



UNIPAC
Universidade Presidente Antônio Carlos

Curso de Direito

José Aluísio Ferreira

EXCLUDENTES LEGAIS DA ILICITUDE

Juiz de Fora
Novembro/2013

JOSÉ ALUÍSIO FERREIRA

EXCLUDENTES LEGAIS DA ILICITUDE

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos (UNIPAC), como requisito parcial para obtenção do título de “Bacharel em Direito” e aprovada pelo orientador:

Professor Orientador Besnier Chiaini Villar com a titulação de Especialista
Curso de Direito - UNIPAC

**Juiz de Fora
Novembro/2013**

FOLHA DE APROVAÇÃO

Yeni Alvinia Ferriss

Aluno

Relevante legis para a situação.

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

[Assinatura]

[Assinatura]

[Assinatura]

Aprovada em 20/11/2013.

DEDICATÓRIA

Dedico esse trabalho a Deus e a minha família que sempre esteve presente diante de mais essa fase a qual teve como objetivo a conclusão do curso.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que me concedeu a oportunidade de concluir mais uma etapa em minha vida, por mais esta benção concedida a minha família, que desde os primeiros momentos esteve presente, sendo o alicerce para que eu pudesse crescer.

Neste momento tão feliz, é impossível deixar de registrar minha gratidão por algumas pessoas que durante esta trajetória sempre estiveram presentes me incentivando e ajudando.

A minha família, que durante todo o curso me deu força, muito apoio, sobretudo compreensão nessa fase tão importante da minha vida. Com certeza, vocês me ajudaram a vencer o cansaço, só tenho a dizer-lhes muito obrigado.

A todos os professores que de algum modo contribuíram para a execução deste trabalho e pelos conhecimentos adquiridos.

“Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já têm a forma do nosso corpo, e esquecer os caminhos, que nos levam sempre aos mesmos lugares”. “É o tempo de travessia: e se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos.”

Fernando Pessoa.

RESUMO

O objetivo deste trabalho é apresentar as excludentes legais da ilicitude. A metodologia deste trabalho foi baseada em coleta e leitura de material bibliográfico, através da síntese de renomados doutrinadores elencados durante a graduação e em leituras complementares. A ilicitude de determinada conduta típica poderá ser excluída através das excludentes legais do estado de necessidade, da legítima defesa do estrito cumprimento de dever legal ou do exercício regular de direito que compõem o corpo do presente trabalho, para ao final concluirmos que verificou-se ao longo do estudo que a norma penal, ou mesmo qualquer outra norma, não pode ser interpretada isoladamente, devendo o interprete analisá-la no contexto jurídico e fático das circunstâncias que a permeia.

Palavras Chave: Estado de Necessidade. Legítima Defesa. Exercício Regular de Direito. Estrito Cumprimento de Dever Legal

ABSTRACT

The objective of this work is to present the exclusive legal wrongfulness. The methodology of this study was based on collecting and reading library materials through the synthesis of renowned scholars listed during graduation and supplementary readings. The wrongfulness of certain conduct typical may be excluded through the exclusive legal status of necessity, of self-defense of the strict compliance of statutory duty or regular exercise rights that comprise the body of this work, to the end we conclude that there was the throughout the study that will criminal standard, or any other standard, can not be interpreted in isolation, with the interpreter analyze it the legal and factual circumstances that permeates.

Keywords: State of Necessity. Legitimate defense. Regular exercise of law. Strict Compliance with Legal Duty.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1 ESTADO DE NECESSIDADE.....	10
1.1 Conceito de Estado de Necessidade.....	10
1.2 Espécies de Estado de Necessidade.....	10
1.3 Requisitos do estado de necessidade	12
1.3.1 Existência de perigo atual	12
1.3.2 Involuntariedade na geração do perigo	12
1.3.3 Inevitabilidade do perigo e inevitabilidade da lesão	13
1.3.4 Proteção a direito próprio ou de terceiro.....	13
1.3.5. Proporcionalidade do sacrifício do bem ameaçado.....	13
1.3.6 Dever legal de enfrentar o perigo.....	14
1.4 Causa de diminuição de pena.....	14
2-LEGÍTIMA DEFESA.....	16
2.1. Elementos da legítima defesa	17
2.1.1 Agressão.....	17
2.1.2. Injustiça da agressão	18
2.1.3 Atualidade ou iminência da agressão	19
2.2 Agressão contra direito próprio ou de terceiros.....	21
2.3 Utilização dos meios necessários para a reação.....	23
2.4 Moderação da reação.....	24
2.4.1 Proporcionalidade na legítima defesa	25
2.5 Ofendículos	26
2.6-Legítima defesa da honra.....	30
3-EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO E ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL.....	36
3.1-Exercício Regular de um Direito	38
4-CONSENTIMENTO DO OFENDIDO.....	42
CONCLUSÃO.....	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	46

INTRODUÇÃO

A delimitação deste tema é mostrar que as excludentes legais de ilicitude, estão dispostas no Título II, art. 23 do Código Penal, que as elenca: estado de necessidade, a legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito.

Busca-se através deste estudo compreender o Direito Penal, instrumento regulador da vida em sociedade, através da construção de conhecimentos essenciais para o desenvolvimento social.

A situação problema de pesquisa é mostrar as excludentes legais de ilicitude como os elementos subjetivos do conhecimento.

Justificando-se diante dos questionamentos sociais e jurídicos.

Inicia-se como estudo do estrito cumprimento do dever legal, passando-lhe pela legítima defesa, é tratada de maneira mais específica e aprofundada.

O fato típico existe matar alguém, porém não há crime, pois o agente somente agiu de forma a defesa, de agressão ou perigo ou de forma a cumprir a ordem ou no exercício de um direito.

Como metodologia foi empregada uma pesquisa bibliográfica, realizadas através de livros textos, publicações recentes e artigos científicos e revistas. De fato forma a sintetizá-los num trabalho que tivesse o caráter de objetividade e riqueza de dados, para reflexão.

1 ESTADO DE NECESSIDADE

1.1 Conceito de Estado de Necessidade

É o sacrifício de um interesse legalmente protegido para salvar de perigo atual e inevitável, bem jurídico do próprio ou de terceiro, diante de condutas, cujo sacrifício não era razoável exigir-se (MIRABETE ; FABBRINI, 2007).

Diz o CP no 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 (HUNGRIA, ; FRAGOSO, 2008, p.388).

A situação de necessidade pressupõe, em primeiro lugar, a existência de um perigo (atual), que coloca em conflito dois ou mais interesses legítimos que, dadas as circunstâncias, perecerá.

1.2 Espécies de Estado de Necessidade

Segundo Grego (2011):

a) estado de necessidade defensivo: ocorre quando o agente pratica o ato necessário contra a coisa ou animal do qual promana o perigo para o bem jurídico. Ex.: atacado por um cão bravo, vê-se obrigado a matar o animal.

b) estado de necessidade agressivo: ocorre quando o agente se volta contra pessoa ou coisa diversa daquela da qual provém o perigo para o bem jurídico. Ex.: para prestar socorro a alguém, o agente toma o veículo alheio sem autorização do proprietário.

Não se inclui no estado defensivo a pessoa, pois, quando o perigo emana de ser humano e contra este se volta o agente estar-se-á diante de uma hipótese de legítima defesa. Uma ilustração real: um gato ficou preso do lado de fora da janela do apartamento dos seus donos (exatamente entre a tela de proteção e o vidro), no 15.º andar, de um prédio no bairro de Higienópolis, em São Paulo, possivelmente

por esquecimento. Um vizinho detectou e acionou o zelador, que alertou o subsíndico. Num primeiro momento, este nada quis fazer, pois os proprietários viajavam e somente poderiam ingressar no apartamento se houvesse invasão de domicílio, arrombando a porta, o que seria crime, em tese. Com a pressão da imprensa e de uma ONG de proteção a felinos, terminou-se concordando com a invasão salvando-se o gato. Dois interesses entraram em confronto (inviolabilidade domicílio e a proteção aos animais). Elegeu-se o mais importante, naquele concreto, porém "agredindo se" a inviolabilidade domiciliar (GREGO, 2004, p. 114).

Segundo Bittencourt (2000), quanto ao bem sacrificado:

a) estado de necessidade justificante: trata-se do sacrifício de um bem de mesmo valor preservado. Ex.: o agente mata um animal agressivo, que pertence a terceiro para salvar alguém sujeito ao seu ataque (patrimônio x integridade física).

Que o sacrifício de bem de igual valor não é amparado pelo direito, ficando para o contexto do estado de necessidade exculpante, com o que não podemos concordar. Se um ser humano mata outro para salvar-se de um incêndio, buscando fugir por uma passagem que somente urna pessoa consegue atravessar, é natural que estejamos diante de um estado de necessidade justificante, pois o direito jamais poderá optar entre a vida de um ou de outro. Assim, é perfeitamente razoável, conforme preceitua o art. 24 do Código Penal, exigir-se o sacrifício ocorrido (BITTENCOURT, 2003, p.133).

b) estado de necessidade exculpante: ocorre quando o agente sacrifica bem de valor maior para salvar outro de menor valor, não lhe sendo possível exigir, nas circunstâncias, outro comportamento. Trata-se, pois, da aplicação da teoria da inexigibilidade de conduta diversa, razão pela qual, uma vez reconhecida não se exclui a ilicitude, e sim a culpabilidade. Ex.: um arqueólogo que há anos buscava uma relíquia valiosa, para salvá-la de um naufrágio, deixa perecer um dos passageiros do navio.

Para Bittencourt (2000), é natural que o sacrifício de uma vida humana não pode ser considerado razoável para preservar-se um objeto, por mais valiosa que seja. Entretanto, no caso concreto, seria demais esperar do cientista outra conduta, a não ser a que ele teve, pois a decisão que tomou foi fruto de uma situação de desespero, quando não há tranquilidade suficiente para sopesar os bens que estão em disputa. Não poderá ser absolvido por excludente de ilicitude, visto que o direito

estaria reconhecendo a supremacia do objeto sobre a vida humana, mas poderá não sofrer punição em razão do afastamento da culpabilidade.

1.3 Requisitos do estado de necessidade

1.3.1 Existência de perigo atual

Atual é o que está acontecendo, portanto uma situação presente. “É o perigo concreto, imediato, reconhecido objetivamente, não se podendo usar a excludente quando se trata de perigo incerto, remoto ou passado” (HUNGRIA ; FRAGOSO, 2008, p. 395).

Não inclui, na lei, perigo iminente, em uma situação futura, não é sempre fácil de verificação de serviços. Um perigo tido como incerto para acontecer é imponderável, não autorizado no uso da exclusão. Por exemplo: vislumbrar o início de um naufrágio e, conseqüentemente, um perigo iminente, não pode em um navio passageiros agredir alguém ou ser agredido, esse é um pretexto para estar em um estado de necessidade (COLMENERO, 2001, p.50).

Existência de perigo atual que deve ser entendido como o que está acontecendo, se tratando da situação presente. Portanto, não podendo valer do uso da excludente estando o agente sob perigo tido como incerto, no passado ou no futuro, pela inexistência de uma ofensa ou lesão, ou por um bem jurídico em questão.

1.3.2. Involuntariedade na geração do perigo

É certo que a pessoa que deu origem ao perigo não pode invocar a excludente para sua própria proteção, pois seria injusto e despropositado, se tratando-se juridicamente protegidos e lícitos que entram em conflito por conta de um perigo, toma-se indispensável que a situação de risco advenha do infortúnio (BRUNO, 2007).

Não fosse assim, exemplificando, aquele que causasse um incêndio poderia sacrificar a vida alheia para escapar, valendo-se da excludente, sem qualquer análise da origem do perigo concretizado.

1.3.3 Inevitabilidade do perigo e inevitabilidade da lesão

A característica fundamental do estado de necessidade é que o perigo seja inevitável, bem como seja imprescindível, para escapar da situação perigosa a lesão a bem jurídico de outrem. Podendo afastar-se do perigo ou podendo evitar a lesão, deve o autor de o fato necessário fazê-lo. No campo do estado de necessidade impõe-se a fuga, sendo ela possível. Por isso, o estado de necessidade tem o caráter subsidiário (COSTA JÚNIOR, 1999, p.345).

Segundo Costa Júnior, (2000) alguém se vê atacado por um cachorro feroz, embora possa fechando um portão, esquivar-se da investida; não pode matar o cão, a pretexto de estar em estado de necessidade. O perigo era evitável, assim como a lesão causada.

A inevitabilidade do perigo e inevitabilidade da lesão, podem se opor como uma questão fundamental a existência do estado de necessidade a inevitabilidade do perigo, sendo, Inevitável a lesão ao bem jurídico de terceiro, sendo possível e admitida a fuga, que de acordo com Bruno (2007), devendo ser elevada a posição de aletar de forma que cause menos estrago ou dano, ou até o mesmo interesse de terceiro.

1.3.4 Proteção a direito próprio ou de terceiro

Segundo Noronha (2003), não pode alegar estado de necessidade quem visa a proteção de bem ou interesse juridicamente desprotegido. Assim, exemplificando, impossível invocar a exc1udente quem pretenda a pretexto de preservar carregamento de substância entorpecente de porte não autorizado, sacrificar direito alheio.

1.3.5. Proporcionalidade do sacrifício do bem ameaçado

De acordo com Marinho e Freitas (2009), trata-se da condição que constitui o estado de necessidade justificante, já abordado.

Somente se admite a invocação da exc1udente, interpretando-se a expressão cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se, quando para salvar bem de maior ou igual valor ao do sacrificado. No mais, pode-se aplicar a hipótese do estado de necessidade exculpante (MARINHO E FREITAS, 2009, p.387).

1.3.6 Dever legal de enfrentar o perigo

O dever legal é o resultante de lei, considerada esta em seu sentido lato. Entretanto, deve-se ampliar o sentido da expressão para abranger também o jurídico, aquele que advém de outras relações previstas no ordenamento jurídico, como o contrato de trabalho ou mesmo a promessa feita pelo garantidor de uma situação qualquer.

No prisma da ampliação do significado, pode-se citar o disposto na Exposição de Motivos da Parte Geral de 1940 (não alterada pela atual), item 23: a abnegação em face do perigo só é exigível quando corresponde a um dever jurídico". Por isso, tem o dever de enfrentar o perigo tanto o policial dever advindo de lei, quanto o segurança particular contratado para a proteção do seu empregador (dever jurídico advindo do contrato de situações, não se exige da pessoa encarregada de enfrentar o perigo de qualquer ato de heroísmo ou abdicção de direitos fundamentais, de forma que o bombeiro não está obrigado a se matar, em um incêndio, para salvar terceiros, nem o policial a enfrentar perigo irracional somente pelo disposto no art. 24, § 1º. A finalidade do dispositivo é evitar que pessoas obrigadas a vivenciar situações de perigo, ao menor sinal de risco, se furtem ao seu compromisso. Em contrário, posiciona Hungria , ressaltando que somente o dever advindo de lei capaz de impedir o estado de necessidade (TOLEDO, 2002. p.280)

1.4 Causa de diminuição de pena

Preceitua o art. 24, § 2.º, do Código Penal que "embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços. Essa causa somente é compatível com as situação do estado de necessidade exculpante, quando não reconhecido como excludente de culpabilidade (JESUS, 2005).

Eventualmente, salvando um bem de menor valor e sacrificando um de maior valor, quando não se configura a hipótese de inexigibilidade de conduta

diversa, permite-se ao juiz considerar uma situação de como menos culpável, reduzindo a pena.

2-LEGÍTIMA DEFESA

Diz o CP, no 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.

Assim, a definição da legítima defesa não pode ser apenas entendida como “um campo interno da relação entre entes nacional ou internacional, porque uma guerra ou conflito que pode ser minimizada na legítima defesa havendo a compreensão do que está incluído na relação entre diferentes nações” (LEITE, 2005, p. 456).

É uma defesa necessária empreendida contra agressão injusta, atual ou iminente, contra o direito próprio ou de terceiro, utilizando, moderadamente, os meios necessários.

Por isso, sempre foi acolhida, ao longo dos tempos, em inúmeros ordenamentos jurídicos, desde o direito romano, passando pelo direito canônico, até chegar à legislação moderna. Valendo-se da legítima defesa, o indivíduo consegue repelir agressões indevidas a direito seu ou de outrem substituindo a atuação da sociedade ou do Estado, que não pode estar em todos os lugares ao mesmo tempo, através dos seus agentes (NUCCI, 2009, p.99).

Assim, a ordem jurídica tem que ser mantida, e assegurá-la de modo eficiente e eficaz.

Há, sem dúvida, Juízes, esta lei, não escrita, mas congênita, que não aprendemos, ouvimos, lemos, mas participamos, bebemos e tomamos da mesma natureza, na qual fomos ensinados, mas formados, nem instruídos, mas criados: que se a nossa vida cair em algumas ciladas, e em insultos e armas de inimigos e ladrões, todo o modo de a salvar nos seja lícito. Porque as leis guardam silêncio entre as armas; nem mandam que as esperem, quando aquele que as quiser esperar primeiro há de pagar a pena injusta do que satisfazer-se da merecida (NUCCI, 2009, p.100).

Segundo Leite (2005), a legítima defesa tem dois ângulos distintos, mas, que trabalham conjuntamente:

a) no prisma jurídico-individual, é o direito que todo homem possui de defender seus bens juridicamente tutelados. Deve ser exercida no contexto individual, não sendo cabível invocá-la para a defesa de interesses coletivos, como a ordem pública ou o ordenamento jurídico;

b) no prisma jurídico-social, é justamente o preceito de que o ordenamento jurídico não deve ceder ao injusto, daí por que a legítima defesa manifesta-se somente quando for essencialmente necessária, devendo cessar no momento em que desaparecer o interesse de afirmação do direito ou, ainda, em caso de manifesta desproporção entre os bens em conflito. É desse contexto que se extrai o princípio de que a legítima defesa merece ser exercida da forma menos lesiva possível (LEITE, 2005, 459).

2.1 Elementos da legítima defesa

2.1.1 Agressão

Agressão significa a "conduta humana que põe em perigo ou lesa um interesse juridicamente protegido".

Eis por que não se admite legítima defesa contra animal ou coisa, são capazes de "agredir" alguém (inexiste ação, como ato voluntário iminente ação, como voluntário e consciente), mas apenas de atacar, no sentido de investir contra (MIRABETE ; FABBRINI, 2007, p.149).

Animais que atacam e coisas que colocam pessoas em risco podem ser danificados ou eliminados, mas estaremos diante do estado de necessidade defensivo.

Nesse prisma, a lição de Zaffaroni ; Pierangelli (2004): "o perigo deve provir de uma conduta humana, também compreendido o inimputável, pois, do contrário, surge o estado de necessidade. Isso porque somente se falar do justo e do injusto em relação ao homem (p.454).

Em sentido contrário, porém minoritário, o ensinamento de Mirabete ; Fabbrini, (2007): "o ataque deve partir de um ser dotado de vida. Os objetivos, inanimados, ainda quando deles possa emanar um perigo, não podem atacar. Por outro lado, podem realizar uma agressão os animais vivos" (p. 454).

Ressaltando, ainda, que animais podem atacar servindo de instrumentos de uma pessoa para ferir outra, de modo que, nesse caso, a sua eliminação não

conseguirá estado de necessidade, mas legítima defesa contra o ser humano vista que eles serviram apenas de "arma" para a agressão.

A injustiça da agressão deve ser entendida como ilicitude, ou seja, contrária ao direito. Valer-se da legítima defesa estaria a demandar a existência de uma agressão ilícita (não necessitando que se constitua em infração penal).

Para Mirabete ; Fabbrini, (2007), no entanto, a agressão não precisa ser considerada antijurídica, bastando que seja "injusta" sob o prisma do agredido, e não do agressor Antijuridicidade concreta, (p. 82).

Agressão é a conduta humana que põe em perigo um interesse juridicamente protegido. Sendo que para se defender, a hipótese não é de legítima defesa, mas sim, de estado de necessidade, excludente de ilicitude prevista no art. 24 do Código Penal (ZAFFARONI ; PIERANGELLI, 2004, p.456).

Certamente que uma agressão pode realizar-se nas duas modalidades de conduta. Segundo Mirabete ; Fabbrini, (2007), o carcereiro que tem a obrigação de liberar um recluso, uma vez que sua pena findou, pode gerar uma agressão, através da sua omissão ilícita.

2.1.2. Injustiça da agressão

Agressão significa a "conduta humana que põe em perigo ou lesa um interesse juridicamente protegido" (JESUS, 2005, p.149). Para Jesus (2005), não se admite legítima defesa contra animal ou coisa, que não são capazes de "agredir" alguém (inexiste ação, como ato voluntário e consciente), mas apenas de atacar, no sentido de investir contra.

Animais que atacam e coisas que colocam pessoas em risco podem ser danificados ou eliminados, mas estaremos diante do estado de necessidade defensivo.

Nesse prisma, a lição de Jesus:

O perigo deve provir de uma conduta humana - também compreendido o inimputável, pois, do contrário, surge o estado de necessidade. Isso porque somente se pode falar do justo e do injusto em relação ao homem (2005, p. 213).

Em sentido contrário, porém minoritário, o ensinamento de Jesus: o ataque deve partir de um ser dotado de vida. “Os inanimados, ainda quando deles possa emanar um perigo, não podem atacar. Por outro lado, podem realizar uma agressão os animais vivos” (TOLEDO, 2002, p. 454).

Ressaltemos, ainda, que animais podem atacar servindo de instrumentos de uma pessoa para ferir outra, de modo que, nesse caso, a sua eliminação não constituirá estado de necessidade, mas legítima defesa contra o ser humano em vista que eles serviram apenas de "arma" para a agressão.

A injustiça da agressão deve ser entendida como ilicitude, ou seja, contrária ao direito. Valer-se da legítima defesa estaria a demandar a existência de uma agressão ilícita.

Para Toledo (2002), no entanto, a agressão não precisa ser considerada antijurídica, bastando que seja "injusta" sob o prisma do agredido, e não do agressor (p. 82). Ainda Toledo (2002), cremos melhor a primeira posição, pois permitir a ampliação da excludente de ilicitude, admitindo-se que a injustiça da agressão se resolve na esfera individual do agredido, é criar um flanco inadequado para o cometimento de atos abusivos e criminoso especialmente no campo dos delitos contra a vida.

Certamente que uma agressão pode realizar-se nas duas modalidades da conduta (positiva = ação; negativa = omissão). Como bem exemplifica Jesus (2005), “o carcereiro que tem a obrigação de libertar um recluso, uma vez que sua pena findou, pode gerar uma agressão, através da sua omissão ilícita” (p. 453).

2.1.3 Atualidade ou iminência da agressão

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. Tal postura legislativa está correta, uma vez que a agressão iminente é um perigo atual, portanto passível de proteção pela defesa necessária do art. 25 (FRAGOSO, 2007, p.234).

Segundo Fragoso (2007), não é possível haver legítima defesa contra agressão futura, tornando-se forma imponderável de defesa, ou passada, que

configura autêntica vingança nem tampouco contra meras provocações, pois justificaria o retorno ao tempo prisma.

Ainda Fragoso:

Cabe destacar que o estado de atualidade da agressão necessita ser interpretado com a indispensável flexibilidade, pois é possível que uma atitude hostil cesse momentaneamente, mas o ofendido pressinta que vai ter prosseguimento em seguida. Continua ele legitimado a agir, sob o manto da atualidade da agressão. É o que ocorre, por exemplo, com o atirador que errando os disparos, deixa a vítima momentaneamente, em busca de projéteis para recarregar a arma e novamente atacar. Pode o ofendido investir contra ele, ainda que o colha pelas costas, desde que fique demonstrada a intenção do agressor prosseguir no ataque. Igualmente, não se descaracteriza a atualidade ou iminência de uma agressão simplesmente pelo fato de existir inimizade capital entre agressor e ofendido (2007, p.204).

Lembra Zaffaroni ; Pierangelli (2001), que ambos, pelas regras da prudência, devem evitar-se, mas, se houver um encontro casual, é possível a utilização da legítima defesa se um deles iniciar agressão injusta. “Quanto à agressão futura, que se tenha por certa e inevitável, o caminho não deve ser invocar a legítima defesa, que não abre mão da atualidade ou iminência, mas, eventualmente, a inexigibilidade de conduta diversa” (p. 543).

No contexto da iminência, deve-se levar em conta a situação de perigo gerando no espírito de quem se defende. Seria demais exigir que alguém, visualizando agressão pendente, tenha que aguardar algum ato de hostilidade manifesto, pois essa espera lhe poderia ser fatal. Exemplo: o avanço do inimigo na direção do outro, carregando revólver na cintura, proferindo ameaças de morte, autoriza a reação. Aguardar que o agressor saque da arma e dê o primeiro disparo é contar com a sorte, já que o único tiro dado pode ser certo e mortal.

Como regra, é inadmissível a legítima defesa contra atos preparatórios de um delito, pois não se poderia falar em atualidade ou iminência, embora, em casos excepcionais, seja possível.

Nas palavras de Dotti:

A agressão há de ser atual ou iminente, porém não se exclui a justificativa contra os atos preparatórios, sempre que estes denunciarem a iminência de agressão: o subtrair a pessoa a arma que

um indivíduo comprou para matar um terceiro não constitui furto, agindo ela em legítima defesa de terceiro (2002, p. 198).

Está excluída a possibilidade de existência da legítima defesa presumida, anteriormente admitida no direito romano, como bem coloca Dotti (2002): "a noite autorizava, ainda, para os romanos, a presunção de legítima defesa em favor daquele que matasse a um ladrão, quando surpreendido furtando, pelo justo receio do seu ataque" (p.183).

2.2 Agressão contra direito próprio ou de terceiros

Tal como no estado de necessidade, somente pode invocar a legítima defesa quem estiver defendendo bem ou interesse juridicamente protegido. Não há possibilidade de defesa contra agressão a bem sem proteção jurídica, como o exemplo: não pode invocar a excludente quem está defendendo, contra subtração alheia, a substância entorpecente, não autorizada, que mantém em seu poder (ZAFFARONI, 2003).

Permitir que o agente que defendesse terceiros que nem mesmo conhece é uma dessas em que o direito admite e incentiva a solidariedade. Admite-se a defesa como está expresso em lei, de direito próprio ou de terceiro, podendo o terceiro ser pessoa física ou jurídica, inclusive porque esta última não tem condição de agir sozinha.

Merecem destaque, ainda, as especiais situações do feto e do cadáver, que não titulares de direitos, pois não são considerados pessoa, isto é, não personalidade, atributo que permite ao homem ser titular de direitos segundo o arts. 2º e 6º do CC. Porém, como bem ressalta Manzini, tanto num, quanto noutra caso, é admissível a legítima defesa, tendo em vista a proteção que o Estado lhes confere, criando tipos penais específicos para essa finalidade (aborto e destruição de cadáver). No caso do nascituro, o próprio art. 2º do Código Civil menciona que a lei põe a salvo alguns de seus direitos desde a concepção, voltando-se o direito penal, então, para a proteção da vida uterina.

No outro, leva-se em consideração o respeito aos mortos. De qualquer forma, são interesses da sociedade. Quando são protegidos por alguém, em última análise dá-se cumprimento fiel ao disposto no art. 25, pois são direitos reconhecidos pelo Estado. Por isso, trata-se de hipótese plausível (ZAFFARONI, 2003, p. 387-388).

Para a configuração da hipótese de legítima defesa de terceiro, torna-se necessário que este dê o seu consentimento para que seja protegido de um ataque? Cremos que depende do interesse em jogo. Tratando-se de bem indispensável, como a vida, é natural que o consentimento seja desnecessário.

A amásia, rudemente espancada pelo amante, que, pressentindo a iminente reação de um circunstante, a este se oponha, para que não seja ofendida a pessoa amada, preferindo suportar os castigos físicos a vê-la vitimada por uma intervenção inamistosa de terceiro. Não se nessa situação, depender do consentimento da agredida para socorrerla, tendo em vista que está sendo severamente espancada, o que revoga ao seu âmbito de aceitação, por tratar-se de bem indisponível. (LINHARES, 2002, p. 279).

Mas, caso se trate de algo disponível, como o patrimônio ou mesmo a integridade física, quando se tratar de lesões leves, parece-nos importante conseguir o consentimento da vítima, caso seja possível.

O cliente de hotel agride a camareira, quando esta lhe entrega uma conta. Resolve, em seguida, violentá-la. O dono do lugar, vendo a cena, dá um tiro de advertência e, sem resultado, abre fogo contra o homem, atingindo a vítima. Essa lesão não está acobertada, no seu entender, pela legítima defesa, pois não houve o consentimento da ofendida. Ela não concordou que sua vida corresse risco, para escapar da agressão sexual. Dessa forma, o consentimento da vítima, ao menos presumido, o que será deduzido diante da gravidade da agressão, deve ser buscado pelo agente da legítima defesa (COSTA JUNIOR, 2000, p. 460).

De acordo com Costa Junior (2000) é fundamental mencionar a possibilidade de haver uma legítima defesa putativa, isto é, sem saber que a pessoa ofendida se opõe a qualquer tentativa de reação contra o agressor, ainda que se cuide de bem disponível, alguém poderá agir em legítima defesa de terceiro, na credulidade de se cuide e bem disponível, alguém poderá agir em legítima defesa de terceiro, na credulidade de se tratar de conduta lícita e desejável.

2.3 Utilização dos meios necessários para a reação

Meios necessários são os eficazes e suficientes para repelir a agressão ao direito, causando o menor dano possível ao atacante.

Não se exige, no contexto da legítima defesa, tal como se faz no estado de necessidade, a fuga do agredido, já que a agressão é injusta. Pode ele enfrentar a investida, usando, para isso, os meios que possuir ao seu alcance, sejam eles quais forem. Portanto, a exigência de fuga, degrada a personalidade moral, mas isso não significa que, de propósito, o sujeito procure passar próximo do local onde está o agressor, que já o ameaçou, para gerar uma situação legítima defesa (DEMONER, 2011, p. 260).

É curial, no entanto, mencionar a correta ressalva feita por Demoner (2011), no sentido de que, em casos excepcionais, a fuga se impõe sem acarretar vergonha, mas, ao contrário, elevando os sentimentos de quem a pratica. “Assim, o filho que, embora possa reagir, prefere fugir a agressão injusta de seu pai, para não matá-lo ou molestá-lo” (p.113).

É o que se chama de *commodus discessus*, ou seja, o cômodo afastamento do local, evitando-se a situação de perigo ou agressão, em nome da prudência sem qualquer ofensa à imagem do ofendido. Não há cálculo preciso no uso dos meios necessários, sendo indiscutivelmente fora de propósito pretender construir uma relação perfeita entre ataque e defesa.

A escolha dos meios deve obedecer aos reclamos da situação concreta de perigo, não se podendo exigir uma proporção mecânica entre os bens em conflito”, nem tampouco a paridade absoluta de armas. 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 direito não deve ceder ao injusto, seja a que pretexto for (LINHARES, 2002, p. 343).

Nesse sentido, em situação peculiar, absolvemos sumariamente uma vendedora ambulante que matou a tiros um assaltante de 22 anos. No acórdão, confirmando a decisão, encontramos:

E, ao que tudo indica, o revólver utilizado na reação empreendida pela valente mulher, de 45 anos de idade, contra um forte rapaz, com a

metade de sua idade, pertencia ao último, que no dizer da ré, chegou a acioná-lo duas vezes (o auto de apreensão) que se refere a existência de duas cápsulas picotadas, mas não deflagradas. Numa disputa corporal violenta, como a que envolveu as personagens principais do delito, é difícil, senão impossível, reconhecer-se excesso doloso na reação empreendida, no caso, por parte de uma mulher, idosa, em presumível desvantagem física com o experimentado assaltante, que a acometera ou uma de suas clientes (LINHARES, 2002, p. 344).

Confira-se, ainda, a lição de Demoner (2011):

O homem que é subitamente agredido não pode, na perturbação e na impetuosidade da sua defesa, proceder a operação de medir e apreciar a sangue frio e com exatidão se há algum outro recurso para o qual possa apelar, que não o de infligir um mal ao seu agressor; se há algum meio menos violento a empregar na defesa, se o mal que inflige excede ou não o que seria necessário à mesma defesa. É preciso considerar os fatos como e ordinariamente se apresentam, e reconhecer as fraquezas inerentes à natureza humana, não se exigindo dela o que ela não pode dar; reconhecer mesmo as exigências sociais, que podem justificar o emprego de certos meios de defesa, suposto não seja absoluta a necessidade desse emprego (p. 267).

2.4 Moderação da reação

É a razoável proporção entre a defesa empreendida e o ataque sofrido, que merece ser apreciada no caso concreto, de modo relativo, consistindo na medida dos meios necessários. Se o meio fundamentar-se, por exemplo, no emprego de arma de fogo, a moderação basear-se-á no número de tiros necessários para deter a agressão. Não se trata de conceito rígido, admitindo-se ampla possibilidade de aceitação, uma vez que a reação de uma pessoa normal não se mede por critérios matemáticos ou científicos. Como ponderar o número de golpes de faca que suficientes para deter um atacante encorpado e violento? Daí por que a liberdade de apreciação é grande, restando ao magistrado valer-se de todo o bom senso possível a fim de não cometer injustiça (NORONHA, 2000, p.345).

Segundo Reale Junior (2000), rejeitando o excesso de facadas em uma briga de presos, portanto acatando a moderação, já tivemos a oportunidade de absolver sumariamente um detento que matou o outro com inúmeros golpes. Nesse contexto, não se pode exigir ponderação extremada, uma vez que ambos (agressor e

agredido) estão inseridos no violento sistema penitenciário, onde se sabe que as questões terminam resolvidas pelo critério da vida ou morte.

Confirmando a decisão, o Tribunal de Justiça pronunciou-se do seguinte modo:

Eventual excesso veio corretamente afastado pela decisão recorrida sob a assertiva de que o caso presente retrata uma briga dentro de uma prisão, onde as coisas naturalmente são violentas e rudes, sendo, difícil argumentar que o réu, ameaçado pelo ofendido, um perigoso marginal e homicida, quando em luta corporal com ele, tivesse noção do número de golpes que estava dando na vítima'. Flagrante, então, a legítima defesa na ação do réu, e, tal como reconhecido pela decisão recorrida, a absolvição sumária era a solução que se impunha (NORONHA, 2003, p.345).

Aliás, quanto às brigas ocorridas entre presos, narra Noronha (2003):

Cada acerto de contas é um duelo sem interferência, uma briga que geralmente só termina com a morte de um. São cenas rápidas, geralmente assistidas por privilegiados espectadores que tudo fazem para que nenhum funcionário veja o que está acontecendo e interfira para impedir o desfecho. Correr, fugir da luta, tentar escapar da morte se torna impossível. Mais do que isso, se torna imperdoável: se um dos envolvidos na briga sair correndo, não faltará quem lhe passe o pé para derrubá-lo ao chão. A briga, quando começa, tem de chegar ao fim, com um deles morto, ou perfurado a estilete (p. 18-19).

Segundo Linhares (2002), “a escolha do meio defensivo e o seu uso importarão na eleição daquilo que constitua a menor carga ofensiva possível, pois a legítima defesa foi criada para legalizar a defesa de um direito e não para a punição do agressor” (p. 368).

2.4.1 Proporcionalidade na legítima defesa

A lei não a exige art. 25, CP, mas a doutrina e a jurisprudência brasileiras posicionam-se no sentido de ser necessária a proporcionalidade no critério adotado no estado de necessidade, também na legítima defesa (CAPEZ, 2004).

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 se 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 ou pois terá havido excesso, doloso ou culposo, conforme o caso” (JESUS, 2005, p.145).

2.5 Ofendículos

Devido à crescente violência que afeta a vida diária das famílias brasileiras, há um maior número de cidadãos que colocam em suas casas, barreiras para impedir as ações criminosas dos agentes. Esses "obstáculos" têm a função de proteger os bens da família e da própria família.

A ordem jurídica exige respeito ao direito de outrem. Se este não fosse protegido, seria impossível a coexistência social. É mister respeitarmos o direito do próximo para que o nosso respeitado também seja. Ora, a legítima defesa, como o próprio nome está dizendo, é tutela do direito próprio ao de terceiro, e, portanto integra-se na ordem jurídica; conseqüentemente é um direito (NORONHA, 2003, p. 196).

A doutrina define como tendenciosa ou chamadas defesas de ofendicula que segundo Jesus (2009) é um dispositivo ou instrumentos que impedem o acesso ao bem protegido, paredes fortificadas criminais ou vergonhoso ou fragmentos de vidro, bares, buracos, ou dispositivos mecânicos, tais como armas de armadilhas automáticas mais ou menos perigoso, concebido para operar com o tempo de ataque.

Segundo Capez (2003), a questão importante diz respeito aos *ofendículos* (ou *ofendículas*). Proveniente o termo da palavra *offendiculum*, que 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 (CAPEZ, 2003).

É certo que o ofendículo, por constituir situação de legítima defesa, ou exercício regular de direito, precisa respeitar os mesmos elementos referentes à moderação. Qualquer excesso fará com que o instalador do ofendículo responda pelo resultado típico causado, por dolo ou culpa, conforme o caso concreto. Uma fórmula interessante para detectar a licitude do uso de ofendículos é proposta por Capez, que menciona o seguinte:

Se forem colocados de modo visível, é evidente a sua legitimidade como meio defensivo, sem qualquer restrição de intensidade, porque o agressor, conhecendo o perigo ao qual se expõe, afronta-o deliberadamente. Entretanto, se for colocado de modo oculto, somente terá legitimidade como meio de defesa se for necessário e moderado, conforme o caso concreto (CAPEZ, 2003, p.458).

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. Segundo Jesus (2005), é um bem indisponível (vida), pouco valendo o fato de que o ofendículo estar à vista ou não.

Por outro lado, quando atingir um inocente (ex.: 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 a hipótese, flagrante exagero nos meios empregados para a defesa. Neste caso, confira-se a lição de Jesus (2009):

Suponha-se, entretanto, que, ao invés do ladrão, venha a ser a vítima do insidioso aparelho uma pessoa inocente. A nosso ver, a hipótese deve ser tratada como de legítima defesa putativa, uma vez que se comprove que o proprietário ou ocupante da casa estava persuadido de que a armadilha somente poderia colher o ladrão noturno: se foram tomadas às precauções devidas para que a armadilha não fosse fiel à sua finalidade, o evento lesivo não pode ser imputado a título de dolo, nem título de culpa: caso contrário configurar-se-á um crime culposos. (p.132).

Jesus (2009), no entanto, questiona o seu funcionamento contra inocentes, afirmando que, nessa situação, o instalador do ofendículo deve responder pelo evento causado.

Alega ser "duvidosa a justificção desses meios porque eles não permitem uma individualização em seu funcionamento: um disparado automático opera não somente contra o ladrão de galinhas, senão também contra o hóspede que tenha confundido a porta de entrada. Se a instalação funciona como meio defensivo, o autor estará

justificado. Do contrário, não cabe legítima defesa" (JESUS, 2005, p. 458).

Essa postura é exagerada, uma vez que, fosse assim, os ofendículos estariam inviabilizados por completo, pois nunca se poderá garantir o seu funcionamento exclusivo, contra agressores reais. Aliás, se o direito acolhe a putatividade para garantir a absolvição daquele que, justificadamente, vendo-se agredido - embora seja fruto do erro, termina ferindo inocente, é natural que o mesmo se dê no contexto do ofendículo.

Há basicamente dois tipos de obstáculos: coisas e animais. Quanto aos aparelhos e engenhos, como cercas eletrificadas, pontas de lança, arame farpado, etc., o controle do proprietário e a regulagem, em relação ao funcionamento, é maior e mais eficiente. Se alguém se ferir em um portão que, no alto, possui pontas de lanças, porque pretendia invadir a propriedade, ainda que morra, configura nítida situação de legítima defesa preordenada, necessária e moderada (SANTOS, 2001).

Segundo Santos (2001), a vítima, percebendo o perigo da ultrapassagem do obstáculo, aventurou-se, acreditando poder evitar a lesão. A cerca eletrificada para repelir o invasor é ofendículo razoável e moderado; se, por azar, na queda após o choque, o agressor terminar lesionando-se mais gravemente, não se pode debitar do proprietário, a título de excesso, esse episódio. É fruto do caso fortuito. Por, outro lado, a cerca eletrificada para provocar choque fatal deve ser considerado ofendículo imoderado.

Segundo Capez (2003), confira-se caso real:

Dois pequenos moradores da Zona Norte acabaram se ferindo em lanças de portão enquanto brincavam durante a tarde nesse período de recesso escolar. Um perfurou o tórax ao cair de um rombo nas telhas da garagem de seu prédio, às 16 h, no Jardim Peri, e outro perfurou a mão a proteção, às 17 h, em Parada de Taipas. A bola colorida ainda continuava presa no telhado quando B. H. J. R., 9 anos, entrava no Centro Cirúrgico do Hospital das Clínicas (HC), Zona Oeste, para retirar a ponta lança da grade que entrou em seu peito direito, bem na hora em que o menino escorregou para salvar a pelota isolada no jogo de futebol disputado no quintal. (...) Para o vizinho que ajudou no salvamento, o acidente era previsível. Eles sempre ficam pulando para lá e para cá nessas cercas. E o pior é que, para segurança essas lanças não adiantam nada, disse R. S., 29 anos (p. 489).

Para Capez (2003), quanto aos animais, especialmente os cães de guarda, o proprietário tem controle sobre suas reações, pois são seres vivos, que atuam por instinto preservação do território e do dono. Não há regulação, visto não serem aparelhos. Portanto, se um invasor for atacado por cães e terminar morrendo em virtude das lesões sofridas, trata-se de caso fortuito, não configurador de excesso.

É lícito tê-los em qualquer residência ou lugar de comércio, desde que em área não acessível ao público que, legitimamente, frequenta o lugar. No mais, aquele que, durante a noite, por exemplo, invade propriedade alheia, murada, para qualquer atividade, pode ser atacado por cães, que protegem por instinto seu espaço, e morrer, configurando-se, ainda assim, a legítima defesa.

Segundo Capez, (2004), se que, se fosse o proprietário a dar um tiro em um mendigo invasor, poderia falar em excesso; porém, cães não têm discernimento para separar entre o invasor mendigo e o invasor assaltante, atacando-os igualmente.

O proprietário do animal, por certo, não pode treiná-lo para ataques fulminantes, pois isto seria o mesmo que preparar uma cerca para matar eletrocutado o invasor. No entanto, o treinamento de defesa ou mesmo a ausência de adestramento deixa o cão trabalhar com seus instintos, que, dependendo do acontecimento, pode levar a um resultado fatal.

Tal situação toma-se particularmente viável quando há mais de um cão de guarda, seja de que raça for, pois nasce aí o instinto de matilha, representado pelo ataque conjunto dos cães, um incentivando o outro a dar cabo da presa. Por isso, não pode o proprietário ser responsabilizado por um ofendículo que lida com o instinto de animal (CAPEZ, 2004).

Por outro lado, se alguém preferir utilizar animais diferenciados para a proteção de sua propriedade, como cobras venenosas ou felinos selvagens como os leões, tigres, etc., teremos a possibilidade de levantar a imoderação do ofendículo, uma vez que a possibilidade de controle toma-se ainda menor. Mas, o ideal é sempre analisar a situação concreta, sem fórmulas preestabelecidas.

2.6-Legítima defesa da honra

Este elemento subjetivo é o resultado de grandes discussões doutrinárias, pois é um dos institutos que reflete a evolução do direito. Estudiosos e juízos jurisprudenciais divergentes, e, eventualmente, aumenta ilógico precedente nos anais do sistema jurídico brasileiro.

Em Doutrina e Jurisprudência tradicional masculino cômputo flagrasse a mulher adúltera em sexo com seu amante no Instituto apoiaria sua defesa de legítima defesa da honra segundo Capez (2003), excluindo, assim, a culpa.

Para Capez (2004), foi o entendimento legal modificado pela lei científica. Atualmente este caso e não na legítima defesa da honra, pois é um elemento muito pessoal e subjetiva não podem ser transferidos de um indivíduo para outro. Além disso, talvez o sistema legal brasileiro terá a honra de sua proteção principal, a proteção legal sobre o direito nacional é a vida. Alterar o entendimento doutrinário e social das novas decisões judiciais para a seguinte interpretação.

Não agir em defesa da honra, como resultado da traição de adultério, matar sua amante. Cabe somente a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95) para os crimes em que a pena a restrição mínima é igual ou inferior a um ano.

Em países onde a nova tradição jurídica só pode defender as leis integridade física não falam de legítima defesa da honra, agora também nos países de antiga tradição, dizer que todos os tangíveis ou intangíveis, foram protegidos pela legítima defesa de honra (BERALDO JÚNIOR, 2007).

Segundo Prado (2006), além dos aspectos biológicos e sociais, é a essência da existência humana o aspecto histórico, ou seja, o homem moderno é uma evolução dos primeiros humanos que habitaram a terra a milhões de anos atrás. Esta evolução mostra esta tecnologia na física, intelectual ou qualquer outro que em nossos olhos em primeiro lugar, e também verificar os valores e princípios que orientam vida individual e coletiva na sociedade.

Entre os muitos exemplos, podemos citar qualquer requisito específico para verificar e em relação a este estudo, como a descriminalização do adultério, os movimentos feministas dos anos 70, que levaram a uma maior igualdade entre

homens e mulheres agora têm um assunto tratamento direitos e não são mais considerados como um mero objeto.

Dentro desta evolução é também a honra do homem, e não no sentido em que deixa de estar presente na vida social, mas o fato de que os limites a que é analisado, expandido, por outras palavras, podemos dizer que era considerado desonroso facilmente desvalorizada pela sociedade que exigia a repulsa de seus membros, ou a oposição ao bom senso e as boas maneiras, o que não é mostrado atualmente como repugnante e opera dentro dos limites razoáveis ou menos aceitável (BERALDO JÚNIOR, 2007).

Desde os tempos antigos, a honra vem com ser humano. Para os homens, uma reputação de confiabilidade era sinal impecável lhes deu crédito em cada casa e leva a sua própria palavra. Para as mulheres, a honra era um sinal de virgindade ou fidelidade ao marido.

A mulher deflorada antes do casamento era considerado desonroso, como a mulher apanhada em adultério poderia ser morto junto com sua amante, como a Constituição Divina (Mesopotâmia). Neste caso, esta foi à maneira como o homem a limpar sua honra, auferidas pelo adultério de sua esposa.

Segundo Prado (2006), a conceituação de honra existe dois critérios: um pessoal, pelo titular, enquanto aprecia a sua honra, um outro grupo que emana dos componentes do grupo, eles fazem o seu julgamento em cada um de nós. Não há dúvida de que a honra tem um aspecto subjetivo, mas também o direito de o indivíduo, e sem dúvida, pode ser conseguido de várias maneiras.

Nosso Código Penal relaciona os crimes contra a honra, no capítulo V:

Art. 138 - alguém calúnia, falso fato criminalizado carga.

Art. 139 - Difamar alguém, cobrando realmente ofensivo à sua reputação.

Art. 140 - alguém, ofender a dignidade ou o decoro.

No entanto, a natureza subjetiva da honra, a existência deste tipo de crime é difícil de verificar, para que possamos justificar o gesto, no escarro, o golpe, o golpe de fato tentar abraçar ou beijar uma mulher pela força, ou, os risos, as vaias, as ironias e ofensas tributados no Código Penal.

Portanto, parece que a honra é um atributo da personalidade inalienável e direito individual absoluto, sem prejuízo de exigir o seu respeito, portanto, sujeito a ser defendida pelo seu titular.

Segundo Prado (2006), a honra é um direito humano e mover um nível subjetivo é mais abstrato, no que diz respeito à realização de algo que ofende. Sendo definitivamente um direito de personalidade não é mais justificável do que o titular da defesa de agressão injusta quando se sentem injustiçados, por isso vai agir em auto defesa, e que a agressão é atual ou iminente e injusta e que a reação pode se apoiar no uso de meios moderados.

De acordo com Prado (2006), a defesa da honra nesses crimes da paixão, quando o cônjuge traído mata seu companheiro dizendo que ele sentiu moralmente ferido pelo advento da traição.

A reforma penal de 1940 alterou o Código Penal de 1890, eliminando a figura que exclui a ilicitude da perturbação dos sentidos e da inteligência geral aplicado a casos de homicídio paixão. Essa exclusão, no entanto, foi substituída pela figura do homicídio culposo (atualmente prevista no art.121 § 1 do Código atual.), Que, ao contrário do que exclui a ilicitude do ato, isso se traduz em uma causa do declínio. Atualmente, a lei que trata do assassinato segundo o art. 121, § 1 °, se o autor da infração impulsionado pela razão do valor social ou moral relevante, ou sob o domínio de violenta emoção, logo após a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de sexto para o terceiro (BERALDO JÚNIOR, 2007).

O Código de 1940, então, não exime o assassino dominado por violenta emoção, não deixe que ele fique impune como acima, mas você tem uma sentença menor, com a possibilidade de redução de um sexto a um terço de sua sentença em prisão pelo homicídio simples ou qualificado.

De acordo com Prado (2006), os crimes passionais são cometidos por paixão, mas na linguagem legal é chamado o único crime passional cometido devido à relação sexual ou romântico.

O autor enfatiza que a paixão não pode ser usada para perdoar o assassinato, mas para explicá-lo. É possível compreender as razões pelas quais um ser dominado por emoções violentas para matar alguém destruindo a vida da vítima e, portanto, a sua própria, tanto física como psicologicamente. O seu

comportamento, no entanto, não perde a característica de extrema criminosa e não recebe aceitação social.

Segundo Eluf (2002), o ciúme e a paixão e possessividade sexual, uma vez que os seres humanos são torturados insistentemente não sei quando para dividir, não é compatível com a idéia de perda e não deve ser sujeito a alterações.

Para este autor absolver os clientes que assassinou e conduzidos por esses sentimentos, se os advogados de defesa usam a interrupção exclusão dos sentidos e da inteligência, mas com a sua abolição, surgiu no júri, à defesa da tese de honras, criado por astutos advogados de defesa tentaram conseguir a absolvição de clientes acusados de crimes passionais.

Até os anos 1970, havia um sentimento muito forte na sociedade patriarcal. A idéia de que a infidelidade conjugal da mulher era uma afronta aos direitos do marido e um insulto ao cônjuge enganado ecoou os sentimentos dos jurados, que viu a paixão assassina com graça.

No entanto, a nossa sociedade mudou muito. A acusação de assassinato, ou seja, cometido por um valor social ou moral correspondente, ou sob o controle da emoção violenta, hoje é o argumento mais comum apresentado pela defesa, no caso de crime paixão comprovada. Tolerância para os assassinos de mulheres mais velhas, a legítima defesa da honra perdeu apoio, e se a defesa pode diminuir consideravelmente o valor do réu e é considerado um grande sucesso.

Segundo Eluf (2002), um do estado de espírito ou de consciência caracterizados por uma sensação de excitação vive. É um distúrbio forte e transitório da afetividade, onde ligadas certas variações ou modificações de certas funções do somático vida orgânica.

Quando se fala em "legítima defesa da honra", o que se tem normalmente como referência é a conduta do marido traído que, em nome de sua "honra" vingasse da esposa infiel, matando-a. Houve uma época, num passado muito distante, em que era considerada lícita tal conduta. Mesmo durante a vigência dos Códigos de 1830, 1890 durante o século passado, registraram-se casos em que o Júri (muito embora sem respaldo em texto de lei) absolveu mandos acusados de homicídio em tal situação.

De acordo com Eluf (2002), a paixão e a emoção não podem substituir a consciência. O tema dos sentimentos fortes mantém a sua capacidade de entender as coisas, e é responsável por todos os atos praticados naquele estado. Por esta razão, o direito penal não está comprometido com o emocional ou passional. O único Código de benefícios, com a possibilidade de punição de mitigação, emoção violenta, e ainda assim eles resultam de injusta provocação da vítima ia reação do agente ocorrer logo depois (BERALDO JÚNIOR, 2007).

Por sua vez, a legítima defesa da honra não existe na lei, que só permite a defesa física legítima, seja na vida real. As razões pela qual o apaixonado cometeu um ato criminoso por sentimentos de vingança, o ódio, o ressentimento, a frustração sexual, vaidade ferida, narcisismo maligno, prepotência, egoísmo, com o verdadeiro sentimento de honra. A igualdade de todos perante a lei é absoluta, onde as mulheres não são escravos do sexo maridos, namorados ou amantes, e deveria ter respeitado a sua liberdade de escolha e de pluralidade de potenciais parceiros não pode afetar sua reputação ou anular direitos humanos. Mesmo porque a sexualidade é um direito universal, e deve ser aceita e respeitada em ambos os homens e mulheres.

Ainda Eluf (2002), o marido não tem o direito de matar a esposa. Não o suficiente para invocar o senso de honra eliminaria a pena o assassino. Não é preciso mencionar a defesa de tese de honra, porque a honra é um pessoal intransferível, ia mulher não dá a honra do marido, ou vice-versa. Aquele que age pessoalmente indigno de ter as conseqüências de suas ações, seu comportamento não polui o cônjuge.

Segundo Eluf (2002), tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, tendo em vista a igualdade de direitos de homens e mulheres consagrados na Constituição Federal de 1988 - art. 5, não pode contar com o Júri completo, sob pena de incitação à discriminação de gênero.

O direito legal pode ser protegido pela instituição de defesa para repelir injusta agressão, irrelevante a distinção entre pessoal e impessoal.

Todos os direitos são protegidos por lei, teoricamente defensável para auto-defesa. É, evidentemente, analisar, neste caso, a necessidade, e moderação proporcionalidade dos meios utilizados na defesa de tais mercadorias.

Para Eluf (2002), com o passar do tempo e a evolução cultural de nosso povo, semelhante absurdo deixou de ter a chancela da Justiça. Os tribunais não mais admitem que essa argumentação conduza (validamente) à absolvição do réu. Assim, se essa tese for sustentada num julgamento perante o tribunal Popular e for reconhecida pelos juízes leigos, a acusação poderá apelar, indicando que a decisão foi manifestamente contrária à prova dos autos (CPP, art. 593, III), e a Instância Superior determinará a anulação do julgamento, para realização de outro.

3-EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO E ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL

Segundo Código Penal o exercício regular de um direito e o estrito cumprimento de um dever legal constituem excludentes de ilicitude. Cuida-se de um fenômeno similar ao que ocorre nas "leis penais", em que o conteúdo definitivo da regra se reduz de outra norma jurídica, da mesma hierarquia ou de hierarquia inferior.

Segundo Costa Junior (1999), é interessante destacar que excludentes que podem constituir modalidades específicas do estado de necessidade, da legítima defesa, do cumprimento de dever ou exercício de direito, voltam a situações peculiares, descritas em leis não penais. Se não existissem, seria possível que o crime se concretizasse, pois a excludente não seria cabível ao caso. Exemplo disso é a legítima defesa prevista no Código Civil (art. 1.210, § 1.0).

De acordo com Capez (2003), não tem crime quando o agente realmente praticado no "estrito cumprimento do dever legal" (art. 23, inc. III, Parte I). Que se reúne regularmente no dever não pode, ao mesmo tempo praticando ilícito crime e não contém contradições. Falta em caso de comportamento antijuridicidade, de acordo com doutrinadores, o dispositivo seria mesmo descartável. Para este autor a excludente, no entanto, está expressamente previsto, a fim de evitar qualquer dúvida quanto à sua aplicação, a lei que define os termos exatos de sua caracterização.

A excludente é o agente da autoridade ou funcionário público atuando com a autoridade da lei, inclusive no exercício específico de uma função pública como o perito oficial membro do Conselho Eleitoral, etc. Eles estão abrigados pela justificativa para o oficial de serviço cumpram um mandado, o empregado que executa o despejo e o fiscal de saúde que é obrigado à violação de domicílio, o soldado que executa o condenado por fuzilamento ou eliminar o inimigo no campo de batalha, etc. Agindo em estrita conformidade com os deveres dos policiais que usam a força física para cumprir o dever para evitar qualquer tipo de fuga, impedir a ação da pessoa armada está praticando um ilícito ou fazer, controle conduta de pessoas desordeira, que perturbam a ordem pública, etc. (COSTA JUNIOR, 2000, p. 356).

Isto porque o fundamento destas excludentes encontra-se em outras normas jurídicas, de regra extra penais. Assim, por exemplo, o possuidor de um bem imóvel,

em sua posse, tem direito assegurado pela legislação civil de, com sua "própria força", praticar atos tendentes a se manter ou se reintegrar na posse do bem. A atitude de quem proceder dessa maneira não será considerado criminoso por força no art. 23, III, do CP, combinado com o art. 1.210 do CC, no exercício regular de um direito.

Sem ofensa, onde o agente age no estrito cumprimento de uma obrigação legal. Este direito deve ser incluído na lei, decretos regulamentares e administrativas com base na lei e ser geral. O exercício regular de um direito e o estrito cumprimento de um dever legal

Segundo Costa Junior (2000) o conceito de justificação não é a partir ou exclusivo do direito penal, pertencendo ao direito em geral, tanto pública como privado, pois é faculdade do ordenamento jurídico decidir se uma relação determinada é contrária ao direito ou está de acordo com ele. A excludente antijuridicidade toma lícito o que é ilícito.

É possível que fatores ligados à ilicitude sejam lançados dentro do penal, como ocorre, por exemplo, no caso do crime de invasão de domicílio, entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências. Segundo o art.150, CP.

O exercício regular de um direito e o estrito cumprimento de um dever legal na obediência a uma ordem jurídica estabelecida por lei, pode ter conduta definida como crime por outra lei, ou seja, um tipo legal incriminador (proibição ou ordem). No entanto, não é confirmado evidências de ilegalidade de abuso. Nesta ausência o caso, tipo permissivo para o estrito cumprimento do dever legal descrito pelo art.23, III, do Código Penal está concentrada fora da proibição (CAPEZ, 2003).

A legalidade da obrigação é o primeiro requisito legal que deve ser cumprida para a caracterização de justificação, não vale a pena, neste sentido, as obrigações morais, contratuais ou habituais (CAPEZ, 2003).

Qualquer excesso, intencional ou grosseira negligência, elimina a defluiu exclusivo como o adjetivo " rigorosa" de qualificação cumprimento.O abuso de poder ou autoridade , por isso é ilegal e pode ter uma variedade de crimes, como a Lei n °. 4.898/65.

No entanto, diz Capez (2003), a exclusão só ocorre quando há um dever imposto por lei objetivo. As obrigações sociais, morais ou religiosos, não determinadas por lei, não são incluídos no dever justificativa. O pode ser contido em regulamento, decreto ou ato emitido pelo governo, já que tem um caráter geral desses requisitos segundo Nucci (2009, 145):

- a) aplicar o fez em estrita conformidade com as obrigações legais;
- b) o carcereiro que bloqueia as portas de sua cela;
- c) a morte do inimigo no campo de batalha;
- d) a prisão em flagrante delito nas mãos da polícia;
- e) condenou o despedimento por parte do executor.

Assim ocorrendo, quando alguém entra em casa com consentimento do dono, está praticando fato atípico, tendo em vista que a concordância do morador elimina um dos elementos do tipo penal, ainda esteja tratando de tópico relativo à ilicitude. Do contrário, quando a excludente está fora do tipo, a conduta pode ser considerada típica, mas não será antijurídica, tal como acontece com o agente que mata em legítima defesa.

3.1-Exercício Regular de um Direito

Todo aquele que exerce um direito assegurado por lei não pratica ato ilícito. Quando o ordenamento jurídico, por meio de qualquer de seus ramos, autoriza determinada conduta, sua licitude reflete-se na seara penal, configurando excludente de ilicitude: exercício regular de um direito segundo o art.23, III CP (LENZA, 2011).

O desempenho está dentro de limites que o agente dá o sistema legal. A lei usa o termo em sentido amplo para incluir todos os tipos de direitos subjetivos (penal ou condicional). Sempre que a conduta se enquadra no exercício de um direito, mas típico, e não na natureza do crime (CAPEZ, 2003).

Para o exercício de um direito, o proprietário pode manter um tipo legal incriminador (proibição ou ordem). No entanto, não é confirmado evidências de ilegalidade de abuso. Neste ausente qualquer caso, o exercício regular do tipo permissivo afeta imediatamente proibição. O exercício de um direito não pode ser ilegal, embora conduta. Se tipicidade do sistema jurídico-penal permite, então não pode ser proibido segundo Mirabete ; Fabbrini, (2007).

O excesso ou abuso de direito, é, no entanto, exercente intolerável. E deve contar com os limites impostos pela lei, incluindo a finalidade. Não é permitido prejudicar a terceiros, sob o pretexto de exercer um direito de realizar com a finalidade de prejudicar. Apesar indicar a presença de simples exercício de um direito, o abuso pode esconder um mau uso do mesmo, o que é suficiente para justificar a adulteração criminosa.

O conceito de estrito cumprimento do dever legal não foi dado pela CP, deixando a doutrina do papel. Em resumo, pode ser conceituado como excludente legal de ilicitude, que a lei não pode punir aqueles que cumprem o dever que lhe é imposta (CAPEZ, 2003).

Aqueles que praticam uma ação em conformidade com o dever imposto por lei cometem um crime. Outras situações podem ocorrer em que à lei impõe certas regras, e para a qual, apesar de típica geralmente não poderá ser ilícita, o que faz mais mal para a legalmente protegida.

Nestas circunstâncias, isto é, no estrito cumprimento do dever legal, não constitui ação crimes executor da pena de morte, o carcereiro que aprisiona o criminoso, o policial criminoso em flagrante, etc. O reforço da legalidade do comportamento similar, do Código de Processo Penal prevê que, se houver resistência, implementadores podem usar os meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência.

O período de dever legal limita o alcance da norma aos deveres previstos por lei. Eles são os destinatários da Seção III do artigo 23, e agentes do governo, funcionários do Estado. Para evitar o abuso de autoridade da lei refere-se ao estrito cumprimento das obrigações legais. Portanto, se houver excesso, o agente irá responder a esta como uma fraude ou negligência.

Segundo Capez (2003), é necessário conhecer a situação o justifique, ou seja, o agente deve estar ciente de que ele está praticando um ato imposto por lei.

Há também um crime, quando coberta pelo exercício regular do direito. Qualquer pessoa pode exercer um direito é imposta pelo direito penal ou liberdade condicional.

A Constituição de 1988 prevê, no artigo 5, seção II, o princípio da legalidade. Portanto, exclui a ilicitude do ato. Exemplos clássicos

são: Seção 1470 do CC, em defesa da última falha (artigo 1210 § 1º do Código Penal), entre outros. Todo aquele que exerce um direito assegurado por lei não pratica ato ilícito, quando o ordenamento jurídico, por meio de qualquer de seus ramos, autoriza deter minada conduta, sua licitude reflete-se na lei penal, configurando excludente de ilicitude: exercício regular de um direito (CP, art. 23, III) (CAPEZ, 2004, p.373).

Segundo Mirabete; Fabbrini, (2007), o excludente de ilicitude resulta na harmonização do Direito Penal com os outros ramos jurídicos. De acordo com este autor, haveria absurda incoerência se um ato fosse considerado lícito para o Direito Civil etc., e, ao mesmo tempo, criminoso para o Penal. Assim, a licitude penal, obviamente, só alcança os atos exercidos dentro do estritamente permitido. O agente que inicialmente exerce um direito, mas o faz de modo irregular, transbordando os limites do permitido, comete abuso de direito e responde pelo excesso, doloso ou culposos.

De acordo Mirabete; Fabbrini, (2007), não há necessidade de falar sobre o exercício ilegal restrição apenas regular ou danos pessoais causados pela recusa do cônjuge no cumprimento conjugal.

Como ofendículos, segundo Capez (2004), não acredita que eles são a legítima defesa predestinadas. Ofendículos são obstáculos utilizados para a proteção. Os dispositivos são visivelmente perceptíveis, para a proteção da propriedade e de outros direitos legais. Quanto à defesa são predispostos dispositivos mecânicos ocultos com a mesma finalidade que ofendículos. Por esta razão, quase sempre estabelece infrações intencionais ou por negligência.

Interessante assinalar que a excludente pode fundar-se não só em normas jurídicas, mas, também nos costumes, como ocorrem no caso dos conhecidos trotes acadêmicos.

Segundo Mirabete; Fabbrini, (2007), mostra que os trotes, se excessivos, constituirão crime. As intervenções médicas e cirúrgicas também mostram como o exercício regular direito de estar preocupado com as atividades organizadas pelo Estado. Importante, para a configuração da ilegalidade do agente tem conhecimento da situação que justifica.

Os requisitos do exercício regular do Direito segundo Capez (2003, p. 147) são:

- a) o agente deve ter um direito reconhecido por lei;
- b) A ausência de um excesso no exercício do direito;
- c) o objetivo do exercício deste direito.

A causa de justificação é a antijuridicidade exclusiva, o que nos permite inferir que uma ação, mesmo típica, se você tem uma justificação, seu personagem será apagado ilicitude de sua análise, e esta ação não faz um lápis.

Portanto, a ilegalidade de uma ação só é observada quando competindo justificar qualquer causa, ou qualquer antijuridicidade exclusiva já foi dita pela lei, realizada toda conduta relevante, não se trata de um agente particular. Há supralegais legais e ilegais exclusivos. O art. 23 do Código Penal só se preocupou em examinar o estado de necessidade e legítima defesa, mais tarde artigos conceituação.

4- CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

Embora não reza objeto desse estudo, o consentimento do ofendido causa acima da lei de exclusão da ilicitude, merece algumas linhas.

Trata-se de uma causa supralegal e limitada de exclusão da antijuridicidade, permitindo que o titular de um bem ou interesse protegido, considerado nível, concorde, livremente, com a sua perda. Não se trata de matéria de aceitação pacífica, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Entretanto, pode-se observar que a maioria tem perfilhado o entendimento de que se trata de excludente de ilicitude aceitável, embora não prevista expressamente em lei (LENZA, 2011, p.401).

Segundo Reale Junior (2000), quando surge o consenso, em relação a determinados bens deixa de subsistir a situação de fato em relação à qual deve entrar em vigor a norma penal, o que acontece naqueles casos em que o interesse do Estado não seja tal que prescindida da vontade do particular. É que, em ocorrendo tais situações, o interesse público do Estado não pode exigir mais do que isto, e que os bens individuais não sejam atingidos contra a vontade dos respectivos sujeitos.

O interesse estatal se identifica com a conservação de bens individuais enquanto esta corresponda à vontade do titular; conseqüentemente, esses bens não podem ser tidos como lesados quando o respectivo sujeito manifestou sua vontade em sentido favorável à lesão (REALE JUNIOR, 2000, p. 189).

Segundo Reale Junior (2000, p.200), o que ocorre em relação ao consentimento do ofendido nos tipos penais que o bem jurídico é disponível (ex.: crime de dano - art. 163 do CP) e o sujeito passivo, pessoa capaz.

De acordo com Hungria e Fragoso (2008), quando relevante o consentimento do sujeito passivo, deveria este excluir a tipicidade da conduta, pois nos crimes patrimoniais e, em geral, naqueles e que o constrangimento, o engano, o arbítrio por parte do agente entram como condições essenciais.

(...) o não consentimento do ofendido é elemento constitutivo crime. Citando especificamente o delito de dano, porém, o emérito penalista reconheceu que o consentimento do ofendido exclui a injuridicidade,

embora insistisse no caráter supérfluo da menção ao instituto no elenco das discriminantes, asseverando que, no caso do dano, por se cuidar de crime patrimonial, este pressupõe per definitionem, a vontade contrária ao lesado (HUNGRIA e FRAGOSO, 2008, p.388).

Nessa ótica, diz Lenza (2011), que o consentimento jamais terá efeito quando se tratar de bem jurídico indisponível, ou seja, aquele bem em cuja conservação haja interesse coletivo, a honra, a liberdade, a inviolabilidade dos segredos, o patrimônio são bens disponíveis. A vida e a administração pública, por exemplo, são bens irrenunciáveis ou indisponíveis.

Para Lenza (2011), a integridade corporal também é bem jurídico disponível, mas não é esse o entendimento que prevalece em nossa doutrina.

De acordo com este autor, cremos igualmente, poder dar-se o consentimento somente quando se trata 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.

Atualmente, somente para exemplificar, vem sendo discutida a possibilidade legal de se autorizar a ortotanásia, com o consentimento do paciente terminal antecipar sua morte, quando está desenganado pela medicina. Antes mesmo de se aprovar lei nesse sentido, seria cabível punir o provocador da morte do paciente que opta por esse caminho em vez de sofrer desmedidamente, por tempo indeterminado? Nota-se, pois, que somente o caso concreto poderia determinar a melhor solução para o caso, sem que se fixe, de antemão, ser a vida, sempre, bem indisponível.

E certo que uma mera resolução do Conselho Federal de Medicina não tem o condão de modificar a lei penal, autorizando, pois, a ortotanásia. Mas evidencia, certamente, uma mudança nítida de mentalidade. Consagra-se, no meio médico, não ser o bem jurídico vida indisponível em qualquer situação. Acompanhará os juristas o mesmo entendimento? Pensamos que, nessas situações, em grande parte camuflada a decisão da família, e mesmo do enfermo, nem mesmo chegará o caso ao conhecimento do Poder Judiciário. Porém, se porventura atingir o registro da ocorrência, por intermédio de algum familiar inconformado com o caminho tomado, haverá de ser debatida a questão do consentimento do ofendido, com excludente supralegal de exclusão da ilicitude (LENZA, 2011, p.283).

Em ampla abordagem do consentimento do ofendido, Bruno (2007), não deixa de mencionar a importância dos costumes na avaliação da ilicitude do fato. Como regra, diz o autor, a integridade física e a saúde são bens jurídicos indisponíveis, mas, em determinadas situações, o consentimento do ofendido pode ter poder discriminante, desde que a lesão não ponha em perigo a vida ou não afronte a capacidade do indivíduo como valor social.

Segundo Bruno (2007), só se pode falar, do ponto de vista penal ou interesse jurídico renunciável ou disponível, a exclusivo arbítrio do seu titular, nos casos estritos em que a própria lei penal, explícita ou implicitamente, o reconheça.

Importante advertir, por fim, que o assentimento da vítima atua como excludente de tipicidade quando o tipo penal prevê o dissenso do sujeito passivo como elementar. É o caso, por exemplo, da violação de domicílio (art. 150 do CP) (LENZA, 2011, p. 269).

Nesse contexto, Jesus (2005), está criticando o projeto redigido por Alcântara Machado, que havia previsto expressamente:

O consentimento do ofendido como excludente de ilicitude. Os exemplos dados pelo autor do referido projeto, justificadores da excludente foram da lesão havida na prática desportiva e do crime de dano. E, para tanto, Hungria diz que a lesão no esporte não passa de exercício regular de direito, pois regulado pela própria lei do Estado, além do que, se houver morte ou lesão grave, o fato somente poderia deixar de ser punido pela ausência de culpabilidade. No tocante ao delito de dano, menciona que o consentimento está ínsito ao tipo penal, visto ser crime patrimonial; logo, se houvesse consentimento, seria conduta atípica (p.202).

É preciso salientar, por derradeiro, que o consentimento do ofendido vem ingressando no ordenamento jurídico, como fator excludente de responsabilidade penal, já há algum tempo. Exemplo disso é a edição da Lei 9.434/97, que dispõe a possibilidade de pessoa viva doar órgãos, tecidos e outras substâncias, que não haja o fito de comercialização. Trata-se de autêntico consentimento para a realização de uma lesão grave ou gravíssima, embora admitida e expressamente em lei.

CONCLUSÃO

Extrai-se do presente trabalho acadêmico que a antijuridicidade ou ilicitude consiste na falta de autorização da ação típica. Matar alguém é uma ação típica porque infringe a norma que diz "não deves matar". Esta mesma ação será antijurídica se não for praticada sob o amparo de uma causa de justificação. Ilicitude é aquela relação de antagonismo, de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico. Excludente de ilicitude trata-se de uma causa de justificação da conduta típica, tornando a lícita.

A causa de justificação é a excludente de antijuridicidade, o que nos permite inferir que uma ação, mesmo típica e havendo uma justificação, seu personagem terá excluído a ilicitude de sua conduta, não causando assim, uma pena, pois não haverá crime.

O estado de necessidade, uma das excludentes legais da ilicitude cuida da prática de fato necessário para salvar de um perigo atual e involuntariamente gerado um bem ou interesse juridicamente protegido, ainda que, para isso, tenha que sacrificar outro bem ou interesse igualmente protegido, desde que o perigo seja inevitável e outra conduta não seja razoavelmente exigível.

Outra excludente legal é a legítima defesa é definida como a defesa necessária contra agressão injusta, atual ou iminente, contra direito próprio ou de terceiro, devendo ser promovida com moderação, valendo-se dos meios necessários. O estrito cumprimento do dever legal, é o desempenho de obrigação imposta ainda que termine por ferir bem jurídico de terceiro, afastando-se a ilicitude típica gerado. Por fim o exercício regular de direito é o desempenho de atividade permitida por lei, penal ou extrapenal, passível de ferir bem ou interesse jurídico de terceiro, mas que afasta a ilicitude do fato típico produzido.

Embora não esteja elencado pelo legislador como causa legal de exclusão da antijuridicidade, existe a discussão doutrinária se esse consentimento do ofendido seria causa de exclusão da tipicidade ou seria uma causa supralegal de exclusão da ilicitude, posicionado-se a grande maioria dos doutrinadores citados durante esse trabalho, como algo com nuances complexas, a depender da conformação ao tipo penal .

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERALDO JUNIOR, B. R. Legítima defesa da honra como causa excludente de antijuridicidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 367, 9 jul. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5418>>. Acesso em: 20 set. 2013.

BITENCOURT, C.R. **Manual de Direito Penal**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRUNO, A. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPEZ, F. **Curso de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Curso de Direito Penal, parte geral**. v. 1. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

COLMENERO, F.P. Direito de Necessidade. **Revista dos Tribunais**, 2001, vol. 783, p. 504-531 Disponível em: <http://www.artigos.com/artigos/sociais/direito/estado-de_necessidade-1669/artigo/>. Acesso em 18 fev. 2013.

COSTA JUNIOR, P. J. da. **Curso de Direito Penal**. 3. ed. v. 1. São Paulo, Saraiva, 2000.

_____. **da. Direito penal: curso completo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DEMONER, W. **Excludentes de Ilícitude Legais**: o estado de necessidade e a legítima defesa à luz da origem da situação de perigo e à agressão. **JurisWay**.2011. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6864>. Acesso em 18. fev. 2012.

DOTTI, R. A. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ELUF, L.N. **A Paixão no Banco dos Réus: casos passionais célebres**. São Paulo: Saraiva, 2002.

FRAGOSO, H. C. **Lições de direito penal**: a nova parte geral. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 4 ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

_____ **Curso de Direito Penal**. 13 ed. Niterói: Impetus, 2011.

HUNGRIA, N. ; FRAGOSO, H. C. **Comentários ao Código Penal**. Vol. I, Tomo II. Rio de Janeiro. Forense. 2008.

JESUS, D. de. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____ de. Furtos, saques e estado de necessidade. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 24 fev. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.22732>>. Acesso em: 29 ago. 2013.

LEITE, J.E. **Do excesso na legítima defesa**, 2005 - Disponível em: <http://www.artigonal.com/doutrina-artigos/do-excesso-na-legitima-defesa-1369246.html> -Acessado em: 10/04/2013.

LINHARES, M. J. **Legítima Defesa**. 1. ed. v. 4. Rio de Janeiro: Forence, 2002.

LENZA, P. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINHO, A. ; FREITAS, A. G.T. **Manual de Direito Penal** - parte geral – Ed. Lumen júris – edição 1/2009 – Rio de janeiro Disponível em: <<http://www.artigos.com/artigos/sociais/direito/estado-de-necessidade-1669/artigo/>>. Acesso em 30 set, 2013.

MIRABETE, J. F. & FABBRINI, R.N. **Manual de Direito Penal, parte geral**. 24^a ed. São Paulo: Atlas. 2007.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____ **Direito Penal**. v. 1, 35^o Ed. São Paulo, Saraiva, 2000.

NUCCI, G.S. Manual de Direito Penal. 6.ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2009.

PRADO, L.R. Curso de Direito Penal. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2006

REALE JUNIOR, M. **Antijuridicidade concreta**. São Paulo: José Bushatsky, 2000.

SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TOLEDO, F. de A. **Princípios básicos de direito penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ZAFFARONI, E. R. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, E. R., PIERANGELLI, J.H. **Manual de Direito Penal brasileiro**. Parte geral. 5. ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. Manual de Direito Penal Brasileiro. São Paulo. **Revista do Tribunais**. 2001, 3^a ed, p.543/545