



**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM  
DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL**

**CARLANA CAROLINA SANTOS CHAVES**

**O ASSENTIMENTO SOCIAL COMO  
CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE**

**BRASÍLIA - DF**

**2011**

**CARLANA CAROLINA SANTOS CHAVES**

**O ASSENTIMENTO SOCIAL COMO  
CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE**

Monografia apresentada como requisito à obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Processual Penal, do curso de pós-graduação em Direito Penal e Processual Penal, do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Orientador: Prof. Roberta Cordeiro de Melo Magalhães

**BRASÍLIA - DF**

**2011**

**CARLANA CAROLINA SANTOS CHAVES**

**O ASSENTIMENTO SOCIAL COMO  
CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE**

Monografia apresentada como requisito à obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Processual Penal, do curso de pós-graduação em Direito Penal e Processual Penal, do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em \_\_/\_\_/\_\_, com menção \_\_\_\_ (\_\_\_\_\_).

Banca Examinadora:

---

Presidente Prof.

---

Integrante Prof.

---

Integrante Prof.

Agradeço a Deus pela conclusão dessa importante etapa, à minha família, aos novos e velhos amigos, e a todos que me apoiaram ao longo dessa caminhada, pessoas extraordinárias, que compartilhando dores e conquistas contribuíram para transformar esse árduo caminho em uma maravilhosa jornada.

*"A mudança é a lei da vida.  
E aqueles que apenas olham  
para o passado ou para o presente  
irão com certeza perder o futuro."  
John F. Kennedy*

## RESUMO

Concebe-se como crime, no conceito analítico, o fato típico, ilícito e culpável. A ilicitude se consubstancia na contrariedade da conduta ao ordenamento jurídico, de forma a expor a lesão ou perigo de lesão bens jurídicos tutelados. Em regra, a conduta típica também será antijurídica, e a ilicitude só será afastada pela incidência de causa excludente da antijuridicidade, que podem ser legais ou supralegais. As supralegais afastam a antijuridicidade de uma conduta sem que haja previsão legal, com base na aplicação da analogia, costumes e princípios gerais de direito. Considerando que as mutações que se operam no seio da sociedade podem retirar o aspecto antijurídico de uma conduta tanto pela sua vulgarização, quanto pelo deslocamento da mesma para outras esferas diversas da jurídica, como a moral, o objetivo do trabalho será analisar a possibilidade de o assentimento social figurar como causa supralegal de exclusão da ilicitude, em seu sentido material, por ausência de lesividade a bem jurídico tutelado.

CRIME. ILICITUDE MATERIAL. CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO. ASSENTIMENTO SOCIAL.

## **ABSTRACT**

It is considered crime, in the analytical concept, the fact that fits the standard criminal, is unlawful and culpable. The unlawfulness is the contrariety of conduct to the law, that exposes to injury or danger of injury the interests protected by law. In general, the the fact that fits the standard criminal is also wrongful, thus the unlawfulness will only be removed by the incidence of anti-juridical cause of exclusion, which may be legal or paralegal. The paralegal causes removes the unlawfulness of a conduct without any legal provision, based on the use of analogy, customs and general principles of law. Considering that mutations within the society can remove the anti-juridical aspect of a conduct both for its current popularity, as the displacement of it to other spheres, different of the the legal one, as the moral, the objective of this monograph is to is to analyse the possibility of social agreement work as a paralegal cause of wrongfulness exclusion, in its material sense, for lack of harmfulness to legal interest.

**CRIME. MATERIAL UNLAWFULNESS. PARALEGAL CAUSES OF EXCLUSION. SOCIAL AGREEMENT.**

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1 O CRIME.....	13
2 A ANTIJURIDICIDADE.....	15
2.1. Compreensão hodierna.....	15
2.2. Contribuições das doutrinas alemã e italiana.....	15
2.3. A doutrina pátria.....	19
2.4. Elementos e características.....	22
2.5. Classificações.....	25
2.5.1 Antijuridicidade formal e material.....	25
2.5.2. Antijuridicidade objetiva.....	27
2.5.3. Antijuridicidade subjetiva.....	28
3 CAUSAS DE EXCLUSÃO DA ANTIJURIDICIDADE.....	28
3.1. Estado de necessidade.....	31
3.2. Legítima defesa.....	34
3.3. Estrito cumprimento do dever legal.....	39
3.4. Exercício regular de direito.....	40
3.5. Consentimento do ofendido.....	40
4 O ASSENTIMENTO SOCIAL COMO CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE.....	41
5 DA REJEIÇÃO AO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E À TEORIA DA ADEQUAÇÃO SOCIAL DA CONDOTA COMO FORMAS DE EXPLICAR O FENÔMENO ORA PROPOSTO.....	44
CONCLUSÃO.....	50
REFERÊNCIAS.....	54



## INTRODUÇÃO

Do ponto de vista analítico ou dogmático, o crime é concebido como conduta típica, ilícita ou antijurídica, e culpável. A conduta é típica quando se subsume ao tipo penal, antijurídica quando contraria o ordenamento jurídico de forma a expor a lesão ou perigo de lesão bens jurídicos tutelados, e culpável quando é possível responsabilizar o agente pela prática do fato típico e ilícito.

Em razão da adoção da teoria indiciária, ou da *ratio cognoscendi*, em regra, a conduta típica também será antijurídica, e a ilicitude só será afastada pela incidência de causa justificante, ou excludente de antijuridicidade.

O conceito de ilicitude foi desenvolvido por Von Liszt, para quem a ilicitude se classificaria em formal e material. Nesse sentido, um fato seria formalmente ilícito quando contrário a uma proibição legal, e materialmente ilícito quando implicasse na lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico protegido, ou seja, sob o aspecto formal, a antijuridicidade se caracteriza como desrespeito a uma norma, e materialmente, como ofensa a interesses essenciais particulares e coletivos tutelados pelas normas.

As causas excludentes da ilicitude podem ser legais ou supralegais. As causas legais são aquelas as quais a lei se refere expressamente, e as supralegais são aquelas que afastam a antijuridicidade de uma conduta sem que haja previsão legal, com base na aplicação da analogia, costumes e princípios gerais de direito.

É certo que as mutações que se operam no seio da sociedade podem retirar o aspecto antijurídico de uma conduta tanto pela sua vulgarização, quanto pelo deslocamento da mesma para outras esferas diversas da jurídica, como a moral. No entanto, a única causa supralegal de exclusão da antijuridicidade reconhecida pela doutrina majoritária é o consentimento do ofendido, não se levando em consideração a influência de um consentimento geral, expresso pela aceitabilidade social da prática de dada conduta típica, em razão da verificação da inexistência de lesão a bens jurídicos tutelados.

O objetivo do trabalho será analisar a possibilidade de o assentimento social figurar como causa supralegal de exclusão da ilicitude, em seu sentido material, por

ausência de lesividade a bem jurídico tutelado, tendo em vista a existência de condutas que embora contrariem o ordenamento jurídico, são admitidas pela sociedade e que usualmente são desconsideradas quando da análise do crime.

O tema é de relevância, precipuamente, acadêmica, na medida em que busca situar o assentimento social dentro de categorias próprias da dogmática penal. No entanto, não se pode ignorar sua relevância social, na medida em que a descaracterização da ilicitude resulta da descriminalização de condutas.

A antijuridicidade, por seu caráter de elemento integrante do conceito de crime, é tratada, ainda que superficialmente, por grande parte da doutrina penalista. No entanto, poucos aprofundaram o estudo o tema, ou ousaram inovar na matéria.

Dentre as contribuições doutrinárias consideradas relevantes para o desenvolvimento da hipótese de pesquisa, qual seja, a formatação e o reconhecimento de causas excludentes da ilicitude, destacam-se as idéias de Lhering, que desenvolveu o conceito de ilicitude como elemento autônomo, a introdução desse conceito no Direito Penal pelos estudos de Von Liszt e Beling, bem como as considerações acerca do juízo de valor negativo exercido sobre a ação, tratado nas lições de Welzel.

Serão utilizados, ainda, estudos acerca da relação entre tipicidade e antijuridicidade desenvolvidos por Luiz Régis Prado, que pode ser explicada a partir de várias teorias, destacando-se: a) teoria do tipo independente ou avalorado, segundo a qual a tipicidade encontra-se absolutamente separada da ilicitude, nada dizendo a seu respeito; b) teoria indiciária, para a qual a tipicidade constitui indício de ilicitude; c) teoria da identidade, em que a tipicidade forma um todo unitário como ilicitude, sendo a ação típica necessariamente ilícita; d) teoria dos elementos negativos do tipo, segundo a qual tipicidade e ilicitude são indissociáveis, resultando na inexistência de tipicidade, a inexistência de ilicitude.

Considerando que o objetivo do trabalho é a demonstração da possibilidade do reconhecimento do assentimento social figurar como causa supralegal de exclusão da ilicitude, e que esse reconhecimento mostra-se viável sob o prisma da antijuridicidade material, servirão de base os conceitos e a distinção entre ilicitude formal e material atribuídos a Von Liszt, pelo qual, um fato seria formalmente ilícito

quando contrário a uma proibição legal, e materialmente ilícito quando implicasse na lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico protegido.

Em relação ao tratamento legislativo do tema, encontram-se positivadas as causas legais de exclusão da ilicitude, no art. 23 do Código Penal, quais sejam: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito.

Quanto às causas supralegais de exclusão da antijuridicidade, como se trata de causas que embora não estejam positivadas, são capazes de afastar a antijuridicidade de uma conduta, não há tratamento legal, sendo fruto de reconhecimento doutrinário e aplicação jurisprudencial. Como mencionado nas linhas anteriores, e na oportunidade, salientado, a doutrina cuida especialmente, e unicamente, do consentimento do ofendido, porém não descarta a possibilidade do reconhecimento de outras.

Até o momento não há registros do reconhecimento expresso do assentimento social como causa excludente da ilicitude nos meios doutrinário e jurisprudencial, há tão-somente referências indiretas, que pela inexistência de tratamento concreto, serão objeto de análise no trabalho, a título de demonstração do reconhecimento indireto da incidência da referida causa de exclusão da ilicitude, quando de seu errôneo enquadramento em outras categorias do conceito estratificado de crime.

Serão objeto de análise, ainda, a Teoria da Adequação Social da conduta, concebida por Hans Wezel, a idéia de risco permitido, ínsita à Teoria da Imputação Objetiva, de Claus Roxin, e o princípio da insignificância, a fim de diferenciar a aplicação das diferentes teorias do objetivo do trabalho, contrapor seus fundamentos, e abalizar a opção pela exclusão da ilicitude da causa supralegal de exclusão da ilicitude quando presente o assentimento social.

Considerando que o objetivo da pesquisa é a defesa da possibilidade do assentimento social figurar como causa excludente da ilicitude, com bases em conceitos da dogmática penal, tratamento jurisprudencial e legislação, a metodologia utilizada será, essencialmente, dogmática/instrumental.

Inicialmente, será feito um estudo sucinto acerca dos elementos integrantes do conceito analítico de crime, com vistas a viabilizar a caracterização da antijuridicidade enquanto elemento autônomo e diferenciá-la da noção de tipicidade, para tanto, dedicar-se-á o primeiro capítulo.

No segundo capítulo, tratar-se-á especificamente da antijuridicidade, fazendo-se breve análise histórica de seu tratamento, das principais teorias que a fundamentam, e de seus elementos e classificações.

O terceiro capítulo será dedicado à análise das causas de exclusão da ilicitude, em especial, das causas supralegais, detendo-se na viabilidade de seu reconhecimento e na, já reconhecida, causa excludente pelo consentimento do ofendido.

A possibilidade de o assentimento social figurar como causa excludente da ilicitude será tratada no quarto capítulo, ocasião em que se demonstrará por meio da conjugação das idéias desenvolvidas nos capítulos anteriores, a viabilidade de tal hipótese.

O último capítulo será dedicado à abordagem dos aspectos fundamentais do Princípio da Insignificância, e da Teoria da Adequação Social da conduta, tendo em vista a aparente proximidade de ambos com o assentimento social como causa de exclusão da ilicitude, a fim de afastar a pertinência dessas duas teorias para explicar o fenômeno proposto.

## 1. O CRIME

A partir de considerações acerca da gravidade abstrata de uma conduta, encontram-se, nas legislações penais de matiz germânica, dois sistemas de classificação das infrações: o bipartido e o tripartido. No primeiro as infrações são classificadas em crimes ou delitos e contravenções, e no segundo, crimes, delitos e contravenções.<sup>1</sup>

O sistema tripartido foi apresentado por Carpzóvio, no Século XVII, e teve no Código Penal francês de 1791, seu marco histórico. Nesse sistema, crimes são as infrações punidas com penas mais graves, aflitivas, como reclusão e detenção, delitos são infrações punidas com penas menos graves, correcionais, como prisão e multa, e contravenções são transgressões punidas com penas leves, multas.<sup>2</sup>

O Direito Penal brasileiro, assim como o alemão e o italiano, adotou o sistema bipartido, em que as infrações penais são classificadas em crimes ou delitos e contravenções, sendo crimes/delitos as infrações punidas com penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa, e contravenções, as infrações sancionadas com prisão simples e multa.<sup>3</sup> É o que dispõe o art. 1º, da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-Lei nº 3.914/41).<sup>4</sup>

No entanto, essa conceituação fornece apenas critério de distinção entre crime e contravenção, nada dizendo acerca do caráter ontológico do que se concebe como crime. O conceito de crime é obtido, por conseguinte, pelos estudos desenvolvidos pela teoria do crime, que nas lições de Zaffaroni é a “parte da ciência do direito penal que se ocupa de explicar o que é o delito em geral”.

---

<sup>1</sup> PRADO, op. cit, p. 237.

<sup>2</sup> Idem, p. 237 – 238.

<sup>3</sup> Idem, p. 238.

<sup>4</sup> Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Desse modo, do ponto de vista criminológico, enquanto infração a normas sociais previstas na legislação penal,<sup>5</sup> o crime pode ser conceituado a partir de três diferentes aspectos: formal, material e analítico ou estratificado.

Sob o aspecto formal ou nominal, leva-se em consideração a previsão do Direito positivo, ou seja, é crime a realização de fato proibido pela ordem jurídica vigente, para Giuseppe Bettiol, tal concepção “*atém-se ao crime sub espécie iuris, no sentido de considerar o crime ‘todo fato humano, proibido pela lei penal’*”,<sup>6</sup> trata-se, em suma, de relação de contrariedade entre o fato e a lei penal.<sup>7</sup>

Pelo aspecto material ou substancial, considera-se o conteúdo do ilícito penal, o desvalor social da conduta em dado momento histórico, é o atentado a um valor tido como fundamental para o grupo que o instituiu, nesse sentido, Luiz Régis Prado aduz que:

Em princípio são socialmente danosas as condutas que afetam de forma intolerável a estabilidade e o desenvolvimento da vida em comunidade, só sendo admissível o emprego da lei penal quando haja necessidade essencial de proteção da coletividade ou de bens vitais do indivíduo.<sup>8</sup>

Considerando a insuficiência dos critérios formal e material para definir com precisão o conceito de crime, desenvolveu-se o conceito analítico de crime, que propõe a análise pormenorizada dos elementos que integram o infração penal. Desse modo, sob o viés analítico ou dogmático, o conceito é decomposto por questões pragmáticas, sendo concebido como conduta (ação ou omissão) típica, ilícita ou antijurídica e culpável.

Acerca do desenvolvimento dos elementos da crime, L.R. Prado aduz que:

A ação, como primeiro requisito do delito, só apareceu com Berner (1857), sendo que a idéia de ilicitude, desenvolvida por Ihering (1867) para a área civil, foi introduzida no Direito Penal por obra de Von Liszt e Beling (1881), e a de culpabilidade, com origem em

---

<sup>5</sup> PRADO, op. cit., apud Serrano Maíllo, A. *Introducción a La criminologia*. Madrid: Dykinson, 2003, p.65

<sup>6</sup> BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Tradução de Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo : Revista dos Tribunais. 1977, v. I., p. 209.

<sup>7</sup> PRADO, op. cit., p. 235.

<sup>8</sup> Idem, ibdem

Merkel, desenvolveu-se pelos estudos de Binding (1877). Posteriormente, no início do Século XX, graças a Beling (1906), surgiu a idéia de tipicidade.<sup>9</sup>

Em resumo, segundo a concepção finalista, o fato típico é o modelo, o esquema conceitual da ação ou da omissão proibida, é a “expressão concreta dos específicos bens jurídicos amparados pela lei penal”<sup>10</sup>, sendo composto pelos elementos: conduta, resultado, nexó de causalidade e tipicidade. A ilicitude, como será adiante melhor estudada, deve ser formal e material. A culpabilidade, por sua vez, é o juízo de reprovação pessoal que se faz sobre a conduta do agente, sendo integrada pelos elementos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.<sup>11</sup>

## **2. A ANTIJURIDICIDADE**

### **2.1. COMPREENSÃO HODIERNA**

O conceito de ilicitude, nos moldes hodiernamente difundidos, enquanto elemento autônomo da concepção estratificada de crime, foi desenvolvido por Ihering, em 1867, para o Direito Civil, sendo introduzido no Direito Penal a partir dos estudos de Von Liszt e Beling, em 1881.<sup>12</sup>

A antijuridicidade se consubstancia na relação de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico. Trata-se de juízo de valor negativo exercido sobre a ação. Juízo, que nas lições de Welzel, não é exercido pelo juiz ou pelo agente, mas pelo Direito.<sup>13</sup>

### **2.2. CONTRIBUIÇÕES DAS DOUTRINAS ALEMÃ E ITALIANA**

A compreensão da antijuridicidade passa pelas contribuições de diversas escolas e doutrinas, em especial pelas escolas alemã e italiana, destacando-se os estudos de Mezger, Ernst Von Beling, Hans Welzel, Reinhart Maurach, Bagio

---

<sup>9</sup> PRADO, op. cit., p. 237.

<sup>10</sup> Idem, p. 239.

<sup>11</sup> GRECO, op. cit., p. 150.

<sup>12</sup> PRADO, op. cit., p. 237.

<sup>13</sup> WELZEL, op. cit, p. 99.

Petrocelli, Guisepe Bettiol, Francesco Antolisei e Guilio Battaglin. Nesse sentido, mostra-se de suma relevância a verificação das idéias apresentadas pelos referidos doutrinadores acerca da matéria.

Pela escola alemã, Mezger trouxe a idéia da antijuridicidade como juízo que se exerce sobre a ação, pelo qual a mesma adquire determinação jurídico-normativa, e é esse "juízo, que a ação contrasta com o ordenamento jurídico e com a norma legal", que caracteriza qualitativamente a ação como 'ilícita' ou na verdade 'antijurídica'.<sup>14</sup>

Mezger afirmou, ainda, que a ação no Direito Penal é lícita ou ilícita, vedada ou permitida, não havendo que se falar em meio termo, ou ação antijuridicamente indiferente. Trata-se, portanto, de ofensa objetiva ao Direito, visto que incide sobre a exteriorização da manifestação da vontade.<sup>15</sup>

Ernst Von Beling defendeu a idéia de que a antijuridicidade seria única para com todos os ramos do Direito, não existindo divisões, não havendo que se falar em antijuridicidade administrativa, civil ou penal. E o que levaria à aplicação de sanção penal seria a extrapolação de dados limites determinados em lei. Desse modo, a ação só seria punível na esfera penal quando entrasse em contradição com o ordenamento jurídico, não podendo ser aplicada quando contrariasse apenas a moral ou os costumes, e ainda nos delitos putativos ou imaginários.<sup>16</sup>

Hans Welzel, por sua vez, asseverou que a ação é composta por uma unidade de elementos objetivos e subjetivos, sendo os elementos objetivos os atinentes à modificação no mundo exterior e os subjetivos os relativos ao psiquismo do agente. Para o penalista, a antijuridicidade não seria mero juízo de desvalor, e

---

<sup>14</sup>MEZGER, Edmund. *Diritto Penale*. Tradução italiana de Filippo Mandalari. Padova : CEDAM, 1935. p. 182.

<sup>15</sup> Idem, p. 181-182.

<sup>16</sup> BELING, Ernst von. *Esquema de Derecho Penal*. Tradução castelhana de Sebastián Soler. Buenos Aires : Depalma, 1944. p. 21-22.



sim, um juízo de desvalor da ação, pelo que a antijuridicidade seria juízo de valor objetivo, vez que realizado sobre modificação do mundo exterior.<sup>17</sup>

Welzel defendeu, ainda, que esse juízo teria por base uma escala geral, partindo do ordenamento social-jurídico. Nessa acepção, afirmou que a antijuridicidade seria o “*desacuerdo de la acción com las exigencias que impone el derecho que se realizan en la vida social*”.<sup>18</sup>

Reinhart Maurach aduziu que a antijuridicidade seria a teoria do jurídico e não do antijurídico, uma vez que a função da antijuridicidade seria a de expor as ações sobre as quais incidiriam causas de justificação. Desse modo, a teoria da antijuridicidade seria, na prática, uma teoria do conforme ao Direito.<sup>19</sup>

Representando a doutrina italiana, Bagio Petrocelli definiu a antijuridicidade como o caráter do fato ser contrário ao Direito, e como este determina sua vontade por meio das normas, a antijuridicidade seria, por via de consequência, a violação a essas normas.<sup>20</sup>

Bagio Petrocelli classificou os tipos de antijuridicidade a partir da constatação de que toda norma tutela um interesse e impõe um dever. Em relação à contrariedade do interesse juridicamente protegido, a antijuridicidade poderia ser formal e material, e quanto ao dever imposto, objetiva e subjetiva.<sup>21</sup> O penalista afirmou, ainda, que a violação não seria da letra da norma, e sim da autoridade e força ideal que delineiam a mesma, seria o imperativo da norma que restaria violado. Nesse sentido, asseverou que “a respeito da abstrata validade jurídico-positiva, na verdade, há uma autoridade e força ideal da lei, elemento indivisível e potente de sua validade e eficácia, que a infração indubitavelmente golpeia.”<sup>22</sup>

---

<sup>17</sup> BRANDÃO, Claudio Roberto C. B. *A importância da conceituação da antijuridicidade para a compreensão da essência do crime*. Revista de Informação Legislativa, v. 34, n. 133, p. 23-31, jan./mar. de 1997.

<sup>18</sup> WELZEL, op. cit., p. 57.

<sup>19</sup> MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Tradução de Juan Cordoba Roda. Barcelona : Ariel, 1962. p. 347.

<sup>20</sup> BRANDÃO, op. cit.p.26

<sup>21</sup> Idem, op. cit.p.26

<sup>22</sup> PETROCELLI, Bagio. *L'antigiuridicità*. 2.reimp. Padova : CEDAM. 1947. p. 14.

Petrocelli chamou atenção para a necessidade de não se confundir a antijuridicidade, elemento, com o fato jurídico, que é o crime em si. O fato antijurídico seria composto pela antijuridicidade, culpabilidade e pelo fato, enquanto a antijuridicidade, seria uma relação de contradição, tratando apenas de parte do crime.<sup>23</sup>

Para Giuseppe Bettiol, a antijuridicidade seria a “valoração que realiza o juiz acerca do caráter lesivo de uma conduta humana”,<sup>24</sup> e a ilicitude seria determinada pela violação do fato à norma. Trata-se, portanto, de relação entre fato e valor feita pelo Direito Penal.<sup>25</sup>

Bettiol sustentou que, fora das esferas dos valores, o Direito Penal perderia a razão de existir e se tornaria instrumento de arbítrio, visto que são os valores que dão contorno ao crime e ao conceito intrínseco da ação humana. Para Bettiol, as questões de Direito Penal adquirem sentido quando relacionadas à antijuridicidade. Dessa forma, o valor tutelado é essencial para a compreensão do crime, da posição do sujeito passivo na causa, da capacidade de delinquir e da intensidade do dolo.<sup>26</sup> Nesse sentido, teleologicamente, a antijuridicidade seria o principal elemento do crime, visto que dá sentido à teoria do crime, por todos os elementos do crime estarem “polarizados para a antijuridicidade”.<sup>27</sup>

Do ponto de vista de Francesco Antolisei, a antijuridicidade seria o contraste entre a conduta e o ordenamento jurídico, e considerando que o crime seria a infração a uma norma penal. Desse modo, a antijuridicidade não seria elemento do crime, e sim a essência do mesmo, o crime em si, visto que esse contraste exauriria sua essência.<sup>28</sup> Nesse diapasão não haveria que se falar em distinção entre

---

<sup>23</sup> PETROCELLI, op. cit., p. 2.

<sup>24</sup> BETTIOL, op. cit., p. 360.

<sup>25</sup> BRANDÃO, op. cit.p.26

<sup>26</sup> Idem, op. cit.p.26-27.

<sup>27</sup> BETTIOL, op. cit. p. 361.

<sup>28</sup> BRANDÃO, op. cit.25

antijuridicidade objetiva ou subjetiva, na medida em que possuindo o caráter de essência do crime, o revestiria em sua totalidade.<sup>29</sup>

Antolisei afirmou, ainda, que a essência da antijuridicidade seria a de juízo de relação, que recai sobre a conduta humana, para reconhecer a existência de contrariedade do fato com o Direito, mais precisamente, com os fins do Estado.<sup>30</sup>

Guilio Battaglini, assim como Antolisei, compreendeu a antijuridicidade como o crime em si mesmo, sua essência. Nesse sentido, não poderia ser elemento, nem característica do crime.<sup>31</sup> Em posição divergente da maioria dos penalistas, Battaglini afirmou que a antijuridicidade pode se dar em relação à diversos ramos do Direito, havendo, assim, antijuridicidade penal, administrativa, civil, etc.<sup>32</sup>

### 2.3. A DOCTRINA PÁTRIA

A antijuridicidade também foi objeto de estudo aprofundado pela doutrina pátria, donde pode-se destacar, sem desmerecer nenhum expoente, o tratamento conferido ao tema por Aníbal Bruno, Nelson Hungria, Miguel Reale e Everardo Luna.

Para Aníbal Bruno, o crime passaria a existir a partir da conjunção de antijuridicidade e ilicitude. Desse modo, a antijuridicidade seria elemento do crime, e consistiria no contraste entre um fato e as exigências da ordem jurídica, entre o fato e a norma.<sup>33</sup> Bruno afirma ser a antijuridicidade comum a todos os ramos do direito, não se podendo falar em antijuridicidade penal, e sim em ilícito penal, que seria o fato antijurídico e típico.<sup>34</sup>

O jurista faz distinção entre os conceitos de antijuridicidade formal e material, sendo a antijuridicidade formal a contrariedade entre o fato e a norma do Direito e a

---

<sup>29</sup> ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale: parte generale*. Milão : Giuffrè, 1947. p. 98.

<sup>30</sup> ANTOLISEI, op. cit., p. 95-96.

<sup>31</sup> BATTAGLINI, Giulio. *Diritto Penale: parte generale*. 3. ed. Pádua : CEDAM, 1949. p. 162.

<sup>32</sup> BRANDÃO, op. cit.

<sup>33</sup> BRUNO, Anibal. *Direito Penal*. Rio de Janeiro : Forense, 1956. p. 347.

<sup>34</sup> BRANDÃO, op. Cit. p. 27.

material, o contraste entre o fato e o interesse tutelado pela norma. Para o autor, a antijuridicidade material reflete a anti-socialidade da ação, devendo o legislador atentar para esta a fim de adequar a antijuridicidade formal para o que o Direito Penal corresponda às exigências da sociedade.<sup>35</sup>

Bruno defende, ainda, que a verificação da contradição entre o fato e a norma deve se dar de forma objetiva, levando-se em consideração a realidade objetiva, a modificação do mundo exterior e não as condições psicológicas do agente, que podem afastar a culpabilidade.<sup>36</sup>

Nelson Hungria, em sua obra, *Comentários ao Código Penal*, concebe a antijuridicidade como a contradição positiva entre o fato e a norma jurídica, sendo a licitude de uma conduta típica possível apenas no plano do Direito positivo.<sup>37</sup> Afirma, ainda, ser a antijuridicidade elemento do crime, e aferida de modo objetivo, independentemente da opinião do agente e de sua capacidade de Direito Penal.<sup>38</sup>

Miguel Reale Júnior tratou do tema em sua tese de livre-docência, intitulada de *Antijuridicidade Concreta*, aduzindo que o Direito é um elemento cultural, sujeito a mudanças pelo condicionamento social, através da modificação de valores. A partir dessa noção Reale defende a existência de uma “antijuridicidade pré-normativa”, ou “genérica”, não definida em conceitos precisos e certos.<sup>39</sup>

Nesse sentido, Reale Júnior afirma que

Há, portanto, em cada época, uma antijuridicidade genérica, pré-normativa, parte desta atmosfera que constitui o mundo circunstante, que está presente na consciência jurídica dos indivíduos e que irá presidir e inspirar todo o ordenamento.<sup>40</sup>

---

<sup>35</sup> BRANDÃO, op. cit. p. 27.

<sup>36</sup> Idem, ibdem

<sup>37</sup> Idem, ibdem

<sup>38</sup> HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. 42. ed. Rio de Janeiro : Forense, v. 1, t. 2, p. 22

<sup>39</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. *Antijuridicidade concreta*. São Paulo : Bushatsky, 1974. p. 2.

<sup>40</sup> Idem. p. 6.

O doutrinador defende que a normatização dessa “antijuridicidade genérica” é essencial para a segurança das relações jurídicas, na medida em que a normatização seria “a qualidade científica culminante do Direito, que expressa, de forma abstrata, objetivações, resultantes da incidência valorativa sobre os dados fáticos.”<sup>41</sup>

Afirma que o Direito é fato, valor e norma, e que a norma consolida o que se extrai da tensão entre fato e valor. Desse modo, a norma seria fruto de uma “razão reflexa”, que não se distanciaria da realidade cultural, sendo voltada para o mundo concreto na sua criação, interpretação e aplicação.<sup>42</sup>

Reale aduz, ainda, que o tipo penal não tem caráter de mera capitulação, este encontra-se pleno de conteúdo valorativo, sendo considerado a expressão legal da antijuridicidade. Desse modo, o juízo da antijuridicidade não acrescentaria nada de novo ao tipo penal, visto que este já traria em seu bojo o caráter de injusto.<sup>43</sup>

Everardo Luna, por sua vez, conceitua a antijuridicidade como a “relação de contrariedade entre a ação humana e a norma do Direito”. Nesses termos, a ação seria o fato valorizado e a norma, o fato valorizante.<sup>44</sup> Para o jurista, a antijuridicidade pode ser objetiva e subjetiva, na medida em que a ação seria a unidade dialética entre querer e fazer, o contraste entre o fazer e a norma daria lugar à antijuridicidade objetiva, e a contradição entre o querer e a norma, à antijuridicidade subjetiva.<sup>45</sup>

Luna sustenta que considerando que a norma seria a unidade dialética entre o preceito e o conteúdo, a antijuridicidade pode ser formal e material. Sendo formal quando há contraste entre a ação e o preceito da norma, e material o contraste entre a ação e o conteúdo da norma. Luna defende que essas classificações

---

<sup>41</sup> REALE JÚNIOR, op. cit., p. 2.

<sup>42</sup> REALE JÚNIOR, *apud* BRANDÃO, op. cit., p. 28.

<sup>43</sup> Idem, *ibidem*

<sup>44</sup> LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de Direito Penal*. São Paulo : Saraiva, 1995. p. 113.

<sup>45</sup> LUNA, *apud* BRANDÃO, op. Cit., p. 29.

determinam apenas aspectos da antijuridicidade, que coexistem e não se excluem.<sup>46</sup> Afirma, ainda, ser a antijuridicidade puro juízo de valor negativo ou desvalor, não existindo no plano material do fato, apenas no aspecto objetivo do ser, como abstração jurídica e essência do crime.<sup>47</sup>

## 2.4. ELEMENTOS E CARACTERÍSTICAS

Do reconhecimento da antijuridicidade, como elemento autônomo, tem-se a separação axiológica entre tipicidade e ilicitude, sendo sua relação explicada a partir de várias teorias, destacando-se: a) teoria do tipo independente ou avalorado, segundo a qual a tipicidade encontra-se absolutamente separada da ilicitude, nada dizendo a seu respeito; b) teoria indiciária, para a qual a tipicidade constitui indício de ilicitude; c) teoria da identidade, em que a tipicidade forma um todo unitário como ilicitude, sendo a ação típica necessariamente ilícita; d) teoria dos elementos negativos do tipo, segundo a qual tipicidade e ilicitude são indissociáveis, resultando na inexistência de tipicidade, a inexistência de ilicitude.<sup>48</sup>

Em virtude da adoção da teoria indiciária, ou da *ratio cognoscendi*, a conduta típica também será antijurídica, e a ilicitude só será afastada pela incidência de causa justificante.<sup>49</sup>

A função indiciária da antijuridicidade se manifesta por inteiro nos tipos penais fechados, que contêm a descrição completa da conduta típica. Nos tipos penais abertos, não é possível visualizar esse efeito indiciário, vez que o tipo não descreve plenamente a norma infringida, dependendo da violação de normas especiais. É o caso dos crimes culposos, em que o tipo prevê apenas resultados, sendo necessária a infração ao dever objetivo de cuidado, e dos crimes comissivos por omissão, que dependem da violação ao dever jurídico de impedir o resultado.<sup>50</sup>

---

<sup>46</sup> Idem, ibdem.

<sup>47</sup> LUNA, *apud* BRANDÃO, op. cit., p.29.

<sup>48</sup> PRADO, op. cit., p. 340.

<sup>49</sup> GRECO, op. cit., p. 336.

<sup>50</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 223-224.

A antijuridicidade é concebida, ainda, como ilícito objetivo, vez que um fato é tido como antijurídico quando em contrariedade com a ordem jurídica, não havendo que se considerar culpa ou imputabilidade do agente quando de sua aferição.<sup>51</sup>

O juízo de ilicitude decorre da verificação da inexistência de norma permissiva, possuindo assim um caráter negativo, em contraposição ao juízo de tipicidade, de caráter positivo, qual seja a subsunção de um fato ao tipo.

Antijuridicidade não se confunde com injusto. A ilicitude se consubstancia na relação de contrariedade entre a conduta e a norma. O injusto, por sua vez, é a ação valorada como ilícita, é mensurável em qualidade e quantidade.<sup>52</sup>

A antijuridicidade é unitária para com o ordenamento jurídico, havendo antagonismo entre o comportamento e determinado ramo do ordenamento, esse será antijurídico para com os demais, o que diferirá entre os diversos ramos são as conseqüências jurídicas. O injusto pode ser penal, civil ou trabalhista, e pode ser considerado mais ou menos grave.<sup>53</sup>

Por suas características conceituais, exprimindo relação não existente no mundo fenomênico dos fatos, a antijuridicidade é tida como categoria lógica. E em razão de sua importância para a determinação da existência de conduta criminosa, essa categoria lógica chega a ser considerada, por alguns estudiosos, a mais importante do Direito Penal, por constituir a essência do crime.<sup>54</sup>

Nessa linha de pensamento, concebê-la como elemento do crime seria “*um erro e uma tautologia*”. Um erro porque seria a essência do crime e não elemento, e uma tautologia, porque se considerando o crime como um fato jurídico, seus elementos devem ser, necessariamente, jurídicos.<sup>55</sup>

A afirmação da antijuridicidade como essência do crime tem por fundamento a verificação de que esta concede aos elementos do crime significação jurídico penal, sendo o juízo de valor que se exerce sobre a conduta humana, pelo fato de ser

---

<sup>51</sup> MARQUES, op. cit., p. 139-140.

<sup>52</sup> PRADO, op. cit., p. 380.

<sup>53</sup> FRAGOSO, op. cit., p. 221-222.

<sup>54</sup> BRANDÃO, op. cit. 23

<sup>55</sup> LUNA, Everardo da Cunha. *Estrutura Jurídica do Crime*. 4 ed. São Paulo : Saraiva. 1994. p. 49.

contrária ao Direito. Nesse diapasão, pela Teoria Finalista, a tipicidade constitui-se em *ratio cognoscendi* da ilicitude e a culpabilidade na consciência da antijuridicidade.<sup>56</sup>

Ainda sobre a importância do juízo de valor encetado pela antijuridicidade, Bettiol, apesar de conceber a ilicitude como elemento do crime, aduz que são os valores que conferem conteúdo e motivação aos elementos do crime, afirmando que “entre os elementos constitutivos do crime, não há outro que dê tamanha tonalidade e relevo à matéria quanto a contradição do fato com as exigências do Direito, vale dizer, esse choque entre o fato e a norma.”<sup>57</sup>

Coaduna, ainda, com a noção de ser a antijuridicidade essência, e não elemento do crime, o fato de ser a mesma puro juízo de valor, que não pode ser regulado pelo Direito, na medida em que o mesmo regula condutas e não juízos. Desse modo, em não podendo ser regulado pelo Direito, não poderia ser a antijuridicidade elemento do crime.<sup>58</sup>

O juízo de valor encerrado pela antijuridicidade possui dupla significação: a) a de que a conduta humana foi contrária ao Direito ; b) e que o agente não poderia ter se omitido na prática da ação. Esse juízo é feito, primeiramente, por meio da análise da relação de adequação entre a ação e a norma, vale dizer, da tipicidade, vez que a mesma é *ratio cognoscendi* da antijuridicidade. Posteriormente, deve-se analisar a possibilidade de o conteúdo proibitório da norma ser afastado por meio da incidência de uma causa excludente da ilicitude. A partir dessas constatações, afirma-se que o juízo de antijuridicidade se dá de forma vinculada, com base no tipo penal.<sup>59</sup>

A partir do reconhecimento de que a conduta humana não poderia ser omitida, passa-se a considerar a mesma uma conduta justificada, revestindo-se do caráter de juridicidade, por ser conforme ao Direito. Nesse sentido, afirma-se que a

---

<sup>56</sup> BRANDÃO, op. cit. 24

<sup>57</sup> BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Tradução de Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo : Revista dos Tribunais. 1977. p. 358-359

<sup>58</sup> BRANDÃO, op. cit. 24

<sup>59</sup> Idem, ibidem



conduta abrangida pelas causas de justificação, ou excludentes de ilicitude, não é apenas admitida pelo Direito, mas é uma ação querida pelo mesmo.<sup>60</sup>

## 2. 5. CLASSIFICAÇÕES

### 2.5.1. ANTIJURIDICIDADE FORMAL E MATERIAL

O desenvolvimento dos conceitos e da distinção entre ilicitude formal e material atribui-se a Von Liszt. Influenciado por Rudolf Von Jhering, Liszt defende que o Direito tem sua razão de ser na defesa dos interesses da vida humana, bens jurídicos preexistentes à criação do Direito.<sup>61</sup> E que a defesa dos interesses protegidos se dá através da coação, da imposição da força como forma de submeter a vontade individual à vontade coletiva. Para o penalista, há três formas de coação estatal: a execução forçada, o restabelecimento do estado anterior, e a imposição da pena como punição pela desobediência, sendo que o Direito Penal atuaria pela terceira forma, cabendo-lhe uma defesa mais enérgica dos interesses considerados mais relevantes.<sup>62</sup>

Liszt afirma, ainda, que a reprovação que recai sobre a conduta criminosa é dupla, sendo formalmente e materialmente antijurídica. Sob o aspecto formal, a conduta antijurídica seria a violação à norma jurídica, já sob o aspecto material, seria antijurídica a conduta transgressora dos interesses vitais à sociedade. A antijuridicidade material equivaleria, assim, à anti-socialidade da ação, estranha à norma antijurídica, criada pelo legislador.<sup>63</sup>

Destarte, um fato seria formalmente ilícito quando contrário a uma proibição legal, e materialmente ilícito quando implicasse na lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico protegido, ou seja, sob o aspecto formal, a antijuridicidade se

---

<sup>60</sup> BRANDÃO, op. cit. 24.

<sup>61</sup> BRANDÃO, op. cit., p.30.

<sup>62</sup> LIZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal*. Tradução de Luis Jimenez de Asúa. Madrid: Réus, [192].t.2, p. 9.

<sup>63</sup> Idem, ibdem

caracteriza como desrespeito a uma norma, e materialmente, como ofensa a interesses essenciais particulares e coletivos tutelados pelas normas.<sup>64</sup>

Assim, a mera contrariedade entre o ordenamento jurídico e a conduta não se mostra suficiente para a configuração da ilicitude. Além de contrariar a norma, a conduta deve lesionar ou expor a perigo de dano um bem juridicamente protegido.

Nesse sentido, Luiz Régis Prado, sustenta que

O bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem, e por isso, jurídico-penalmente protegido.<sup>65</sup>

Interessante contribuição traz o pensamento de Frederico Marques, que despreza a distinção com base em fundamento diverso. Para o doutrinador, a ilicitude é sempre material, o que se tem por antijuridicidade formal se confunde com a tipicidade. É a antijuridicidade material que informa o juízo de valor sobre a conduta típica e a torna antijurídica.<sup>66</sup>

O raciocínio do renomado penalista, com o devido respeito, parece equivocado, vez que a relação de contrariedade entre conduta e norma a que se refere Liszt se refere a todo o ordenamento jurídico, não apenas à lei penal, a que alude a tipicidade.

Por meio do conceito de antijuridicidade material, introduzido pelo positivismo sociológico, admite-se que uma conduta típica seja considerada lícita pela verificação da não existência de violação a “normas de cultura”, assim entendidas como as concepções éticas, sociais e políticas, perfilhadas e acolhidas pelo Estado, do que a sociedade elegeu como inviolável.<sup>67</sup> Será, ainda, lícita a conduta típica que constituir meio justo para fim justo, partindo da concepção do Direito como “espelho dos valores culturais positivos”.<sup>68</sup>

---

<sup>64</sup> REALE JUNIOR, op. cit., p. 91.

<sup>65</sup> PRADO, op. cit., p. 248.

<sup>66</sup> MARQUES, op. cit., p. 131.

<sup>67</sup> NAVES, Nilson Vital. **Estrutura jurídico-penal do crime**. *Justitia*. 65/109.

<sup>68</sup> REALE JUNIOR, op. cit., p. 112.

## 2.5.2. ANTIJURIDICIDADE OBJETIVA

A teoria acerca da antijuridicidade objetiva guarda estreita relação com a da responsabilidade objetiva, ou responsabilidade sem culpa, pela qual, para a existência do delito, basta a configuração do dano através de uma ação ou omissão do agente, independentemente das circunstâncias de cunho subjetivo, como as qualidades do autor e a manifestação de vontade na realização da conduta.<sup>69</sup>

A antijuridicidade objetiva, de mesma sorte, constitui-se em puro juízo de valor objetivo, em que se avalia a relação entre a conduta e o comando da norma, sendo os elementos de cunho subjetivos analisados na culpabilidade. Nesse sentido, Edmund Mezger afirma ser a mesma uma “ofensa objetiva à regra de valoração do direito”, desprezando-se quaisquer elementos de ordem ética ou social.<sup>70</sup>

Em suma, a idéia de antijuridicidade objetiva tem como única referência para definição do injusto o ordenamento jurídico, desprezando os elementos de cunho subjetivo, quando da análise do caráter ilícito da conduta. Tal teoria se mostra incompatível com a noção de antijuridicidade adotada pela maioria dos ordenamentos jurídicos, na medida em que a antijuridicidade também comporta elementos de cunho subjetivos, chamados de elementos subjetivos do injusto, dispostos em vários tipos penais.<sup>71</sup>

Na esteira nessas ilações, Jimenez de Asúa sustenta a existência dos elementos subjetivos da antijuridicidade, ainda que não previstos de forma expressa no tipo penal, afirma, ainda, que esse elemento subjetivo é o único a diferenciar o fim de agir de cada ação, como por exemplo a diferenciação entre o reconhecimento médico feito sobre o corpo de uma menina, da apalpação de um pedófilo.<sup>72</sup>

---

<sup>69</sup> BRANDÃO, op. cit., p.29

<sup>70</sup> Idem, ibdem

<sup>71</sup> Idem, ibdem

<sup>72</sup> JIMENEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Direito Penal. Buenos Aires: Losada, 1951, t. 2, p. 717.

### 2.5.3 ANTIJURIDICIDADE SUBJETIVA

Em sentido contrário à teoria supracitada, abalizada nos ensinamentos de Hegel, para quem não há distinção entre direito e moral, sendo aquele mera ordenação ética objetiva, a teoria da antijuridicidade subjetiva situa a antijuridicidade na conduta interna do agente, confundindo-se com a culpabilidade.<sup>73</sup>

Para a teoria da antijuridicidade subjetiva, a verificação da antijuridicidade prescinde da exteriorização da conduta, bastando a existência da vontade do agente em praticar o ato criminoso. Essa teoria alcançou seu apogeu no período nazista, mais precisamente na Alemanha, conjuntamente com os estudos da Escola de Keil, que buscou através de suas teorias fornecer substrato filosófico aos atos nazistas.<sup>74</sup>

A Escola de Keil é, ainda, responsável pela criação da Bacteriologia Criminal, teoria pela qual, a vontade de delinquir tem origem em bacilos que surgem no corpo com essa finalidade. Desse modo, a função do Direito Penal seria a de combater a periculosidade criminal, devendo aplicar sanções de forma preventiva, antes mesmo de o indivíduo praticar o delito.<sup>75</sup>

Sob bases diversas, Bagio Petrocelli defende a antijuridicidade subjetiva, afirmando que a conduta antijurídica não é aquela que viola a letra da norma, e sim seu comando ideal, o que é querido pelo Direito, e em sendo violação a um dever imposto, a antijuridicidade seria subjetiva.<sup>76</sup>

## 3. CAUSAS DE EXCLUSÃO DA ANTIJURIDICIDADE

A exclusão da ilicitude é feita por meio de juízo de valor acerca da ação e do resultado das causas justificantes, com vistas a compensar o juízo de desvalor da ação e do resultado que fundamenta o injusto. Esse juízo de valor é feito com base na análise dos pressupostos objetivos da causa de justificação e do elemento

---

<sup>73</sup> BRANDÃO, op. cit., p.30.

<sup>74</sup> Idem, ibidem.

<sup>75</sup> Idem, ibidem.

<sup>76</sup> Idem, ibidem.

subjetivo, qual seja, consciência e vontade de realizar determinada conduta para proteger um interesse preponderante.<sup>77</sup>

A necessidade de superação das valorações negativas pelas positivas faz com que o elemento subjetivo integre a normatividade permissiva, cujo contraponto é o elemento subjetivo do injusto. Assim, além de atuar conforme prevê a causa justificante, o agente deve saber que assim atua e desejar esse resultado.<sup>78</sup>

As causas de justificação revestem-se de preceito autorizante ou permissivo que interfere na proibição da norma e faz com que a conduta típica, proibida, seja considerada lícita.<sup>79</sup>

Tratam-se de condutas, que nas lições de Aníbal Bruno:

Pela posição particular em que se encontra o agente ao praticá-las, se apresentam em face do Direito como lícitas. Essas condições especiais em que o agente atua impedem que elas venham a ser antijurídicas.<sup>80</sup>

As causas excludentes da ilicitude podem ser legais ou supralegais. As causas legais encontram-se previstas em lei, e em se tratando de causa de exclusão legal penal, no art. 23 do Código Penal, quais sejam: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito, na parte Especial do Código Penal e na legislação penal extravagante, a exemplo do aborto necessário (art. 128, I. do Código Penal).

Os conceitos de estado de necessidade e de legítima defesa encontram-se na lei penal, já os conceitos de estrito cumprimento do dever legal e de exercício regular de direito são definidos pela doutrina.

Para a caracterização das justificantes, faz-se necessária a presença de determinados elementos, que podem ser de ordem objetiva ou subjetiva. Os de ordem objetiva são determinados pela lei penal, de forma expressa ou implícita. E o

---

<sup>77</sup> PRADO, op. cit., p. 381.

<sup>78</sup> Idem, ibidem.

<sup>79</sup> Idem., p. 380.

<sup>80</sup> BRUNO. Aníbal. *Direito penal – parte geral*, t. I, Rio de Janeiro: Forense, 1967,. p. 365.

subjetivo, se materializa na consciência do agente de que opera amparado por causa de exclusão da ilicitude.<sup>81</sup>

Com base na fonte da causa de exclusão da ilicitude, Heleno Fragoso as classifica em três grupos: a) causas que decorrem de situação de necessidade, como a legítima defesa e o estado de necessidade; b) causas que decorrem da atuação do direito, sendo o caso do exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal; c) causa decorrente da ausência de interesse, que é o consentimento do ofendido.<sup>82</sup>

As causas supralegais de exclusão da ilicitude são aquelas, que embora não positivadas, são capazes de afastar a antijuridicidade de uma conduta. A doutrina cuida especialmente, e unicamente, do consentimento do ofendido, porém não descarta a possibilidade do reconhecimento de outras, vez que as limitações do princípio da legalidade, que não permitem o suprimento de omissões e lacunas de normas penais incriminadoras mediante a aplicação da analogia, costumes e princípios gerais de direito, não se estendem à admissibilidade de causas justificantes, visto que a ordem jurídica é composta por preceitos construídos com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais de direitos.<sup>83</sup>

Nesse sentido, oportuna é a afirmação de Frederico Marques de que “olhar para o art. 23, do Código Penal, e concluir, em seguida, que ali estão previstas, de maneira exaustiva e perfeita, todas as formas de exclusão da ilicitude, é supor que os fatos se amoldam submissamente às categorias abstratas da legislação, ou que, a elaboração da lei sempre se realiza com perfeita e integral visão de tudo quanto possa ocorrer, de futuro, ao serem postos em vigor os preceitos que a regra legislativa contém.”<sup>84</sup>

Portanto, o reconhecimento de causas supralegais de exclusão da ilicitude é possível, na medida em que na busca por solução justa ao caso concreto, o

---

<sup>81</sup> GRECO, op. cit., p. 338.

<sup>82</sup> FRAGOSO, op. cit., p. 226.

<sup>83</sup> MARQUES, op. cit., p. 143-144.

<sup>84</sup> Idem., p. 144.

magistrado pode decidir conforme a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.<sup>85</sup>

Não obstante a existência de multiplicidade de causas de justificação, e de elementos específicos, é certo que todas partilham de um mesmo fundamento, qual seja: o predomínio de um direito prevalecente.<sup>86</sup>

### 3.1. ESTADO DE NECESSIDADE

O conceito de estado de necessidade encontra-se plasmado no art. 24, do Código Penal, segundo o qual:

Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

A partir dessa previsão, tem-se a existência de conflito entre dois bens amparados pelo ordenamento jurídico, que a depender do caso, resultará na prevalência de um, e conseqüente supressão do outro. Duas teorias procuram explicar a relação existente entre o sacrifício de um bem jurídico para salvaguardar outro, e a existência ou inexistência de diferentes valorações entre os mesmos: a teoria unitária e a teoria diferenciadora.

Para a teoria unitária não há distinção de valor entre o bem sacrificado e o prevalente, desse modo, todo estado de necessidade é causa justificante,<sup>87</sup> não importando que para salvar seu patrimônio o agente sacrifique a integridade física de outrem, por exemplo.

A teoria diferenciadora, a seu turno, faz distinção entre o estado de necessidade justificante, apto a excluir a ilicitude, e o estado de necessidade

---

<sup>85</sup> Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

<sup>86</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Nuevo sistema de derecho penal*. Madrid: Editora Trotta, 2004, p. 93.

<sup>87</sup> GRECO, op. cit., p. 343.

exculpante, que enseja a exclusão da culpabilidade. Para parte da teoria diferenciadora, a exemplo de Zaffaroni e Pierangeli, há estado de necessidade justificante quando o bem sacrificado for de valor inferior ao prevalente, e estado de necessidade exculpante quando o bem prevalente for de igual ou menor valor que o sacrificado. Para outra corrente, dentro da mesma teoria, defendida por nomes como Assis Toledo, há estado de necessidade exculpante apenas quando o bem prevalente for de menor valor que o sacrificado.<sup>88</sup>

Verifica-se, a partir do art. 24 do Código Penal, que o mesmo adotou a Teoria Unitária, vez que alude apenas ao sacrifício de bem que “nas circunstâncias não era razoável exigir-se”, sem fazer menção ao fato de o bem sacrificado ser de maior ou menor valor, portanto, todo estado de necessidade é justificante.

São elementos objetivos do estado de necessidade: a) prática de ato para salvar de perigo atual; b) perigo não causado pelo agente; c) impossibilidade de evitar o dano; d) direito próprio ou de terceiro; e) razoabilidade do sacrifício do bem; f) inexistência de dever legal de enfrentar o perigo. É elemento subjetivo o conhecimento por parte do agente de que atua em estado de necessidade.

Em relação ao primeiro elemento, a doutrina afirma constituir-se o perigo atual naquele “presente no momento da ação ou na iminência de produzir-se”.<sup>89</sup> Desse modo, basta a possibilidade imediata do dano.

Quanto à necessidade de não ter sido o perigo causado pelo agente, há dissenso doutrinário sobre ao conteúdo da expressão “vontade”, se se refere apenas à conduta dolosa ou às condutas dolosas e culposas. Para Nelson Hungria e Magalhães Noronha, também há vontade na culpa, assim, nos casos em que o agente podia e devia ter previsto o perigo, não há estado de necessidade. Em posição diversa, Heleno Fragoso e Damásio de Jesus, defendem que a expressão vontade se refere apenas ao dolo.<sup>90</sup> Esse é o entendimento adotado pela maioria da doutrina.

---

<sup>88</sup> GRECO, op. cit., p. 343.

<sup>89</sup> BRUNO. Aníbal. op. cit., p. 395.

<sup>90</sup> GRECO, op. cit., p. 346-347.



Quanto à origem do perigo, tem-se que não sendo este provocado pelo agente, pode ser produto da ação humana, de animais ou coisas. Sendo classificado como defensivo quando atingir o causador da situação de perigo, e considerado agressivo quando atingir bens de terceiro estranho à produção do perigo.<sup>91</sup>

Sobre a exigência de o agente não ter tido possibilidade de evitar o dano produzido por sua ação, tem-se que, além de não ter como evitar o dano, caso possa escolher entre duas opções danosas, o agente deve sempre optar pela alternativa menos lesiva, do contrário, responderá pelo excesso.<sup>92</sup>

Acerca da possibilidade de o agente atuar para salvar direito próprio ou de terceiro, a doutrina aponta como requisito especial desse último a indisponibilidade do bem posto em perigo, ou seja, é possível o estado de necessidade de terceiros desde que o bem a ser sacrificado não seja disponível, e sendo disponível, que haja anuência por parte do titular, visto que diante, da situação concreta, o titular do bem pode optar por defendê-lo ou não, preferindo sofrer o dano.<sup>93</sup>

A respeito da razoabilidade do sacrifício do bem, decorrente da expressão “cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”, tem-se a necessidade de ponderação entre os bens postos em conflito. Desse modo, conquanto o Código Penal tenha adotado a teoria unitária, não fazendo distinção entre o estado de necessidade apto a excluir a antijuridicidade e o apto a excluir a culpabilidade, quando o bem sacrificado for de valor superior ao privilegiado, não haverá razoabilidade no sacrifício, não se podendo alegar estado de necessidade. No entanto, o fato pode ser discutido em sede de culpabilidade em caso de inexigibilidade de conduta diversa, ou como causa de diminuição de pena, nos termos do §2º do art. 24, do Código Penal.<sup>94</sup>

A inexistência de dever legal de enfrentar o perigo decorre do disposto no §1º, do art. 24, do diploma penal, pelo qual “não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo”. Desse modo, havendo dever legal, ou seja, dever imposto pela lei de enfrentar o perigo, a exemplo do que existe para

---

<sup>91</sup> GRECO, op. cit., p. 354-355.

<sup>92</sup> Idem., p. 348-349.

<sup>93</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 187.

<sup>94</sup> Art. 24, § 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

profissionais como bombeiros e policiais, que se comprometem a proteger os cidadãos de situações de perigo, não há que se alegar estado de necessidade.<sup>95</sup>

Quanto ao elemento subjetivo do estado de necessidade, é necessário que agente tenha consciência da existência dos elementos objetivos da justificante, e vontade de agir para salvaguardar direito próprio ou alheio em perigo.<sup>96</sup>

Conquanto a existência de estado de necessidade retire o caráter ilícito da conduta, remanescem seus efeitos civis para fins de indenização de terceiro, que não sendo culpado do perigo, sofra prejuízo. Caso o perigo tenha sido provocado por outrem, admite-se ação regressiva contra este.<sup>97</sup>

### 3.2. LEGÍTIMA DEFESA

Nas lições de Miguel Reale Junior, a legítima defesa tem natureza de “possibilidade de reação direta do agredido em defesa de um interesse, dada a impossibilidade da intervenção tempestiva do Estado, o qual tem igualmente por fim que interesses dignos de tutela não sejam lesados”.<sup>98</sup>

O conceito da justificante encontra-se no art. 25 do Código penal, termos que “entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

De acordo com entendimento formulado pela doutrina, a aplicação da legítima defesa incide sobre qualquer bem juridicamente tutelado pela lei, desde que, nas circunstâncias, não seja possível valer-se da proteção do Estado, e não se trate de

---

<sup>95</sup> GRECO, op. cit., p. 353-354.

<sup>96</sup> Idem., p. 355-356.

<sup>97</sup> Art. 188. Não constituem atos ilícitos: II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

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-á 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.

<sup>98</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 76.

bem jurídico comunitário, ou seja, aqueles cuja titularidade pertencem à toda a sociedade ou ao Estado, como a saúde pública, a Administração da Justiça, etc.<sup>99</sup>

Assinala-se a existência de duas espécies de legítima defesa: a legítima defesa autêntica ou real e a legítima defesa putativa ou imaginária. A legítima defesa é considerada real quando há de fato agressão injusta, e imaginária, quando a situação de agressão é fruto da mente do agente, existindo apenas em sua imaginação.<sup>100</sup>

A legítima defesa putativa, por constituir erro sobre uma causa de justificação incidente sobre uma situação de fato, é considerada erro de tipo permissivo, sendo tal situação tratada pelo §1º do art. 20, do Código Penal, que estabelece como consequência a isenção de pena, salvo quando o erro derivar de culpa e houver previsão de modalidade culposa para o delito em questão.<sup>101</sup>

São elementos objetivos da legítima defesa: a) injusta agressão; b) uso moderado dos meios necessários; c) atualidade e iminência da agressão; d) defesa de direito próprio ou de terceiro. O elemento subjetivo é o conhecimento ou a crença de que age em legítima defesa.

Entende-se por injusta agressão, a lesão ou ameaça de lesão a um bem juridicamente tutelado decorrente de conduta humana.<sup>102</sup> Apenas o homem pratica agressão, não se podendo cogitar de legítima defesa contra atos de animais. A agressão deve, ainda, ser injusta, ou seja, não estar salvaguardada pelo ordenamento jurídico. Não é necessário que a conduta seja criminosa para ser considerada injusta, uma vez que há ilícitos de natureza civil, como o furto de uso.<sup>103</sup>

Ainda em relação ao autor da agressão injusta, há dissenso doutrinário quanto à incidência da justificante em caso de injusta agressão praticada por

---

<sup>99</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Saraiva, p. 247.

<sup>100</sup> GRECO, op. cit., p. 365.

<sup>101</sup> Art. 20, §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 culposos".

<sup>102</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Bustos Ramirez e Sergio Yañes Pérez. Chile: Jurídica de Chile, 1987, p. 101.

<sup>103</sup> GRECO, op. cit., p. 367.

inimputáveis, sendo tal questão explicada por duas correntes. Para a corrente defendida por Nélson Hungria, não se aplica o instituto da legítima defesa, e sim o do estado de necessidade. Para a outra, capitaneada por Roxin, a agressão praticada pelo inimputável não é amparada pelo ordenamento jurídico, logo, é injusta, não sendo caso de estado de necessidade, que exige a presença de dois bens juridicamente tutelados, e sim de legítima defesa.<sup>104</sup> Essa é a posição adotada pela doutrina majoritária.

Faz-se distinção entre a agressão injusta e a provocação. Trata-se de distinção eminentemente subjetiva, visto que leva em consideração o grau de lesão ao bem jurídico gerado pela conduta, de acordo com a opinião geral. A provocação não gera necessidade de defesa, o que se manifesta na agressão.<sup>105</sup> A depender do caso, uma conduta pode ser considerada mera provocação, sendo considerada circunstância atenuante, ou pode ser considerada agressão à honra subjetiva, ensejando a incidência da justificante.<sup>106</sup>

Da necessidade da injustiça da agressão decorre a impossibilidade da existência de legítima defesa autêntica recíproca, visto que para a incidência da justificante faz-se necessário que pelo menos uma das agressões atuais seja injusta, assim, apenas um dos agentes atuará em legítima defesa. No entanto, é possível a coexistência de legítima defesa autêntica e legítima defesa putativa,<sup>107</sup> visto que há de fato apenas uma agressão injusta, sendo a outra fruto da imaginação do agente.

Também não se mostra possível a coexistência de legítima defesa real e estado de necessidade, visto que no estado de necessidade o agente atua amparado pelo ordenamento jurídico, sendo sua conduta lícita, não havendo que se falar em injusta agressão. Contudo, é possível a coexistência de estado de necessidade e legítima defesa putativa,<sup>108</sup> visto que na legítima defesa putativa exige-se apenas que a agressão seja injusta na mente do agente.

Quanto ao uso dos meios necessários, concebe-se como meios necessários aqueles aptos e suficientes para fazer cessar a agressão. Para alguns autores,

---

<sup>104</sup> GRECO, op. cit, p. 378-380.

<sup>105</sup> HUNGRIA, Nélson. Comentários ao código penal. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v.I, t.II, p. 289.

<sup>106</sup> GRECO, op. cit., p. 369.

<sup>107</sup> Idem., p. 380-382.

<sup>108</sup> GRECO, op. cit, p. 382-383.

como Mirabete, meio necessário é “aquele que o agente dispõe no momento em que rechaça a agressão, podendo até mesmo ser desproporcional com o utilizado no ataque, desde que seja o único à sua disposição no momento”.<sup>109</sup>

Conquanto haja dissenso doutrinário quanto à significação do que seja meio necessário, é certo que sua definição deve ser orientada pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, uma vez que um mesmo meio pode ser considerado necessário ou desnecessário à defesa de um bem, a depender do caso concreto.<sup>110</sup>

A moderação no uso dos meios necessários diz respeito à atuação limitada ao que seja suficiente para afastar a agressão, o que é aferido de acordo com as circunstâncias do caso concreto, não sendo possível definir de modo cabal a quantidade de golpes ou disparos necessários para fazer cessar uma agressão.<sup>111</sup>

Acerca da exigência de atualidade ou iminência da agressão, tem-se como agressão atual a que está acontecendo e iminente aquela que está prestes a acontecer, de forma imediata. Em caso de agressão futura, entende-se não haver incidência da justificante, mas tão-somente de inexigibilidade de conduta diversa, causa excludente da culpabilidade. Para uma parcela minoritária da doutrina, a exemplo da posição de William Douglas, trata-se de legítima defesa antecipada.<sup>112</sup>

Em relação à possibilidade de defesa de direito de terceiro, não é preciso que se trate de pessoa próxima ao agente, no entanto, faz-se necessário que o bem seja indisponível, caso contrário, deve haver autorização do titular.<sup>113</sup>

Sobre o elemento subjetivo da justificante, faz-se necessária a existência do *animus defendendi*, ou seja, a intenção do agente de defender direito próprio ou alheio.<sup>114</sup>

É possível que a conduta inicialmente considerada lícita por estar acobertada pela causa de exclusão da ilicitude da legítima defesa se torne ilícita, por ultrapassar

---

<sup>109</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de direito penal – parte geral. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 177.

<sup>110</sup> GRECO, op. cit., p. 372.

<sup>111</sup> Idem., p. 372 -373.

<sup>112</sup> Idem, p. 375.

<sup>113</sup> Idem, p. 376.

<sup>114</sup> GRECO, op. cit, p. 378.

os limites impostos pela lei, nesse caso, há excesso, que pode ser doloso ou culposo.

O excesso é doloso quando o agente prossegue com a agressão quando sabe que era desnecessário e que por isso não poderia prosseguir, e quando prossegue com o ataque por acreditar que pode ir até o fim, errando sobre os limites da justificante, incorrendo em erro de proibição indireto. No primeiro caso o agente responde pelo resultado advindo do excesso na forma dolosa, e no segundo, aplica-se a regra do art. 21, do Código Penal, sendo o erro inevitável, haverá isenção de pena, se evitável, a pena será reduzida de 1/6 a 2/3.

O excesso culposo, por sua vez, ocorre quando o agente prossegue com o ataque por acreditar que ainda está sendo ou poderá vir a ser agredido, ou quando o agente se excede por inobservância de um dever objetivo de cuidado. No primeiro caso, aplica-se a regra do art. 20, §1º, do Código Penal, chamada de discriminante putativa, havendo isenção de pena, em caso de erro escusável, e respondendo o agente na modalidade culposa, se inescusável, situação caracterizada como culpa imprópria.

Classifica-se, ainda, o excesso em intensivo e extensivo, sendo intensivo quando há excesso quanto aos meios empregados e a sua utilização, e extensivo quando o agente prossegue no ataque, quando já não mais necessário para fazer cessar a injusta agressão.<sup>115</sup>

Por fim, insta consignar que admite-se a legítima defesa sucessiva e os ofendículos. A legítima defesa sucessiva é aquela praticada sobre o excesso cometido na legítima defesa, visto que a partir desse momento o ato passa a ser ilícito. Os ofendículos são instrumentos predispostos, visíveis, utilizados na defesa da propriedade, como arame farpado, cercas elétricas e cães, sendo aceitos desde que não ultrapassem o limite do necessário para a defesa.<sup>116</sup>

---

<sup>115</sup> GRECO, op. cit, p. 388-389.

<sup>116</sup> MIRABETE, op. cit., p. 190.

### 3.3. ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL

O estrito cumprimento do dever legal, por não ter seu conceito definido pelo Código Penal, é objeto de definição pela doutrina, que a partir da expressão contida na lei, identifica seus elementos objetivos e subjetivos. Nas lições de Guilherme de Souza Nucci, “trata-se da ação praticada em cumprimento de um dever imposto por lei, penal ou extrapenal, mesmo que cause lesão a bem jurídico de terceiro.”<sup>117</sup>

Vislumbra-se a existência de dois requisitos: a) estrito cumprimento e b) dever legal. Desse modo, compreende apenas os atos necessários para o cumprimento da imposição, constituindo, o estrito cumprimento, requisito e ao mesmo tempo limite da licitude do ato.<sup>118</sup>

Para que haja dever legal, é necessário que haja dever imposto pelo direito objetivo, excluindo-se as obrigações de natureza moral, social ou religiosa, devendo, ainda, a obrigação decorrer de lei, assim entendida como norma de caráter geral, emanada pelo poder público.<sup>119</sup> Em caso de ato administrativo de caráter particular, pode-se aplicar a regra da obediência hierárquica.<sup>120</sup>

O dever legal, em regra, compreende os deveres de intervenção do funcionário na esfera privada para assegurar o cumprimento da lei ou de ordens superiores da Administração Pública, mas há casos em que o dever legal é dirigido a particulares, a exemplo do exercício do poder familiar.<sup>121</sup>

### 3.4. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO

O exercício regular de direito se consubstancia no desempenho de uma conduta autorizada por lei, de forma a considerar lícito um fato típico. Nos

---

<sup>117</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 232.

<sup>118</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 379.

<sup>119</sup> Idem, ibidem.

<sup>120</sup> idem, p. 379.

<sup>121</sup> GREGO, op. cit., p. 396-397.

ensinamentos de Bitencourt, “regular será o exercício que se contiver nos limites objetivos e subjetivos, formais e materiais impostos pelos próprios fins do Direito.”<sup>122</sup>

Tal direito pode ser decorrente de lei ou de outros atos normativos, inclusive dos costumes. A previsão é, assim, interpretada de modo amplo. Considera-se, ainda, que o que for lícito em qualquer ramo do direito o será na esfera penal. Desse modo, o direito poder ser público, privado, penal ou extrapenal.<sup>123</sup>

São exemplos típicos de exercício regular de direito: o aborto, com o consentimento da gestante, quando a gravidez é resultante de estupro ou atentado violento ao pudor; o tratamento médico e a intervenção cirúrgica, mesmo sem o consentimento do paciente quando há iminente risco de vida; e a prestação de auxílio a autor de crime por parte de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão.<sup>124</sup>

Para ser considerado exercício regular, este deve se dar nos limites estabelecidos em lei, sob pena de caracterizar abuso.<sup>125</sup>

### 3.5 CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

O reconhecimento do consentimento do ofendido como causa de exclusão da antijuridicidade, pela doutrina pátria, tem como antecedente o Código Penal Italiano, que em seu art. 50, dispõe que “não é punível quem ofende ou põe em perigo um direito, com o consentimento da pessoa que dele pode validamente dispor”.

O consentimento do ofendido constitui renúncia à tutela oferecida pelo Direito positivo ao bem jurídico disponível. Luiz Régis Prado afirma que “o fundamento dessa causa justificante reside no princípio da ponderação de valores: isso se verifica quando “o Direito concede preferência ao valor da liberdade de atuação da vontade frente ao desvalor da ação e do resultado da agressão ou lesão ao bem jurídico”.<sup>126</sup>

---

<sup>122</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 380-381..

<sup>123</sup> NUCCI, op. cit., p. 233.

<sup>124</sup> Idem, ibdem.

<sup>125</sup> GREGO, op. cit., p. 396-397.

<sup>126</sup> PRADO, op. cit., p. 401.



O assentimento do ofendido pode excluir a tipicidade ou a ilicitude. Exclui a tipicidade quando a atuação em contrariedade a vontade do ofendido é elemento do tipo. E afasta a ilicitude quando a conduta típica é suficiente para lesão ao bem jurídico.<sup>127</sup>

São requisitos para a caracterização da excludente em comento: manifestação livre e consciente do ofendido, disponibilidade do bem lesado ou exposto a perigo de lesão, identificação do que foi consentido com o fato típico,<sup>128</sup> e manifestação anterior ou concomitante à prática do fato típico.<sup>129</sup>

Para que haja manifestação livre e consciente, é necessário que agente tenha capacidade para consentir, ou seja, só pode ser feita pelo penalmente imputável. Em relação à disponibilidade do bem jurídico, tem-se que este deva ser objeto unicamente de interesse privado, não surtindo efeito quando se trate de bem jurídico de interesse coletivo.

## 5. O ASSENTIMENTO SOCIAL COMO CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE

Nas lições de Salgado Martins,

As causas ilidentes da antijuridicidade não podem limitar-se às estritas prescrições da lei positiva, mas devem ser examinadas dentro de quadro mais amplo, isto é à luz de critérios sociológicos, éticos, políticos, em suma, critérios que se situam antes do Direito, ou de certo modo, fora do âmbito estrito do Direito Positivo.<sup>130</sup>

A possibilidade de o assentimento social operar como causa supralegal de exclusão da ilicitude decorre, primeiramente, da viabilidade de se criar uma via dialógica entre os fatores sociológicos que informam o sentimento coletivo e a norma

---

<sup>127</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Manual de derecho penal*. Bogotá: Temis, 1994, p. 132.

<sup>128</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 215.

<sup>129</sup> GREGO, op. cit., p. 404.

<sup>130</sup> MARTINS, José Salgado. *Direito penal – Introdução e parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 179.

penal, considerando o caráter pré-legislativo da ilicitude material e, a impossibilidade de o legislador acompanhar todas as mutações sociais que se operam após a manifestação do juízo de valor sobre a conduta que precede a promulgação da norma.

As transformações que se operam no seio da sociedade podem retirar o aspecto antijurídico de uma conduta tanto pela sua vulgarização, quanto pelo deslocamento da mesma para outras esferas diversas da jurídica, como a moral. Desse modo, é perfeitamente possível a existência de condutas que embora contrariem o ordenamento jurídico, sejam admitidas pela sociedade.

Considerando a antijuridicidade em seu aspecto material, como existência de lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico tutelado, a partir do momento em que uma conduta tida como típica passa a ser aceita pela sociedade, opera-se o esvaziamento do seu conteúdo antijurídico material, vez que o bem outrora digno de tutela perde esse caráter, restando apenas o enunciado legal destituído de força normativa concretizante.

É importante salientar que não nos referimos àquelas condutas que pela prática se tornem comuns no meio social e que acabam por obliterar a consciência da ilicitude do agente, mas àquelas condutas praticadas em plena consciência de sua contrariedade ao ordenamento jurídico e justificadas pelo consentimento da sociedade, ou seja, a causa justificante se aplica ao indivíduo, como ente coletivo, que age consciente de que se encontra acobertado pelo assentimento social quando da prática do fato típico.

A necessidade do preenchimento de pressupostos de ordem objetiva e subjetiva para o reconhecimento de uma causa de exclusão da ilicitude não constitui obstáculo para a consideração do assentimento social como causa supralegal, vez que como requisitos objetivos têm-se a necessidade da existência de assentimento e de que esse assentimento seja coletivo, e como requisitos subjetivos a consciência por parte do agente de que age em desacordo com o ordenamento jurídico, mas amparado pelo assentimento social, e a vontade de realizar tal conduta.

A indisponibilidade de um bem jurídico também não constitui óbice ao assentimento social, vez que a consideração de um bem como disponível ou

indisponível é feita com base na existência ou inexistência de interesse público na tutela de um bem, e que tais conceitos podem ser modificados a qualquer tempo, visto que são fruto da realidade histórica, social, e política.

Ao tecer comentários sobre o consentimento do ofendido, Frederico Marques aduz que “quando o surge o consenso, em relação a determinados bens, deixa de subsistir a situação de fato em relação à qual deve entrar em vigor a norma penal”<sup>131</sup>. O penalista utiliza a máxima para justificar a ausência de interesse estatal em punir uma conduta lesiva a bem quando o respectivo sujeito concorda com a lesão. A partir desse mesmo raciocínio é possível chegar-se a conclusão de que em sendo a tutela penal conferida pelo Estado, fruto de decisão da sociedade, aquiescendo ela com determinada lesão, deve essa vontade ser respeitada.

Conforme já afirmado por Assis Toledo,

Se o tipo delitivo é um modelo de conduta proibida, não é possível interpretá-lo, em certas situações aparentes, como se estivesse também alcançando condutas lícitas, isto é, socialmente aceitas e adequadas”.<sup>132</sup>

A referência às condutas socialmente aceitas, como condutas lícitas, embora não seja de aplicação direta aos fins propostos pelo trabalho, corrobora o entendimento ora esposado, qual seja, a possibilidade de se operar o caráter ilícito de uma conduta, não de sua tipicidade ou culpabilidade.

Assim como é lícita a conduta de quem adentra uma residência, com o consentimento do morador, não havendo que se falar em violação de domicílio, também é lícita a conduta de quem adentra a esfera de proteção de um bem jurídico com a concordância de quem instituiu tal proteção, ao eleger quais bens jurídicos seriam dignos de tutela, qual seja, a sociedade. Se se admite que um único indivíduo possa dispor da proteção jurídico-penal, mais se deve admitir que quem decide sobre a tutela o faça.

Atualmente, discute-se a existência ou inexistência de crime na prática de ortotanásia, que se consubstancia na antecipação da morte de paciente terminal, desenganado pela medicina. No caso, verifica-se a existência do consentimento do ofendido, que, no entanto, não é considerado suficiente para retirar o caráter ilícito

---

<sup>131</sup> MARQUES, Frederico. Tratado de direito penal. Campinas: Bookseller, 1997, v. 2, p. 189.

<sup>132</sup> NUCCI, op. cit., p. 233.

da conduta, tendo em vista ser a vida bem indisponível. Diante de tal constatação, entendemos ser perfeitamente viável a desconsideração da ilicitude da conduta quando respaldada pela aquiescência social, que considerando a dignidade da pessoa humana, como direito à vida digna, superior à mera manutenção da vida, pode assentir na prática da ortonatásia.

O conceito material da antijuridicidade já foi utilizado pela União Soviética, travestida na forma da chamada “periculosidade social”, assim entendida “a particularidade que tem a ação proibida pela lei penal de causar um dano mais grave à sociedade socialista do que o produzido pela violação da lei não penal”,<sup>133</sup> para afirmar que um fato só seria crime se causasse perigo para a sociedade socialista.

## **5. DA REJEIÇÃO AO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E À TEORIA DA ADEQUAÇÃO SOCIAL DA CONDOTA COMO FORMAS DE EXPLICAR O FENÔMENO PROPOSTO**

De acordo com princípio da insignificância não deve o Direito Penal se ocupar de ninharias, não se admitindo a existência de tipos incriminadores que se refiram condutas inofensivas ou incapazes de lesar os bens jurídicos dignos da tutela penal.

O princípio, originário do Direito Romano, e expresso pela máxima *minimis non curat praetor*,<sup>134</sup> foi introduzido no sistema penal por Claus Roxin,<sup>135</sup> e guarda relação com o princípio da intervenção mínima, pelo qual serão objeto de proteção pelo Direito Penal apenas os bens tidos como mais importantes a sociedade, devendo, ainda, evitar ingerências em condutas socialmente adequadas.<sup>136</sup>

O estudo da insignificância recai sobre o quarto elemento do fato típico, assim considerado no conceito analítico de crime, qual seja, a tipicidade em sentido estrito,

---

<sup>133</sup> ZDRAVOMISLOV apud ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, v. 1, p. 492.

<sup>134</sup> O magistrado não deve preocupar-se com questões mínimas.

<sup>135</sup> CAPEZ, Fernando. *Princípio da insignificância ou bagatela*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2312, 30 out. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13762>>. Acesso em: 3 abr. 2011.

<sup>136</sup> GRECO. op. cit.,p. 67.

em seu sentido conglobante. Enquanto a tipicidade formal se materializa na adequação da conduta ao tipo abstratamente previsto na norma penal, a tipicidade conglobante envolve análise da antinormatividade e da materialidade típica da conduta.<sup>137</sup>

Desse modo, para que se possa falar em tipicidade, é necessário que além da existência de previsão abstrata que se tenha em consideração a relevância do bem jurídico tutelado. Nesse sentido, oportuna é a lição de Maurício Antônio Ribeiro Lopes, segundo o qual “ao realizar o trabalho de redação do tipo penal, o legislador apenas tem em mente os prejuízos relevantes que o comportamento incriminado possa causar à ordem jurídica e social”.<sup>138</sup>

O referido princípio é de aplicação eminentemente prática, ou seja, deve ser verificado de acordo com as especificidades do caso concreto, não podendo ser aplicado, portanto, no plano abstrato.<sup>139</sup>

Trata-se de postulado de ordem político-criminal, que tem por objetivo orientar o intérprete na análise do tipo penal, para evitar que casos leves, ou bagatelas, sejam alcançados pelo Direito Penal, em respeito à sua natureza subsidiária e fragmentária,<sup>140</sup> bem como ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse esteio, Fernando Capez assevera que

Tipos penais que se limitem a descrever formalmente infrações penais, independentemente de sua efetiva potencialidade lesiva, atentam contra a dignidade da pessoa humana.<sup>141</sup>

No sentido de orientar a aferição da insignificância no caso concreto, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento de que deve-se verificar: "(a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da

---

<sup>137</sup> GRECO. Op. cit., p. 69.

<sup>138</sup> LOPES, Maurício Antônio Ribeiro apud GRECO, op. cit., p. 70.

<sup>139</sup> CAPEZ, Fernando. op. cit.

<sup>140</sup> VICO MAÑAS, Carlos apud GRECO, op. cit., p. 72.

<sup>141</sup> CAPEZ, Fernando. *Princípio da insignificância ou bagatela*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2312, 30 out. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13762>>. Acesso em: 3 abr. 2011.

ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada".<sup>142</sup>

Quanto ao âmbito de abrangência do princípio da insignificância, compreende-se que este não é aplicável a todo e qualquer tipo de infração penal, sendo aplicável, segundo entendimento majoritário dos Tribunais Superiores pátrios, apenas aos delitos patrimoniais cometidos sem violência.<sup>143</sup>

Como parâmetro de aferição da expressividade da lesão ao bem jurídico, considera-se o valor do bem em comparação com o valor do salário mínimo vigente.<sup>144</sup>

O delito tido como insignificante não se confunde com os crimes de menor potencial ofensivo, definidos pelo art. 61 da Lei n. 9.099/95, e que são processados e julgados perante os Juizados Especiais Criminais, tendo em vista que, nos crimes de menor potencial ofensivo, a afronta a bem jurídico não é insignificante, apenas possui menor gravidade.<sup>145</sup>

---

<sup>142</sup> "A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal assentou algumas circunstâncias que devem orientar a aferição do relevo material da tipicidade penal, tais como: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. 2. No presente caso, a pretensão deduzida no sentido de que seria possível a aplicação do princípio da insignificância ou do princípio da "irrelevância penal do fato" à espécie não encontra respaldo suficiente para suspender os efeitos do acórdão ora questionado e obstar o andamento da ação penal. 3. Habeas corpus denegado. (STF. HC 94439, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Primeira Turma, julgado em 03/03/2009, DJe-064 DIVULG 02-04-2009 PUBLIC 03-04-2009 EMENT VOL-02355-03 PP-00476 RTJ VOL-00210-01 PP-00321 LEXSTF v. 31, n. 364, 2009, p. 362-372)

<sup>143</sup> "Em crimes praticados mediante violência ou grave ameaça a vítima, como ocorre no roubo, não há falar em aplicação do princípio da insignificância, não obstante o ínfimo valor da coisa subtraída." (STJ. REsp 1159735/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2010, DJe 02/08/2010)

<sup>144</sup> "A tentativa de furto de uma bolsa, em cujo interior havia um aparelho celular e um carregador, avaliados, na totalidade, em trezentos e setenta e nove reais, caracteriza o delito de tentativa de furto. 2. O valor dos bens representava, à época dos fatos, oitenta por cento do salário mínimo, de modo que inviável a aplicação do crime de bagatela. 3. A circunstância de não ter a vítima sofrido nenhum prejuízo deve ser considerada somente no momento de aplicação da pena. Agiu o Tribunal impetrado, em suma, em consonância com a jurisprudência desta Casa, ao dar provimento ao recurso ministerial e receber a denúncia. 4. Ordem denegada." (STJ. HC 175.262/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 27/04/2011)

<sup>145</sup> CAPEZ, Fernando. *Princípio da insignificância ou bagatela*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2312, 30 out. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13762>>. Acesso em: 3 abr. 2011.

O reconhecimento da insignificância da conduta praticada pelo réu resulta na atipicidade do crime e na conseqüente absolvição do acusado.<sup>146</sup> O princípio da insignificância, é, desse modo, importante instrumento de interpretação restritiva do direito penal, que possibilita ao operador do direito aferir se uma dada conduta, tida, formalmente, como crime possui, no caso concreto, conteúdo ontológico que a caracterize como tal.

Para parte da doutrina e da jurisprudência o princípio da insignificância possui natureza de causa supralegal de exclusão da ilicitude<sup>147</sup>. No entanto, prevalece o entendimento de que o referido princípio constitui causa excludente da tipicidade, assim considerada em seu aspecto material, integrante do conceito de tipicidade conglobante, para o qual deve-se avaliar se a conduta do agente é antinormativa, se se trata de uma atividade não fomentada pelo Estado e se o fato é materialmente típico.<sup>148</sup>

A rejeição à aplicabilidade do princípio da insignificância, em se tratando da existência de assentimento social na prática de uma conduta típica, reside no fato de que enquanto o referido princípio se propõe a afastar do âmbito de aplicação do Direito Penal, condutas lesivas a bens jurídicos cujo valor não seja suficiente a caracterização da necessidade de intervenção jurídico penal, em razão de seu conteúdo econômico, o assentimento social na violação de determinado bem jurídico se consubstancia na afirmação, por parte da sociedade, de que uma conduta, ainda que típica, pode ser praticada, trata-se de juízo que recai, sobremaneira, sobre a possibilidade da prática de uma conduta, e não sobre o resultado da lesão ao bem jurídico.

---

<sup>146</sup> “A aplicação do princípio da insignificância, por excluir a própria tipicidade material da conduta atribuída ao agente, importa, necessariamente, na absolvição penal do réu (CPP, art. 386, III), eis que o fato insignificante, por ser atípico, não se reveste de relevo jurídico-penal.” (HC 98152, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 19/05/2009, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-03 PP-00584 RF v. 105, n. 401, 2009, p. 594-602 LEXSTF v. 31, n. 366, 2009, p. 416-429)

<sup>147</sup> “Não há como aplicar, aos crimes de roubo, o princípio da insignificância - causa supralegal de exclusão de ilicitude -, pois, tratando-se de delito complexo, em que há ofensa a bens jurídicos diversos (o patrimônio e a integridade da pessoa), é inviável a afirmação do desinteresse estatal à sua repressão. 2. Acrescente-se, ademais, que, sob o prisma da tipicidade material, a lesividade ao patrimônio da vítima não foi irrelevante, porquanto, ainda que o valor do bem - um bicicleta - seja inferior a um salário-mínimo, era o seu meio de locomoção urbano” (HC 37423/DF. 5ª turma. Rel. Ministra Laurita Vaz, publicado no DJ de 14/3/2005, p. 396)

<sup>148</sup> GRECO, op. cit., p. 69-73

O assentimento social retira o caráter ilícito de uma conduta por resultar de consenso da sociedade de que este comportamento não tem o condão de lesar seus bens jurídicos mais caros, ao passo que o princípio da insignificância não desconsidera a conduta lesiva em si, mas tão somente a necessidade de intervenção penal diante do caso concreto, a partir de considerações acerca do valor do bem lesado, com base em parâmetros previamente fixados, como o valor do salário mínimo. Nesse caso, a conduta continua sendo ilícita, mas por ter, no plano fático, causado lesão de pequena monta, por questões de política criminal não será punida.

Em relação à Teoria da Adequação Social da conduta, concebida por Hans Welzel, tem-se que a despeito de uma conduta se subsumir ao tipo penal, é possível deixar de considerá-la típica quando socialmente adequada, ou reconhecida, ou seja, quando estiver de acordo com a ordem social,<sup>149</sup> por não lesarem qualitativamente bens jurídicos, nas palavras de Welzel são condutas que “não são necessariamente exemplares, senão condutas que se mantêm dentro dos marcos da liberdade de ação social”.<sup>150</sup>

Para a referida teoria, a vida em sociedade impõe riscos com os quais se deve conviver de forma harmônica, dessa forma, mesmo sendo perigosas, são consideradas socialmente adequadas. A teoria objetiva restringir o âmbito de abrangência do tipo penal, limitando sua interpretação e orientar o legislador quando da escolha das condutas a serem proibidas e retire do ordenamento as socialmente adequadas.<sup>151</sup>

Embora a teoria da adequação social da conduta se aproxime dos fins propostos pelo presente trabalho, verifica-se sua inaplicabilidade a partir da análise do conteúdo da adequação, que se diferencia, essencialmente, do consentimento, ou complacência.

Pela adequação social da conduta, o tipo penal não deve alcançar condutas realizadas dentro de uma esfera de normalidade social, na medida em que não se visualiza lesão ou ofensividade nas mesmas, ao passo que para haver assentimento

---

<sup>149</sup> PRADO, op. cit., p. 83.

<sup>150</sup> WELZEL, Hans. op. cit, p. 85.

<sup>151</sup> GRECO, op. cit., p. 61-63.



ou complacência social com a prática de uma conduta típica, essa conduta deve, necessariamente, ser considerada “anormal”, visto que não se consente com algo cuja licença é desnecessária.

No caso do assentimento social, não se está diante de uma conduta socialmente aceita, afeita à normalidade das relações, e sim de uma conduta tolerada, suportada, por não ser considerada lesiva a ponto de afrontar os bens jurídicos mais caros a uma comunidade, que deixa de ter interesse em ver tal conduta perseguida e punida pelo Direito Penal.

## CONCLUSÃO

A antijuridicidade, enquanto elemento autônomo do conceito estratificado do delito, apresenta conteúdo complexo, extravasando a mera relação formal de contrariedade entre conduta e ordenamento jurídico, para encontrar fundamento e legitimidade em aspectos materiais, de cunho nitidamente ontológicos, se consubstanciando na lesão ou exposição a perigo de lesão a bens tidos como fundamentais à sociedade em um dado momento histórico.

A relevância da distinção entre ilicitude material e formal não é pacífica na doutrina, muitos autores sustentam que a distinção é desnecessária, partindo da concepção de que se a norma proíbe determinada conduta, presume-se que essa conduta lesiona ou expõe a perigo um bem jurídico protegido. Essa concepção mostra-se equivocada, vez que atribui conteúdo absoluto de ilicitude à tipicidade, olvidando que a tipicidade possui caráter meramente indiciário da antijuridicidade.

Desse modo, a distinção fornecida por Liszt entre antijuridicidade formal e material se mostra relevante, uma vez que confere ao conteúdo da antijuridicidade importante papel adequador entre realidade e ordenamento jurídico, na medida em que para ser antijurídica, a conduta deve ser capaz de ofender ou oferecer risco de lesão a um bem considerado digno de tutela. Inaugurando, dessa forma, uma vertente axiológica informadora do conteúdo essencial da ilicitude.

É certo que o bem jurídico é primeiramente um bem cultural, sendo objeto de tutela pelo Direito positivo enquanto valorado pela coletividade, como parte do conjunto de condições sociais e históricas que determinam a matriz dos objetos que serão tutelados pelo Direito.

O reconhecimento da antijuridicidade material traz como consequência prática a possibilidade do reconhecimento das causas supralegais de exclusão da ilicitude, visto que o legislador não é capaz de adequar o ordenamento jurídico à realidade na mesma velocidade em que ocorrem mutações sociais.

A doutrina reconhece, como causa de exclusão da ilicitude, o consentimento do ofendido, quando manifesto por indivíduo capaz de consentir em lesão de bem juridicamente tutelado, desde que se trate de bem disponível, não descartando a possibilidade da existência de outras causas supralegais.

A partir da inexistência de vedação ao reconhecimento de outras causas supralegais de exclusão da ilicitude, e da exigência de lesividade a bem jurídico imposta pelo elemento material do conceito de antijuridicidade, revela-se possível o reconhecimento do assentimento social como causa supralegal de exclusão da ilicitude.

As transformações sociais podem a qualquer momento desconsiderar um bem como digno de tutela ou passar a considerá-lo como de menor relevância frente a outro interesse, passando a autorizar a prática de condutas típicas sob determinadas condições preponderantes em um dado momento histórico, nesse sentido, o agente pratica o fato típico ciente de que sua conduta remanesce vedada pelo ordenamento jurídico, mas que naquele momento e naquela situação específica se acha amparada pelo assentimento social.

O fenômeno proposto se manifesta de forma prática, a partir da constatação de que embora alguns fenômenos sociais sejam primeiramente detectados na esfera da individualidade, da subjetividade e portanto, na aferição da culpabilidade do agente, a exemplo da concepção ínsita na mente de grande parcela da sociedade de que alguns tipos de criminosos merecem morrer, se essa noção não for de natureza isolada, individual, e estiver no inconsciente coletivo, pode dar supedâneo à existência de uma normatividade fora na norma e afrontante à própria norma, gerando confronto entre o sentimento moral que enseja o conteúdo material da ilicitude em confronto com a norma escrita e positiva. É a partir da antítese entre esses elementos essenciais que se afasta o crime em sua estrutura material, devendo, o legislador, em última análise, resolver o impasse entre valor e norma, sob pena de desnaturarem-se o Direito e o sentimento de justiça.

A aplicação do assentimento social como causa supra legal de exclusão da ilicitude difere do pugnado pela teoria da adequação social da conduta e pelo princípio da insignificância, na medida em que enquanto a teoria da adequação social da conduta propõe que o Direito penal não deva alcançar condutas consideradas afetas a normalidade da vida em sociedade, e por isso socialmente adequadas, o assentimento não parte do pressuposto da adequação ou normalidade, e sim da tolerância a certas condutas típicas em razão da ausência de lesividade a bem jurídicos considerados mais caros. Quanto o princípio da

insignificância, tem-se que esse objetiva afastar a tipicidade de condutas que lesem bens jurídicos considerados de valor insuficiente para ensejar a necessidade da ingerência do Direito Penal, tal princípio volta seus olhos para o valor dos bens, enquanto o assentimento se volta para a conduta em si, para permitir a sua realização, ou seja, enquanto o princípio tem como foco resultado prático de uma conduta, que continua a ser ilícita, o assentimento volta seus olhos para a conduta lesiva em si, para retirar seu caráter ilícito.

Pode-se citar como exemplo da ocorrência do fenômeno ora proposto, o caso do adultério, que durante o período em que foi considerado crime, passou a ser gradualmente tolerado, em razão de sua gradativa desconsideração como conduta ofensiva a bem jurídico digno de tutela por parte do Direito penal. Enquanto não houve revogação, o adultério permaneceu como conduta típica no ordenamento jurídico penal, no entanto, em razão das mutações operadas no seio da sociedade, que passou a ser mais tolerante com atos praticados pelo indivíduo na busca por felicidade e realização, houve o esmaecimento do caráter ilícito do delito.

Não se trata de adequação social da conduta, por não ser o adultério considerado prática natural, pelo contrário, é desejável que os cidadãos se abstenham de tal conduta, visto que a mesma repercute em outras esferas diversas da penal, e até mesmo da jurídica, como a moral e a religiosa.

Também não se trata da aplicação do princípio da insignificância, visto ser irracional valorar quantitativamente o grau de ofensa ao sentimento moral da sociedade ou do indivíduo afetado diretamente pela conduta do adúltero, a ponto de diferenciar um “adultério forte”, apto a ensejar a intervenção penal, de um “adultério fraco”, a ponto de ser insignificante. Assim, o adúltero conquanto não fosse visto como um homem exemplar, ou moralmente correto, não era visto como um criminoso ou indivíduo merecedor de sanção penal.

Destarte, o assentimento social opera perfeita e legitimamente como excludente de ilicitude, não havendo que se falar em antijuridicidade, ainda que persista a contrariedade ao ordenamento jurídico.

Em conclusão, com base nos conceitos da dogmática penal, tratamento jurisprudencial e legislação acerca tema, tem-se que o assentimento social deve

considerado como causa supralegal de exclusão da ilicitude, vez que se apresenta como fenômeno no mundo dos fatos a partir das considerações tecidas sobre o caráter subsidiário do Direito Penal.

Desse modo, o reconhecimento do assentimento social, como causa supralegal de exclusão da ilicitude, constitui importante instrumento de aplicação da justiça ao caso concreto, circunscrevendo a aplicação do Direito Penal, como *ultima ratio*, aos casos em que sua tutela é realmente necessária, evitando a opressão de inocentes e atuação ilegítima da intervenção penal para situações que não causam qualquer gravame às regras de conduta e convivência em sociedade.

## REFERÊNCIAS

- ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale: parte generale*. Milão : Giuffrè, 1947.
- BATTAGLINI, Giulio. *Diritto Penale: parte generale*. 3. ed. Pádua : CEDAM, 1949.
- BACIGALUPO, Enrique. *Manual de derecho penal*. Bogotá: Temis, 1994.
- BRANDÃO, Claudio Roberto C. B. *A importância da conceituação da antijuridicidade para a compreensão da essência do crime*. **Revista de Informação Legislativa**, v. 34, n. 133, p. 23-31, jan./mar. de 1997.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 94439 e 98152. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 abr. 2011.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 37423 e 175.262. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 03 mai. 2011.
- \_\_\_\_\_. Recurso Especial 1159735. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 28 abr. 2011.
- BELING, Ernst von. *Esquema de Derecho Penal*. Tradução castelhana de Sebastián Soler. Buenos Aires : Depalma, 1944.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Tradução de Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo : Revista dos Tribunais. 1977, v. I.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRUNO. Aníbal. *Direito penal – parte geral*, t. I, Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Nuevo sistema de derecho penal*. Madrid: Editora Trotta, 2004.
- CAPEZ, Fernando. *Princípio da insignificância ou bagatela*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2312, 30 out. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13762>>. Acesso em: 3 abr. 2011
- CONDE, Francisco Muñoz; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria Geral do Delito*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*. 42. ed. Rio de Janeiro : Forense, v. 1, t. 2, 1951.

JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Direito Penal*. Buenos Aires: Losada, 1951, t. 2.

LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal*. Tradução de Luis Jimenez de Asúa. Madrid: Réus.

LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de Direito Penal*. São Paulo : Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. *Estrutura Jurídica do Crime*. 4 ed. São Paulo : Saraiva. 1994.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal : Vol 2*. Campinas: BookSeller, 1997.

MARTINS, José Salgado. *Direito penal – Introdução e parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1974

MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Tradução de Juan Cordoba Roda. Barcelona : Ariel, 1962.

MEZGER, Edmund. *Diritto Penale*. Tradução italiana de Filippo Mandalari. Padova : CEDAM, 1935.

NAVES, Nilson Vital. *Estrutura jurídico-penal do crime*. *Justitia* 65/109.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

PETROCELLI, Bagio. *L'antiquiridicità*. 2.reimp. Padova : CEDAM, 1947.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Antijuridicidade concreta*. São Paulo : Bushatsky, 1974.

\_\_\_\_\_. *Teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

WELZEL, Hans. *Direito Penal*. Trad:Afonso Celso Resende. Campinas: Romana, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.