

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA - FACER
CURSO DE DIREITO

LIDIANE MARTINS DA COSTA



EFEITO DA TEORIA CONGLOBANTE EM FACE DAS CAUSAS EXCLUDENTES
DA ILICITUDE

5-30287

Tombo nº	16073
Classif.	
Ex.	P.1
Origem:	d.
Data:	23/02/2010

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

RUBIATABA/GOIÁS

**FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA - FACER
CURSO DE DIREITO**

LIDIANE MARTINS DA COSTA



**EFEITO DA TEORIA CONGLOBANTE EM FACE DAS CAUSAS
EXCLUDENTES DA ILICITUDE**

Monografia apresentada a Facer – Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba –, como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito sob orientação do professor Eduardo Barbosa Lima.

**RUBIATABA/GOIÁS
2009**

FOLHA DE APROVAÇÃO

LIDIANE MARTINS DA COSTA

EFEITO DA TEORIA CONGLOBANTE EM FACE DAS CAUSAS
EXCLUDENTES DA ILICITUDE

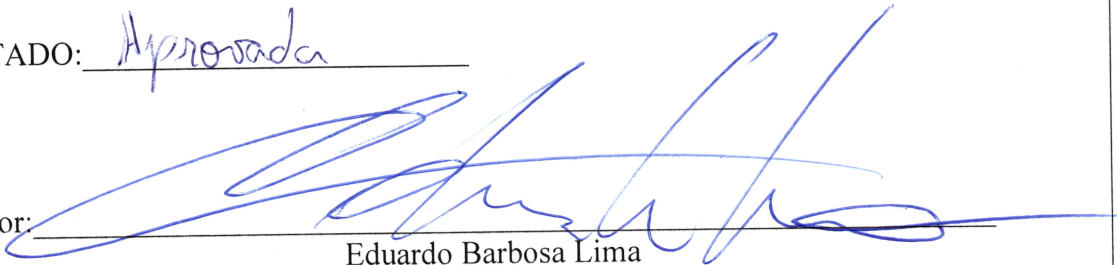
COMISSÃO JULGADORA

MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO PELA
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

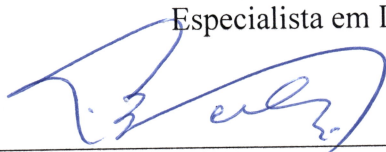
RESULTADO:

Aprovada

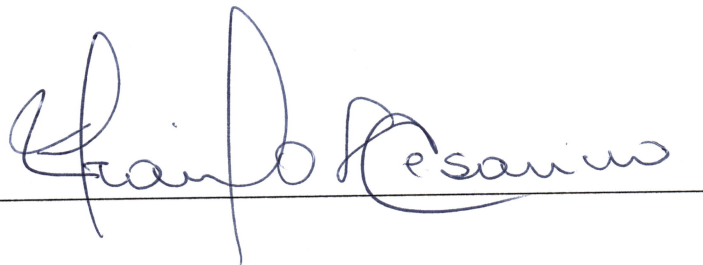
Orientador:


Eduardo Barbosa Lima
Especialista em Direito Penal

1º Examinador:



2º Examinador:



Rubiataba, 2009.

*Dedico este trabalho a Deus, aos
meus pais Eurides e Luzia, aos
meus irmãos, Odair, Enilda e
Célia, a meu orientador Eduardo e
a todos que nunca deixaram de
acreditar em mim e em meu
potencial.*

*As dificuldades de toda caminhada
são mais facilmente transpostas
quando, além dos nossos próprios
passos, outros pés compartilham
também desta aventura.*

*"Tudo posso naquele que me
fortalece!" (Fil 4:13).*

RESUMO: O presente trabalho trata-se de um assunto de grande relevância jurídica e alvo de diversas discussões doutrinárias. Refere-se à análise do efeito da teoria conglobante em face das causas excludentes da ilicitude. À medida que a sociedade evolui, surgem novas teorias que buscam explicar, entender e esclarecer as normas jurídicas e sua aplicação prática na sociedade brasileira e essas teorias suscitam polêmicas em torno da efetiva aplicação das leis. Em vista disso, para que tenha aplicação prática, essas novas teorias, antes de serem aplicadas, precisam, necessariamente, de pesquisa e debates sobre os assuntos de que tratam. O trabalho a seguir aborda a relação entre as causas excludentes da ilicitude: legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito e o impacto que a teoria conglobante pode causar caso seja adotada.

Palavras-chave: teoria conglobante, legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito.

ABSTRACT: The present work is about a very relevant juridical issue, it is also a target of tons of juridical doctrine. It is an analysis of the effects of the CONGLOBANTE THEORY, regarding the causes to preclude the wrongfulness. As long as the society develops, then comes new theories that are eager to explain, understand and clarify the legal framework and its practical application in Brazilian society and these theories raise controversies surrounding the effective implementation of laws. As a result, to be applied in practice, these new theories, before implementation, it demands research and debate on the issues it addresses. he following work focuses on the relationship between the causes to preclude the wrongfulness: defense, state of necessity, strict compliance with legal obligation and lawful exercise of duties and the impact that the conglobante theory can cause if it is adopted.

Keywords: conglobante theory, defense, state of necessity, strict compliance with legal obligations and Regular exercise of law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	
1 TEORIA CONGLOBANTE E LEGÍTIMA DEFESA	
1.1 Crime	
1.2 Elementos do crime	
1.2.1 Fato típico	
1.2.2 Ilícitude	
1.2.3 Dolo e culpa	
1.3 Causas excludentes da ilícitude	
1.4 Legítima defesa	
1.4.1 Requisitos da legítima defesa	
1.4.2 Legítima defesa putativa	
1.4.3 Modos e meios para repelir a agressão	
1.5 Teoria da tipicidade conglobante	
2 TEORIA CONGLOBANTE E ESTADO DE NECESSIDADE	
2.1 Estado de necessidade: histórico e conceito	
2.2 Espécies de estado de necessidade	
2.3 Requisitos do estado de necessidade	
2.4 Inevitabilidade do perigo e da lesão	
2.5 Exclusão do estado de necessidade	
2.6 Estado de necessidade na teoria conglobante	
3 TEORIA CONGLOBANTE E ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL	
3.1 Conceito de estrito cumprimento de dever legal	
3.2 Situações de estrito cumprimento de dever legal	
3.3 Elemento subjetivo	
3.4 Alcance dessa excludente em relação aos sujeitos	
3.5 Estrito cumprimento do dever legal e a tipicidade conglobante	
4 TEORIA CONGLOBANTE E EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO	
4.1 Conceito de exercício regular de direito	

4.2 Situações de exercício regular de direito	
4.3 Os castigos dos pais e dos professores	
4.4 Violência esportiva	
4.5 Intervenções médicas e cirúrgicas	
4.6 Consentimento do ofendido	
4.7 Consentimento como excludente da tipicidade	
4.8 Modalidades de excessos	
4.9 Excesso doloso e culposo	
4.10 Exercício regular do direito e a teoria conglobante	
CONSIDERAÇÕES FINAIS	
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	

LISTA DE ABREVIATURAS E SÍMBOLOS

Art: artigo

p: página

CP: Código Penal

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivos principais analisar a relação entre as causas excludentes da ilicitude e a teoria conglobante; estabelecer a relação entre a teoria conglobante e a legítima defesa; estado de necessidade; o exercício regular do direito e o estrito cumprimento do dever legal, buscando descobrir o efeito que a tipicidade conglobante causaria nas causas que excluem a ilicitude. Para isso, será definido o conceito de tipicidade penal; entender a necessidade de transposição do conceito de tipicidade formal, para tipicidade conglobante, que inclui o conceito da tipicidade material; e estabelecer as funções de tais institutos no paradigma do direito penal, que visa a garantir o indivíduo o fiel cumprimento da justiça.

Assim, com o surgimento de novas teorias, começam a surgir muitas dúvidas a respeito da aplicabilidade dessas teorias nas causas excludentes da ilicitude. Isso demonstra a importância acadêmica, profissional e pessoal do estudo do tema.

Esta pesquisa vem demonstrar, por meio de diversas abordagens de diferentes doutrinadores, a relação entre as causas excludentes da ilicitude, e apresenta a teoria conglobante como forma de trazer à análise da tipicidade da conduta e seu efeito em face das causas excludentes da ilicitude: a legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito.

O trabalho é uma monografia científica e de compilação de idéias. Tem como método de abordagem o dialético, posto que se trará uma discussão crítica em torno do tema.

Relativamente ao procedimento de pesquisa adotado, é abordado sob dois pontos de vista. Quanto à natureza da pesquisa, esta será básica, visto que objetiva estudar conhecimentos novos, úteis para o estudo do direito penal, envolvendo verdades e interesses universais. Por outro lado, do ângulo de seus objetivos, a pesquisa é essencialmente exploratória, sendo que, do ponto de vista de seu objeto, é qualitativa, e se utiliza de pesquisa bibliográfica e documental, tendo em vista o caráter teórico do estudo, possuindo, como fontes privilegiadas, a doutrina e as normatizações nacionais existentes.

Este trabalho estabelece a relação e o efeito da teoria conglobante entre as causas excludentes da ilicitude.

Este trabalho busca demonstrar o efeito dessa teoria da tipicidade conglobante em face das causas excludentes da ilicitude seria transformá-las em causas excludentes da tipicidade.

Em cada um de seus capítulos, são abordados o efeito e a relação da teoria da tipicidade conglobante em face das causas excludentes de ilicitude.

No primeiro capítulo, é abordada a legítima defesa, enfocando a definição de crime, os elementos que compõem o crime, fato típico, ilicitude, dolo, culpa, as causas excludentes da ilicitude, a teoria da tipicidade conglobante, a legítima defesa e seus requisitos, a legítima defesa putativa, meios e modos para repelir a agressão.

No segundo capítulo desta pesquisa, foi feita a relação da teoria conglobante e o estado de necessidade, conceituando e mostrando um breve histórico sobre o estado de necessidade, suas espécies e requisitos, a questão da inevitabilidade do perigo e da lesão, os casos de exclusão e, por fim, o estado de necessidade inserido na teoria conglobante.

O terceiro capítulo tratará sobre o efeito da teoria conglobante em relação ao estrito cumprimento do dever legal, abordando sobre os principais aspectos dessa teoria, ressaltando o conceito, situações, elemento subjetivo, alcance em relação aos sujeitos e sua relação com a teoria conglobante.

O quarto capítulo trata sobre a relação entre a teoria conglobante e o exercício regular do direito, demonstrando conceito, situações, exemplos, aspecto do consentimento do ofendido, modalidades de excessos e o efeito da teoria conglobante.

Esta pesquisa investiga, com clareza, como a tutela penal se fundamenta exatamente na proteção dos direitos e garantias fundamentais, ainda na análise da tipicidade penal. E se o efeito da teoria conglobante em face das causas excludente da ilicitude, excluindo a tipicidade

dessas condutas seria o mais benéfico para o fiel cumprimento da legislação penal brasileira e o real alcance da Justiça.

Desse modo, vislumbra-se, neste trabalho, o estudo dessa teoria como um novo paradigma para a solução de controvérsias doutrinárias a esse respeito, buscando, a partir da integração entre as várias visões, estabelecer a relação entre essa teoria e as causas excludentes da ilicitude, vez que, a tipicidade conglobante é formada pela conduta antinormativa conglobada (proibida pelo Direito) e pela tipicidade material.

1 TEORIA CONGLOBANTE E LEGÍTIMA DEFESA

1.1 Crime

O crime pode ser conceituado do ponto de vista formal, material e analítico. Segundo o conceito formal de crime afirma Jesus (1980, p. 142): “este conceito deriva da análise do crime sobre o aspecto da técnica jurídica, do ponto de vista da lei”.

Nesse sentido, existem várias definições de crime, como podem ser descritas por Mirabete, (1990, p. 96).

‘Crime é o fato humano contrário à lei (Carmignani). ‘Crime é qualquer ação legalmente punível’. (Maggiore) ‘Crime é toda ação ou omissão proibida pela lei sob ameaça da pena’. (Fragoso) ‘Crime é uma conduta (ação ou omissão contrária ao Direito, a que a lei atribui uma pena’. (Pimentel), ‘todo ato ou fato que a lei proíbe sob ameaça de uma pena’ (Bruno), ‘o fato ao qual a ordem jurídica associa a pena como legítima consequência’(Liszt), ‘ação punível: conjunto dos pressupostos da pena’ (Mezger), ‘l’azione vietata dal diritto con la minaccia della pena’ (Petrocelli).

Então, segundo essas definições, crime, num sentido formal, é uma violação da lei penal incriminadora.

No conceito material, crime é uma ação ou omissão que se proíbe e se procura evitar, ameaçando-a com punição, porque constitui ofensa a um bem jurídico individual ou coletivo.

Segundo Fragoso (1995, p. 144), o crime do ponto de vista material seria “a violação dos sentimentos altruísticos fundamentais de piedade e probidade, na medida média em que se encontram na humanidade civilizada, por meio de ações nocivas à coletividade”. De acordo com o conceito moderno, material de crime elaborado por Ihering (1987, p. 25) crime seria “o ato que ofende ou ameaça um bem jurídico tutelado pela lei penal”.

Portanto, para Fragoso (1995, p. 145) “crime é, assim, numa definição material, a ação ou omissão que, a juízo do legislador, contrasta violentamente com valores ou interesses do corpo social, de modo a exigir seja proibida sob ameaça de pena”.

De acordo com o conceito analítico, crime é a ação ou omissão típica, ilícita e culpável. Existem duas formas de classificação analítica do crime.

A concepção bipartida define o crime através de dois critérios: o subjetivo e o objetivo, quer dizer: a força moral e a força física. Assim assevera Fragoso (1995, p. 146) “na força moral, teríamos a culpabilidade (vontade inteligente) e o dano moral do delito, constituído pela intimidação (dano imediato) e pelo mau exemplo que o delito apresenta; na força física, teríamos a ação com que o agente executa o desígnio malvado e o dano material do delito”

Na visão analítica do crime da forma tripartida, como uma ação ou omissão típica, antijurídica e culpável. No entanto, disciplina Noronha (1980, p. 113-114.), que:

Com segurança escreve Hungria que um fato pode ser típico, antijurídico, culpado e ameaçado com pena (“in thesi”), isto é, criminoso, e, no entanto, anormalmente deixar de acarretar a efetiva imposição de pena, como nas causas pessoais de exclusão da pena (eximentes, escusas absolutórias), tal qual se dá no furto familiar (art. 181, I e II) e no favorecimento pessoal (art. 348, §2º), nas causas de extinção da punibilidade nas extintivas condicionais (livramento condicional e “sursis”), em que não há aplicação de pena, mas o crime permanece.

Para conceituação mais precisa do crime, Jesus (1980, p. 142) desenvolveu o critério “formal, material e sintomático do crime”, e o define:

Visa ao aspecto formal e material do delito, incluindo na conceituação a personalidade do agente. Ranieri, sob esse aspecto, define o delito como fato humano tipicamente previsto por norma jurídica sancionada mediante pena em sentido estrito (pena criminal), lesivo ou perigoso para bens ou interesses considerados merecedores da mais enérgica tutela, constituindo expressão reprovável da personalidade do agente, tal como se revela no momento de sua realização.

1.2 Elementos do crime

1.2.1 Fato típico

O fato típico é um dos elementos do crime e pode ser definido de várias formas. Para Jesus (1980, p. 213), o fato típico é:

O comportamento humano (positivo ou negativo), sendo previsto pela lei como infração penal. E os elementos do fato típico são: Conduta - é toda ação humana ou omissão consciente e dirigida a uma finalidade; dolosa ou culposa. A princípio, pune-se apenas quando há vontade (dolo), porém, como exceção, pune-se quando não há vontade, mas há negligência; Nexó Causal - é a relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado; Resultado - é a modificação do mundo exterior causada pela conduta; Tipicidade é a correspondência exata, a adequação perfeita entre o fato natural, concreto e a descrição contida na norma penal incriminadora.

1.2.2 Ilicitude

Ilicitude é uma conduta contrária ao ordenamento jurídico, que causa lesão a um bem jurídico protegido:

De acordo com o pensamento de Maggiore (1997, p. 387-388), “o conceito de justificação não é particular e exclusivo do direito penal, pertencendo ao direito em geral, tanto público como privado, pois é faculdade do ordenamento jurídico decidir se uma relação determinada é contrária ao direito ou está de acordo com ele”.

Tipicidade é o indício da antijuridicidade, que será excluída se houver uma causa que elimine sua ilicitude. Matar alguém voluntariamente é fato típico, mas não será antijurídico, por exemplo, no caso da legítima defesa, onde não haverá crime. Crime seria então ausência de causas excludentes de ilicitude.

Para Toledo (1994, p. 397):

A expressão antijuridicidade é inadmissível, não se pode imaginar um fato ser, ao mesmo tempo, jurídico e antijurídico. Um crime é, sempre, um fato capaz de alterar ou modificar as relações entre as pessoas, criando direitos e obrigações, ou seja, um fato do qual resultam conseqüências de natureza jurídica para certo número de pessoas.

Liszt (1994, p. 39) estabelecia diferença entre ilicitude formal e material. Para ele seria “formalmente ilícita a conduta que violasse a norma penal, e, substancialmente ilícita, o comportamento que ferisse o interesse social tutelado pela própria norma”.

Segundo Capez (2003, p. 83): “a ilicitude formal seria a contradição entre o fato cometido pelo agente e a norma penal incriminadora”.

O conceito formal de ilicitude é o mesmo da tipicidade, contrariar a norma incriminadora é adequar-se ao tipo.

Conforme Jesus (1980, p. 842) “a ilicitude formal não existe, a conduta típica pode ou não ser ilícita, então a ilicitude é sempre material”.

Comportamento será ilícito quando causar lesão a um bem jurídico, ou quando colocá-lo em situação de perigo. Ilicitude seria então a contradição entre fato típico e a ordem jurídica, que lesa ou expõe a perigo o bem jurídico penalmente protegido. Segundo Naves (1994, p. 367) a antijuridicidade pode ser considerada como:

Antijuridicidade não tem conceito pacífico, pois ou apresenta um comportamento anti-social, ou contraria a justiça social, ou ofende as normas de cultura reconhecidas e aceitas pelo Estado, ou infringe uma idéia de justo, que determinado Estado em certa época histórica erigiu como inviolável, sem precisar, no entanto, o seu verdadeiro conteúdo.

Se o crime é um fato típico e antijurídico, Toledo (2001, p. 47) faz a distinção entre o tipo penal e o tipo injusto, onde o “tipo legal seria um tipo injusto condicionado, e o tipo

injusto seria o tipo legal mais a ilicitude". Nesse sentido as causas excludentes da ilicitude permitem a prática de um fato típico.

Estatui o artigo 23 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Além das normas permissivas da Parte Geral, existem algumas na Parte Especial, a possibilidade de o médico praticar aborto se não há outro meio de salvar a vida da gestante ou se a gravidez resulta de estupro (art. 128); a ofensa em juízo na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador; a opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica e o conceito desfavorável emitido por funcionário público, em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever de ofício (art. 142) etc.

É preciso que estejam presentes os elementos objetivos das causas excludentes da ilicitude junto com o elemento subjetivo, ou seja, deve existir o nexó entre a conduta do agente e a causa excludente da ilicitude.

Mesmo sendo típica a conduta do agente, não será crime se não causar lesão a um bem jurídico protegido pelo Direito Penal, será então um fato permitido.

Essas normas permissivas ou excludentes de ilicitude, antigamente eram chamadas de excludentes de criminalidade.

1.2.3 Dolo e culpa

O dolo e a culpa são elementos que devem ser analisados quando se busca entender o crime, para Haddad (2002, p. 6):

O dolo é a vontade consciente do agente de realização dos elementos objetivos do tipo e do dano social causado pelo fato; é o querer a realização do ato. Na conduta dolosa, dirige-se o comportamento em sentido contrário à função socialmente relevante protegida pela lei penal. O elemento subjetivo, dolo, pertence ao tipo penal e não à culpabilidade.

Welzel (2001, p. 123) observou que: “nos crimes tentados, o elemento subjetivo do agente é o ponto de partida para a tipificação das condutas”. Para, Jesus (1980, p. 183), dolo é conceituado como:

A vontade de concretizar as características objetivas do tipo; constitui elemento subjetivo do tipo (implícito). Presentes os requisitos da consciência e da vontade, o dolo possui os seguintes elementos: consciência da conduta e do resultado; consciência da relação causal objetiva entre a conduta e o resultado e a vontade de realizar a conduta e produzir o resultado. No dolo direto, o sujeito visa a certo e determinado resultado, ex.: o agente desfere golpes de faca na vítima com intenção de matá-la; se projeta de forma direta no resultado morte; há dolo indireto quando a vontade do sujeito não se dirige a certo e determinado resultado; possui duas formas: No dolo alternativo: quando a vontade do sujeito se dirige a outro resultado; ex.: o agente desfere golpes de faca na vítima com intenção alternativa: ferir ou matar; No dolo eventual: ocorre quando o sujeito assume o risco de produzir o resultado, isto é, admite a aceita o risco de produzi-lo.

Capez (2003, p. 236) conceitua crime culposos como “a conduta voluntária (ação ou omissão) que produz resultado antijurídico não querido, mas previsível, e excepcionalmente previsto, que podia ser evitado”.

Os elementos do crime culposos segundo Jesus (1980, p. 234) são “a conduta; a inobservância do dever de cuidado objetivo; o resultado lesivo involuntário; a previsibilidade; e a tipicidade”.

1.3 Causas excludentes da ilicitude

As excludentes de ilicitude podem ser classificadas em: presentes na Parte Geral do Código Penal e válidas para todas as condutas típicas na Parte Especial ou em leis penais especiais; pertencentes à Parte Especial do Código Penal e válidas, apenas, para alguns delitos. Exemplo: aborto necessário (artigo. 128, I, CP); presentes à legislação extrapenal. Como modalidades específicas de estado de necessidade, legítima defesa, cumprimento de dever ou exercício de direito, mas em situações peculiares, descritas em leis penais.

Consentimento do ofendido, que é excludente supralegal (não prevista expressamente em lei), consistente no desinteresse da vítima em fazer valer a proteção legal ao bem jurídico que lhe pertence.

Existem duas teorias: objetiva e subjetiva. Segundo a teoria objetiva, Noronha (1980, p.196.) dispõe que:

É causa objetiva de excludente da antijuridicidade. 'Objetiva' porque se reduz à apreciação 'do fato', qualquer que seja o estado subjetivo do agente, qualquer que seja sua convicção. Ainda que pense estar praticando um crime, se a 'situação de fato' for de legítima defesa, esta não desaparecerá. Que está no psiquismo do agente não pode mudar o que se encontra na realidade do acontecido. A convicção errônea de praticar um delito não impede, fatal e necessariamente, a tutela de fato de um direito.

Segundo a teoria de Noronha, (1980, p. 201) sobre o assunto: "o que interessa ao ordenamento jurídico é que exista a motivação de preservar um bem jurídico, que seja considerado valioso e cuja preservação seja analisada no caso concreto". Para Noronha, (1980. p. 201):

A de legítima defesa situa-se no terreno físico ou material do fato, prescindindo de elementos subjetivos. O que conta é o fim objetivo da ação, e não o fim subjetivo do autor". Ilustrando, alega que "se, um criminoso se dirige à noite para sua casa, divisando entre arbustos um vulto que julga ser um policial que o veio prender e, para escapar à prisão, atira contra ele,

abatendo-o, mas verifica-se a seguir que se tratava de um assaltante que, naquele momento, de revólver em punho, ia atacá-lo, age em legítima defesa, porque de legítima defesa era a situação. O que se passa na mente da pessoa não pode ter o dom de alterar o que se acha na realidade do fato externo.

1.4 Legítima defesa

A legítima defesa é uma das causas excludente da ilicitude, estabelece no artigo 23 do Código Penal e pode ser definida, por Capez, (2003, p. 126) como:

A faculdade que o indivíduo tem de repelir, pela força, a agressão injusta no momento em que ela ocorre. No Direito Romano, legítima defesa era considerada como proteção da vida, integridade física e da liberdade sexual, até justo receio de ataque. No Direito Germânico, a legítima defesa é a evolução do direito de vingança e da privação da paz. Na Idade Média, alcançou também a proteção dos bens patrimoniais. A primeira teoria a esse respeito fundamenta-se na conservação inerente ao ser humano, diante de uma agressão, teria o direito de proteger-se do ataque porque negá-lo seria negar a própria necessidade de conservação da espécie. É um direito natural que o legislador apenas ratifica. Legítima defesa é direito do indivíduo, é a proteção do bem jurídico, na ausência do Estado para cumprir seu dever de tutelar o interesse injustamente agredido, o Estado devolve ao indivíduo esse poder de proteger o bem atacado.

1.4.1 Requisitos da legítima defesa

São requisitos para a existência da legítima defesa: a reação a uma agressão atual ou iminente e injusta; a defesa de um direito próprio ou alheio; a moderação no emprego dos meios necessários a repulsa; e o elemento subjetivo.

Como leciona Jesus, (1999, p.45 - 46):

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 desaparece 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.

Segundo o artigo 25 do Código Penal, *in verbis*: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.”

Legítima defesa é a repulsa a uma agressão injusta, atual ou iminente, a qualquer direito, próprio ou alheio, por meio do uso moderado dos meios necessários. Elemento subjetivo: consciência e vontade.

Na legítima defesa o agredido não está obrigado a fugir, Cavaleri, (2003, p. 292):

Não estará o réu realmente obrigado a fugir, para evitar ato legítimo de defesa, que poupasse o agressor violento o incômodo consequente. Lembra Nelson Hungria ser ‘de todo indiferente à legítima defesa a possibilidade de fuga do agredido. A lei não pode exigir que se leia pela cartilha dos covardes e pusilânimes. Nem mesmo há ressaltar o chamado *commudus discessus*, isto é, o afastamento discreto, fácil, não indecoroso. Ainda quando tal conduta traduza generosidade para com o agressor ou simples prudência do agredido, há abdicação em face da injustiça e contribuição para maior audácia ou prepotência do agressor. Embora não seja um dever jurídico, a legítima defesa é um dever moral ou político que, a nenhum pretexto, deve deixar de ser estimulado pelo direito positivo.

A agressão deve ser atual ou iminente. Não é admissível a excludente quando não existe o perigo concreto, e isso só existe em face de uma agressão imediata. A agressão é injusta quando não for autorizada pelo Direito. Não se deve confundir, porém, agressão injusta e ato injusto, que não constitua em si uma agressão.

Não configura legítima defesa aquele que reage a uma agressão justa: regular prisão em flagrante, cumprimento de mandado judicial, ordem legal de funcionário público, etc. A agressão que possibilita a legítima defesa deve ser injusta, ilícita, não devendo ser necessariamente um ilícito penal. Comportamento objetivamente proibido pelo Direito. A agressão injusta deve ser atual ou iminente. Deve estar acontecendo ou prestes a acontecer. Não é legítima a defesa contra agressão passada.

Diferente do estado de necessidade, na legítima defesa admitem-se as duas formas de agressão: atual ou iminente. Igualmente, não se descaracteriza a atualidade ou iminência de uma agressão simplesmente pelo fato de existir inimizade entre agressor e ofendido. Lembra Linhares (2002, p.245), 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”.

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 Noronha, (1980, p. 198.):

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.

A defesa deve amparar um direito próprio ou alheio. A legítima defesa de terceiro inclui a dos bens particulares e também o interesse da coletividade, bem como do próprio Estado, preservando-se sua integridade, a administração da justiça, o prestígio de seus funcionários, etc.

Manzini (1995 p. 387-388.) ressalta que:

Tanto num, quanto noutro 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 manuscrito,

o próprio art. 2.º 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.

1.4.2 Legítima defesa putativa

Existe 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 que poderá agir em legítima defesa de terceiro, por se tratar de conduta lícita e desejável.

Para Noronha, (1980, p. 216.):

É legítima a repulsa praticada contra agressão injusta, atual ou iminente, a todo e qualquer direito. Qualquer direito, do próprio agente ou de outra pessoa. A vida, a integridade corporal, a liberdade, o patrimônio, a honra, enfim, todos os direitos, todos os bens jurídicos, podendo ser agredidos, devem ser defendidos. Poderá, porém, alguém se defender licitamente quando for atacado por terceiro que supõe ser vítima de agressão, por erro. O primeiro age em legítima defesa real e o segundo em legítima defesa putativa. Não age em legítima defesa aquele que aceita o desafio para luta. O duelo não é permitido pela legislação brasileira e os mesmos responderão pelos ilícitos que praticarem, já que o desafio não cria a necessidade irremovível de delinquir. Também, com maior razão, não há legítima defesa na conduta do agente que procura o desafeto para pedir satisfações, agredindo-o. Legítima defesa putativa existe quando o agente, supondo por erro que está sendo agredido, repele a suposta agressão. Não está excluída a antijuridicidade do fato porque inexistem um dos seus requisitos (agressão real, atual ou iminente), ocorrendo na hipótese uma excludente da culpabilidade nos termos do art. 20, § 1º. Exemplo é o do agente que, em rua mal iluminada, se depara com um inimigo que lhe aponta um objeto brilhante e, pensando estar na iminência de uma agressão, lesa o desafeto. Verificando-se que o inimigo não iria atingi-lo, não há legítima defesa real por não ter ocorrido a agressão que a justificaria, mas a excludente da culpabilidade por erro plenamente justificado pelas circunstâncias.

Fala-se da legítima defesa subjetiva, denominação muitas vezes usada como sinônimo de defesa putativa, empregada por Hungria para caracterizar o excesso da legítima defesa por erro escusável.

O Direito não justifica o comportamento do sujeito que se aproveita de uma situação objetiva de legítima defesa um fim proibido, a morte de alguém. Jesus (1980, p. 224) dá o exemplo:

Paulo deseja matar João, que costuma beber em certo bar, onde, normalmente, entra em atrito com freqüentadores, chegando, invariavelmente, às vias de fato. Então, Paulo dirige-se ao referido bar, se posta a certa distância de João, aguardando que ele, como faz costumeiramente, se desentenda com outra pessoa e começa uma discussão entre os dois, provocada pelo Paulo, a qual evolui para um desforço físico, iniciado por João que, em dado momento, inesperadamente, toma de uma cadeira de madeira, levanta-a e vai, com ela, atingir a cabeça de Paulo, instante em que Paulo saca de sua arma e dispara um único tiro, que acerta o braço, atravessando-o e atingindo, em seguida, o peito esquerdo de João que, em virtude do único ferimento, vem a morrer. Só é lícita a conduta que realiza o fim do Direito, a proteção do bem jurídico. Será justa a destruição de uma vida quando seu destruidor se tiver comportado com consciência de que realizava o fim da norma jurídica e com vontade de proteger, repelindo a agressão a outro bem jurídico. Nunca previamente com a vontade clara e indiscutível destruir juridicamente o direito tutelado.

Pessoa embriagada pode atuar em legítima defesa. Existem posições jurisprudenciais divergentes. Se o autor do fato está completamente embriagado, então não pode ter havido sequer conduta, vontade e o fato será atípico, não se analisa a ilicitude, há inconsciência, falta conduta, e, sem conduta, não há fato típico.

Todavia, havendo consciência, ainda que mínima, e, também, vontade de agir, ou de se omitir, não se pode falar que não tenha ele, igualmente, desejado repelir a agressão e atuar conforme o Direito. O ébrio realizou um fato típico, porque tinha consciência, pressupostos objetivos excludente, subjetivo. No caso da embriaguez do agressor, a agressão deve ser idônea, não pode ser confundida com simples provocação. Defesa só é justa quando houver uma agressão.

1.4.3 Modos e meios para repelir a agressão

A utilização dos meios necessários para a reação são eficazes e suficientes, para repelir a agressão ao direito, causando o menor dano possível ao atacante. É importante mencionar o posicionamento feito por Faria, (2004 p. 205.), 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 à agressão injusta de seu pai, para não matá-lo ou molestá-lo.

Na reação, deve o agente utilizar, moderadamente, os meios necessários para repelir a agressão atual ou iminente e injusta, causando o menor dano indispensável à defesa do direito, já que, em princípio, a necessidade se determina de acordo com a força real da agressão. Segundo Toledo (1994, p. 295):

Havendo flagrante desproporção entre a ofensa e a reação, não será considerada a legítima defesa. Haverá excesso na hipótese de responder-se a um tapa com um disparo de arma de fogo, ou no matar-se uma criança porque roubou frutas no supermercado. Será considerada legítima a repulsa praticada com a utilização dos meios necessários para fazer cessar, ou impedir que ocorra, agressão injusta, atual ou iminente, a qualquer direito, próprio ou de terceiro. Para se dizer que o agente utilizou o meio necessário, é preciso verificar quais eram os meios que se encontravam a sua disposição no momento da agressão. Uma arma de fogo pode ser meio necessário para obstar uma agressão praticada com os próprios punhos. Um sujeito franzino, que tenha uma arma de fogo à sua disposição, agredido a murros por um lutador profissional, deve utilizar o revólver como meio necessário para se defender, ainda que junto dele exista um porrete, ou uma barra de ferro.

Segundo a lição de Hungria (2002, p. 285):

Cada caso deve ser analisado segundo o critério de relatividade, não existe uma equação entre a reação e agressão. Então a análise deve ser objetiva,

porém com critério de relatividade e cálculo aproximado. Não se pode fazer uma análise rigorosamente matemática, bastara um tiro e o agente deu dois. O julgador deve, após verificar quais eram os meios disponíveis, considerar necessário o que tiver sido utilizado, desde que inexistente outro menos gravoso para o fim de impedir ou fazer cessar a agressão, não se preocupando com a exata proporção entre ataque e defesa. Não basta que o agente escolha o meio necessário, é indispensável que o utilize com moderação, sem exageros, sem excessos. Mas o agredido injustamente não está em condições de medir, com precisão, a intensidade, da defesa que realizará. Por isso é preciso examinar o caso concreto. Essa proporcionalidade, todavia, não é matemática, mas a reação deve ser relativamente, razoavelmente, proporcional ao ataque. Enquanto a agressão não estiver evitada, o meio necessário pode continuar sendo utilizado. Não importa quantos disparos, quantos golpes, permanência a iminência ou atualidade da agressão.

É um requisito da legítima defesa, a inevitabilidade da agressão. Toledo (2001, p. 275) afirma que “por isso, que, embora não se obrigue o homem a ser covarde, deverá evitar o confronto se, sem desonra, puder evitar a agressão a ele dirigida. Entretanto, a legitimidade da defesa não pode ficar submetida à exigência de o agente evitar a agressão ou afastar-se discretamente”.

Para Capez (2003, p. 294) “o elemento subjetivo, ou seja, o conhecimento de que está sendo agredido, é indispensável. Não é possível falar-se em legítima defesa recíproca. Um dos contendores estará agindo ilicitamente quando tomar a iniciativa da agressão”.

1.5 Teoria da tipicidade conglobante

A teoria da tipicidade conglobante leva em consideração o fato ser típico e também contrário a todo ordenamento jurídico. Para Capez (2003, p. 284), “o termo conglobante significa que a conduta seja contrária ao ordenamento jurídico em geral (conglobado) e não apenas ao ordenamento penal. Então tipicidade penal seria igual tipicidade formal somada à tipicidade conglobante”.

Para se comprovar a tipicidade conglobante é necessário se observar o alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente. A tipicidade conglobante visa a excluir da tipicidade as condutas que são aparentemente proibidas. Deve existir uma harmonia de todos os dispositivos do ordenamento jurídico para impedir que uma norma ordene o que outra proíbe, e esta é a finalidade dessa teoria. Para Zaffaroni (2001, p. 459 - 549).

Tipicidade conglobante é a averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim, conglobada na ordem normativa. Daí que a tipicidade penal não se reduz à tipicidade legal, isto é, à adequação, à formulação legal, e sim, que deva evidenciar uma verdadeira proibição com relevância penal, para o que é necessário, que esteja proibida à luz da consideração conglobada da norma.

Segundo Zaffaroni (2001, p. 342), “as causas excludentes da ilicitude, não excluiriam a ilicitude, mas sim a tipicidade, ou seja, adotada a noção de tipicidade conglobante, não haveria causas de exclusão da ilicitude”.

Há uma enorme diferença entre uma conduta atípica que é irrelevante ao Direito Penal, já a justificada é típica, e é justificada, ela existe para o Direito Penal, mas é tolerada. A conduta atípica não enseja qualquer tipo de responsabilização na esfera civil. Ao contrário, a conduta justificada pode permitir a vítima o ressarcimento de danos da esfera civil.

Para Zaffaroni (2001, p. 342), “as causas de exclusão da ilicitude seriam: estado de necessidade; legítima defesa; exercício regular de direito nas atividades fomentadas incentivadas, por exemplo, a atividade médica, será excludente de tipicidade, mas nos outros casos excluiriam a ilicitude”.

Então para que uma ação seja típica é preciso que ela tenha a tipicidade legal, ou seja, quando o agente realiza uma conduta prevista no tipo, que seria a tipicidade formal. A conduta também deve ser típica no aspecto conglobante, que restringe a tipicidade legal. Há situações em que a conduta é típica, porém não é típica do ordenamento jurídico, porque há uma ordem ou autorização para a prática daquele ato. Como por exemplo, Zaffaroni (2001, p. 846), afirmam que:

As intervenções médicas terapêuticas ou curativas: o médico quando realiza uma intervenção médica curativa seguindo rigorosamente a lei da medicina cria riscos para o paciente (e danos físicos também), porém, são riscos permitidos. São danos produzidos no contexto de risco permitido. Por isso é que tais danos não se convertem em lesão (jurídica) punível. Quem cria risco permitido não pratica nenhum fato típico. Também no caso de lesões esportivas: todas as lesões ocorridas dentro do esporte e de acordo com as regras desse esporte derivam de riscos permitidos (mesmo no boxe, morrendo um dos boxeadores, não há que se falar em delito). Ou no caso de um boxeador que mata o adversário com um golpe mortal, produz danos (danifica a vida alheia). Mas esses danos não se transformam em lesão jurídica, justamente porque foram produzidos num contexto de risco permitido.

Segundo as lições de Zaffaroni (2001, p. 342) “esse juízo de tipicidade penal deixa de fora as condutas que são apenas ilegais, mas não são proibidas pelo ordenamento jurídico”.

Tipicidade legal é a individualização que a lei faz da conduta, através de elementos descritivos e normativos que estão presentes no tipo penal. Mas a tipicidade conglobante é a comprovação de que a conduta típica é também proibida pela norma. A tipicidade legal conglobada seria a tipicidade penal.

No caso da legítima defesa, o direito permite a agressão, em situações específicas, a própria pessoa pode repelir uma agressão injusta, mas isso não quer dizer que o Direito a incentiva ou ordena a essa atitude.

Capez (2003, p. 35) “questiona a utilidade da teoria da tipicidade conglobante, embora concordando que a tipicidade legal não seja suficiente, entretanto acredita que não será necessário recorrer à tipicidade conglobante se a lesão for insignificante ou se não houver lesão ao bem jurídico, o fato será atípico”. Para Brandão (2003, p. 52):

Quando se diz que o tipo é uma descrição, diz-se na verdade que ele é uma imagem conceitual, um modelo da conduta incriminada, a tipicidade é um juízo de valor feito a respeito de um determinado fato para se averiguar se existe algum tipo legalmente previsto que corresponda integralmente aquele comportamento, é dizer, tipicidade é uma relação da conduta humana e o tipo penal.

As condutas humanas que não forem adequadas a um tipo penal serão atípicas; uma ação será típica quando for relevante do ponto de vista jurídico.

Brandão (2003, p. 35) “acredita que existe uma conexão entre tipicidade e ilicitude, por isso a tipicidade é o meio usado para se conhecer a ilicitude”. No entender de Mezger, (*apud*, SANTOS 2004, p. 35), entretanto:

O ato de criação legislativa do tipo (...) contém imediatamente a declaração de antijuridicidade, a fundamentação do injusto como injusto especialmente tipificado. O legislador cria, através da formação do tipo, a antijuridicidade específica: a tipicidade da ação não é, de modo algum, a mera *ratio cognoscendi*¹, mas a própria *ratio essendi*² da (especial) antijuridicidade. A tipicidade transforma a ação em ação antijurídica, sem dúvida não por si só, mas em vinculação com a ausência de fundamentos especiais excludentes do injusto.

Conforme o pensamento de Queiroz (2001, p. 135) sobre o assunto:

Embora típica, não for ilícita – isto é, for lícita, por exemplo, se ficar provado que o agente matou em legítima defesa -, ficará, obviamente, prejudicada a indagação sobre a culpabilidade. Diz-se, assim, antijurídica a ação – ou, mais precisamente, ilícita a ação – quando praticada contrariamente ao direito, é dizer, sem o amparo de causa de exclusão da ilicitude (ou causas de justificação), como a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal ou o exercício regular do direito (CP, art. 23). Assim, não há crime de homicídio (mas homicídio simplesmente) quando, por exemplo, o agente mata outrem em legítima defesa de sua própria vida. Significa dizer que, embora típica a ação, visto coincidir com a descrição do art. 121 do Código Penal, ela não é considerada, porém, ilícita (antijurídica), uma vez que autorizada pelo direito. Ou seja, quem mata em legítima defesa mata legitimamente; atua dentro da legalidade. A culpabilidade constitui, em consequência, as condições subjetivas que devem concorrer para que o seu autor seja punido, pois, do contrário, isto é, se não culpável, não sofrerá pena alguma, sendo absolvido.

¹ *Ratio cognoscendi*, significa a razão de se conhecer da ilicitude. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6797>>. Acesso em: 20 de ago. 2009.

² *Ratio essendi* significa razão de ser. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6797>>. Acesso em: 20 de ago. 2009.

De acordo com o pensamento de Zaffaroni (2001, p. 254) pode-se afirmar que:

Tipicidade implica antinormatividade (contrariedade à norma) e não podemos admitir que na ordem normativa uma norma ordene o que a outra proíbe. Uma ordem normativa, na qual uma norma possa ordenar o que a outra proibir, deixa de ser ordem e de ser normativa e torna-se uma 'desordem' arbitrária. As normas jurídicas não 'vivem' isoladas, mas num entrelaçamento em que umas limitam as outras, e não podem ignorar-se mutuamente. Uma ordem normativa não é um caos de normas proibitivas amontoadas em grandes quantidades, não é um depósito de proibições arbitrárias, mas uma ordem de proibições, uma ordem de normas, um conjunto de normas que guardam entre si certa ordem, que lhes vem dada por seu sentido geral: seu objetivo final, que é evitar a guerra civil.

Diante do exposto sobre a teoria conglobante e a legítima defesa, conceituadas no primeiro capítulo dessa pesquisa, que relata sobre a definição de crime, os elementos que compõem o crime, fato típico, ilicitude, dolo, culpa, as causas excludentes da ilicitude, a teoria da tipicidade conglobante, a legítima defesa e seus requisitos, a legítima defesa putativa, meios e modos para repelir a agressão.

No segundo capítulo, desta pesquisa, será feita a relação da teoria conglobante e o estado de necessidade, conceituando e mostrando um breve histórico sobre o estado de necessidade, suas espécies e requisitos, a questão da inevitabilidade do perigo e da lesão, os casos de exclusão e, por fim, o estado de necessidade inserido na teoria conglobante.



2 TEORIA CONGLOBANTE E ESTADO DE NECESSIDADE

2.1 Estado de necessidade: histórico e conceito

O estado de necessidade é umas das causas que excluem a ilicitude, previsto no artigo 23 do Código Penal, segundo Capez, (2002, p. 374):

Em Roma, não havia punição para aquele que realizasse um comportamento proibido, em caso de extrema necessidade. No Direito Canônico e durante a Idade Média, o estado de necessidade, não era punido, como no caso do furto famélico, até mesmo a do canibalismo. No Brasil, o Código Penal de 1830 considerava o agente em estado de necessidade se o fato tivesse sido realizado para evitar um mal maior, a falta absoluta de outro meio menos prejudicial e a probabilidade da eficácia do meio empregado. Causa de justificação, quando o mal resultasse das forças da natureza, se resultasse de ação humana excluiria a ilicitude.

Para Jesus (1999, p. 356) “o estado de necessidade se configura naquela situação de perigo atual de interesses protegidos pelo direito, em que o agente, para salvar um bem próprio ou de terceiro, não tem outro meio senão o de lesar o interesse de outrem”. Sobre o assunto, Bettiol (2005, p. 143) dispõe que:

Realmente, se há um ponto de atrito entre o Direito Penal e a moral, este é fornecido precisamente pelo estado de necessidade. Afirmar que o estado de necessidade não conhece lei, pelo que se tem direito, para salvar-se a si ou a outrem, de lesar bens de terceiros, é, sob aspecto moral, uma verdadeira heresia, ao menos no que tange ao bem da vida. Um terceiro inocente não pode jamais ser sacrificado para salvar outra pessoa. O indivíduo é pessoa, isto é, valor, fim, nunca meio. A moral, por seu lado, obriga muitas vezes ao sacrifício de si próprio para salvar terceiro. Nem se pode afiançar que se trata apenas de moral heróica, já que não existe uma moral para os heróis e uma para os pusilâmines: existe tão-só a moral, uma lei que de modo cogente obriga todas as consciências indistintamente. É característica intrínseca de uma norma moral que sua observância imponha verdadeiros sacrifícios, posto que uma moral, sem obrigações nem sanções, pode ser ideal de indivíduos desmiolados, que pensam apenas no proveito próprio e subordinam ao útil qualquer exigência que Deus tenha agasalhado no coração do homem.

A visão desse grande penalista italiano é coerente, porque não seria ético justificar-se o sacrifício da vida de um inocente, ainda que para salvar a de outro.

Mas quando numa situação em que um bem jurídico está na iminência de sofrer uma lesão, pela presença atual de um perigo, e não podendo o direito proteger tal bem, deve-se permitir que seja sacrificado outro bem, de valor menor ou relativamente igual, ainda que um inocente, desde que não haja outra saída.

Se dois bens estiverem em perigo de lesão, um deles pode ser sacrificado se o Direito não puder salvar os dois. O estado de necessidade pressupõe um conflito entre titulares de interesses lícitos, legítimos, em que um pode perecer licitamente para que outro sobreviva.

2.2 Espécies de estado de necessidade

Em relação à origem do perigo, o estado de necessidade pode ser classificado em defensivo, conforme ensina Capez, (1999, p. 284):

Quando o agente pratica o ato necessário contra a coisa ou animal da qual advém o perigo para o bem jurídico. Ex.: uma pessoa atacada por um cão bravo que mata o animal para se defender; O estado de necessidade também pode ser agressivo: quando o agente se volta contra a 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 dono. Em relação ao bem sacrificado o estado de necessidade pode ser justificante: trata-se do sacrifício de um bem de menor valor para salvar outro de maior valor ou o sacrifício de bem de igual valor ao preservado. Ex.: o agente mata um animal agressivo, que pertence a terceiro, para salvar alguém sujeito ao seu ataque.

Há quem pense como o faz Bittencourt (2003, p. 133) 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 uma pessoa consegue atravessar, é natural que estejamos diante de um estado de necessidade justificante, pois o direito jamais poderá optar entre a vida de um ou de outro.

Assim, é perfeitamente razoável, conforme preceitua o artigo 24 do Código Penal, a exigência do sacrifício ocorrido. O estado de necessidade em relação ao bem sacrificado pode ser também classificado como 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.

2.3 Requisitos do estado de necessidade

De acordo com Jesus (1999, p. 25) são requisitos do estado de necessidade perante a lei penal brasileira:

- a) a ameaça a direito próprio ou alheio; b) a existência de um perigo atual e inevitável; c) a inexigibilidade do sacrifício do bem ameaçado; d) uma situação não provocada voluntariamente pelo agente; e) a inexistência de dever legal de enfrentar o perigo; e f) o conhecimento da situação de fato justificante.

É necessário, para se configurar o estado de necessidade, que o agente pratique o fato típico para evitar um mal que pode ocorrer se não o fizer. É necessário que o sujeito atue para

evitar um perigo atual, que exista a probabilidade de dano, presente e imediato, ao bem jurídico. Mas a lei não inclui o perigo iminente, como o faz na legítima defesa.

Perigo deve ser inevitável, numa situação em que o agente não podia de outro modo, evitá-lo. Também é indispensável para a configuração do estado de necessidade que o agente não tenha provocado o perigo por sua vontade. Não ocorrerá a excludente de ilicitude, por exemplo, quando aquele que incendiou o imóvel para receber o seguro, mata alguém para escapar do fogo.

A lei também exige a razoabilidade do sacrifício do bem ameaçado e que foi preservado pela conduta típica. O Código Penal Brasileiro adotou a teoria unitária e não a teoria diferenciadora. Assim, há estado de necessidade não só no sacrifício de um bem menor para salvar um de maior valor, mas também no sacrifício de um bem de valor idêntico ao preservado, como no caso físico do homicídio praticado pelo naufrágio. Não ocorrerá o estado de necessidade se o bem lesado pelo agente tinha maior importância.

O estado de necessidade pode ocorrer em qualquer fato típico, inclusive nos delitos culposos. Inevitabilidade do perigo não admite a existência de estado de necessidade nos crimes permanentes e habituais.

Sendo o estado de necessidade fato excludente de ilicitude, tem que ser provado para que possa ser acolhido e o ônus da prova, no transcorrer da ação penal, pertence ao réu que o alega. Prevê o artigo 24, parágrafo 2º, do Código Penal, *in verbis*:

Artigo 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.

§ 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

Isso ocorre quando estão presentes os demais requisitos legais. É facultado ao juiz a redução da pena em casos de sacrifício de bem de maior valor do que o protegido. Não está

excluída a antijuridicidade do fato e o agente responderá pelo ilícito praticado, podendo o aplicador da lei, diante das circunstâncias do fato, reduzir a sanção imposta ao sujeito passivo.

Todas as causas excludentes da ilicitude têm como elemento subjetivo, que o sujeito aja com a vontade de preservar o bem jurídico. No artigo 24, parágrafo 1º, do Código Penal, *in verbis*: “Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.” Perigo para Jesus (1999, p. 391):

[...] é a situação concreta que antecede a lesão, que reúne as condições indispensáveis à produção do resultado, perceptíveis pelo sujeito. O perigo deve ser concreto, e não apenas abstrato, deve haver a probabilidade real. O perigo deve existir no momento imediatamente anterior ao instante em que o agente vai realizar a conduta. Iminente é o que, não sendo atual, está prestes a ocorrer. Só pode realizar a conduta quando o perigo se tornar atual, não autorizado, apenas iminente para se configurar o estado de necessidade. O perigo iminente é o que vem antes do perigo atual. Só existe estado de necessidade quando o perigo for real, efetivo, atual.

Atual é o que acontece, portanto é uma situação presente. Para Hungria (2002, p. 273), o perigo atual: “é o perigo concreto, imediato, reconhecido objetivamente, não se podendo usar a excludente quando se trata de perigo incerto, remoto ou passado”. A pessoa que deu origem ao perigo não pode invocar a excludente para sua própria proteção, pois seria injusto e despropositado.

Existem três posições distintas a respeito da valoração da vontade na produção do perigo, são elas: de que o perigo não pode ser gerado nem dolosa nem culposamente. É o ensinamento de Hungria (2002, p. 273) quando afirma que “cumprir que a situação de perigo seja alheia à vontade do agente, isto é, que este não a tenha provocado intencionalmente ou por grosseira inadvertência ou leviandade”.

Para Faria (2004, p. 397), o perigo não pode ser produzido dolosamente, mas admite-se a forma culposa, ou seja, “para considerável parcela da doutrina, quando o artigo 24 do Código Penal menciona que o perigo não pode ser gerado pela vontade do agente do fato necessário, faz-se referência ao dolo, mas nunca à culpa”. Já segundo Noronha (1980, p. 191), o perigo, por vezes, pode ser gerado culposamente.

A nós nos parece que também o perigo culposo impede ou obsta o estado de necessidade. A ordem jurídica não pode homologar o sacrifício de um direito, favorecendo ou beneficiando quem já atuou contra ela, praticando um ilícito, que até pode ser crime ou contravenção. Reconhecemos, entretanto, que na prática é difícil aceitar solução unitária para todos os casos. Será justo punir quem, por imprudência, pôs sua vida em perigo e não pôde salvar-se senão lesando a propriedade alheia?

No mesmo sentido, Toledo (2001, p. 346) “argumenta ser possível provocar um perigo culposo e não caber a invocação do estado de necessidade”. Como regra, o perigo não pode ser nem doloso nem culposo. A lei fala em perigo não provocado por vontade do agente.

2.4 Inevitabilidade do perigo e da lesão

Podendo afastar-se do perigo ou podendo evitar a lesão, é dever de o agente fazê-lo. O estado de necessidade impõe-se a fuga, sendo ela possível. Por isso, o estado de necessidade tem o caráter subsidiário.

Aníbal (2004 p. 395) afirma que “no sentido de que o agente do fato necessário deve atuar de modo a causar o menor estrago possível. Assim, entre o dano à propriedade e a lesão a alguém, o correto é a primeira opção; entre a lesão a várias pessoas e a uma só, melhor esta última”.

Não pode alegar estado de necessidade quem visa à proteção de bem ou interesse juridicamente desprotegido. Como por exemplo, para preservar carregamento de substância entorpecente de porte não autorizado, sacrificar direito alheio.

Pode agir em estado de necessidade aquele que sacrifica um interesse, para salvar um direito próprio ou alheio, de quem quer que seja. A vida, a liberdade, o patrimônio, a integridade corporal, a saúde, a família. No estado de necessidade próprio, o agente atua para

salvar um bem próprio. No caso de estado de necessidade de terceiro, para salvar o interesse de outra pessoa.

O agente só pode invocar o estado de necessidade se a situação de perigo não tiver sido causada, dolosamente, por ele. A respeito do dever legal de enfrentar o perigo Faria (2004, p.197), dispõe que:

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 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.

Em contrário, posiciona-se Hungria (2002, p.279-280):

A abnegação em fase do perigo só é exigível quando corresponde a um especial dever jurídico. Policial (dever advindo de lei), segurança particular contratado para a proteção do seu empregador (dever jurídico advindo do contrato de trabalho). A finalidade do dispositivo é evitar que pessoas obrigadas a vivenciar situações de perigo, ao menor sinal de risco, se furtem ao seu compromisso, ressalvado que somente o dever advindo de lei é capaz de impedir o estado de necessidade.

2.5 Exclusão do estado de necessidade

Se o agente tiver, por lei, o dever de enfrentar o perigo, e a lei o obriga a enfrentar situações de perigo, não poderá, por essa razão, alegar o estado de necessidade.

Os policiais, civis e militares, têm como atividade normal prender agentes de fatos típicos, ou condenados pela prática de crimes, perseguindo-os, em vários momentos, e situações, podem caracterizar os pressupostos do estado de necessidade.

Tais pessoas não podem alegar estado de necessidade, diante de momentos de perigo. Dever é o de não causar lesão a nenhum bem jurídico, devem estar preparadas para enfrentar situações. Estão obrigadas a enfrentar o perigo apenas quando em serviço. Durante as férias, são simples cidadãos e aí não têm o dever de enfrentar o perigo.

Para Jesus (1999, p. 391):

Não se pode confundir o dever legal de enfrentar o perigo com o dever legal ou jurídico de impedir o resultado. Uma coisa é o dever de enfrentar o perigo, de que trata o § 1º do art. 24, a outra é o de impedir o resultado, referido no art. 13, § 2º. O dever de enfrentar o perigo é norma que impede a exclusão da ilicitude por estado de necessidade. Pois eles têm o dever de realizar um comportamento positivo, para que o resultado não ocorra. Omitindo-se, responde pelo resultado, seu comportamento é típico. É evidente que o pai tem o dever de agir para impedir que o filho se afogue se ele, pai, souber nadar. Se não souber nadar, apesar de ter o dever de agir para impedir resultados lesivos para bens de seu filho, não estará obrigado a atirar-se no lago, porque não poderia fazê-lo, sem risco pessoal.

A lei ao conceituar o dever de agir na comissão típica, cuida expressamente das espécies de dever jurídico, incluindo aqueles que, de outra forma, assumiram a responsabilidade de impedir o resultado e os que, com seu comportamento, criaram o risco da ocorrência do resultado. Nestes termos, para a lei, o dever de agir passou a ser legal previsto no artigo 13, § 2º, do Código Penal. Assim, em uma interpretação sistemática, se o sujeito pratica um fato típico em uma dessas condições, quando podia agir, a conduta é antijurídica. Nessa hipótese, há crime e somente poderá ser excluída a culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa. No entender de Hungria (2002, p. 284):

Para que haja estado de necessidade, é indispensável que o sacrifício do bem jurídico alheio seja a única maneira de salvar o bem em perigo. Se houver outra solução, inclusive fugir do perigo, chamar alguém. Sem o sacrifício do bem jurídico, e o agente não o fez, não haverá estado de necessidade. Se o automóvel do homem está em perigo, em situação tal que a única maneira de evitar uma colisão com um poste é desviar e atingir uma pessoa que transita não se pode sacrificar a vida humana para salvar o veículo. Os bens em colisão devem guardar, entre si, certa proporcionalidade de valor. É claro que essa relação de proporcionalidade não pode ser colocada em esquemas rígidos, de peso ou medida, absolutos ou exatos. Mas a finalidade do estado de necessidade é a proteção do bem jurídico. Não basta que a conduta do

sujeito tenha realizado todos os elementos objetivos, anteriormente descritos. É preciso que o agente tenha agido com a consciência de que a situação de perigo era concreta e que a única saída era o sacrifício do outro bem, e agiu com vontade de salvar o bem ameaçado. Sem essa consciência e sem essa vontade, ainda que todos os requisitos objetivos restem comprovados, não se pode falar que tenha havido fato lícito, por estado de necessidade. Estado de necessidade putativo se o agente supõe, por erro, que se encontra em situação de perigo. Supondo o agente, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, estar no meio de um incêndio, não responderá pelas lesões corporais ou morte que vier a causar para salvar-se. Inexiste a justificativa, mas o agente não responde pelo fato por ausência de culpa em decorrência de erro de proibição.

2.6 Estado de necessidade na teoria conglobante

O ordenamento jurídico constitui um sistema, conjunto de elementos entre os quais existe uma ordem, que só existirá “se os elementos estiverem relacionados com o todo e forem coerentes entre si.” A coerência que as normas guardam entre si impede que uma profba o que outras ordenam ou fomentam. Assim sendo, não pode o tipo proibir o que o direito fomenta ou ordena. Para Zaffaroni (2001, p. 667), criador da teoria conglobante:

O juízo de tipicidade não é mero juízo de tipicidade legal, mas é necessária a comprovação da tipicidade conglobante, consistente no alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem normativa. Para a tipicidade conglobante a tipicidade penal haverá quando presentes a tipicidade legal e a tipicidade conglobante.

Para a teoria da tipicidade conglobante a tipicidade seria igual a tipicidade formal somada a tipicidade conglobante, que por sua vez seria a tipicidade material (materialização da tipicidade formal, ou seja adequação do fato ao tipo penal incriminador) somada a antinormatividade (conduta não exigida ou fomentada pelo Estado).

Então, para configurar a tipicidade material é necessário que a conduta seja juridicamente relevante, a fim de poder lesionar o bem jurídico. Por isso, condutas irrelevantes não são consideradas fato típico.

Em princípio, todo fato típico também será ilícito, pois a tipicidade induz à ilicitude, salvo se houver uma causa excludente da ilicitude.

Por sua vez, dentro da teoria de Zaffaroni (2001, p. 187) a “antinormatividade constitui elemento integrante da tipicidade conglobante, que por sua vez integra o próprio fato típico”, a antinormatividade traduz uma conduta não fomentada ou não exigida pelo Estado. Ainda em Zaffaroni (2001, p. 183):

A antijuridicidade tem um caráter unitário, material, pois implica na afirmação de que um bem jurídico foi alterado e formal enquanto seu fundamento não se achar fora da ordem jurídica. Zaffaroni conclui que as excludentes da ilicitude configuram uma causa de justificação, isto é, uma permissão outorgada pela ordem jurídica para a realização da conduta antinormativa.

O entendimento de Zaffaroni (2001, p.547) é “para o estado de necessidade seria a necessidade de salvar o interesse maior, em sacrifício do menor, em uma situação não provocada de conflito extremo”. Zafaroni e Pierangeli (*apud* MARTINS 1997, p.1) trabalharam uma nova forma de tipicidade, ou seja:

A chamada tipicidade conglobante. Essa tipicidade, em verdade ao invés de conglobante deveria ser chamada de englobante, pois engloba outros conceitos que não apenas os típicos. A teoria da tipicidade conglobante considera que para que o fato seja típico, devem-se analisar outros elementos, portanto a tipicidade passará a analisar outros aspectos além daqueles previstos no tipo penal. Esta teoria se fundamenta no modelo clássico do finalismo, que separa tipicidade e ilicitude (teoria indiciária), não adotando o modelo da teoria dos elementos negativos do tipo. O fato ser típico para o direito penal resulta na clássica tipicidade formal, mas precisa de algo mais, chamado de tipicidade conglobante.

A tipicidade conglobante está para o tipo penal, assim como o estado de necessidade está para a antijuridicidade. Dessa forma, não se confundem os institutos. Na tipicidade conglobante é necessário uma norma expressa permissiva ou um conflito entre uma norma permissiva com outra proibitiva, prevalecendo à primeira. Já o estado de necessidade não tem

previsão legal de suas espécies, e sim, apenas, do seu gênero (artigo 24 do Código Penal), devendo haver a subsunção do caso concreto no artigo 24 do Código Penal (tipo aberto), num contexto justificante. Artigo 24 do Código Penal, *in verbis*:

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.

§ 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

Por fim, para Hungria (2002, p.184) a tipicidade conglobante “é uma forma de imputação objetiva do resultado O resultado jurídico não deve ser fomentado ou tolerado ou autorizado ou determinado pelo ordenamento jurídico”.

A maioria dos doutrinadores orienta-se no sentido de que o artigo 24 do Código Penal só trata do estado de necessidade como excludente de ilicitude. Dentre eles Paulo José da Costa Júnior, Alberto Silva Franco, Aníbal Bruno, Nelson Hungria, Francisco de Assis Toledo. Contrariando a doutrina majoritária, tem-se o pensamento de Fragoso (1995, p. 189) que diz:

A legislação vigente, adotando fórmula unitária para o estado de necessidade e aludindo apenas ao sacrifício de um bem que, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se, compreende impropriamente também o caso de bens de igual valor (é o caso do naufrago que, para reter a única tábua de salvamento, sacrifica o outro). Em tais casos subsiste a ilicitude e o que realmente ocorre é o estado de necessidade como excludente da culpa (inexigibilidade de outra conduta) (...) O estado de necessidade é excludente da ilicitude quando, em situação de conflito ou colisão, ocorre o sacrifício do bem de menor valor. A inexigibilidade de outra conduta, no entanto, desculpa a ação quando se trata do sacrifício de bem de igual ou de maior valor, que ocorra em circunstâncias nas quais ao agente não era razoavelmente exigível comportamento diverso, excluindo, pois, a culpabilidade. O estado de necessidade previsto no art. 24 do CP vigente, portanto, pode excluir a antijuridicidade ou a culpabilidade, conforme o caso.

Segundo o entendimento de Toledo, (2001, p. 243).

O estado de necessidade exculpante pressupõe a existência do injusto, isto é, de uma ação típica e antijurídica, o que indubitavelmente não poderá ocorrer no direito brasileiro, enquanto perdurar a redação dada ao art. 24 do Código Penal, pelo menos em relação a bens de igual valor (vida contra vida, por exemplo). Diante de uma norma permissiva, não há como falar-se em ilicitude do fato que a ela se ajusta.

O artigo 24 do Código Penal vigente mantendo a redação originária do anterior permaneceu fiel à teoria unitária, que explica o estado de necessidade como excludente de ilicitude, quer quando o bem jurídico sacrificado seja de menor valor que o bem ameaçado, quer quando seja de igual valor.

Para Zaffaroni (2001, p. 134), existem algumas consequências que a teoria unitária não consegue explicar satisfatoriamente:

Admitir que todo e qualquer estado de necessidade é justificante leva à aceitação, como consequência inafastável, de que no exemplo tão repetido dos naufragos que lutam pela posse da tábua que somente pode manter um deles flutuando, ambos atuam justificadamente, vale dizer, que ambos têm uma permissão legal para matar, e, portanto, se irá impor o mais forte. O direito converte em jurídico um resultado decorrente de força. Por outro canto, não há dúvida de que quem ajuda aquele que atua justificadamente também atua de acordo com o direito, razão pela qual qualquer pessoa alheia ao naufrágio e ao perigo poderá ajudar justificadamente a qualquer dos naufragos, o que se apresenta como absurdo.

Neste capítulo foi tratou-se do estado de necessidade relacionado com a teoria conglobante, levantando-se os pontos mais relevantes sobre o assunto. No próximo capítulo, tratar-se-á do efeito da teoria conglobante em relação ao estrito cumprimento do dever legal, será feita uma abordagem significativa sobre os principais aspectos dessa teoria.

3 TEORIA CONGLOBANTE E ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL

3.1 Conceito de estrito cumprimento de dever legal

A licitude de uma conduta típica só será encontrada por exclusão, caso o agente pratique a conduta tipificada na lei penal, ela só será lícita se estiver enquadrado em uma das causas excludentes de ilicitude previstas no artigo 23 do Código Penal, entre as quais se encontra o estrito cumprimento do dever legal.

Depois da análise de tipicidade e ilicitude, verifica-se a culpabilidade, se o agente for imputável, tiver potencial consciência da ilicitude do fato e lhe era exigível uma conduta diversa, na situação em que se encontrava no momento do crime.

O Código Penal não definiu o conceito de estrito cumprimento de dever legal. A doutrina traz seu conceito, como por exemplo, Capez (2003, p. 134) define o estrito cumprimento do dever legal com sendo “a causa de exclusão da ilicitude que consiste na realização de um fato típico, por força do desempenho de uma obrigação imposta por lei, nos exatos limites dessa obrigação”. Portanto, dever legal é uma obrigação imposta por lei, o agente, apesar de atuar tipicamente, está cumprindo sua obrigação.

Porém, para que esta conduta, embora típica, seja lícita, é preciso que esse dever derive direta ou indiretamente de lei, entenda-se não apenas a lei penal, mas também a civil, comercial, administrativa, etc. Pode constar de decreto, regulamento ou qualquer ato administrativo infralegal, desde que originários de lei. O mesmo vale em relação a decisões judiciais, que nada mais são do que determinações emanadas do Poder Judiciário em cumprimento da lei e está na lei ou dela derive. Para Mirabete (1990, p. 96), o estrito cumprimento do dever legal é definido como:

Quando a lei impõe determinada obrigação, mas existem limites para que tal obrigação seja cumprida, por isso o agente é obrigado a agir até esse exato

limite imposto pela lei. Fora desses limites, desaparece a excludente, surgindo então o abuso ou excesso. Exige a lei que se obedeça rigorosamente às condições objetiva a que a ação esteja subordinada. Todo dever é limitado ou regulado em sua execução, e fora dos limites traçados na lei o que se apresenta é o excesso de poder punível. Como a lei não pode conter contradições, quem cumpre regularmente um dever não pode, ao mesmo tempo, praticar ilícito penal. A excludente pressupõe no executor um funcionário ou agente público que age por ordem da lei, não se excluindo o particular que exerça função pública (jurado, perito, mesário da justiça eleitoral, etc.).

De acordo com o pensamento de Noronha (1980 p. 113-114):

A lei não obriga a imprudência, negligência ou imperícia, por isso não se admite estrito cumprimento do dever legal nos crimes culposos. Reconhecendo-se o estrito cumprimento do dever legal em relação a um autor, o co-autor ou partícipe do fato também não pode ser responsabilizado. O estrito cumprimento de dever legal é o instituto jurídico penal que compreende as normas e princípios relativos à atuação de quem, sob comando legal (ditado por relevante interesse público e legitimado pela observância dos limites impostos pela própria lei e pelos direitos fundamentais consagrados na Constituição), pratica conduta descrita em um tipo legal de crime. A atuação em estrito cumprimento de dever legal pressupõe a realização do interesse público relevante que fundamenta a existência da norma preceptiva. Porém, para a execução disso, o encarregado de cumprir a determinação legal somente poderá valer-se de meios permitidos pela ordem jurídica e de modo que lese o menos possível o interesse dos particulares. Não se podem violar os direitos fundamentais, a não ser na medida expressamente permitida pela Constituição Federal.

Segundo Mirabete (1990.p. 248):

O reconhecimento do estrito cumprimento de dever legal é preciso que tanto os meios utilizados quanto o fim perseguido estejam em consonância com o direito. Desde que observados rigorosamente os limites previstos na própria lei e decorrentes do respeito aos direitos fundamentais e garantias individuais pilares do Estado Democrático de Direito, a conduta praticada no estrito cumprimento de dever legal é subtraída do âmbito de proibição de qualquer outra norma penal, ainda que algum tipo legal de crime a descreva como abstratamente proibida, pois em uma ordem normativa, como ensinam Zaffaroni e Pierangeli (1999), não se pode admitir que uma norma ordene o que a outra proíbe.

O cumprimento de dever legal só será estrito se corresponder à real vontade da ordem jurídica, o que pressupõe a observância dos direitos fundamentais, tanto pelo legislador quanto por quem executa o dever imposto em lei.

Para Zaffaroni e Pierangeli (1999, p.257), o estrito cumprimento de dever legal “é a qualidade do comportamento que corresponde não ao mero sentido formal ou literal da lei, mas à sua interpretação conformada aos princípios e fundamentos do sistema constitucional”.

O agente deve atuar utilizando-se apenas dos meios compatíveis com o resguardo daquele núcleo de direitos invioláveis. Conforme Theodoro Junior (2000, p. 187):

No Estado Democrático de Direito, o que se exige do agente do cumprimento da lei não é que execute, a qualquer custo, o que nela estiver previsto, mas que realize o comando legal, de forma que lese o menos possível os interesses particulares (princípio da intervenção mínima). Em consonância com tal princípio, o Código de Processo Civil impõe ao oficial de justiça (art. 659) a obrigação de efetuar a penhora do modo menos gravoso para o devedor (art. 620).

De acordo com Ferrajoli (2002, p. 173):

Tal ordem de idéias advém importantes limitações à atuação de quem cumpre a lei. Assim, o encarregado de executar o comando legal somente poderá dispor de força diante da desobediência de quem deve submeter-se ao ato, sem jamais ultrapassar a medida necessária para (a despeito da oposição) efetivar o que determina a lei (princípio da proporcionalidade) e de modo a não lesar os direitos fundamentais em proporção superior à admitida constitucionalmente (princípio da inviolabilidade dos direitos fundamentais). Só assim, estará agindo em consonância com a finalidade precípua do Estado como conformado: assegurar a todos os seus direitos, sobretudo os fundamentais.

Os princípios fundamentais que devem orientar o cumprimento de dever legal são: intervenção mínima, proporcionalidade e inviolabilidade dos direitos fundamentais (exceto na medida autorizada por preceito constitucional).

A ideia de que o encarregado do cumprimento da lei tudo pode, só é compatível com uma concepção absolutista do Estado, onde o executor da lei é investido da autoridade do príncipe e em seus atos deve expressar toda a força do soberano. Por outro lado, conforme Fonseca (1997, p. 77 e 78):

Quando o agente do cumprimento da lei atua sem utilizar os meios de menor potencial ofensivo de que dispunha ou persiste no emprego de meios necessários mesmo após a realização do comando legal, incide em excesso. As hipóteses de excesso, em regra, serão punidas como crime de abuso de autoridade previstos na Lei n. 4.898/65. Caso o abuso praticado pela autoridade resulte em lesões corporais, há quatro entendimentos doutrinários e jurisprudenciais quanto à responsabilização criminal do agente: o crime de abuso absorve o de lesões; há concurso formal, verifica-se o concurso material; o crime de lesões absorve o abuso do poder.

Conforme Noronha (1980, p. 435), “o exame da natureza dos atos que incumbe ao policial praticar no cumprimento do dever evidencia-nos que, por vezes, pode ser ele compelido ao uso da força”.

É necessário fixar os limites da conduta praticada por policiais que atuam no estrito cumprimento de dever legal, porque não é absoluto, já que está subordinado aos parâmetros legais e constitucionais.

O policial, quando no cumprimento de dever funcional, está sujeito às limitações que vinculam todos os incumbidos de obrigação legal: órgãos dos poderes do Estado, seus agentes e particulares.

A conduta da polícia, no estrito cumprimento de dever legal, deverá nortear-se pelos princípios já referidos, ou seja, da intervenção mínima, da proporcionalidade e da inviolabilidade dos direitos fundamentais. Aliás, como recomendado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução Número 34/169.

O princípio da proporcionalidade configura instrumento de salvaguarda dos direitos fundamentais contra a ação limitativa que o Estado impõe a esses direitos. Nesse sentido, sua aplicação tem por fim, segundo informa Moraes (1999, p. 75-83):

Ampliar o controle jurisdicional sobre a atividade não vinculada do Estado vale dizer, sobre os atos administrativos que envolvam o exercício de juízos discricionários ou a valoração de conceitos jurídicos verdadeiramente indeterminados (conceitos de prognose), possibilitando a contenção do exercício abusivo das prerrogativas públicas.

Esse princípio também cumpre a relevante missão de funcionar como critério para solução de conflitos de direitos fundamentais, através de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto. Bittencourt (2003, p. 11) afirma que:

O princípio da intervenção mínima é aquele que orienta e limita o poder penal violento do Estado. Para que este último seja aplicado faz-se necessário o esgotamento de todos os meios extrapenais de controle social existentes. A fragmentariedade e a subsidiariedade são duas características do Direito Penal que se relacionam com o princípio da intervenção mínima.

Nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos. O Direito Penal limita-se a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes, decorrendo daí o seu caráter fragmentário, uma vez que se ocupa somente de uma parte dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica Conde (*apud* BITENCOURT, 2003, p. 13) alude que:

O caráter fragmentário do Direito Penal apresenta-se sob três aspectos: primeiramente defende o bem jurídico, mas apenas contra ataques de especial gravidade; posteriormente, só tipifica parte das condutas que outras ramificações do Direito consideram antijurídicas; e, por último, deixa sem punir em princípio, ações que podem ser consideradas meramente imorais como mentira e homossexualidade.

Batista (2001, p. 85) explica que:

A subsidiariedade introduz o debate sobre a natureza do Direito Penal e sua autonomia. A subsidiariedade determina que o Direito Penal deve ser aplicado apenas quando falham as defesas do bem jurídico predispostas por outros ramos do Direito. Obtendo-se o mesmo resultado através de um recurso mais suave, torna-se desnecessária a aplicação de um recurso mais grave, que é o Direito Penal.

Jesus (1999, p. 10) dá a mesma explicação para o princípio da intervenção mínima, entendido como:

Aquele que procura restringir ou impedir o arbítrio do legislador. Isto para que sejam evitadas a desnecessária definição de crimes e a conseqüente imposição de penas injustas, desumanas e cruéis. O Estado só deve intervir por meio do Direito Penal quando os outros ramos do Direito não conseguem prevenir a conduta ilícita, sendo que a criação de tipos delituosos deve obedecer à imprescindibilidade.

Para exemplificar Capez, (2002, p. 234):

Desse modo, o policial que, por exemplo, ao cumprir o dever legal de realizar prisão em flagrante delito (art. 301 do CPP), em primeiro lugar, deve tentar executá-la utilizando simplesmente a chamada “voz de prisão”. Caso não seja atendido, deverá empreender a força física necessária para deter o infrator. Não poderá, porém, com o intento de evitar a fuga do capturando, usar de arma de fogo para matá-lo ou mesmo feri-lo. Note-se que a Constituição Federal assegura ao preso respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX). Tal garantia evidentemente abrange a pessoa que está preste a ser presa, pois está numa situação jurídica mais favorável do que a de quem já se encontra privado da liberdade. O uso de armas de fogo (letais), por implicar a lesão inevitável dos direitos fundamentais, exclui-se do âmbito do estrito cumprimento de dever legal.

3.2 Situações de estrito cumprimento de dever legal

De acordo com o pensamento de Linhares, (2002, p.120-121) as situações de estrito cumprimento do dever legal seriam:

a) A execução de pena de morte feita pelo carrasco, quando o sistema jurídico admitir (no caso do Brasil, dá-se em época de guerra, diante de pelotão de fuzilamento); b) a morte do inimigo no campo de batalha produzida pelo soldado em tempo de guerra; c) a prisão em flagrante delito executada pelos agentes policiais; d) a prisão militar de insubmisso ou desertor; e) a violação de domicílio pela polícia ou servidor do Judiciário para cumprir mandado judicial de busca e apreensão ou mesmo quando for necessário para prestar socorro a alguém ou impedir a prática de crime; f) a realização de busca pessoal, nas hipóteses autorizadas pelo Código de Processo Penal; g) o arrombamento e a entrada forçada em residência para efetuar a prisão de alguém, durante o dia, com mandato judicial; h) a apreensão de coisas e pessoas, na forma da lei processual penal; i) o ingresso em casa alheia por agentes sanitários para finalidades de saúde pública; j) a apreensão de documento em poder do defensor do réu, quando formar a materialidade de um crime, de acordo com a lei processual penal; l) o ingresso em casa alheia por agentes municipais para efeito de lançamento de imposto; m) a comunicação da ocorrência de crime por funcionário público à autoridade, quando dele tenha ciência no exercício das suas funções; n) a denúncia à autoridade feita por médicos, no exercício profissional, da ocorrência de um crime; o) a denúncia feita por médicos à autoridade sanitária, por ocasião do exercício profissional, tomando conhecimento de doença de notificação obrigatória; p) a violência necessária utilizada pela polícia ou outro agente público para prender alguém em flagrante ou em virtude de mandado judicial, quando houver resistência ou fuga.

Sempre que alguém tenha estritamente, um dever imposto pela lei, só poderá realizar um comportamento lícito, uma vez que a lei não impõe a ninguém a realização de uma conduta proibida. O comportamento realizado nos casos de estrito cumprimento do dever legal não pode ser lesivo a qualquer bem jurídico.

Mirabete (1990, p. 96) dispõe que “é prevista expressamente para que se evite qualquer dúvida quanto à sua aplicação, definindo-se na lei os termos exatos de sua caracterização”.

Toledo, (1994, p. 127) traz alguns exemplos:

Um exemplo de estrito cumprimento de dever legal é o do policial que priva o fugitivo de sua liberdade, ao prendê-lo em flagrante. Nesse caso, o policial não comete crime de constrangimento ilegal ou abuso de autoridade, por exemplo, pois que ao presenciar uma situação de flagrante delito, a lei obriga que o policial efetue a prisão do respectivo autor, mais precisamente o art. 292 do CPP. Preenchido, portanto, o requisito do dever legal. Outro exemplo é o do soldado que, agindo no estrito cumprimento de dever legal, mata seu inimigo no campo de batalha. Para o vigente art. 23, não responde pelo crime de homicídio, tendo em vista que o seu comportamento é típico, mas não antijurídico. No caso do oficial de justiça que retira da casa de alguém objetos de sua propriedade, em cumprimento de mandado de penhora contra aquela pessoa. Ora, por um lado, há o dever legal de assim agir, pois que o mandado judicial entregue ao oficial de justiça impõe-lhe o dever de cumpri-lo, não havendo, portanto, crime de roubo, embora a conduta seja típica.

Mesmo assim é necessário que o oficial de justiça permaneça nos limites rígidos do que lhe impôs o mandado. Assim, haveria o excesso por parte do servidor se, por exemplo, além da penhora e seqüestro de um quadro valioso, de propriedade do executado, aquele resolvesse penhorar e seqüestrar também outro bem do executado não relacionado no mandado judicial, apenas por imaginar que futuramente teria que voltar àquela residência para fazer reforço de penhora.

3.3 Elemento subjetivo

Toledo (1994, p. 146) sobre o elemento subjetivo do estrito cumprimento do dever legal, assim discorre:

Assim como as demais excludentes de ilicitude, o estrito cumprimento do dever legal exige que o agente tenha consciência de que age sob essa causa de justificação. É preciso que o agente que praticou a conduta típica tenha atuado querendo praticá-la, mas com a consciência de que cumpria um dever imposto pela lei. Dessa forma, se, por exemplo, o delegado de polícia, querendo vingar-se de seu desafeto, prende-o sem qualquer justificativa, amedrontando-o pelo fato de "ser delegado", descobre, posteriormente, que já existia mandado de prisão preventiva contra aquele cidadão, cabendo a

ele, delegado, cumpri-lo, nem por isso sua conduta deixa de ser criminosa, porque atuou sem a consciência e sem a intenção de cumprir o seu dever.

Como já mencionado anteriormente, é pela necessidade desses elementos subjetivos que não é possível estrito cumprimento de dever legal em condutas culposas, mas apenas em dolosas.

Quando o agente tem o dever de realizar o comportamento, este deverá ser observado integralmente, e mais o elemento subjetivo, qual seja: o conhecimento de fato, de que está agindo em cumprimento de um dever e, evidentemente, a vontade de fazê-lo. Ultrapassados os limites, não haverá excludente. Para exemplificar Toledo, (2001, p. 243):

O juiz de determinada vara civil, nos autos de uma ação de manutenção de posse, determina a demolição de uma cerca de arame edificada pelo turbador da posse, numa extensão de 400 metros. Munido do respectivo mandado, o oficial de justiça – inimigo pessoal do turbador – dirigir-se ao local da turbação e lá promove a demolição de 800 metros de cerca, cortando os fios de arame e destruindo os postes.

Na hipótese, o funcionário da justiça exorbitou de seu dever que era de, exclusivamente, demolir 400 metros de cerca, e nada mais que isso. Não tinha o dever de cortar os fios do arame, nem de destruir os postes. Não cumpriu, assim, estritamente seu dever legal; por isso, não agiu licitamente.

3.4 Alcance dessa excludente em relação aos sujeitos

Podem praticar uma conduta típica, mas configurada causa excludente de ilicitude do estrito cumprimento de dever legal, de acordo com Capez (2002, p. 123):

a) como autores da conduta: funcionários públicos e particulares que exercem função pública (jurado, perito, mesário da Justiça Eleitoral) – uma vez que agem por ordem da lei; b) como co-autores ou partícipes: qualquer pessoa, inclusive particulares, desde que atue em conjunto com um

funcionário público, que seja reconhecida a excludente para este e que tenha consciência de que também está agindo sob o albergue da causa de justificação – o fato não pode ser objetivamente lícito para uns e ilícito para outros.

É possível, conforme o pensamento de Araújo (2003, p. 8), citar os seguintes exemplos de estrito cumprimento de dever legal:

Seria exemplo do particular albergado pelo estrito cumprimento do dever legal a hipótese daquele que, vendo a polícia perseguir o delinqüente, trava luta corporal com este, causando-lhe lesões em virtude da prisão, com o intuito de ajudar a polícia a deter aquele delinqüente. Encontra-se acobertado também pela excludente, por que: a) foi co-autor do ato de prisão da polícia; b) é reconhecida, perfeitamente, a excludente para os policiais; c) tinha o particular a consciência plena de que agia sob o albergue da causa excludente (elemento subjetivo). Porém, se o particular encontra determinado indivíduo na rua, seu desafeto e, sem perceber que o mesmo estava sendo perseguido pela polícia, desfere-lhe um soco na face, para vingar-se de antiga rixa. Nesse caso, deverá ser responsabilizado pelas eventuais lesões que advierem de sua conduta, não podendo se beneficiar da excludente, por que: a) embora tenha agido como co-autor da conduta dos policiais; b) embora seja reconhecida para estes a excludente; c) não agiu com a intenção de auxiliar o autor da conduta no cumprimento de dever legal nem tinha consciência de que existia, no contexto fático, aquela situação justificante. Existe uma discussão doutrinária acerca da possibilidade de o particular praticar, como autor, uma conduta típica acobertado pela excludente do estrito cumprimento de dever legal. Citam o caso do art. 1.634, inciso I, *in verbis*: 'compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores, dirigirem-lhes a criação e a educação'.

Toledo (1994, p.289) dispõe:

Entende que atuam os particulares sob o estrito cumprimento do dever legal, quando exista norma que lhes imponha um dever, como no caso do art. 1.634, inciso I, do Código Civil, embora a excludente tenha como endereço a atuação dos agentes do Poder Público no exercício de suas funções. Argumenta que há deveres impostos pela lei que não são dirigidos àqueles que fazem parte da Administração Pública.

Noronha (1980, p. 876), por sua vez, entende que:

Incide na hipótese não o estrito cumprimento de dever legal, mas o exercício regular de direito, pois que não há um dever de corrigir os filhos, aplicando-lhes castigos moderados, mas sim um direito. Isto é, os pais podem ou não se valer de castigos corporais, ou outras formas de constrangimento, para que seus filhos sejam educados e corrigidos. Portanto, a norma do Código Civil mencionada não impõe um dever aos pais, mas apenas confere-lhes um direito.

Pode-se verificar que cada um dos doutrinadores citados acima tem uma forma de entender o estrito cumprimento do dever legal.

3.5 Estrito cumprimento do dever legal e a tipicidade conglobante

Em relação ao estrito cumprimento do dever legal com a teoria da tipicidade conglobante, têm-se os seguintes entendimentos, segundo Zaffaroni (1999, p. 67) a tipicidade é:

A relação de adequação da conduta do agente com o tipo penal. Ela é formada pela tipicidade formal e a tipicidade conglobante, que por sua vez engloba a tipicidade conglobante material e a tipicidade conglobante antinormativa. Pela tipicidade conglobante antinormativa, não é típica a conduta daquele que pratica uma conduta que, embora seja formalmente típica, seja imposta ou fomentada pelo direito.

O Código Penal brasileiro adotou o estrito cumprimento de dever legal como causa de exclusão de ilicitude. Porém, Zaffaroni e Pierangeli (1999, p. 366) entendem que:

Os casos de estrito cumprimento de dever legal deveriam ser analisados quando da verificação da tipicidade penal, sob a ótica da tipicidade conglobante antinormativa, pois isso evita que coexistam dentro do ordenamento jurídico uma norma que ordena que se faça uma coisa, enquanto outra norma proíbe essa mesma conduta. Em outras palavras, deve-se buscar evitar que condutas impostas pelo ordenamento jurídico sejam consideradas típicas pelo próprio ordenamento jurídico, tornando este mais harmônico.

Até então a tipicidade era compreendida como: tipicidade formal (descrição legal do fato típico) e tipicidade material (adequação do fato à norma). Zaffaroni e Pierangeli (1999, p. 367):

A teoria da tipicidade conglobante do jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, visa explicar a tipicidade (elemento integrante do fato típico) para o direito penal. Essa teoria basicamente entende que o estado não pode considerar como típica uma conduta que é fomentada ou tolerada pelo Estado. Em outras palavras, o que é permitido, fomentado ou determinado por uma norma não pode estar proibido por outra. O juízo de tipicidade deve ser concretizado de acordo com o sistema normativo considerado em sua globalidade. Se uma norma permite, fomenta ou determina uma conduta não pode estar proibido por outra. O conceito de tipicidade conglobante, sendo entendida como a junção da tipicidade material com a antinormatividade.

Em princípio, todo fato típico também será ilícito, pois a tipicidade induz à ilicitude, salvo se houver uma causa que exclua essa relação de contrariedade. O Código Penal, no artigo 23, elenca as causas de exclusão da ilicitude, quais sejam, estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito.

Assim, a tipicidade do fato induz à sua ilicitude, exceto se o sujeito ativo estiver amparado por uma causa que afaste a ilicitude.

Por sua vez, dentro da teoria de Zaffaroni e Pierangeli (1999, p. 205): a “antinormatividade constitui elemento integrante da tipicidade conglobante, que por sua vez integra o próprio fato típico”. Existem situações em que o Estado exige ou fomenta determinadas condutas, e, quando o agente pratica essas condutas, não há que se falar em antinormatividade do fato, ocasionando sua atipicidade.

Quando o Estado exige a prática de determinada conduta e o agente obedece a esse comando, cometerá um fato atípico, em razão da ausência da antinormatividade, ainda que sua conduta se enquadre perfeitamente dentro do tipo penal. Seria incoerente o Estado exigir a prática de determinado fato e em outro momento determinar a tipicidade desse fato.

Noronha (1980, p. 113-114), dá o seguinte exemplo:

Um policial militar que no estrito cumprimento do dever legal efetua disparos que matam um assaltante armado, em tese comete crime de homicídio doloso, mas para a tipicidade conglobante o fato será considerado atípico, pois falta o elemento antinormatividade exigido para caracterizar a tipicidade. O mesmo fato, para a tipicidade formal, será considerado típico, uma vez que preencheu todos os requisitos do tipo penal, mas não será ilícito, pois para a tipicidade formal o estrito cumprimento do dever legal é uma causa de exclusão da antijuridicidade.

Conforme Zaffaroni e Pierangeli (1999, p. 284):

Assim, pode-se perceber que para a teoria da tipicidade conglobante o estrito cumprimento do dever legal passa a integrar a tipicidade, constituindo uma causa de exclusão de antinormatividade. Enquanto na tipicidade formal o estrito cumprimento do dever legal constitui uma causa de exclusão da ilicitude (antijuridicidade). Observa-se que a antinormatividade serve como instrumento de integração do ordenamento jurídico, a fim de corrigir distorções provocadas pelos diferentes comandos emitidos pelas normas jurídicas, busca resolver conflitos aparentes da manifestação da vontade do Estado.

O mesmo acontece com algumas condutas que não são exigidas, mas são fomentadas pelo Estado. Determinadas hipóteses de exercício regular de direito também passarão a integrar o fato típico, saindo da ilicitude.

Neste capítulo, foi relatado sobre a teoria conglobante e o estrito cumprimento do dever legal, ressaltando conceito, situações, elemento subjetivo, alcance em relação aos sujeitos e sua relação com a teoria conglobante. O próximo capítulo tratará da relação entre a teoria conglobante e o exercício regular do direito, demonstrando conceito, situações, exemplos, aspecto do consentimento do ofendido, modalidades de excessos e o efeito da teoria conglobante.

4 TEORIA CONGLOBANTE E EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO

4.1 Conceito de exercício regular de direito

O exercício regular de direito é visto como causa excludente da ilicitude e Mirabete (1990, p. 196), assim define o exercício regular de direito:

Não há também crime quando ocorre o fato no “exercício regular de direito” (art. 23, inc. III, segunda parte). Qualquer pessoa pode exercer um direito subjetivo ou faculdade prevista na lei (penal ou extra penal). É disposição constitucional que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, inciso II, da CF), excluindo-se a ilicitude nas hipóteses em que o sujeito está autorizado a esse comportamento. Também é necessário que se obedeça às condições objetivas do direito, que é limitado e, fora dos limites traçados na lei, haverá abuso de direito, excesso. Responde o agente se não exercitar regularmente o Direito. Ocorre o crime de maus-tratos quando houver abuso dos meios de correção ou disciplina (art. 136), o exercício arbitrário das próprias razões quando se procura fazer justiça pelas próprias mãos (art. 345) etc. Aquele que estiver exercendo regularmente um direito não pode, ao mesmo tempo, estar realizando uma conduta proibida pelo Direito, pois, se assim fora, não seria coerente o ordenamento jurídico. Prisão em flagrante efetuada pelo particular. (Código de Processo Penal, art. 301 – Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito).

Outro exemplo seria a defesa da posse dos bens imóveis, no § 1º do artigo 1.210 do Código Civil Brasileiro, *in verbis*: “O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção ou restituição da posse.”

Artigo 1.210, § 1º, do Código Civil, trás os requisitos, *in verbis*: “resposta imediata à necessidade dos atos de desforço ou de defesa. O agente não pode ultrapassar os limites do exercício do direito, sob pena de restar descaracterizada a excludente”.

Existe uma situação interessante, em que não há exercício regular de direito, como discorre Capez, (2003, p. 138):

No constrangimento ilegal ou lesões provocadas pelo cônjuge quando o outro se recusa à prestação do débito conjugal. Nesses casos viola-se a liberdade individual amparada constitucionalmente. Também é necessário que se obedeça às condições objetivas do direito, que é limitado e, fora dos limites traçados na lei, haverá abuso de direito, excesso.

4.2 Situações de exercício regular de direito

Existem casos típicos de exercício regular de direito como nas seguintes hipóteses, previstas por Linhares, (2002, p. 122-125):

a) o aborto, quando a gravidez resulte de estupro ou atentado violento ao pudor, havendo o consentimento da gestante; b) a correção disciplinar dos pais aos filhos menores, quando moderada; c) ofensa irrogada na discussão da causa pela parte ou seu procurador; d) a crítica literária, artística ou científica; e) a apreciação ou informação do funcionário público, no exercício da sua função; f) o tratamento médico e a intervenção cirúrgica, quando admitidas em lei; g) o tratamento médico e a intervenção cirúrgica, mesmo sem o consentimento do paciente, quando ocorrer iminente risco de vida (nesta hipótese, diante dos termos do art. 146 § 3.º, I, do Código Penal, é mais acertado considerar excludente de tipicidade); h) a coação para impedir suicídio (nesta hipótese, diante dos termos do art. 146 § 3.º, II, do Código Penal, é mais acertado considerar excludente de tipicidade); i) a violação de correspondência dos pais em relação aos filhos menores e nos demais casos autorizados pela lei processual penal; j) a divulgação de segredo, ainda que prejudicial, feita com justa causa; k) a subtração de coisa comum fungível; l) a conservação de coisa alheia perdida pelo prazo de 15 dias; m) o adultério de pessoa separada judicialmente; n) a prática de jogo de azar em casa de família; o) a publicação dos debates travados nas Assembléias; p) a crítica às leis ou a demonstração de sua inconveniência, desde que não haja incitação à sua desobediência, nem instiguem a violência; q) o uso dos ofendículos (para quem os considera exercício regular de direito); r) o direito de greve sem violência; s) a separação dos contendores em caso de rixa; t) o porte legal de arma de fogo (neste caso, melhor tratar como fato atípico, pois a autorização legal consta do tipo); u) a venda de rifas para fins filantrópicos, sem fim comercial, como assentado no costume e na jurisprudência, sem fins comerciais; w) a livre manifestação do pensamento, ainda que desagrade a alguns; x) a esterilização nos termos da lei; y) a prestação de auxílio a agente de crime, feita por ascendente,

descendente, cônjuge ou irmão; z) os casos previstos na lei civil, como o penhor legal, a retenção de bagagens, o corte de árvores limítrofes, entre outros .

4.3 Os Castigos dos pais e dos professores

Em relação aos castigos dos pais e dos professores, dispõe Noronha, (1980 p. 112.):

Quanto aos pais que castigam os filhos, continuam sendo exercício regular de direito, pois condizentes com o poder familiar, desde que presente o *animus corrigendi*, que é o elemento subjetivo específico para justificar a utilização da excludente. Quanto aos mestres, há muito mudou o conceito educacional no País, de modo que não há mais permissivo legal para que exista qualquer tipo de correção física ou moral violenta contra alunos, admitindo-se, no máximo, advertência ou suspensões, dentro das regras próprias do estabelecimento de ensino.

Nesse sentido, estarão agindo em exercício regular de direito os pais que castigam seus filhos, dentro dos limites legais de moderação, mas não será no caso dos professores, que podem apenas adverti-los ou suspendê-los, obedecendo as regras da instituição.

4.4 Violência esportiva

Existem vários esportes, como boxe, luta livre e futebol, que podem provocar danos à integridade física e à vida, mas neste caso não ocorrerá crime, pois o agente estará no exercício regular de direito. De acordo com Del Vecchio (1983, p.235), sobre a violência esportiva, “o Estado autoriza e incentiva a prática de esportes, não podendo punir aqueles que, exercitando um direito, causam dano”.

No Brasil, a lei número 8.672, de 6-7-1993 (Lei Zico), instituiu as normas gerais sobre a prática dos desportos. Haverá crime apenas quando ocorrer excesso do agente. Nesta

hipótese, ressalta-se o elemento subjetivo da conduta, agindo ilicitamente aquele que se aproveita da prática para lesar o bem jurídico alheio.

4.5 Intervenções médicas e cirúrgicas

Exercício regular de direito em relação às intervenções médicas e cirúrgicas, por se tratar de atividades autorizadas pelo Estado, que reconhece, estimula, organiza e fiscaliza a profissão médica.

Segundo a teoria social da ação Capez (2002, p. 77 e 78), discorre que:

A intervenção médica ou cirúrgica constitui fato atípico, uma vez que só impropriamente se poderá dizer que há ofensa à integridade física da pessoa quando se amputa, por exemplo, a perna do paciente atacado de gangrena, quando se faz um transplante de órgão etc. Para que exista o exercício regular de direito, é indispensável o consentimento do paciente ou de seu representante legal. Inexistente este, poderá haver o estado de necessidade em favor de terceiro (o próprio paciente), como dispõe o art. 146, § 3º, I. A intervenção médica ou cirúrgica não exclui o crime quando houver imperícia, negligência ou impudência do agente, respondendo este por delito culposos se não se tratar de simples erro profissional.

Conforme Magalhães (1968, p. 129), são exemplos da responsabilização penal:

Por lesões corporais culposas, de médico que, por imperícia, ao submeter à vítima à cirurgia para retirada de pino metálico inserido em osso lesado, pinça nervo ciático conjuntamente com vaso sangrante, acarretando total comprometimento deste nervo, atrofia do membro atingido e equinismo no pé; por homicídio culposo, facultativo que, com imprudência e imperícia ministra drogas contra-indicadas para pessoas com histórico de sensibilidade; ainda por homicídio culposo por negligência, plantonista do setor de urgência que deixa de investigar corretamente as circunstâncias do acidente, em seu aspecto de gravidade, e de encaminhar o exame radiológico ao profissional habilitado; pelo mesmo crime, médico erra no diagnóstico e terapia, pela omissão de procedimentos recomendados ante os sintomas exibidos pelo paciente, etc.

Segundo Tiago (2002, p. 39):

Trata-se de uma prática permitida pelo Estado e realizada de acordo com meios e regras admitidos. Se o Estado reconhece, estimula, organiza, e fiscaliza a profissão médica, impondo para seu exercício especiais condições de preparação técnica e a exigência da habilitação especial, tem de reconhecer como legítimo os atos que a sua prática regularmente comporta, com os riscos e ela inerentes.

Uma matéria controvertida é o ato praticado pelo médico ou cirurgião no que tange ao tratamento sem êxito ou mesmo quando, obtendo-se sucesso, fica o paciente com órgão alterado, membro amputado, etc. O qual tem todas as características de uma lesão letal ou corporal, com o que concorda Weze (1987, p. 139) “o tratamento de cura adequado à arte e indicados pelo médico não são, absolutamente, lesões corporais”.

Segundo Moraes (1999, p. 78):

Não se pode dizer que o consentimento do interessado não tenha eficácia, como no caso do aborto de estuprada, mas como já ficou observado, o consentimento está regulado no exercício regular de um direito. Assim sendo, a ausência do consentimento tornará a intervenção ilegítima, de vez que o cirurgião não se conduziu regularmente.

4.6 Consentimento do ofendido

O consentimento do ofendido é um ponto relevante a ser discutido em relação ao exercício regular de direito, Marques, (1999, p. 189) escreve que:

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: 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.

E, ratificando esse entendimento, Martins, (1997, p. 179) leciona que:

As causas evidentes da antijuridicidade não podem limitar-se às estritas prescrições da lei positiva, mas devem ser examinadas dentro de quadro mais amplo, isto é, à luz de critérios sociológicos, éticos, políticos, em suma, critérios que se situem antes do Direito ou, de certo modo, fora do âmbito estrito do Direito positivo.

Há vários penalistas que, embora acolhendo o consentimento do ofendido como causa de exclusão da ilicitude, ressalvam que tal fato somente pode ocorrer quando os bens forem considerados disponíveis, enumerando-os. Nessa ótica, diz Fragoso, (1995, p. 193) 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 disponíveis. A vida e a administração pública, por exemplo, são bens irrenunciáveis ou indisponíveis. A nosso ver, a integridade corporal também é bem jurídico disponível, mas não é esse o entendimento que prevalece em nossa doutrina.

Segundo Pierangeli (1994, p. 126), “a integridade física e a saúde são bens jurídicos indisponíveis, 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”.

Em sentido contrário, posiciona-se a minoria da doutrina, entre os quais se destacam Soler (1994, p. 303-307) e Hungria, (1978, p. 25) professando que:

Só se pode falar, do ponto de vista penal, em bem ou interesse jurídico renunciável ou disponível, a exclusivo arbítrio do seu titular, nos estritos casos em que a própria lei penal, explícita ou implicitamente, o reconheça. Não há investigar alhures as hipóteses de livre disponibilidade de direito (bens, interesses) penalmente tutelados. É este o ponto intransponível para os que, seduzidos pelas chamadas questões elegantes de interpretação do jus positum em matéria penal, defendem o critério aceito pelo ilustre projetista.

Para Batista (2001, p. 124):

Não haverá crime quando a vítima consente na subtração de um bem, na privação da liberdade, na violação do domicílio, desde que o sujeito passivo que consente livremente na supressão de seu interesse seja pessoa capaz, maior, etc. O consentimento também pode ser do representante legal do incapaz, quando permitido pelo ordenamento jurídico (internação de um menor em escola, de um doente mental em sanatório etc.). Há crime, entretanto, se o sujeito passivo se deixar matar (duelo, eutanásia etc.), posto que a vida é um bem indisponível. O consentimento da vítima, por vezes, faz parte do tipo e diminui a gravidade do fato, como ocorre no rapto consensual (art. 220), menos grave do que o rapto violento (art. 219); no aborto consentido (arts. 124 e 126), de menor gravidade que o aborto sem o consentimento (art. 125) etc. O consentimento após a prática do ilícito penal não o desnatura, mas pode impedir a ação penal quando esta dependa de iniciativa da vítima.

Discute-se o consentimento do ofendido de poder ou não excluir a ilicitude de certos fatos típicos.

4.7 Consentimento como excludente da tipicidade

Tipo legal de estupro, do artigo 213 do Código Penal, contém, como elementar, tácita, a falta do consentimento da ofendida, seu dissenso, de modo que só se configura o estupro quando a vítima não consente, opõe-se, rejeita a conjunção carnal.

No entender de Capez, (2002, p.274):

No caso de violação do domicílio, como por exemplo, quando o fendido consente, não se pode falar que o tipo se realizou que o fato se ajustou ao tipo. Se a mulher consente na conjunção carnal, não há estupro. Se o dono consente no ingresso ou na permanência do sujeito em sua casa, não houve violação do domicílio. Nos demais tipos, o dissenso não é elementar, como no homicídio, no roubo, na calúnia, na violação do direito do autor, o consentimento do ofendido poderá excluir a ilicitude se presentes duas condições indispensáveis: a disponibilidade do bem jurídico; a capacidade de consentir do ofendido. O bem é disponível, se o titular renunciar à tutela jurídica. Se não, interesse geral da sociedade e do próprio Estado, não pode titular livremente dispor da vida. Honra é um bem disponível, ofendido ignora a ofensa contra ele dirigida, deixando de promover a ação penal. Não havido crime, consentimento tácito do ofendido, que torna a conduta lícita.

Condição sexual do indivíduo, não é interesse da coletividade, não é um bem indisponível. Intervenção cirúrgica, modificadas certas características típicas, sem qualquer prejuízo para quem quer que seja.

Ser homossexual, querer extirpar o órgão genital e no lugar construir algo parecido com o órgão do sexo oposto não pode, por si só, causar qualquer lesão a qualquer bem jurídico. Em relação a isso, Mirabete (1990, p. 96) dispõe que:

Se a renúncia a uma tutela não implica qualquer prejuízo para quem quer que seja, o bem em questão é disponível, comportamento lícito o do médico que, atendendo à vontade do indivíduo, modifica-lhe os órgãos genitais. Não há dúvida de que, em certos casos, o consentimento do ofendido influencia no juízo de tipicidade, fugindo ao âmbito da antijuridicidade.

Segundo Capez (2003, p. 204), para que se possa reconhecer presente a excludente:

Absolvendo o réu por ausência de ilicitude da conduta, é indispensável que determinados requisitos esteja presentes: a) A concordância do ofendido (pessoa física ou jurídica) deve ser obtida livre de qualquer tipo de vício, coação, fraude ou artifício: b) O consentimento deve ser emitido de maneira explícita ou implícita, desde que seja possível reconhecê-lo. Não se admite o consentimento presumido. c) Deve existir capacidade para consentir. Não

havendo a excludente em nosso sistema jurídico, naturalmente não há uma idade legal para que o consentimento seja dado. d) O bem ou interesse precisa ser considerado disponível. e) O consentimento deve ser dado antes ou durante a prática da conduta do agente. Não se deve admitir que o consentimento seja dado após a realização do ato, pois o crime já se consumou. f) O consentimento é revogável a qualquer tempo. g) Deve haver conhecimento do agente acerca do consentimento do ofendido.

4.8 Modalidades de excessos

Os excessos no exercício regular de direito podem ser classificados como doloso e culposo, conforme Toledo (1994, p. 198):

Será excesso doloso quando o agente consciente e propositadamente causa ao agressor, ao se defender, maior lesão do que seria necessário para repelir o ataque. Atua, muitas vezes, movido pelo ódio, pela vingança, pelo rancor, pela perversidade, pela cólera, entre outros motivos semelhantes. Será excesso culposo se o exagero decorrente da falta do dever de cuidado objetivo ao repelir a agressão. Trata-se do erro de cálculo, empregando maior violência do que era necessário para garantir a defesa. Se presente o excesso, o agente responde pelo resultado típico provocado a título de culpa. O excesso exculpante é uma causa supra legal de exclusão da culpabilidade. Essa modalidade é decorrente de medo, surpresa ou perturbação de ânimo, fundamentados na inexigibilidade de conduta diversa. Exemplo: o agente, ao se defender de um ataque inesperado e violento, apavora-se e dispara seu revólver mais vezes do que seria necessário para repelir o ataque, matando o agressor.

Pode constituir-se uma hipótese de flagrante imprudência, embora justificada pela situação especial por que passava. Registre-se a lição de Welzel (2001, p. 435):

Os estados de cansaço e excitação, sem culpabilidade, dificultam a observância do cuidado objetivo por um agente inteligente, não se lhe reprovando a inobservância do dever de cuidado objetivo, em virtude de medo, consternação, susto, fadiga e outros estados semelhantes, ainda que atue imprudentemente.

Conforme Franco (1987, p. 489): “o excesso accidental é o exagero que decorre do caso fortuito, embora não em intensidade suficiente para cortar o nexó casual. Por vezes, o agente se excede na defesa, mas o exagero é meramente accidental”.

Seria esse excesso meramente accidental, pois o caso fortuito estava presente, não podendo o agente responder por dolo ou culpa.

4.9 Excesso doloso e culposo

Por força do artigo 1º, da Lei nº 9.113, de 16-10-95, que alterou o inciso III do art. 484 do Código de Processo Penal, obrigando a inclusão de quesitos de excesso culposo e excesso doloso quando reconhecida qualquer excludente da ilicitude, há que se reconhecer a admissão pelo direito penal brasileiro do excesso fortuito, ou seja, do excesso sem dolo ou culpa, que não descaracteriza a descriminante.

Escreve Jesus (1999, p. 364):

No excesso involuntário (evitável ou inevitável), por erro de tipo aplica-se o art. 20 e, se ocorrer por erro sobre a ilicitude do fato (sobre a injustiça da agressão, por exemplo), o art. 21. Excesso será doloso, quando o sujeito, com plena consciência dos limites da eximente, conhecendo até que ponto ou em que medida podia atuar, ultrapassa aqueles limites voluntariamente. Excedendo, dolosamente, os limites da justificativa, esta não se aperfeiçoa, mantida a ilicitude do fato. É culposo o excesso que deriva da inobservância do dever de cuidado objetivo e que será punível se o resultado decorrente da conduta estiver definido na lei como fato culposo. Agressão injusta, por descuido, escolhe um meio além do necessário, ou utiliza o meio necessário imoderadamente, sem ter a intenção de ultrapassar os limites da eximente.

De acordo com esse pensamento, ultrapassando o limite da justificativa por negligência, e disso resultando a lesão de um bem jurídico, o sujeito que se encontrava inicialmente em legítima defesa responderá pelo tipo culposo, se previsto pela lei.

4.10 Exercício regular do direito e a teoria conglobante

No Direito Penal brasileiro, a doutrina tradicional e o próprio artigo 23 dispõem o exercício regular de direito e o estrito cumprimento de dever legal como sendo fatos típicos, ou seja, passíveis de se amoldarem aos vários tipos penais previstos no estatuto repressivo. Alguns exemplos podem ser citados por Capez (2002, p. 197):

Investigador de polícia, munido de mandado de busca e apreensão e que exerce sua função pública no exercício regular de seu direito (em absoluta legalidade) pode provocar lesões corporais em terceiro que injustamente resista à apreensão de um bem. É evidente que não responderá pelo crime previsto no art. 129 do Código Penal por exclusão da ilicitude da sua conduta. Contudo, a lei, antes de afastar sua responsabilidade criminal pelo fato praticado, considera-o típico. Outro exemplo: o pugilista, durante uma luta, provoca inúmeras lesões corporais em seu adversário. De acordo com o Código Penal, o pugilista pratica fato típico (previsto no art. 129 do mesmo diploma), porém lícito (o exercício regular de direito exclui a ilicitude). Não obstante o respeito e observância ao preceito vigente, a moderna (e a nosso ver mais correta) concepção do Direito Penal tende a não mais considerar o exercício regular de direito e o estrito cumprimento de dever legal como excludentes da ilicitude, devendo constar no rol do art. 23 apenas a legítima defesa e o estado de necessidade.

Por óbvio, conquanto vigente o mencionado artigo, a ele devemos obediência, sendo concebido da maneira como dispõe o Código Penal. O objetivo é expor as razões pelas quais deve ser suprimido o inciso III do artigo 23, retirando o exercício regular de direito e o estrito cumprimento de dever legal do rol das excludentes da ilicitude.

Com efeito, o exercício regular de direito e o estrito cumprimento de dever legal devem excluir a tipicidade da conduta e não a ilicitude. Esse entendimento é alicerçado em duas grandes teorias do Direito Penal, que se expõem em linhas gerais.

A primeira, chamada de teoria da tipicidade conglobante, foi criada pelo penalista argentino Zaffaroni (1999, p. 137), preconiza a seguinte idéia:

O exercício regular de direito e o estrito cumprimento de dever legal excluem a tipicidade e não a antijuridicidade. Para os defensores dessa

teoria, quando uma conduta for permitida por qualquer ramo do direito, globalmente considerados, ela é atípica. Isso porque o ordenamento jurídico é um todo, insuscetível de ser cindido para considerar, simultaneamente, a mesma conduta como sendo autorizada pela lei e prevista como crime. Um comportamento autorizado (como lutar boxe, por exemplo) e muitas vezes respaldado pela lei (exemplo do investigador de polícia) não pode ser, ao mesmo tempo, legal e típico (previsto em norma penal incriminadora, descrito como criminoso). A contradição é manifesta. E a conclusão não pode ser outra: são atípicos (indiferentes penais) os fatos praticados em exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal. Não devem ensejar sequer a instauração de inquérito policial. Aliás, deve ser ressaltado que as conseqüências desta necessária mudança de concepção não são meramente acadêmicas. Um fato típico pode (e deve) ser investigado em inquérito policial, bem como a denúncia deve ser oferecida, se houver elementos suficientes para tanto. Não podemos olvidar que a tipicidade é a *ratio cognoscendia* antijuridicidade.

Em outras palavras, um fato típico, em princípio, é também antijurídico (gera presunção relativa), salvo se presente alguma das justificantes constantes do art. 23 (caráter indiciário da antijuridicidade).

Através da ação penal, a verificação da presença ou não da excludente da ilicitude pode ser postergada para a sentença, pois nem sempre o procedimento inquisitivo fornece elementos seguros para a promoção de arquivamento. No entanto, para Zaffaroni (1999, p. 265):

Sendo o fato inequivocamente atípico, a autoridade policial dificilmente instaurará inquérito policial, e ainda que o faça e o Ministério Público ofereça denúncia ou o ofendido ingresse com a queixa-crime, ambas seriam rejeitadas com fundamento no art. 43, inciso I, do Código de Processo Penal (fato atípico). Reside aí a importância de ser suprimido o inciso III do art. 23 do Código Penal. Havendo alteração do referido artigo, condutas como as do investigador de polícia (desde que legais e sem excesso) seriam de plano revestidas de atipicidade, evitando o uso muitas vezes desnecessário da máquina judiciária.

A prática forense revela que muitos inquéritos policiais são instaurados para a apuração de fatos praticados em exercício regular de direito e que posteriormente ganham o mesmo destino: o arquivo. Adotada a teoria da tipicidade conglobante, qualquer conduta ou diligência realizada nos estritos termos da lei passariam a ser indiferentes penais, irrelevante

para o Código Penal. Para melhor explicar o benefício gerado pela exclusão da tipicidade e não da ilicitude, Zaffaroni (1999, p. 235), discorre que:

Se a caracterização do exercício regular de direito ou estrito cumprimento de dever legal é inequívoca (a atipicidade é nítida), resultante de condutas absolutamente legais e que não causam o menor resquício de dúvida a respeito da legalidade do comportamento ou do ato praticado, o inquérito policial não deve ser instaurado, pois o fato é irrelevante para o Direito. A legalidade deve ser evidente tanto para a ótica de quem exerce o ato quanto para o destinatário de sua execução (no caso, o terceiro, proprietário do bem que será apreendido). Nesta primeira hipótese é que se vislumbra a vantagem pragmática do acolhimento de nossa posição, pois conforme explanado acima evitaria o uso desnecessário da máquina judiciária; a conduta praticada gera dúvida quanto à legalidade ou quanto aos seus limites (abuso ou excesso). Nesse caso, não terá outra opção a autoridade policial a não ser instaurar inquérito policial e remetê-lo ao Ministério Público, para a formação da *opinio delicti*.

Enfim, mesmo que a cautela prevaleça, a exclusão da tipicidade possibilita um preliminar e acurado exame acerca da existência do crime, homenageando os ditames constitucionais da legalidade e da reserva legal. Não se pode aceitar a premissa de que um fato é típico sem antes confrontá-lo com os princípios constitucionais e com o próprio Código Penal.

Por isso, antes da precipitada conclusão de considerá-lo típico para posteriormente aceitá-lo como sendo lícito, é preciso verificar se o fato possui conteúdo de crime, não bastando a mera subsunção formal. Não podemos aceitar a errônea premissa de que fatos autorizados pelo ordenamento sejam típicos. Também devemos ter em mente que o operador do Direito não é um cego adaptador de comportamentos a tipos penais, sem antes analisar se a conduta é autorizada, aceita ou protegida. E essa análise preliminar realiza-se na tipicidade do comportamento e não na antijuridicidade. Para Zaffaroni (1999, p.165):

A imputação objetiva, em síntese, enuncia o seguinte postulado a respeito: se um risco é permitido pelo Estado, ou seja, socialmente aceito e padronizado, não poderá ser típico. A partir do momento em que a sociedade tolera os riscos e os vê como justos e necessários, a conduta praticada sob as duas justificantes que estamos tratando não constitui crime ou contravenção penal. Se o Estado aceita os riscos que envolvem a prática do boxe, por

exemplo, não deve o comportamento do pugilista que age dentro das regras do esporte ter a ilicitude afastada, bem como não deve também subsumir-se ao art. 129 ou ao art. 121, § 3º (homicídio culposo), conforme o caso. Motivo: essas condutas são atípicas (não são criminosas ou contravencionais).

Nesse sentido, o Estado não pode aceitar os riscos de determinadas ações e ao mesmo tempo descrevê-las como criminosas.

Dessa forma, seja por meio da teoria da tipicidade conglobante, seja por meio da teoria da imputação objetiva, o Direito Penal deve caminhar no sentido da supressão do exercício regular de direito e do estrito cumprimento de dever legal do rol do art. 23 do Código Penal. O moderno Direito Penal tende a enriquecer a análise da tipicidade e a empobrecer a antijuridicidade. De acordo com o pensamento de Zaffaroni (1999, p. 185):

Se a mera subsunção formal é insuficiente por si só para caracterizar uma conduta como criminosa, exigindo-se também que tenha conteúdo material de crime, todo o exame dessas exigências, ditadas não apenas pelo Direito Penal, mas pelo Direito Penal *Constitucional* devem passar pela tipicidade antes de adentrar na antijuridicidade. Se os fatos forem irrelevantes para o Direito Penal, como o são as condutas respaldadas por lei (tipicidade conglobante) ou socialmente padronizadas (imputação objetiva) aqueles serão atípicos diante da circunstância.

A teoria da tipicidade conglobante foi desenvolvida por Eugênio Zaffaroni (1999, p.24), este afirma que:

Se existe uma norma que permite; que fomenta ou que determina uma conduta, o que está permitido, fomentado ou determinado por uma norma não pode estar proibida por outra. Quando uma norma permite determinada conduta, não sendo reprovada pelo ordenamento jurídico, é plenamente permitida. Veja o exemplo: mulher é estuprada, procura o médico e aborta. Veja: o Código Penal, no art. 128, inciso II, permite que o médico aborte se a gravidez resulta de estupro e há consentimento da gestante.

A doutrina clássica sempre viu este exemplo como uma causa excludente de antijuridicidade (discriminante), mais precisamente, o exercício regular de um direito. Assim, o fato seria típico, mas não seria antijurídico.

Conforme a teoria da tipicidade conglobante, este exercício regular de um direito nada mais seria do que um fato atípico, ou seja, não haveria tipicidade material. Conforme Noronha, (1980, p. 138):

O fato para ser materialmente típico precisa preencher três requisitos, de acordo com a teoria constitucionalista do delito: Juízo de reprovação da conduta: criação ou incremento de risco proibido relevante; Resultado jurídico: lesão ou perigo concreto de lesão a bem jurídico relevante; imputação objetiva do resultado: o resultado deve decorrer diretamente do risco proibido criado. No caso do exemplo do aborto, a mãe estuprada que procurou o médico e abortou não criou risco proibido pelo Direito, mas sim risco permitido pelo Direito.

Se o fato é atípico, não se pode dar início a inquérito policial, tampouco ação penal. Assim, se no caso do exemplo dado fosse iniciado inquérito policial ou ação penal, caberia *habeas corpus*³ para trancá-los.

Isso não ocorreria se entendesse o exercício regular de um direito como justificante (causa excludente de antijuridicidade). Isso porque, pode perfeitamente ser iniciado inquérito policial e ação penal, uma vez que as causas excludentes de ilicitude só podem ser reconhecidas pelo juiz.

³ *habeas corpus* significa remédio constitucional restrito à tutela da liberdade de locomoção. Disponível em: <www.vemconcursos.com/opiniao/index.phtml> Acesso em: 23 de set. 2009.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa demonstrou o efeito da teoria conglobante em face das causas excludentes da ilicitude. Ao realizá-la, foi possível analisar e confrontar diversos pontos de vista de vários doutrinadores sobre o assunto. Desnecessário é também destacar o pensamento de Zaffaroni e de Pierangeli que trazem o conceito de ilicitude (antijuridicidade) contrariedade da conduta com o direito, causando efetiva lesão a um bem jurídico protegido.

Constatou-se que a teoria conglobante representa uma verdadeira fusão entre os conceitos atuais de tipicidade e ilicitude. Sustenta-se que a ilicitude e a tipicidade formam um todo unitário, um elemento único composto por duas fases, sendo uma positiva, que é o que se chama hoje de tipicidade e outra negativa, o que se chama de ilicitude.

Por isso na tipicidade conglobante se exclui a adequação típica, haja vista estar um comportamento estimulado pelo Direito, enquanto que na teoria dos elementos negativos do tipo o comportamento teria excluída a sua responsabilidade por estar permitido.

Se a teoria conglobante for aplicada, seu efeito em face das causas excludentes da ilicitude será considerá-las como causa excludente da tipicidade, uma vez que não é admitido nesta teoria que uma conduta pode ser considerada típica e ao mesmo tempo ser permitida pelo direito, como ocorre na legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular do direito e estrito cumprimento do dever legal.

Essas condutas, pelo ponto de vista dessa teoria conglobante, serão consideradas atípicas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme os princípios que regem a tipicidade conglobante, seria inadmissível que uma norma proíba o que outra norma fomente dentro da mesma ordem normativa, o problema deve ser resolvido neste nível, sem pretender a inexistência de tipo legal nem a incoerência de explicá-lo ao nível da justificação.

Zaffaroni, atento à perigosa desproporção entre a falta de ofensividade de algumas condutas tidas com típicas e a severa resposta dada pelo *jus puniendi* àquelas, tratou de

ampliar o conceito de tipicidade, inserindo no conceito de tipicidade a lesividade ao bem jurídico, a qual deve sempre ser verificada no caso concreto. Essa foi uma grande e positiva inovação para toda a teoria do delito.

Com essa teoria, a tipicidade formal passa a integrar a tipicidade penal, mas não é suficiente, pois a questão da lesividade ao bem jurídico é a base do princípio da proporcionalidade, assim como a tipicidade formal é condição fundamental para que uma conduta seja considerada penalmente típica.

Além da necessidade de ofensa ao bem jurídico, a tipicidade conglobante inclui como um dos seus elementos integrantes, a antinormatividade da conduta. Em relação à antinormatividade para ser considerada como integrante da tipicidade conglobante, deverá estar relacionada com as condutas impostas ou fomentadas pelo Direito.

No caso de a conduta ser apenas permitida pelo ordenamento jurídico, haverá tipicidade penal, embora a conduta possa estar abrangida por uma das causas de justificação.

Assim, a antinormatividade da conduta será deslocada para a primeira fase da avaliação da existência do crime (fato penalmente típico), apenas nos casos em que o agente pratique condutas impostas ou fomentadas pelo ordenamento jurídico. Como visto, uma norma não pode proibir o que outra impõe ou fomenta. Seria um contra-senso, a instituição da desordem jurídica.

As regras permissivas, especialmente as encontradas em leis dirigidas a regulamentar outros ramos do direito, quando não caracterizarem as hipóteses de legítima defesa, estado de necessidade e estrito cumprimento do dever legal, serão abarcadas pelo conceito de exercício regular de direito.

O exercício de uma atividade permitida em uma determinada lei, desde que realizado regularmente, ou seja, respeitando as prescrições e os pressupostos legalmente previstos, enquadra-se, em regra, no dispositivo do artigo 23, inciso III, segunda parte, do Código Penal.

A importância da verificação, dessa norma configura causa excludente da tipicidade ou da antijuridicidade é eminentemente teórica, não gerando influências significativas no

plano prático, uma vez que, em ambas as hipóteses, estarão diante de exceção normativa a ser aplicada sistematicamente e em consonância com a norma proibitiva genérica.

Pode-se concluir que cabe ao magistrado a interpretação do tipo penal e sua aplicação ao caso concreto, para declarar a existência ou não da ofensividade do fato típico, que será ou não causa excludente da ilicitude, ou da tipicidade.

Se o fato é atípico, não se pode dar início a inquérito policial, tampouco ação penal. Isso não ocorreria se entendesse como causa excludente de ilicitude. Isso porque, pode perfeitamente ser iniciado inquérito policial e ação penal, uma vez que as causas excludentes de ilicitude só podem ser reconhecidas pelo juiz.

Ao realizar essa pesquisa bibliográfica, ela acrescentou a importância da observação de vários pensamentos e teorias diferenciadas para poder se chegar a uma conclusão quanto à interpretação do tipo penal, para poder assim alcançar a justiça. Assim, com o surgimento de novas teorias, começam a surgir muitas dúvidas, a respeito de sua aplicabilidade nas causas excludentes da ilicitude. Isso demonstra a importância acadêmica, profissional e pessoal do estudo do tema.

O estudo do tema tem importância pelo seu valor teórico, social e jurídico, imprescindíveis ao conteúdo de um trabalho científico na seara do Direito atualmente, eis que se vive uma época de grandes transformações, onde a humanidade depara-se com o acelerado desenvolvimento de novas teorias, processo que, ao mesmo tempo em que encanta, traz medos e incertezas, fazendo com que grande parte da sociedade, inclusive a comunidade jurídica, se posicione de maneira cautelosa buscando evitar desastres com proporções inimagináveis.

O tema versa teoricamente sobre direitos, frutos da moderna revolução em curso, e que ainda não foram suficientemente abordados pela doutrina, implicando polêmicas que aqui são colocadas ao debate do Direito.

A relevância social da pesquisa repousa no fato de que questões como as causas excludentes da ilicitude, precisam ser esclarecidas para a comunidade leiga, pois a qualquer momento, pode ter um de seus indivíduos, submetidos à teoria conglobante. A possibilidade

de injustiças com o indivíduo, sob a égide de diversas formas de aplicação das teorias da tipicidade. Daí a importância de se analisarem as teorias envolvendo as causas excludentes da ilicitude.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Kleber Martins de. **O estrito cumprimento do dever legal como causa excludente de ilicitude.** (2003). Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4262> Acesso em: 16 de out. 2009.

ANÍBAL, Bruno **Direito penal.** ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BATISTA, Weber Martins. **Direito Penal e Direito Processual Penal.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal. Parte Geral.** Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral.** São Paulo: Saraiva, 2003.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal. Parte Geral.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro.** 1940

_____. **Código Civil Brasileiro.** 2002

_____. **Lei 8.672. Lei Zico.** 1993.

_____. **Lei 9.113. Lei do Tribunal do Júri.** 1995.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Geral.** São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Curso de Direito Penal – Parte Geral.** São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Curso de Direito Penal (Parte Geral).** São Paulo: Saraiva. 2003.

CAVALERI, Filho Sergio. **Comentários ao código penal.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FARIA, Bento. **Código Penal brasileiro comentado**. v. 2 3 ed. atual. São Paulo: Atlas, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer et.al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FONSECA, Antonio Cesar Lima da. **Abuso de Autoridade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FRANCO, Alberto silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 2.ed. São Paulo.1987.

HADDAD, Mariana Branco. **Comparações entre tipo penal e tipo tributário**. 2002. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3507>> Acesso em: 20 de ago. 2009.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código penal**. V. 1. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Rio de Janeiro: Liber Juris.1987.

JESUS, Damásio Evangelista. **Curso de Direito Penal**. 1vol. 2 ed. ampliada e atual. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. **Direito Penal Parte Geral**. São Paulo: Saraiva. 1999.

LINHARES, Marcelo Jardim. **Contravenções Penais**. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2002.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. 1 ed. trad. José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russell Editores, 1994.

MAGALHÃES, Délio. **Causa de exclusão de crime**. São Paulo: Saraiva, 1968.

MAGGIORE, Giuseppe. **Decreto penal**. v.1. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MANZINI, Vincenzo. **Trattato di Diritto Penale Italiano**. v.1. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1950. MAURACH, Reinhart. **Derecho Penal: Parte General**. v.2. trad. Jorge Bofill Genzsch, Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo e Ricardo Depalma, 1995.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Millenium, 1999.

MARTINS, Flaudemir Jerônimo Belinati. **As nulidades no processo penal**. 6 ed. São Paulo: RT, 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. Volume 1. 5 ed. Revista e Ampliada. São Paulo: Editora Atlas S.A, 1990.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 1999.

NAVES, Nilson Vital. **Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1980.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Curitiba: Fórum, 2004.

SOLER, Luis Jiménez de Asúa. **Direito penal brasileiro**. Tradução e inserções por Nilo Batista. São Paulo: Saraiva, 1994.

TIAGO, Fernanda Beatriz. **Aspectos jurídicos das intervenções médico-cirúrgicas no contexto do aborto por estupro**. (2002). Disponível em: www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index/buscalegis/article/viewFile/32291/31513, acesso em 25 de Nov. 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Traduções e inserções por Nilo Batista. São Paulo: Saraiva, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva. 2001.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Tradução, apresentação e notas de Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. São Paulo: Atlas, 2001.