

## A (i)licitude penal e os direitos fundamentais

**Autor: Rui Magalhães Piscitelli**  
(Procurador Federal)

| Artigo publicado em 25.05.2006|

### Resumo

No presente artigo, pretendemos abordar a questão da ilicitude penal de forma dinâmica, isto é, faremos uma breve abordagem da posição clássica sobre o tema e, após, traremos à colação questões atuais sobre o discutido, com arrimo em posição doutrinária e também jurisprudencial, extrapolando tão-somente o âmbito penal, com incursões pela seara civil.

Nesse escopo, como não poderia deixar de ser, senão pelo fato de sermos Mestrandos na área, o respeito aos direitos fundamentais não será olvidado.

Mas, para contextualizar o objeto do presente trabalho, iniciaremos por abordar o conceito analítico de crime, com seus elementos, quais sejam, a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade.

### 1 – Conceito analítico de crime

Como sabido, o Direito conferiu ao Direito Penal o monopólio da aplicação das penas.

Essas, por sua vez, advêm por retribuição à infringência aos valores mais caros à coletividade.

Assim sendo, à violação desses valores atribui-se o nome de crime.

Crime, pela contextualização analítica, a qual remonta ao ano de 1906, oriunda da doutrina alemã de Beling, através de sua obra "*Die Lehre vom Verbrechen*" ("A Teoria do Crime"), que culminou em 1930 com sua segunda obra, "*Die Lehre vom Tatbestand*" ("A Teoria do Tipo"), é ação humana comissiva ou omissiva típica, ilícita e culpável.

Veja-se que essa é uma construção doutrinária, visto que o nosso atual Código Penal não adota um conceito de crime. Sobre os Códigos anteriores, interessante a evolução, mostrada por Fernando Eleutério, Advogado e Professor da Universidade Estadual de Ponta Grossa: .

“Pois o próprio Código Penal vigente, com suas alterações oriundas da Lei nº 7.209/84, que reformulou toda a Parte Geral do Código de 1940, não define o que é ‘crime’, embora algumas de nossas legislações penais antigas o faziam. O Código Criminal do Império de 1830 determinava em seu artigo 2º, parágrafo 1º: ‘Julgar-se-á crime ou delito toda ação ou omissão contrária às leis penais’. E o Código Penal Republicano de 1890 assim se manifestava em seu artigo 7º: ‘Crime é a violação imputável e culposa da lei penal’.”

Ser típico, justamente, significa que o fato cometido está descrito em uma norma penal estrita (em obediência ao princípio da legalidade), na qual lhe é imputada uma pena.

Mas uma conduta humana ser típica não necessariamente leva à aplicação da sanção penal, senão inicia o processo de análise criminal. Tratemos, pois, a tipicidade como um indício da ilicitude.

Após, então, há que se perquirir da ilicitude da atitude, e este o objetivo maior do nosso trabalho.

Superficialmente, há situações que excluem a ilicitude da conduta, as quais analisaremos em momento oportuno.

E, por fim, antes de chegarmos à aplicação da pena, passada a análise da ilicitude, há de o agente ser culpável.

Sem confundirmos com os conceitos de dolo e culpa (os quais, segundo a teoria vigente em nosso ordenamento penal – teoria finalista de Welzel –, são estudados dentro da análise quanto ao tipo penal), a culpabilidade atestará se o autor do fato delituoso tem condições de responder pelo que fez. Como exemplos, a menoridade penal, a doença mental e a coação moral irresistível excluem a culpabilidade.

Concluindo, para se ter a perfectibilização do crime, há de o ato delituoso ser típico, ilícito e culpável, gerando, então, a pena a ser aplicada pelo Magistrado.

## 2 – Antijuridicidade e ilicitude

Na maioria das vezes, esses dois termos são utilizados como sinônimos; contudo, pelo que abaixo exporemos, indevidamente.

O Professor Francisco de Assis Toledo, Ministro do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em seus “Princípios básicos do Direito Penal”, muito bem esclarece a questão.

Os penalistas pátrios, tendo influência muito forte dos autores de língua espanhola e italiana, incorreram em erro na tradução do termo *rechtswidrigkeit*.

Procedeu-se à leitura de que a expressão significaria contrariedade ao jurídico, daí, antijuridicidade.

Contudo, alerta-nos o Professor Toledo de que a tradução literal é contrariedade ao Direito.

E, assim sendo, conclui pela impropriedade de atribuímos ao delito, fato jurídico que é, a qualidade de ser antijurídico, melhor dizendo, como algo antijurídico pode ser jurídico?

Logo, para o Ministro, devemos usar a palavra ilicitude para designarmos, parafraseando Welzel, a contrariedade entre a realização do tipo de uma norma proibitiva e o ordenamento jurídico como um todo.

### 3 – Ilicitude formal e material

A ilicitude formal não nos oferece maior dificuldade, senão ser o conceito já apresentado acima.

O que nos faz refletir um pouco mais é o conceito de ilicitude material.

Ainda que da corrente que adota o termo antijuridicidade, o Professor Piedade Júnior, da Universidade Federal do Rio de Janeiro e Doutor em Direito Penal pela mesma Casa, assim conceitua a visão material:

“É toda e qualquer conduta que viola o interesse social protegido pela norma de Direito... O núcleo da antijuridicidade material ou substancial não reside na contradição entre o fato e a norma, mas ele se instala, exatamente, na contradição entre o fato e as condições existenciais do grupo social juridicamente tutelado.”

Ainda, o Professor Fernando Capez assim diferencia a ilicitude formal e material:

“Ilicitude formal é a mera contrariedade do fato ao ordenamento legal (ilícito), sem qualquer preocupação quanto à efetiva perniciosidade social da conduta. O fato é considerado ilícito porque não estão presentes as causas de justificação, pouco importando se a coletividade reputa-o reprovável.

Ilicitude material é a contrariedade do fato em relação ao sentimento comum de justiça (injusto). O comportamento afronta o que o

homem médio tem por justo, correto. Há uma lesividade social ínsita na conduta, a qual não se limita a afrontar o texto legal, provocando um efetivo dano à coletividade. Por exemplo, um deficiente físico que explora um comércio exíguo no meio da rua e não emite notas fiscais, por sua ignorância, pode estar realizando um fato formalmente ilícito, mas materialmente sua conduta não se reveste de ilicitude. Ilícito material e injusto são, portanto, expressões equivalentes.” (grifo nosso)

Veja-se que, realmente, tal abordagem é muito polêmica, pois a ilicitude material está ligada à idéia de injustiça do fato em relação ao ilícito formal.

E justamente o conceito de ilicitude material, parafraseando o Professor Toledo, com base no escólio de Von Liszt, conduz a novas possibilidades de admissão de causas supralegais de justificação, com base no princípio da ponderação dos bens.

#### 4 – Hipóteses legais e supralegais de exclusão da ilicitude penal

As causas legais de exclusão da ilicitude penal se encontram arroladas do art. 23 a 25 do Código Penal Brasileiro, abaixo:

“Exclusão de ilicitude (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - em estado de necessidade; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - em legítima defesa; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Excesso punível (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

#### 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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)" (grifos nossos)

Veja-se que o Código é muito lacônico na caracterização dos institutos acima.

E é por isso que temos de recorrer à doutrina.

Quanto à exclusão da ilicitude pelo estado de necessidade, uma consideração que se faz é quanto à ponderação de valores, entre o bem violado e o bem a que se protege, isto é, há de este superar aquele.

Fato curioso é que, diferentemente do que ocorre em outras legislações, no ordenamento brasileiro o direito a que se visa proteger, nessa excludente, abrange qualquer bem jurídico, tais como a vida, a honra, o patrimônio, etc.

Dentro do escopo do presente trabalho, trazemos à colação jurisprudência do Egrégio TRF da 4ª Região, sobre a aplicação da excludente de ilicitude por estado de necessidade à matéria tributária, ainda que, para isso, tenha de haver prova bastante nos autos:

"Origem: TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO

Classe: ACR - APELAÇÃO CRIMINAL

Processo: 200371070013890 UF: RS Órgão Julgador: SÉTIMA TURMA

Data da decisão: 03.05.2005 Documento: TRF400107947

6. Embora as dificuldades financeiras possam fazer reconhecer a excludente de ilicitude, quer como estado de necessidade ou por inexigibilidade de conduta diversa, quando comprovado nos autos a impossibilidade absoluta de recolhimento das contribuições incidentes

sobre os salários dos empregados, não verifico a existência de tal comprovação no presente processo.

DOCTRINA: AUTOR: ASSIS TOLEDO TÍTULO: PRINCÍPIOS BÁSICOS DE DIREITO PENAL, EDITORA: SARAIVA, ED: 5, PAG: 328 AUTOR: CHAIM PERELMANN TÍTULO: ÉTICA E DIREITO, EDITORA: MARTINS FONTES, PAG: 254 AUTOR: RICARDO GUASTINI TÍTULO: DISTINGUENDO, EDITORA: GEDISA, ED: 1 RELATOR DO ACÓRDÃO: NÉFI CORDEIRO PUBLICAÇÃO DJU: 22.06.2005" (grifo nosso)

Ponto que também pensamos ser interessante gizar é a diferenciação entre o instituto da legítima defesa e o do estado de necessidade, o que fazemos nas palavras do Professor Piedade Júnior, abaixo:

"a) na legítima defesa, há agressão injusta, atual ou iminente; no estado de necessidade, simplesmente, não há agressão;

b) na legítima defesa, há ataque ou ameaça de lesão a um bem jurídico; no estado de necessidade, há conflito entre bens jurídicos;

c) na legítima defesa, o agredido só pode dirigir sua reação contra o agressor; no estado de necessidade, a conduta pode dirigir-se a terceiro;

d) a legítima defesa pressupõe agressão exclusivamente humana; no estado de necessidade, o perigo pode advir de conduta humana, através de animal irracional, força da natureza."

Ponto curioso trazido pela doutrina são os casos das competições esportivas e as cirurgias médicas.

Nesse ponto, colhemos que a violência esportiva é, para a doutrina, uma excludente de ilicitude por exercício regular de direito, ressalvada a punibilidade pelo excesso.

Já quanto às cirurgias médicas, as que não revelam perigo de vida, também nelas incide a excludente por exercício regular de direito, a doutrina aconselhando, nesses casos, o consentimento do ofendido; por outro lado, nas em que ocorre o perigo de vida, a excludente se dá pelo estado de necessidade.

O castigo moderado aos filhos, aplicado pelos pais, também é tratado como exercício regular de direito; já o aplicado pelos Professores não tem a exclusão da ilicitude em nossa doutrina e jurisprudência pátrias.

Outra questão que não nos poderia fugir é a implicação da excludente da ilicitude no âmbito civil, com a consequência da verba indenizatória.

Anotamos que a matéria está disciplinada nos arts. 186, 188, 929 e 930 do NCC:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

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.

Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assiste-lhes o direito à indenização do prejuízo que sofreram.

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).”

Já as causas supralegais de exclusão da ilicitude podem ser colhidas da doutrina e da jurisprudência.

Uma delas é o consentimento do titular; mas, para isso, o bem agredido há de representar um direito disponível, a exemplo do crime de dano, previsto no art. 163 do CP.

Quanto à extensão do instituto da exclusão da ilicitude por exercício regular de direito, abarcando as causas supralegais, o Professor Piedade Júnior nos sinaliza que a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito estão legitimados, visto que não se trata de norma incriminadora, e sim justamente é o contrário.

E, assim, a jurisprudência pátria tem tratado modernamente o tema:

“Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
Classe: HC - HABEAS CORPUS - 12917  
Processo: 200000368407 UF: RJ Órgão Julgador: QUINTA TURMA  
Data da decisão: 18.09.2001 Documento: STJ000436945  
PROCESSO PENAL E PENAL – HOMICÍDIO – JÚRI – INEXIGIBILIDADE  
DE  
CONDUTA DIVERSA – TESE DA DEFESA – POSSIBILIDADE.  
- Por ocasião do julgamento pelo Júri, tendo a defesa formulado a  
tese de inexigibilidade de conduta diversa, o quesito correspondente  
deve ser formulado aos Jurados, mesmo que inexista expressa  
previsão  
legal sobre tal tese nos dispositivos do Código Penal.  
- Precedentes.  
- Ordem concedida para que se possibilite a formulação de quesito  
acerca da causa supralegal de exclusão da ilicitude (inexigibilidade  
de conduta diversa).  
DJU DE 10.06.2002” (grifo nosso)

“Origem: TRF - PRIMEIRA REGIÃO  
Classe: ACR - APELAÇÃO CRIMINAL - 199701000125870  
Processo: 199701000125870 UF: DF Órgão Julgador: QUARTA  
TURMA  
Data da decisão: 2.12.2003 Documento: TRF100158485  
PENAL. IMPUTAÇÃO AO DENUNCIADO DE RESPONSABILIDADE PELA  
PRÁTICA DOS  
CRIMES TIPIFICADOS NO ART. 70 DA LEI Nº 4.117/62 E ART. 180  
DO CÓDIGO  
PENAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO  
POLICIAL.  
MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE DETERMINOU A RESTITUIÇÃO DE  
COISA  
APREENDIDA.  
1. Descabida a apreensão dos aparelhos eletrônicos, considerando  
que  
a aquisição se dera em lugar público e notoriamente conhecido pela  
venda de mercadorias estrangeiras, o que se afigura como conduta  
socialmente aceitável, sendo causa supralegal de exclusão de  
ilicitude do ato.  
2. Não configuração da hipótese prevista no art. 105 do DL nº 37/66,  
uma vez que a mercadoria não se encontrava ‘exposta à venda,  
depositada ou em circulação comercial no país.’  
3. Apelação improvida.  
DJU DE 18.12.2003” (grifo nosso)

5 – Discriminantes putativas

Chamam-se de discriminantes putativas quando o agente, julgando estar albergado por uma excludente de ilicitude, comete o ilícito.

Nesses casos, em não havendo a real existência do perigo, o tratamento que se dá é o previsto no parágrafo 1º do art. 20 do CP, qual seja, via excludente de culpabilidade, como se vê abaixo:

“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 culposos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”

## 6 – Conclusão

Trazemos, como palavras finais, uma visão mais ampla de encararmos o fenômeno jurídico, senão com prevalência dos direitos fundamentais à aplicação da lei penal.

Primeiramente, trazemos a doutrina de François Ost, que nos leva à consideração de três tipos de Juiz, ou seja, de três modos como um Magistrado pode usar sua Autoridade para o julgamento das lides.

Um primeiro modelo é o “Juiz Júpiter”.

Este, segundo o Autor, tem sua base científica em Hans Kelsen e sua referência político-econômica liberal.

Kelsen, autor da obra Teoria Pura do Direito, no início do século XX, é associado à escola normativista do Direito.

Em toda sua obra, Kelsen procurou imunizar o Direito de outras ciências, fazendo, pois, sua purificação.

Para isso, utilizou a figura da norma fundamental, da qual todas as outras retirariam sua legitimidade.

O Direito para Kelsen era, assim, descomprometido de outras visões, como a filosófica ou a moral.

O segundo modelo, o “Juiz Hércules”, prioriza a resolução dos problemas.

É um juiz proativo, um juiz do seu tempo, o qual não se contenta com o modo positivista de ser.

Pensando sobre o Direito, a lei é apenas um dos meios para a sua missão, que é a acificação social.

A jurisprudência é muito enriquecida com tal tipo de magistratura. Nesse ponto, aproxima-se do modelo da *common law*.

Por fim, o modelo do “Juiz Hermes” seria aquele que busca o entendimento de todos envolvidos no problema para resolvê-lo.

É o Magistrado que entende que um pior acordo é melhor do que uma ótima decisão judicial, visto que o acordo compromete as partes verdadeiramente, não há uma imposição externa.

Por exemplo, o instituto do “*amicus curiae*”, previsto nas leis regedoras do controle concentrado de constitucionalidade, evidencia bem o modo de atuação do “juiz Hermes”.

Constitucionalmente falando, Haberle, no texto, apresenta importantes reflexões sobre a questão de como interpretar a Carta Maior, tentando quebrar paradigmas estabelecidos, como a autoridade única do Estado em proceder à tal hermenêutica.

Uma leitura conjunta da Constituição com as ciências sociais é imperiosa, na medida em que o contexto da sociedade deve influenciar no tratamento para aplicação da norma maior.

O interesse público, ressalta o autor, deve ser levado em consideração para a concreção dos preceitos constitucionais.

E isso somente é possível de ocorrer se a sociedade é capaz de compreender o alcance das normas lá contidas. A própria eficácia das normas constitucionais está a isso submetida.

E, ao final, não sem antes desejar a opinião da comunidade sobre o exposto, com críticas e sugestões, deixamos à reflexão os quatro modos de desarranjo temporal apresentados na obra de François Ost, quais sejam, eternidade, entropia, determinismo e discronia que, contudo, têm na memória, no perdão, na promessa e no questionamento seus quatro antídotos de retemporalização, de forma que a justa medida temporal que se procura resguardar, tanto de um tempo fixo, que não deixa margem à mudança, como de um tempo exageradamente móvel, que não deixa margem à continuidade, deve sempre ser levada em consideração pelos Juristas.

#### Referências bibliográficas

-Bruno, Aníbal. Direito Penal. Rio de Janeiro: ed. Forense, 1967;

-Capez, Fernando. Curso de Direito Penal, vol 1., 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003;

-Eleutério, Fernando. [www.uepg.br](http://www.uepg.br) . Disponível em: <http://www.uepg.br/rj/a1v1at09.htm> . Acesso em 01.04.2006;

-Haberle, Peter. Hermenêutica Constitucional. Porto Alegre. Safe, 1997;

-Ost, François. O tempo do Direito. Lisboa Piaget, 1999;

-Piedade Júnior, Heitor. Direito penal parte geral – perguntas e respostas. 2ª edição. Rio de Janeiro: ed. Forense, 1995;

-Piscitelli, Rui Magalhães. A expressão do Direito. [www.agu.gov.br](http://www.agu.gov.br) . Disponível em [https://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/Ano\\_VI\\_marco\\_2006/AExpressaoDoDireito\\_RuiPiscitelli.pdf](https://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/Ano_VI_marco_2006/AExpressaoDoDireito_RuiPiscitelli.pdf) . Acesso em 02.04.2006;

-Toledo, Francisco de Assis. Princípios básicos do Direito Penal, 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994. '