



**FACULDADE DE SINOP
CURSO DE DIREITO**

JÚLIO CESAR SGARBI

**A LINHA TÊNUE ENTRE O EXCESSO PUNÍVEL DOLOSO E O
ABUSO DE AUTORIDADE**

**Sinop/MT
2021/2**

JULIO CESAR SGARBI

**A LINHA TÊNUE ENTRE O EXCESSO PUNÍVEL DOLOSO E O
ABUSO DE AUTORIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Avaliadora do Departamento de Direito, da Faculdade de Sinop - FASIP, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Thalisson Make Fernandes Ramos

**Sinop/MT
2021/2**

JULIO CESAR SGARBI

**A LINHA TÊNUE ENTRE O EXCESSO PUNÍVEL DOLOSO E O
ABUSO DE AUTORIDADE**

Monografia apresentada à Banca Avaliadora do Curso de Direito - FASIP, Faculdade de Sinop como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em ___/___/2021_.

Me. Thalisson Make Fernandes Ramos

Departamento de Direito - FASIP

Professor (a) Avaliador (a)
Departamento de Direito – FASIP

Professor (a) Avaliador (a)
Departamento de Direito – FASIP

Me. Gabriel Aparecido Anízio Caldas

Coordenador do Curso de Direito
FASIP - Faculdade de Sinop

Sinop/MT

2021/2

II

DEDICATÓRIA

Ao meu pai Volmar Sgarbi e meu irmão Rodrigo Sgarbi que sempre me apoiaram e me ajudaram nesse caminho que tracei.

AGRADECIMENTO

Em especial aos Drs. Thalisson Make, Fernando Henrique Horita, Reginaldo Monteiro de Oliveira, Édilo Tenório, Norton Maldonado Dias, Robson Rezende, Rodolfo Fares Paulo.

A todo corpo docente da FASIP.

A todos os que me incentivaram e me ajudaram a percorrer esse caminho.

O que fazemos em vida, ecoa pela eternidade.

O Gladiador.

SGARBI, Júlio César. **A Linha Tênu e Entre O Excesso Punível Doloso E O Abuso De Autoridade**. 2021. 62 páginas. Trabalho de Conclusão de Curso – FASIP – Faculdade de SINOP.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo geral apresentar as Excludentes de Ilicitude com foco principal no estrito cumprimento do dever legal e legítima defesa, visando demonstrar sua fundamental importância na atuação dos agentes de segurança pública. Deste modo, o objetivo específico é o abuso de autoridade, no qual o agente público extrapola no uso de seu poder, seja para beneficiar a si mesmo ou a terceiros. De forma semelhante, o conceito de abuso de autoridade que se manifesta quando o funcionário público utiliza seu poder com excesso, efetivamente obtendo vantagem de alguma situação, torna-se a maior problemática no estrito cumprimento do dever legal. Por sua vez, essa temática tem essencial relevância para minha graduação, pois aborda minha futura área de atuação, Carreiras Policiais. Deste modo, tal assunto é considerado de grande interesse e curiosidade. Posto isso, a referida pesquisa se dará pela metodologia de abordagem básica, qualitativa e analítica com coleta de dados secundária, que será buscada por meio de investigação de doutrinas, pesquisa na internet e artigos científicos. Assim, a principal análise se dará pelo viés da nova lei de abuso de autoridade – Lei 13.869/2019, que traz uma das principais temáticas discutidas em meio a sociedade e o Decreto-Lei 2848/40 – art. 23, II, III do Código de Penal, tratando das excludentes de ilicitude.

Palavras chaves: Abuso; Defesa; Exercício; Legalidade; Poder.

SGARBI, Julius Caesar. **The Thin Line Between Willing Excess Punishment And Abuse Of Authority**. 2021. 62 pages. Course Conclusion Paper – FASIP – Faculty of SINOP.

ABSTRACT

The referred work has as general objective to present the Exclusions of Illicitness with main focus on the Strict Fulfillment of the Legal Duty and Legitimate Defense, aiming to demonstrate its fundamental importance in the performance of the agents of public security. Thus, the specific objective is, a very controversial topic, the Abuse of Authority, where the public agent goes beyond the use of his power, whether to benefit others or himself, or on a mere whim. Following the same reasoning, the Abuse of Authority that exists when a public official uses his power excessively to take advantage of a situation, becomes the biggest problem in the Strict Compliance with Legal Duty. In turn, this theme has essential relevance for my graduation, as it covers my future area of expertise (Police Careers). So this subject is very interesting and curious in my opinion. The referred research will be done by the Basic, Qualitative and Analytical Approach Methodology with secondary data collection, which will be searched through doctrine investigation, internet research and scientific articles. Thus, the main analysis will be based on the new law on abuse of authority - Law 13,869/2019, which brings us one of the main themes discussed in society and Law 2848/40 - art. 23, II, III of the Penal Code, dealing with the exclusions of illegality.

Keywords: Abuse; Defense; Exercise; Legality; Power.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 10 |
| 1. TEORIA GERAL DO CRIME NO DIREITO PENAL..... | 11 |
| 1.1 Conceitos Preliminares e Históricos | 11 |
| 1.2 Da Tipicidade | 14 |
| 1.2.1 Da Conduta Dolosa <i>versus</i> Culposa..... | 15 |
| 1.2.2 Da Conduta Omissiva <i>versus</i> comissiva..... | 19 |
| 1.2.3 Do Resultado Jurídico..... | 19 |
| 1.2.4 Do Nexo de Causalidade..... | 20 |
| 1.2.5 Da Tipicidade formal <i>versus</i> Conglobante | 20 |
| 1.3 Da Culpabilidade | 21 |
| 1.3.1 Da Inimputabilidade | 21 |
| 1.3.2 Da Potencial Consciência Sobre a Ilicitude do Fato..... | 22 |
| 1.3.3 Da Exigibilidade de Conduta Diversa | 22 |
| 1.4 Das Teorias Adotadas pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro..... | 23 |
| 1.4.1 Teoria do Causalismo | 23 |
| 1.4.2 Teoria Do Conceito Neoclássico De Delito | 24 |
| 1.4.3 Teoria do Finalismo | 24 |
| 1.5 Da Ilicitude..... | 25 |
| 1.5.1 Da Ilicitude Formal | 25 |
| 1.5.2 Da Ilicitude Material | 25 |
| 1.5.3 Das Excludentes de Ilicitude..... | 25 |
| 2. DAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE | 27 |
| 2.1 Conceitos Preliminares das Excludentes de Ilicitude..... | 27 |
| 2.2 Do Estado de Necessidade..... | 28 |
| 2.2.1 Dos Elementos do Estado de Necessidade..... | 29 |
| 2.2.2 Classificações do Estado de Necessidade | 32 |
| 2.3 Da Legítima Defesa | 37 |
| 2.3.1 Dos Elementos da Legítima Defesa | 38 |

| | |
|---|-----------|
| 2.3.2 Classificações da Legítima Defesa..... | 41 |
| 2.4 Do Estricto Cumprimento do Dever Legal ou Do Exercício Regular do Direito..... | 42 |
| 2.5 Do Excesso Punível..... | 45 |
| | |
| 3. A LINHA TÊNUE ENTRE O EXCESSO PUNÍVEL DOLOSO E O ABUSO DE AUTORIDADE..... | 47 |
| 3.1 Conceitos Preliminares sobre o nexo entre Excesso Doloso e o Abuso De Autoridade | 47 |
| 3.2 Lei 13.869 de 2019 – Lei de Abuso de Autoridade | 48 |
| 3.2.1 Das Prerrogativas da Função..... | 51 |
| 3.2.2 Avaliação dos Fatos | 52 |
| | |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 56 |
| | |
| REFERÊNCIAS | 59 |

INTRODUÇÃO

O Código Penal, em seu Artigo 23, prenuncia quatro causas de exclusão da ilicitude realizada pelo agente, perpetrando com que o fato praticado por ele seja considerado lícito. As causas são as seguintes: estado de necessidade, exercício regular de um direito, legítima defesa, e estrito cumprimento do dever legal.

Assim, é entendido que no estado de necessidade, tem-se a ideia de que há bens em conflito, devendo verificar a prevalência de um sobre o outro; no exercício regular de um direito onde é lícita a atuação do agente dentro dos limites conferidos pelo ordenamento jurídico; já no caso da legítima defesa, o agente de segurança pública que repele injusta agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes, ou defesa de direito próprio ou de terceiros; e estrito cumprimento do dever legal, que em geral é voltado aqueles que fazem parte da Administração Pública, como por exemplo os agentes de segurança pública.

O abuso de autoridade conta com nova lei, imposta em 5 de setembro de 2019, Nova Lei de Abuso de Autoridade, possui requisitos de finalidades específicas prevista na lei, as seguintes: prejudicar outrem; beneficiar a si mesmo, beneficiar terceiro; por mero capricho; por satisfação pessoal.

Caso, na prática, esses elementos subjetivos, que consistem no dolo específico, não sejam comprovados, os fatos serão atípicos por ausência de conduta penalmente relevante, de modo que não sejam configurados os crimes previstos nessa lei.

Assim, o maior problema na excludente de ilicitude – estrito cumprimento do dever legal – é o abuso de autoridade que ocorre quando o funcionário público usa seu poder com excesso, ou seja, extrapola no seu ato de cumprir com a lei de modo que vise beneficiar a si mesmo ou terceiro, tirando vantagem de alguma situação, ou até mesmo por mero capricho.

Desta maneira, o agente atua além de sua competência legal ou com desvio de finalidade, agindo com objetivo distinto daquele para o qual foi conferido.

1. TEORIA GERAL DO CRIME NO DIREITO PENAL

O direito penal traz elucidações acerca das penalidades aplicadas aos incidentes criminais. De tal forma que, para início, o primeiro elemento integrante do fato típico analisado neste trabalho é a conduta.

De início, salienta-se que conduta significa comportamento humano, ou seja, uma ação causada por uma pessoa. O ordenamento jurídico brasileiro é conduzido de acordo com as normas jurídicas estabelecidas pelo legislador, o qual direciona as ações que o representante do Estado deverá ter em determinado assunto.

Desta forma, a Lei 3.914 de 1.941 - Introdução ao Código Penal determina que, toda infração à norma prevista, seja ela de forma intencional ou não, será considerado como crime, o que gerará uma punição onde o indivíduo poderá ser recluso ou detento.

Diante desse contexto, será abordado no presente trabalho, os conceitos preliminares e históricos da teoria majoritária e das características dos requisitos para configuração de um crime.

1.1 Conceitos Preliminares e Históricos

A teoria geral do crime é a parte do Direito Penal que aduz o conceito delituoso, trazendo ao conhecimento do cidadão as características que deverá conter em uma ação para ser considerado crime.

Atualmente, a teoria majoritária adota o conceito que será considerado crime, a ação ou omissão que seja tipificada em norma legal como ilícito, motivada pelo dolo ou culpa do agente, produzindo então um resultado negativo para a vítima. Porém, há que se mencionar que nem sempre foi desta forma pois, assim como o ser humano evolui, as normatizações legais também evoluíram.

As disposições do sistema formal brasileiro, desde os tempos de colonização passaram por ordenações Portuguesas e Espanholas, o que trazia um caráter medieval às formas de punição dos crimes cometidos no território brasileiro.

Ao longo do período colonial brasileiro estiveram em vigor as ordenações Afonsinas e Manuelinas, até que em 1603 foram substituídas pelo código de D. Sebastião. Posteriormente houve as Ordenações Filipinas, as quais refletiram o direito penal dos tempos medievais (CARVALHO, 1992, *online*).

O primeiro Código Penal brasileiro de 1.603 era chamado de Código Filipino, e como no conceito geral dos tempos antigos, as normas contidas neste código, tinha um princípio religioso, onde os crimes eram considerados como pecado, e punido severamente pela igreja, a qual também ocupava o papel estatal.

Com a publicação do Livro V das Ordenações do Rei Filipe II em janeiro de 1603 que se constituiu o primeiro código penal brasileiro, denominado de Código Filipino. Este código imputava, especificamente, preceitos religiosos, de modo que os crimes eram considerados como pecados e ofensa contra a moral, e com isso os agentes eram severamente punidos, como apóstatas, hereges, benzedores e feiticeiros. (VAZ, 2017, *online*)

A pena de morte também era adotada nos sistemas antigos, assim como os castigos físicos, ficando evidenciado que o caráter humanitário da atual vigência do Código Penal não existe desde os primórdios, pois em tempos de colonização, o indivíduo condenado por crime, era executado por intermédio de tortura e o corpo do réu ficava suspenso em via pública de modo que o cadáver suspenso chegava a se decompor e apenas uma única vez por ano os restos mortais eram recolhidos.

As penas aplicadas eram cruéis e severas, a fim de difundir o temor pelo castigo, sendo as principais formas realizadas por mutilações e queimaduras. Além destas características muito se praticava a pena de morte, executada pela força, mediante torturas, fogo, entre outras formas. Outra forma de condenação se referia à denominada morte para sempre, onde o corpo do agente permanecia suspenso até completa putrefação, vindo ao solo e permanecendo exposto até que os ossos fossem recolhidos pela Confraria da Misericórdia, fato este que ocorria apenas uma vez em cada ano. (CAPEZ, 2006, p. 110)

Há que se mencionar que, o princípio da proporção e individualidade da pena também não é uma base para o Direito Penal Brasileiro, pois as penas aplicadas em tempos remotos, eram consideradas desproporcionais e desiguais.

Deste modo, o autor Teles leciona o seguinte entendimento:

As penas praticadas eram desproporcionais aos crimes efetivamente cometidos, sendo desiguais para cada agente e agidas com grande perversidade, apenas para criar o temor entre os demais membros da sociedade, como tentativa de não haver reincidências. (TELES, 2001, p. 24)

Por conseguinte, foi com a Proclamação da República do Brasil em 1824 que a legislação penal passou por uma reforma proposta por Dom Pedro I, que sancionou o Código Criminal do Império, trazendo disposições acerca do julgamento de menores de quatorze anos, bem como novas preceituações quanto à pena de morte.

Com a proclamação da independência do Brasil, o texto constitucional do ano de 1824 elaborou uma nova legislação penal, de modo que em dezembro de 1830 Dom Pedro I sancionou o Código Criminal do Império. Este código se baseava no Código Francês e no Código Napolitano para criar uma individualização da pena, com a existência de situações atenuantes e agravantes, de modo a estabelecer um julgamento especial aos menores de 14 anos. Quanto à aceitação da pena de morte a ser executada pela força, está apenas foi aceita após longos debates entre conservadores e liberais no congresso, com a tentativa de coibir a prática de crimes pelos escravos. Entretanto o código criminal se divergia da religião, por conter diversas figuras delituosas, que representavam uma ofensa à religião estatal. (VAZ, 2017, *online*)

A Constituição Federal de 1891 aboliu a pena de morte e o instituído Código Criminal da República sancionado em 1830, passou por mais uma adaptação trazendo então o regime penitenciário como cárcere para os réus condenados, ou até mesmo para apuração de fatos denunciados.

A partir de 1890 instituiu-se o Código Criminal da República, contudo houve diversas críticas por falhas que decorriam pela pressa com o qual o texto constitucional havia sido elaborado. Com isso, a nova Constituição de 1891 aboliu a pena de morte, o banimento judicial e a de galés. Ainda que tenha recebido muitas críticas, o Código Republicano se consolidou como um grande avanço à legislação penal da época, pois, além de abolir a pena de morte, aplicou o regime penitenciário de caráter correccional. (VAZ, 2017, *online*)

Como mencionado pela autora, por mais que o Código Republicano trouxe novidades na forma de sanção aos crimes cometidos, este decreto vigorou até em meados de 1932, quando

Vicente Piragibe sancionou o decreto 22.213/1932 que tinha como finalidade formalizar as leis extravagantes cabíveis ao tempo.

Em 1932 instituiu-se o Decreto nº 22213, denominado de Consolidação das Leis de Piragibe, criado pelo desembargador Vicente Piragibe, a fim de consolidar as leis extravagantes. O Decreto era composto por quatro livros, e foi considerado o modelo precário do Estatuto Penal Brasileiro, em vigor até o ano de 1940. (GOMES, 2016, p. 18).

Em 1.940 o Decreto 2.848 foi promulgado e entrou em vigor em 1.942. Tal Decreto, também conhecido como o atual Código Penal em vigência, teve como base uma legislação com o intuito de penalizar vários tipos criminais, e com o passar dos anos, passou com atualizações e complementações de leis extravagantes.

Deste modo, é possível o entendimento de que, o ser humano, através das ferramentas disponíveis e visando sempre diminuir os resultados negativos para um terceiro, busca uma resposta do Estado para punir aquele que desobedece às normas previstas.

Em suma, o Código Penal Brasileiro visa punir o agente que comete um crime. Ou seja, aquele que pratica ação ou omissão tipificada como ilícita de acordo com sua vontade de produzir um resultado de prejuízo material ou físico ao terceiro.

Dentro da corrente majoritária na doutrina pátria, diz que crime é um *fato típico, ilícito e culpável*. Simplesmente isso. Portanto, diante de um fato basta o observador identificar se ele é típico, ilícito e culpável. Se for, pode-se dizer que ele é um fato criminoso. Há o crime. (FERREIRA, 2008, *online*)

Assim sendo, a seguir será trazido à análise os conceitos das características que configuram a ação do agente como crime: tipicidade, culpabilidade, ilicitude, bem como uma breve abordagem das demais teorias aceitas.

1.2 Da Tipicidade

As formas de conduta, podem ser classificadas como dolosa ou culposa: o agente age com dolo quando, diretamente, quer a produção de um resultado ou assume o risco de sua produção; a culpa, por sua vez, caracteriza-se quando o agente atua ignorando os devidos cuidados, agindo com imprudência, negligência ou imperícia.

Art. 18 - Diz-se o crime:

Crime doloso

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

Crime culposo

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente. (BRASIL, 1940, *online*)

Dado o exposto, este texto debruçar-se-á sobre tais definições pontuadas no Código Penal com fito de discutir as implicações de suas particularidades na realidade jurídica brasileira. Posto isso, verifica-se necessário aprofundamento sobre as circunstâncias que envolvem e classificam a conduta.

1.2.1 Da Conduta Dolosa *versus* Culposa

A vontade do agente é fator de suma importância para definir a conduta deste em reação à sua ação ou omissão em dado caso. Desta forma, não há que se confundir a conduta dolosa, quando há intenção do resultado, com a conduta culposa, quando tal intenção inexistente.

O dolo é a vontade livre e ciente dirigida a efetuar a conduta prevista na espécie penal incriminadora. A partir dessa concepção, pode-se afirmar que o dolo é composto por dois elementos: um componente intelectual e um componente volitivo.

A consciência, instante intelectual do dolo, significa que o agente deve entender precisamente aquilo que faz, para que lhe possa conferir um efeito danoso a título de dolo. Como por exemplo, pode-se imaginar alguém, entrementes a uma caçada, pretendendo afligir uma presa, confunde um homem com um animal e atira, matando o homem. Todavia, não havia dolo de matar o indivíduo, mas sim em abater o alvo. Nesse fato, então, o dolo estará ausente porque não havia consciência, incorrendo o agente em erro de tipo. (SERPA, 2020, *online*)

A vontade é o segundo componente sem o qual desnatura o delito doloso. Conforme já explicitado acima, aquele que sofre uma coação física, age com falta de dolo. Nesse sentido, dado que não há vontade, então, deverá ser retirado o dolo da conduta do agente. Logo, faltando um desses elementos – consciência e vontade – descaracterizado estará o crime doloso.

É a categoria dogmática referente à consciência e vontade de realizar os elementos descritos no tipo objetivo e que devem estar presentes para que o tipo subjetivo se considere satisfeito. Por tanto, para que se caracterize o dolo, tipo objetivo, deve o agente ter consciência e a vontade de realizar o ato praticado. (VANZOLINI, 2019, p. 374)

No Código Penal brasileiro, o dolo está com prenúncio no Artigo 18, do qual pode-se findar que a norma é o crime ser, primariamente, doloso. Desta maneira, exclusivamente poderá ter pena por crime culposo se houver previsão expressa na lei, porque estaria defronte de uma regra de exceção.

Art. 18 - Diz-se o crime:

Crime doloso

I - Doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente. (BRASIL, 1940, *online*)

É indispensável, portanto, que se leia todo o capítulo alusivo ao crime em destaque para que seja possível atestar se haverá pena a título de culpa ou não. Assim, caso esteja listado previamente, não há punição para aquela conduta.

Sendo assim, necessário se faz abordar os conceitos da conduta culposa, onde o resultado é conquistado mesmo que não haja a intenção deste.

Deste modo, faz-se mister analisar então, o âmbito da culpa na conduta. De início, têm-se o crime culposo no caso de o agente praticar o delito penal ignorando uma obrigação de cautela.

A descrição trazida pelo Código Penal, todavia, não se demonstra satisfatória para que se possa comparar com exatidão caso a conduta do agente pode ser considerada culposa ou não. Para a caracterização do crime culposo, é imprescindível que se faça uma conjugação dos seguintes elementos:

Conduta humana voluntária, omissiva ou comissiva: primeiramente, considera-se que a conduta do agente é direcionada a um objetivo lícito. Todavia, por não analisar um dever de cautela, dá causa a uma consequência não pretendida pelo agente. Tal conclusão ocorre, pois, os meios determinados e utilizados pelo agente foram inadequados ou mal usufruídos. A cautela, propriamente dita, pode ser compreendida como etapas fundamentais de operação as quais supõe-se que sejam observadas pelo ator que causa a ação. Porém, dada a imprudência em relação a estes passos, configura omissão. Este complemento, contudo, não é explicitado em legislação, sendo inferido através de obras doutrinárias. Inobservância de uma obrigação objetiva de cuidado: é um dever que todos temos que analisar, porque são regras de conduta essenciais para que seja possível coexistir harmoniosamente em sociedade. Nesse sentido, cada indivíduo que compõe o corpo social apresenta a noção e parte da razão de que a responsabilidade de cuidado objetivo será vista através de seu semelhante. Uma infringência deste princípio ocorre nas hipóteses em que há imprudência, negligência ou imperícia. Sendo a imprudência, com efeito, a conduta positiva utilizada pelo agente que, por não

analisar a sua obrigação de cautela, causou o efeito danoso que era previsível. (CARVALHO, 2015, *online*)

Posto isso, conclui-se que a imprudência é, então, realizar alguma ação ou colocá-la em prática. Já a negligência, por sua vez, configura-se em deixar de fazer aquilo que a aplicação habitual impunha como precaução conhecida.

Por último, a imperícia caracteriza-se quando ocorre uma inaptidão momentânea ou não do agente para a prática de uma arte ou profissão.

Verifica-se, portanto, a pontualidade do Artigo 135 do Código Penal, o qual prevê responsabilização da pessoa que omitir-se de prestar cuidados elementares em momentos de risco, com agravamento em casos que acarretem em lesão ou morte.

Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte. Condicionamento de atendimento médico-hospitalar emergencial. (BRASIL, 1940, *online*)

Assim, compreende-se a pertinência deste entendimento na discussão acerca da culpa de um agente na ocorrência de uma ação que, por causa de ignorância de obrigação fundamental de cuidado, resultem em delito e, deste modo, existe a necessidade da ocorrência de um resultado naturalístico em faculdade da conduta do autor.

Logo, a título de exemplo, pode-se imaginar que, se o agente deixa um enorme vaso de plantas no parapeito de uma janela alta, o simples fato de o vaso ficar ali, não há crime culposo. Contudo, se o vaso desabar e machucar alguém, o agente responderá por lesão corporal culposa.

Art. 163 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Parágrafo único - Se o crime é cometido:

I - Com violência à pessoa ou grave ameaça;

II - Com emprego de substância inflamável ou explosiva, se o fato não constitui crime mais grave

III - contra o patrimônio da União, de Estado, do Distrito Federal, de Município ou de autarquia, fundação pública, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviços públicos;

IV - por motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima:

Pena - detenção, de seis meses a três anos, e multa, além da pena correspondente à violência. (BRASIL, 1940, *online*)

Deve haver um nexo de causalidade entre a conduta do agente praticada e a consequência dela advinda, para que esse possa ser controvertido ao agente. O fato tem que ser previsível ao agente: assim, se o fato se evadir completamente à previsibilidade do agente, ou seja, não se apresentar como provável ou indicar sua iminência de materializar-se, o resultado não lhe poderá ser atribuído.

Deste modo, é a possibilidade de conhecimento do perigo que sua conduta causa para os bens jurídicos alheios. Perante o exposto, conclui-se que é a previsibilidade que condiciona o dever de cuidado.

Ademais, em se tratando de crime culposos, a previsibilidade deverá ser objetiva, ou seja, o agente, no fato concreto, deverá ser alterado por um indivíduo de prudência. Se para essa pessoa o resultado perseverar, é porque poderá ser estimado imprevisível, e, então, não se poderia exigir do agente nada afora do que a aptidão normal dos homens.

Se o homem mediano, no lugar do agente, atuasse de forma desigual, e assim o resultado não viesse a ocorrer, é porque havia previsibilidade. Não obstante, obras clássicas do direito penal versam também sobre a previsibilidade subjetiva, em que se leva em avaliação as condições pessoais do agente, que se afere no caso concreto. A previsibilidade subjetiva será estudada se da exigibilidade, a conduta for diversa

Tipicidade, isto é, tem se a necessidade de previsão em lei do tipo culposos. Em regra, o código deverá conter expressamente uma ressalva sobre a culpa. Ante tal posicionamento, a autora Patrícia Vanzolini leciona que:

Os delitos culposos, no entanto, são compostos unicamente do tipo objetivo, inexistindo o tipo subjetivo. Mas, em troca, neles o tipo objetivo ganha um elemento normativo adicional, que é justamente a noção de culpa. Assim, entende-se, que no tipo culposos o agente pratica seu ato sem a intenção do resultado e sim por imprudência ou imperícia. (VANZOLINI, 2019, p. 392)

Assim como descrito pela autora, é possível observar a listagem de tipos culposos previstos no Código Penal Brasileiro, vejamos:

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

Superveniência de causa independente

§ 1º - A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou

Relevância da omissão

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

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
 - b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
 - c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.
- (BRASIL, 1940, *online*)

Reiterando que a norma no Código Penal é de que os crimes venham a ser dolosos ou culposos serão compreendidos ante a demanda pela descrição da conduta, se faz necessário abordar de forma muito breve, conceitos sobre a conduta omissiva ou comissiva.

1.2.2 Da Conduta Omissiva *versus* comissiva

Seguindo na análise das condutas admitidas como requisito de caracterização de um crime, encontramos duas condutas ligadas à ação do agente, as quais são: conduta omissiva e conduta comissiva.

Deste modo, o autor Cabete leciona da seguinte forma:

Crimes comissivos – aqueles que consistem em um agir. Ex. O autor do homicídio esfaqueia a vítima. Já quanto aos crimes omissivos próprios ou puros – aqueles crimes que contêm a descrição de uma conduta propriamente omissiva com verbos como “omitir”, “deixar de” etc. Ex. Omissão de Socorro (CABETTE, 2014, *online*)

Ante ao entendimento do autor, é possível identificar que os crimes omissivos são aqueles em que o agente se omite de tomar determinada ação para que o resultado desastroso seja obtido. Como exemplo de tal conduta poderá ser admitido delito de omissão de socorro ou até mesmo o abandono material.

Já o crime comissivo, em contrapartida da conduta omissiva, se trata de uma ação do agente, ou seja, o resultado é determinado por uma ação do agente e tal ação não decorre do mero acaso.

Seguindo na análise dos requisitos admitidos para a configuração de crime, o resultado da ação do agente é de suma importância para tal, é o que será estudado a seguir.

1.2.3 Do Resultado Jurídico

Toda ação ou omissão de conduta de um indivíduo, gera um resultado, ou seja, uma consequência. Desta forma, o autor Pontes esclarece acerca do resultado jurídico de uma ação. Vejamos:

O resultado é entendido como a modificação no mundo exterior provocada pela conduta: é a consequência da conduta. O resultado jurídico ocorre quando a efetiva lesão não se consuma (não muda o mundo exterior). No caso do homicídio, por exemplo, caso o agente não tivesse êxito na sua conduta, ele responderia pela tentativa de homicídio, desde que não cause lesão corporal. Por este motivo é que podemos afirmar que “A consumação do delito, em crimes formais, ocorre com o mero resultado jurídico, de forma que dispensa a mudança do mundo exterior para a obtenção do resultado típico”. (PONTES, 2018, *online*)

Assim como lecionado, a consequência da ação do agente é dada como resultado jurídico, ou seja, a ação do indivíduo gerou o resultado dano à vítima. Porém, importante se faz a análise do nexo ente a conduta e a consequência gerada, também conhecida como nexo de causalidade, o que será brevemente trazido ao texto a seguir.

1.2.4 Do Nexo de Causalidade

O nexo de causalidade é o elo que liga a conduta do agente com o resultado obtido. A função desse requisito é determinar o autor da infração, bem como o grau de dano causado à vítima.

É o elo entre a conduta do agente e o resultado: se a conduta deu ou não causa ao resultado. O nexo causal cumpre uma dupla função: determinar o autor do dano, e verificar a extensão a sua extensão, pois serve como aferidor para a imposição da medida de punição. (PONTES, 2018, *online*)

Fica entendido que o nexo de causalidade é a ligação entre a conduta do agente e o resultado obtido. Porém, para que a configuração de crime seja completa, é necessário que a conduta do agente seja entendida e reconhecida pelo legislador como uma conduta criminosa. Desta forma, será analisado a diferença entre tipicidade formal e tipicidade conglobante.

1.2.5 Da Tipicidade formal *versus* Conglobante

A tipicidade do crime, ou seja, o tipo de conduta que o agente desempenhará ante à vítima, deverá ser analisada de forma que se enquadre nas diretrizes estabelecidas pelo legislador.

Dito isso, é possível a análise da tipicidade formal, aquela que está prevista no ordenamento jurídico brasileiro como uma conduta criminosa, e também a conglobante, conduta essa que deverá ser contrária ao ordenamento jurídico em específico, e não apenas pela legislação criminal.

A tipicidade formal se configura quando a conduta praticada pelo agente se adequa com perfeição à descrição abstrata prevista no ordenamento penal. Observe-se, ainda, que a tipicidade formal é composta pela conduta, resultado naturalístico, nexos de causalidade e compatível subsunção do fato à lei. Dentro da ideia de tipicidade conglobante, a tipicidade penal seria a conjugação da tipicidade formal e da tipicidade conglobante, que, por sua vez, seria constituída de tipicidade material e antinormatividade. A teoria da tipicidade conglobante, 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. (STEFFEN, 2019, *online*)

A tipicidade formal é facilmente reconhecida pelo ordenamento jurídico pois o legislador aduz de forma clara nas leis penais as condutas consideradas crime. Porém, é possível o enquadramento de condutas consideradas como criminosas, pois se trata da ação do agente somada a uma antinormatividade jurídica em si.

Deste modo, assim como estudado os tipos de condutas consideradas como crime, a culpabilidade também é um requisito de suma importância no momento de reconhecimento do crime. Vejamos a seguir.

1.3 Da Culpabilidade

A análise quanto à culpabilidade do agente é imprescindível para a configuração da ilicitude do fato analisado.

Concluindo-se pela ilicitude do fato, por último deve-se averiguar se o fato é culpável, pelo que se deve averiguar a presença dos elementos essenciais da culpabilidade, quais sejam: a) imputabilidade; b) potencial consciência sobre a ilicitude do fato; c) exigibilidade de conduta diversa. (FERREIRA, 2008, *online*)

Desta forma, será trazido ao texto uma breve análise sobre a imputabilidade e a consciência do autor no momento do crime, bem como se era possível que este tivesse uma conduta diversa à criminosa. ⁶

1.3.1 Da Inimputabilidade

A inimputabilidade é a incapacidade do agente em ser responsabilizado pela conduta desempenhada. Ou seja, por mais que o agente tenha tido uma conduta criminosa, este por algum motivo não entendia que suas ações eram consideradas como crime.

É considerado inimputável aquele que não tem condições de autodeterminação na data do crime ou que seja inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato. O inimputável é isento de pena. Exemplo: portadores de doença mental totalmente incapacitados de compreender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (BIANCHINI, 2015, online)

A definição de inimputabilidade poderá ser dada através de análises ao tempo do crime, ou seja, a constatação se o agente possuía o entendimento de que suas ações teriam tais resultados e que suas ações são consideradas como crime.

A inimputabilidade é entendida através da idade do agente ao tempo do crime, bem como saúde mental, ou também pela potencial consciência do agente ou se outra conduta diversa seria permitida naquele momento.

1.3.2 Da Potencial Consciência Sobre a Ilícitude do Fato

A potencial consciência sobre a ilicitude do fato, nada mais é que o elemento da culpabilidade do autor do fato, que representa a compreensão de que a conduta que ele tem é reprovável.

A potencial consciência da ilicitude é o segundo elemento da culpabilidade, representando a possibilidade que tem o agente imputável de compreender a reprovabilidade da sua conduta. Não se exige do sujeito ativo uma compreensão técnica, um conhecimento jurídico sobre o enquadramento legal do evento praticado, mas apenas que tenha condições de perceber que o seu comportamento não encontra respaldo no direito, sendo por ele reprovado. Contenta-se com a percepção leiga, uma valoração paralela na esfera do profano. (MJ, 2020, *online*)

Assim como o entendimento de que a conduta adotada poderá ser reprovada, a exigibilidade de conduta diversa também é um elemento importante para determinar a culpabilidade do autor.

1.3.3 Da Exigibilidade de Conduta Diversa

A exigibilidade de conduta diversa, é a possibilidade em que o subconsciente tem de demonstrar ao autor, uma conduta diferente à aquela adotada.

Exigibilidade de conduta conforme o direito é elemento característico da culpabilidade, e contém noções sobre o conceito, princípios, a inexigibilidade de conduta diversa, estado de necessidade exculpante, coação moral irresistível, obediência hierárquica, e outros assuntos correlatos. (NAGIMA, 2016, *online*)

Dado entendimento acerca dos requisitos admitidos para a análise da configuração da culpabilidade do agente, neste momento, pontua-se as diversas perspectivas acerca da definição de conduta, as quais são apresentadas por meio das teorias jurídicas abaixo.

1.4 Das Teorias Adotadas pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro

Assim como em diversos contextos, no Direito Penal são aceitas diversas teorias, das quais refletem o entendimento dos pensadores e juristas renomados. Mesmo que haja uma corrente majoritária, as situações práticas vividas nos tribunais e durante as carreiras destes, refletem uma nova forma de interpretação da Norma.

Desta maneira, no ordenamento jurídico brasileiro é possível observar três teorias dominantes a respeito da interpretação daquilo que poderá ser considerado como crime.

Tais teorias serão abordadas neste tópico para que seja apresentado suas peculiaridades. São elas: Teoria do Causalismo, Teoria do conceito Neoclássico de Delito e a Teoria do Finalismo.

1.4.1 Teoria do Causalismo

Essa teoria se caracteriza pelo foco na observação do movimento corporal – ação – voluntário que é responsável por uma mudança no mundo exterior. A ela é direcionada contundente crítica de que nela não foi explicado o problema da omissão.

De acordo com a teoria causal conduta é o comportamento humano voluntário que produz modificação no mundo exterior. A vontade é a causa da conduta, e a conduta é a causa do resultado. O principal defeito dessa teoria é dissociar a conduta realizada no mundo exterior da relação psíquica do autor, deixando de analisar o conteúdo da vontade. A teoria causal não diferencia a conduta dolosa da conduta culposa, pois não releva qualquer indagação sobre a relação psíquica do agente para com o resultado. (TORRES, 2019, *online*)

Portanto, partidários desta perspectiva argumentam que a omissão seria a distensão muscular, ou seja, a realização de um deslocamento que altera a disposição das coisas ao seu redor.

Todavia, tal afirmação não pode ser considerada suficiente ou correta, pois, por exemplo, uma vez que uma mãe pode deixar de alimentar seu filho para ir fazer uma caminhada, não se aplicaria a noção de distensão, embora o problema continue evidente.

1.4.2 Teoria Do Conceito Neoclássico De Delito

Nesta vertente, a ação passa a ser entendida como a realização da vontade de um ser humano em meio ao mundo exterior.

O modelo neoclássico de fato punível, fundado no método neokantiano de observação/descrição e de compreensão/valoração, é o produto da desintegração do modelo clássico de fato punível e, simultaneamente, de sua reorganização teleológica, conforme os fins e valores do direito penal. (SANCHES, 2016, p. 135)

Deste modo, tal entendimento é capaz de explicar a omissão, a qual seria inspirada em um sentido normativo. No entanto, esta teoria falha ao não apresentar uma explicação para os crimes culposos, ou seja, no crime culposos, o autor não deseja a produção do resultado.

1.4.3 Teoria do Finalismo

Por meio desta interpretação, todo comportamento humano voluntário é concretizado através da ação dirigida a uma finalidade específica. Tal fim pode ser lícito, quando é inobservado um dever de cuidado ou utiliza algum meio inadequado para alcançar a finalidade desejada; ou ilícita, quando o agente atua com dolo, ou seja, com vontade de praticar algo que é proibido pela lei.

No finalismo o dolo e a culpa integram a conduta que foi deslocada para o tipo. Portanto, o finalismo retirou o dolo (elemento subjetivo) e a culpa (elemento normativo) da culpabilidade, antecipando a análise desses dois elementos para dentro do tipo penal. O finalismo, apesar de inovar, não explica o crime culposos, principalmente a culpa inconsciente, pois, nem toda conduta é direcionada a um fim previamente idealizado pelo agente. Não há como se imaginar a finalidade na conduta do agente que age culposamente. O finalismo também não explica os atos automáticos e os atos inconsciente. (TORRES, 2019, *online*)

1.4.4 Teoria Social da Ação

Por este viés, a ação é considerada todo comportamento socialmente relevante, assim, é o processo causal criado pelo homem, que produz um resultado desejado ou não, mas, sobretudo socialmente depreciado.

É inegável a relevância do conceito de conduta dentro do quadro da dogmática penal. Isso porque a missão do Direito Penal, em sentido amplo, é dirigir as condutas humanas em determinado sentido, e a forma como realiza essa missão é, inicialmente, avaliar as condutas, separando as desejáveis/toleráveis das indesejáveis/intoleráveis, para depois atrelar a essas últimas uma sanção penal. Deste modo, entende-se, que tudo começa com a noção de conduta. (VANZOLINI, 2019, p. 256)

1.5 Da Ilicitude

A ilicitude é a ação contrária ao que determina a lei, ou seja, aquilo que é reprovável aos olhos do legislador, que de forma clara e expressa trouxe o entendimento devidamente formalizado.

Para saber se o fato é ilícito, a melhor maneira é fazer um raciocínio *a contra sensu*; ou seja, deve-se verificar se está presente alguma das excludentes de ilicitude: a) estado de necessidade; b) legítima defesa; c) estrito cumprimento de dever legal; d) exercício regular de direito; e) livre e eficaz consentimento do ofendido. Se estiver, o fato não é ilícito. Se for lícito, inútil se continuar com a análise, pois isso já leva à conclusão sobre a inexistência de crime. (FERREIRA, 2008, *online*)

Tal conceituação dos atos ilícitos, poderão ser analisados pela formalidade, materialidade e também será possível que a ilicitude do ato do agente seja exclusiva. Vejamos de uma forma mais clara acerca destes fatores.

1.5.1 Da Ilicitude Formal

A ilicitude formal, é aquela que contraria a lei penal, assim como mencionado. Ou seja, a conduta do ser humano é considerada ilícita formalmente quando esta violar a lei penal, de tal forma que não cause uma lesão à coletividade social

1.5.2 Da Ilicitude Material

Por outro lado, a ilicitude material é assim considerada, quando uma ação prevista como ilegal e proibida pelo legislador, causa danos à coletividade social, causando danos ao bem-estar previsto pelo legislador na Carta Maior.

1.5.3 Das Excludentes de Ilicitude

Para que o princípio de justiça seja preservado, o legislador aduz na lei penal algumas situações consideradas ilegais, tenham o requisito da ilicitude exclusiva, para que a ordem seja mantida.

Desta forma, é possível que ações que englobem o estado de necessidade, bem como legítima defesa e o estrito cumprimento legal tenha um amparo na jurisdição, para que os agentes do caso em questão, não responda por um crime onde não teve a intenção de causar tal resultado, ou nos casos dos agentes públicos, em defesa da coletividade, tenha tomado decisões e ações que poderiam ser consideradas como crime, se não houvesse a obrigação de fazê-lo em favor ao dever legal. É o que será estudado no próximo capítulos.

2. DAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE

Conforme pontuado pelo Artigo 23, os Excludentes de Ilicitude são condições previstas em lei que alteram a observação de atos os quais, em circunstâncias normais, são tidos como ilícitos. Entretanto, dada a presença do excludente, afasta a ilicitude do crime, tornando-o aceitável juridicamente.

Neste capítulo, serão abordados os tipos consideráveis como excludentes de ilicitude, tais como: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal, e ao final, será abordado a novidade trazida pela Lei 13.964 de 2019, também conhecida como Pacote Anticrime, que traz a punição por excessos de ações do agente.

2.1 Conceitos Preliminares das Excludentes de Ilicitude

As causas de exclusão de ilicitude estão previstas no Código Penal, em seu Artigo 23, o qual prevê expressamente quatro delas, fazendo com que seja afastada a ilicitude do fato praticado pelo agente.

Todavia, no Código Penal considera-se que estão conceituados de forma completa apenas as condições de Estado de Necessidade e Legítima Defesa – estando o Exercício Regular do Direito insuficiente – deixando as demais por função da doutrina, jurisprudências e conceituação dos demais casos.

A exclusão da ilicitude se dá pela participação de certos elementos ou situações que dispersam a ilegalidade de uma ação. É um típico método de defesa no direito, pelo qual se configura uma regalia à interdição legal.

O estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito são exemplos de excludentes de ilicitudes. As excludentes de ilicitude não podem ser confundidas com as excludentes de

culpabilidade, que o direito anglo-americano o conceito penal semelhante é afamado como "justificação". (SERPA, 2020, *online*)

No Direito Penal, um delito se define, de maneira geral, pelo evento típico e pela antijuridicidade, isto é, o dano a um bem amparado pelo Direito; o excludente de ilicitude rigorosamente excepciona a antijuridicidade. Portanto, por exemplo, matar alguém intencionalmente corresponde ao delito de homicídio. No entanto, não haverá violação se tal ato foi cometido em legítima defesa.

Os elementos objetivos das causas de exclusão de ilicitude são: O Estado de Necessidade, que exige: Situação de Perigo Atual; Ameaça a direito próprio ou alheio; Situação não causada voluntariamente pelo sujeito; Inexistência do dever legal de afastar o perigo; Inevitabilidade do comportamento lesivo; Inexigibilidade de sacrifício do interesse ameaçado.

Conforme dispões o artigo 23 do Código Penal.

Exclusão de ilicitude

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.

Excesso Punível

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo. (BRASIL, 1940, *online*)

Malgrado isto, além dessas causas há aquelas consideradas supralegais de exclusão da ilicitude. Salienta-se que tais causas merecem notável certo destaque, embora não estejam presentes expressamente na lei, a qual podemos colocar como exemplo o Consentimento do Ofendido, o qual será aprofundado ao final deste tópico.

Deste modo, para que se possa concluir a existência de uma infração penal, há a necessidade de que o agente tenha cometido um fato típico, ilícito e culpável - estes requisitos estão conectados entre si e cada um deles depende do anterior.

Porém, quando há o excludente de ilicitude, uma pessoa que tenha cometido um crime é permitida que não seja punida por ele.

2.2 Do Estado de Necessidade

O Estado de Necessidade encontra-se descrito no Art. 24 do Código Penal, onde se conceitua a ideia de que há bens – ambos protegidos pela legislação – em conflito, como se houvesse um equilíbrio entre os eles.

Estado De Necessidade

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. (BRASIL, 1940, *online*)

Caracterizando os bens que podem estar em conflito, estes poderiam apresentar importâncias distintas ou equivalentes: no primeiro caso, pode-se supor um entrave entre uma vida e um patrimônio, já no segundo, duas vidas batalhando pela sobrevivência – conforme explicado pela anedota em que duas pessoas buscam superar um naufrágio disputando entre si um equipamento de salvamento em alto mar.

Deve-se então verificar o predomínio de um sobre o outro, tendo a necessidade de fazer um alterar a condição anterior entre eles. Porquanto se conclui que estaremos falando de estado de necessidade quando houver a colisão de bens juridicamente protegidos. Para se caracterizar o estado de necessidade, alguns elementos objetivos devem estar presentes, todos previstos no art. 24 do CP, bem como o elemento de natureza subjetiva, que configura no fato do agente saber ou acreditar que atua em estado de necessidade. (MELO, 2018, *online*)

Neste último destaque, pontua-se que ambas as vidas possuem a mesma relevância jurídica, mas o momento de necessidade exigiu que fosse feita uma ponderação entre elas, uma necessitou prejudicar a outra para preservar-se.

Em informação que será retomada a seguir, adianta-se que o Código Penal Brasileiro adota a perspectiva da Teoria Unitária do direito, a qual prevê a existência apenas do Estado de Necessidade Justificante, no qual a ilicitude é excluída, ou seja, é meramente justificante, pois não afasta a culpabilidade.

2.2.1 Dos Elementos do Estado de Necessidade

Deve-se acrescentar, também, a compreensão da outra teoria, a Diferenciadora, a qual, por sua vez, propõe dois tipos de Estado de Necessidade distintos, o Justificante e o Exculpante: sendo que o primeiro, novamente, exclui a ilicitude, mas o segundo, desta vez, exclui a culpabilidade. Porém, deve-se destacar as diferentes aplicações destes conceitos.

O Estado Justificante ocorre quando um bem com relevância maior necessita sobrepor-se a um bem de menor relevância, como é explicado pelo exemplo de que uma pessoa se encontra em uma situação em que precisa danificar um patrimônio para escapar de um perigo mortal.

Já o Estado Exculpante, através de resumo do consenso entre os doutrinadores célebres, se estabelece quando, ou bens de iguais relevâncias entram em conflito, ou quando um bem de menor relevância sobrepõe o bem maior.

Partindo para análise do conteúdo do artigo, depara-se com a primeira condição para a ocorrência do Estado de Necessidade: a demanda de salvar-se de perigo atual. Neste momento, faz-se mister discutir o significado de “perigo atual”, pois este é fundamental na aplicação deste excludente.

Para a maior parte dos juristas, “perigo atual” trata apenas das ameaças que estão ocorrendo simultaneamente, ou, no máximo, em iminência de ameaçar a integridade de um bem. Assim, exclui-se a hipótese de considerar um perigo passado – já solucionado – ou futuro – mesmo que previsível, estaria remoto, ou seja, sem iminência – seriam aceitos como excludentes para ação ilícita.

Partindo para o próximo elemento, encontra-se “perigo provocado pelo agente, que não por sua vontade”. Efetivamente, encontra-se divergência de interpretações acerca da consideração de “vontade”, pois parte da doutrina segue uma corrente a qual considera que apenas ausência de dolo pode configurar Estado de Necessidade – e, portanto, garantir a ilicitude –, porém, há aqueles argumentam favoravelmente à uma corrente mais exigente, defendendo que não apenas a ausência do dolo, senão também da culpa podem configurar o Estado de Emergência. Deste modo, tal divergência da doutrina é refletida também na jurisprudência.

Seguindo a sequência, o próximo item, “evitabilidade do dano” estabelece: caso haja uma maneira alternativa de garantir a integridade sem ter que praticar o dano, ou existir uma possibilidade de reação que seja baseada em uma conduta cautelosa para que inflija menos dano, não se configurará, portanto, o Estado de Necessidade. Deste modo, compreende-se que tal condição só será aplicada caso aquele que estiver em perigo não possuir alternativa ou esquiva. Assim, aquele que age em estado de necessidade, não poderá ter a opção de escolher – caso contrário, por exemplo, que uma pessoa aja de forma danosa sobre bens jurídicos assegurados em situação de perigo, mas que haja alternativa, deverá responder pelo excesso.

Ainda se destaca o elemento da inexistência do dever legal de enfrentar o perigo: aqui, aquele que tem por lei o dever de defrontar o perigo, não pode decidir pela saída mais cômoda.

Nesse sentido, caso opte pela opção de não o confrontar, o agente não será pautado pelo Estado de Necessidade. Este trecho se destaca sobretudo para servidores públicos de carreiras policiais. Tal condição será aprofundada posteriormente neste trabalho.

Uma última explicação deve ser direcionada ao trecho “direito próprio ou de terceiros”, pois este inclui uma exceção. Com efeito, no âmbito de garantir direitos próprios, toda a doutrina e legislação se mantém conforme já fora explicitado até o momento. Porém, na atuação para garantir os direitos de terceiros, há a restrição de que o agente só poderá agir pautado pelo Estado de Necessidade com fito de salvar bens indisponíveis, como a vida.

Assim, a atuação para salvar bens disponíveis de terceiros não seria protegida por este excludente – salvo a condição que este bem disponível ou seu responsável concorde com sua ação, de modo que torne a situação pautada pelo Estado de Necessidade.

Um último destaque cabe à noção de “razoabilidade do sacrifício”, na qual exige que a segurança de um bem não pode ser garantida perante sacrifício desigual. Por exemplo, uma pessoa que salvar-se de uma ameaça de dano a qual projetava lesão corporal não mortal a si mesma por meio de um sacrifício da vida de terceiro não configurará um sacrifício razoável, dado o desequilíbrio entre os bens juridicamente protegidos, e, portanto, não estabelecerá o Estado de Necessidade.

Todavia, o §2º do artigo 24 do Código Penal dita que, mesmo nessas condições nas quais não seja razoável exigir o sacrifício – ou seja, foi cometido um ato típico, ilícito e culpável, sendo considerado, então um crime dado a ausência do excludente – a pena pode ser reduzida de um a dois terços, pois a culpabilidade é diminuída.

É devido notar que tal classificação é diversa da inexigibilidade da conduta adversa, a qual, mesmo em casos desamparados pelo Estado de Necessidade, apresenta o afastamento integral da culpabilidade, negando a presença de um crime e, portanto, protegendo o autor da ação.

Com efeito, profissões tais quais policiais, bombeiros e salva-vidas apresentam dever de enfrentar o perigo e não se omitirem de situação perigosas as quais já haviam se comprometido a enfrentarem, assumindo o risco.

Deste modo, por exemplo, um bombeiro não pode negar auxílio a uma pessoa em situação de emergência por estar dentro de um prédio em chamas, alegando que a condição conferiria perigo à sua integridade. Isso ocorre, pois, o parágrafo do artigo exclui o estabelecimento de Estado de Necessidade nestas condições, acarretando na ilicitude do ato praticado.

Adiciona-se, porém, que tal noção é acompanhada por um princípio de razoabilidade, no qual o servidor cuja função é enfrentar o perigo pode não apenas ponderar sobre a relevância dos bens os quais ele estará protegendo – como em um momento de opção entre salvar uma vida e um patrimônio – ou em uma situação em que o agente já tenha tentado realizar o enfrentamento, mas de forma que não tenha obtido sucesso, assim, é permitido que este salve a si mesmo e remova-se do perigo, dado que não negou sua função.

Não obstante, salienta-se o trecho do parágrafo que versa “dever legal de enfrentamento”, o qual gera discordância em obras doutrinárias. Nesse sentido, o entendimento mais aceito desta frase dita que apenas servidores com funções previstas em leis para enfrentar o perigo devem ser excluídas do Estado de Necessidade.

Todavia, há juristas que defendem a visão de que profissionais sobre dever contratual de também confrontar o perigo – como seguranças particulares – deveriam ser igualmente vedados do acesso a este excludente de ilicitude.

2.2.2 Classificações do Estado de Necessidade

O Estado de Necessidade pode ser classificado de diferentes formas:

Primariamente, distingue-se as duas principais percepções: o Estado de Necessidade pode se manifestar de forma Defensiva, na qual um agente adota, em momento de perigo, uma conduta de proteção por meio de causar danos a aquele agente que proporcionava a ameaça. Por exemplo, se uma pessoa está sendo perseguida por um cachorro, poderia desferir golpes contra o animal de modo que o mate, pois, mesmo que fazê-lo em outras situações configuraria crime, a condição está protegida pelo Estado de Necessidade, pois o agente apenas agiu para parar o causador do perigo. (VANZOLINI, 2019, p. 251)

Diversamente, há a conduta Agressiva do Estado de Necessidade, a qual, por sua vez, é pautada pela atitude de proteção de um agente a si mesmo, porém, que não age contra o causador do perigo, mas sim contra terceiros inocentes.

Imagine que, em uma rodovia, o motorista verifica que, em sua traseira, aproxima-se um caminhão fora de controle, o qual oferece notável ameaça a sua vida caso o atinja. Deste modo, o motorista se salva através de uma manobra que leve seu carro bruscamente para o acostamento, desviando do caminhão desgovernado, mas que cause uma colisão com os veículos que estão parados no acostamento da estrada, os quais não havia qualquer ligação com o caminhão causador do perigo. Nesta condição, portanto, configura o excludente de ilicitude de Estado de Necessidade Agressivo.

Antes de prosseguir, todavia, registra-se fundamental adendo presente na obra do jurista e Promotor de Justiça André Estefam:

“A distinção acima não tem relevância para o Direito Penal (ambos excluem a ilicitude), mas repercute na órbita cível. O sujeito que age em estado de necessidade agressivo deverá reparar o dano causado ao terceiro inocente pela sua conduta, tendo direito de regresso contra o causador do perigo. O reconhecimento do estado de necessidade defensivo, por outro lado, afasta até mesmo a obrigação de reparar o dano causado pelo crime (a sentença penal que o reconhecer impedirá eventual ação civil ex *delicto*)” (ESTEFAM, 2012, p.81)

Ademais, existe também um elemento subjetivo, pautado pela motivação do agente, de que este precisa saber ou acreditar que atua em Estado de Necessidade para garantir os direitos de si mesmo ou de terceiros.

Por exemplo, pode-se supor dois cenários médicos radicalmente distinguidos pelas intenções dos atores: em primeiro caso, um médico identifica uma gravidez de alto risco em uma mulher gestante e então propõe uma operação de aborto para salvar a vida dela.

Assim, mesmo que a prática do aborto seja prevista como ilícita no Artigo 124 do Código Penal, o médico pode alegar Estado de Necessidade de terceiro, pois agiu para salvar os direitos da mulher gestante (BRASIL, 1940).

Em um segundo caso, um médico ginecologista comete adultério e engravida sua amante, a qual apresentava, a desconhecimento de todos, uma gravidez de risco, apresentando chances de morrer caso continuasse com a gestação. Após o aborto ser realizado e ser descoberto por terceiros, o médico poderia alegar que o fez para com fito de salvar a vida daquela mulher, porém, dada a sua verdadeira intenção de encobrir a gravidez.

Posto isso, compreende-se o papel diferenciador do elemento subjetivo, pois dada a sua presença, passa a negar o estabelecimento do excludente de Estado de Necessidade de terceiro para o agente que age de forma ilícita sem conhecimento prévio que o faria de forma a garantir a segurança ou os direitos de outros.

Outra problemática dentro do Estado de Necessidade é a de *Aberratio criminis*, ou seja, crime, ação na qual, por meio de uma resposta à ameaça em que a medida de segurança resulte em conclusão diversa da pretendida pelo autor, este estará abrangido pelo Estado de Necessidade.

Art. 74 - Fora dos casos do artigo anterior, quando, por acidente ou erro na execução do crime, sobrevém resultado diverso do pretendido, o agente

responde por culpa, se o fato é previsto como crime culposo; se ocorre também o resultado pretendido, aplica-se a regra do art. 70 deste Código. (BRASIL, 1984, *online*)

Por exemplo, pode-se imaginar que um pedestre passa a ser perseguido por um cachorro, e, para se proteger, saca uma arma e atira contra o animal. Porém, o tiro não o atinge, e ricocheteia no chão, acertando um outro pedestre que não estava relacionado ao incidente. Embora a situação seja complexa, o autor do disparo não terá que responder pela lesão causada ao terceiro, pois estará amparado pelo Estado de Necessidade, ancorado pela justificativa *Aberratio criminis*.

Diferentemente, ocorre o Estado de Necessidade Putativo, no qual o agente age imaginando uma ameaça que, em realidade, não estava presente no momento nem se concretiza. Todavia, o agente envolvido neste contexto age de forma a danosa a terceiros, pois pensou estar envolto em uma situação em que precisasse garantir a sua sobrevivência.

De qualquer forma, a maneira de lidar com este caso já está prevista no Artigo 20 do Código Penal:

Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.
 § 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo Erro determinado por terceiro (BRASIL, 1940, *online*)

Com efeito, o § 1º destaca as discriminantes putativas, na qual ocorre a isenção de pena quando o erro é justificado e compreensível pelas circunstâncias nas quais estava inscrito. Entretanto, ainda se realça que, caso o crime derive de culpa, não haverá isenção de pena.

Diante disso, resta analisar se o crime é desculpável (ou invencível), haverá isenção de pena. Porém, se o erro for indesculpável, vencível ou ainda inexcusável, o autor responderia por crime culposo.

À título de exemplo, imagine o seguinte contexto: em uma sala de cinema lotada, durante a exibição de um filme, uma pessoa realiza uma pegadinha e anuncia, falsamente, que o local está pegando fogo. Há dois desdobramentos possíveis para os eventos seguintes que alteram a conclusão jurídica: caso a plateia acredite na brincadeira e se desespere, pode ocorrer que haja um tumulto, no qual os espectadores pisoteiem-se para conseguir escapar do local no menor tempo possível, causando danos uns aos outros. Nessa circunstância, compreende-se que o erro pode ser caracterizado como invencível, dado a sua generalização entre a plateia. Porém, alternativamente, pode ocorrer que

apenas um espectador da plateia acredite na pegadinha e, somente ele se desespere, pisoteando terceiros. Nessa situação, todavia, conclui-se que a circunstância era vencível, e, portanto, o agente será julgado por crime culposo, dado que não se configurará Estado de Necessidade. (ESTEFAM, 2012, p.81-82)

Ainda há uma outra situação que pode causar o estabelecimento do Estado de Necessidade: a dificuldade econômica de um agente. Desta forma, uma pessoa que está passando por uma dificuldade econômica pode invocar o Estado de Necessidade para afastar a ilicitude de seus atos caso esteja ameaçado por um contexto em que sua sobrevivência esteja em risco, dada a insuficiência financeira.

Exemplo regular deste tipo de excludente de ilicitude se dá quando um pai de família desempregado e sem reservas econômicas torna-se incapaz de prover alimento e condições básicas de saúde para sua residência. Deste modo o pai volta-se para o furto de alimentos em mercados, de modo que consiga prover comida para sua família.

Assim, encontra-se um caso em que dois bens juridicamente protegidos – o patrimônio do mercado e as vidas do agente e sua família – mas que a ilicitude é afastada, pois, conforme verificou-se diante da situação desesperadora da fome, o furto famélico estabelece Estado de Necessidade.

Antes de progredir com os demais casos de excludentes de ilicitude, surge o debate acerca dos efeitos civis causados pelos danos ocorridos em Estado de Necessidade, ou seja, o prejuízo gerado sem apontar responsável para indenizar os afetados.

Diante disso, vale notar o Artigo 188 do Código Civil:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo. (BRASIL, 2002, *online*)

Assim, este artigo corrobora a visão de que atos em Estado de Necessidade não configuram ilicitude. Ademais, requer ressaltar também o Artigo 929 do Código Civil:

Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram. (BRASIL, 2002, *online*)

Posto isso, verifica-se que uma pessoa lesada por um agente que agiu em Estado de Necessidade, pode cobrar da agente indenização, caso não tenha culpa no ato que realizou o dano.

Com efeito, retomando o exemplo oferecido no caso do Estado de Necessidade Agressivo, em que um motorista de automóvel, de modo a se salvar de um caminhão desgovernado, joga seu carro sobre outros veículos estacionados no acostamento, indicaria que os donos dos carros atingidos – lesados pela ação – podem acionar indenização do motorista do automóvel que agiu de forma pautada por excludente de ilicitude.

Todavia, o Artigo 930 do Código Civil garante o seguinte:

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I). (BRASIL, 2002, *online*)

Nesse sentido, o artigo prevê o direito de regresso, ou seja: conforme o perigo inicial foi originado por um terceiro, o qual não causou diretamente o dano, mas sim de forma indireta, este último poderá ser alvo de uma ação regressiva por parte do autor direto do dano, de modo que o autor indireto seja o responsável pela indenização.

Posto isso, compreende-se que o princípio que rege o funcionamento jurídico acerca dos danos e indenização no Estado de Necessidade: por exemplo, caso uma pessoa esteja sendo perseguida por um cachorro e, para garantir sua integridade, matar o animal, estará protegida pelo excludente de ilicitude e não será obrigada a indenizar o dono do cachorro.

Embora de o Código Penal tenha adotado a teoria unitária, o princípio da razoabilidade permite abonar que se o bem sacrificado for de maior valor ao preservado, não é possível conferir o estado de necessidade.

Depois de cessar a agressão que estava ocorrendo contra a sua pessoa, o agente não para com seus atos e continua com a repulsa, a partir desse instante já estará agindo com excesso. Os resultados que surgem do excesso, ilícitos, são atribuídos ao agente, onde por eles será responsabilizado.

Contudo, a seguir segue os tipos de excesso previstos no ordenamento jurídico brasileiro:

Excesso doloso: esse pode acontecer de duas formas: Quando o agente, mesmo após conseguir cessar a agressão, continua o ataque porque quer

provocar mais lesões ou até a morte do agressor. Quando o agente, mesmo após conseguir cessar a agressão contra si, acredita que pode continuar até o fim, neste caso estaremos amparados pelo erro de proibição indireto previsto no art. 20 §1º. Excesso culposo: esse também pode acontecer de duas formas: Quando o agente, ao estimar mal a condição envolvida, acredita estar defendido por uma causa de justificação e em virtude disso, dá continuidade à conduta, um exemplo claro: a pessoa acha que vai ser agredida e efetua um tiro no outro, que acaba vindo a óbito. Quando o agente, por erro de cálculo na gravidade do perigo, excede-se, ocorrendo a culpa imprópria, onde haverá a aplicação do art. 20§1º, que são as descriminantes putativas. (ESTEFAM, 2012, p.82)

Já o excesso exculpante ocorre em virtude de medo, surpresa. Ele pressupõe uma agressão real, atual ou iminente. Quem está em legítima defesa e age com excesso então aquele que está sendo vítima de uma agressão que passou a ser injusta poderá agir em legítima defesa. A legítima defesa real versus a legítima defesa real – não é admitida, pois uma vez que a legítima defesa pressupõe uma agressão injusta.

Já a legítima defesa putativa versus a legítima defesa real é absolutamente exequível, porque quando o agente acredita que está atuando em legítima defesa e assim faz uma agressão, essa é injusta e, logo, é inteiramente possível ser repelida.

A legítima defesa real versus o Estado de necessidade real, também não é possível. Isso acontece porque, quem age em estado de necessidade, pratica uma conduta amparada pelo ordenamento jurídico. A conduta não é ilícita em nenhum dos dois casos apresentados.

Os ofendículos são aparelhos predispostos para a defesa do patrimônio, da vida, da probidade física, conforme nos casos em que é colocado arame farpado, cacos de vidro nos muros, cães de guarda para a integridade e segurança do lar. A discussão existe para se inferir a natureza jurídica dos ofendículos.

Em uma primeira corrente sustenta que seria circunstância de legítima defesa preordenada (os instrumentos estariam pré colocados e apenas agiriam caso os bens estivessem sendo agredidos). Em uma segunda corrente se sustenta que seria circunstância de exercício regular de um direito. Assim, importa compreender que os ofendículos, por nosso ordenamento jurídico, são aceitos.

Sendo assim, estudaremos então a excludente de ilicitude denominada como legítima defesa, apresentada no Código Penal no artigo 25.

2.3 Da Legítima Defesa

O conceito de legítima defesa está expresso no art. 25 do Código Penal e a Lei 13964/19 acrescentou um parágrafo único ao art. 25 que estabelece o seguinte:

Legítima Defesa

Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

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

Dada a impossibilidade do Estado de mostrar-se presente em todos os lugares com fito de garantir uma precise agir em própria defesa, visto que o Estado não pode oferecer proteção. Porém, tal premissa não é ilimitada, e, portanto, deve observar certos requisitos objetivos e subjetivos da legítima a preservação dos direitos, surgiu a legítima defesa de forma a acolher o agente que se vê em defesa – a qual jamais pode ser confundida com uma vingança privada.

Ademais, deve-se salientar que esta causa só pode ser aplicada quando o agente não possuir opção de recorrer ao Estado para que este lhe garanta os direitos.

2.3.1 Dos Elementos da Legítima Defesa

Conforme exposto anteriormente, segue-se com o aprofundamento dos requisitos e elementos da legítima defesa. Como elementos objetivos da legítima defesa como excludente de ilicitude, A é possível trazer as seguintes ações: Agressão Injusta, atual ou Iminente; Direitos do agredido ou de terceiros atacados ou ameaçado de dano; Uso dos meios necessários; Moderação no uso dos meios necessários.

Acerca dos bens amparados juridicamente pelo excludente de ilicitude de Legítima Defesa, o consenso entre os juristas indica que qualquer bem juridicamente tutelado – seja ele a vida, o patrimônio, a integridade física, entre outros – são passíveis de serem abrangidos por esta lei. Há, porém, exceções, as quais serão enumeradas abaixo.

Primeiro, o bem somente será passível de defesa se não for passível socorrer-se do Estado. Com efeito, caso algum agente esteja sofrendo ameaças verbais – mal futuro e grave – diretamente, porém estas não apresentem iminências de tornarem-se lesões, a vítima ainda não possui o direito de recorrer à Legítima Defesa para defender sua integridade e liberdade pessoais, pois o mal pronunciado à vítima não está ocorrendo, não é atual e tampouco está prestes a ocorrer, ou seja, não é iminente.

Deste modo, a vítima ainda pode procurar o Estado para se defender deste contexto. Acaso a ameaça verbal imediatamente materialize-se em lesão, a vítima possui o direito de usar da Legítima Defesa para se defender das agressões. Neste caso, nota-se a presença factual da

ameaça, ao contrário do mal futuro e grave que fora prenunciado no parágrafo anterior, o qual não caracterizava uso legítimo de defesa.

A segunda exceção dos bens que não podem ser protegidos pela Legítima Defesa são os Bens Jurídicos Comunitários – tais quais a fé pública, saúde pública, segurança do tráfego. Nesse sentido, caso um agente público esteja causando danos a um bem jurídico comunitário, como por exemplo a rede de saúde pública, um cidadão não poderia agir de legítima defesa para defender o patrimônio, pois, neste caso, a conduta não estará abrangida pelo excludente de ilicitude.

Injusta agressão: agressão significa ameaça humana de dano de um interesse juridicamente amparado. Agressão aqui precisa ser ato do homem. Seguidamente, não há legítima defesa contra os ataques de animais. A agressão deverá acontecer de forma injusta, ou seja, ela não pode, de qualquer maneira ser amparada por nosso ordenamento jurídico. Afronta não pode ser confundida com agressão injusta. (STEFFEN, 2012, p. 82-83)

Não há que se falar em legítima defesa caso ocorra apenas uma afronta (ou seja, implicâncias que deverão ser analisadas em conformidade com o caso concreto). Deve-se adotar de critérios de necessidade dos meios e proporcionalidade da repulsa.

Entretanto, aquele que provoca alguém com ausência de agredi-lo pode agir na defesa de sua pessoa, caso for provocado partira para o ataque.

Atualidade e iminência da agressão: diz-se que a agressão atual é aquela que está acontecendo e agressão iminente é aquela que apesar de não estar acontecendo imediatamente, irá ocorrer quase que imediatamente. Sendo a agressão remota, futura, não há que se dizer em legítima defesa. (STEFFEN 2012, p. 82-83)

O vocábulo iminente admite mais de uma interpretação, e uma compreensão restrita poderia deixar hipóteses de autêntica legítima defesa de fora do abrigo legal. Isso acaba provocando entre os cidadãos e agentes de segurança pública perplexidade sobre como reagir em determinados contextos.

Assim, vale consultar o posicionamento do jurista André Estefam na questão:

Atualidade ou iminência Atual é a agressão presente, que está em progressão, que está acontecendo. Por exemplo: uma pessoa saca sua arma e reage contra a abordagem de um ladrão, que acabara de anunciar o roubo. Iminente, quando está prestes a se concretizar. Outro exemplo: alguém saca uma arma tão logo percebe que seu rival, com quem discute, leva a mão ao coldre para sacar a sua. Não caberá legítima defesa diante do temor de ser agredido, muito menos

se alguém revidar uma agressão que, no passado, sofrera. A pessoa que reage em face de agressão passada vingasse; em vez de lícita, é, como regra, mais severamente punida (motivo fútil ou torpe). Se a agressão for futura, o agente também comete crime, pois faz justiça com as próprias mãos.” (STEFFEN, 2012, p. 83)

Em conjunturas de grande perigo e tensão, a indecisão pode ser mortal para inocentes. O uso de conceitos jurídicos indeterminados é uma técnica legislativa que visa uma finalidade específica: ceder flexibilidade e maleabilidade ao operador do direito, para que possa se adequar à lei a circunstâncias variadas.

Entretanto, é uma técnica que inegavelmente, gera insegurança jurídica. Portanto, se em deliberado momento histórico o legislador percebe que um conceito lícito indeterminado tem permitido no canal jurídico interpretações abundantemente conflitantes, o legislativo poderá compreender que convém agora elucidar expressamente algumas situações.

O novo parágrafo único trouxe uma aceção ao que já seria aplicável ao instituto da Legítima defesa, uma vez que o risco de agressão a uma vítima configura a iminência, ou seja, a agressão que está prestes a ocorrer, e, então, que autoriza a atuação do agente a operar em legítima defesa.

Defesa de direito próprio ou de terceiros: há possibilidade de o agente proteger direito próprio e também de terceiro. No entanto, duas coisas deverão ser levadas em apreço. A primeira é no sentido de que se deve levar em afeição o composto subjetivo do agente, ou seja, o agente deverá ter animus de agir em legítima defesa. Caso contrário, a mesma não poderá ser levada em afeição. (ESTEFAM, 2012, p. 83)

Em segundo lugar, como foi dito no estado de necessidade, o direito a ser protegido deverá ser indisponível, porque em sendo disponível, terceiro unicamente poderá sobrevir para defendê-lo com a anuência de seu titular.

Meios necessários: são todos aqueles meios eficazes e suficientes à repulsa da agressão que está sendo praticada ou que está prestes a sobrevir. Para que se possa dizer em meio necessário, é conciso que haja uma proporcionalidade entre o bem que se quer amparar e a repulsa contra o agressor. (ESTEFAM, 2012, p. 83)

O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade devem ser observados. A resposta deverá ser proporcional ao ataque. É essencial destacar ainda que, se o agente tiver à sua disposição vários meios aptos a causar a repulsa à agressão, deverá, todavia, escolher pelo menos gravoso.

Moderação no uso dos meios necessários: além de usar os meios necessários, o agente deverá, ao agir, fazer com moderação, sob pena de ser castigado pelo excesso. A lei quer impedir que o agente, inicialmente agindo em uma circunstância amparada pelo direito, ultrapasse aquilo essencial para cessar a agressão. (ESTEFAM, 2012, p. 83)

Para que possamos distinguir a moderação, devemos averiguar que é preciso considerar como marco aquilo que de veras fez com que cessasse a agressão.

2.3.2 Classificações da Legítima Defesa

Os bens que são amparados pela legítima defesa são: sustenta-se, majoritariamente, que todos os bens jurídicos que sejam abrigados pela lei podem ser aplicados ao instituto da legítima defesa. Desde modo, segue as espécies de legítima defesa:

Real e Putativa: é real quando a condição de agressão está, efetivamente, ocorrendo. Será putativa quando o estado de agressão for imaginário, ou seja, estar apenas na mente do agente. Na teoria limitada da culpabilidade, o erro perante uma das causas de justificação se descartável sobre uma circunstância de fato, será apreciado como erro de tipo permissivo. (ESTEFAM, 2012, p. 83-84)

Já a legítima defesa putativa é um dos casos clássicos de discriminantes putativas, que está prevista no art. 20 §1º do Código Penal.

Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

§ 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo (BRASIL, 1940, *online*)

A legítima defesa é própria quando o agente age de forma a se defender. Será de terceiro caso o agente sobrevir na defesa de terceiro. Já o excesso na legítima defesa ocorre quando o agente age favorecido por uma causa de justificação.

Existe um limite de ação permitido pela lei para que seja considerado uma ação que pode ter a ilicitude ser desconsiderada. Neste mesmo entendimento, existem momentos em que o cumprimento do dever legal exige que a ação do agente, outrora considerada ilícita, seja considerado lícito, dado item será tratado adiante.

2.4 Do Estrito Cumprimento do Dever Legal ou Do Exercício Regular do Direito

O Exercício Regular de um Direito é constituído pelo exercício de uma regalia conferida pelo ordenamento jurídico. Já o Estrito Cumprimento do Dever Legal é o empreendimento de um fato típico pela atuação de uma obrigação legal.

Primeiramente, infere-se do título os elementos fundamentais na caracterização deste excludente: de forma direta, assume-se a necessidade de haver um dever legal a ser estritamente cumprido – os quais recorrentemente referem-se aos profissionais da Administração Pública, como policiais e oficiais de justiça – os quais apresentam elementos objetivos e subjetivos.

O Código Penal conceitua de forma breve e insuficiente essa causa de exclusão da ilicitude. Contudo, perante análise do título oferecido à essa excludente, pode-se extrair os seus elementos. Ademais, vale-se um estudo sobre a doutrina e jurisprudência para compreendê-lo de forma completa. (COLHADO, 2016, *online*)

Com efeito, o “cumprimento do dever legal” deve observar os termos definidos pela lei como deveres instituídos aos servidores públicos, como intervenção deste funcionário na esfera privada, de modo que se assegure o cumprimento da lei, ou mesmo termos provenientes de ordens de superiores na ordem pública, os quais podem determinar a realização justificada de tipos legais, como a coação, a privação de liberdade, violação de domicílio, entre outros.

Em sua obra, André Estefam salienta casos tradicionais e conhecidamente abordados pela doutrina os quais são indubitavelmente protegidos pelo excludente de ilicitude Estrito Cumprimento do Dever Legal:

Exemplos de atos lesivos a bens jurídicos penalmente tutelados que são permitidos em lei e se enquadram na excludente em estudo: 1) CPP, art. 292: violência para executar mandado de prisão; 2) CPP, art. 293: execução de mandado de busca e apreensão e arrombamento; 3) oficial de justiça que executa ordem de despejo; 4) soldado que fuzila o condenado por crime militar em tempo de guerra, cuja sanção é a pena de morte. Como em todas as excludentes, também é possível que ocorra excesso (doloso, culposo ou exculpante).” (ESTEFAM, 2012, p. 261)

Por exemplo, pode-se imaginar que um policial encontre um criminoso realizando um ato ilícito. O agente da segurança pública, então, age de modo a garantir a ordem, efetuando a prisão do infrator.

Assim, compreende-se que, para realizar tal medida, deve privar a liberdade desta pessoa – porém sua ação está acobertada pelo excludente de ilicitude de estrito cumprimento de dever legal.

Além disso, destaca-se do trecho “estrito cumprimento” a noção de que a execução do dever legal deve ser realizada de forma e termos exatamente previstos pela lei, não podendo de forma alguma ultrapassá-la.

A valer, um policial que estiver efetuando uma prisão em flagrante pode empregar da força moderada e razoável, porém, não pode aplicar agressões demais extrapolar da força necessária para concluir tal operação – assim, caso houver o excesso, configurar-se-á ilicitude.

Por certo também, um oficial de justiça o qual for incumbido do dever de efetuar um mandato de busca e prisão de um promotor e organizador de festas, realizar, de forma simultânea e paralela a apreensão dos aparelhos sonoros, mesmo que não haja pedidos legais para tal medida – as quais foram antecipadas pelo próprio oficial.

Nesta conduta, compreende-se que o oficial de justiça não se manteve ao estrito cumprimento dos deveres, pois extrapolou de sua autoridade, configurando então excesso. Em sua obra, Zaffaroni sustenta que:

Se estiver perante a excludente de Estricto Cumprimento do Dever Legal, na realidade, a tipicidade que deverá ser afastada, pois devemos averiguar o ordenamento jurídico como um todo, em motivo daquilo que chamamos de tipicidade conglobante. (ZAFFARONI, 2002, p. 261)

Posto isso, entende-se que, quando um servidor age em excesso, suas medidas não são amparadas pelo excludente de ilicitude de Estricto Cumprimento do Dever Legal, pois ultrapassa a ordem dada.

Neste momento, vale destacar que o tema do abuso de autoridade retornará com maior profundidade nos tópicos seguintes deste trabalho. Assim, não é possível ter uma regra jurídica que proíba e outra que fomente. Em condão desse posicionamento é que estaria havendo um esvaziamento das causas de exclusão da ilicitude.

No entanto, devemos recordar que isso é somente um estudo e no Brasil, o estrito cumprimento do dever legal é apreciado como uma causa de exclusão da ilicitude, devendo, portanto, ser respeitado.

Dando continuidade ao terceiro inciso do Artigo 23 do Código Penal, aborda-se então o excludente de ilicitude de Exercício Regular de Direito, o qual, todavia, novamente sofre da ausência de conceituação própria na legislação.

Exclusão de ilicitude

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: [...] III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. (BRASIL, 1940, *online*)

Iniciando pela denominação, o “exercício regular do direito” refere-se a ações executadas dentro das normas, das quais o agente possui direitos para fazê-lo. Registra-se, neste instante, conforme defendido por Estefam, que o dito direito pode, neste caso, abranger não apenas as leis tradicionais, mas pode também ser extraído dos costumes.

Efetivamente, podem derivar de normas do Código Civil, do Código Penal, do Código do Consumidor, entre outros – ou seja, qualquer regra autorizando o ator a agir de determinada maneira.

Exemplo corriqueiro deste excludente se encontra nas práticas esportivas violentas, tais quais as atividades de lutas, pois, mesmo que os praticantes recorrentemente agridem-se e ocasionam lesões uns aos outros, o fazem dentro de um contexto em que tal conduta seja permitida pelo regulamento. (ESTEFAM, 2012, p. 394)

Ou seja, desde que os atletas permaneçam dentro dos espaços destinados à prática específica, permanecerão dentro dos limites admissíveis pelo ordenamento jurídico, pois aplicar-se-á o excludente de ilicitude de Exercício Regular de Direito.

Da mesma maneira, compreende-se a aplicação do Artigo 1.283 do Código Civil:

Art. 1.283. As raízes e os ramos de árvore, que ultrapassarem a estrema do prédio, poderão ser cortados, até o plano vertical divisório, pelo proprietário do terreno invadido. (BRASIL, 2002, *online*)

Tal Artigo fundamenta-se sobre a noção de que, dada a definição exata de localização das divisórias, o dono de terreno invadido pela planta gozará de excludente de ilicitude para cortar a seção da árvore cuja propriedade não lhe cabe.

Todavia, nota-se a necessidade de considerar – dada a ênfase na regularidade em “exercício regular” – também a ponderação nesta análise, pois, caso um agente extrapole ou aja em excesso conforme o regulamento, acarreta na ultrapassagem da compreensão de ato lícito, o que leva a causa de exclusão da ilicitude se extingue.

Desta forma, o excesso na conduta será trabalhado de forma detalhada no tópico a seguir.

2.5 Do Excesso Punível

O excesso punível se inicia quando o a agressão injusta é cessada e o agente que estava se defendendo continua sua “defesa” mesmo que seu agressor tenha parado. Sendo assim, o Código Penal apresenta ainda que o excesso punível pode ocorrer em duas modalidades, sendo elas a forma culposa e a forma dolosa.

Na modalidade culposa, a vítima, depois de cessar a agressão injusta, age de forma negligente, imprudente ou imperita e dessa forma, dá continuidade à sua “defesa”. Deste modo, a Lei 13.964 de 2019 trouxe uma atualização para o Código Penal no que tange às ações que poderão considerar a exclusão da ilicitude da ação. Vejamos:

Exclusão de ilicitude

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

Excesso Punível

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos. (BRASIL, 1940, *online*)

Na modalidade dolosa, a vítima, decide por vontade livre e consciente continuar a “defesa” após cessada a agressão injusta. O autor André Estefam leciona da seguinte forma:

Verifica-se que há ainda maior diferenciação dos tipos de Excesso: o excesso voluntário (ou consciente) se dá quando um agente agia de modo protegido por um excludente de ilicitude, mas, conscientemente, age de modo a intensificar e exagerar sua conduta – assim, o excludente é afastado e o agente passa a responder por dolo; o excesso involuntário, por sua vez ocorre a intensificação na reação na conduta previamente protegida por excludente não é consciente, ou seja, irracional, tal qual quando motivada por medo ou leitura equivocada da situação – neste caso, o agente responderá pelo resultado de sua ação mas, dessa vez, à título de culpa (apenas se o crime for previsto em lei); já o excesso exculpante manifesta-se na medida que um agente reage a situação em que lhe fora apresentada, falsamente, maior risco do que de fato havia – deste modo, o autor não responderá pelo crime, sendo afastado tanto a culpa quanto o dolo. (ESFEFAM, 2012, p. 157)

A verdade é que no dia a dia diferenciar a legítima defesa e o que é o excesso de punível mostra-se como um exercício hercúleo, ou seja, são situações extremas nas quais os elementos que envolvem a injusta agressão são complexos, como: abalo emocional dos envolvidos, a medida do que é a moderação no caso concreto, o momento preciso em que se para a injusta agressão e passa para o excesso, entre outros, salvo nas hipóteses em que o agente demonstra claramente com seus atos depois da defesa que sua real intenção era de fato vingar-se da agressão injusta.

Esses são os requisitos objetivos das causas excludentes de ilicitude, mas, conforme considerável fração da legislação brasileira, não são suficientes para caucionar a exclusão, colocado que ao lado dos requisitos objetivos de cada uma delas, há, implicitamente uma condição subjetiva, consolidada em saber se está atuando abrigado por uma dessas causas.

Trata-se, assim, de noção profundamente nebulosa aferir se de fato aconteceu ou não o excesso punível.

3. A LINHA TÊNUE ENTRE O EXCESSO PUNÍVEL DOLOSO E O ABUSO DE AUTORIDADE

O procedimento padrão do estabelecimento de leis que criam crimes e cominam penas precisas dita que estas sempre devem tornarem-se uma Lei Federal – a qual é aprovada no Congresso Nacional, em ambas as casas, e por maioria simples.

Dado este panorama, o trabalho passa a focar especificamente no desenvolvimento jurídico do tema do abuso de autoridade no ordenamento jurídico brasileiro.

3.1 Conceitos Preliminares sobre o nexó entre Excesso Doloso e o Abuso De Autoridade

O excesso de ação de forma dolosa poderá ser considerado quando este tem o entendimento e é consciente do resultado que poderá produzir. Já o abuso de autoridade, poderá ser considerado quando o agente, por intermédio de sua função, tem ações que fogem ao limite aceitável.

Entende-se por excesso quando o agente vai além dos limites permitidos para a proteção de seu direito, tendo este “*plus*” desnecessário sido cometido de forma dolosa ou culposa. Neste estudo, adota-se o excesso cometido de forma dolosa, pois é o que mais se aproximada da legítima defesa com excesso exculpante. (BAYER, 2013, *online*)

Deste modo, é necessário que as análises das ações em decorrência da forte emoção do momento poderão produzir resultado diverso e não ser apenas uma justificativa de ações carregadas de abuso do poder que a função que o agente desempenha.

Diante deste entendimento, necessário se faz a análise da Lei 13.869 de 2019, bem como suas peculiaridades.

3.2 Lei 13.869 de 2019 – Lei de Abuso de Autoridade

A Lei de Abuso de Autoridade seguiu esse trâmite, apesar de ser aprovada por acordo de lideranças partidárias. Depois de sua aprovação nas duas casas do parlamento, foi encaminhada para a validação do Presidente da República, que para analisar a viabilidade da norma constitucional, regularmente, pediu assistência ao Ministério da Justiça. Após a sanção e os vetos presidenciais, a lei é publicada no Diário Oficial da União e passará a ter vigência após a sua *vacatio legis*.

O tempo de vacância da lei é um período regular, previsto na Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro – LINDB, que é de 45 dias. Porém nada impede a escolha de outro período de vacância determinando pelo Parlamento, inclusive nenhum, fazendo a lei entrar em vigor na data de sua publicação.

Art. 316 - Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida:
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1º - Se o funcionário exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza:

Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa

§ 2º - Se o funcionário desvia, em proveito próprio ou de outrem, o que recebeu indevidamente para recolher aos cofres públicos:

Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa. (BRASIL, 1940, *online*)

A nova Lei de Abuso de Autoridade conta com *vacatio legis* de cento e vinte dias após publicada, prazo o qual já está em vigor. Publicada a lei, seu texto oficial sancionado e vetado volta para o Congresso Nacional, para que os vetos presidenciais sejam avaliados pelo Parlamento.

A não aprovação se enquadra na discordância que o Presidente da República tem com determinado projeto de lei que foi aprovado pelas Casas Legislativas do Congresso Nacional. É determinado pela Constituição que ele seja analisado pelos parlamentares em sessão conjunta, tendo como requisito necessário a maioria absoluta dos votos de Deputados e Senadores para sua aversão.

Caso não ocorra a apreciação do veto, depois de 30 dias do seu recebimento, será incluído automaticamente na pauta do Congresso Nacional, interrompendo assim as demais deliberações até que seja realizada sua votação. Depois de aceito ou recusado o texto da lei torna-se permanente até que seja revogado ou declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário.

Embora esta lei apresente, em sua integralidade, quarenta e seis artigos e diversos parágrafos únicos, foi realizado este recorte a ser enfatizado de acordo com o tema central deste trabalho.

Previstos no artigo 3^a desta Lei, os crimes, são de ação penal pública incondicionada, ou seja, aquela que independe de manifestação de vontade da vítima. Em seu § 1^o nos traz que será admitida a ação privada caso a ação penal pública não seja realizada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público modificar a queixa, rejeita-la e oferecer denúncia substitutiva, sobrevir em todos os termos do processo, prover elementos de prova, contestar e a todo momento, em caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

No parágrafo 2^o traz que a ação privada subsidiária deverá ser exercida no prazo de 6 meses, a partir da data que se esgotar o prazo para a oferta da denúncia.

Na ação penal pública incondicionada os crimes são de ação penal pública incondicionada, porém, o problema em fazer essa afirmação no plano normativo é que o problema está no fato de a ação penal pública incondicionada ser a regra geral dos crimes e sendo a regra geral, desobriga o esclarecimento expresso nos tipos penais. Portanto, basta a lei permanecer em silêncio e automaticamente o crime será de ação penal pública incondicionada.

Deste modo nos traz o Código Penal (1.940) em seu artigo 100, que a ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do prejudicado. As razões de proibição foram feitas nessa acepção, pela completa desnecessidade da regra.

Ação Pública e de Iniciativa Privada

Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

§1^o - A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.

§2^o - A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo.

§3^o - A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal.

§4^o - No caso de morte do ofendido ou de ter sido declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. (BRASIL, 1940, *online*)

No silêncio da nova lei, que é uma legislação especial onde é utilizado o Código de Processo Penal, conforme expresso no artigo 3 do Código de Processo Penal, que a lei processual penal permitirá a interpretação ampla e aplicação analógica, bem como o acréscimo dos princípios gerais de direito.

Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito. (BRASIL, 1941, *online*)

O artigo 3ª da nova lei é uma mistura dos artigos do Código de Processo Penal, do Código Penal e da Constituição Federal.

Art. 3º Os crimes previstos nesta Lei são de ação penal pública incondicionada.

§ 1º Será admitida ação privada se a ação penal pública não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

§ 2º A ação privada subsidiária será exercida no prazo de 6 (seis) meses, contado da data em que se esgotar o prazo para oferecimento da denúncia. (BRASIL, 2019, *online*)

Ao se falar dos novos tipos penais tem-se que a nova lei cria tipos penais específicos para punir na esfera criminal os agentes públicos, expressos em seu artigo 2º.

Deve-se destacar os 5 elementos subjetivos do injusto, elementos subjetivos especiais, dolos específicos alternativos.

Embora com todo o alarde em volta da lei, que o ato criminal do abuso de autoridade tem finalidade, para a sua caracterização, bem específicas que, ausentes, não caracterizam nenhum dos novos delitos. As finalidades específicas previstas na lei, alternativas, são as seguintes: prejudicar outrem; beneficiar a si mesmo; beneficiar terceiro; por mero capricho; ou por satisfação pessoal. (SANCHES, 2019, *online*)

Na prática caso não sejam provados esses elementos subjetivos os fatos se tornaram atípicos por insuficiência de conduta penalmente relevante, não sendo caracterizado crimes dessa lei.

Segundo a análise de Gabriela e Ivan Marques perante a obra de Cezar Roberto Bitencourt, para que exista punição por abuso de autoridade, no plano penal, urge que seja especificado o conceito de agente público como sujeito ativo dos crimes dessa lei. Temos, hoje, em vigor, alguns conceitos a respeito de quem seriam os agentes públicos, passíveis de punição criminal. O art. 84 da Lei de Licitações apresenta um conceito próprio para os agentes delitivos que praticam os crimes dessa Lei n. 8666/93, ou seja, para se caracterizar abuso de autoridade, o sujeito ativo do crime deve ser um agente público.” (MARQUES & BITENCOURT, 2020, p. 104).

Nesse sentido, em sequência apresentar-se-á aprofundamento sobre as principais particularidades no que tange o âmbito das carreiras policiais – a qual, por sua vez, receberá foco no tópico seguir.

3.2.1 Das Prerrogativas da Função

As prerrogativas da função dos agentes públicos, estão listados no artigo 2º da Lei, conforme disposto a seguir:

Art. 2º É sujeito ativo do crime de abuso de autoridade qualquer agente público, servidor ou não, da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de Território, compreendendo, mas não se limitando a:

I - Servidores públicos e militares ou pessoas a eles equiparadas;

II - Membros do Poder Legislativo;

III - membros do Poder Executivo;

IV - Membros do Poder Judiciário;

V - Membros do Ministério Público;

VI - Membros dos tribunais ou conselhos de contas.

Parágrafo único. Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função em órgão ou entidade abrangidos pelo caput deste artigo. (BRASIL, 2019, *online*)

Sobre este trecho, salienta-se o posicionamento de Fernando da Costa Tourinho Filho, o qual defende que a Constituição caracteriza o Foro por Prerrogativa de Função devido a razão da pessoa, ou *ratione personae*: “consiste no poder que concede a Órgãos Superiores da Jurisdição de processarem e julgarem determinadas pessoas”. (TOURINHO FILHO, 2003, p. 129)

A norma penal explicativa afasta a tipificação de crime de abuso de autoridade para uma ação jurisdicional interpretativa simples. Interpretar não pode ser definido como delito de hermenêutica. Desse modo, não poderá o indivíduo que se intuir prejudicado com o arbitramento funcional alegar abuso de autoridade, se for somente a posição do servidor perante da norma e de sua interpretação.

Rui Barbosa alertava em relação ao absurdo de tipificar a interpretação jurisdicional, inquietude com a uniformização da jurisprudência e os enunciados vinculantes ao Supremo Tribunal federal (STF), que demonstram a ausência jurisdicional por compatibilidade, expondo os jurisdicionados ao arbítrio de quem age de maneira repressiva.

Aproveita-se, neste momento, para salientar a contribuição de Carlos Maximiliano, o qual dita argumenta: “a hermenêutica se aproveita das conclusões da filosofia jurídica, criando novos processos de interpretação e organizando-os de forma sistemática. A interpretação é a aplicação da hermenêutica.

A hermenêutica descobre e fixa os princípios que regem a interpretação.”. Assim, compreende-se a fundamental posição da interpretação do texto no papel de delimitar os limites de uma norma jurídica.

Embora a lei puna de forma ampla os agentes públicos que praticam essas finalidades, o dolo direto das condutas designadas pelo legislador, a análise subjetiva da participação desses dolos está ligada aos princípios do contraditório, da ampla defesa, da livre investigação e valoração das provas, da livre convicção, da necessidade da motivação das decisões judiciais e da comprovação perante a parte da acusação.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

LV - Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (BRASIL, 1988, *online*)

A persecução penal depende de análise jurisdicional para perceber a delação ministerial, porque todos os delitos são de ação penal pública incondicionada, e para condenar nos termos da acusação inicial.

Ademais, o posicionamento do magistrado de primeira instância tem a possibilidade de ocorrer o duplo grau de jurisdição. Desta forma, a avaliação dos fatos se torna imprescindível.

3.2.2 Avaliação dos Fatos

Cumprindo norma legal, não há o que se dizer de abuso de autoridade, pelas circunstâncias que o agente atua por exemplo: ao adentrar um domicílio em circunstância de flagrante delito, não pode ser caracterizado como um criminoso por acreditar, com razões fáticas, estar ocorrendo dentro da residência um crime.

Os agentes públicos podem atuar apenas no estrito cumprimento do dever legal, ao contrário dos particulares, esses podem atuar em razão do exercício regular de direito. Caso,

depois do ingresso ficar constatada uma má avaliação do agente, a lei de abuso de autoridade afastará a tipicidade formal diante dessa situação *in casu*.

No Brasil, está em vigor o sistema da livre apreciação da prova pelo magistrado para a maioria dos ritos, e o livre convencimento para os julgamentos feitos pelos jurados. Em qualquer dessas duas situações, a avaliação das provas, a importância atribuída a qualquer uma delas, por se tratar do simples exercício funcional não se pode levar à conclusão de abuso.

Nessa aparente situação, o que irá caracterizar o crime é o dolo direto do tipo específico acrescentado do dolo específico aqui especificado.

Sujeito ativo do crime de abuso de autoridade é qualquer agente público, servidor ou não, da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos três Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo, porém não se limitando ao texto legal. Vejamos:

Art. 2º É sujeito ativo do crime de abuso de autoridade qualquer agente público, servidor ou não, da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de Território, compreendendo, mas não se limitando a:

I - Servidores públicos e militares ou pessoas a eles equiparadas;

II - Membros do Poder Legislativo;

III - Membros do Poder Executivo;

IV - Membros do Poder Judiciário;

V - Membros do Ministério Público;

VI - Membros dos tribunais ou conselhos de contas.

Parágrafo único: Reputa-se o agente público, conforme esta lei, todo aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função em órgão ou entidade abrangidos pelo caput deste artigo. (BRASIL, 2019, *online*)

Deste modo, para existir punição do ato de abuso de autoridade, no propósito penal, exige-se que seja especificado o conceito de agente público como sujeito ativo dos tipos penais explícitos nessa lei. Hoje está em vigor conceitos sobre quem seriam os agentes públicos, passíveis de punição criminal.

Conforme a Lei 8.666 de 1993, a sua própria definição de servidor público passa a escolher a terminologia servidor público, mas é a mesma aceção disposta no artigo 327 do Código Penal (CP). A única diferença entre os dois é que está relacionada à aparência equiparada dos funcionários e servidores públicos.

No Código Penal se equipara a funcionário público aquele que trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a realização de atividade típica da Administração Pública.

No entanto para a Lei 8666/93, a figura equiparada são as entidades sob controle, direito ou indireto, do Poder Público.

Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. (BRASIL, 1993, *online*)

O Código Penal adotou uma posição extensiva a respeito do conceito de funcionário público. A descrição de servidor público aplicada pela Lei 8.666 de 1993 é a mesma da insculpida no art. 327 do CP, isto é, abrange todas as hipóteses em que o autor dos fatos apresenta algum nexos com o Estado, mesmo que de forma temporária e com falta de remuneração.

Por outro lado, o conceito de funcionário público por equiparação em relação ao art. 84, § 1º, da Lei 8666/93) é mais abrangente quando comparado com o art. 327, § 1º, do CP, porque a lei especial fez questão de destacar expressamente as fundações públicas, as empresas públicas, sociedades de economia mista e as demais entidades controladas pelo Poder Público.

Em caso de um eventual conflito aparente de normas, aplica-se a máxima *lex specialis derogat legi generali*, ou seja, a lei especial (Lei 8.666/93) que afastará a aplicação da regra geral. O sujeito ativo do crime de abuso de autoridade será qualquer agente público, servidor público ou não da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos três Poderes da União, do Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Para os efeitos dessa lei, considera-se agente público aquele que exerce mesmo que transitoriamente ou até mesmo sem remuneração, elegido por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo o mandato, cargo, emprego ou função em órgão ou entidade da Administração Pública.

Elencados no artigo 2.º, um rol exemplificativo de agentes públicos que são capazes de praticarem condutas de abuso de autoridade. Vale destacar que a lei afirma que compreendendo, mas não se limitando a ela, outras pessoas poderão ser culpadas por crimes de abuso de autoridade, ainda que fique fora desse rol exemplificativo, como, por exemplo, os

advogados conveniados na Defensoria Pública, quando atuam em nome dos hipossuficientes, por acordo ou contrato de serviço.

A coautoria e a participação, em regra, nos crimes de abuso de autoridade, ainda que próprios, são admitidos segundo o Código Penal (1940), no artigo 30 comunicam-se as circunstâncias e as condições de critério pessoal, salvo quando rudimentar ao crime.

Ser agente público é o básico de todos os crimes desta lei e, logo, comunicam-se aos demais agentes delitivos quando praticado o crime em concurso de pessoas, desde que a conjuntura de agente público seja afamada pelo coautor ou partícipe. Portanto, é exequível que um particular responda pelos crimes dessa lei como se fosse uma autoridade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluídos os capítulos, apresenta-se, então, após uma breve revisão bibliográfica, e pesquisa sobre o ordenamento jurídico brasileiro, levantando informações acerca das particularidades presentes nas leis acerca dos excludentes de ilicitude e abuso de autoridade, uma exposição da realidade do tipo de conduta do agente e suas aplicações dos excludentes de ilicitude.

Com efeito, ao longo da execução desta monografia, foram contrastados frequentemente exemplos práticos encontrados na rotina cotidiana de agentes do poder público dotados de discernimento quanto às normas previstas, bem como das limitações de suas ações.

Este trabalho foi elaborado em três capítulos e seus subcapítulos, objetivando apontar a verdadeira realidade encontrada nos dias atuais referente a essa temática levada em questão.

O primeiro capítulo versou sobre a conduta que apresenta o comportamento humano, ou seja, uma ação causada por uma pessoa, onde as formas de ação, podem ser classificadas como dolosa ou culposa. A primeira caracteriza-se quando o agente, diretamente, quer a produção de um resultado ou assume o risco de sua produção, configurando o dolo. E a culposa, quando o agente atua sem tomar os devidos cuidados, agindo com imprudência, negligência ou imperícia. Sendo assim regra prevista em nosso Código Penal é que o crime sendo doloso, somente poderá ser punido por culpa se houver previsão legal.

O segundo capítulo trouxe as excludentes de ilicitude que se dão pela participação de certos elementos ou situações que dispersa a ilegalidade de uma ação. É um típico método de defesa no direito, pelo qual se configura uma regalia à interdição legal.

No direito penal, um delito se define, de maneira geral, pelo evento típico e pela antijuridicidade, isto é, o dano a um bem amparado pelo Direito; a excludente de ilicitude rigorosamente excepciona a antijuridicidade. Portanto, por exemplo, matar alguém intencionalmente corresponde ao delito de homicídio. No entanto, não haverá violação se tal ato foi cometido em legítima defesa. O estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito

cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito são exemplos de excludentes de ilicitudes.

As excludentes de ilicitude não podem ser confundidas com as excludentes de culpabilidade, que o direito anglo-americano o conceito penal semelhante é afamado como "justificação". Deste modo, engana-se aquele que acredita que os agentes de segurança pública estão autorizados a matar sob o argumento do estrito cumprimento do dever legal, o que tornaria sua ação legítima, excluindo toda conduta criminosa.

Não existe lei que determine ou autorize ao policial o uso da força letal. Longe disso, o uso da força deve ser de forma proporcional, razoável e gradual. Contudo, de igual forma, não há lei que obrigue o agente de segurança pública renunciar seu bem mais importante, que é sua vida.

Esta é inviolável, recebendo a garantia do próprio Estado para que o seu titular adote as medidas cabíveis, moderadas e necessárias para fazer cessar contra si agressão injusta ou iminente.

Neste mesmo viés, ainda pode-se analisar que nenhuma destas leis ou normas têm legitimidade para obrigar o agente de segurança pública a sacrificar a própria vida e renunciar a este direito fundamental. Destarte, a ação do policial que, para afastar agressão injusta ou iminente, utiliza de meios moderados e necessários, é indiscutivelmente legítima, ficando descaracterizada qualquer ilicitude ou crime.

Dito isso, o maior problema na excludente de ilicitude - Estrito Cumprimento do Dever Legal - é o Abuso de Autoridade, que existe quando o funcionário público usa seu poder com excesso, ou seja, extrapola no seu ato de cumprir com a lei de modo que vise beneficiar a si mesmo ou terceiro, tirando vantagem de alguma situação, ou até mesmo por mero capricho.

O fato é que os abusos de autoridade sempre foram comuns em meio as sociedades vulneráveis, populações periféricas e econômicas, com pouco ou nenhuma atenção do Estado sobre essas violações.

Para tanto, o presente estudo justifica-se pela oportunidade de aprofundar os conhecimentos teóricos adquiridos no decorrer do curso de graduação, bem como, pela oportunidade de aplicar esses conhecimentos no dia a dia, na busca de melhorias no contexto geral. Trazendo um melhor entendimento e compreensão ao leitor, de modo a demonstrar as diferenças e distinções entre as excludentes de ilicitude e sua grande problemática, (abuso de autoridade).

Deste modo, o maior problema no Estrito Cumprimento do Dever Legal é o Abuso de Autoridade, que existe quando o funcionário público usa seu poder com excesso, ou seja,

extrapola no seu ato de cumprir com a lei de modo que vise beneficiar a si mesmo ou terceiro, tirando vantagem de alguma situação, ou até mesmo por mero capricho.

Essa problemática, como mencionado anteriormente, ocorre nos casos de excesso do uso do poder adquirido pelo Estado. Onde o agente público pratica o ato com a finalidade específica de prejudicar outrem ou para beneficiar a si mesmo ou terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.

Diante do exposto entende-se que o abuso de autoridade, que sempre esteve em meio a populações periféricas, econômicas e sociedades vulneráveis, com pouco ou nenhuma atenção do Estado sobre essas violações. Tendo em vista os inúmeros casos que são encontrados nas mídias, bem como de situações não apresentadas ao público, pela falta de informação ou comunicação dos fatos.

REFERÊNCIAS

BAYER, Diego Augusto. **Legítima Defesa: a Linha Tênu e entre o Excesso Doloso e o Excesso Exculpante.** Diego Augusto Bayer. Disponível em: <https://diegobayer.jusbrasil.com.br/artigos/121943186/legitima-defesa-a-linha-tenue-entre-o-excesso-doloso-e-o-excesso-exculpante>. Acesso em 25 de novembro de 2021.

BIANCHINI, Alice. **Da Inimputabilidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro.** Disponível em: <https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121813983/recordando-conceitos-inimputabilidade>. Acesso em: 20 de novembro de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**; promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____. **Decreto Lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940 - Código Penal Brasileiro.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 21 de abril de 2021.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984 - Lei de Execução Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em: 20 de maio de 2019.

_____. **Lei Nº 13.163 de 09 de setembro de 2015.** Dispõe sobre a modificação da Lei de Execução Penal nº 7.210, de 11 de julho de 1984, para instituir o ensino médio nas penitenciárias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13163.htm Acesso em: 10 de abril de 2019.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **O que é Crime Omissivo por Comissão, Isso Existe?** Disponível em: <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/159467081/o-que-e-crime-omissivo-por-comissao-isso-existe>. Acesso em 22 de novembro de 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso De Direito Penal – Parte Geral.** Fernando Capez. V. 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO, Márcia D. L. **Fundamentação Constitucional Do Direito Penal.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992. Disponível em: <https://francianavaz.jusbrasil.com.br/artigos/514173876/caracteristicas-e-evolucao-historica-do-direito-penal-brasileiro>. Acesso em: 24 de outubro de 2021.

COLHADO, Junyor Gomes. **Conceito de Crime no Direito Penal Brasileiro.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/47517/conceito-de-crime-no-direito-penal-brasileiro>. Acesso em 22 de novembro de 2021.

ESTEFAM, André. **Direito Penal** - v. 1: parte geral. André Estefam. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA, Gecivaldo Vasconcelos. **Teoria do Crime em Síntese.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10913/teoria-do-crime-em-sintese>. Acesso em 19 de novembro de 2021.

2021.

FONSECA, Ana Carolina Seixas Prata. **Medidas de Segurança e Psicopatia: uma análise crítica acerca das medidas de segurança e sua aplicabilidade nos casos de psicopatia.** 2013. 79 f. Monografia (Graduação em direito) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Uniceub, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal.** Luiz Flávio Gomes. 13.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. **Legislação Penal Especial-** (de acordo com a Lei n. 12.015/2009). 6ª ed- São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. Edições JusPodivm 2020. 592 p. Bibliografia. ISBN 978--65-5680-021-9 - Rua Território Rio Branco, 87 - Pitúba - CEP: 41830-530 - Salvador – Bahia, Fone: (71) 3045-9051. <https://www.editorajuspodivm.com.br/sac>.

MARQUES, Ivan Luís. MARQUES, Gabriela Alves Campos. **A Nova Lei de Abuso de Autoridade Edição 2020.** Thomson Reuters Brasil, Juliana Mayumi Ono Diretora responsável. Rua do Bosque, 820 – Barra Funda Tel.: 11 3613-8400 - Fax: 11 3613-8450 CEP: 01136-000 - São Paulo.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MELO, Michele. **O Que Se Entende Por Estado De Necessidade E Quais Seus Requisitos, Segundo O Código Penal?** Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/150245/o-que-se-entende-por-estado-de-necessidade-e-quais-seus-requisitos-segundo-o-codigo-penal-michele-melo>. Acesso em 14 de dezembro de 2021.

MJ. **Da Culpabilidade: O Potencial Consciente Da Ilícitude Do Fato** Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/10/24/de-acordo-com-o-cpp-busca-pessoal-independe-de-mandato/>. Acesso em 22 de novembro de 2021.

NAGIMA, Irving Marc Shikasho. **Exigibilidade De Conduta Conforme O Direito.** Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2909/Exigibilidade-de-conduta-conforme-o-direito#:~:text=A%20exigibilidade%20de%20conduta%20conforme,de%20maneira%20diversa%20da%20adotada>. Acesso em 20 de novembro de 2021.

NETO, Paulo Byron Oliveira Soares. **JusBrasil – Estrito Cumprimento Do Dever Legal –** 28 de maio de 2021.

NUNNES, Sérgio. Jus.com.br – **O Policial não tem o Direito de Matar, porém o Policial não tem o Dever de Morrer.** 02/2017.

OLIVEIRA ALVAREZ, Rodrigo; RODRIGUES SANTOS, Anna Claudia. **Direito Compacto:** Coleção de Penal Geral. 1. ed. [S. l.: s. n.], 2015. 491 p. v. I, II, III, IV e V. ISBN 978-85-918670-0-4.

SANCHES, Caio Afonso Laforga. **Nova Lei de Abuso de Autoridade – Lei 13.869/2019.** Sucesso Concursos. professorlaforga@gmail.com.

SERPA, Claudia. **Direito Penal Descomplicado.** 2020. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/78449589/2020-livro-direito-penal-descomplicado-pacote-anticrime-claudia-serpa> Acesso em: 19 de novembro de 2021.

STEFFEN, Leonardo Jantsch. **Teoria da Tipicidade Conglobante.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/teoria-da-tipicidade-conglobante/>. Acesso em: 20 de novembro de 2021.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal.** Ney Moura Teles. Vol. 1. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

TORRES, Douglas Dias. **Conduta – O Causalismo e o Finalismo.** Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/361/Conduta-O-causalismo-e-o-finalismo>. Acesso em 21 de novembro de 2021.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** Fernando da Costa Tourinho Filho. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v.2

VANZOLINI, Patrícia. JUNQUEIRA, Gustavo. **Manual de Direito Penal:** parte geral Imprensa: São Paulo, Saraivajur, 2019. Descrição Física,ca: 797 p.

VAZ, Franciana. **Características e Evolução Histórica do Direito Penal Brasileiro.** Disponível em: <https://francianavaz.jusbrasil.com.br/artigos/514173876/caracteristicas-e-evolucao-historica-do-direito-penal-brasileiro>. Acesso em 14 de dezembro de 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.