eles a tipicidade e suas ramificações, neste caso adotando a teoria majoritária tripartite e ainda a teoria finalista considerando a conduta dentro do instituto da tipicidade, ainda a antijuricidade e por fim, a culpabilidade, trazendo ainda as demais problemáticas do presente.

3 FATO TÍPICO

O fato típico ocupa um dos três pilares centrais da teoria do crime, e tem como seus elementos a conduta, resultado, nexo, e a tipicidade. Segundo Vitor Castro:

O fato típico sob a ótica da teoria finalista, elaborada por Welzel, "a conduta é dirigida a uma finalidade antijurídica e reprovável", sendo assim, toda conduta é orientada por um querer, sendo o finalismo considerado nitidamente vidente. (CASTRO, 2018)

No elemento conduta passamos a analisar a conduta em sua finalidade se o agente agiu em dolo, quis agir, ou em culpa, não teve a intenção de causar o resultado.

Ainda não devemos deixar de citar que a ação não necessariamente precisa ser uma ação positiva, fazer algo, pode, no entanto, ser ainda uma omissão, deixar de fazer algo.

Nucci assim define a conduta sobre o prisma jurídico:

No prisma jurídico, o conceito de conduta adquire diferentes pontos de vista. Na visão finalista, que adotamos, conduta é a ação ou omissão, voluntária e consciente, implicando um comando de movimentação ou inércia do corpo humano, voltado a uma finalidade.

Há finalistas, no entanto, que não admitem a possibilidade de se elaborar um conceito genérico de conduta, envolvendo ação e omissão, preferindo visualizar a ação separada da omissão. Parece-nos, no entanto, que, embora a omissão tenha regramento particularizado e uma existência diferenciada da ação, não é inviável considerá-la, para efeito de estudo da conduta humana, como a ação negativa, pois tanto a ação propriamente dita (positiva) quanto a omissão (negativa) são frutos finalísticos da atuação do ser humano. (NUCCI, 2017, p. 438).

Assim com este conceito doutrinário de conduta, temos que a conduta é toda ação ou omissão, praticada de forma voluntária e consciente.

Resultado é o segundo elemento do fato típico, considera-se resultado a consequência de uma ação realizada pelo agente.

Resultado é a exteriorização das consequências da conduta. Obs.: existem crimes que independem de resultado naturalístico (material). Como exemplo, podemos citar o crime de desobediência (crime de mera conduta) como ensina Alan Mendonça. (MENDONÇA, 2016).

Também para Nucci, tem-se duas definições a cerca deste elemento. Um conceito naturalístico de resultado, que nas palavras do douto professor Nucci, "é a sensível alteração no mundo exterior". (NUCCI, 2017, p.446).

Nucci ainda traz uma definição "jurídica ou normativa" para este elemento. Assim discorre:

É a modificação gerada no mundo jurídico, seja na forma de dano efetivo ou na de dano potencial, ferindo interesse protegido pela norma penal. Sob esse ponto de vista, toda conduta que fere um interesse juridicamente protegido causa um resultado.” (NUCCI, 2017, p. 446).

Portanto a definição que nos importa no mundo jurídico é esta última, pela interferência que o resultado causa no mundo jurídico.

Nexo causal ou relação de causalidade, é a ação sem a qual o resultado não teria ocorrido, é justamente o elo entre a ação e o resultado.

Mirabete traz que o conceito de causa não jurídico, mas de natureza; “é a conexão, a ligação que existe uma sucessão de acontecimentos que pode ser entendida pelo homem”. (MIRABETE, 1998, p.106).

A teoria adotada por nosso ordenamento jurídico é a teoria dos antecedentes equivalentes, neste momento pune-se aquilo que por si só causou o resultado.

Nucci pondera da seguinte forma sobre a teoria dos antecedentes equivalentes:

Trata-se da teoria de relação de causalidade adotada pelo art. 13 do Código Penal, significando constituir causa do resultado toda ação ou omissão sem a qual o referido resultado não teria ocorrido. Imputa-se o resultado do crime a quem lhe deu causa. Trata-se de teoria naturalística, baseada na concepção de que todos os antecedentes do resultado somente podem ser penalmente relevantes, para fim de estabelecimento do nexos causal, se forem determinantes para gerar o evento. Pela eliminação hipotética, pode-se perceber que determinado antecedente, em verdade, não é causa do resultado, bastando, para isso, que seja abstraído como não ocorrido; assim fazendo, se o resultado não desaparecer, o antecedente não é causa; porém, se sumir, trata-se de causa. Ilustrando, pode-se afirmar constituir antecedente causal natural do resultado *morte da vítima* a conduta do agente que lhe desferiu tiros de arma de fogo. Sem os tiros, a morte não teria ocorrido. Igualmente, pode-se incluir na relação de causalidade a conduta de *vender o revólver* ao autor dos tiros. Depois de se estabelecer o nexos causal, verifica-se quem agiu com dolo ou culpa para se poder responsabilizar criminalmente. A principal crítica à teoria desdobra-se, basicamente, na sua possibilidade de regresso ao infinito, considerando causa do evento condutas distantes, que, dentro de qualquer exame de razoabilidade, não seriam reputadas antecedentes causais do delito. (NUCCI, 2016).

Por fim a tipicidade é o elemento que por sua proximidade com a nomenclatura do fato típico é o que causa maior desconforto aos curiosos do direito, porém pode ser entendido este elemento de forma mais clara.

Tipicidade é a exata adequação da ação à norma penal, ou seja, basta para ser cumprida a tipicidade que o agente aja conforme o núcleo do tipo penal.

Mirabette (1998), complementa trazendo que, a tipicidade que é a correspondência exata, a adequação perfeita entre o fato natural, concreto, e a descrição contida na lei.

Concluimos em síntese que para um fato ser típico deve haver uma conduta voluntária e finalista, ainda um resultado, nexos causal e por fim a adequação da conduta ao tipo penal.

3.1 Antijuricidade.

Ainda sobre a antijuridicidade discorre Vitor Zumbano:

É a contradição entre a conduta e o ordenamento jurídico, pela qual a ação ou omissão típicas tornam-se ilícitas. Na hipótese da atipicidade, encerra-se, desde logo, qualquer indagação acerca da ilicitude. Pode-se assim dizer que todo fato penalmente ilícito é, antes de mais nada, típico. (ZUMBANO, 2014).

A antijuridicidade nada mais é do que a contrariedade ao direito. Ou seja, são as condutas que violam as regras jurídicas impostas à sociedade pelo ordenamento jurídico.

Por exemplo, matar alguém é uma conduta antijurídica, pois viola o direito à vida.

No entanto, é importante salientar que, nem sempre, matar alguém será uma conduta antijurídica.

Juliana Almeida ainda conceitua a antijuridicidade da seguinte forma:

A antijuridicidade, ou ilicitude, pode ser conceituada como a contrariedade da conduta com o ordenamento jurídico. Isto porque temos que a antijuridicidade em seu significado literal quer dizer: anti (contrário) juridicidade (qualidade ou caráter de jurídico, conformação ao direito; legalidade, licitude), ou seja, é o que é contrário a norma jurídica. Portanto, o conceito de antijuridicidade é mais amplo, não ficando restrito ao direito penal, podendo ser de natureza civil, comercial, administrativa, tributária, etc. Se a conduta do agente ferir um tipo legal, estaremos diante de uma antijuridicidade penal. (ALMEIDA, Juliana, 2013).

Passamos então a análise da excludentes de ilicitude.

Estado de necessidade, o estado de necessidade esta elencado no artigo 24 do CP, ele trata de uma excludente de ilicitude a qual o agente para resguardar um direito sacrifica outro de mesmo valor ou de valor inferior.

Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. (BRASIL, 1940).

Para Fernando Capez “é causa de exclusão da ilicitude da conduta de quem, não tendo o dever legal de enfrentar uma situação de perigo atual, a qual não provocou por sua vontade”. (CAPEZ, 2010, p.298).

Esta excludente de ilicitude será abordada com mais propriedade em momento oportuno neste trabalho.

Outra importante causa de excludente de ilicitude é a legítima defesa, nesta o agente que sofre uma injusta agressão, se vê na obrigatoriedade de se defender.

Preceitua o art. 25 do Código Penal, “entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. (BRASIL, 1940).

Fernando Capez ao tratar da legítima defesa assim a conceitua:

Causa de exclusão da ilicitude que consiste em repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, usando moderadamente dos meios necessários. Não há, aqui, uma situação de perigo pondo em conflito dois ou mais bens, na qual um deles deverá ser sacrificado. Ao contrário, ocorre um efetivo ataque ilícito contra o agente ou terceiro, legitimando a repulsa. (CAPEZ, 2010, p.305).

Continuando na antijuridicidade, ou seja, nas causas de excludentes de ilicitude, iremos discorrer sobre o exercício regular do direito.

Segundo Nucci, “é o desempenho de uma atividade ou a prática de uma conduta autorizada por lei, que torna lícito um fato típico”. (NUCCI, 2017, p. 565).

Esta excludente de ilicitude está atrelada ao fato do agente, estar agindo em função de um direito advindo do seu dever, ou seja, exercendo suas funções pré-determinada em lei, assim se expressa Nucci: “se alguém exercita um direito, previsto e autorizado de algum modo pelo ordenamento jurídico, não pode ser punido, como se praticasse um delito.” (NUCCI, 2017, p. 565).

Fernando Capez conceitua o estrito cumprimento do dever legal como “causa de exclusão da ilicitude que consiste na realização de um fato típico, por força do desempenho de uma obrigação imposta por lei”. (CAPEZ, 2010, p. 315).

Nucci ainda aduz:

Trata-se da ação praticada em cumprimento de um dever imposto por lei, penal ou extrapenal, mesmo que cause lesão a bem jurídico de terceiro. Pode-se vislumbrar, em diversos pontos do ordenamento pátrio, a existência de deveres atribuídos a certos agentes que, em tese, podem configurar fatos típicos. Para realizar uma prisão, por exemplo, o art. 292 do Código de Processo Penal prevê que, “se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência...”. (NUCCI, 2017)

Assim temos que o estrito cumprimento do dever legal nada mais é do que o agente que tem como obrigação explícita em lei, a empenhar determinadas ações a fim de salvaguardar direitos ou cumprir deveres que a lei lhe impõe. Devendo, contudo, respeitar os limites que esta mesma lei atribui para que não incorra em abuso de autoridade, e aí sim, podendo ser punido.

Diferente do estrito cumprimento do dever legal o último instituto a ser dirimido é o exercício regular de um direito, nota-se que este instituto pode ser invocado por um indivíduo que usa de um direito para afastar o caráter ilícito da sua ação. Note:

[...]

Exemplo: a Constituição Federal considera o domicílio asilo inviolável do indivíduo, sendo vedado o ingresso nele sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, bem como para prestar socorro (art. 5.º, XI, CF). Portanto, se um fugitivo da justiça esconde-se na casa de um amigo, a polícia somente pode penetrar nesse local durante o dia, constituindo exercício regular de direito impedir a entrada dos policiais durante a noite, mesmo possuindo um mandado. (NUCCI, 2017, p. 565).

Como visto o exercício regular do direito retira o caráter ilícito do ato, sendo que aquilo que era ilícito como a violação do asilo, torna-se perfeitamente permitido para certas circunstâncias.

3.2 Culpabilidade.

Inicialmente, devemos relembrar a relação da culpabilidade enquanto elemento do crime, precisamente no momento em que adotamos como majoritária a teoria tripartite entendemos que a culpabilidade encontra-se como elemento do crime junto ao fato típico e a antijuricidade.

Assim, ainda conforme adotamos diretamente a teoria finalista da ação, entendemos que a análise da conduta do agente deva ser valorada dentro do elemento do fato típico reservando então à culpabilidade a análise quanto a imputabilidade do agente, sua reprovabilidade social. Wanderlei Maia diz assim: “a culpabilidade é a reprovabilidade da conduta praticada pelo agente. Significa a circunstância em que o autor do crime deveria agir de acordo com as normas jurídicas, mas opta pela contrariedade às normas”. (MAIA, 2017, p.3).

Trata-se, portanto, do quanto a conduta é reprovável segundo Camilla Villas Boas Nunes.

A culpabilidade que trata de “um juízo de reprovação social, incidente sobre o fato e seu autor, devendo o agente ser imputável, atuar com consciência potencial de ilicitude, bem como ter a possibilidade e a exigibilidade de atuar de outro modo, seguindo as regras impostas pelo Direito. (NUNES, 2018).

Seguindo o entendimento da teoria tripartida observa-se que ainda persiste a figura delituosa na culpabilidade, sendo que aí analisa-se, se afastará a pena ou está sofrera uma variação em seu quantum.

Em seu artigo publicado em 2016, Alan Souza de Mendonça, nos trouxe os elementos da culpabilidade, sendo os que segue:

[...]

a) imputabilidade – capacidade para o agente ser responsabilizado criminalmente; b) potencial consciência da ilicitude – o agente deve ter possibilidade de conhecer as normas de proibição e mandamentais e as normas justificativas; c) exigibilidade de conduta diversa - consiste na possibilidade de exigir do agente que ele aja de forma legal, ou seja, conforme o direito diante de uma determinada situação. (MENDONÇA, 2016).

Destarte, entende-se que diferente da antijuridicidade, a culpabilidade não exclui o crime, mas sim poderá afastar a pena ou influenciar no seu quantum, ou seja, o caráter de crime não será afastado, mas sim uma eventual pena que aquele tipo penal lhe aplicaria.

Por fim, a seguir devemos então considerar para as problemáticas do tema deste trabalho interpreta-las sobre a teoria do crime por suas variações a corrente majoritária no direito penal brasileiro, novamente, teoria finalista da ação e quanto conceito analítico na vertente tripartida do crime.

Seguiremos a analisar inicialmente a figura da legítima defesa e suas modalidades, sejam elas a real, putativa e por fim sucessória.

Ademais, analisaremos a figura do estado de necessidade, e sua incidência em dois títulos penais sejam eles o código penal e ainda o código penal militar. Observaremos aí a existência desta excludente de ilicitude em duas espécies a dirimente e a exculpante que por sua característica encontra-se dentro da tripartição do crime na culpabilidade e não na antijuridicidade do crime como sabido pelo senso comum.

4 LEGÍTIMA DEFESA

A legítima defesa está localizada nos elementos dos crimes na antijuricidade, e tem sua previsão no código penal em seu artigo 23, e sua definição legal no artigo 25 do mesmo diploma legal. Assim: “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”. (BRASIL, 1940).

Segundo Nucci, “é a defesa necessária empreendida contra agressão injusta, atual ou iminente, contra direito próprio ou de terceiros, usando, para tanto, moderadamente, os meios necessários”. (NUCCI, 2017, p.536).

O artigo 25 do Código Penal brasileiro traz no fim o direito de o indivíduo se defender ou defender outra pessoa na hipótese de sofrer ou estar na iminência de sofrer uma agressão, e no fim causando o efeito dentro dos elementos do crime da exclusão, efeito este presente quando há a incompletude dos elementos do fato típico e quando ocorre a adequação às hipóteses das excludentes de ilicitudes previstas na antijuricidade. A título de exemplo: “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”. (BRASIL, 1940).

A legítima defesa é um instituto que sempre foi considerada nos ordenamentos jurídicos, desde o direito romano até os tempos atuais.

Neste sentido Nucci ressalta:

Trata-se do mais tradicional exemplo de justificação para a prática de fatos típicos. Por isso, sempre foi acolhida, ao longo dos tempos, em inúmeros ordenamentos jurídicos, desde o direito romano, passando pelo direito canônico, até chegar à legislação moderna. Valendo-se da legítima defesa, o indivíduo consegue repelir agressões indevidas a direito seu ou de outrem, substituindo a atuação da sociedade ou do Estado, que não pode estar em todos os lugares ao mesmo tempo, por meio dos seus agentes. (NUCCI, 2017, p.536)

Não é possível, portanto, se falar em pena para quem comete um ato em legítima defesa, que, segundo a lei, deve ser praticada a partir do uso moderado dos meios necessários para evitar a injusta agressão, seja ela atual ou iminente, porém deve ser entendido que os excessos são puníveis por ordem expressa do tipo penal, e o uso moderado do meio para repelir a injusta agressão é um dos elementos constitutivos e por ordem caracterizador da legítima defesa.

Como visto o art. 25 do CP traz a descrição da conduta caracterizadora da legítima defesa, e neste momento concebe os seus elementos constitutivos sejam eles: “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”. (BRASIL, 1940).

Inicialmente, o uso moderado dos meios necessários a repelir a agressão, agressão esta que por sua vez deve ser, injusta, iminente ou atual, contra direito próprio do ator ou ainda de outrem.

Assim, o direito pátrio ao criar um tipo legal que vem a oportunizar o indivíduo a se defender ou aos outros de uma violação injusta de um terceiro, também cria mecanismos à regular este direito não apenas permitindo que o agente defina ao bel prazer a configuração de uma situação legítima de defesa de direitos.

Podemos então entender que o estado de forma direta criou um mecanismo legal que o auxilia na proteção da sociedade quando este não está presente para coibir atos lesivos aos cidadãos.

Dos elementos constitutivos da legítima defesa se faz importante elucidar o do uso moderado dos meios, que por vezes é motivo de dúvidas dos curiosos do direito seja eles nas palavras de Nucci, os eficazes e suficientes para repelir a agressão ao direito, causando o menor dano possível ao atacante.

4.1 Espécies de Legítima defesa.

Pois bem, conceituada a legítima defesa, entendemos por sequencia ainda que o tipo penal seja específico quanto aos seus elementos pela pluralidade de situações em que possa ocorrer de fato uma legítima defesa.

Podemos então observar a classificação doutrinária de diversas situações que venham a conceber uma gama de espécies de legítima defesa, sendo esta variedade uma das problemáticas do presente.

Afim de cumprir este objetivo e frente a grande variedade de espécies, será proposto o estudo de três espécies principais sejam elas a legítima defesa, “real”, “putativa” e “sucessória”.

4.1.1 Legítima defesa real.

Inicialmente podemos tratar da legítima defesa real, por seu próprio nome trata-se de uma situação real de violação iminente ou atual de direito próprio ou de terceiros.

Nesta espécie não há uma situação que possa caracteriza uma espécie diversa.

Assim, a legítima defesa real pressupõem a ideia da ocorrência exata da sua previsão no artigo 25 do Código Penal, ou seja, novamente, uma agressão injusta a direito próprio ou alheio, iminente ou atual, que demande uma resposta a fim de manter o direito do sujeito passivo a

salvo desta agressão e por consequência do tipo penal persiste a necessidade do uso moderado dos meios para a repressão. Note o ensinamento de Ricardo Santolini Benevenuti:

A legítima defesa real é aquela em que a pessoa se defende de alguma reação ilegal que a outra pessoa tem para com si. Assim sendo, para que seja este tipo de legítima defesa, a pessoa tem que usar de mecanismos que tenham a mesma proporção daquele ataque previsto pelo agressor. Quando acontecer de existirem duas pessoas A e B, e A se aproximar de B com um punhal na mão, e se aproximar de B, com o intuito de matar, B pode usar de outros recursos para se defender, gerando os mesmos efeitos que iria acontecer, caso A que lhe agredisse. Se A chegou perto de B com o intuito de matar, B pode se defender também com a mesma razoabilidade que A, ou seja, também tendo a liberdade de ferir, ou até mesmo matar A. (BENEVENUTI, 2009)

4.1.2 Legítima defesa putativa.

Nesta espécie, há uma falsa percepção da realidade em síntese o agente processa de forma equivocada a realidade e pressupõe uma situação de iminência ou atualidade de uma agressão injusta contra direito seu ou de outrem, quando de fato não existe fato nenhum que venha justificar uma resposta do autor.

Assim, diferente da Legítima defesa real em que há realmente um perigo de violação de um direito, na legítima defesa putativa não há, assim aquele que inicialmente é a vítima no momento em que define estar em uma situação de legítima defesa passa então a ser o agressor injusto daquele que no primeiro ato seria o agressor.

Se inexistente potencialidade lesiva, não cabe legítima defesa real, mas a forma putativa, ligada ao erro, torna-se viável em certos casos. Imagine-se que “P”, resolvendo matar “R”, surge à sua frente, empunhando um revólver e faz menção de atirar. Esqueceu-se o agente “P” de carregar a arma (meio absolutamente ineficaz), mas a vítima “R” não sabe disso. Vendo-se em situação de agressão injusta (na sua mente), defende-se. É a legítima defesa putativa. (NUCCI, 2017, p.563)

Assim, ainda há que se observar que haverá na incidência da legítima defesa putativa uma real falsa percepção da realidade, pairam dúvidas nesta espécie porém há de ser sanada a primordial questão da legítima defesa putativa.

Se for do conhecimento real do agente que inicia uma legítima defesa que o elemento que poderia caracterizar o erro for imaginário ou não existente, neste momento não poderá então ocorrer nenhuma hipótese de reação pois o requisito fundamental é de fato o erro de percepção não podendo o agente perceber que está em erro e continuar a se defender ou a outrem, pois assim não será em hipótese alguma sua conduta levada em consideração para efeitos de aplicação dos efeitos do erro previstas no elemento do fato típico.

Neste sentido Nucci ainda corrobora:

“M” ingressa na casa de “Z” para matá-lo. Este, no entanto, morrerá de infarto horas antes. Penetrando no quarto, onde “Z” encontra-se morto, dispara vários tiros contra seu cadáver. “L”, parente de “Z”, ouvindo os tiros, invade o cômodo e agride violentamente “M”, visando a barrar a agressão. Embora esta fosse voltada contra objeto absolutamente impróprio (não há como matar quem já morreu), “L” não tinha ciência disso. Outra hipótese de legítima defesa putativa. Contudo, como alerta ROXIN, se a potencial vítima sabe que a arma do agente está descarregada, não pode agir em legítima defesa, nem mesmo putativa; afinal, sabe que não há perigo algum. (NUCCI, 2017, p.563)

4.1.3 Legítima defesa sucessória.

Por fim não menos importante, a legítima sucessória será objeto de estudo e esclarecimento, frente a sua grande confusão e dúvida por parte dos estudantes de direito.

Em síntese podemos entender a legítima defesa sucessória quando um agente inicia a legítima defesa e o agente que figura como passivo da mesma passa em sequência a ser portador do direito de se defender. Segundo Ricardo Santolini Benevenuti:

Este tipo de defesa acontece quando o agressor realiza uma atitude ilícita perante a vítima, e esta reage praticando atos que ultrapassam os limites da legítima defesa, ação esta que acaba provocando prejuízo ao primeiro agressor e, com isso, acaba realizando um ato para moderar os efeitos daquela ação. (BENEVENUTI, 2009)

Pois bem, nesta espécie há uma transferência podemos assim dizer do direito de defesa de direito próprio ou de terceiros, quando aquele que inicialmente no momento de sua defesa por direito acaba por exceder e transfere ao agredido o direito de se proteger. Segundo Guilherme Nucci:

Trata-se da hipótese em que alguém se defende do excesso de legítima defesa. Assim, se um ladrão é surpreendido furtando, cabe, por parte do proprietário, segurá-lo à força até que a polícia chegue (constrangimento admitido pela legítima defesa), embora não possa propositadamente lesar sua integridade física. Caso isso ocorra, autoriza o ladrão a se defender (é a legítima defesa contra o excesso praticado). (NUCCI, 2017, p.558)

Das várias espécies de legítima defesa se fez necessário superficialmente adentrar naquelas que são por vezes motivos de dúvidas e debates, pois quando tratamos da legítima defesa real entramos na definição literal da legítima defesa devendo o agente cumprir com todos os elementos do tipo para sua existência, ainda ao tratarmos da legítima defesa putativa temos a incidência no elemento primário que é a falsa percepção do perigo, e por fim quando citamos a legítima defesa sucessória passamos a observar a importância da completude do cumprimento

dos requisitos para sua configuração pois quando os excessos existem o direito pátrio reservou à aquele que no primeiro momento seria o agressor que este possa se defender.

5 ESTADO DE NECESSIDADE

Outra hipótese de excludente de ilicitude existente é justamente o estado de necessidade que por vezes vem a ser confundido com a legítima defesa e ainda mais, poderemos observar sua incidência de formas diferentes o que reflete diretamente em sua localização nos elementos

do crime, vez na tipicidade conforme art. 24 do CP e o art. 43 do CPM, outrora na culpabilidade como dispõe o art. 39 do CPM.

Em uma definição legal no direito penal comum tem-se por estado de necessidade:

Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. (BRASIL, 1940).

Depois como definição deste mesmo instituto, agora na seara militar, podemos assim conceituar o estado de necessidade:

Art. 43. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para preservar direito seu ou alheio, de perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, desde que o mal causado, por sua natureza e importância, é consideravelmente inferior ao mal evitado, e o agente não era legalmente obrigado a arrostar o perigo. (BRASIL, 1969)

Segundo Guilherme de Souza Nucci, o estado de necessidade permite o sacrifício de um bem juridicamente protegido afim de salvaguardar outro porem de maior relevância. Assim aduz o ilustre doutrinador Bertoli: “É o sacrifício de um interesse juridicamente protegido, para salvar de perigo atual e inevitável o direito do próprio agente ou de terceiros, desde que outra conduta, nas circunstâncias concretas, não era razoavelmente exigível.” (BERTOLI, 2004).

O Estado de necessidade não pune o agente que para resguardar um direito próprio ou alheio quando viola outro direito, desde que ele próprio não tenha colocado em risco aquele direito que se deve sacrificar.

A título de exemplo consideremos os seguinte caso hipotético: o agente para socorrer pessoa gravemente enferma, furta automóvel para transportá-la ao hospital.

Observa-se que ele cometeu uma conduta tipificada como crime, furto, mas este não respondera pelo crime pelo instituto do estado de necessidade inserido na antijuridicidade, ter alcançado sua conduta, tornando-a uma causa de excludente de ilicitude. Segundo Mendonça: “Estado de necessidade é uma situação de perigo atual de interesses legítimos e protegidos pelo Direito, em que o agente, para afastá-la e salvar um bem próprio ou de outro, não tem outro meio senão lesar o interesse legítimo de terceiro”. (MENDONÇA, 2006).

Assim embora o agente tenha cometido algo tipificado no ordenamento jurídico como crime, tenha ofendido o patrimônio de outra pessoa, ele não será responsabilizado.

Para caracterização do estado de necessidade é importante se atentar a alguns pontos que o dispositivo legal acena, quais sejam: ameaça a direito próprio ou alheio; a existência de um perigo atual, inexigibilidade de sacrifício do interesse ameaçado, situação não causada

voluntariamente pelo sujeito; inexistência de dever legal de enfrentar o perigo; conhecimento da situação de fato justificante.

Ainda conforme discorrido na legitima defesa podemos também encontrar no instituto do estado de necessidade variações. Variações estas que serão tratadas a seguir.

5.1 Estado de necessidade exculpante e dirimente.

Quando há o estudo das excludentes de ilicitudes no que tange o estado de necessidade podemos observar grande semelhança com a legitima defesa, no entanto algumas diferenças cruciais podem ser observadas.

Inicialmente podemos constatar que há via de regra, um limite de ação do indivíduo devendo no momento da proteção de seu direito ou de outrem, não usurpar direito superior ao protegido, ou seja, não há a primeiro momento proteção do indivíduo para salvar direito seu ou de outrem que atinja objeto jurídico tutelado superior ao direito protegido, quando falamos desta forma consequentemente relacionamos ao estado de necessidade justificante.

O estado de necessidade justificante está elencado no artigo 24 do CP, que assim narra:

Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. (BRASIL, 1940).

No entanto podemos ainda observar a existência de outra configuração do estado de necessidade justamente quando observamos a linearidade do objeto jurídico lesado para a proteção de outro, neste segundo que chamamos de estado de necessidade exculpante, observamos que há previsão legal justamente da possibilidade da usurpação de objeto superior ao direito protegido, não seguindo via de regra os limites impostos pelo estado de necessidade justificante.

O estado de necessidade exculpante tem uma definição própria, desta vez não no CP, mas sim no CPM. O artigo 39 do código penal militar abordou o assunto e assim o definiu:

Art. 39. Não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa.(BRASIL, 1969).

5.1.1 Estado de necessidade justificante.

Pois bem, quando tratamos do estado de necessidade justificante devemos nos atentar que há para sua configuração que o resultado da conduta do agente que visa proteger-se a si ou a outrem o respeito à não lesão de direito superior ao protegido devendo, portanto, para salvar o direito lesar outro de ordem igual ou inferior. Segundo Guilherme Nucci:

Estado de necessidade justificante: trata-se do sacrifício de um bem de menor valor para salvar outro de maior valor ou o sacrifício de bem de igual valor ao preservado. Exemplo: o agente mata um animal agressivo, porém patrimônio de outrem, para salvar alguém sujeito ao seu ataque (patrimônio x integridade física). (NUCCI, 2017, p.529)

Importante observar que no direito pátrio, no art. 24 do CP, temos a possibilidade de sacrificar um bem de valor inferior e ainda o que é estudo neste momento de sacrifício de um bem de igual valor ao protegido, ou seja o legislador permitiu que o indivíduo ao se proteger possa sacrificar objeto em mesma linha de proteção não devendo submeter-se a colocar seu bem frente a impossibilidade de lesar objeto inferior de abster-se e ter seu direito retirado.

No entanto há correntes que julgam que o sacrifício de objeto de mesmo valor não possa ser sacrificado e considerado como estado de necessidade justificante e sim como exculpante que profere o sacrifício de bem superior ao protegido, o que Nucci e outros doutrinadores entendem que não deve prosperar tal pensamento.

Nucci ao tratar o assunto assim discorre: “há quem sustente, como o faz Cezar Roberto Bittencourt, que o sacrifício de bem de igual valor não é amparado pelo direito, ficando para o contexto do estado de necessidade exculpante.” (NUCCI, 2017, p. 529).

E na sequência conforme também após o estudo do assunto concorda este estudante que não deve prosperar tal linha doutrinária:

[...] com o que não podemos concordar. Se um ser humano mata outro para salvar-se de um incêndio, buscando fugir por uma passagem que somente uma pessoa consegue atravessar, é natural que estejamos diante de um estado de necessidade justificante, pois o direito jamais poderá optar entre a vida de um ou de outro. Assim é perfeitamente razoável, conforme preceitua o art. 24 do código penal, exigir o sacrifício ocorrido. (NUCCI, 2017, p. 529).

Desta forma podemos a fim de simplificar o entendimento dizer que ao tratarmos do estado de necessidade justificante que deverá por sua natureza haver justamente um respeito a linearidade de direitos, de um lado o protegido e de outro o sacrificado, como:

Patrimônio x patrimônio.

Vida x vida.

Integridade física x integridade física.

Ainda considerar o protegido em uma escala superior ao sacrificado.

Vida x patrimônio.

Integridade física x patrimônio.

Vida x integridade física.

5.1.2 Estado de necessidade exculpante.

Uma segunda vertente do estado de necessidade dizemos que trata-se do estado de necessidade exculpante, neste por regra podemos tratar do sacrifício de bem superior ao protegido, ou seja diferente do estado de necessidade justificante não ficara o indivíduo “preso” a linearidade de objetos protegidos, podendo no entanto sacrificar objeto superior.

Com previsão no art. 39 do CPM, tem-se por estado de necessidade exculpante:

Art. 39. Não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa.(BRASIL, 1969)

Nucci (2017), traz que o estado de necessidade exculpante: ocorre quando o agente sacrifica bem de valor maior para salvar outro de menor valor, não lhe sendo possível exigir, nas circunstâncias, outro comportamento.

Porém neste momento devemos realizar uma distinção importante, via de regra o efeito do estado de necessidade dentro dos elementos do crime é justamente a exclusão do crime pois observamos a conduta do agente e cumprindo os núcleos do tipo penal dispostos nas excludentes de ilicitudes, de fato terá como efeito a exclusão do crime, porem ao tratarmos do

estado de necessidade exculpante analisaremos a impossibilidade de conduta diversa, instituto este previsto na culpabilidade e não na antijuricidade.

Trata-se, pois, da aplicação da teoria da inexigibilidade de conduta diversa, razão pela qual, uma vez reconhecida, não se exclui a ilicitude, e sim a culpabilidade. Exemplo: um arqueólogo que há anos buscava uma relíquia valiosa, para salvá-la de um naufrágio, deixa perecer um dos passageiros do navio. (NUCCI, 2017, p. 529)

Assim, concluímos a primeiro momento que o estado de necessidade encontra-se disposto em dois dos elementos do crime sejam na ilicitude ou antijuricidade que causam a exclusão do crime, quanto na culpabilidade que por seu efeito poderá no fim isentar de pena o agente.

Nucci ainda reforça a importância de esclarecer bem esta problemática:

Creemos indispensável fazer um destaque nesse ponto: embora a doutrina defenda o ponto de vista supras sustentado (proporcionalidade entre os bens em conflito, não se podendo preservar um bem de valor menor sacrificando um de maior valor), a Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal de 1940, nessa parte não alterada pela atual Exposição de Motivos, mencionou: “No tocante ao estado de necessidade, é igualmente abolido o critério anti-humano com que o direito atual lhe traça os limites. Não se exige que o direito sacrificado seja inferior ao direito posto a salvo, nem tampouco se reclama a ‘falta absoluta de outro meio menos prejudicial’”. (NUCCI, 2017, p. 531)

E ainda conclui:

O critério adotado é outro: identifica-se o estado de necessidade sempre que, nas circunstâncias em que a ação foi praticada, não era razoavelmente exigível o sacrifício do direito ameaçado. O estado de necessidade não é um conceito absoluto: deve ser reconhecido desde que ao indivíduo era ‘extraordinariamente’ difícil um procedimento diverso do que teve. O crime é um fato ‘reprovável’, por ser a violação de um dever de conduta, do ponto de vista da disciplina social ou da ordem jurídica. Ora, essa reprovação deixa de existir e não há crime a punir, quando, em face das circunstâncias em que se encontrou o agente, uma conduta diversa da que teve não podia ser exigida do homo medius, do comum dos homens”. (NUCCI, 2017, p. 531)

Por fim resta demonstrado as variações principais no que tange o estado de necessidade e suas características principais, sejam elas a proporcionalidade de direitos, assim entendemos que o legislador preocupou-se em criar mecanismos a solucionar e proteger os indivíduos da sociedade em salvaguardar seus direitos na iminência do risco junto a ausência do estado para a sua proteção.

6 CONCLUSÃO

Leva-se em consideração que as teorias e conceitos aqui abordados, objetos de estudos deste presente, não se limitam aos mesmos, sendo que por se tratar de uma ciência humana e não exata há várias definições e outras teorias que corroboram para o entendimento do mesmo.

As teorias e conceitos aqui adotados foram àquelas com cunho objetivo, sendo a corrente majoritária considerada, vez que é a que mais se aplica aos casos que permeiam o mundo jurídico brasileiro.

Salientasse que no direito penal brasileiro, a teoria adotada com relação a teoria da ação é a teoria finalista, vez que para seu criador, toda conduta tem um fim para o qual está é executada, e que para seus defensores como o caso do ilustre Guilherme de Souza Nucci, autor que fora de suma importância para se fazer este trabalho, o elemento da conduta está elencado dentro da tipicidade, sendo objeto de estudo dentro desta.

Ainda que a teoria do crime adotada aqui em nosso país se da na teoria tripartida, que entende que crime deve ser analisado como um fato típico, antijurídico e culpável, sendo todos os elementos, importantes para uma justa e isonômica aplicação da lei.

A antijuridicidade que foi um dos tópicos mais explorados neste trabalho, em especial a legítima defesa e o estado de necessidade são importantes institutos para uma justa aplicação da lei penal, vez que a própria sociedade, entende que a certas condutas, ações, que precisam de uma atenção especial na hora de uma avaliação para se analisar o crime.

Em especial, o estado de necessidade exculpante, que ganha uma atenção neste trabalho, está elencado em duas searas penais seja o código penal e o código penal militar, e que diferente do primeiro conhecido também como estado de necessidade justificante, este último chamado de estado de necessidade exculpante, varia-se quanto à sua conceituação e efeito, vez que o estado de necessidade justificante exclui o crime pelo sacrifício de direito igual ou inferior ao protegido e tem como efeito a exclusão do crime já o exculpante profere o sacrifício de bem superior ao protegido e que neste podemos ter como efeito a exclusão da pena ou alteração ao quantum da pena.

Por fim, ao leitor, espero ter atingido o objetivo de lhe agregar um pouco mais de conhecimento, vez que no direito o estudo não se pode cessar, ainda mais no que se refere ao direito penal, que trabalha com bens tão importantes para a sociedade aqui como exemplo a liberdade, a vida, a honra e o patrimônio.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Juliana. **Antijuridicidade ou ilicitude**. Juridicohightech. [20-?] <<http://www.juridicohightech.com.br/2013/02/antijuridicidade-ou-ilicitude.html>> Acesso em 07/11/2018.
- ALMEIDA, Mayara. **Princípio da intervenção mínima e o direito penal** simbólico, Jurídicocerto, 2017. Disponível em <<https://juridicocerto.com/p/mayara-almeida/artigos/principio-da-intervencao-minima-e-o-direito-penal-simbolico-3732>>. Acesso em: 08 de outubro de 2018.
- ALVES, Li Diane. **Diferença entre intervenção mínima e Fragmentariedade O caráter fragmentário do direito penal, este como óbice a atividade persecutória do estado, realizado através do direito Processual Penal**, 2016, JusBrasil. Disponível em :<<https://lidianealvs.jusbrasil.com.br/noticias/423982326/diferenca-entre-intervencao-minima-e-fragmentariedade>> Acesso em 01 de nov de 2018
- AZEVEDO, Marcelo André de, SALIM, Alexandre. **Direito Penal Parte Geral**. 8.^aedição. Bahia: Editora Jus Podivm, 2018.
- BENEVENUTI, Ricardo Santolini. **A legítima defesa e suas principais espécies**. Conteúdo jurídico, 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-legitima-defesa-e-suas-principais-especies,23463.html>>Acesso em: 08 de outubro de 2018.
- BERTOLI, Igor Tupy. **Estado de necessidade**, Jusbrasil, 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4711/estado-de-necessidade>>Acesso em: 19 de setembro de 2018.
- BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 2^a Ed – Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, (1940). **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 19 de setembro de 2018.
- _____. BRASIL. Decreto-Lei nº 1.001 (1969). **Código Penal Militar**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm> Acesso em: 19 de setembro de 2018.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, Vol 1, Parte Geral: (arts. 1º ao 120). 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CASTELLO, Rodrigo. **Princípio da Fragmentariedade no direito penal**, Jusbrasil, 2011. Disponível em <<https://rodrigocastello.jusbrasil.com.br/artigos/121936751/principio-da-fragmentariedade-no-direito-penal>> Acesso em: 10 de out de 2018.

CASTRO, Vitor. **Fato típico – conduta**, 2007. Jusbrasil. Disponível em: <<https://castro96.jusbrasil.com.br/artigos/541194610/fato-tipico-conduta>> Acesso em: 05 de outubro de 2018.

EMANUELE, Rodrigo Santos, **Teorias da conduta no Direito Penal**, 2007, DireitoNet. Disponível em < <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3538/Teorias-da-conduta-no-Direito-Penal>> Acesso em: 05 de outubro de 2018.

HUNGRIA, Nelson. **A legitima defesa putativa**. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1936. Disponível em <<https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/1346-Curso-de-Direito-Penal-Parte-Geral-Vol-1-2017-Guilherme-de-Souza-Nucci.pdf> >. Acesso em 03/11/2018.

LUAN, Allyson. **Direito penal?** 2016. Jusbrasil. Disponível em: <http://unesav.com.br/ckfinder/userfiles/files/Curso_de_Direito_Penal_1_-_Parte_Geral__15_edicao%5B1%5D.pdf> Acesso em: 05 de outubro de 2018.

MAIA, Wanderlei. **Conceito analítico de crime**, 2017. Portal concurso público. Disponível em: <<https://www.portalconcursopublico.com.br/2017/10/conceito-analitico-de-crime.html>> Acesso em: 09 de setembro de 2018.

MASSON, Cleber, DELMANTO, Celso. **Conceito de crime**, 2002, Direitonet. Disponível em <<https://www.direitonet.com.br/resumos/exibir/127/Conceito-de-crime>> Acesso em: 19 de setembro de 2018.

MENDONÇA, Alan. **Teoria do delito**, Jurídico Certo. 2016. Disponível em <<https://juridicocerto.com/p/alanmendonca/artigos/teoria-do-delito-2701>> Acesso em: 02 de outubro de 2018.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal: Parte Geral – Arts.1º a 120 do CP**. Vol. 1. São Paulo: Editora Atlas. 1998.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. v. 1. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

NUCCI Guilherme. **Teoria da equivalência dos antecedentes ou das condições conditio sine qua non**, Guilhermenucci, 2016. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/teoria-da-equivalencia-dos-antecedentes-ou-das-condicoes-conditio-sine-qua-non>> Acesso em 07/11/2018.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Direito penal parte geral**, 2017. Disponível em <<https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/1346-Curso-de-Direito-Penal-Parte-Geral-Vol-1-2017-Guilherme-de-Souza-Nucci.pdf>> Acesso em: 14 de outubro de 2018.

NUNES, Camilla Villas Boas. **Teoria do crime: concepções tripartites**. Jusbrasil, 2017. Disponível em <<https://cavillasboas22.jusbrasil.com.br/artigos/535333341/teoria-do-crime-concepcao-tripartite>> Acesso em: 09 de setembro de 2018.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **O Crime e a Pena na Atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

QUEIROZ, Paulo. **Nota sobre conceito analítico de crime**, 2013. Pauloqueiroznet. Disponível em: <<http://www.pauloqueiroz.net/notas-sobre-o-conceito-analitico-de-crime/>> Acesso em: 08 de setembro de 2018.

RIBEIRO, Clara Vasconcelos. **As teorias da ação no direito penal**, 2015. Jus. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/35962/as-teorias-da-acao-no-direito-penal#_ftn7> Acesso em: 05 de outubro de 2018.

ZUMBANO, Vitor. **Ilícitude**. 2014. Jusbrasil. Disponível em: <<https://victorzumbano.jusbrasil.com.br/artigos/175897391/ilicitude>>. Acesso em 07/11/2018.