

DIREITO PENAL

Aula 13 | Antijuridicidade

Caio Paiva

Resumo de aula feito pelo professor Caio Paiva

1. Introdução

- **Antijuridicidade ou ilicitude:** contrariedade ao ordenamento jurídico.
- **Relação entre tipicidade e antijuridicidade:**
 - Segundo o conceito *bipartido* de delito, o injusto seria formado pela tipicidade e pela antijuridicidade, ao qual se somaria a culpabilidade. Com isso, uma ação justificada seria atípica.
 - Segundo o conceito *tripartido* de delito, tipicidade e antijuridicidade são elementos autônomos dentro do injusto. Com isso, uma ação justificada é típica, embora lícita ou não contrária ao ordenamento jurídico.
- **Entendimento majoritário:** a tipicidade é *indício* de antijuridicidade (*ratio cognoscendi*), e não a própria essência da antijuridicidade (*ratio essendi*).
- **Zaffaroni/Pierangeli:** "A tipicidade atua como um indício da antijuridicidade, como um desvalor provisório que deve ser configurado ou desvirtuado mediante a comprovação das causas de justificação. Em síntese, todas as condutas típicas são em princípio também antijurídicas, já que elas são tidas como dignas de uma pena, em face da violação do bem jurídico, isto é, em face do desvalor do seu resultado. Porém, no caso de concorrer uma causa de justificação, a antijuridicidade é afastada, pois o ordenamento jurídico não tornou definitivo o desvalor inicialmente verificado, ao autorizar a realização da conduta típica em face da justificadora".
- **Teoria dos elementos negativos do tipo:** atribuída a **Merkel**, compreende que o tipo penal possui uma dimensão positiva e outra negativa. A dimensão positiva insere-se na categoria da tipicidade. A dimensão negativa indica a ausência de causas de justificação. Com isso, uma ação justificada - um homicídio em legítima defesa p. ex. - seria uma conduta atípica.

MATERIAL DE AULAS | TUDO DE PENAL

- **Teoria da tipicidade conglobante:** atribuída a **Zaffaroni**, para quem "o juízo de tipicidade não é um mero juízo de *tipicidade legal*, mas exige outro passo, que é a comprovação da *tipicidade conglobante*, consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim *conglobada* na ordem normativa. A tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal, posto que pode excluir do âmbito típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas".
- **Antijuridicidade e elemento subjetivo:** divergência na doutrina. Há tanto quem exija o conhecimento da situação justificante quanto quem compreenda a antijuridicidade somente a partir de um ponto de vista objetivo.
- **Código Penal, art. 23:** "Não há crime quando o agente pratica o fato I - em estado de necessidade, II - em legítima defesa ou III - em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito".

2. Estado de necessidade

- **Código Penal, art. 24, caput:** "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".
- **Requisitos:**
 - Perigo atual não provocado (salvo se por *culpa* - exemplo: um motorista provoca culposamente um acidente e foge para não ser linchado);
 - Inevitabilidade do sacrifício ao bem jurídico;
 - Direito próprio ou alheio (não se exige o consentimento do terceiro em perigo);
 - Inexibibilidade do sacrifício.
- **Justificante ou exculpante**

MATERIAL DE AULAS | TUDO DE PENAL

- **Teoria diferenciadora:** se o bem sacrificado for de gravidade equivalente ao bem jurídico protegido, exclui-se a culpabilidade; se o bem sacrificado for superior ao bem jurídico protegido, exclui-se a ilicitude. Teoria adotada pelo Código Penal Militar.
- **Teoria unitária:** o estado de necessidade exclui a ilicitude da conduta, independentemente se o bem sacrificado for de gravidade equivalente ou superior ao bem jurídico protegido. Teoria adotada pelo art. 23, I, do CP.
- **Agressivo e defensivo**
 - O estado de necessidade agressivo ocorre quando quem suporta a agressão ao bem jurídico não possui relação com o perigo verificado. Decorre do dever de solidariedade.
 - O estado de necessidade defensivo ocorre quando quem suporta a agressão ao bem jurídico possui relação com o perigo verificado. Em alguns casos pode se aproximar da legítima defesa. Exemplo do cão perigoso que se solta da coleira e é morto por um tiro pela vítima amedrontada.
- **Escolha de outras maneiras de agir:** "Não se reconhece a excludente de ilicitude do estado de necessidade quando o agente pode escolher outras maneiras de agir para resolver a situação excepcional" (STF, HC 128.323, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 22.09.2015).
- **Furto famélico:** "(...) de acordo com as declarações prestadas em juízo, o acusado tentou furtar a carne porque estava passando fome e seus filhos também e que encontrava-se arrependido da prática delitiva, circunstâncias aptas a afastar a ilicitude da sua conduta, caracterizando sua conduta como manifesto estado de necessidade" (STJ, AgRg no AREsp 1.850.772, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. 17.08.2021).
- **Mera dificuldade financeira:** "O estado de necessidade não está caracterizado se não esteve presente, em nenhum momento, o perigo atual e iminente para o réu, condição essencial ao reconhecimento da excludente de ilicitude, nos termos do art. 24 do Código Penal. A mera alegação de dificuldade financeira não justifica a prática delitiva" (STJ, AgRg no REsp 1.591.408, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, j. 24.05.2016).

- **Exercício arbitrário das próprias razões:** "Aplicável ao caso o denominado estado de necessidade. A mulher do réu necessitava de tratamento médico e de medicamentos. Por conseguinte, foi necessário que o sujeito atuasse para evitar um perigo atual, isto é, com a probabilidade de dano, presente e imediata, ao bem jurídico (saúde de sua mulher), nos termos do art. 24 do Código Penal (causa excludente de antijuricidade)" (STJ, AgRg no REsp 1.472.834, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, j. 07.05.2015). **Caso em que um homem entrou em um posto de saúde e, com ameaça de arma de fogo, exigiu que uma enfermeira lhe entregasse medicamentos para sua mulher que corria risco de vida.**
- **Coisa julgada no âmbito administrativo:** "A sentença penal absolutória que reconhece a ocorrência de causa excludente de ilicitude (estado de necessidade) faz coisa julgada no âmbito administrativo, sendo incabível a manutenção de pena de demissão baseada exclusivamente em fato que se reconheceu, em decisão transitada em julgado, como lícito" (STJ, REsp 1.090.425, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, j. 01.09.2011).

3. Legítima defesa

- **Código Penal, art. 25, caput:** "Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem".
- **§ único:** "Observados os requisitos previstos no *caput* deste artigo, considera-se em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes" (Incluído pela Lei 13.964/2019).
- **Juarez Cirino dos Santos:** "A legítima defesa é direito de proteção individual enraizado na consciência jurídica do povo, explicada por dois princípios: a) o princípio da *proteção individual* para defesa de bens ou interesses e o princípio social da *afirmação do direito* em defesa da ordem jurídica. O princípio da *proteção individual* justifica ações típicas necessárias para defesa de bens jurídicos individuais contra agressões antijurídicas, atuais ou iminentes. O princípio da *afirmação do direito* justifica defesas necessárias para prevenir ou

MATERIAL DE AULAS | TUDO DE PENAL

repelir o injusto e preservar a ordem jurídica, independentemente da existência de meios alternativos de proteção porque o direito não precisa ceder ao injusto, nem o agredido precisa fugir do agressor - excetuados casos de agressões não dolosas, de lesões insignificantes ou de ações de incapazes, próprias da legítima defesa com limitações ético-sociais".

- **Requisitos:**
 - Agressão injusta (pode ser provocada por ação ou omissão e por dolo ou culpa)
 - Agressão atual ou iminente
 - Direito próprio ou alheio
 - Bens jurídicos coletivos ou da comunidade: são exemplos ordem pública, paz social, meio ambiente etc. O sujeito que despeja poluente em um rio p. ex. Quem o agride para fazer cessar a poluição pode invocar legítima defesa? Há divergência na doutrina.
 - Proporcionalidade na repulsa (não haverá legítima defesa quando houver desproporção intolerável entre os bens jurídicos)
- **Legítima defesa sucessiva:** ocorre quando o sujeito apontado como agressor originário age para repelir o excesso de defesa da vítima.
- **Legítima defesa recíproca:** não se admite, pois contraria a lógica a existência de duas agressões injustas recíprocas.
- **Legítima defesa putativa:** ocorre quando alguém age para repelir uma agressão inexistente, mas que supõe ou imagina existir. Exemplo do policial que confunde uma furadeira manual com uma arma de fogo e atira contra o indivíduo. Considerada uma espécie de erro sobre as causas de justificação, que afastará o dolo se evitável, e inclusive a culpa se inevitável. Também chamada de discriminante putativa. CP, art. 20, § 1º.
- **Legítima defesa da honra:** "Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada parcialmente procedente para (i) firmar o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF), da proteção da vida e da igualdade de gênero (art. 5º, caput, da CF); (ii) conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 23, inciso II, ao art. 25,

MATERIAL DE AULAS | TUDO DE PENAL

caput e parágrafo único, do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa; (iii) obstar à defesa, à acusação, à autoridade policial e ao juízo que utilizem, direta ou indiretamente, a tese de legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como durante o julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento; e (iv) diante da impossibilidade de o acusado beneficiar-se da própria torpeza, fica vedado o reconhecimento da nulidade referida no item anterior na hipótese de a defesa ter-se utilizado da tese da legítima defesa da honra com essa finalidade" (STF, ADPF 779, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, j. 01.08.2023).

- **STJ:** "O adultério não coloca o marido ofendido em estado de legítima defesa, pela sua incompatibilidade com os requisitos do art. 25 do Código Penal. A prova dos autos conduz à autoria e à materialidade do duplo homicídio (mulher e amante), não à pretendida legitimidade da ação delituosa do marido. A lei civil aponta os caminhos da separação e do divórcio. Nada justifica matar a mulher que, ao adular, não preservou a sua própria honra" (REsp 1.517, Rel. Min. José Cândido de Carvalho Filho, 6ª Turma, j. 11.03.1991).
- **Premeditação:** "A legítima defesa foi afastada em vista da premeditação da conduta, além da sua desproporcionalidade, o que não confronta o entendimento desta Corte, pois o reconhecimento da excludente está condicionado ao preenchimento dos seguintes requisitos: (i) agressão injusta, (ii) atual ou iminente, (iii) uso moderado dos meios necessários, (iv) proteção de direito próprio ou de outrem. A hipótese torna claro o não cumprimento dos requisitos (ii) e (iii)" (STJ, AgRg no AREsp 2.060.688, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, j. 27.09.2022).
- **Agressão passada ou futura:** "O reconhecimento da excludente de ilicitude da legítima defesa está condicionado ao preenchimento dos seguintes requisitos: (i) agressão injusta, (ii) atual ou iminente, (iii) uso moderado dos meios necessários, (iv) proteção de direito próprio ou de outrem. Ausente qualquer desses pressupostos, inviável o reconhecimento da discriminante. Exegese do art. 25, do Código Penal. A agressão, para fins de incidência da discriminante da legítima

defesa, deve ser presente, isto é, estar ocorrendo no momento da conduta do agente que a invoca, ou estar prestes a ocorrer, não se admitindo legítima defesa contra agressão passada ou futura. Na espécie, da análise do contexto de fatos e provas delineado no acórdão recorrido, é possível concluir pelo não preenchimento de um dos requisitos legais previstos no art. 25, do CP, qual seja, o da agressão atual ou iminente, porquanto, conforme reconhecido pelo próprio recorrente perante as instâncias ordinárias, a vítima teria supostamente ameaçado invadir a propriedade do réu no dia anterior aos fatos apurados nos presentes autos, o que configura, em tese, agressão pretérita, inapta, portanto, à configuração da legítima defesa" (STJ, AgRg no AREsp 1.926.069, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. 09.11.2021).

- **Moderação dos meios:** "No caso em apreço, a legítima defesa restou caracterizada, uma vez que o recorrente para preservar sua vida, diante de injusta agressão iminente, utilizou-se, moderadamente, dos meios necessários para afastá-la, o que, culminou na morte da vítima. A moderação dos meios na legítima defesa não precisa ser matemática, mormente quando demonstrado que o réu, adolescente, tinha fundado medo de que a vítima o matasse. Afinal, a vítima sempre portava um canivete, e foi ela quem o procurou, de forma ameaçadora, para tomar satisfações pelo desentendimento anterior" (STJ, AgRg no AREsp 1.791.365, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 01.06.2021).
- **Ausência de incongruência na decisão dos jurados:** "Não há falar-se em incongruência na decisão do corpo de jurados que nega ter o réu agido em defesa própria, afastando a tese da legítima defesa, e, logo após, afirma que o réu praticara o delito sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima. A emoção provocada não impede que a ação posterior seja realizada sem estar o agente se defendendo" (STJ, AgRg no AREsp 463.482, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª Turma, j. 04.12.2014).

4. Estrito cumprimento do dever legal

- **Juarez Cirino dos Santos:** "O estrito cumprimento de dever legal constitui justificção exclusiva do funcionário público: compreende hipóteses de intervenção do funcionário público na esfera privada para assegurar o

MATERIAL DE AULAS | TUDO DE PENAL

cumprimento da lei ou de ordens superiores da administração pública, que podem determinar a realização justificada de tipos legais, como coação, privação de liberdade, violação de domicílio, lesão corporal etc."

- **Requisitos:**
 - Expressa previsão da ordem em lei;
 - Cumprimento da ordem dentro dos limites legais (proporcionalidade).
- **CPP, art. 284:** "Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso".
- **Policial que atira em quem não cumpriu com a sua ordem de parada:** "O art. 284 do CPP é norma de exceção, enquanto permissiva de emprego de força contra preso, que não admite, por força de sua natureza, interpretação extensiva, somente se permitindo, à luz do direito vigente, o emprego de força, no caso de resistência à prisão ou de tentativa de fuga do preso, hipótese esta que em nada se identifica com aquela de quem, sem haver sido alcançado pela autoridade ou seu agente, põe-se a fugir. Não há falar em **estrito cumprimento do dever legal**, precisamente porque a lei proíbe à autoridade, aos seus agentes e a quem quer que seja desfechar tiros de revólver ou pistola contra pessoas em fuga, mais ainda contra quem, devida ou indevidamente, sequer havia sido preso efetivamente" (STJ, REsp 402.419, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, j. 21.10.2003).

5. Exercício regular de direito

- **Cezar Roberto Bitencourt:** "O exercício regular de um direito, desde que regular, não pode ser, ao mesmo tempo, proibido pelo direito. Regular será o exercício que se contiver nos limites objetivos e subjetivos, formais e materiais impostos pelos próprios fins do direito. Fora desses limites, haverá o abuso de direito e estará, portanto, excluída essa causa de justificação. O exercício regular de um direito jamais poderá ser antijurídico. (...) As intervenções médicas e cirúrgicas constituem, em regra, exercício regular de direito. (...) O resultado danoso que decorre do boxe (...) constitui exercício regular de direito. (...) Alguns autores incluem as ofendículas na excludente do exercício regular de direito (...)"
- **Castigo corporal aplicado por pais contra filhos/crianças:** não consiste em exercício regular de direito. Importância da Lei 13.010/2014 (Lei da Palmada).

MATERIAL DE AULAS | TUDO DE PENAL

Para **Cirino**, "(...) A ação justificada no *direito de educação* compreende exclusivamente pequenas coerções físicas e constrangimentos psíquicos indispensáveis para estimular a transição do princípio do prazer, dominante em crianças e adolescentes, para o princípio da realidade, exigido no comportamento do adulto".

6. Consentimento do ofendido

- **Martinelli/De Bem:** "Consentimento é o acordo livre, a concordância, a aceitação livre. O consentimento do ofendido, portanto, é a aceitação de que um bem jurídico próprio seja lesionado. Nesse caso, o titular do bem jurídico abre mão da tutela estatal e permite que terceiro lhe provoque um dano. O uso do termo 'ofendido' é intencional. Quando alguém consente na lesão a um bem jurídico não se pode dizer, necessariamente, que há uma 'vítima', e por isso é preferível utilizar o termo 'ofendido'".
- **Posição na teoria do crime:** para o entendimento majoritário, exclui a ilicitude; para a doutrina minoritária, a tipicidade. Uma **causa supralegal de justificação**.
- **Requisitos:**
 - O sujeito que consente deve possuir capacidade de discernimento.
 - O sujeito que consente deve ter conhecimento pleno das circunstâncias de fato.
 - A manifestação de vontade deve ser livre.
 - O bem jurídico deve ser individual e disponível.
- **Menor de 14 anos pode consentir com a prática de relação sexual?** CP e jurisprudência respondem que **não**, mas há casos excepcionais.

7. Excesso

- **CP, art. 23, § único:** "O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo".
- O excesso pode decorrer de:
 - Dolo
 - Culpa

- Caso fortuito (não haverá crime aqui)
- Configurado o excesso doloso, o agente responderá pelo fato praticado, incidindo apenas a atenuante do art. 65, III, *c*, ou, se for o caso, a minorante do art. 121, § 1º, ambos do Código Penal.
- **Excesso exculpante:** "O excesso exculpante não se confunde com o excesso doloso ou culposo, por ter como causas a alteração no ânimo, o medo, a surpresa. Ocorre quando é oposta à agressão injusta, atual ou iminente, reação intensiva, que ultrapassa os limites adequados a fazer cessar a agressão" (STF, HC 72.341, Rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, j. 13.6.1995).