

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

LEANDRO DA COSTA EVANGELISTA DE MELO

AS EXCLUDENTES DE ILICITUDE DO CÓDIGO PENAL: Uma Análise Teórica
Sobre as Justificantes na Parte Geral e Especial do Código Penal

**Juiz de Fora
2021**

Leandro da Costa Evangelista de Melo

AS EXCLUDENTES DE ILICITUDE DO CÓDIGO PENAL: Uma Análise Teórica
Sobre as Justificantes na Parte Geral e Especial do Código Penal

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito sob orientação do Prof. Dr. Luiz Antônio Barroso Rodrigues.

Juiz de Fora

2021

FOLHA DE APROVAÇÃO

LEANDRO DA COSTA EVANGELISTA DE MELO

AS EXCLUDENTES DE ILICITUDE DO CÓDIGO PENAL: Uma Análise Teórica
Sobre as Justificantes na Parte Geral e Especial do Código Penal

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Dr. Luiz Antônio Barroso Rodrigues
UFJF

Prof. Dr. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes
UFJF

Prof. Ms. Cristiano Álvares Valladares do Lago
UFJF

PARECER DA BANCA

APROVADO

REPROVADO

Juiz de Fora, de de 2021

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar como as excludentes de ilicitude são tratadas no Brasil. A partir de revisão teórica, o estudo verifica que, em especial as excludentes especiais, acabam por ter uma análise relegada a segundo plano. Constata-se que, como nunca se deu grande importância à parte especial do código penal, a análise das causas que excluem o crime acabou ficando muito confusa, não havendo como se definir com muita precisão sobre qual a natureza jurídica de cada justificante. Essa análise acaba necessitando de malabares intelectuais para adequar cada excludente especial na natureza jurídica mais compatível às excludentes gerais; além de ser necessário analisar léxicos gramaticais e princípios gerais de direito penal para se chegar a uma resposta.

Palavras-chave: Direito Penal. Excludente de Ilicitude. Parte Geral. Parte Especial.

ABSTRACT

This article aims to analyze how the exclusion of illegality is treated in Brazil. Based on a theoretical review, the study verifies that, especially the special exclusions, end up having an analysis relegated to the background. It is found that, as the special part of the penal code has never been given great importance, the analysis of the causes that exclude crime ended up being very confusing, and there is no way to define precisely the legal nature of each justification. This analysis ends up requiring intellectual juggling to adapt each special exclusion to the legal nature that is most compatible with the general exclusions; besides being necessary to analyze grammatical lexicons and general principles of criminal law to arrive at an answer.

Keywords: Criminal Law. Exclusion of Illegality. General Part. Special Part.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. O DELITO NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO: OS ELEMENTOS DO CRIME	7
3. EXCLUDENTES DE ILICITUDE	9
3.1. Causas supralegais de exclusão da ilicitude	9
4. CAUSAS GERAIS DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE	11
4.1. Estado de Necessidade	11
4.1.1. Requisitos	11
Perigo atual	12
Ameça a direito próprio ou alheio	12
Perigo não provocado voluntariamente pelo agente	12
Inexistência do dever legal de enfrentar o perigo	13
Inevitabilidade do fato necessitado	14
Proporcionalidade entre o fato necessitado e o bem jurídico que se procura preservar	14
Ciência da situação fática	15
4.2. LEGÍTIMA DEFESA	15
4.2.1. Requisitos	17
Agressão injusta atual ou iminente	17
Defesa a direito próprio ou alheio	17
Uso moderado dos meios necessários	18
4.3. ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL	18
4.4. EXERCÍCIO REGULAR DE UM DIREITO	19
4.5. EXCESSO PUNÍVEL	20
5. PARTE GERAL DA PARTE ESPECIAL	20
6. CAUSAS ESPECIAIS DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE	21
6.1. Excludentes de ilicitude nos crimes de aborto	23
Art. 128, I e II - Aborto Necessário;	24
Art. 128, II - Aborto Humanitário;	24

6.2. Art. 142 - Exclusão da antijuridicidade nos crimes contra a honra;	26
6.3. Excludentes de ilicitude no crime de constrangimento ilegal,	27
6.4. Exclusão de ilicitude no crime de violação de domicílio	28
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS	29

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar os aspectos mais importantes das excludentes da ilicitude no direito penal nacional. Tal análise parte da verificação de como um crime surge, a partir dos elementos constitutivos do tipo (tipicidade, ilicitude e culpabilidade).

A ilicitude, também chamada de antijuridicidade, representa a contrariedade de um comportamento praticado por determinado agente e aquilo que o ordenamento jurídico preceitua a título de proibição. Sendo requisito essencial para a existência do crime, tanto para quem adota o critério bipartido de crime, quanto para quem adota o critério tripartido de crime¹.

Verificado como surge um delito e como a ilicitude está inserida neste delito, investiga-se, através da mais nobre doutrina brasileira, as espécies que justificam a infração penal, desde a parte geral até a parte especial, e passando pela causa suprallegal de ilicitude que ocorre quando a vítima consente com o delito.

2. O DELITO NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO: OS ELEMENTOS DO CRIME

Para que determinada conduta seja considerada crime ela deve ser típica, ilícita e culpável; essa lógica é também chamada concepção tripartida do delito, pois é necessária a existência de todos os três elementos mencionados, no momento da ação, para que aquele ato seja visto como crime. Ausente uma dessas características, ausente estará o delito.

A tipicidade origina-se do princípio da legalidade, prevista no artigo 1.º do Código Penal², o qual decorre do predicado em latim *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*. Assim, a tipicidade, nada mais é, que a subsunção da conduta à norma, onde “um fato para ser adjetivado de típico precisa adequar-se a um modelo descrito na lei penal” (BITTENCOURT, 2016, p. 347).

A culpabilidade está inserida na capacidade do sujeito de assimilar que o ato praticado é proibido, além de conseguir suportar as consequências daquele ato. A culpabilidade, conforme Rodrigo Iennaco (2005, p.73), é um “juízo de valor: reprovação do sujeito imputável e potencialmente consciente da proibição, pela realização não justificada de um

¹ O conceito analítico de crime divide-se em duas partes: bipartido e tripartido. Na primeira, o crime é um fato típico e ilícito, agindo a culpabilidade apenas como responsável por determinar a pena; no segundo caso, o crime é um fato típico, ilícito e culpável.

² Art. 1.º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal

fato definido na lei como crime, fundado na possibilidade de agir em conformidade ao direito”.

Por fim, temos a ilicitude — elemento do crime que mais nos interessa no desenvolvimento deste trabalho. Também conhecida como antijuridicidade, diz respeito ao ato praticado pelo sujeito ser contrário ao direito. “Ilicitude é, pois, algo que se afirma do fato típico penal, diante da ordem jurídica.” (IENNACO, 2005, p. 66).

Francisco de Assis Toledo (2000, p. 163), entende que a ilicitude possui uma concepção unitária, analisada somente do prisma da contrariedade àquilo que é colocado pelo direito, onde ela nasce de uma “relação de antagonismo que se estabelece entre uma conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico, de modo a causar lesão ou expor a perigo de lesão a um bem jurídico tutelado.” Cirino dos Santos *apud* Iennaco (2005, p. 66), entende que a ilicitude tem uma condição dúplici, onde se faz necessário analisar que o fato é contrário ao direito e, também, se não há nenhuma causa de justificação daquela conduta em específico.

Uma parte da doutrina criminalista separa essas duas teorias em ilicitude formal e ilicitude material, onde a primeira é defendida pela ideia de que uma ação é formalmente ilícita quando contraria somente a norma penal; enquanto a conduta materialmente ilícita necessita de, além de estar de encontro com a norma penal, violar o bem jurídico tutelado.

A separação da ilicitude nas duas categorias é completamente desnecessária e sem nex, pois o conceito de ilicitude formal é exatamente o conceito de tipicidade³, nas palavras de Cezar Roberto Bittencourt:

No entanto, a antijuridicidade formal confunde-se com a própria tipicidade, pois a contradição entre o comportamento humano e a lei penal exaure-se no primeiro elemento do crime, que é a tipicidade. A antijuridicidade não se esgota, contudo, nessa simples oposição entre a ação humana e a norma, sendo necessário averiguar se dita contradição formal possui um conteúdo material que se adapte ao fim de proteção de bens jurídicos do Direito Penal. A antijuridicidade material, por sua vez, constitui-se precisamente da ofensa produzida pelo comportamento humano ao interesse jurídico protegido. Nesses termos, para afirmar a antijuridicidade, ou o caráter injusto da conduta típica, é necessário constatar, além da contradição da conduta praticada com a previsão da norma, se o bem jurídico protegido sofreu a lesão ou a ameaça potencializada pelo comportamento desajustado. (BITENCOURT, 2016, p. 393)

³ Conforme PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: volume 1 - parte geral, p. 289: “a tipicidade é a subsunção ou adequação do fato ao modelo previsto no tipo legal. É um predicado, um atributo da ação, que a considera típica (juízo de tipicidade positivo) ou atípica (juízo de tipicidade negativo). Daí ser a ação típica um substantivo, isto é, a ação já qualificada ou predicada como típica (subsumida ao tipo legal). A tipicidade é a base do injusto penal.”

A ilicitude aqui entendida e definida, deve ser analisada sob dois ângulos, são eles: a adequação do fato à norma e o juízo de admissibilidade que a sociedade tem com a conduta lesiva ao bem jurídico, pois “enquanto a subsunção de um fato concreto ao tipo legal, isto é, o juízo de tipicidade, tem caráter positivo, já o de ilicitude, decorrente da verificação da operatividade de uma norma permissiva, evidencia um aspecto negativo” (PRADO, 2002, p. 313). Tendo em vista ser necessário a análise se concorre alguma causa de exclusão da ilicitude.

3. EXCLUDENTES DE ILICITUDE

Toda conduta realizada sob a égide de um tipo penal, seja dolosa ou culposa, será considerada lícita quando houver presente uma causa de justificação - tratada legalmente como excludente de ilicitude. Assim, uma ação pode ser penalmente típica, porém lícita, quando permitida pelo ordenamento jurídico, por se entender que não houve ofensa ao bem jurídico tutelado. As causas justificantes excluem a ilicitude justamente por afastarem a contrariedade da conduta ao direito.

As causas de justificação do crime são separadas em dois grupos, são estes: as causas legais (aqui incluídos, tanto os previstos na parte geral quanto os previstos na parte especial do Código Penal) e as supralegais, que não estão diretamente previstas na legislação penal, porém, são aplicadas em razão de princípios despenalizadores, valendo-se da analogia dos costumes gerais da sociedade. Além disso, não tem como o legislador antever todas as condutas passíveis de aceitação pela sociedade para decodificá-las em lei.

3.1. Causas supralegais de exclusão da ilicitude

A admissão de exclusão da ilicitude por situações que não estão dispostas no Ordenamento Jurídico, surge pelo reconhecimento da ilicitude material⁴. Sempre que “sensíveis mutações sociais” (IENNACO, 2005, p. 89) mostrarem que algumas ações perderam o caráter de contrariedade ao direito e houve um aumento de tolerância da sociedade com determinadas ações, a despenalização de condutas se faz possível sem que se recorra às regras já postas.

⁴ Nas palavras de TOLEDO (2000, p. 168): “não pode haver ilicitude penal sem a tipicidade legal do fato, e onde houver essa tipicidade há ilicitude que se condiciona, nos casos concretos, à não ocorrência de uma causa de justificação.”

A principal causa supralegal de exclusão da ilicitude é o consentimento do ofendido em situações de lesão a bens disponíveis. No próximo tópico, veremos com mais clareza sobre o assunto.

O consentimento do ofendido, no que lhe concerne, trata da hipótese em que a vítima permite a prática do injusto penal contra si, desde que o bem jurídico seja disponível.

De acordo com Assis Toledo, para ocorrer a aplicação do consentimento do ofendido, necessária a existência dos seguintes requisitos:

- a) que o ofendido tenha manifestado sua aquiescência livremente, sem coação, fraude ou outro vício de vontade;
- b) que o ofendido, no momento da aquiescência, esteja em condições de compreender o significado e as consequências de sua decisão, possuindo, pois, capacidade para tanto;
- c) que o bem jurídico lesado ou exposto a perigo de lesão se situe na esfera de disponibilidade do aquiescente;
- d) finalmente, que o fato típico penal realizado se identifique com o que foi previsto e se constitua em objeto de consentimento pelo ofendido. (TOLEDO, 2000, p. 215)

Referidos requisitos são obrigatórios para que o ato jurídico seja válido. O primeiro requisito leciona que a anuência deve ser livre, sem coação⁵. O qual, proíbe a aceitação do consentimento viciado. Assim como em todos os atos jurídicos regulados pelo Direito, os vícios de vontade geram a nulidade, sendo a coação vício insanável neste caso.

A capacidade plena, diz respeito à capacidade civil, entendida como a capacidade genérica do código civil, onde basta a pessoa ter 18 anos ou mais e ser mentalmente hígida para ser considerada capaz; trata-se da aptidão de compreender o conteúdo e o alcance do consentimento dado.

Assis Toledo (2000, p. 215) utiliza o termo “esfera de disponibilidade do aquiescente” sob dois prismas: o primeiro diz respeito ao bem ser disponível; o segundo é que a pessoa que consentiu com o injusto praticado contra si, tenha pleno poder sobre o bem jurídico lesado, ou seja, o consentimento da vítima particular em face do bem jurídico coletivo é inválido. Caso não seja o titular único do bem, esse vício será sanado com a anuência do detentor do direito em conjunto com o primeiro.

⁵ Conforme ROSENVALD *et al* (2017, p. 532): “a coação se traduz por ameaças que constroem alguém a prática de negócio jurídico. (...) É, tal como o erro e dolo, um vício de consentimento, impedindo a livre declaração da vontade.” O Código Civil, em seu art. 151, leciona ainda, que “A coação, para viciar a declaração de vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens”, tendo o parágrafo único do referido dispositivo, acrescentado a possibilidade de ser considerada a coação contra pessoas que não sejam da família do coagido.

O último requisito trazido por Assis Toledo (2000, p. 215), diz respeito à subsunção do fato típico penal, com o objeto da anuência, ou seja, o consentidor, não pode incorrer em erro sobre o conteúdo do ilícito praticado.

4. CAUSAS GERAIS DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE

Só é possível a existência da ilicitude, após a análise da tipicidade; ou seja, necessário que a conduta praticada se adapte à norma, para verificar se o fato é ilícito. Verificar a ilicitude do fato é “investigar se há contrariedade entre o fato típico e o ordenamento jurídico” (IENNACO, 2005, p. 81), dessa maneira, em sentido contrário, verificar se um fato típico é lícito, necessário analisar se a conduta se acomoda com as normas jurídicas.

4.1. Estado de Necessidade

Previsto no art. 24, do Código Penal⁶ leciona que, havendo a ameaça a determinado bem jurídico, outro bem jurídico de igual valor ou inferior em relação ao primeiro, poderá ser ofendido.

Para Cezar Roberto Bittencourt (2016, p. 410), o estado de necessidade, se trata da “colisão de bens jurídicos de distinto valor, devendo um deles ser sacrificado em prol da preservação daquele que é reputado como mais valioso”, conceito o qual complementa Guilherme de Souza Nucci (2021, p. 402): conceitua um estado de necessidade como o sacrifício de um interesse juridicamente protegido, para salvar de perigo atual e inevitável o direito do próprio agente ou de terceiro”.

Dessa maneira, não há que se falar em estado de necessidade se não houver a existência de uma ameaça atual que conflita com dois interesses reais e com valores distintos, em que ambos não podem ser salvos e o bem jurídico de menor valor deve findar-se pelo outro.

4.1.1. Requisitos

Para haja a ocorrência do Estado de necessidade, é necessário que estejam presentes todos os requisitos tratados abaixo. Vejamos:

⁶ 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.

A) Perigo atual

O perigo atual é aquele real e concreto, palpável. Bittencourt (2016, p. 418) o define como:

perigo atual (*é aquele que*) justifica o ataque, isto é, aquele perigo real e concreto que está acontecendo no exato momento em que ação necessitada deve ser realizada para salvar o bem ameaçado, sem o qual este seria destruído ou lesionado; em outros termos, perigo e ação devem acontecer simultaneamente.

Portanto, o perigo não é o dano, mas a ameaça, a probabilidade específica de dano. Antes de iniciar o dano ao agente, pode-se dizer que existe um estado de necessidade, pois os legisladores mencionaram o perigo. O perigo atual quer dizer que uma resposta rápida é necessária. Atual é o perigo momentâneo, naquele instante; se o perigo for futuro ou se já houver passado, não há hipótese de estado de necessidade. Nesse sentido, leciona Assis Toledo (2000, p. 185): “Se o dano já ocorreu, o perigo perde a característica de atualidade. Se existe mera possibilidade de dano futuro, ainda incerto, o perigo deixa de ser iminente.”

B) Ameça a direito próprio ou alheio

Todo bem jurídico protegido por lei pode ser conservado por um estado de necessidade, como vida, propriedade, etc. Quem age para proteger direito próprio ou alheio, age em necessidade. Luiz Regis Prado (2002, p. 321) ensina que tal requisito surge da solidariedade humana; pois, “o direito que pretende salvar pode ser próprio ou de outrem (socorro a terceiro), por motivo de ordem pessoal (amizade, parentesco) ou solidariedade humana.”

Além do mais, o legislador, ao redigir o art. 24, do Código Penal, o qual conceitua legítima defesa, não especificou se o direito protegido pelo estado de necessidade é somente próprio; assim, o termo “direito” deve ser interpretado, nas palavras de Bittencourt (2016, p. 419), “da maneira mais ampla possível, capaz de compreender qualquer bem ou interesse juridicamente protegido.”

C) Perigo não provocado voluntariamente pelo agente

O perigo pode se dar de qualquer parte, seja da natureza, ou até mesmo de ações humanas, sejam elas lícitas ou ilícitas; porém, aquele que causou o perigo não pode ser beneficiado com a excludente de ilicitude, desde que o tenha feito de maneira não voluntária.

É certo que a pessoa que deu origem ao perigo não pode invocar a excludente para sua própria proteção, pois seria injusto e despropositado.

Tratando-se de bens juridicamente protegidos e lícitos que entram em conflito por conta de um perigo, torna-se indispensável que a situação de risco advenha do infortúnio. 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. (NUCCI, 2021, p. 405)

A expressão “voluntariamente” traz discordâncias entre doutrinadores, isso porque alguns entendem que o perigo causado de forma voluntária é causado dolosamente, ou seja, quem agiu por culpa e deu causa ao perigo, poderá usar o instituto do estado de necessidade para excluir o crime. Porém, outra parte da doutrina entende que o perigo causado voluntariamente engloba dolo e culpa, visto que quem age em culpa, inobservou o devido dever de cuidado. Dessa forma confirma o Código Penal no art. 13, §2º, alínea “c”, o qual responsabiliza quem causa o perigo, mesmo de forma culposa, devendo impedir o resultado.

Relação de causalidade

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

(...)

Relevância da omissão

§ 2.º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

(...)

c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. (BRASIL, 1940)

Assis Toledo (2000, p.185) argumenta ainda que uma pessoa pode agir em dolo, mas o resultado ser culposos, usando como exemplo um engenheiro que inobservou os deveres de cuidado necessários ao explodir uma mina.

Quem provoca conscientemente um perigo (engenheiro que, na exploração de minas, faz explodir dinamites, devidamente autorizado para tanto) age ‘por sua vontade’ e, em princípio, atua licitamente, mas pode causar, por não ter aplicado a diligência ou o cuidado devidos, resultados danosos (ferimentos ou mortes) e culposos. Nessa hipótese, caracteriza-se um conduta culposa quanto ao resultado, portanto, crime culposos, a despeito de o perigo ter sido provocado por um ato voluntário do agente (a detonação do explosivo).

D) Inexistência do dever legal de enfrentar o perigo

Quem está legalmente obrigado a enfrentar o perigo não pode invocar o estado de necessidade, pois é da “essência de determinadas funções ou profissões o dever de enfrentar determinado grau de perigo, impondo a obrigação do sacrifício” (BITENCOURT, 2016, p. 422), é o caso das profissões de polícia, bombeiros, etc.; entretanto, o dever de enfrentar o perigo em razão de função, não é absoluto, o que significa dizer que não é necessário que se

chegue ao nível de heroísmo, além de ser necessário invocar o “princípio da razoabilidade (...): para se salvar um bem patrimonial é inadmissível que se exija o sacrifício de uma vida, por exemplo.” (BITENCOURT, 2016, p. 422)

A questão conflitante sobre esse tema diz respeito àqueles que têm o dever contratual de enfrentar o perigo; existindo duas posições sobre o tema: a primeira posição entende que um segurança particular, que contraiu a obrigação de proteção através de contrato, pode invocar que agiu em estado de necessidade, haja vista a lei deixar claro que a obrigação de enfrentar o perigo só decorre da lei.

A segunda posição, porém, compreende que o contrato é um instrumento legal disciplinado em legislação específica, não podendo o segurança alegar estado de necessidade por esse motivo. Assim é o entendimento de Nucci (2021, p. 409): “deve-se ampliar o sentido da expressão para abranger também o dever 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.”

E) Inevitabilidade do fato necessitado

Somente quando não houver outra possibilidade de proteger o bem, sem ser sacrificando outro é que o estado de necessidade poderá ser invocado, demonstrando o caráter subsidiário do instituto. Aquele que consegue chamar ajuda, seja de qual maneira for, não poderá invocá-lo.

Havendo outra possibilidade razoável de afastar o perigo, referida excludente não se justifica, mesmo que essa possibilidade seja a fuga, ao contrário da legítima defesa que não a exige. Havendo possibilidade de fuga, não se justifica o ataque. O agente deve escolher sempre o meio que produza o menor dano (ponderação de bens), embora se devam ter presentes sempre as circunstâncias fáticas e a situação emocional do agente, tanto para a avaliação dos danos quanto para a escolha do meio menos lesivo. (BITENCOURT, 2016, p. 421)

F) Proporcionalidade entre o fato necessitado e o bem jurídico que se procura preservar

Em uma situação específica, o estado de necessidade será assumido apenas quando o agente prejudicar um bem jurídico de valor menor ou igual à propriedade legal preservada. Se o valor registrado foi menos significativo do que a vítima, inexistente estado de necessidade. No entanto, devido à ameaça atual, será aplicada redução da pena do agente. A valoração do bem jurídico se dá por meio do critério eclético, tanto do prisma técnico e legal, como do prisma ético e moral. Nenhum desses critérios é pleno e devem se integrar. De maneira simplista,

significa dizer que “o bem de maior valor prefere ao de menor valor.” (TOLEDO, 2000, p. 187)

Não há uma régua que mede a importância de todos os bens jurídicos, que indica qual bem deve, ou não, ser sacrificado em detrimento de outro. Entretanto, vale lembrar que o próprio Código Penal utiliza da cominação de penas para valorar bens jurídicos iguais; por exemplo, pela leitura do capítulo referente aos “crimes contra vida” percebemos que a vida extrauterina tem maior valor jurídico-penal em relação à vida intrauterina, uma vez que matar alguém possui pena de 06 a 20 anos e abortar pode chegar a 10 anos, metade do teto cominado ao homicídio, considerando todas as formas plurissubjetivas do aborto.

G) Ciência da situação fática

Luiz Regis Prado (2002, p. 322) ainda adiciona mais um requisito necessário à existência da excludente aqui tratada, esse último requisito, ao contrário dos anteriormente tratados, é de ordem subjetiva, pois exige que o agente tenha conhecimento que está agindo com vontade de salvar o bem em perigo. Leciona: “O agente, além do conhecimento dos elementos objetivos da justificante, deve atuar com o fim, com a vontade de salvamento.”

4.2. LEGÍTIMA DEFESA

Insculpida no art. 25 do Código Penal, a legítima defesa ocorre quando há uma resposta necessária e adequada a uma agressão injusta, seja essa agressão atual ou iminente. Segundo Luiz Regis Prado (2002, p. 322) pratica a legítima defesa aquele que “repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de terceiro, usando moderadamente dos meios que dispõe”. Assim, quando uma pessoa revida o ataque após cessada a agressão, haverá excesso em legítima defesa, a qual exclui a possibilidade de aplicação da justificante; a legítima defesa só se caracteriza quando a pessoa atacada revida para que deixe de ser atacado.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci (2021, p. 411), a legítima defesa:

Trata-se do mais tradicional exemplo de justificação para a prática de fatos típicos. Por isso, sempre foi acolhida, ao longo dos tempos, em inúmeros ordenamentos jurídicos, desde o direito romano, passando pelo direito canônico, até chegar à legislação moderna. Valendo-se da legítima defesa, o indivíduo consegue repelir agressões indevidas a direito seu ou de outrem, substituindo a atuação da sociedade ou do Estado, que não pode estar em todos os lugares ao mesmo tempo, por meio dos seus agentes. A ordem jurídica precisa ser mantida, cabendo ao particular assegurá-la de modo eficiente e dinâmico

A autodefesa há muito deixou de ser mera autorização legal, passando a ser também, uma situação na qual o direito, que se manifesta no particular, se impõe diante do injusto.⁷ Dreher e Tröndle (*apud* TOLEDO, 2000, p. 192), ainda complementam que a legítima defesa “é uma causa de justificação que se baseia no princípio de que o direito não precisa retroceder diante do injusto”

Ataques de animais só dão razão à utilização da legítima defesa se os animais forem usados como meio de ataque, como arma para a prática de uma agressão, por exemplo, quando uma pessoa estimula que seu pitbull avance em outra pessoa. Nesse caso, a segunda pessoa estará autorizada a atacar o cachorro do agente alegando legítima defesa.

A legítima defesa pode ocorrer em caso de bem jurídico material, como a propriedade ou bem jurídico imaterial, como no caso da liberdade. Sobre isso, é necessária uma explanação sobre a legítima defesa da honra.

A honra é tutelada pelo Direito Penal, para proteção da dignidade pessoal, nos artigos 138 (calúnia), 139 (difamação) e 140 (injúria), todos do código penal. Responder a uma injúria com outra injúria, não caracteriza legítima defesa, porém autoriza o perdão judicial. Quando a honra sexual é desrespeitada, pode ser usada a legítima defesa para se proteger, como, por exemplo, a mulher que mata a pessoa tentado lhe estuprar.

Entretanto, não se pode alegar a legítima defesa da honra em caso de adultério. É pacífico que a infidelidade conjugal não viola a honra de outrem, mas sim da pessoa que traiu, visto que o delito causado após a traição gera a exposição pública do ocorrido na vida privada dos envolvidos. Além disso, uma agressão ou assassinato justificado por uma traição é evidentemente desproporcional, entre o ato e o fato.

Sobre o tema, discorre Nucci (2021, p. 424):

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

⁷ Nesse sentido, leciona TOLEDO (2000, p. 192): “O reconhecimento da faculdade de autodefesa contra agressões injustas não constitui uma delegação estatal, como já se pensou, mas a legitimação pela ordem jurídica de uma situação de fato na qual o direito se impôs diante do ilícito.”

4.2.1. Requisitos

A) Agressão injusta atual ou iminente

A agressão não é “toda ação dirigida à produção de um resultado lesivo a um bem jurídico” (PRADO, 2020, p. 324), seja essa agressão com ou sem violência física.

Ameaça e omissão lesiva não geram a necessidade de se agir em legítima defesa, respondendo o agente pelo delito que cometer quando for ameaçado. No caso da omissão, por sua vez, o agente poderá se utilizar da justificante do estado de necessidade, caso seja necessário praticar uma ação típica.

Uma agressão injusta é contrária à lei; porém não precisa, obrigatoriamente, ser contra a lei penal, podendo ser contra um ilícito civil.

Pode-se afirmar que é irrelevante o fato de a agressão constituir, ou não, um ilícito penal, uma vez que o art. 25 do nosso Código Penal não faz restrições a respeito; logo, é suficiente que a agressão constitua um fato ilícito, caso contrário não será uma agressão injusta. (...) A agressão autorizadora da reação defensiva, na legítima defesa, não necessita revestir-se da qualidade de crime. (BITENCOURT, 2016, p. 421)

Ou seja, deverá ocorrer um ato ilícito de qualquer natureza (não necessariamente penal), para que a legítima defesa esteja autorizada. Assis Toledo (2000, p. 164) complementa que “a ilicitude na área penal não se limita à ilicitude típica, ou seja, à ilicitude do delito, sempre necessariamente típica.”

Além de injusta, a agressão deve ser atual ou iminente, ao contrário do estado de necessidade em que apenas a agressão atual é permitida. Em caso de crimes permanentes, a agressão é real até o momento em que cessar o delito, podendo o agente se utilizar da legítima defesa para repelir o ataque. Não se pode invocar legítima defesa em caso de medo de sofrer uma agressão no futuro, evidenciado o caráter de atualidade da agressão a ser repelida. Sobre isso, discorre Guilherme de Souza Nucci (2021, p. 414):

Não é possível haver legítima defesa contra agressão futura ou passada, que configura autêntica vingança, tampouco contra meras provocações, pois justificaria o retorno ao tempo do famigerado duelo.

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.

B) Defesa a direito próprio ou alheio

Pode alegar legítima defesa para defender direito próprio ou alheio, desde que seja um bem ou direito com proteção legal, não necessitando existir relação familiar ou de amizade. A

legítima defesa é uma forma que o Estado encontrou para preservar direitos quando não puder agir com rapidez, concedendo ao particular a possibilidade de proteger de um bem jurídico próprio ou de outrem.

De maneira oposta ao estado de necessidade, onde existem dois bens jurídicos em perigo em simultâneo, e o agente deverá escolher o bem com maior valor para defender; aqui existe um ataque ao bem jurídico.

Caso o bem atacado de terceiro seja indisponível, como sua vida, por exemplo, a excludente de ilicitude será aplicada independentemente de consentimento ou não dele, caso contrário, se o bem for indisponível, caso o bem protegido seja seu carro, por exemplo, a legítima defesa só será aplicada em caso de consentimento do terceiro beneficiado.

C) Uso moderado dos meios necessários

A legítima defesa só se caracteriza se há um contra-ataque na medida necessária apenas para repelir o injusto contra si praticado; sendo “meios necessários” aquilo que está à disposição no momento que cause o menor prejuízo possível ao agente.

A única forma de se admitir uso de meio desproporcional, ocorre quando este for o único meio disponível para repelir o ataque. Caso haja mais de uma forma capaz de afastar o ataque sofrido, deve-se priorizar pelo que seja menos lesivo.

Com a utilização do meio necessário, é imprescindível também que a forma de repelir o ataque seja usada com moderação. O uso moderado é aquele aplicado na medida adequada para impossibilitar a agressão.

Caso o meio utilizado não for moderado e necessário, estaremos diante do excesso da legítima defesa. Caso o excesso for premeditado, o agente responderá pelo delito a título de dolo; caso o excesso seja sem querer, o agente responderá pelo delito a título de culpa, caso haja previsão legal para tanto.

Em relação a isso, leciona Luiz Regis Prado (2020, p. 325):

é mister que exista uma certa proporcionalidade entre a agressão e a reação defensiva, em relação aos bens e direitos ameaçados. Caso contrário, a reação defensiva será ilícita, já que excessiva, e pode dar lugar à legítima defesa por parte do inicial agressor (legítima defesa sucessiva)

4.3. ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL

Com esta excludente, o agente age conforme uma obrigação inculpada em lei, seja ela penal ou extrapenal, a lei lhe dá a obrigação de atuar nessas situações. Assim acontece, pois,

“não é possível, pela regra da não-contradição, considerar-se ilícito o comportamento realizado pela imposição legal” (PRADO, 2002, p. 326)

Porém, para que haja a configuração do estrito cumprimento de dever legal, necessário a existência de dois requisitos que se encontram expresso no próprio dispositivo legal, são eles: 1) “estrito cumprimento”, onde somente atos completamente necessários embasam a conduta permitida, e; 2) “dever legal”, que é aquele que decorre de lei, não podendo ninguém praticar uma conduta e se embasar em moral ou ética religiosa para requerer tal excludente da antijuridicidade.

Ademais, Luiz Regis Prado (2002, p. 328) adiciona um requisito de ordem subjetiva inerente à justificante, que é a vontade de cumprir um dever legal. O qual a pessoa deve ter “conhecimento do dever e vontade de cumpri-lo, nos exatos termos da lei.”

A distinção entre o estrito cumprimento do dever legal para o exercício regular de um direito é que neste, o agente tem a obrigação, imposta em lei, de agir; enquanto naquela ele tem somente uma opção, uma faculdade ou não de atuar.

4.4. EXERCÍCIO REGULAR DE UM DIREITO

Essa é a excludente de ilicitude que se espalha para todos os outros ramos do direito, visto que, aquele que exerce um direito regular não comete um ilícito penal. Como o direito penal é a *ultima ratio* do Ordenamento Jurídico, quando uma pessoa age autorizada pela norma extrapenal, ela não poderá ser criminalizada por isso. Por esse motivo, o exercício regular de um direito é conhecido como uma excludente de ilicitude em branco, pois seu fundamento se encontra em outra norma jurídica, fora do ramo do direito penal.

Guilherme de Souza Nucci (2021, p. 438) conceituou o exercício regular de um direito dessa maneira:

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

Cezar Roberto Bittencourt (2016, p. 433) ainda complementa que “qualquer direito, público ou privado, penal ou extrapenal, regularmente exercido, afasta a antijuridicidade. Mas o exercício deve ser regular, isto é, deve obedecer a todos os requisitos objetivos exigidos pela ordem jurídica”

4.5. EXCESSO PUNÍVEL

Todas as modalidades de excludentes de ilicitude acima vistas, preveem a possibilidade do agente responder pelo excesso, quando ir além do ato legal determinado; devendo ser analisado qual o excesso cometido e se é ou não punível.

Ocorre o excesso no estado de necessidade quando o agente poderia ter agido diferentemente para impedir o resultado; no caso da legítima defesa, há excesso quando o agente se utiliza de formas descabidas e exageradas para repelir o ataque sofrido. No exercício regular de um direito, o excesso se encontra no uso abusivo desse direito; por fim, existe o excesso no cumprimento de um dever legal quando o agente vai além do permitido em lei.

5. PARTE GERAL DA PARTE ESPECIAL

Quando as pessoas começaram a descrever condutas que deveriam ser proibidas em sociedade e a aplicar uma sanção a esse comportamento indesejado, não se preocuparam, inicialmente, em criar regras gerais de aplicação de devidas sanções. Essa preocupação só ocorreu com o advento do iluminismo que trazia consigo a ideia de humanismo e um pensamento mais racional às ciências jurídicas

Na verdade, a incriminação de condutas era o que existia antes que as influências do humanismo e do pensamento racionalista, especialmente o princípio de igualdade, fossem determinando, através de um longo processo histórico, a criação de um grupo de regras que compunha um sistema racional para a resolução de todos os problemas específicos relacionados a cada um dos delitos. (BUSATO, 2017, p. 1)

Com o passar dos séculos o interesse na sistematização dos delitos e das penas cominadas foi diminuindo, enquanto isso, o interesse nas regras gerais de aplicação da pena e seu desenvolvimento, foi aumentando pelos juristas.

Para solucionar esse problema, alguns autores começaram a propor e a elaborar uma teoria geral da parte especial, pois se notou que a parte especial do código penal carece de uma estruturação que “permita a análise sucessiva dos crimes em espécie a partir de uma uniformidade de perspectiva.” (BUSATO, 2017, p. 2)

Um dos primeiros autores a entender a necessidade de uma teoria geral da parte especial foi José Cirilo Vargas, que percebeu que “os estudos desenvolvidos na Parte Especial são quase sempre interpretativos e sem maiores ambições científicas” (VARGAS, 1993, p. 12).

Além de tudo, outra problemática apresentada é a necessidade de adaptação dos institutos de cada uma das partes do código penal. É notório que para a existência de uma figura delituosa, é necessário a existência de suas três características: ação típica, ilícita e culpável. Não sendo necessário repassar cada uma dessas características ao descrever cada elemento do tipo; diferente do que acontece com componentes específicos de cada delito⁸.

Dessa maneira, entende José Cirilo Vargas (1993, p. 13):

a antijuridicidade, ou ilicitude, por exemplo, deve estar presente em todas as figuras puníveis, como um de seus elementos necessários; por outro lado, uma circunstância de tempo ou de lugar só aparecerá em determinados tipos, de modo específico.

A ideia não é para se deixar de lado a divisão clássica do código penal em parte geral e parte especial, mas sim para elaboração de um sistema intermediário entre as regras gerais e especiais da lei penal. Aníbal Bruno (apud VARGAS, 1993, p. 13) entende que “o estudo sistemático das características dos tipos e a sua classificação constituiriam uma parte geral da parte especial dos Códigos”.

A questão aqui, seria de buscar uma abordagem mais metódica e não, necessariamente, de se criar uma teoria geral. A criação de uma teoria passa pela elaboração de ideias e conceitos que devem ser corroborados através de observações de um objeto, para se chegar a elementos comuns que explicam alguns acontecimentos; não é o que ocorre na parte especial. Porém, a estruturação da parte especial em preceito primário e secundário é algo completamente diferente da estruturação dada pela parte geral e necessitam de um método próprio que não, necessariamente, consista em buscar “uma rede coerente de conceitos, como na parte geral, mas sim no dissecar das características específicas de uma norma dada, através justamente da lente desta perspectiva de rede normativa que compõe a parte geral.” (BUSATO, 2017, p. 3) É a busca de um método que apresente a melhor forma de manejar os tipos penais, uma busca de uma maneira mais eficiente de aplicar as regras da parte geral na parte especial.

6. CAUSAS ESPECIAIS DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE

Para se entender como uma ação, considerada inicialmente como delituosa, deixa de ser contrária ao direito penal, necessário antes entender como ela inicia seu caminho como

⁸ Um exemplo claro de elementos específicos de um delito ocorre no crime de infanticídio, onde só pode ser cometido por mulher, durante ou logo após o parto e sob influência do estado puerperal, retirada qualquer uma dessas características, ausente estará o crime por exclusão da tipicidade.

ilícita. No primeiro capítulo, vimos que um crime é formado por três elementos, dados pela concepção analítica do crime: tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

O tipo penal serve para descrever uma conduta que se entende como prejudicial à sociedade, sendo, portanto, uma conduta proibida. Essa conduta se utiliza do preceito primário e preceito secundário; enquanto o preceito primário indica a conduta contrária à lei penal, o preceito secundário indica a sanção que deve ser imposta àquele que comete o injusto. Nesse sentido Rodrigo Iennaco (2005, p. 91):

A conduta prevista num “tipo” é expressa no preceito primário da norma incriminadora, seguindo-se, no preceito secundário, a indicação da pena cominada, em abstrato, para o descumprimento do comando normativo.

Além das normas incriminadoras, há também as normas que excluem o crime, “que impedem a aplicação pena, não obstante, a prática do comportamento previsto num determinado tipo” (IENNACO, 2005, p. 91). Existe aqui, a previsão de circunstâncias atreladas a delitos específicos que excluirão a atuação punitiva do Estado, caso ocorram.

Como a parte especial não tem uma composição sistemática, a exclusão dos delitos nem sempre ocorre de forma clara. Para isso, o legislador utiliza termos como “não constitui crime”; “o crime é inexistente”; “não se pune”; “deixa de aplicar a pena”, para demonstrar a inexistência/exclusão do delito.

Em razão da falta de sistematização, necessário agrupar as excludentes do delito numa concepção semântica, reunindo “as expressões da parte especial do Código em grupos, a partir da identidade de significado” (IENNACO, 2015, p. 114). O agrupamento de expressões iguais ou parecidas para determinar o mesmo sentido, faz-se necessária para buscar uma unidade, coerência às regras da lei penal, preservando a segurança jurídica.

Enquanto as expressões “não se compreendem” e “não se pune ou não é punível”, excluem a tipicidade e a culpabilidade, respectivamente; a exclusão da ilicitude na parte especial, por outro lado, é expressa nas frases “não há, não existe e não constitui”, aos se referir ao crime ou delito. Como explica Iennaco (2005, p. 215):

O verbo “haver”, nesses casos, é tomado no sentido do que “existe”. A “existência” é o *estado do que subsiste, do que tem realidade metafísica*. Onde “não há”, “não existe”. A inexistência é a falta de existência, ou seja, negação. Logo, quando não há crime, o crime é inexistente. Quando a lei declara, no plano abstrato, *a priori*, que não há crime, está se referindo à previsão do injusto em tese, que traduz exatamente a proibição jurídico-penal. Saber se, no âmbito do injusto, no caso específico, trata-se de exclusão da tipicidade ou ilicitude dependerá da concepção agasalhada pelo ordenamento jurídico quanto a tais aspectos dogmáticos. Também o termo “constituir” pode ser tomada no mesmo sentido. “Constituir” é *dar constituição, composição, forma e organização*. A composição abstrata do

crime é o mesmo que dizer que o crime, em dadas circunstâncias objetivas, não existe, independentemente do juízo de valor que se lhe confira no plano concreto.

De uma maneira geral, as excludentes especiais da ilicitude, são assim categorizadas de duas formas: “a) interpretação da terminologia legal; e b) inclusão da causa especial, por seu fundamento lógico, numa das hipóteses genéricas de exclusão do crime.” (IENNACO, 2005, p. 91)

A segunda hipótese de tentativa de categorização da excludente do crime em excludente da antijuridicidade, reside no conflito aparente de normas, mais precisamente, utilizando-se do princípio da especialidade⁹ para identificar se uma aquela excludente do crime exclui a ilicitude, ou não.

Para José Cirilo Vargas (1993, p. 306-307), somente a análise das excludentes especiais em contraponto com as justificantes gerais, já é necessário para se verificar que estamos diante de uma excludente especial da ilicitude, vejamos:

a parte especial não vai declarar que quem agiu desta ou daquela maneira está acobertado pelo cumprimento do dever legal, por exemplo. Pelo conceito que se tem das variadas justificativas penais é que se pode determinar qual foi a ocorrente no caso. Na situação do aborto praticado pelo médico, se não há outro meio de salvar a vida da gestante, a lei não declara que se trata de um estado de necessidade. O conhecimento das excludentes de ilicitude é que vai levar o intérprete a essa conclusão.

Percebe-se, que as excludentes da ilicitude são normas permissivas que excluem a relação substancial de contrariedade entre o fato típico e o ordenamento jurídico. Na parte especial, podemos encontrá-los, principalmente, no art. 128, I (aborto necessário ou terapêutico) e II (aborto sentimental, necessário ou ético); art. 142 e art. 146, §3º, I, do código penal.

6.1. Excludentes de ilicitude nos crimes de aborto

Os incisos do art. 128, do Código Penal, tratam da exclusão do aborto quando ele for praticado por médico, obrigatoriamente, quando não houver outro meio de salvar a vida da gestante, ou quando a gravidez é resultado de estupro, devendo, na última modalidade ter o consentimento da gestante ou de seu representante legal, quando ela for incapaz.

⁹ BITENCOURT (2016, p. 255) entende que ocorre o princípio da especialidade quando uma norma especial contém todos os elementos da norma geral, acrescido mais alguns, o qual são denominados como especializantes e completa: “a norma especial acrescenta elemento próprio à descrição típica prevista na norma geral.”

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

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

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (BRASIL, 1940)

A) Art. 128, I e II - Aborto Necessário;

A primeira modalidade de exclusão da ilicitude no crime de estupro, prevista no inciso I, diz respeito ao aborto terapêutico ou necessário, o qual “consiste na intervenção cirúrgica realizada com o propósito de salvar a vida da gestante” (PRADO, 2020, p. 435), permanecendo o delito quando a intenção de abortar for para preservar sua saúde. (JESUS, 1988, p. 124)

A exclusão do crime, nesse caso, é justificada pelo estado de necessidade, já que o aborto é o único meio de salvar a vida da gestante, afastando o perigo atual ou iminente que recai sobre a grávida. O próprio código penal valida a aplicação da excludente da ilicitude em favor da mãe, visto que a valoração atribuída à vida extrauterina é maior que a vida intrauterina. Nesse sentido, Luiz Regis Prado (2020, p. 435):

O mal causado (morte do produto da concepção) é menor do que aquele que se pretende evitar (morte da mãe). Essa assertiva resulta da própria valoração feita pelo Código Penal brasileiro, que confere maior valor à vida humana extrauterina que à intrauterina: a pena do homicídio simples é de reclusão, de seis a vinte anos (art. 121, *caput*, CP), enquanto a pena do aborto praticado por terceiro sem o consentimento da mulher é de reclusão, de três a dez anos (art. 125, CP). Não há, portanto, conflito entre bens iguais.

Amparada pelo estado de necessidade, a pessoa que identificar a necessidade de abortar o feto para salvar a vida da gestante, seja profissional da saúde ou não, poderá realizar o procedimento abortivo, porém aqui, não estará protegida pelo art. 128 do Código Penal, mas sim pelo art. 23, I e art. 24.

Ademais, não há necessidade de consentimento da gestante para realização do aborto nesse caso, justamente por se tratar de estado de necessidade e que o objetivo de se dar fim à vida intrauterina do feto surge como único meio de proteger a vida extrauterina da mulher.

B) Art. 128, II - Aborto Humanitário;

A outra excludente da ilicitude no crime de estupro, está presente no inciso II do referido artigo. Ela ocorre quando a gestante foi estuprada e acaba engravidando, como resultado do primeiro delito.

Conforme Jiménez de Asúa (*apud*, PRADO, 2020, p. 436), reconhecer a ilegalidade do aborto nesse caso, significa reconhecer o direito da mulher a uma maternidade consciente.

Para que o art. 128, II, seja aplicado deve haver o consentimento da grávida ou de seu representante legal, no caso de incapaz, necessitando do “consentimento da gestante ou de seu representante legal, quando for o caso” (BITENCOURT, 2020, p. 261) e “deve ser obtido por escrito ou na presença de testemunhas idôneas, como garantia do próprio médico.” (BITENCOURT, 2020, p. 261)

Aqui, não se faz necessário a existência de trânsito em julgado para que o médico realize o aborto, apenas “indícios suficientes da ocorrência do atentado à liberdade sexual” (BUSATO, 2017, p. 107), autorizam a realização do procedimento abortivo.

Caso se descubra que aquela gravidez não foi originária de estupro, o médico estará amparado pela discriminante putativa do art. 20, §1º, primeira parte, dado que o médico acreditou, por erro de terceiro, que a realização daquele estupro o isentaria de pena. Recaindo sobre a grávida a responsabilidade penal, caso se descubra que aquele estupro era falso, conforme artigo 124, 2.ª parte, do Código Penal.

No tópico acima, vimos que a enfermeira que comete o aborto necessário, estaria amparada pela excludente de ilicitude, porém, não a exclusão especial do art. 128, I, do Código Penal, e sim a exclusão geral, prevista no art. 23, I c/c art. 24, em razão do estado de necessidade da gestante. No caso da enfermeira que aborta o feto fruto do crime de estupro, segundo Damásio de Jesus (1988, p. 124), “responde pelo delito, uma vez que a norma permissiva faz referência expressa à qualidade do sujeito que pode ser favorecido: deve ser médico”. Porém, para Bittencourt (2020, p. 262) a atitude da enfermeira é típica e ilícita, porém não seria culpável, já que não teria outra conduta cabível à enfermeira sem ser a prática do aborto.

a conduta da enfermeira, na hipótese, não está acobertada pela excludente especial da ilicitude, que exige uma condição especial — ser médico —, não possuída pela enfermeira. Logo, essa conduta reveste-se de tipicidade e de antijuridicidade. Contudo, isso não esgota a análise casuística dos fatos. Queremos dizer que é de todo recomendável analisar, na fase seguinte, a hipótese de poder configurar-se a inexigibilidade de outra conduta, que, se reconhecida, excluirá a culpabilidade. Somente se, concretamente, se afastar essa possibilidade a enfermeira deverá responder pelo crime de aborto.

Por fim, a enfermeira que auxilia o médico a realizar o aborto humanitário, estaria amparada pela excludente de ilicitude, pois “em função da teoria da acessoriedade limitada¹⁰, ocorrerá uma distensão da justificação para alcançar os partícipes.” (BUSATO, 2017, p. 107)

6.2. Art. 142 - Exclusão da antijuridicidade nos crimes contra a honra;

O art. 142, do Código Penal trata das excludentes de ilicitude nos crimes contra a honra.

Art. 142 - Não constituem injúria ou difamação punível:

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

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

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

Parágrafo único - Nos casos dos ns. I e III, responde pela injúria ou pela difamação quem lhe dá publicidade. (BRASIL, 1940)

Apesar de estarem presentes nas disposições comuns aos crimes previstos nos arts. 138, 139 e 140 da lei penal, só podem ser aplicados aos crimes de injúria e difamação por expressa previsão legal.

A calúnia é excluída do rol de justificantes, pois existe o interesse estatal em descobrir se houve, ou não, a prática de crimes.

o interesse do Estado em investigar crimes e punir seus autores é superior a eventuais exceções que se possam atribuir ao ofensor, além de tratar-se também de crime bem mais grave que os outros dois. O Código Penal dispensa-lhe, no entanto, um tratamento democrático: não lhe concede imunidade, mas permite a exceção da verdade! É justo, pois ou o ofensor prova a veracidade da acusação ou responde por ela, sem imunidade. (BUSATO, 2017, p. 502)

A injúria ou difamação praticada, pela parte ou seu procurador, em juízo não é punível por exclusão da ilicitude, desde que tenha relação com a lide discutida, não importando se for oral ou escrita. Se a parte aproveitar do momento para desferir golpes à honra da outra, sem haver relação com o objeto da lide, não haverá incidência da excludente.

Tal excludente existe para que as partes não se sintam inibidas em se expressar em juízo, assegurando uma possibilidade maior de defesa dos interesses colocados em juízo a mais ampla defesa dos interesses postos em juízo; de outro lado, a veemência dos debates, o

¹⁰ “Isso quer dizer que a participação é acessória da ação principal” (Bitencourt, 2016, p. 274). Assim, como a ação do médico (ação principal) estava amparada pela excludente de ilicitude, essa justificante recai também sobre a enfermeira que auxiliou o médico (ação secundária)

ardor com que se defende esses direitos pode resultar, eventualmente, em alusões ofensivas à honra de outrem, embora desprovidas do *animus offendendi*.

Ademais, não se faz necessário que a ofensa seja dirigida a pessoa envolvida no litígio processual, “pode ser cometida contra qualquer pessoa, desde que apresente os requisitos exigidos pela excludente da antijuridicidade.” (JESUS, 1998, 229)

No inciso II do art. 132 do Código Penal, se encontra a excludente de ilicitude dos crimes contra honra em razão de crítica literária, artística ou científica, desde que provada que não houve intenção em injuriar ou difamar o dono da obra literária, artística ou científica. Nesse caso, estamos diante de uma conduta comum, não havendo necessidade de fazer parte da lógica penal. Tal excludente de ilicitude encontra fundamento na liberdade de expressão, expressa no art. 5.º, IX, da Constituição Federal.¹¹

Por fim, está expresso no inciso III do dispositivo em análise, que uma opinião desfavorável emitida por funcionário público no exercício de sua função e desde que a função exercida tenha relação com a opinião emitida.

6.3. Excludentes de ilicitude no crime de constrangimento ilegal,

As intervenções cirúrgicas constituem exercício regular de direito, porém, no caso do art. 146, § 3.º, surgem como estado de necessidade.

Leciona o art. 146, §3º:

§ 3.º - Não se compreendem na disposição deste artigo:

I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida;

II - a coação exercida para impedir suicídio. (BRASIL, 1940)

A exclusão do delito, em ambos os casos, se dá pelo afastamento da ilicitude do fato, tendo em vista a importância do bem jurídico em perigo (em ambos casos, a vida), agindo o sujeito em estado de necessidade. Para que a excludente de ilicitude seja aplicada na situação prevista no inciso I, o perigo de vida deve ser imediata e concreta, não se aplicando o dispositivo em caso de probabilidade distante; “exige-se perigo real, efetivo e atual, demonstrado por sintomas e sinais indiscutíveis de significativas repercussões sobre a vida orgânica.” (PRADO, 2020, p. 533)

As hipóteses de exclusão da ilicitude aqui trazidas se justificam pelo sacrifício do bem jurídico de menor valor para salvaguardar o de maior valor.

¹¹ IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Fundamenta-se o estado de necessidade porque a conduta do médico visa afastar de perigo atual ou iminente bem jurídico alheio (vida do paciente), cujo sacrifício, nas circunstâncias, não é razoável exigir-se. O mal causado (violação da liberdade pessoal) é menor do que aquele que se pretende evitar (morte). Há conflito entre bens de valor diferencial, com sacrifício do bem de menor valor. O ordenamento jurídico faculta a lesão do bem jurídico de menor valor como único meio de salvar o de maior valor. (PRADO, 2020, 533)

6.4. Exclusão de ilicitude no crime de violação de domicílio

O art. 150, 3.º, CP, trata da exclusão do delito no crime de violação de domicílio. Essencial para o estudo de qual natureza jurídica se reveste tal excludente, é a análise do termo “não constitui crime”, o qual denota a existência da excludente da ilicitude.

Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:

§ 3.º - Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências:

I - durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência;

II - a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser. (BRASIL, 1940)

A excludente de ilicitude especial se justifica aqui pelo estrito cumprimento do dever legal de autoridade pública. “a primeira somente durante o dia, e a segunda, tanto durante o dia quanto à noite, ambas observando sempre as formalidades legais.” (BITENCOURT, 2020, p. 606)

No caso do inciso I, para que o agente público realize a diligência¹² deverá estar municiado de ordem escrita de juiz competente para realizá-la. Dessa maneira, permanece a ilicitude quando a autoridade administrativa entra ou permanece em casa alheia sem autorização expressa do morador, ou de juiz competente para realizar determinada diligência.

No inciso II, a entrada ou permanência independe de autorização do morador, ou até mesmo de juiz, pois se trata de possibilidade de ocorrência de prisão em flagrante, justificando a entrada ou permanência pelo estado de necessidade, além do exercício regular de direito.

Por fim, destaca-se autoridade administrativa que ao entrar ou permanecer em casa alheia para realização de diligências, seja durante o dia ou à noite, o fato será atípico se

¹² Vale destacar que a expressão diligência “abrange não apenas as judiciais, como busca e apreensão, penhora, sequestro, etc., como as policiais (busca e apreensão domiciliar), administrativas (inspeção da saúde) ou fiscais (autuação ou lançamento de tributos)” (Bitencourt, 2020, p. 606).

houver autorização de entrada ou permanência pelo morador, não havendo que se falar em exclusão da tipicidade.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As causas excludentes da antijuridicidade afastam a contrariedade da conduta ao direito. Podem ser encontradas na parte geral do código penal, mais precisamente em seu artigo 23 ou na parte especial do código penal, o qual estão espalhados na segunda parte do diploma legal, tendo em vista que a sistematização da parte especial do código penal brasileiro se deu através da valorização dos bens jurídicos, onde se encontram os mais “importantes”, digamos assim, a frente dos “menos importantes”. As causas previstas na parte especial do código penal são válidas apenas para os delitos correspondentes, enquanto as causas previstas na parte geral são previstas para qualquer delito presente no nosso ordenamento jurídico, esteja o delito no código penal ou não.

Existe ainda, hipótese em que se exclui o crime pela adequação do fato ao ordenamento jurídico, o que torna aquele fato lícito, que não se encontra no código penal mais precisamente o consentimento do ofendido nos crimes contra bem disponível.

A sistematização da parte especial, ao contrário do que ocorre na parte geral, se deu de forma confusa; buscando malabarismos teóricos para conseguir chegar a uma resposta de qual a natureza jurídica de determinada excludente do crime. Verificar se o fato descrito como exclusão do delito se encaixa em uma das possibilidades de justificante da parte geral pode ser o mais necessário nesse momento.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial - crimes contra a pessoa. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617029/cfi/3!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 27 ago. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 ago. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. . Rio de Janeiro, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 14 fev. 2021.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte especial: 2º volume. 3. ed. São Paulo: Gen Atlas, 2017. Disponível em: <[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597010374/cfi/6/2\[;vnd.vst.idref=body001\]!](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597010374/cfi/6/2[;vnd.vst.idref=body001]!>)>. Acesso em: 27 ago. 2021.

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

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1*. Rio do Janeiro: Grupo GEN, 2021. 9788530993658. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993658/>>. Acesso em: 27 ago. 2021.

PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: volume 1 - parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral e parte especial. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990114/cfi/6/10!/4/22@0:0>>. Acesso em: 27 ago. 2021.

ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Braga; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Manual de Direito Civil**: Volume Único. Salvador: Juspodivm, 2017.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

VARGAS, José Cirilo. **Introdução ao Estudo dos Crimes em Espécie**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993