

## **CAUSAS DE EXCLUSÃO DA ANTIJURIDICIDADE**

**FERNANDA CURY DE FARIA<sup>1</sup>**

### **RESUMO**

Objetivamos, com o presente trabalho, abordar aspectos das causas de exclusão da antijuridicidade no Direito Penal brasileiro. Iniciaremos com a conceituação da ilicitude, ou antijuridicidade. Após essa breve introdução, abordaremos cada uma das causas de exclusão da antijuridicidade previstas no direito pátrio, quais sejam, o estado de necessidade, a legítima defesa, o exercício regular de um direito e o estrito cumprimento do dever legal. Trataremos brevemente da natureza jurídica dos ofendículos e, por fim, abordaremos o excesso punível nas causas de exclusão da antijuridicidade..

Palavras-chave: Antijuridicidade; Causas de Exclusão; Estado de Necessidade; Legítima Defesa; Exercício Regular de Direito; Estrito Cumprimento do Dever Legal; Excesso Punível.

---

<sup>1</sup> Procuradora Nível IV do Município de Diadema, Especialista em Direito Processual Civil, Especialista em Administração Pública.

## SUMÁRIO

<b>1 - INTRODUÇÃO.....</b>	<b>04</b>
<b>2 – CAUSAS DA EXCLUSÃO DA ANTIJURIDICIDADE.....</b>	<b>05</b>
<b>3 – ESTADO DE NECESSIDADE.....</b>	<b>07</b>
3.1.NATUREZA JURÍDICA.....	07
3.2.CLASSIFICAÇÃO.....	08
3.3. REQUISITOS.....	09
3.3.1. PERIGO ATUAL.....	09
3.3.2 AMEAÇA A DIREITO PRÓPRIO OU ALHEIO.....	10
3.3.3 PERIGO NÃO PROVOCADO VOLUNTARIAMENTE PELO AGENTE .....	10
3.3.4 INEXISTÊNCIA DO DEVER LEGAL DE ENFRENTAR O PERIGO.....	11
3.3.6 INEVITABILIDADE DO FATO NECESSITADO.....	12
3.3.5 PROPORCIONALIDADE ENTRE O FATO NECESSITADO E O BEM JURÍDICO QUE SE PROCURA PRESERVAR.....	12
3.4. ESTADO DE NECESSIDADE RECÍPROCO.....	13
<b>4 – LEGÍTIMA DEFESA.....</b>	<b>13</b>
4.2. REQUISITOS .....	14
4.2.1.AGRESSÃO INJUSTA ATUAL OU IMINENTE.....	14
4.2.2.DEFESA A DIREITO PRÓPRIO OU ALHEIO.....	15
4.2.3. USO MODERADO DOS MEIOS NECESSÁRIOS.....	16
4.3. ESPÉCIES DE LEGÍTIMA DEFESA.....	17
<b>5 – EXERCÍCIO REGULAR DE UM DIREITO.....</b>	<b>18</b>
5.1 OFENDÍCULOS.....	19

<b>6 – ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL.....</b>	<b>21</b>
<b>7 – EXCESSO PUNÍVEL.....</b>	<b>21</b>
<b>8 - CONCLUSÃO.....</b>	<b>22</b>
<b>9– REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>25</b>

## 1 - INTRODUÇÃO

Iniciaremos o presente artigo abordando o conceito de antijuridicidade, para depois tratar das causas excludentes da mesma.

A antijuridicidade, também chamada de ilicitude, é a contrariedade de um ato com o direito, causando uma lesão a um bem juridicamente tutelado. Trata-se de instituto de caráter objetivo, haja vista ser uma característica do fato, que se mostra contrário ao Direito, e não um atributo da pessoa.

A norma penal dirige-se a todos, de maneira indistinta. Até os inimputáveis realizam condutas ilícitas, contrárias ao Direito, mas serão absolvidos por falta de culpabilidade.

Sobre o tema discorrem André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves<sup>2</sup>:

*A antijuridicidade da conduta deve ser apreciada objetivamente, vale dizer, sem se perquirir se o sujeito tinha consciência de que agia de forma contrária ao Direito. Por essa razão, age ilicitamente o inimputável que comete um crime, ainda que ele não tenha consciência da ilicitude do ato cometido.*

De outro lado, a teoria subjetiva afirma que apenas os imputáveis realizam condutas antijurídicas, porque a norma penal não se dirige aos inimputáveis, na medida em que eles não a compreendem. Essa teoria não é aceita, porque a inimputabilidade figura no Código Penal como causa de exclusão da culpabilidade, não como uma justificativa, que são as causas de exclusão da antijuridicidade.

A antijuridicidade pode ser genérica ou específica. A antijuridicidade genérica, que é a regra, é aquela que está prevista fora do tipo penal, como por exemplo, o delito previsto no art. 121 do Código Penal (matar alguém). A antijuridicidade específica é aquela que se situa dentro do tipo penal, ou seja, ela é mencionada expressamente no tipo penal, como, por exemplo, o art. 151 do Código Penal<sup>3</sup> (violação de correspondência). A

---

<sup>2</sup> Direito Penal esquematizado – Parte Geral, p. 388.

<sup>3</sup> **Violação de correspondência**

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

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

antijuridicidade específica, que é prevista dentro do tipo, na verdade é um elemento normativo do tipo legal e, nesses casos, as excludentes de antijuridicidade passam a ser excludentes da tipicidade.

## **2 - CAUSAS DE EXCLUSÃO DA ANTIJURIDICIDADE**

São as chamadas justificativas, justificantes, eximentes, discriminantes ou tipos permissivos. As causas excludentes da ilicitude afastam um dos elementos do crime, qual seja, a contrariedade da conduta ao direito.

As causas de exclusão da antijuridicidade dividem-se em causas previstas na Parte Geral do Código Penal, causas previstas na Parte Especial do Código Penal e causas supralegais.

As primeiras encontram-se elencadas no art. 23 são aplicáveis a todas as condutas típicas previstas na Parte Especial do Código Penal ou em leis penais especiais. São elas: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de um direito

As causas previstas na Parte Especial do Código Penal são válidas apenas para os delitos correspondentes, como, por exemplo, o art. 128<sup>4</sup>, que traz o aborto legal (necessário, humanitário), ou o art. 142<sup>5</sup>, que trata das imunidades nos crimes contra a honra.

---

<sup>4</sup> Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

### **Aborto necessário**

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

### <sup>5</sup> **Exclusão do crime**

Art. 142 - Não constituem injúria ou difamação punível:

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

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

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

As causas supraleais de exclusão da antijuridicidade são aquelas não previstas em lei, mas admitidas em Direito com base no art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil<sup>6</sup>, em que se vale da analogia dos costumes e princípios gerais de direito.

O fundamento das causas supraleais de exclusão da antijuridicidade é a antijuridicidade material, que exige para a sua caracterização a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico penalmente protegido.

As causas supraleais de exclusão da antijuridicidade são: o princípio da adequação social ou ação socialmente adequada; o princípio da insignificância, ou crime de bagatela; o princípio do balanço dos bens, ou princípio da proporcionalidade; e o consentimento do ofendido.

O princípio da adequação social determina que se exclua do âmbito da incidência do Direito Penal os fatos praticados de acordo com as normas de cultura do povo, isto é, de acordo com os costumes, como por exemplo a mãe que fura as orelhas da filha. Nesses casos, não haverá responsabilidade por lesão corporal. Vale lembrar que, quando a lei incrimina um certo comportamento, na verdade excetua aqueles que os costumes ou a moral aceitam.

O princípio da insignificância é aquele que manda excluir do âmbito do Direito Penal aquelas lesões ou ofensas irrelevantes ao bem jurídico protegido. O Direito Penal é subsidiário, é de intervenção mínima, possui o caráter da fragmentariedade. Logo, ele só será invocado quando as sanções extrapenais se mostrarem insuficientes para proteger o bem jurídico tutelado. Sendo assim, só para lesões significantes é que o Direito Penal será acionado.

O princípio da proporcionalidade é aquele que manda excluir do âmbito da incidência do Direito Penal a lesão a um bem jurídico menor para preservar um outro bem jurídico mais valioso.

---

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

<sup>6</sup> Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Por fim, o consentimento do ofendido vem a ser o desinteresse da vítima, nos tipos penais em que o bem jurídico é disponível, de fazer valer a proteção legal ao bem jurídico que lhe pertence. Nesses casos, o consentimento dado pela vítima maior de 18 anos e de maneira precedente à consumação acarretará a exclusão do crime.

### **3 - ESTADO DE NECESSIDADE**

Trata-se da excludente prevista nos arts. 23 e 24<sup>7</sup> do Código Penal, em que a situação de perigo a um bem jurídico irá legitimar o sacrifício de outro bem jurídico, de valor igual ou inferior, para se preservar o bem originário.

Guilherme de Souza Nucci<sup>8</sup> conceitua o estado de necessidade como *o sacrifício de um interesse juridicamente protegido, para salvar de perigo atual e inevitável o direito do próprio agente ou de terceiro, desde que outra conduta, nas circunstâncias concretas, não fosse razoavelmente exigível.*

Assim, o estado de necessidade exige a existência de um perigo atual, uma situação limite, que confronte dois interesses legítimos que, pelas circunstâncias, não podem ser ambos salvos, devendo um deles perecer em favor do outro.

#### **3.1. NATUREZA JURÍDICA**

Há duas teorias para definir a natureza jurídica do estado de necessidade: a diferenciadora e a unitária.

A teoria diferenciadora, adotada na Alemanha, afirma que, se o bem jurídico sacrificado possui um valor menor do que aquele que foi salvo, há estado de necessidade justificante, ocorrendo a exclusão da antijuridicidade. Por outro lado, quando o bem

---

<sup>7</sup> 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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

<sup>8</sup> Manual de Direito Penal, p. 206

jurídico sacrificado é de valor igual àquele que foi salvo, há estado de necessidade exculpante, havendo exclusão da culpabilidade. A justificativa para a exclusão da culpabilidade é a inexigibilidade de conduta diversa.

Pela teoria unitária, adotada pelo Código Penal brasileiro, em qualquer das hipóteses acima arroladas há exclusão da ilicitude. Isto é, se o sacrifício do bem for de valor igual ou inferior ao salvo, conforme a redação do art. 23 do Código Penal, a regra é a exclusão da antijuridicidade.

Aquele que lesar um bem jurídico de maior valor para preservar outro de valor inferior não será beneficiado pelo estado de necessidade. Nesse caso, o agente responde por seu ato, tendo a seu favor uma causa de diminuição de pena que varia de um a dois terços.

### **3.2. CLASSIFICAÇÃO**

O estado de necessidade se subdivide em agressivo ou defensivo; real ou putativo.

O estado de necessidade agressivo ocorre quando o agente se volta contra algo distinto da fonte do perigo, ou contra terceiro inocente.

No estado de necessidade defensivo, o agente se volta contra a fonte do perigo, ou seja, a conduta do agente se volta contra quem produziu ou colaborou para a produção do perigo. Tal figura difere da legítima defesa na medida em que, nesta, a reação ocorre contra a própria pessoa causadora do perigo e, no estado de necessidade, a reação se dá contra algum bem da pessoa causadora do perigo. Sobre o tema discorre Guilherme de Souza Nucci<sup>9</sup>:

*Não se inclui no estado defensivo a “pessoa”, pois, quando o perigo emana de ser humano e contra este se volta o agente, estar-se-á diante de uma hipótese de legítima defesa.*

Tal distinção não tem relevância para a caracterização do estado de necessidade face ao Direito penal. Entretanto, na área cível, o estado de necessidade agressivo gera indenização, é preciso ressarcir o inocente

---

<sup>9</sup> Manual de Direito Penal, p. 207



O terceiro atingido poderá mover ação contra aquele que produziu o dano em razão do perigo e que estava em estado de necessidade. O agente causador do dano, por sua vez, tem ação regressiva contra aquele que criou o perigo. O fundamento para tanto reside no fato de que o agente em estado de necessidade pode cometer excesso na tutela do bem jurídico colocado em perigo.

O estado de necessidade real é aquele em que estão presentes todos os requisitos previstos no art. 24 do Código Penal, resultando na exclusão da antijuridicidade.

O estado de necessidade putativo é um estado de necessidade imaginário: não estão presentes todos os seus requisitos, mas o agente supõe que eles estejam presentes. Trata-se de um erro sobre esses requisitos. Se esse erro for escusável, a culpabilidade é afastada (art. 21 do Código Penal). O agente será absolvido por isenção de pena, com base na inexigibilidade de conduta diversa. Já se o erro for inescusável ou injustificável, ele irá responder por crime culposos, desde que haja previsão legal (art. 20, § 1º do Código Penal).

### **3.3. REQUISITOS**

Os requisitos do estado de necessidade são os seguintes:

#### **3.3.1 PERIGO ATUAL**

Para André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves<sup>10</sup>, *perigo é a probabilidade de dano (ou lesão) a algum bem juridicamente tutelado*

Assim, perigo não é dano, mas o risco, a probabilidade concreta de dano. Antes do início do dano, já se pode alegar estado de necessidade porque o legislador fez menção ao perigo.

A atualidade do perigo significa que ele demanda pronta reação. Atual é o perigo presente, isto é, o que está acontecendo. Não há estado de necessidade se o perigo já passou ou se ele for futuro, pois são situações em que não há perigo presente.

*Não se inclui, propositadamente, na lei, o perigo iminente, visto ser uma situação futura, nem sempre fácil de ser verificada. Um perigo que*

---

<sup>10</sup> Direito Penal Esquematizado – Parte Geral, p. 394.

*está por acontecer é algo imponderável, não autorizando o uso da excludente.<sup>11</sup>*

### **3.3.2 AMEAÇA A DIREITO PRÓPRIO OU ALHEIO**

Qualquer bem jurídico tutelado pelo ordenamento pode ser defendido por meio do estado de necessidade, como a vida, o patrimônio etc..

Age em estágio de necessidade tanto aquele que atua para salvar direito próprio como aquele que atua para salvar direito alheio, hipótese na qual se fala em estado de necessidade de terceiro.

Sobre o tema, um ponto interessante é discutido por Guilherme de Souza Nucci<sup>12</sup>:

*Não pode alegar estado de necessidade quem visa à proteção de bem ou interesse juridicamente desprotegido. Assim, exemplificando, impossível alegar a excludente quem pretenda, a pretexto de preservar carregamento de substância entorpecente de porte não autorizado, sacrificar direito alheio.*

### **3.3.3 PERIGO NÃO PROVOCADO VOLUNTARIAMENTE PELO AGENTE**

No estado de necessidade, o perigo pode ser oriundo da natureza, como um terremoto ou ataque de animais, ou ainda de uma conduta lícita ou ilícita do homem, mas o provocador do perigo não pode se beneficiar da excludente, salvo se o houver provocado involuntariamente.

*É certo que a pessoa que deu origem ao perigo não pode invocar a excludente para sua própria proteção, pois seria injusto e despropositado. Tratando-se de bens juridicamente protegidos e lícitos que entram em conflito por conta de um perigo, torna-se indispensável que a situação de risco advenha do infortúnio.<sup>13</sup>*

Doutrina e jurisprudência discutem acerca da expressão “voluntariamente”. Para alguns, causar o perigo voluntariamente significa causar o perigo dolosamente. Dessa forma, se o agente provocou o perigo culposamente poderá ser beneficiado pelo instituto.

Há quem entenda que a expressão “voluntariamente” abrange dolo e culpa, haja vista que, quando o agente atua com culpa, sua conduta é voluntária, sem observar o dever

<sup>11</sup> Guilherme de Souza Nucci, Manual de Direito Penal, p. 209.

<sup>12</sup> Manual de Direito Penal, p. 212

<sup>13</sup> Guilherme de Souza Nucci. Manual de Direito Penal, p. 210

objetivo de cuidado. Nessa linha é a redação do art. 13, §2º, “c” do Código Penal<sup>14</sup>, que pune aquele que causou o perigo, mesmo que a título de culpa, devendo impedir o resultado. Logo, ele não poderá alegar estado de necessidade.

### **3.3.4 INEXISTÊNCIA DO DEVER LEGAL DE ENFRENTAR O PERIGO**

Não podem alegar estado de necessidade aqueles que têm o dever legal, imposto pelo Estado, de enfrentar o perigo. Isso ocorre com as profissões de policial, bombeiro, capitão de navio, etc.

Essa regra admite duas exceções: estado de necessidade de terceiro, como, por exemplo, um médico no centro cirúrgico que precisa optar entre vários acidentados em um acidente de trânsito; e estado de necessidade próprio quando lesar um bem menor para salvar um bem maior, como, por exemplo, o bombeiro que, diante do desabamento, destrói o objeto de arte para salvar a própria vida.

Questão que se coloca diz respeito àquele que possui dever contratual de enfrentar o perigo. Há aqui duas posições:

Alguns entendem que aquele que tem o dever contratual de enfrentar o perigo, como o segurança particular, pode alegar estado de necessidade, porque a lei é clara ao afirmar que o dever de enfrentar o perigo é legal, não contratual.

Há quem entenda, entretanto, que essas pessoas não podem alegar estado de necessidade porque o contrato é um instrumento jurídico disciplinado por lei e, por isso, também se trata de um dever legal. Além disso, o art. 13, §2º, “b” do Código Penal, que

---

<sup>14</sup> § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

estabelece o nexa causal por aquele que assumiu o papel de garante, afirma que esse agente tem o dever de impedir o resultado.

### **3.3.5 INEVITABILIDADE DE FATO NECESSITADO**

O estado de necessidade é subsidiário, ou seja, ele só pode ser invocado quando não houver outro meio de se afastar o perigo. A situação deve trazer consigo a inevitabilidade, como o único meio de se salvar um bem em detrimento de outro. Aquele que tem a opção de chamar por socorro, pedir ajuda, chamar a polícia, não pode alegar estado de necessidade.

Veja-se, a respeito, as considerações de André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves<sup>15</sup>:

*A excludente de antijuridicidade definida no art. 24 do CP autoriza as pessoas a lesarem bens jurídicos alheios, desde que essa medida se mostre necessária e urgente.*

*Para que essa permissão seja válida, entretanto, deve o sacrifício do direito alheio ser a única saída. A lesão ao bem jurídico decorrente do perigo, portanto, não pode ser de outro modo evitável. Podendo-se salvar o direito de outra maneira, seja qual for, como um pedido de socorro ou a fuga do local, o fato não se considerará justificado.*

### **3.3.6 PROPORCIONALIDADE ENTRE O FATO NECESSITADO E O BEM JURÍDICO QUE SE PROCURA PRESERVAR**

Na situação concreta, só será admitido o estado de necessidade quando o agente lesar bem jurídico de menor ou de igual valor ao bem jurídico preservado.

Caso o valor salvo seja de importância inferior ao bem lesado, não há a figura do estado de necessidade. Porém, em virtude do perigo atual, haverá uma responsabilização com uma causa de diminuição de pena.

A avaliação do bem jurídico é feita por meio de um critério eclético, tanto técnico-jurídico como ético e moral. Nenhum desses critérios é absoluto e eles devem ser complementados.

---

<sup>15</sup> Direito Penal Esquematizado – Parte Geral, p. 396

### **3.4. ESTADO DE NECESSIDADE RECÍPROCO**

Trata-se da situação em que dois agentes encontram-se em estado de necessidade ao mesmo tempo, como no caso de dois náufragos que disputam um único salva-vidas.

Nesse caso, as agressões realizadas são justas, porque ambos procuram preservar bem jurídico de valor igual: no caso do exemplo, a própria vida.

Na hipótese, não se pode falar em legítima defesa recíproca, porque o pressuposto para a sua aplicação é a existência de uma agressão injusta. Aquele que se defende não pode estar agredindo injustamente, portanto, não há legítima defesa real recíproca.

Nessa figura, como o bem sacrificado é de mesma ordem, será aplicada a excludente prevista no *caput* do art. 24, do Código Penal, excluída a antijuridicidade da conduta.

### **4 - LEGÍTIMA DEFESA**

Prevista no art. 25 do Código Penal, trata-se da reação com os meios necessários e moderados a uma agressão injusta, atual ou iminente. Pode-se conceituar a legítima defesa como a repulsa da agressão ilegítima, atual ou iminente, por parte do agredido ou em favor de terceira pessoa, contra o agressor, sem ultrapassar a necessidade de defesa e dentro racional proporção dos meios empregados para impedi-la.

André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves<sup>16</sup> observam que a legítima defesa, um dos mais bem desenvolvidos e elaborados institutos do Direito Penal, tem sua construção teórica vinculada ao instinto de sobrevivência, sendo, portanto, atrelada ao crime de homicídio.

Guilherme de Souza Nucci<sup>17</sup> assim discorre sobre o tema:

*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,*

---

<sup>16</sup> Direito Penal Esquematizado – Parte Geral, p. 397

<sup>17</sup> Manual de Direito Penal, p. 213

*através de seus agentes. A ordem jurídica precisa ser mantida, cabendo ao particular assegurá-la de modo eficiente e dinâmico.*

Sob o prisma jurídico, a excludente vem a ser o direito que todos têm de defender seus bens. Sob o ângulo jurídico-social, a legítima defesa é o preceito de que o ordenamento jurídico não pode tutelar o injusto.

## **4.2. REQUISITOS**

São os seguintes os requisitos da legítima defesa:

### **4.2.1. AGRESSÃO INJUSTA ATUAL OU IMINENTE**

Agressão é sinônimo de ataque. Não é apenas o ato de violência, mas qualquer ato humano que lesa ou coloca em perigo um bem jurídico, com ou sem violência física.

Assim, a agressão pode ser ativa ou passiva. Porém, a mera provocação não autoriza a legítima defesa. Ao reagir com agressão a uma provocação, o agente responderá pelo delito. Essa agressão pode ser dolosa ou culposa, por ação ou omissão.

A agressão deve ser proveniente de um ser humano. Ataques de animais não geram legítima defesa, mas estado de necessidade (a menos que o animal seja empregado como instrumento para uma agressão).

Agressão injusta é agressão ilícita, aquela que contraria a lei, a moral, os costumes. A agressão injusta não significa necessariamente um ilícito penal. Assim, aquele que reage a um fato atípico pode alegar legítima defesa, desde que esse fato seja um ilícito civil.

Sobre a injustiça da agressão discorrem André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves<sup>18</sup>:

*Injusta é a agressão ilícita (não precisa, porém, ter natureza criminosa). A injustiça da agressão deve ser apreciada objetivamente, significa dizer que não importa saber se o agressor tinha ou não consciência da injustiça de seu comportamento. Sendo ilícita sua conduta, contra ele, caberá a defesa necessária.*

Essa agressão, além de injusta, deve ser atual ou iminente, diferentemente do estado de necessidade, no qual só se admite agressão atual. Cabe legítima defesa se o ato

---

<sup>18</sup> Direito Penal Esquematizado – Parte Geral, p.309

for preparatório, desde que nesse ato exista um perigo iminente. Nos crimes permanentes, enquanto não cessar a permanência, a agressão é atual, autorizando a excludente.

A reação na legítima defesa deve ser contemporânea para impedir ou evitar a consumação da agressão. Se ela for passada, existe o revide, o que não é legítima defesa. Agressão futura, isto é, o temor de ser agredido, a chamada “legítima defesa antecipada” também não enseja a excludente.

Sobre a atualidade da agressão, assim leciona Guilherme de Souza Nucci<sup>19</sup>:

*Não é possível haver legítima defesa contra agressão futura, tornando-se forma imponderável de defesa, ou passada, que configura autêntica vingança, nem tampouco, contra meras provocações, pois justificaria o retorno ao tempo do famigerado duelo.*

#### **4.2.2.DEFESA A DIREITO PRÓPRIO OU ALHEIO**

A legítima defesa pode ser alegada com relação à agressão contra o titular do direito, bem como na defesa do direito de terceiro, mas, assim como no estado de necessidade, somente pode alegar a legítima defesa quem estiver defendendo bem ou interesse juridicamente protegido.

A aplicação da excludente se dá independentemente da relação de parentesco ou amizade. Na verdade, ela é uma forma de autotutela no auxílio ao Estado na preservação dos direitos.

Diferentemente do estado de necessidade, em que há perigo, agindo por solidariedade; aqui há investida contra o bem. Se o bem do terceiro for indisponível, é possível essa excludente até contra sua vontade. Se o bem jurídico de terceiro for disponível, como o patrimônio e a honra, é necessário que o beneficiário dê o seu consentimento, porque prevalece o entendimento de que o beneficiário pode se opor à intervenção.

Esse direito pode ser material ou imaterial. Aqui, é necessária uma elucidação acerca da legítima defesa da honra, que possui três aspectos:

---

<sup>19</sup> Manual de Direito Penal, p. 215

A honra como dignidade pessoal é aquela tutelada frente às ofensas por calúnia, difamação ou injúria. O revide físico não configura legítima defesa, desde que seja posterior e a agressão já tenha se passado. Já o revide físico para que essa agressão seja cessada, caracteriza legítima defesa. O revide verbal por meio de uma injúria não é legítima defesa, mas autoriza o perdão judicial consoante a previsão do §1º, do art. 140, do Código Penal<sup>20</sup>.

A honra como pudor sexual também assegura a aplicação de legítima defesa, como no caso da vítima que reage à investida do autor em um crime contra a dignidade sexual.

Entretanto, a na hipótese de honra no sentido da infidelidade conjugal, no caso de flagrante adultério, é pacífico que a infidelidade conjugal não viola a honra do outro, mas daquele que traiu, porque o delito praticado após a traição só torna público aquilo que é particular. Ademais, a morte ou a agressão são desproporcionais à traição. A respeito destacamos:

*(...) a honra é individual e não pode ser “partilhada” entre os cônjuges, cada qual possuindo a sua. Além disso, a honra de quem foi infiel é que foi atingida, pois foi a parte que infringiu os deveres do casamento. Em terceiro plano, deve-se considerar que não haveria mais atualidade na agressão, uma vez que já consumada com o simples início da relação adúltera. Finalmente, se o cônjuge inocente age para salvar sua honradez, na verdade, provoca, com a violência, um público conhecimento do acontecido.<sup>21</sup>*

### **4.2.3. USO MODERADO DOS MEIOS NECESSÁRIOS**

A reação deve ser guiada pela utilização dos meios necessários para repelir a injusta agressão. Meio necessário é aquele que está disponível no momento, o meio menos

---

<sup>20</sup> Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

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

§ 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

<sup>21</sup> Guilherme de Souza Nucci. Manual de Direito Penal, p. 218



lesivo que se encontra à disposição do agente. O meio necessário pode ser desproporcional, desde que ele seja o único meio disponível naquele momento.

A proporcionalidade do meio necessário será analisada conforme esse meio for suficiente para afastar a agressão. Havendo mais de um recurso capaz de obstar o ataque ao alcance do agente, deve ele optar pelo meio menos lesivo. Utiliza-se o critério do homem médio, aquele meio que o homem médio teria escolhido se estivesse no lugar do agente.

Além da utilização do meio necessário, mister se faz que esse meio seja utilizado com moderação. Uso moderado do meio necessário é aquele aplicado na medida suficiente para afastar a agressão. Trata-se da proporcionalidade da reação: se bastava ferir, não é necessário matar. Novamente, o critério adotado é o do homem médio e será analisada a reação no caso concreto.

O excesso na legítima defesa decorre tanto do emprego do meio desnecessário quanto da falta de moderação. Se o excesso for intencional, o agente responderá pelo resultado excessivo a título de dolo (o chamado excesso doloso). Se o excesso for involuntário, o agente responderá pelo resultado a título de culpa, se houver previsão legal. Caso contrário, o agente não responderá pelo resultado excessivo.

### **4.3. ESPÉCIES DE LEGÍTIMA DEFESA**

A legítima defesa se classifica em: ativa e passiva; real e putativa;

Legítima defesa ativa é aquela em que a reação se faz por fato típico, como, por exemplo, matar em legítima defesa. Legítima defesa passiva é aquela que ocorre quando a reação não configura um fato típico.

Legítima defesa real é aquela em que estão presentes todos os seus requisitos, na qual fica excluída a antijuridicidade. Legítima defesa putativa é aquela em que o agente imagina estar sendo agredido. Se esse erro for escusável, ele será absolvido por falta de

culpabilidade. Já se o erro for inescusável, ele será responsabilizado por crime culposos se houver previsão. É a mesma solução do art. 20, §1º, CP<sup>22</sup>, discriminantes putativas.

### **5 - EXERCÍCIO REGULAR DE UM DIREITO**

Trata-se da mais ampla das excludentes de ilicitude, que se irradia por todos os ramos do Direito, porque quem exerce um direito jamais pratica um crime. Se um fato é autorizado pelo direito extrapenal, ele não poderá ser criminalizado.

Diz-se, assim, que o exercício regular de um direito constitui uma excludente de antijuridicidade em branco, haja vista que seu fundamento encontra-se em outra norma jurídica, extrapenal.

Guilherme de Souza Nucci<sup>23</sup> assim conceitua o exercício regular de um direito:

*É o desempenho de uma atividade ou a prática de uma conduta autorizada por lei, que torna lícito um fato típico. Se alguém exercita um direito, previsto e autorizado de algum modo pelo ordenamento jurídico, não pode ser punido, como se praticasse um delito.*

A expressão “direito” deve ser interpretada de modo amplo, e não restrito, por se tratar de norma mais benéfica para o réu. Desta forma, engloba direitos pertencentes a todos os ramos do ordenamento jurídico, direta ou indiretamente reconhecidos, como é o caso dos costumes.

De fato, essa excludente está presente em todos os campos, como no caso do art. 53 da Constituição Federal<sup>24</sup>, em que o parlamentar é imune civil e criminalmente por suas palavras, votos ou opiniões.

---

<sup>22</sup> **Discriminantes putativas** (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

<sup>23</sup> Manual de Direito Penal, p. 231

<sup>24</sup> Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

No mesmo sentido, no Direito Civil, em que existe a figura do desforço imediato para o possuidor que tiver sua posse ameaçada ou turbada e que poderá reagir na tutela do seu direito.

Igual entendimento deve ser levado a efeito com relação às lesões esportivas, desde que dentro das regras (exercício regular de um direito).

Raciocínio igual vale para as intervenções cirúrgicas ou médicas, mesmo que desnecessárias, mas, desde que não haja risco, a pedido do paciente.

### **5.1 OFENDÍCULOS**

Proveniente do latim *offendiculum*, que significa obstáculo, ofendículos são os aparatos predispostos à defesa da propriedade, previamente instalados, como cercas

---

§ 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

§ 3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

§ 4º O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

§ 5º A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

§ 6º Os Deputados e Senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

§ 7º A incorporação às Forças Armadas de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

§ 8º As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

eletrificadas. Trata-se de aparelho, engenho ou animal utilizado para a proteção de bens e interesses contra agressão alheia.

Existem basicamente dois tipos de ofendículos: coisas e animais. No que se refere às coisas, o controle do agente sobre seu funcionamento é mais eficiente. Quanto aos animais, notadamente no que se refere aos cães de guarda, o controle do agente é menor.

Há duas posições acerca da natureza jurídica dos ofendículos.

Para alguns doutrinadores, a figura é de exercício regular do direito de propriedade. Para essa corrente, considera-se o momento de instalação do ofendículo, e não seu funcionamento, que sempre é futuro.

Para outros, como Nelson Hungria, trata-se de legítima defesa da propriedade. Trata-se de legítima defesa preordenada, considerando-se o momento do funcionamento do aparato, que ocorre quando o agressor procura lesionar o bem jurídico protegido.

A posição doutrinária e jurisprudencial dominante, entretanto, é a que entende que a natureza é híbrida, ou seja, quando o aparato é instalado, trata-se de exercício regular do direito, e quando ele for acionado, haverá legítima defesa preordenada.

Há doutrinadores que diferenciam os ofendículos da defesa mecânica predisposta, sendo aqueles os aparatos visíveis, e os segundos, ocultos.

Como nas demais excludentes, o agente vai responder pelo excesso nos ofendículos. A jurisprudência recomenda que o aparato seja visível e inacessível a terceiros inocentes. Assim, em se tratando de defesa mecânica predisposta, é necessária advertência a terceiros acerca da sua existência, como, por exemplo, “Atenção, cerca eletrificada”.

Sobre a responsabilização por excesso, assim discorre Guilherme de Souza Nucci<sup>25</sup>:

*É certo que o ofendículo, por constituir situação de legítima defesa (ou exercício regular de direito), precisa respeitar os mesmos elementos referentes à moderação. Qualquer excesso fará com que o instalador do ofendículo responda pelo resultado típico causado, por dolo ou culpa, conforme o caso concreto. Uma fórmula interessante para*

---

<sup>25</sup> Manual de Direito Penal, p. 224

*detectar a licitude do uso de ofendículos é proposta por Ranieri, que menciona o seguinte: se forem colocados obstáculos de modo visível, é evidente a sua legitimidade como meio defensivo, sem qualquer restrição de intensidade, porque o agressor, conhecendo o perigo ao qual se expõe, afronta-o deliberadamente. Entretanto, se for colocado de modo oculto, somente terá legitimidade como meio de defesa se for necessário e moderado, conforme o caso concreto. Embora creiamos ter validade essa regra para auxiliar o juiz a decidir acerca da maior ou menor reprovação que a conduta do defensor possa merecer em caso de exagero, quando o obstáculo atuar de modo intenso, ceifando a vida do agressor do patrimônio, por exemplo, tornamos ao problema da proporcionalidade, exigida majoritariamente pela jurisprudência de nossas Cortes. Trata-se, afinal, de bem indisponível (vida), pouco valendo o fato do ofendículo estar à vista ou não.*

## **6 - ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL**

Trata-se da excludente em que o agente pratica a ação em cumprimento de um dever imposto por lei, penal ou extrapenal. Ele tem o dever de atuar conforme a lei, dentro de seus limites.

Para ser considerado dever legal, é necessário que o ato esteja previsto em lei, ainda que no sentido lato. Aquele que cumpre um dever moral, religioso ou social não irá se beneficiar por essa excludente.

Guilherme de Souza Nucci<sup>26</sup> arrola como casos típicos de estrito cumprimento do dever legal, entre outros, a execução da pena de morte pelo carrasco, quando o ordenamento jurídico o permitir; a prisão em flagrante delito executada pelos policiais; o ingresso em casa alheia por agentes municipais para efeito de lançamento de imposto.

A diferença entre essa figura e o exercício regular do direito reside no fato de que, no exercício regular do direito, o agente tem a opção, uma faculdade na atuação, já no estrito cumprimento do dever legal, ele possui o dever de atuar.

Como em todas as excludentes, o agente vai responder pelo excesso, por ir além do ato legal determinado.

## **7 - EXCESSO PUNÍVEL**

Excesso é a intensificação desnecessária da conduta, que era inicialmente acobertada por uma excludente de antijuridicidade.

---

<sup>26</sup> Manual de Direito Penal, p. 231

O excesso é aplicável a todas as excludentes de antijuridicidade, devendo ser verificado qual o tipo de excesso ocorrido, se punível ou não.

No caso do estado de necessidade, o excesso reside no fato do agente poder agir de outro modo para evitar o resultado adverso. Na hipótese de legítima defesa, ocorre excesso se o agente utilizar meios desnecessários ou imoderados para evitar a agressão. No caso do exercício regular de um direito, o excesso se encontra no uso abusivo desse direito. Finalmente, no estrito cumprimento do dever legal, há excesso quando o agente extrapola os limites definidos em lei.

São modalidades de excesso:

Excesso doloso, que ocorre quando o agente quer ou assume o risco do excesso. Ele vai responder por isso a título de crime doloso.

Excesso culposo é aquele que decorre de negligência, imprudência ou imperícia. O agente vai responder como crime culposo se houver previsão.

Excesso acidental ou causal é aquele que decorre de caso fortuito ou força maior, um evento imprevisível. O agente será absolvido, porque no caso não há dolo nem culpa..

Excesso exculpante é aquele que decorre de uma perturbação do ânimo do agente, como o susto, o medo ou o reflexo. No caso, não se poderá exigir do agente um comportamento diverso. Esse excesso não está previsto em lei, mas é admitido pela doutrina como uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade.

Excesso intensivo é aquele que não se prolonga no tempo, que decorre da eleição de um meio não moderado. Por outro lado, excesso extensivo é aquele que se prolonga no tempo e que decorre do uso imoderado do meio eleito.

## **8 – CONCLUSÃO**

A antijuridicidade é a contrariedade de um ato com o direito, causando uma lesão a um bem juridicamente tutelado. Deve ser apreciada objetivamente, sem se considerar se o sujeito tinha consciência de que agia de forma contrária ao Direito.

Divide-se a antijuridicidade em genérica e específica, sendo a antijuridicidade genérica, aquela prevista fora do tipo penal, e a específica, aquela que se situa dentro do tipo penal

As causas excludentes da antijuridicidade afastam um dos elementos do crime, a contrariedade da conduta ao direito. Dividem-se em causas previstas na Parte Geral do Código Penal, causas previstas na Parte Especial do Código Penal e causas supralegais.

As primeiras são o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de um direito

As causas previstas na Parte Especial do Código Penal são válidas apenas para os delitos correspondentes. Já as causas supralegais de exclusão da antijuridicidade são aquelas não previstas em lei, mas admitidas com fundamento na antijuridicidade material, que exige para a sua caracterização a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico penalmente protegido.

As causas supralegais de exclusão da antijuridicidade são: o princípio da adequação social ou ação socialmente adequada; o princípio da insignificância, ou crime de bagatela; o princípio do balanço dos bens, ou princípio da proporcionalidade; e o consentimento do ofendido.

O estado de necessidade é o sacrifício de um interesse juridicamente protegido, para salvar de perigo atual e inevitável o direito do próprio agente ou de terceiro. O Código Penal brasileiro adota a teoria unitária para definir a natureza jurídica do estado de necessidade: se o bem jurídico sacrificado possui um valor menor ou igual ao daquele que foi salvo, há exclusão da ilicitude.

Os requisitos do estado de necessidade são: perigo atual; ameaça a direito próprio ou alheio; perigo não provocado voluntariamente pelo agente; inexistência do dever legal de enfrentar o perigo; inevitabilidade de fato necessitado e proporcionalidade entre o fato necessitado e o bem jurídico que se procura preservar

A legítima defesa é a reação, com os meios necessários e moderados, a uma agressão injusta, atual ou iminente, por parte do agredido ou em favor de terceira pessoa, contra o agressor.

Os requisitos da legítima defesa são a existência de agressão injusta atual ou iminente, a defesa a direito próprio ou alheio e o uso moderado dos meios necessários

O exercício regular de um direito constitui o desempenho de uma atividade ou a prática de uma conduta autorizada por lei, em sentido amplo, que torna lícito um fato típico.

Ofendículos são os aparatos predispostos à defesa da propriedade, previamente instalados, contra agressão alheia. Há duas posições acerca de sua natureza jurídica: exercício regular do direito de propriedade ou legítima defesa da propriedade.

A posição jurisprudencial dominante é a que entende que a natureza é híbrida, ou seja, quando o aparato é instalado, trata-se de exercício regular do direito, e quando ele for acionado, haverá legítima defesa preordenada.

No estrito cumprimento do dever legal o agente pratica a ação em cumprimento de um dever imposto por lei, penal ou extrapenal.

O excesso punível é a intensificação desnecessária da conduta, que era inicialmente acobertada por uma excludente de antijuridicidade. Aplica-se a todas as excludentes de antijuridicidade, devendo ser verificado qual o tipo de excesso ocorrido, se punível ou não.



## **9 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

**CAPEZ**, Fernando. **Direito Penal Simplificado – Parte Especial** – 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013

**ESTEFAM**, André; **GONÇALVES** Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquemático– Parte Geral** - 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014

**GRECO**, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral – Vol. II** – 16ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014;

**MIRABETE**, Júlio Fabrini. **Código Penal Interpretado** - 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

**NUCCI**, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal** – 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014