

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

VÍTOR GABRIEL RICHTER

**REFLEXOS E CONSEQUÊNCIAS DAS CAUSAS DE EXCLUSÃO DE ILICITUDE
TRABALHO DE CURSO**

Santa Rosa
2024

VÍTOR GABRIEL RICHTER

**REFLEXOS E CONSEQUÊNCIAS DAS CAUSAS DE EXCLUSÃO DE ILICITUDE
TRABALHO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas
Machado de Assis, como requisito parcial para
obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. William Dal Bosco Garcez Alves

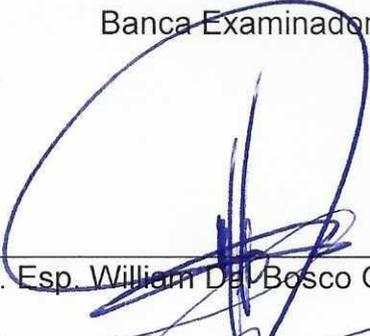
Santa Rosa
2024

VITOR GABRIEL RICHTER

REFLEXOS E CONSEQUÊNCIAS DAS CAUSAS DE EXCLUSÃO DE ILICITUDE

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora



Prof. Esp. William De Bosco Garcez Alves



Prof. Ms. Rafael Lago Salapata

Prof. Dr. Cláudio Rogério Sousa Lira

Santa Rosa, 03 de julho de 2024.

DEDICATÓRIA

Dedico o presente aos meus pais, Maristela e Clairton, que são minha fortaleza e nunca pouparam esforços para que eu alcançasse meus objetivos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que fizeram parte da minha jornada, da alfabetização à conclusão da graduação. Em especial, ao professor William Dal Bosco Garcez Alves por aceitar a tarefa de me orientar e por todo o aprendizado.

“Desejais prevenir os crimes? Fazei leis simples e claras; e esteja o país inteiro preparado a armar-se para defendê-las, sem que a minoria de que falamos se preocupe constantemente em destruí-las” (Cesare Beccaria).

RESUMO

A presente monografia tem como temática o fenômeno processual da exclusão de ilicitude. Para a delimitação do tema, o recorte temático será sobre a previsão legal e a aplicação da exclusão de ilicitude no ordenamento jurídico. A problemática da pesquisa está pautada em verificar a efetiva aplicação das excludentes de ilicitude quando demonstrada a presença das condições que a tornam possível. O que se busca com a pesquisa é encontrar respostas contundentes para questionamentos como, por exemplo: quais são os limites da aplicação da exclusão de ilicitude e sob qual contexto ocorre? Adota-se como objetivo geral produzir conhecimento acerca da exclusão da ilicitude e analisar sua aplicação, seus reflexos e suas consequências a partir das previsões legais do ordenamento jurídico, em especial do Código Penal, visando identificar os fundamentos e os fatos que a tornam possível como instrumento processual, buscando estabelecer uma meta para o trabalho, o que se atinge por meio de pesquisa jurisprudencial e literária sobre as excludentes. Será utilizada metodologia de abordagem dedutiva conjugada com o método comparativo para confronto dos elementos pesquisados. A pesquisa é baseada em documentação indireta, mediante pesquisa documental em fontes primárias como em arquivos públicos ou particulares, legislações, fontes estatísticas, pesquisa bibliográfica em fontes secundárias como livros, artigos científicos, publicações e afins. O trabalho foi dividido em dois capítulos: o primeiro aborda de forma abrangente através da contextualização do tema e da explanação de relações pertinentes; o segundo compõe estudo individualizado das causas de exclusão de ilicitude e dos seus reflexos. Ao final, verificou-se as possíveis formas de aplicação das excludentes, do que se conclui a insuficiência das previsões legais vigentes pela ausência de complementação ao que a excludente representa, quais os seus limites e de quais formas deve ser aplicada. Desse modo, a ausência de pontos fundamentais reflete insegurança jurídica, em virtude da nebulosa visualização do caso fático no contexto do julgamento.

Palavras-chave: Excludentes de ilicitude – Tipicidade – Direito – Defesa – Excesso.

ABSTRACT

This monograph addresses the procedural phenomenon of the exclusion of unlawfulness. To delimit the topic, the thematic cut will focus on the legal provision and application of the exclusion of unlawfulness in the legal system. The research problem is based on verifying the effective application of the exclusions of unlawfulness when the conditions that make it possible are demonstrated. The research aims to find compelling answers to questions such as: what are the limits of the application of the exclusion of unlawfulness and in what context does it occur? The general objective is to produce knowledge about the exclusion of unlawfulness and analyze its application, its effects, and its consequences based on the legal provisions of the legal system, especially the Penal Code, aiming to identify the foundations and facts that make it possible as a procedural instrument. This goal is achieved through jurisprudential and literary research on the exclusions. A deductive approach methodology combined with the comparative method will be used to confront the researched elements. The research is based on indirect documentation, through documentary research in primary sources such as public or private archives, legislation, statistical sources, and bibliographic research in secondary sources such as books, scientific articles, publications, and the like. The work is divided into two chapters: the first broadly addresses the topic through contextualization and explanation of pertinent relationships; the second comprises an individualized study of the causes of exclusion of unlawfulness and their effects. In the end, the possible forms of application of the exclusions were verified, concluding the insufficiency of the current legal provisions due to the lack of complementation of what the exclusion represents, its limits, and how it should be applied. Thus, the absence of fundamental points reflects legal insecurity due to the unclear visualization of the factual case in the context of the judgment.

Keywords: Legal justifications – Typicity – Right – Defense – Excess.

LISTA DE ABREVIações, SIGLAS E SÍMBOLOS.

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF - Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

AgRg no HC - Agravo Regimental no Habeas Corpus

Art. - Artigo

CBA - Código Brasileiro de Aeronáutica

CC - Código Civil

CDC - Código de Defesa do Consumidor

CF - Constituição da República Federativa do Brasil

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

CP - Código Penal

CPC/15 - Código de Processo Civil de 2015

CPM - Código Penal Militar

CREMESP - Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo

HC - Habeas Corpus

inc. – inciso

nº - número

p. – página

P. único - parágrafo único

STF - Supremo Tribunal Federal

TJRS - Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

§ - parágrafo

RE - Recurso Extraordinário

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1 A LEI PENAL E A EXCLUSÃO DE ILICITUDE.....	14
1.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA: CONCEITOS E SIGNIFICADOS.....	14
1.2 A RELAÇÃO ENTRE TIPICIDADE E ILICITUDE.....	26
2 CAUSAS DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE.....	34
2.1 ESTADO DE NECESSIDADE.....	34
2.2 LEGÍTIMA DEFESA.....	40
2.3 ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL E EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO.....	47
CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS.....	57

INTRODUÇÃO

O tema da presente monografia é a exclusão de ilicitude, cuja temática será abordada mediante análise doutrinária, jurisprudencial e do ordenamento jurídico, com ênfase no Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1948) e nas demais legislações pertinentes. A delimitação do tema incide na análise sobre como a previsão legal, a aplicabilidade concreta das causas excludentes de ilicitude e os seus desdobramentos processuais no ordenamento jurídico estão relacionados.

Analisar a estabilidade jurídica no que diz respeito à exclusão de ilicitude é o horizonte do problema, pelo que a problemática do trabalho está pautada em verificar a efetiva aplicação das excludentes de ilicitude quando demonstrada a presença das condições que a tornam possível. Ao considerarmos a possibilidade de que uma ação típica possa ser justificada pela necessidade de proteger bens jurídicos supremos, enfrentamos o desafio de equilibrar direitos em colisão, respeitando a dignidade humana e a proporcionalidade das respostas jurídicas. Por essa razão, o que se busca com a pesquisa é encontrar respostas contundentes para questionamentos como, por exemplo: quais são os limites da aplicação da exclusão de ilicitude e sob qual contexto ocorre?

Adota-se como objetivo geral produzir conhecimento acerca da exclusão de ilicitude e analisar sua aplicação, seus reflexos e suas consequências a partir das previsões legais do ordenamento jurídico, em especial do Código Penal, visando identificar os fundamentos e os fatos que a tornam possível como instrumento processual. Nesse sentido, o objetivo geral definirá o fim que se pretende alcançar com a investigação, buscando estabelecer uma meta para o trabalho, o que se atinge por meio de pesquisa jurisprudencial e literária sobre as excludentes. Constituem objetivos específicos: a) Analisar na literatura vieses doutrinários pertinentes ao objeto do trabalho; b) Conhecer os reflexos da determinação da exclusão da ilicitude; c) Identificar jurisprudência dos tribunais de justiça e verificar a presença das causas de exclusão.

Acerca da justificativa, a temática aplicada em matéria processual penal quanto ao caráter ilícito da conduta representa grande relevância para operadores do direito, mas sua existência e aplicação se destinam a todos os indivíduos. A

análise e o estudo da matéria possibilitam acesso ao conhecimento sobre os direitos previstos na legislação, de forma que saber os requisitos e como ocorre o reconhecimento da exclusão é imprescindível para que em momentos específicos não sejam cometidos atos ilícitos que trarão aspectos negativos em vez de ações legais. Assim, é necessário levar conhecimento às pessoas cuja vida e segurança dependem da aplicação legal da legislação, especialmente àquelas que se encontram em situação de perigo e àquelas cujo trabalho seja garantir a integridade e a segurança social, a fim de que conheçam e tenham propriedade dos seus direitos e possam ampará-los e defendê-los caso haja necessidade. Portanto, faz-se mister individualizar as causas de exclusão para compreender as aplicações e a estrutura das teses defensivas sob a ótica dos direitos fundamentais, com o propósito de angariar base teórica e crítica em relação ao tema do projeto, complementando-se os estudos previamente realizados.

No tocante à metodologia, a pesquisa desenvolvida está pautada em pesquisa de doutrina, legislação e jurisprudência, com objetivos descritivos, de procedimento bibliográfico e documental, forma de tratamento de dados qualitativa e de natureza teórica, por apresentar fim puramente balizador no tocante ao tema na abordagem das diferenças doutrinárias e legislativas. Na operacionalização dos procedimentos técnicos, será utilizado plano de produção de dados baseado em documentação indireta, mediante pesquisa documental em fontes primárias como em arquivos públicos ou particulares, legislações, fontes estatísticas, pesquisa bibliográfica em fontes secundárias como livros, artigos científicos, publicações e afins. O intuito será pesquisar o evento processual da exclusão da ilicitude, com método de abordagem dedutivo conjugado com o método comparativo para confronto dos elementos pesquisados.

Adiante, a organização da monografia compreende dois capítulos: o primeiro dividido em dois subcapítulos; o segundo, em três subcapítulos, os quais coincidem com os objetivos específicos da pesquisa. Dessa forma, o primeiro capítulo destinou-se ao estudo e à análise da lei penal e da exclusão da ilicitude de forma abrangente através da contextualização do tema e da explanação da relação entre a tipicidade e ilicitude. No segundo capítulo, a pesquisa deu enfoque ao estudo individualizado das causas de exclusão de ilicitude e seus reflexos. Para tanto, foi utilizada na análise material literário e direito positivado, inclusive pontos de direito comparado, com a finalidade de analisar o tratamento legal.

1 A LEI PENAL E A EXCLUSÃO DE ILICITUDE

Em primeiro contato, retrata-se a importância da lei penal para identificar de quais formas seus traços orientam o objeto de estudo, sob o prisma da finalidade e da proteção social, já que o direito penal é o corpo de normas jurídicas voltado à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação (Nucci, 2023).

Todas as questões em torno da lei penal são fundamentais para a compreensão da matéria, com a abrangência constitucional e a imprescindível observação de Greco de que “[...] a lei, portanto, é a bandeira maior do Direito Penal. Sem ela, proibindo ou impondo condutas, tudo é permitido” (Greco, 2023, p. 55).

Ressalta-se que a presente monografia abordará as excludentes baseadas na teoria geral, restringindo-se pela delimitação temática com atenção a conceitos introdutórios e balizadores do tema.

1.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA: CONCEITOS E SIGNIFICADOS

Neste subcapítulo, será dado o contexto do tema a partir de conceitos importantes e das causas excludentes, quais sejam: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito. A princípio, urge esclarecer, durante o preparo do campo de estudo, sobre o que se trata a ilicitude, que na visão de Andreucci é:

[...] relação de contrariedade entre o fato e o ordenamento jurídico. Não basta, para a ocorrência de um crime, que o fato seja típico (previsto em lei). É necessário também que seja antijurídico, ou seja, contrário à lei penal, que viole bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico (Andreucci, p. 127, 2021).

Ao considerar a antijuridicidade um dos requisitos do crime, ao lado do fato típico (Andreucci, 2021), surge o termo ilicitude como sinônimo. Tal caracterização, em linhas gerais, auxilia no esclarecimento material face ao estudo realizado.

Na complementação do objeto de estudo, Paschoal apresenta concepção valorizadora dos excludentes de ilicitude como valores sociais, da seguinte forma:

A legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do Direito afastam não só a antijuridicidade, mas a própria tipicidade da conduta, já que aqueles que agem nessas situações, na verdade, prezam pelos valores sociais. Esses fatores excludentes recebem o nome de justificantes (Paschoal, 2015, p. 35).

Em complementação à abordagem anterior, salienta-se a relação entre os bens jurídicos - que serão citados na sequência - e as ações lesivas a bens de terceiros quando da defesa de próprios, de modo que:

Considerando o princípio da ofensividade como balizador do Direito Penal contemporâneo que só se legitima por meio da proteção subsidiária de bens jurídicos, é possível afirmar que as hipóteses de exclusão da ilicitude previstas no art. 23 do CP são autorizações legais e excepcionais para lesão a bens jurídicos de terceiros (Fabretti, Smanio, 2019, p. 256).

De início, o estado de necessidade propriamente dito apresenta um estado ao qual o agente está inserido em virtude de acontecimentos. No Código Penal, ostenta a redação abaixo:

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).

Do artigo, são identificados os seguintes requisitos: perigo atual, não provocado, inevitável, para defesa de direito próprio ou alheio. Quanto ao perigo, refere-se que conforme Callegari “[...] o perigo no estado de necessidade pode ser provocado pelo homem, por irracional (caso de animais) ou por força da natureza: tempestades, raios, inundações etc” (Callegari, 2014, p. 153).

Em abordagem semelhante, Paschoal expõe que “[...] o estado de necessidade só está presente quando há um perigo atual (e não uma possibilidade de perigo) que não fora causado pelo agente” (Paschoal, 2015, p. 36). Desse modo, é possível identificar traços complementares nas considerações de diferentes doutrinadores. Com a definição, é fundamental explicitar diante de quais critérios e condições ocorrem. Sobre o assunto, Marques, Tasoko e Andrade trazem o seguinte exemplo:

Suponhamos que em um naufrágio o número de botes não seja suficiente para transportar todos os passageiros, e mediante tal informação ocorre uma disputa pelos lugares. Decorre dessa disputa a morte de alguns

passageiros, que acabaram morrendo afogados por terem sido empurrados por outros para fora do bote. Percebam que, nesse caso, aqueles que empurraram os outros passageiros para fora do bote estavam praticando tal fato para se salvarem de perigo atual, de modo que o naufrágio não ocorreu por vontade de nenhuma pessoa que praticava a conduta. Nessa circunstância não era exigível evitar o sacrifício de tal bem (vida) (Marques; Tasoko; Andrade, 2022, p. 22).

Adiante, Guilherme de Souza Nucci classifica o estado de necessidade em dois pontos, sendo eles o defensivo - que “[...] ocorre quando o agente pratica o ato necessário contra a coisa da qual promana o perigo para o bem jurídico” (Nucci, 2023, p. 432) - e o agressivo, verificado quando “[...] o agente se volta contra pessoa ou coisa diversa da qual provém o perigo para o bem jurídico. Exemplo: para prestar socorro a alguém, o agente toma o veículo alheio, sem autorização do proprietário” (Nucci, 2023, p. 432).

A excludente da legítima defesa, por sua vez, no ordenamento jurídico brasileiro, possui definição formal consubstanciada no Código Penal:

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. Parágrafo único. Observados os requisitos previstos no caput deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes (Brasil, 1940).

A Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, conhecida como Pacote Anticrime, incluiu o parágrafo único do artigo 25 e tal inclusão possibilitou clareza na aplicação da excludente quanto ao seu caráter prático. Outrossim, a legítima defesa se justifica em razão da incapacidade de o Estado e das forças de segurança pública atenderem a todas as pessoas que se encontram em situação de perigo. Nesse sentido, Callegari disciplina a matéria da seguinte forma:

“[...] quando o Estado não pode garantir a efetiva proteção de um direito da vítima, estaria ela legitimada para atuar nesse sentido. Em outras palavras, quando não houver possibilidade de o Estado preservar o bem jurídico de uma determinada vítima, esta poderá fazê-lo utilizando seus próprios meios sem que sofra qualquer censura por parte do agente público.” (Callegari, 2014, p. 159).

Sob outro prisma, na abordagem da proporcionalidade e equivalência entre os bens jurídicos, pode-se utilizar como norteadora a compreensão de Callegari de que “[...] para ser entendido como um ato de legítima defesa, a repulsa do agente

deve observar uma proporcionalidade objetiva com a agressão sofrida.” (Callegari, 2014, p. 165). No mesmo plano da proporcionalidade, no tocante à proporcionalidade de defesa, Nucci expõe entendimento:

A lei não a exige (art. 25, CP), mas a doutrina e a jurisprudência brasileiras posicionam-se no sentido de ser necessária a proporcionalidade (critério adotado no estado de necessidade) também na legítima defesa. Por tal razão, se o agente defender bem de menor valor fazendo perecer bem de valor muito superior, deve responder por excesso. É o caso de defender a propriedade à custa da vida. Aquele que mata o ladrão que, sem emprego de grave ameaça ou violência, levava seus pertences fatalmente não poderá alegar legítima defesa, pois terá havido excesso, doloso ou culposo, conforme o caso (Nucci, 2023, p. 418).

Em outro horizonte, há de se aduzir sobre a limitação à legítima defesa no tocante aos bens jurídicos. Na visão de Paschoal:

Acerca da legítima defesa, é ainda importante mencionar que o legislador não a limita à proteção da vida ou da integridade física. Todos os bens jurídicos são passíveis de ser legitimamente defendidos, exigindo-se apenas que se verifiquem os requisitos legais para a excludente. Não há dúvida, por exemplo, de que poderá alegar legítima defesa a pessoa que, para se defender de um estupro, acaba matando seu agressor (Paschoal, 2015, p. 36).

Sob outra abordagem, [...] “a legítima defesa caracteriza hipótese de proteção individual de direito próprio ou de terceiro e fundamenta-se em dois princípios: a proteção individual de bens jurídicos e a afirmação do direito em defesa da ordem jurídica” (Fabretti; Smanio, 2019, p. 259). A título de exemplo, destaca-se o seguinte quanto à proporcionalidade da legítima defesa:

[...] se o defendente é ameaçado com uma faca, é legítimo que ele se defenda com uma arma de fogo. Mas, se após o tiro de advertência o agressor se afasta, não é legítimo alvejá-lo. Ou, se após o tiro de advertência o agressor não se afasta e o defendente necessita alvejá-lo na perna, não é legítimo alvejá-lo novamente quando caído no chão (Fabretti, Smanio, 2019, p. 259).

Quanto ao estrito cumprimento de dever legal e ao exercício regular de direito, ressalta-se que essas causas de exclusão, embora trazidas pela lei no mesmo inciso, apresentam diferenças no tocante a requisitos e origens. A previsão legal de ambas estabelece, no artigo 23, inciso III, do Código Penal, tal qual para o

estado de necessidade e para a legítima defesa, o afastamento do caráter típico e ilícito da conduta.

De forma específica para o estrito cumprimento do dever legal, Andreucci expõe que “[...] somente ocorre a excludente quando existe um dever imposto pelo Direito, seja em regulamento, decreto ou qualquer ato emanado do Poder Público” (Andreucci, 2021, p. 135), o que vai ao encontro da grande maioria dos doutrinadores.

Em outros termos, Callegari disciplina o seguinte:

Entende-se estar agindo em estrito cumprimento do dever legal o agente que orienta um comportamento lesivo ao bem jurídico de outrem, fazendo-o em obediência a um comando legal. Esse direito/dever de agir, todavia, encontra-se delimitado na própria lei, fazendo com que qualquer ato abusivo seja passível de responsabilização (Callegari, 2014, p. 171).

Adiante, o exercício regular do direito possui relação, em sua forma, com o caráter discricionário das medidas excepcionais, sendo que para Callegari:

[...] no caso do exercício regular do direito o agente tem a faculdade de assim agir. Ou seja, o agente pode ou não, de acordo com a sua vontade, realizar determinada conduta e, caso decida realizá-la, não poderá ser punido por sua ação ou omissão, pois a lei permite que assim o faça (Callegari, 2014, p. 172).

Assim, a faculdade no agir está condicionada, de forma explícita, à vontade do agente. Entretanto, não se deve visualizar a parcial discricionariedade da conduta como exercício de direito de agir ou de omitir ações. Nesse plano, a atual situação de aplicação do estado de necessidade encontrará abordagem no sentido de que estará submetida à análise dos excessos, que serão responsabilizados no rigor do Código Penal.

Da mesma forma, destaca-se a complexidade da investigação dos reflexos da exclusão de ilicitude na abordagem específica do exercício regular de direito, porque a amplitude de aplicação vai de encontro a direitos fundamentais. Aqui, surge a necessidade de compreender a causa excludente de forma individual.

Porque estabelecidas as condições que permitem o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito, faz-se necessário evidenciar situações fáticas de ocorrência. Greco apresenta o trecho abaixo para compreensão do tema no tocante à execução de atividade de auxiliar da justiça:

Assim, por exemplo, se um oficial de justiça, cumprindo um mandado de busca e apreensão de um televisor, por sua conta resolver também fazer a apreensão de um aparelho de som, já antevendo um pedido futuro, não terá agido nos limites estritos que lhe foram determinados, razão pela qual, com relação à apreensão do aparelho de som, não atuará amparado pela causa de justificação (Greco, 2023, p. 423).

Acima, verifica-se clara limitação à execução de atribuição legal, conferida ao oficial por meios legítimos sob a observância constituição e consequências cíveis e penais para as condutas danosas por ele praticadas. Uma vez imposto o dever pelo Direito, há a proteção e segurança de que não serão cometidos abusos e ilícitos.

No tocante ao estrito cumprimento de dever legal, expõe-se a consideração de Paschoal sob a ótica de que “[..] o policial que, diante da prática de um crime, realiza uma prisão em flagrante está cumprindo o seu dever legal, não sendo possível pretender puni-lo por abuso de autoridade, ou qualquer outro delito” (Paschoal, 2015, p. 37).

Para tanto, as prerrogativas conferidas ao policial - sob a observância do princípio da legalidade - serão reguladas pelo estrito cumprimento de dever, não excluída a responsabilidade por excesso. De igual modo, Nucci traz abordagem constitucional sobre o exercício regular de direito, atacando pontos acerca do domicílio e do cumprimento de diligências policiais sob o viés legal, da seguinte forma:

[...] 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 se esconde 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, 2023, p. 440).

Outrossim, Andreucci disciplina que a obediência ao exercício regular deve ser estrita, sob pena de abuso (Andreucci, 2021), com o devido realce aos exemplos do “[...] desforço imediato no esbulho possessório (art. 1.210, § 1.º, do CC), o direito de retenção por benfeitorias, as intervenções médico-cirúrgicas, a correção dos filhos pelos pais etc” (Andreucci, p. 136, 2021).

A fim de complementar o tema, urge mencionar que a questão do estrito cumprimento de dever legal está diretamente ligada a funções legais:

Assim, sendo possível a condenação de um brasileiro à pena de morte por fuzilamento, os militares responsáveis por atirar e matar o condenado praticam a conduta típica de homicídio (art. 121, caput, do CP), mas agem de forma lícita, pois cumprem estritamente um dever legal. A mesma situação ocorre com o carcereiro que restringe a liberdade do preso (art. 148, caput, do CP) e com o oficial de justiça que arresta os bens do devedor (art. 155, caput, do CP) cumprindo ordem judicial (Fabretti, Smanio, 2019, p. 266).

Em outra análise, relata-se a existência dos instrumentos da ilicitude em outros dispositivos legais, que também podem ser utilizados a depender do caso concreto e das condições em que abordada a exclusão de ilicitude. No Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969), por exemplo, há como causas de exclusão de ilicitude explícitas o estado de necessidade e a legítima defesa, condicionados a requisitos e elementos semelhantes, mas com aspectos diversos. Do referido dispositivo legal, há o estado de necessidade como excludente de culpabilidade, previsto no artigo 39 com a seguinte redação:

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).

De modo semelhante, tal Código dispõe a exclusão de crime em contexto de urgência diverso do previsto no Código Penal, tendo em vista a abrangência limitada a que se aplica o CPM e as condições de sua eficácia, conforme se depreende abaixo no artigo 42, parágrafo único:

Não há igualmente crime quando o comandante de navio, aeronave ou praça de guerra, na iminência de perigo ou grave calamidade, compele os subalternos, por meios violentos, a executar serviços e manobras urgentes, para salvar a unidade ou vidas, ou evitar o desânimo, o terror, a desordem, a rendição, a revolta ou o saque (Brasil, 1969).

Ainda no tocante ao estado de necessidade, há previsão expressa - no Código Penal Militar - da causa como excludente de culpabilidade e como excludente do crime, que será abordado na sequência. Nesse instrumento, o estado de necessidade apresentará redação semelhante à encontrada no Código Penal, em que pese o CPM trazer variância entre a natureza e a importância do mal causado, caracterizando de modo que no artigo 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).

Quanto à legítima defesa propriamente dita, o código traz redação equivalente de que “[...] entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem” (Brasil, 1969). Do mesmo modo, propõe a responsabilidade pelos excessos no viés de que “[...] o agente que, em qualquer dos casos de exclusão de crime, excede culposamente os limites da necessidade, responde pelo fato, se este é punível, a título de culpa” (Brasil, 1969). Ocorre, ainda, a existência de excesso escusável, de modo que “[...] Não é punível o excesso quando resulta de escusável surpresa ou perturbação de ânimo, em face da situação” (Brasil, 1969).

Sobre outra ótica, cumpre apresentar abordagem das forças armadas, em complemento ao Código Penal Militar, no tocante à exclusão de ilicitude. Aqui, adotar-se-á como base a Lei n° 7.565, de 19 de dezembro de 1986, também conhecida como Código Brasileiro de Aeronáutica, que disciplina o seguinte acerca da detenção, interdição e apreensão de aeronave:

Art. 303. A aeronave poderá ser detida por autoridades aeronáuticas, fazendárias ou da Polícia Federal, nos seguintes casos:
I - se voar no espaço aéreo brasileiro com infração das convenções ou atos internacionais, ou das autorizações para tal fim;
II - se, entrando no espaço aéreo brasileiro, desrespeitar a obrigatoriedade de pouso em aeroporto internacional;
III - para exame dos certificados e outros documentos indispensáveis;
IV - para verificação de sua carga no caso de restrição legal (artigo 21) ou de porte proibido de equipamento (parágrafo único do artigo 21);
V - para averiguação de ilícito (Brasil, 1986).

Pelo trecho supracitado, identifica-se a possibilidade de ação por parte das autoridades responsáveis em casos de hostilidade ou de fiscalização necessárias para o desempenho da soberania e das atividades estatais. Ainda no artigo 303 do CBA, em especial no parágrafo 1º, há previsão de que a “[...] autoridade aeronáutica poderá empregar os meios que julgar necessários para compelir a aeronave a efetuar o pouso no aeródromo que lhe for indicado” (Brasil, 1986), no sentido de que o emprego desses meios constituirá ação para o

cumprimento de dever legal. Em casos mais severos, aplicar-se-á a redação do seguinte trecho do artigo 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica:

§ 2º Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada (Brasil, 1986).

A partir do presente ponto, faz-se mister dissecar o parágrafo acima mencionado, porque há imensurável contribuição ao objeto do presente trabalho acadêmico. De início, a classificação da aeronave como hostil sujeita a mesma à medida de destruição, que pode ser compreendida como abate ou inutilização. Ocorre, porém, que tal atitude representa - sob visão ampla - violação a direito do particular, em que pese a ilicitude do fato ou a inobservância de ato derivado de poder administrativo, como é o caso do poder de polícia.

Entretanto, a legislação não afasta - de igual modo ao Código Penal - a responsabilização das autoridades por excessos praticados, com a redação no artigo 303 do CBA de que “[...] a autoridade mencionada no § 1º responderá por seus atos quando agir com excesso de poder ou com espírito emulatório” (Brasil, 1986). Assim, evidencia-se controle dos dispositivos pertinentes ao estrito cumprimento de dever legal. Adiante, o Código Brasileiro da Aeronáutica prevê situação em que as autoridades brasileiras irão interferir pela segurança pública e pela paz entre as nações:

Art. 304. Quando, no caso do item IV, do artigo anterior, for constatada a existência de material proibido, explosivo ou apetrechos de guerra, sem autorização, ou contrariando os termos da que foi outorgada, pondo em risco a segurança pública ou a paz entre as Nações, a autoridade aeronáutica poderá reter o material de que trata este artigo e liberar a aeronave se, por força de lei, não houver necessidade de apreendê-la.

§ 1º Se a aeronave for estrangeira e a carga não puser em risco a segurança pública ou a paz entre as Nações, poderá a autoridade aeronáutica fazer a aeronave retornar ao país de origem pela rota e prazo determinados, sem a retenção da carga.

§ 2º Embora estrangeira a aeronave, se a carga puser em risco a segurança pública e a paz entre os povos, poderá a autoridade aeronáutica reter o material bélico e fazer retornar a aeronave na forma do disposto no parágrafo anterior (Brasil, 1986).

Das condutas acima citadas, cumpre aduzir relação no tocante ao direito à vida com o Decreto nº 592, de 6 julho de 1992, conhecido como Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. No Decreto, pelo teor do artigo 6, “[...] o direito à vida

é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida” (Brasil, 1992), no sentido de que o abate de aeronaves como condição do artigo 303 do CBA representa - de forma nítida - ameaça à integridade física daqueles que cometem o ilícito.

Da mesma forma, faz-se ligação com a presunção de inocência estabelecida constitucionalmente, porque de forma alguma ocorrerá análise das circunstâncias com profundidade no momento em que a aeronave será submetida à destruição. Em complementação, o Decreto nº 5.144, de 16 de julho de 2004, complementa a Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, no tocante ao enquadramento da aeronave como aeronave suspeita, com o teor de que:

Art. 2º Para fins deste Decreto, é considerada aeronave suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins aquela que se enquadre em uma das seguintes situações:

I - adentrar o território nacional, sem Plano de Vôo aprovado, oriunda de regiões reconhecidamente fontes de produção ou distribuição de drogas ilícitas; ou

II - omitir aos órgãos de controle de tráfego aéreo informações necessárias à sua identificação, ou não cumprir determinações destes mesmos órgãos, se estiver cumprindo rota presumivelmente utilizada para distribuição de drogas ilícitas (Brasil, 2004).

Assim, caracterizado o objeto em debate e as violações possíveis - com caráter exemplificativo – enfatiza-se a medida passível de coerção por parte da autoridade aeronáutica: destruição, pela seguinte observância ao artigo 4º de que “[...] a aeronave suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins que não atenda aos procedimentos coercitivos descritos no art. 3º será classificada como aeronave hostil e estará sujeita à medida de destruição” (Brasil, 2004). Adiante, mesmo instrumento normativo estabelece no que consiste a medida coercitiva, na forma abaixo:

Art. 5º A medida de destruição consiste no disparo de tiros, feitos pela aeronave de interceptação, com a finalidade de provocar danos e impedir o prosseguimento do vôo da aeronave hostil e somente poderá ser utilizada como último recurso e após o cumprimento de todos os procedimentos que previnam a perda de vidas inocentes, no ar ou em terra (Brasil, 2004).

De modo semelhante e complementar, o Decreto nº 5.129, de 6 de julho de 2004, dispõe sobre a Patrulha Naval e em seu artigo 4º prevê possibilidade no sentido abaixo:

§ 3º Persistindo a recusa em parar, poderá efetuar tiros diretos, com o armamento fixo, sobre o navio ou embarcação infratora, até que a ordem seja atendida, observando os seguintes limites:

I - o uso da força, com emprego do armamento, deverá ser limitado ao mínimo necessário para alcançar o resultado desejado;

II - os tiros diretos deverão ser executados com projetis de carga não explosiva, em cadência lenta ou em sucessão de rajadas espaçadas; e

III - poderão ser utilizados projetis com carga explosiva nos casos em que o infrator responder ao fogo ou encetar qualquer manobra que coloque em risco o meio naval em patrulha, suas embarcações ou aeronaves orgânicas, ou a sua tripulação (Brasil, 2004).

Na sequência, menciona-se o importante processo de comparação dos dispositivos legais existentes em outros países no tocante ao tema na interpretação e compreensão desses instrumentos jurídicos como reguladores da segurança e da justiça social. O Código Penal de Portugal (Decreto-Lei nº 48/95), por exemplo, aborda de forma semelhante a exclusão da ilicitude de modo que o artigo 31 discorre da seguinte forma:

1 - O facto não é punível quando a sua ilicitude for excluída pela ordem jurídica considerada na sua totalidade. 2 - Nomeadamente, não é ilícito o facto praticado: a) Em legítima defesa; b) No exercício de um direito; c) No cumprimento de um dever imposto por lei ou por ordem legítima da autoridade; ou d) Com o consentimento do titular do interesse jurídico lesado (Portugal, 1995).

A legítima defesa propriamente dita pode ser encontrada na legislação portuguesa com a redação “[...] constitui legítima defesa o facto praticado como meio necessário para repelir a agressão actual e ilícita de interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro” (Portugal, 1995), de maneira que os instrumentos jurídicos se complementam em vários aspectos, como é o caso de repelir agressão atual a direito seu ou de outrem.

Outrossim, há semelhanças e diferenças no julgamento pelos excessos praticados. Faz-se presente a possível atenuante de pena no caso de excesso na legítima defesa, o que não ocorre no cenário jurídico do Brasil, e pode ser encontrada no artigo 33 do diploma legal português:

1 - Se houver excesso dos meios empregados em legítima defesa, o facto é ilícito mas a pena pode ser especialmente atenuada. 2 - O agente não é punido se o excesso resultar de perturbação, medo ou susto, não censuráveis (Portugal, 1995).

Adiante, há diferenças pontuais se comparado ao Código Penal brasileiro, no sentido de que o estado de necessidade pode ser encontrado de forma equivalente ao direito de necessidade previsto no Código Penal português, que ostenta a redação abaixo:

Não é ilícito o facto praticado como meio adequado para afastar um perigo actual que ameace interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro, quando se verificarem os seguintes requisitos: a) Não ter sido voluntariamente criada pelo agente a situação de perigo, salvo tratando-se de proteger o interesse de terceiro; b) Haver sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado; e c) Ser razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse em atenção à natureza ou ao valor do interesse ameaçado (Portugal, 1995).

Em que pese requisitos para referida causa de exclusão, não ocorre de forma explícita no Código Penal brasileiro a existência do aspecto superioridade do interesse a ser salvaguardado ao interesse sacrificado. Os demais traços das excludentes convergem no sentido de perigo não provocado e de razoabilidade na reação para salvar direito próprio ou alheio. Sob outra perspectiva, o Decreto-Lei nº 48/95 menciona excludente de ilicitude do conflito de deveres, o qual possui traços semelhantes ao estrito cumprimento de dever legal e pode ser definido, no artigo 34º no sentido de que:

1 - Não é ilícito o facto de quem, em caso de conflito no cumprimento de deveres jurídicos ou de ordens legítimas da autoridade, satisfizer dever ou ordem de valor igual ou superior ao do dever ou ordem que sacrificar. 2 - O dever de obediência hierárquica cessa quando conduzir à prática de um crime (Portugal, 1995).

Retornando ao sistema jurídico brasileiro, merece destaque a referência na sequência para enfatizar, novamente, a íntima conexão existente entre o bem jurídico disponível e a necessidade de proteção:

Essas autorizações excepcionais são justificadas pela necessidade de imediata proteção dos bens jurídicos (estado de necessidade e legítima defesa) ou necessidade de proteção do próprio ordenamento jurídico (estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito) (Fabretti, Smanio, 2019, p. 256).

A excepcionalidade intrínseca a essa necessidade encontra lastro específico na proteção do ordenamento. Em complemento, o inciso I do artigo 188 do Código Civil de 2002 ostenta a redação de que não constituem atos ilícitos “[...] os

praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido” (Brasil, 2002). Em mesmo sentido, Lotufo disciplina sobre a legítima defesa e o exercício regular de direito reconhecido no tocante à matéria civil:

O Código Civil admite o uso da legítima defesa, na situação prevista no art. 1.210, § 1º, que faculta ao possuidor turbado, ou esbulhado, que defenda sua posse por atos de defesa ou de desforço indispensáveis ao seu interesse (Lotufo, 2016, p. 589)

De tal modo, fica evidente a intertextualidade entre os conceitos e a vasta presença de instrumentos excludentes de ilicitude nas diversas bases legais brasileiras e estrangeiras. Contextualizado o tema, na sequência deve-se introduzir abordagem conceitual no tocante à relação existente entre a tipicidade e a ilicitude, porque o que se busca é verificar previsões doutrinárias e normativas e critérios de aplicação em torno do tema, além de possíveis divergências no campo prático e contextual das excludentes.

1.2 A RELAÇÃO ENTRE TIPICIDADE E ILICITUDE

Em abordagem inicial, menciona-se a abrangência da norma penal com a observância dos princípios constitucionais. Especialmente, destaca-se o princípio encontrado no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil, com a redação “[...] não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (Brasil, 1988).

A norma penal, por sua vez, tem validade condicionada ao conceito de crime para aplicação na infração penal e na conduta que se busca eximir o caráter ilícito, cuja complementação pode ser encontrada na visão de doutrinadores. Para tanto, adota-se o conceito analítico de crime na forma exposta por Callegari:

Para que um fato seja considerado criminoso é necessário que haja uma conduta típica, antijurídica e culpável. São estes, portanto, os requisitos do fato punível: (a) ter sido praticada uma conduta; (b) tratar-se de uma conduta típica; (c) tratar-se de uma conduta antijurídica; e (d) tratar-se de uma conduta culpável (Callegari, 2014, p. 35).

Tendo em vista que a exclusão de ilicitude faz parte da conduta antijurídica, no Decreto-Lei nº 2.848 (Código Penal) está prevista na Parte Geral, Título II, no artigo 23, com a redação de que “[...] não há crime quando o agente pratica o fato”

(Brasil, 1948), e elenca as causas de exclusão. Quanto a essas, Greco dispõe que “[...] às normas penais incriminadoras é reservada a função de definir as infrações penais, proibindo ou impondo condutas, sob a ameaça de pena” (Greco, 2023, p. 57). No mesmo horizonte, Marques, Tasoko e Andrade abordam que:

No conceito analítico, o crime é o fato típico, antijurídico e culpável. Este é o conceito predominante na doutrina, que defende a teoria tripartida do crime; desse modo, para se falar em delito se faz necessário que o agente tenha praticado uma conduta típica, ilícita e culpável, do contrário não há que se falar em crime (Marques; Tasoko; Andrade, 2022, p. 10).

Em mesmo sentido, Capez disciplina conceito no tocante à tipicidade, para o qual apresenta descrição da seguinte forma:

É a subsunção, justaposição, enquadramento, amoldamento ou integral correspondência de uma conduta praticada no mundo real ao modelo descritivo constante da lei (tipo legal). Para que a conduta humana seja considerada crime, é necessário que se ajuste a um tipo legal. Temos, pois, de um lado, uma conduta da vida real e, de outro, o tipo legal de crime constante da lei penal. A tipicidade consiste na correspondência entre ambos (Capez, 2024, p. 104).

Logo, caracterizada a abrangência da norma penal pelo conceito analítico de crime e não sendo aplicáveis as normas penais incriminadoras, há de se considerar a presença das normas penais não incriminadoras, das quais a exclusão de ilicitude faz parte por, propriamente, afastar o agente da culpabilidade. O jurista Fernando Capez, em complemento, traz abordagem do tipo no tocante à tipicidade no viés da existência de espécies permissivas ou justificadoras, com o teor de que “[...] são tipos penais que não descrevem fatos criminosos, mas hipóteses em que estes podem ser praticados. Por essa razão, denominam-se permissivos. São tipos que permitem a prática de condutas descritas como criminosas” (Capez, 2024, p. 104). Nesse núcleo de matéria a legítima defesa está inserida, com seus requisitos, permitindo a realização de conduta sem responsabilização pelo fato descrito como delituoso (Capez, 2024).

Desse modo, afastados os critérios do conceito analítico, quando da presença das causas que possibilitam a exclusão de ilicitude, não há que se falar em fato criminoso em razão do amparo legal, ainda que segundo Greco “[...] para que possamos falar em ilicitude, é preciso que o agente contrarie uma norma” (Greco, 2023, p. 375). Sob outra abordagem, Capez refere acerca de distinção entre a

tipicidade a adequação típica, de modo que a tipicidade é formal pela correspondência à previsão legal, sem análise da conduta do agente, enquanto a adequação típica analisa a vontade do agente, por critérios de dolo ou culpa, para o enquadramento (Capez, 2024).

Suplementando-se a relação entre tipicidade e ilicitude, ainda pelos conceitos de Fernando Capez, há de se mencionar a abordagem do autor em relação às fases da tipicidade, com ênfase para a fase do tipo penal como essência da ilicitude, pela qual “[...] tipo e ilicitude fundiram-se em uma relação indissolúvel no interior do injusto, embora seus conceitos não se confundam” (Capez, 2024, p. 105). Ainda nesse viés, salienta-se que:

[...] separando tipicidade e ilicitude em dois momentos distintos, surgiria a híbrida figura do fato antinormativo-normativo. Por exemplo, alguém que comete um homicídio em legítima defesa terá praticado um fato proibido (matar alguém) e, ao mesmo tempo, permitido (em legítima defesa) (Capez, 2024, p. 105).

Adiante, a fase acima mencionada representa ponto defendido pela doutrina, que não a majoritária. A diretriz dominante sobre a relação entre a tipicidade e a ilicitude é no sentido de que tipo e ilicitude são fenômenos diferentes, que não devem ser confundidos (Capez, 2024). Pela vantagem dessa corrente doutrinária, a verificação da tipicidade será feita em momento antecedente à verificação da ilicitude, em razão do necessário enquadramento do fato típico (Capez, 2024).

Em outra compreensão, é preciso analisar que o conceito de crime é artificial, ou seja, independe de fatores naturais, constatados por um juízo de percepção sensorial, uma vez que se torna impossível classificar uma conduta, ontologicamente, como criminosa (Nucci, 2023, p. 146). Nesse prisma, são levadas em consideração as concepções sociais, morais e éticas para a identificação de determinada conduta, ainda que os conceitos de crime, que tem como sinônimo delito, sejam insubstanciais para sua compreensão. Da obra fundamental de Nucci, destaca-se que:

Em suma: tipicidade é instrumento de adequação, enquanto o fato típico é a conclusão desse processo. Exemplificando: Tício elimina a vida de Caio, desferindo-lhe tiros de arma de fogo (fato da vida real). Constata-se haver o modelo legal previsto no art. 121 do Código Penal (“matar alguém”). Subsume-se o fato ao tipo e encontramos a tipicidade. Logicamente, para que os fatos da vida real possam ser penalmente valorados, é indispensável que o trinômio esteja presente (conduta + nexos + resultado) (Nucci, 2023, p. 168).

Desse modo, estabelecidas as relações necessárias para a tipicidade, é preciso ressaltar a relação propriamente dita entre a tipicidade e a ilicitude, já que ambas são representadas por espécies de suas exclusões. Quanto às excludentes de tipicidade, dividem-se em legais (expressamente previstas em lei) e supralegais (implicitamente previstas em lei).

Como exemplos de excludentes, podemos citar: “[...] a) crime impossível (art. 17); b) intervenção médico-cirúrgica e impedimento de suicídio (art. 146, § 3.º); c) retratação no crime de falso testemunho (art. 342, § 2.º); d) anulação do primeiro casamento no crime de bigamia (art. 235, § 2.º)” (Nucci, 2023, p. 199). Assim, observa-se que os vieses doutrinários quanto à ilicitude e à punibilidade são semelhantes, excetuando-se diferenças quanto aos requisitos e a sua classificação.

Nesse sentido, Callegari disciplina que:

Podemos dizer, então, que a tipicidade pressupõe a antijuridicidade, é um indício dela, pois uma conduta típica, de regra, será contrária ao Direito, ou seja, possuirá esse juízo negativo de valor. Porém, a certeza de que uma conduta será típica e antijurídica só ocorrerá se esta não estiver eivada de uma excludente de ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade e estrito cumprimento de dever legal), situações que afastam a contrariedade ao Direito (Callegari, 2014, p. 90).

Outrossim, é válido destacar a vinculação entre a tipicidade e a legalidade, sob o viés de que “[...] a observância do referido princípio é imprescindível em um Estado Democrático de Direito, no qual os crimes somente podem ser criados por atividade legislativa” (Fabretti; Smanio, 2019, p. 232).

Dessa forma, o objeto de estudo acadêmico não está pautado no fenômeno processual responsável pelo afastamento da tipicidade, mas sim na sucedida exclusão de ilicitude, que será abordada de forma individualizada no decorrer da presente monografia.

Em outro horizonte, faz-se adendo à questão do papel da lei penal como reguladora das condutas. O artigo 3º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, o Decreto-Lei nº 4.657, de 1942, traz em sua redação que “[...] ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece” (Brasil, 1942), o que efetivamente se verifica em todas as áreas do direito, seja nas questões administrativas, nas infrações penais e, principalmente, nos crimes.

Para Carnelutti, o conceito rudimentar de delito, sob a ótica do direito italiano, “[...] é ato voluntário do homem, prejudicial à ordem social e, por isso, reprimido com

pena e com restrição” (Carnelutti, 2015, p. 48). Da mesma forma, disciplina que “[...] pode-se admitir que não há necessidade de um treinamento específico para fazer a aplicação das leis exigidas pela vida cotidiana” (Carnelutti, 2015, p.24).

Quanto à tipicidade, Paschoal disciplina que “[...] a tipicidade estaria presente sempre que alguém realizasse a conduta prevista pelo legislador como criminosa” (Paschoal, 2015, p. 32), o que fomenta a necessidade de haver previsão legal prévia - inclusive pela observância dos princípios constitucionais - para aplicação posterior da ilicitude como matéria de defesa, mediante análise dos requisitos e elementos do fato pela subsunção (Paschoal, 2015).

No mesmo sentido, é imprescindível destacar a seguinte observação:

O tipo penal é uma estrutura jurídica utilizada pelo legislador para definir quais elementos compõem a proibição. No tipo penal de homicídio (art. 121, caput, do CP), por exemplo, os elementos que compõem a proibição são: “matar” e “alguém”. A tipicidade, por sua vez, é o juízo de adequação entre uma conduta praticada em concreto por determinada pessoa (João mata Pedro) e o tipo penal preexistente (“matar alguém”), ou seja: para se dizer que determinada conduta é típica, ela precisa enquadrar-se ao tipo penal (Fabretti; Smanio, 2019, p. 234).

Há diferenciação, porém, no tocante ao conhecimento legal para o exercício de condutas lícitas, com a máxima observância de que não é possível alegar desconhecimento da lei para cometer violações. Ainda acerca da tipicidade, Estefam e Gonçalves conceituam da seguinte forma em relação a sua estrutura e à inclusão no ordenamento brasileiro:

A tipicidade, ao lado da conduta, constitui elemento necessário ao fato típico de qualquer infração penal. Deve ser analisada em dois planos: formal e material. Entende-se por tipicidade a relação de subsunção entre um fato concreto e um tipo penal (tipicidade formal) e a lesão ou perigo de lesão ao bem penalmente tutelado (tipicidade material). Trata-se de uma relação de encaixe, de enquadramento. É o adjetivo que pode ou não ser dado a um fato, conforme ele se enquadre ou não na lei penal (Estefam; Gonçalves, 2022, p. 348).

Nesse rumo, que traz a tipicidade como elemento necessário para o fato típico, a ilicitude possui relação com a tipicidade, sendo essa um indício daquela (Estefam; Gonçalves, 2022). Partindo-se deste viés, ressalta-se de forma aprofundada a relação entre ambas:

Cuida-se a antijuridicidade ou ilicitude da contrariedade do fato com o ordenamento jurídico (enfoque puramente formal ou “ilicitude formal”), por meio da exposição a perigo de dano ou da lesão a um bem jurídico tutelado (enfoque material ou “ilicitude material”). 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 (Estefam; Gonçalves, 2022, p. 457).

As lições acima explicitadas são de fundamental mérito para construir relações e semelhanças entre os pontos que serão abordados na sequência, bem como para visualizar a concreticidade em que ocorre a exclusão. Os reflexos e consequências desta abarcam não somente o direito penal, mas também noções constitucionais e humanísticas no tocante a conflitos entre bens jurídicos e acerca da responsabilização, por exemplo.

Em outra perspectiva, serão abordadas duas teorias fundamentais para a compreensão da relação entre tipicidade e ilicitude: teoria da “*ratio cognoscendi*”, ou indiciariedade, e “*ratio essendi*”, também absoluta dependência. Nesse ponto, busca-se compreender a consequência do fato típico no campo da ilicitude, bem como seus reflexos. Em princípio, quanto à teoria da indiciariedade - enquanto parte da teoria de tipo - Andreucci disciplina que “[...] nesta fase, caracterizada pela contribuição de Max Ernest Mayer, a tipicidade é considerada um indício de antijuridicidade” (Andreucci, 2021, p. 95). Assim, o caráter típico da conduta se debruçará apenas como indício da antijuridicidade, ora tratada como ilicitude. No mesmo rumo, Cunha expõe o seguinte acerca da teoria:

Idealizada por Mayer em 1915, entende que a existência do fato típico gera uma presunção (relativa) de que também é ilícito. Não há (ao contrário da anterior) uma absoluta independência entre esses dois substratos, mas uma relativa dependência. Conclusão: fato típico desperta indícios de ilicitude, apesar de permanecer íntegro quando excluída a antijuridicidade do comportamento. Quando JOÃO mata ANTONIO, temos um fato típico e indícios de ilicitude na conduta. Comprovada a defesa, exclui-se a antijuridicidade do fato, que, no entanto, permanece típico (Cunha, 2019, p. 298).

Tais considerações são importantes para a clareza na diferenciação entre as teorias. Agora, trata-se de abordar a teoria da absoluta dependência. Quanto a essa, Cunha versa que em tal teoria “a ilicitude é a essência da tipicidade, numa absoluta relação de dependência” (Cunha, 2019, p. 298). Em mesmo prisma, Andreucci destaca:

[...] nesta fase ressalta-se a construção de Edmund Mezger, atribuindo ao tipo a função constitutiva da ilicitude ou antijuridicidade. Nesse sentido, a tipicidade seria a ratio essendi da antijuridicidade, ou seja, havendo tipicidade, haverá também antijuridicidade (Andreucci, 2021, p. 95).

Desse modo, deve-se observar que se não há ilicitude, não há fato típico. Na mesma linha, uma vez comprovada a legítima defesa, a antijuridicidade e a tipicidade serão afastadas (Cunha, 2019). Adiante, cumpre salientar não existir apenas as referidas teorias, mas diversas no tocante à relação entre tipicidade e ilicitude, a depender da corrente doutrinária utilizada. Nesse viés, destaca-se a existência da teoria da autonomia, ou absoluta independência, abordada da seguinte forma:

Defendida por Ernst Ludwig von Beling (1906), para esta teoria a tipicidade não tem qualquer relação com a ilicitude. Primeiro se comprova o fato típico para, num segundo momento, demonstrar a ilicitude, tratando-se de substratos absolutamente independentes na construção analítica do crime. Conclusão: fato típico não desperta juízo de valor no campo da ilicitude. Quando excluída a antijuridicidade, o fato permanece típico. Quando JOÃO mata ANTONIO, temos um fato típico e indícios de ilicitude da conduta. Comprovada a legítima defesa, exclui-se a antijuridicidade do fato, que, no entanto, permanece típico (Cunha, 2019, p. 298).

Abordadas as principais teorias no tocante à relação, há de se referir acerca da conexão específica entre a tipicidade e a legalidade. De início, Paschoal observa o seguinte quanto a esses tópicos:

A tipicidade está umbilicalmente relacionada ao princípio da legalidade. Isso porque, para que se possa falar em tipicidade de determinada conduta, faz-se necessário que o legislador tenha criado, anteriormente, um tipo penal relativo a ela” (Paschoal, 2015, p. 33).

Da observância ao princípio da legalidade é preciso destacar a concepção do direito administrativo sobre o tema, na ótica de que:

Este princípio, juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade (Di Pietro, 2023, p. 109).

Cumpre salientar, desde então, que a tipicidade obedecerá à legalidade em todas as suas formas, porque o princípio da legalidade funciona como freio nas

tendências arbitrárias do Estado e de todos aqueles que atuam em seu nome (Motta, 2021), além do destaque ao princípio processual penal da reserva legal, o qual tem caráter constitucional no artigo 5º, inciso XXXIX, com a redação de que “[...] não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (Brasil, 1988), e evita descomedimentos por parte dos garantidores da segurança.

Sob outra perspectiva, abordar-se-á o direito de punir, também conhecido por “*jus puniendi*”. Aqui, destaca-se que o direito de punir “[...] decorre do ordenamento legal e consiste no poder genérico e impessoal de punir qualquer pessoa culpável que venha a cometer um ilícito penal” (Capez, 2024, p. 31). Dessa forma, os sujeitos culpáveis que tenham cometido algo enquadrado na tipicidade, seja por dolo ou culpa - inclusive para salvaguardar seus direitos - poderão ser passíveis de imputação criminal.

Adiante, é imprescindível a compreensão de que “[...] a partir do instante em que é praticada a transgressão, nasce para o Estado o direito de aplicar a punição legal ao infrator” (Capez, 2024, p. 31). Tal informação confere fundamento para relacionar o objeto de estudo com a previsão legal, porque auxilia no processo de formação do conceito analítico de crime citado na ótica de Callegari. Ocorre, porém, que a exclusão de ilicitude irá de encontro ao caráter ilícito, porque a conduta praticada, em que pese típica e culpável, encontra lastro em instrumentos jurídicos que possibilitam afastar o caráter pela antijuridicidade.

Retomando à problemática do presente estudo, as concepções iniciais aduzidas permitem elaborar material para a formalização dos questionamentos em torno do tema. A delimitação do tema, porém, não constitui empecilho para a formação de conhecimentos e para a verificação da aplicação prática do direito penal, seja nos vieses doutrinários ou nas jurisprudências oriundas dos tribunais.

Na sequência, será especificado o tema, por meio de conceitos e significados relacionados, sempre mantendo a fundamentação legal e doutrinária. Para tanto, busca-se mencionar as excludentes de forma individualizada, mediante apresentação de diferentes correntes de caracterização adotadas por legisladores, doutrinadores e julgadores.

Ante o exposto, dar-se-á seguimento pela introdução de abordagem individualizada, pois o que se busca é verificar os critérios de aplicação e as formas de julgamento dos tribunais em torno do tema, bem como divergências na análise das excludentes.

2 CAUSAS DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE

2.1 ESTADO DE NECESSIDADE

Quando do processo criminal, entende-se que o ônus de alegar fato impeditivo, modificativo ou extintivo será da defesa, nos moldes do artigo 396-A do Código de Processo Penal: “[...] na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário” (Brasil, 1941).

Assim, na resposta à acusação pode ser alegado o estado de necessidade para se alcançar a exclusão da ilicitude. Nota-se, porém, que o estado de necessidade abrange todas as condutas, desde que cumpridos os requisitos para sua existência. Tema de grande debate é o furto famélico e sua desconsideração com base no princípio da insignificância ou fundamentado no estado de necessidade. No Código Penal, o furto simples apresenta tipificação no artigo 155, caput: “[...] subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel” (Brasil, 1940). A aplicação do princípio da insignificância está pautada na mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada, como no HC 98.152-6, do Supremo Tribunal Federal (Brasil, 2009).

Em mesmo sentido, a jurisprudência oriunda da Oitava Câmara Criminal demonstra o seguinte entendimento quanto às manifestações do furto famélico e do caráter da antijuridicidade face ao estado de necessidade, quando considerada a insignificância na diferenciação quanto ao estado de necessidade, conforme identificado na apelação criminal de número 5004328-28.2021.8.21.0021:

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO QUANDO À MATERIALIDADE E AUTORIA. EXCLUDENTE DE ILICITUDE. ESTADO DE NECESSIDADE. FURTO FAMÉLICO. INOCORRÊNCIA. Admite-se a excludente de antijuridicidade pela prática de delito famélico quando o agente, vivendo em condições de miserabilidade, subtrai alimentos para consumo imediato e com o objetivo de saciar a sua fome ou de familiares. Ônus probatório do qual não se desincumbiu a defesa, a teor do disposto no artigo 156 do Código de Processo Penal. DOSIMETRIA. SANÇÕES INALTERADAS. APELO DEFENSIVO DESPROVIDO (Rio Grande do Sul, 2022).

Logo, há de se analisar, quando preenchidos os requisitos, a ilicitude do fato no furto praticado sob o pretexto de manter a sobrevivência da pessoa. Sob outro viés, utilizando-se como base a Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/1998), é imprescindível caracterizar as condutas que se busca abranger pelo estado de necessidade. Aqui, cumpre destacar a diferença dos verbos nucleares qualificados no artigo 29 da Lei de Crimes Ambientais estabelecida por Baltzar Júnior:

Matar é abater, sacrificar, fazer morrer. Perseguir é ir ao encalço, seguir ou procurar o animal. Caçar é perseguir com o fim de matar ou colocar em cativeiro. Apanhar é apreender o animal vivo. Utilizar é aproveitar de qualquer forma, seja como alimento, vestimenta, matéria-prima ou mesmo para mero deleite (Baltzar Junior, 2017, p. 487).

Dessa forma, caso o sujeito pratique alguns dos verbos do artigo 29, quais sejam: matar, perseguir, caçar, apanhar ou utilizar espécime, ou espécimes, da fauna brasileira, estará ele amparado pelo estado de necessidade, desde que o esforço despendido seja para manter a sua vida diante de situação de risco. Entretanto, é preciso referir que as condutas praticadas no perigo de vida não se confundem com a caça para subsistência e caça e afins nas modalidades comuns, que geralmente objetivam lucro ou satisfação de interesses próprios.

Nesse plano, a Lei de Crimes Ambientais elenca de forma expressa a inclusão do estado de necessidade e traz exceção na aplicação:

Art. 37. Não é crime o abate de animal, quando realizado: I - em estado de necessidade, para saciar a fome do agente ou de sua família; II - para proteger lavouras, pomares e rebanhos da ação predatória ou destruidora de animais, desde que legal e expressamente autorizado pela autoridade competente; III - (VETADO) IV - por ser nocivo o animal, desde que assim caracterizado pelo órgão competente (Brasil, 1998).

Adiante, Baltzar Júnior traz comentário a respeito do tema de que “[...] com exceção da previsão do inc. I do art. 37, não tem sido reconhecida a excludente, em razão de perigo, para crimes contra a fauna” (Baltzar Junior, 2017, p. 488). Nesse ponto, a lesão ao bem jurídico de outrem precisa ser inevitável e com claro perigo.

Da análise jurisprudencial, verifica-se a recorrência das teses defensivas elencadas com a exclusão de ilicitude pela referida causa, conforme mostra abaixo a ementa de julgado da Quarta Câmara Criminal, do Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul, acerca da tese na apelação criminal número 70072703556, no

sentido de haver ser imprescindível prova de que a conduta fosse necessária para salvar terceiro de perigo atual:

APELAÇÃO-CRIME. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. ART. 16, P. ÚNICO, INC. IV, DA LEI Nº 10.826/03. EXCLUSÃO DA ILICITUDE POR ESTADO DE NECESSIDADE OU LEGÍTIMA DEFESA DE TERCEIRO. INOCORRENTE. REDUÇÃO DO APENAMENTO. DESCABIDA. 1. **A materialidade e a autoria delitivas estão demonstradas e esta é inequívoca em face da confissão do réu. A tese discriminante não está comprovada, já que não há prova de que a conduta fosse necessária para salvar terceiro de perigo atual que não provocou (art. 24, do CP) ou, ainda, fosse o único meio, necessário, porém moderado, de repelir injusta agressão atual (art. 25, do CP).** 2. A dosimetria da pena carcerária não merece reparo, até porque arbitrada em seu mínimo legal, sendo inviável romper esse patamar à luz do que dispõe a Súmula nº 231 do STJ. APELO DEFENSIVO DESPROVIDO (Rio Grande do Sul, 2017, grifo meu).

Em outra perspectiva, utiliza-se como ponto de análise jurisprudência da Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que destaca, na apelação criminal número 5000444-71.2015.8.21.0030, os seguintes pontos acerca do estado de necessidade:

APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 14, DA LEI Nº 10.826/03. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. NULIDADE NA REVISTA PESSOAL. NÃO RECONHECIDA. AFASTAMENTO, POR MAIORIA DE VOTOS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. ESTADO DE NECESSIDADE. REQUISITOS NÃO CONFIGURADOS. APENAMENTO. MANTIDA A PENA DEFINITIVA IMPOSTA NA SENTENÇA. CULPABILIDADE NEGATIVA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME DESFAVORÁVEIS. I - A ação policial não foi impulsionada por mero subjetivismo, mas se desenvolveu a partir de fundadas suspeitas, lastreadas em juízo de constatação decorrente do devido cumprimento legal de ofício, descritas com precisão na prova carreada, aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas pelos indícios e pelas circunstâncias do caso. In casu, os policiais militares receberam denúncia do setor de inteligência de que um indivíduo estava dirigindo em atitude suspeita e resolveram abordar, bem como que tal pessoa poderia ser um terceiro, de nome Marquinhos, o qual estava foragido na época. O condutor não parou imediatamente e ingressou no pátio de uma escola, onde foi abordado, e, em revista, os policiais apreenderam a arma de fogo em seu veículo. Dessa forma, havia razoabilidade na medida adotada, pois a conduta perpetrada pelo acusado levantou fundadas suspeitas por parte dos agentes públicos, as quais vieram a ser confirmadas posteriormente com a apreensão da arma de fogo. Preliminar afastada. II - **Falece a tese de estado de necessidade, porque não ficou devidamente esclarecido que o acusado havia adquirido a arma para defesa própria. Outrossim, caso possibilitado o uso da arma a todas as pessoas que se sentissem ameaçadas ou inseguras alargaria a previsibilidade legal quanto às situações permissivas do porte de arma, ocasionando perigoso descontrole estatal. Ademais, o acusado deveria buscar respaldo legal para sua conduta, devendo registrar a arma de fogo ou procurar se proteger de forma lícita, buscando a autoridade policial e de segurança competentes para**

tanto, o que não foi levado a efeito no caso. III - Mantidas as vetoriais negativas da culpabilidade do agente e pelas circunstâncias do crime. O Juízo ad quem não fica vinculado aos fundamentos expostos, mas somente à pena final estabelecida na sentença, que não pode ser agravada em recurso exclusivo da defesa. Precedentes do STF e STJ. Pena definitiva mantida. RECURSO DESPROVIDO, POR MAIORIA. (Rio Grande do Sul, 2024, grifo meu).

Adiante, a mesma Câmara Criminal do TJRS, na apelação criminal 5004356-42.2020.8.21.0017, dispõe o seguinte no tocante à sustentação da defesa do réu estaria portando arma de fogo com numeração suprimida e em inobservância à concessão de autoridade como medida de proteção a perigo:

APELAÇÃO CRIME. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA OU SUPRIMIDA. PROVA DA MATERIALIDADE E AUTORIA. EXCLUDENTE DE ILICITUDE DO ESTADO DE NECESSIDADE. INOCORRÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. EXISTÊNCIA DO FATO COMPROVADA. PRESENÇA DE PROVA DA AUTORIA DELITIVA. POLICIAIS MILITARES QUE REALIZARAM A APREENSÃO, TESTEMUNHA PRESENCIAL E ACUSADO QUE CONFIRMAM A POSSE DA ARMA DE FOGO PELO RECORRENTE. CONDENAÇÃO MANTIDA. 2. ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE DEMONSTRAM QUE O RÉU NÃO AGIU SOB O ABRIGO DA EXCLUDENTE DE ILICITUDE DO ESTADO DE NECESSIDADE. AUSÊNCIA DE REFERÊNCIA PELO RÉU DE QUE VINHA SENDO AMEAÇADO. PERIGO ATUAL NÃO DEMONSTRADO. POSSE DA ARMA QUE PERDURAVA HÁ QUASE UM ANO. 3. PROVA PERICIAL QUE DEMONSTRA QUE A ARMA DE FOGO ESTAVA COM A NUMERAÇÃO SUPRIMIDA POR PROCESSO DE ABRASÃO MECÂNICA, A APONTAR QUE A CONDUTA SE AMOLDA AO TIPO PENAL PREVISTA NO ARTIGO 16, § 1º, INCISO IV, DA LEI Nº 10.826/03. IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO (Rio Grande do Sul, 2024).

O caso acima citado reflete questões pertinentes no tocante à exclusão de ilicitude e os elementos probatórios, os quais são necessários para os requerimentos postulados. Em que pese a defesa ter argumentos no sentido de que o réu agia sobre estado de necessidade ao portar arma de fogo com numeração suprimida, faltou demonstração de perigo atual não provocado para uma possível extinção do caráter ilícito da conduta descrita. No mesmo sentido a apelação criminal número 5005561-15.2022.8.21.0057 abaixo, com situação semelhante ao perigo atual, da qual enfatiza-se que a mera alegação de insegurança pessoal não possui condão de afastar a ilicitude pelo estado de necessidade.

APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 16, §1º, INC. IV, DA LEI Nº 10.826/03. PORTE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. TESE DE ESTADO DE NECESSIDADE AFASTADA. MERA

ALEGAÇÃO DE INSEGURANÇA PESSOAL NÃO AFASTA A ILICITUDE DA CONDUTA. CONDENAÇÃO MANTIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRIÇÃO DE DIREITOS. PROVIMENTO. I - **A mera alegação de insegurança pessoal não possui o condão de afastar a ilicitude da conduta ou a culpabilidade do réu. Não há vedação para a aquisição de arma de fogo, desde que devidamente observados os trâmites legais para tanto, o que não foi observado na conduta do acusado.** II - Sendo o réu primário e presentes os requisitos do art. 44, do CP, possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - que assim é feito nesta instância, nos termos do art. 44, §2º, parte final, do CP. Ações penais em curso ou sem decisão definitiva sequer configuram antecedentes, e, de mesma forma inviável ponderá-las para fins de substituição da pena, pelo princípio da presunção da inocência. Precedentes. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO (Rio Grande do Sul, 2024, grifo meu).

Abaixo, identificam-se semelhanças com os demais julgados da Quarta Câmara Criminal do TJRS, como é o caso da apelação criminal número 5139308-69.2021.8.21.0001, na qual é possível evidenciar uniformidade nos julgamentos no tocante ao lastro probatório e à análise das condições do caso concreto, não sendo admissível que sujeito porte arma de fogo, sem autorização, sob o argumento de ineficácia da proteção Estatal:

APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 16, §1º, IV, DA LEI 10.826/03. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. PROVAS DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO E DE AFASTAMENTO DA MULTA. REGIME. 1. O porte ilegal de arma de fogo é crime de perigo abstrato e de mera conduta, mostrando-se prescindível a demonstração de risco concreto. Precedentes. Na esteira do entendimento dos Tribunais, em especial o Supremo Tribunal Federal, não são inconstitucionais os crimes de perigo abstrato, a exemplo daqueles previstos na Lei nº 10.826/03, que teve sua constitucionalidade assentada na ADI 3.112/DF. Conduta típica. 2. Pratica o crime do art. 16, §1º, IV, da Lei 10.826/03 quem porta 01 (um) revólver, marca Ítalo, calibre 32 S&W Long., com numeração raspada, municiado com sete cartuchos, intactos, de mesmo calibre, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. A reconstituição dos fatos a partir das provas colhidas nos autos não deixa dúvida sobre a prática delitiva, qual narrada na peça acusatória. Os policiais apresentaram relato firme e minudente a respeito das circunstâncias envolvendo a apreensão, em narrativa que se amolda aos demais elementos colhidos nos autos. Não há por que duvidar da versão apresentada por eles, não só pela firmeza do relato apresentado, mas também porque não foi apresentado um motivo sequer para inquiná-la de dúvida. O acusado deixou de apresentar sua versão dos fatos, pois optou pelo silêncio constitucionalmente assegurado. O seu envolvimento com o crime, no entanto, está demonstrado pela condenação definitiva anterior ao presente pela prática de crime de roubo majorado.3. **Apenas em situações onde concretamente se vislumbre que a limitação do direito de portar ou possuir arma tenha impedido ao cidadão a defesa de um direito de estatura constitucional, que poderá ser dogmaticamente enquadrado como estado de necessidade, inexigibilidade de conduta diversa ou outra excludente de ilicitude ou culpabilidade, comprovando-se que a proteção pelo Estado foi negada ou, de algum modo, restou**

impossibilitada, é que será possível o acolhimento da tese trazida pela Defesa. Não é o que se verifica no caso dos autos. Condenação mantida. 4. Descabida a desclassificação para o tipo do art. 14 da Lei 10.826/03, pois demonstrado mediante exame pericial que a numeração da arma foi removida por processos abrasivos, pouco importando a autoria da supressão. 5. Segundo entendimento firmado a partir do RE 453.000/RS, a agravante da reincidência é constitucional e não acarreta bis in idem, pois consiste em concretizar a individualização da pena e diferenciar os condenados primários daqueles que ostentam envolvimento pretérito em práticas delitivas. Agravante mantida. 6. A multa é preceito secundário do tipo pelo qual o réu foi condenado, não havendo previsão legal para a isenção do pagamento. APELAÇÃO NÃO PROVIDA (Rio Grande do Sul, 2024, grifo meu).

Adiante, será abordada criteriosa questão no tocante à prática do delito de subtração, ocultação ou inutilização de material de salvamento e aos desdobramentos pertinentes no contexto de calamidade ou desastre. Assim, pela observância ao fato típico, identifica-se a seguinte descrição no artigo 257 do Código Penal:

Art. 257 - Subtrair, ocultar ou inutilizar, por ocasião de incêndio, inundação, naufrágio, ou outro desastre ou calamidade, aparelho, material ou qualquer meio destinado a serviço de combate ao perigo, de socorro ou salvamento; ou impedir ou dificultar serviço de tal natureza (Brasil, 1940).

Pelo enquadramento ao artigo em questão, incorrerá nas penas quem praticar os verbos nucleares, quais sejam, subtrair, ocultar ou inutilizar aparelhos ou materiais destinados ao socorro ou salvamento. Nesse ponto, para fins de elucidação, é de amplo uso em situações de inundação coletes salva-vidas, boias e embarcações, que auxiliam no socorro e no salvamento das vítimas.

Entretanto, caso algum sujeito subtraia propriedade alheia, como por exemplo coletes salva-vidas ou extintores de incidência, na ocasião de incêndio, inundação ou naufrágio, praticará a conduta prevista no artigo 257 do Código Penal, que ostenta pena de reclusão de dois a 5 anos, além de multa. Em análise aplicada ao contexto, o agente que subtrai o equipamento na iminência de perigo atual a sua vida e de sua família, inevitavelmente se encontra claramente abrangido pela excludente de ilicitude do estado de necessidade. Destaca-se, porém, que a finalidade da subtração deverá ser a salvaguarda da vida do sujeito ativo, e não para fins comerciais ou diversos, pelo que será incurso nas sanções do artigo 257.

Este capítulo explorou diversos aspectos e controvérsias que cercam a excludente desde sua previsão legal e doutrinária até os debates e divergências

sobre sua aplicabilidade e limites. Assim, concluímos que o estado de necessidade representa pilar fundamental para a compreensão das excludentes de forma que seu reconhecimento transcende a mera análise de condutas infratoras, alcançando a essência da culpabilidade, sob a observância de que a aplicação do estado de necessidade exige avaliação cuidadosa e criteriosa dos elementos que o configuram. Referida análise não é apenas técnica, mas profundamente embasada em princípios éticos e morais que orientam o direito penal, cujo objeto de estudo carece de complementação e raciocínio crítico. Na sequência, abordar-se-á causa excludente de ilicitude de grande destaque e fundamental importância.

2.2 LEGÍTIMA DEFESA

A princípio, parte-se da modalidade conhecida por “putativa” para iniciar a abordagem sobre essa excludente, que possui previsão legal no Código Penal, no artigo 20, parágrafo 1º, com a redação de que “[...] 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” (Brasil, 1940).

Adiante, a legítima defesa putativa estaria configurada quando, segundo Greco, “[...] a situação de agressão é imaginária, ou seja, só existe na mente do agente. Só o agente acredita, por erro, que está sendo ou virá a ser agredido injustamente” (Greco, 2023, p. 399). No mesmo plano, para exemplificar, Greco traz a seguinte situação hipotética:

Augusto ameaça seu vizinho João dizendo que o mataria assim que o encontrasse de uma próxima vez. João, amedrontado com a ameaça, adquire uma arma para sua defesa. Dias depois, Augusto se encontra com João e, ao avistá-lo, leva uma das mãos à cintura, dando a entender que iria sacar uma arma, oportunidade em que João, supondo que seria morto por Augusto, saca seu revólver e o aponta contra aquele e efetua o disparo. Augusto, que naquela oportunidade havia ido ao encontro de João para desculpar-se, e não para cumprir a promessa de morte, vendo que seria ferido ou morto por João, agora, realmente, saca a arma que trazia em sua jaqueta e atira neste último. Ambos saem feridos do fatídico encontro (Greco, 2023, p. 413).

Desse modo, o erro ao qual o agente está inserido, diante do contexto, ocorre em razão da situação que acredita estar acontecendo, sem prejuízo da sua responsabilidade nos casos de delito punível na modalidade culposa. No mesmo

plano da putatividade da legítima defesa, Marques, Tasoko e Andrade ostentam a seguinte compreensão:

Putativa (imaginária): a situação de agressão está no imaginário do agente, que acredita estar diante de tal. Exemplo: imaginemos que João estava andando em um local sem iluminação e encontre seu desafeto, Caio, que caminhava em sua direção com um objeto brilhante. Acreditando ser um metal cortante, a fim de se defender da iminente agressão, João lesiona Caio, que, na verdade, carregava uma lâmpada e não tinha por intenção agredi-lo. Nesse caso, a antijuridicidade não está excluída. A legítima defesa imaginária está prevista no § 1º do art. 20 do Código Penal (Marques; Tasoko; Andrade, 2022, p. 24).

Quanto ao excesso na reação, cumpre salientar que o excesso não diz respeito apenas à legítima defesa, mas sim a todas as excludentes de ilicitude. Tão somente ocorre que o excesso acaba tendo maior notoriedade quando relacionado à legítima defesa, sem prejuízo das outras aplicações. Nesse plano, Nucci aborda os excessos no contexto das excludentes da seguinte forma:

Os excessos no contexto das excludentes estão concentrados nos seguintes aspectos: a) no estado de necessidade, concentra-se o excesso no “agir de outro modo para evitar o resultado”. Se o agente afasta a ocorrência do resultado, valendo-se de meios dispensáveis, que acabem produzindo dano em bem jurídico alheio, terá agido com excesso; b) **na legítima defesa, o excesso está firmado na falta do emprego dos meios necessários para evitar a agressão ou no uso desses meios, embora de maneira imoderada;** c) no estrito cumprimento do dever legal, o excesso está focalizado no “dever legal”. Quando a lei impõe um modo para o agente atuar, deve ele seguir exatamente os parâmetros fixados; fugindo a eles, responde pelo excesso; d) no exercício regular de direito, o excesso está no exercício abusivo de direito, isto é, exercitar um direito, embora de modo irregular e prejudicando direito alheio (Nucci, 2023, p. 449, grifo meu).

De tal modo, o excesso possui previsão legal para responsabilização das condutas, o que pode ser encontrado no artigo 23, parágrafo único, do Código Penal, com o teor “[...] o agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo” (Brasil, 1948). Logo, a reação deve manter, sempre, a proporcionalidade referida entre a ameaça e o bem jurídico em discussão, sob pena de criminalização e penalização das condutas excessivas.

Adiante, serão mencionadas espécies de excesso e formas de enfrentamento. No presente tópico, será retomada a questão da moderação e proporcionalidade da reação, com a expansão da análise de questões como provocação e igualdade de armamento e ênfase na legítima defesa.

Em complemento, é preciso retomar a abordagem sobre os elementos e características do delito no contexto da salvaguarda de direitos. De início, trata-se acerca da iminência da agressão, especialmente nos casos de provocação e a ameaça, já que, segundo Nucci, “[...] atual é o que está acontecendo (presente), enquanto iminência é o que está em vias de acontecer (futuro imediato). Diferentemente do estado de necessidade, na legítima defesa admitem-se as duas formas de agressão: atual ou iminente” (Nucci, 2023, p. 233). Ademais, da análise do texto do Código Penal é preciso estabelecer com clareza o momento em que começa a agressão e a atualidade do perigo, para que a proporcionalidade exista e torne possível a aplicação da exclusão da ilicitude.

Sob outro prisma, a igualdade de armamento é abordada na questão da utilização dos meios necessários para reação, na abordagem de Nucci de que “[...] o agressor pode estar, por exemplo, desarmado e, mesmo assim, a defesa ser realizada com emprego de arma de fogo, se esta for o único meio que o agredido tem ao seu alcance. O ponto alto é singelo: o direito não deve ceder ao injusto, seja a que pretexto for” (Nucci, 2023, p. 239).

Nesses moldes, refere-se que a disponibilidade dos meios e o esforço empregado na reação são medidos em ínfimo espaço de tempo, sendo costumeiros os excessos. Para tanto, é necessário destacar a importância da análise diante do caso concreto, ainda que feita em período minúsculo, porque a estabilidade de muitos bens jurídicos pode ser afetada.

No mesmo plano, Greco disciplina que, diante da realidade fática, “[...] é preciso, antes, verificar a presença de todos os elementos, objetivos e subjetivos” (Greco, 2023, p. 418). Ocorre, porém, ser necessária a compreensão de que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como no caso do HC número 120.678, abrange alguns aspectos da legítima defesa no tocante ao instrumento, de forma que “não se comunica a excludente de ilicitude que é a legítima defesa, relativa ao homicídio, ao crime autônomo de porte ilegal de arma” (Brasil, 2015).

Sob outra perspectiva, cumpre destacar a proporcionalidade na legítima defesa e a utilização de ofendículos, cujo termo, para Nucci, “[...] quer dizer obstáculo, impedimento, significa o aparelho, engenho ou animal utilizado para a proteção de bens e interesses. São autênticos obstáculos ou impedimentos posicionados para atuar no momento da agressão alheia” (Nucci, 2024, p. 382). Dos vieses doutrinários, há enquadramento dos ofendículos como parte do exercício

regular de direito e de legítima defesa preordenada, sendo essa a prevalecente. Adiante, imprescindível referir, tratando-se de proporcionalidade na excludente, a necessária presença dos requisitos que possibilitam afastar o caráter ilícito da conduta pela legítima defesa.

Assim, os requisitos devem ser necessários e moderados, já que qualquer excesso fará com que o instalador do ofendículo responda pelo resultado típico causado, por dolo ou culpa, conforme o caso concreto (Nucci, 2024.) Ainda no rumo da proporcionalidade, Nucci disciplina que a atenção aos requisitos da legítima defesa quando da instalação dos ofendículos tem o seguinte caráter:

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 de o ofendículo estar à vista ou não. Por outro lado, quando atingir um inocente (exemplo: criança que se fere em cacos de vidro colocados em cima do muro, porque foi buscar uma pipa presa em uma árvore), pode-se invocar a legítima defesa putativa, desde que não haja, também nessa hipótese, flagrante exagero nos meios empregados para a defesa (Nucci, 2024, p. 383).

No mesmo viés, destaca-se que [...] se, por azar, na queda após o choque, o agressor terminar se lesionando mais gravemente, não se pode debitar ao proprietário, a título de excesso, esse episódio. É fruto do caso fortuito. Por outro lado, a cerca eletrificada para provocar choque fatal deve ser considerada ofendículo imoderado (Nucci, 2024, p. 383). Da mesma forma, o uso de animais está sujeito aos criteriosos requisitos estabelecidos pela legislação penal, de modo que não pode o proprietário ser responsabilizado por um ofendículo que lida com o instinto de animal (Nucci, 2024).

Quando da plenitude de defesa, atribui-se teses defensivas das mais variadas formas para absolvição ou desclassificação de delitos praticados, especialmente quando relacionados aos crimes dolosos contra a vida. No caso do feminicídio, no artigo 121, parágrafo 2º, inciso VI, está expresso que é homicídio praticado “[...] contra a mulher por razões da condição de sexo feminino” (Brasil, 1940). Para tanto, muito se utiliza a tese da legítima defesa da honra para justificar a “reação”. Por esse motivo e em virtude da abundância de recursos sobre o tema, o Supremo

Tribunal Federal afirmou a inconstitucionalidade da tese, na ADPF número 779, da seguinte forma:

O Tribunal, por unanimidade, julgou integralmente procedente o pedido formulado na presente arguição de descumprimento de preceito fundamental para: (i) firmar o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, caput, da CF) (Brasil, 2023).

No mesmo raciocínio, cabe esmiuçar a caracterização da honra na compreensão dos porquês das teses de legítima defesa, já que para Bentivegna:

O conceito de honra usualmente é dividido em duas acepções: uma interna ao titular, localizada no mais recôndito de suas afeições e sentimentos (honra subjetiva) e outra externa, espelhada através da comunidade em que vive o titular (honra objetiva). A honra subjetiva seria a autoestima, o conceito que alguém guarda de si mesmo, o decoro, a sensação de gozar de sua dignidade, a consciência do próprio valor moral e social, em conceito construído por Nelson Hungria. A honra objetiva, por seu turno, seria a reputação social do titular, o bom nome em que é tido (pessoal e profissionalmente), o respeito da comunidade por ele, numa expressão: sua boa fama (seu bom nome) (Bentivegna, 2019, p. 107).

Sob outro viés, cumpre exemplificar o entendimento jurisprudencial da Primeira Câmara Especial Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que, no recurso em sentido estrito número 5001295-25.2024.8.21.0021, aborda a absolvição sumária no sentido da necessária presença inequívoca de excludente de ilicitude, não se admitindo a mera possibilidade de ocorrência da excludente, em que pesem as alegações da defesa no sentido da ameaça à integridade física do réu:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA. PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA. AUSÊNCIA DE ANIMUS NECANDI E LEGÍTIMA DEFESA NÃO DEMONSTRADAS. CONSUNÇÃO NÃO RECONHECIDA. QUALIFICADORA MANTIDA. 1. Presença de prova da existência dos fatos e indícios suficientes da autoria delitiva. A prova da materialidade consiste no boletim de ocorrência, em fotografias, nos laudos periciais, no vídeo da câmera de segurança e na prova oral colhida ao longo da instrução processual. 2. No caso, teria ocorrido uma briga entre a vítima, um amigo do ofendido e dois sobrinhos do acusado, acerca de um automóvel que estava estacionado no local. Nesse contexto, o réu teria efetuado disparo de arma de fogo que causou a morte da vítima. Em Juízo, Kevin, filho do ofendido, asseverou que viu, durante a briga, o réu efetuando disparo de arma de fogo contra o seu pai. Ademais, diversas testemunhas afirmaram que o acusado estava armado na oportunidade. Ainda, o próprio denunciado confirma que o disparo que atingiu a vítima partiu da arma de fogo que portava; contudo, que ela teria sido acionada pois, no meio da briga, foi agredido pelas costas, de forma que a arma disparou. Existe vertente de

prova judicializada nos autos a apontar o réu como autor do homicídio descrito na exordial acusatória, devendo ser mantida a sentença de pronúncia. 3. Para que seja afastada a competência constitucional do Tribunal do Júri é necessário que esteja comprovada a ausência de animus necandi na conduta atribuída aos réus, o que não ocorreu no caso dos autos. Desta forma, o instrumento em tese utilizado, a suposta reiteração de golpes e os locais das lesões indicam, ainda que em tese, que o acusado agiu com dolo de matar as vítimas. Não é possível, neste momento, desclassificar a conduta. 4. **O reconhecimento da excludente de ilicitude da legítima defesa nesta fase demanda prova inconteste de sua ocorrência, não se admitindo quando evidenciada tão somente a possibilidade de sua configuração, como no caso dos autos. Não há de se falar, assim, em absolvição sumária.** 5. "Cabe ao conselho de sentença o reconhecimento da incidência do princípio da consunção do delito de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido pelo delito de homicídio, não podendo ocorrer na decisão de pronúncia, por ofensa ao princípio da soberania dos veredictos" (AgRg no HC n. 753.256/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Messod Azulay Neto, DJe de 20/12/2022). Logo, não reconhecida a consunção pleiteada pela defesa. 6. Diante das imagens presentes no vídeo da câmera de segurança e da dinâmica da briga descrita, a qual, até aquele momento, consistia apenas em luta corporal, não há como excluir a hipótese de que o ofendido tenha tido sua defesa dificultada pelo suposto repentino disparo de arma de fogo. Assim, a qualificadora do artigo 121, § 2º, IV, do Código Penal deve ser submetida à apreciação do Conselho de Sentença. RECURSO DESPROVIDO (Rio Grande do Sul, 2024, grifo meu).

Em sentido complementar, destaca-se jurisprudência da Terceira Câmara Criminal do TJRS, de ementa de apelação criminal de número 5003409-28.2022.8.21.0078 em que no caso concreto ocorreu agressão ao sujeito que reagiu, em legítima defesa, à violência de terceiro, pelo qual se consumou lesão corporal:

APELAÇÃO CRIMINAL. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA (ART. 24-A DA LEI N. 11.340/06). LEI MARIA DA PENHA. PERSPECTIVA DE GÊNERO. RESOLUÇÃO CNJ N. 492/2023. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÃO CORPORAL (ART. 129 DO CP). AGRESSÃO A TERCEIRO. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. Nos termos da Resolução nº 492/2023 do Conselho Nacional de Justiça, os casos relacionados à violência doméstica devem ser julgados sob perspectiva de gênero. Assim, a imparcialidade jurisdicional no contexto da violência doméstica pressupõe a garantia de acesso à justiça e consideração das realidades assimétricas de poder, das situações estruturais de desigualdade, bem como da presença de estereótipos discriminatórios de gênero na produção e interpretação normativas e na avaliação de fatos e evidências. 2. O crime de descumprimento de medidas protetivas relacionadas à Lei nº 11.340/2006 não resta descaracterizado sequer por eventual reconciliação do casal, sob pena de desrespeito ao princípio da indisponibilidade da ação penal pública incondicionada. (STJ, 6ª T, AgRg no HC 674.738/SP). Caso concreto em que a defesa nem ao menos demonstrou a suposta reaproximação prévia das partes. 3. **O ato de ofender a integridade corporal daquele que, em legítima defesa de terceiro, protege a vítima de violência de gênero configura o crime de lesão corporal, forte no art. 129 do CP.** Prova robusta de que efetivamente foi o réu quem deu início ao ataque e consequente violação ao bem jurídico tutelado (Rio Grande do Sul, 2024, grifo meu).

Acima, o agressor não estará amparado pela legítima defesa, já que não é legítimo seu ímpeto em proteger a vítima, mas há dolo em ofender que a protege. Em outra consideração, a Segunda Câmara Criminal do TJRS reafirma sobre a existência de prova incontestável para a sua configuração e eventual absolvição sumária, no sentido de que fica inviabilizado o reconhecimento da excludente nos casos de corrente probatória indicando versão distinta, o que pode ser visualizado no recurso em sentido estrito de número 5019164-20.2023.8.21.0026 abaixo:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO TENTADO. DECISÃO DESCLASSIFICATÓRIA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. INTERESSE RECURSAL RECONHECIDO. LEGÍTIMA DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. Conforme precedentes, a ausência de juízo de retratação configura mera irregularidade. INTERESSE RECURSAL. Muito embora a sentença desclassificatória configure mera declinação de competência, o que inviabilizaria avançar no mérito da causa sob pena de supressão de instância, constata-se que o juízo de origem refutou expressamente as teses defensivas, dentre elas, a de legítima defesa, circunstância esta que justifica o conhecimento do presente feito. **TESE DE LEGÍTIMA DEFESA. A absolvição sumária do réu, em razão do reconhecimento da causa excludente de ilicitude da legítima defesa, exige prova incontestável de sua configuração, o que não se verifica no caso em apreço. De acordo com a prova oral, subsiste vertente probatória indicando que o acusado teria dado início às agressões, tendo desferido ao menos três disparos de arma de fogo contra a vítima, inviabilizando o reconhecimento da alegada excludente.** RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (Rio Grande do Sul, 2024, grifo meu).

Com base nos tópicos referidos, a compreensão da honra como bem jurídico encontra restrições no tocante às hipóteses da exclusão de ilicitude, em especial da causa da legítima defesa, em razão da interpretação aplicada quando do julgamento da referida tese defensiva. Aqui, o principal ponto de divergência está relacionado à ameaça e à agressão, já que a lesão da honra não pode ser compreendida como um risco a bem jurídico semelhante.

Da mesma forma, a ausência da proporcionalidade entre o bem jurídico discutido e a dimensão da “reação” faz com que não ocorra amparo legal para as condutas. Assim, não se trata de excesso, mas sim de violação de bem jurídico de forma independente motivada por razões e motivos alheios à defesa de bem jurídico indisponível.

2.3 ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL E EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO

Em abordagem individualizada, faz-se menção aos reflexos práticos dessas causas de exclusão, já que, após definição legal, é preciso dar atenção a sua aplicação, que possui relação com diversos campos e áreas da sociedade. De forma a realizar comparação entre o estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular de direito, inicia-se com análise no tocante às intervenções médicas e cirúrgicas, sobre as quais Callegari discorre que “[...] as lesões derivadas de intervenções cirúrgicas são prerrogativas do ofício médico e não constituem ilícito penal, desde que não verificados culpa ou dolo por falecimento do paciente” (Callegari, 2014, p. 173), aduzindo que a finalidade exclui as possibilidades de dolo, já que presente o estrito cumprimento do dever legal.

No exercício regular de direito, Greco traz a figura do consentimento do ofendido, citando “[...] como exemplo o caso daquele que permite que alguém lhe faça uma tatuagem. Existe, em tese, a figura da lesão corporal, uma vez que o tatuador, ao exercer a sua atividade, ofende a integridade física daquele que deseja tatuar o corpo. Embora típica, a conduta deixará de ser ilícita em razão do consentimento dado para tanto” (Greco, 2023, p. 427).

Referida figura do consentimento do ofendido, em relação ao objeto do presente trabalho, configura causa supralegal e limitada de exclusão da antijuridicidade, permitindo que o titular de um bem ou interesse protegido, considerado disponível, concorde, livremente, com a sua perda (Nucci, 2024, p. 405). Não se trata, até o atual momento, de entendimento pacificado na doutrina e na jurisprudência brasileira, mas ecoa o entendimento de que se trata de excludente de ilicitude aceitável, embora não prevista expressamente em lei (Nucci, 2024).

Em mesmo sentido, Nucci dispõe acerca da disponibilidade aplicada ao consentimento do ofendido da seguinte forma:

Cremos, igualmente, que o consentimento somente pode se dar quando se tratar de bens disponíveis, embora preferamos não elaborar uma relação daqueles que são disponíveis e dos que são indisponíveis, pois somente a evolução dos costumes e dos valores na sociedade poderá melhor acertar e indicar qual bem ou interesse ingressa na esfera de disponibilidade do lesado (Nucci, 2024, p. 405).

Adiante no ponto de estudo, há Resolução, de número 1.805, de 9 de novembro de 2006, do Conselho Federal de Medicina, que dispõe sobre casos específicos em que a vontade do paciente permite aos médicos limitar ou suspender procedimentos vitais, conforme abaixo exposto no artigo 1º:

É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal (CREMESP, 2006)

Adiante, dá-se enfoque ao fato de que o consentimento do ofendido vem ingressando no ordenamento jurídico, como fator excludente de responsabilidade penal, já há algum tempo (Nucci, 2024). Dentre esses meios, destaca-se o principal: o advento da Lei número 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. A referida legislação trata de forma expressa o consentimento do ofendido quando da permissão de prática de lesão corporal grave ou gravíssima sob o contexto de doação ou tratamento, conforme visualizado abaixo:

Art. 9º É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consangüíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea (Brasil, 1997).

Do artigo, identificam-se os seguintes pontos: finalidade específica para a disposição de vontade e doação de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, com a observância de que a disponibilidade do bem jurídico (vida) é elemento fundamental, com proteção na Lei número 9.434/97 no parágrafo 3º do artigo 9º, pelo qual:

Só é permitida a doação referida neste artigo quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora (Brasil, 1997).

Face às práticas esportivas, quanto ao exercício regular de direito, Nucci traz a título de exemplo “[..] a luta de boxe, cujo objetivo é justamente nocautear o

adversário. A lesão corporal provocada é considerada exercício regular de direito. Fugindo das normas esportivas, entretanto, deve o agente responder pelo abuso ou valer-se de outra modalidade de excludente, tal como o consentimento do ofendido, ou mesmo do princípio da adequação social” (Nucci, 2023, p. 443).

Adiante, Callegari complementa a abordagem no sentido de que nas situações de práticas esportivas, sejam elas futebol ou luta, “[...] os praticantes dessas atividades, desde que observem as regras e o zelo inerentes à disputa, bem como voluntariedade do ofendido na disputa, não estarão praticando um ilícito penal. Todavia, se não forem observados tais limites, responderão pelo delito que for cometido” (Callegari, 2014, p. 173).

Para as situações de flagrante delito, antes de tratar propriamente sobre este tópico, é importante relacionar a base constitucional da matéria. A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, inciso XI, expõe que “[...] a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial” (Brasil, 1988). Aqui, cumpre salientar que o Supremo Tribunal Federal apresenta, no HC 90.376, a seguinte concepção sobre o conceito de casa:

Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5.º, XI, da CF, o conceito normativo de ‘casa’ revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4.º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes. Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5.º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito (invito domino), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária (Brasil, 2007).

Assim, tem-se o regramento acerca do ingresso à residência e quanto à possibilidade de ingresso em situações específicas. O Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.869, de 7 de dezembro de 1941) disciplina, no artigo 301, que “[...] Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito” (Brasil, 1941). Logo, observa-se estrito cumprimento do dever legal e discricionariedade nas condutas dos agentes.

Para regular a matéria, a Lei de Abuso de Autoridade, Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, tipifica como abuso por parte dos agentes a seguinte conduta:

Art. 22. Invadir ou adentrar, clandestina ou astuciosamente, ou à revelia da vontade do ocupante, imóvel alheio ou suas dependências, ou nele permanecer nas mesmas condições, sem determinação judicial ou fora das condições estabelecidas em lei (Brasil, 2019).

Outrossim, é mister aduzir que a inviolabilidade do domicílio apresenta a exceção da situação de flagrante e dos casos de desastre e para prestar socorro, cujas condutas não visam violar direito constitucional alheio, mas sim evitar resultados negativos ou cumprir deveres legais. Da mesma forma, é preciso observar que os agentes respondem pelo delito de prevaricação, tipificado no artigo 319 do Código Penal, com a forma verbal de “[...] retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal” (Brasil, 1940).

O Código Penal Militar, no tocante à obediência hierárquica e o estrito cumprimento de dever legal, estabelece que “[...] Art. 38. Não é culpado quem comete o crime: b) em estrita obediência a ordem direta de superior hierárquico, em matéria de serviços” (Brasil, 1969), do que se observa previsão de isenção de culpabilidade pela obediência à ordem de superior, sem prejuízo da responsabilização ao autor da ordem por excessos ou arbitrariedades.

A partir do presente ponto, faz-se abordagem jurisprudencial individualizada acerca das excludentes acima mencionadas. De início, o estrito cumprimento de dever legal poderá ser relatado de maneira conjunta a outros excludentes, como na apelação cível de número 5001756-17.2012.8.21.0021 abaixo mencionada, oriunda da Nona Câmara Cível do TJRS, em que é identificado junto com a legítima defesa em virtude da ação de policiais militares:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, MATERIAIS E ESTÉTICOS. CONFRONTO COM POLICIAIS MILITARES. DISPAROS DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO, OMISSÃO, ABUSO OU EXCESSO. LEGÍTIMA DEFESA E ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL. DEVER DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADO. O ESTADO LATO SENSU RESPONDE OBJETIVAMENTE POR EVENTUAIS DANOS CAUSADOS, SEJA DE ORDEM EXTRAPATRIMONIAL SEJA DE ORDEM MATERIAL, PORQUE INCIDE A TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO, NA ESTEIRA DO DISPOSTO NO ART. 37, §6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PROVA DOS AUTOS QUE NÃO INDICA QUALQUER ATO ILÍCITO, ABUSO OU EXCESSO NA ATUAÇÃO DOS AGENTES DE SEGURANÇA PÚBLICA QUE DESFERIRAM TIROS CONTRA O AUTOR, O QUAL ESTAVA APONTANDO UMA ARMA DE FOGO PARA UM SARGENTO DA BRIGADA MILITAR, AMEAÇANDO MATÁ-LO. CONTEXTO PROBATÓRIO QUE

INDICA A ATUAÇÃO EM LEGÍTIMA DEFESA E ESTRITO CUMPRIMENTO DE UM DEVER LEGAL PELOS AGENTES DA BRIGADA MILITAR.PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. RECURSO DESPROVIDO (Rio Grande do Sul, 2024).

Na ementa da jurisprudência acima citada foi apresentado o artigo 37, parágrafo 6º, da CF, o qual prevê que a administração pública obedecerá a diversos princípios, inclusive que “[...] as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (Brasil, 1988). Quanto à teoria do risco citada, cumpre salientar que “a maioria dos Estados adota a teoria do risco administrativo, objetiva, que pressupõe que basta o nexo de causalidade para responsabilização do Estado, desde que não se configure alguma excludente ou atenuante de responsabilidade” (Berwig, 2019, p. 426).

Em sentido semelhante, o STF ostenta Súmula Vinculante de número 11, que traz contribuição ao ponto de análise sobre o estrito cumprimento de dever legal, ao mencionar a utilização de algemas, de modo que “só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado” (Brasil, 2024).

Abaixo, em complementação, utiliza-se como objeto de análise ementa de apelação cível, de número 5001344-08.2022.8.21.0063 da Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça, para retratar pontos pertinentes nas teses defensivas apresentadas pelas partes.

APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO BANCÁRIO E ABORDAGEM POLICIAL. EXCESSO COMPROVADO APENAS NA ATUAÇÃO DOS AGENTES ESTATAIS. ATO ILÍCITO DEMONSTRADO. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. ÔNUS DA PROVA. ART. 373, I, DO CPC. ATENDIMENTO PARCIAL. DANO MORAL. CABIMENTO. SENTENÇA REFORMADA PARA JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTE A AÇÃO. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TEM RESPONSABILIDADE OBJETIVA PELOS DANOS QUE SEUS AGENTES, NESSA QUALIDADE, CAUSAREM A TERCEIROS, NOS TERMOS DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DE ACORDO COM O QUE DISPÕE O ART. 373 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, INCUMBE À PARTE AUTORA O ÔNUS DA PROVA QUANTO AO FATOS

CONSTITUTIVO DO DIREITO SEU DIREITO (INCISO I) E, À PARTE RÉ, O ÔNUS DA PROVA QUANTO À EXISTÊNCIA DE FATO IMPEDITIVO, MODIFICATIVO OU EXTINTIVO DO DIREITO DA PARTE AUTORA (INCISO II). DA ANÁLISE DA PROVA PRODUZIDA É POSSÍVEL CONCLUIR QUE NÃO HOUE FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO BANCÁRIO DIANTE DA RECUSA NA EFETIVAÇÃO DA MOVIMENTAÇÃO DE RECURSOS FINANCEIROS, UMA VEZ QUE A CLIENTE NÃO PORTAVA DOCUMENTO DE IDENTIFICAÇÃO CIVIL VÁLIDO PARA CONCLUIR A OPERAÇÃO. A CIRCUNSTÂNCIA DE A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA ESTABELECEER LIMITES E PARÂMETROS DE SEGURANÇA AOS SEUS CLIENTES QUANDO EM ATENDIMENTO NO INTERIOR DA AGÊNCIA NÃO PODE SER CONFUNDIDO COM RECUSA OU MESMO FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PARA FINS DE ENSEJAR REPARAÇÃO A TÍTULO DE DANO MORAL. CASO EM QUE A POSTURA RESISTENTE ADOTADA PELA CLIENTE NO INTERIOR DA AGÊNCIA FOI DETERMINANTE PARA QUE A GERÊNCIA ACIONASSE A BRIGADA MILITAR. CONTUDO, A CONDUTA DOS POLICIAIS MILITARES FOI DESPROPORCIONAL, DESBORDANDO DO ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL. CONQUANTO O AGENTE ESTATAL, NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES, ESTEJA INCUMBIDO DE ZELAR PELA SEGURANÇA DA COLETIVIDADE, O CONJUNTO PROBATÓRIO INDICA QUE NÃO SE JUSTIFICAVA O USO DA FORÇA FÍSICA, POIS A AUTORA, INOBTANTE A RESISTÊNCIA EM DEIXAR O RECINTO, NÃO ERA PESSOA PERIGOSA. DO AGIR ILÍCITO E ABUSIVO DOS AGENTES PÚBLICOS (CONDUTA), RESULTA (NEXO CAUSAL) A CONSEQUÊNCIA DANOSA (DANOS EXTRAPATRIMONIAIS). IMPOSITIVO, PORTANTO, O DEVER DE O ESTADO INDENIZAR OS DANOS MORAIS SUPORTADOS. ATENTANDO À CONDUTA DAS PARTES, EM QUE A DEMANDANTE, COM A SUA POSTURA, CONTRIBUIU PARA QUE A BRIGADA MILITAR FOSSE ACIONADA; AO PASSO QUE OS AGENTES ESTATAIS, NA CONDUÇÃO DA AUTORA, AGIRAM DE FORMA DESPROPORCIONAL, FIXO A IMPORTÂNCIA DE R\$ 2.000,00 (DOIS MIL REAIS) EM PROL DA DEMANDANTE, A TÍTULO DE DANOS MORAIS, SOPESADAS, TAMBÉM, AS CARACTERÍSTICAS COMPENSATÓRIA, PEDAGÓGICA E PUNITIVA DA INDENIZAÇÃO. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA (Rio Grande do Sul, 2024).

De início, pontua-se da jurisprudência acima mencionada que “conquanto o agente estatal, no exercício de suas funções, esteja incumbido de zelar pela segurança da coletividade, o conjunto probatório indica que não se justificava o uso da força física, pois a autora, inobstante a resistência em deixar o recinto, não era pessoa perigosa” (Rio Grande do Sul, 2024). Assim, identifica-se relação entre a proporcionalidade e o estrito cumprimento de dever legal no sentido de que a mera legalidade do ato não justifica o abandono à proporcionalidade, que nitidamente não é definida quando do enquadramento do dever.

Tal desproporcionalidade, além de estar afastada do estrito cumprimento do dever legal no caso acima mencionado, gera precedentes para a responsabilização da administração pública pela inobservância aos princípios basilares. No mesmo sentido a ementa abaixo, da apelação cível de número 5003983-95.2017.8.21.0023, oriunda do TJRS, que complementa a questão da responsabilidade civil objetiva do

estado por eventuais danos causados quando do cumprimento do dever por agentes das forças de segurança pública. Ponto de destaque é a teoria do risco apresentada, sob a ótica de que na situação prática era plenamente cabível reação pela conduta do indivíduo que, ao final, foi alvejado e socorrido. No caso, estrito cumprimento de dever legal na abordagem ao sujeito (que não obedeceu a ordem de parada) e legítima defesa na reação proporcional e imprescindível para a integridade física dos envolvidos:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ABORDAGEM POLICIAL. RESISTÊNCIA E FUGA DO AUTOR. DISPARO DE ARMA DE FOGO. CONDUÇÃO DA VÍTIMA A ATENDIMENTO MÉDICO. AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO, OMISSÃO, ABUSO OU EXCESSO. LEGÍTIMA DEFESA E ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL. DEVER DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADO. O ESTADO LATO SENSU RESPONDE OBJETIVAMENTE POR EVENTUAIS DANOS CAUSADOS, SEJA DE ORDEM EXTRAPATRIMONIAL OU MATERIAL, PORQUE INCIDE A TEORIA DO RISCO OBJETIVO DA ADMINISTRAÇÃO, NA ESTEIRA DO DISPOSTO NO ART. 37, §6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PROVA dos autos QUE NÃO INDICA QUALQUER ato ilícito, omissão, ABUSO OU EXCESSO NA atuação DOS AGENTES DE SEGURANÇA PÚBLICA por ocasião da abordagem policial. **autor que não obedeceu ordem de parada e, após perseguição, fez gesto de levar a mão à cintura, onde portava um simulacro de arma de fogo, sendo então alvejado por um único disparo, tendo a guarnição prestado posterior socorro.** Elementos probatórios que indicaram a Atuação em legítima defesa e ESTRITO CUMPRIMENTO DE UM DEVER LEGAL pelos agentes da brigada militar, inclusive prestando socorro à vítima. Sentença de improcedência mantida. RECURSO DESPROVIDO (Rio Grande do Sul, 2023, grifo meu)

Agora, quanto ao exercício regular de direito, utilizar-se-á como objeto de estudo ementa da apelação cível de número 5010244-11.2019.8.21.0022, da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ACUSAÇÃO DE FURTO EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL. ABORDAGEM EXCESSIVA. DANOS MORAIS IN RE IPSA CONFIGURADOS. QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO. Trata-se de ação de indenização por danos morais decorrente de abordagem vexatória ocorrida em frente ao estabelecimento comercial da requerida, após a saída do autor, julgada procedente na origem. A responsabilidade do empregador por ato de seus prepostos é objetiva, mostrando-se desnecessário averiguar acerca da caracterização de culpa da empresa empregadora. Inteligência dos arts. 932, inciso III, e 933, ambos do Código Civil. Ademais, o fornecedor de produtos e serviços responde pela reparação dos danos causados por defeitos relativos aos produtos e prestação de serviços que disponibiliza no mercado de consumo, independentemente da existência de culpa (art. 14 do CDC). In casu, a abordagem do autor após ele ter saído do estabelecimento comercial, sendo conduzido por duas funcionárias do réu até o interior da loja, onde foi levado

até a gerência para dar explicações, porque o alarme da loja soou foi de extrema ilicitude, tendo que prestar satisfação de que não havia furtado e levantar sua camisa para provar que nada subtraiu. A requerida não nega a ocorrência dos fatos, apenas ressalta que não houve conduta passível de indenização por danos morais. A requerida não se desincumbiu do ônus que lhe era devido atribuído pelo inciso II do artigo 373 do CPC/15. Suficientemente demonstrada a ilicitude da abordagem realizada pelas prepostas do demandado, a qual ultrapassou a esfera do exercício regular do direito, tendo exposto o autor a situação vexatória, constrangedora e humilhante e, por consequência, comprovada a falha na prestação do serviço, o que traz consigo o dever da demandada de ressarcir os prejuízos morais suportados pela requerente, os quais se configuram *in re ipsa*. Valorando-se as peculiaridades da hipótese concreta e os parâmetros adotados normalmente pela jurisprudência para a fixação de indenização, em hipóteses similares, impõe-se a manutenção do quantum indenizatório arbitrado na sentença. APELAÇÃO DESPROVIDA (Rio Grande do Sul, 2024).

Da decisão acima, há de se ressaltar a abordagem ao autor após ter saído de estabelecimento comercial, onde foi presumido (erroneamente) criminoso, na qual de forma ilícita teve de fazer algo cuja obrigação não lhe seria exigível, senão em virtude de lei (o que não ocorreu).

Veja-se que a conduta de expor o sujeito à situação vexatória pela mera desconfiança de autoria delitiva mediante tentativa ilegal de busca pessoal ultrapassa a esfera do exercício regular de direito (Rio Grande do Sul, 2024), cuja responsabilização pelos danos morais sofridos, na forma de responsabilidade objetiva do empregador, independerá da caracterização de culpa (Rio Grande do Sul, 2024).

Pelo exposto, é visível a simplificação de contextos realizada até agora em relação a pontos introdutórios no tocante à exclusão de ilicitude no ordenamento jurídico, enfatizando a lei penal. Do subcapítulo acima abordado, merece destaque a diferenciação entre estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito, em razão do limiar legal estabelecido principalmente pelo Código Penal (Decreto Lei número 2.848, de 7 de dezembro de 1948) e pelas conceitualizações encontradas na literatura jurídica.

CONCLUSÃO

A presente monografia teve como temática a exclusão de ilicitude, mediante análise doutrinária, jurisprudencial e legal. A delimitação temática do trabalho se deu em pontos sobre a previsão legal, a aplicabilidade concreta das causas excludentes e os desdobramentos processuais no ordenamento jurídico, buscando compreender os limites da aplicação das causas. Da análise, inicialmente pontua-se que a exclusão da ilicitude é fenômeno complexo, cujas ramificações e reflexos abrangem diversos âmbitos, como é o caso do direito comparado e da intertextualidade entre aspectos culturais, sociais e traços particulares do caso concreto em análise. Durante o estudo, é notória a observância aos requisitos que tornam possível o reconhecimento das causas de exclusão e, conseqüentemente, o afastamento do caráter ilícito da conduta.

A abordagem da pesquisa foi dividida em dois capítulos, sendo que no primeiro versou-se sobre a lei penal e a exclusão da ilicitude, com subcapítulos de contextualização do tema e da relação entre tipicidade e ilicitude, a fim de que fossem simplificados conceitos necessários e distinções pertinentes ao estudo do tema. Do primeiro contato com os conceitos, há de se afirmar que as causas de exclusão de ilicitude são compreendidas de forma simplória, embora isso possa ser afirmado somente no tocante ao significado. Em contraponto, a relação entre tipicidade e ilicitude demanda compreensão detalhada, porque é basilar do trabalho elucidar a origem dos institutos que tornam possível excluir o caráter ilícito de conduta tipificada na legislação vigente.

Adiante, faz-se mister evidenciar que da presente monografia se concluiu que as causas de exclusão de ilicitude representam excepcionalidade pela justificação de violação à lei, o que garante aplicação justa e equilibrada da lei penal. Da mesma forma, são instrumentos de justiça por assegurar a justificação sob o contexto da autoproteção, dever, necessidade ou direito. Assim, é inconcebível afastar da exclusão de ilicitude a análise detalhada de cada caso concreto, o que demanda, inclusive, análise criteriosa por parte do poder judiciário com a observação aos princípios fundamentais garantidos pela Constituição da República.

No tocante aos objetivos específicos de analisar vieses doutrinários pertinentes ao tema; conhecer os reflexos da determinação da exclusão da ilicitude e identificar jurisprudência dos tribunais de justiça pela presença das causas, verificou-se que as correntes doutrinárias no tocante ao tema seguem, via de regra, pontos característicos de definição do instrumento e dos requisitos, sem o afastamento da intertextualidade com as demais áreas, como por exemplo do direito constitucional, direitos humanos e direito administrativo. Outrossim, os reflexos da determinação são conhecidos mediante análise jurisprudencial, já que são postos em prática os pressupostos que viabilizam o reconhecimento da exclusão de ilicitude.

Adiante, o segundo capítulo enfatizou a análise de aspectos jurídicos das causas de exclusão de ilicitude de forma individualizada, mediante análise doutrinária e jurisprudencial, pelo o que se buscou, da identificação de jurisprudência, encontrar respostas para o principal questionamento ao objeto do trabalho: quais são os limites da aplicação da exclusão de ilicitude e sob qual contexto ocorre? Como respostas, é possível afirmar, de modo amplo, que os limites foram tratados no segundo capítulo, enquanto o contexto das excludentes foi iniciado no primeiro capítulo e abordado de forma individualizada nos subcapítulos do segundo capítulo.

Pelo exposto, é notório que a pesquisa deste trabalho proporcionou adquirir novos conhecimentos e grandes reflexões acerca da exclusão de ilicitude, que, por infelicidade, possui pouca notoriedade nos espaços acadêmicos e poucas produções literárias capazes de esgotar especialmente as situações práticas (ou hipotéticas) a fim de elucidar as causas de exclusão. Desse modo, evidencia-se a relevância do tema no meio acadêmico, com ênfase para o meio jurídico, e para a sociedade como sujeitos de direitos, pelo o que se objetiva fomentar estudos mais aprofundados.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo A. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555598377. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598377/>>. Acesso em: 19 nov. 2023.

BENTIVEGNA, Carlos Frederico B. **Liberdade de expressão, honra, imagem e privacidade: os limites entre o lícito e o ilícito**. Barueri: Editora Manole, 2019. E-book. ISBN 9788520463321. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520463321/>>. Acesso em: 16 set. 2023.

BERWIG, Aldemir. **Direito Administrativo**. Editora Unijuí, 2019. E-book. ISBN 9788541902939. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788541902939/>>. Acesso em: 20 abr. 2024.

BRASIL. **Código Brasileiro de Aeronáutica**: Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7565compilado.htm>. Acesso em: 11 fev. 2024.

BRASIL. **Código Civil**: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 15 fev. 2024.

BRASIL. **Código de Processo Penal**: Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 15 fev. 2024.

BRASIL. **Código Penal**: Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 ago. 2023.

BRASIL. **Código Penal Militar**: Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm>. Acesso em: 11 fev. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 ago. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 5.144**, de 16 de julho de 2004. Regulamenta os §§ 1º, 2º e 3º do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica, no que concerne às aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5144.htm>. Acesso em: 11 fev. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 5.129**, de 6 de julho de 2004. Dispõe sobre a patrulha naval e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5129.htm>. Acesso em: 11 fev. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657**, de 4 de setembro de 1942: Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em: 11 fev. 2024.

BRASIL. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**: Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 11 fev. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e outras partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm>. Acesso em: 14 fev. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 18 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019**. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13869.htm>. Acesso em: 14 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 779**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Tribunal Pleno, 1º de agosto de 2023. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6081690>>. Acesso em: 18 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus - HC 90.376**. Relator: Ministro Celso de Mello. Segunda Turma. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 18 de maio de 2007. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=456098>>. Acesso em: 15 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus - HC 98.152-6**. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 5 de junho de 2009. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595394>>. Acesso em: 15 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus - HC 120.678**. Relator: Ministro Luiz Fux. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 6 de abril de 2015. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo775.htm>>. Acesso em: 15 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 11**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1220#:~:text=S%C3%B3%20%C3%A9%20%C3%ADcito%20o%20uso,e%20de%20nulidade%20da%20pris%C3%A3o>>. Acesso em: 14 fev. 2024.

CALLEGARI, André L. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva, 3ª edição**. Barueri: Grupo GEN, 2014. E-book. ISBN 9788522488810. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522488810/>>. Acesso em: 04 set. 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120. v.1**. São Paulo: Editora Saraiva, 2024. E-book. ISBN 9788553622696. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553622696/>>. Acesso em: 20 abr. 2024.

CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito**. Tradução: Roger Vinícius da Silva Costa. São Paulo: Editora Pillares, 2015.

CREMESP. **Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo**. Resolução CFM nº 1.805, de 9 de novembro de 2006. Disponível em: <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PesquisaLegislacao&dif=s&ficha=1&id=6640&tipo=RESOLU%C7%C3O&orgao=Conselho%20Federal%20de%20Medicina&numero=1805&situacao=VIGENTE&data=09-11-2006#anc_integra> Acesso em: 13 maio 2024.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. Salvador: JusPODIVM, 2019.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo R. **Esquematizado - Direito Penal - Parte Geral**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596434. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596434/>>. Acesso em: 29 ago. 2023.

FABRETTI, Humberto B.; SMANIO, Gianpaolo P. **Direito Penal - Parte Geral**. Barueri: Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788597020465. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597020465/>>. Acesso em: 29 nov. 2023.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: artigos 1º a 120 do código penal**. v.1. Barueri: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774593. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774593/>>. Acesso em: 06 set. 2023.

JÚNIOR, José Paulo Baltzar. **Crimes Federais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. E-book. ISBN 9788547219680. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547219680/>>. Acesso em: 16 set. 2023.

LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado**. v.1. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. E-book. ISBN 9788502637214. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502637214/>. Acesso em: 20 mar. 2024.

MARQUES, Fernando; TASOKO, Marcelle; ANDRADE, Priscila S. **Prática penal (Coleção Prática Forense)**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553621282. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553621282/>>. Acesso em: 16 set. 2023.

MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional**. Barueri: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9788530993993. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993993/>>. Acesso em: 22 nov. 2023.

NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Penal: Parte Geral: arts. 1º a 120**. v.1. Barueri: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646852. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646852/>>. Acesso em: 04 set. 2023.

NUCCI, Guilherme de S. **Manual de Direito Penal. Volume Único**. Barueri: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646630. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646630/>>. Acesso em: 16 set. 2023.

NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Penal: Parte Geral: Arts. 1º a 120 do Código Penal**. v.1. Barueri Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9786559649228. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649228/>>. Acesso em: 13 mai. 2024.

PASCHOAL, Janaina C. **Direito Penal: Parte Geral**. Editora Manole, 2015. E-book. ISBN 9788520449196. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520449196/>>. Acesso em: 21 nov. 2023.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. Barueri: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646784. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>>. Acesso em: 22 nov. 2023.

PORTUGAL. **Código Penal**. Decreto-Lei n° 48, de 15 de março de 1995. Aprova o Código Penal. Disponível em: <<https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>>. Acesso em: 9 abr. 2024.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível n° 50017561720128210021**. Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary. 2024. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=50017561720128210021&conteudo_busca=ementa_completa>. Acesso em: 11 mar. 2024.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível n° 50102441120198210022**. Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Niwton Carpes da Silva. 2024. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=50102441120198210022&conteudo_busca=ementa_completa>. Acesso em: 11 mar. 2024.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível n° 50039839520178210023**. Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary. 2023. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=50039839520178210023&conteudo_busca=ementa_completa>. Acesso em: 10 mar. 2024.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível n° 50013440820228210063**. Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Kraemer. 2024. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=50013440820228210063&conteudo_busca=ementa_completa>. Acesso em: 10 mar. 2024.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Criminal n° 50043282820218210021**. Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta. 2022. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=50043282820218210021&conteudo_busca=ementa_completa>. Acesso em: 12 set. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Criminal n° 70072703556**. Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mauro Evely Vieira de Borba. 2017. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=70072703556&conteudo_busca=ementa_completa>. Acesso em: 10 set. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Criminal nº 50043564220208210017**. Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto. 2024. Disponível em:

<https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=50043564220208210017&conteudo_busca=ementa_completa>. Acesso em: 9 abr. 2024.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Criminal nº 51393086920218210001**. Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Julio Cesar Finger. 2024. Disponível em:

<https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=51393086920218210001&conteudo_busca=ementa_completa>. Acesso em: 9 abr. 2024.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Criminal nº 50034092820228210078**. Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Thiago Tristao Lima. 2024. Disponível em:

<https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=50034092820228210078&conteudo_busca=ementa_completa>. Acesso em: 9 abr. 2024.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Criminal nº 50055611520228210057**. Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rogerio Gesta Leal. 2024. Disponível em:

<https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=50055611520228210057&conteudo_busca=ementa_completa>. Acesso em: 9 abr. 2024.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Criminal nº 50004447120158210030**. Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rogerio Gesta Leal. 2024. Disponível em:

<https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=50004447120158210030&conteudo_busca=ementa_completa>. Acesso em: 9 abr. 2024.

RIO GRANDE DO SUL. **Recurso em sentido estrito nº 50012952520248210021**. Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Machado Bertoluci. 2024. Disponível em:

<https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=50012952520248210021&conteudo_busca=ementa_completa>. Acesso em: 8 abr. 2024.

RIO GRANDE DO SUL. **Recurso em sentido estrito nº 50191642020238210026**. Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandro Luz Portal. 2024. Disponível em:

<https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=50191642020238210026&conteudo_busca=ementa_completa>. Acesso em: 8 abr. 2024.