
A NATUREZA JURÍDICA DOS OFENDÍCULOS E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO PENAL

The nature of legal ofendículos and its implications in criminal law

Rodrigo Ferraz¹

Rosilene da Conceição Queiroz²

Resumo: A presente pesquisa trata-se de um estudo acerca do instituto dos ofendículos, vislumbrado sua correta correlação do Direito Penal, com ênfase em sua natureza jurídica. Durante a leitura desta pesquisa, serão apresentados, de forma pormenorizada, temas fundamentais do Direito Penal, como a teoria do crime, as espécies de ilicitude penal existentes no ordenamento jurídico bem como as espécies de causas de justificação, ou seja, as excludentes de ilicitude ou antijuricidade e, por derradeiro, as peculiaridades do instituto dos ofendículos em face das excludentes de ilicitude. Vislumbra-se dirimir as questões que ensejam as divergências doutrinárias deste instituto, ora afirmando o reconhecimento de uma Legítima Defesa, ora afirmando o reconhecimento do Exercício Regular de Direito, existindo ainda, uma junção das duas causas de justificação, denominada por aqueles que a defendem, como Teoria Híbrida da Natureza Jurídica dos ofendículos. Com toda pesquisa, será possível entender por qual motivo os ofendículos melhor apresenta como um Exercício Regular de Direito e, ademais, será apresentado um estudo a respeito da atipicidade penal do proprietário em face da lesão ao terceiro invasor ocasionada pela potencialidade lesiva dos ofendículos instalados no patrimônio, possibilidade esta, até então, não encontrada nas doutrinas pesquisadas para esta pesquisa.

Palavras-chave: Direito Penal. Ilicitude. Causas de Justificação. Ofendículos Natureza Jurídica.

Abstract: This research it is a study of the Institute of Ofendículos, glimpsed the correct correlation of criminal law, with emphasis on its legal nature. While reading this research will be presented in detail, fundamental issues of criminal law, as the theory of the crime, the kinds of criminal illegality existing in the legal system as well as the species of defenses, ie exclusive of illegality or antijuricidade and, last, the Institute of Ofendículos peculiarities in the face of the excluding wrongfulness. One glimpses resolve the issues giving rise doctrinal disagreements of this institute, now claiming the recognition of a Self Defense, now claiming the recognition of the right of Regular Exercise, and there is a merger of the two grounds of justification, called by those who defend as Hybrid Theory of Legal Nature of Ofendículos. With every search, you can understand for what reason the Ofendículos best presented as a Regular Exercise of law and, in addition, a study will be presented regarding the criminal atypical owner in the face of injury to the third intruder caused by harmful potential of Ofendículos installed on heritage, this possibility so far not found in the doctrines surveyed for this research.

1 Bacharelado do Curso de Direito da Faculdade de Minas Gerais – Famig -direito.rodrigoferraz@gmail.com

2 Professora do Curso de Direito da Faculdade Minas Gerais – Famig - rosilene_queiroz@yahoo.com.br

Keywords: Criminal Law. Illegality. Causes Of Justification. Ofendículos. Legal Status.

INTRODUÇÃO

O Estado, no atual ordenamento jurídico brasileiro, detém a obrigação de prestação de uma segurança pública de qualidade, voltada para a proteção dos bens jurídicos, de todas as pessoas pertencentes a esta coletividade. A proteção destes bens jurídicos englobam os patrimoniais, a integridade física, a liberdade de locomoção, um meio ambiente sadio, dentre outros.

Neste prisma, o dever do estado na prestação da segurança pública encontra-se tutelada na Constituição da República Federativa do Brasil.

Entretanto, devido ao amplo aspecto geográfico do Estado brasileiro, a deficitária prestação de serviços públicos essenciais à coletividade, o aumento desenfreado da criminalidade e a sensação de insegurança, não é possível o Estado estar presente em todos os lugares e seu acionamento, diante de uma necessidade, poderá não ser possível ou, quando possível, ser ineficiente, colaborando assim, para o crescimento da existência da autoproteção moderada.

Esta autoproteção moderada é permitida no ordenamento jurídico, na qual o particular, mediante a falha estatal existente, exerce seu direito, previsto constitucionalmente e dentro dos limites das legislações pertinentes, contra a ameaça existente.

Desta feita, o estado já prevendo a ocorrência de tais peculiaridades na prestação de uma segurança pública eficiente, erigiu normas que tutelam a possibilidade de autoproteção por parte da sociedade, na qual poderão atuar amparadas por alguma causam de justificação e, atuando dentro dos limites das causas de justificação, não haverá responsabilização pela conduta utilizada para rechaçar a ameaça ao bem jurídico tutelado.

Com efeito, é imperioso ressaltar a presença do instituto dos ofendículos ou *offendículas*, que consistem em artefatos, objetos, apetrechos ou obstáculos, visíveis e com alguma potencialidade lesiva, que serão instalados no patrimônio visando à maximização da proteção deste patrimônio.

Desta forma, quando algum patrimônio protegido pelos ofendículos vier a sofrer alguma lesão ou ameaça de lesão, os apetrechos instalados entrarão em ação, rechaçando, por meio da potencialidade lesiva do apetrecho, a conduta daquele que atuou ardilosamente e criminalmente em face do patrimônio. Quando da atuação dos apetrechos, geralmente, irão lesionar algum bem jurídico daquele indivíduo invasor e, esta lesão ocorrida, desde que moderada, será amparada por alguma das excludentes de ilicitude e, diante de tais excludentes, será o cerne da presente pesquisa, aquilatando em quais das excludentes de ilicitude o instituto dos ofendículos melhor se amoldará.

Sendo assim, não é pacificado qual seja a correta natureza jurídica dos ofendículos, ocorrendo divergências doutrinárias a respeito. Existem defesas a favor de restar configurado o Exercício Regular de Direito e outros defendem configurar a Legítima Defesa existindo, ademais, que se aventura em defender uma espécie de natureza jurídica híbrida.

Logo, a presente pesquisa analisará pormenorizadamente cada excludente de ilicitude em face do instituto dos ofendículos, pesquisando, precipuamente, pela teoria do crime e a ilicitude penal para depois adentrar nas excludentes de ilicitude e na natureza jurídica dos ofendículos, externando todo um arcabouço acadêmico para consubstanciar no porque esta pesquisa defende os ofendículos como um Exercício Regular de Direito. Ademais, será apresentada a possibilidade de ocorrência da atipicidade penal da lesão ocorrida pela potencialidade lesiva dos ofendículos.

Este trabalho será apresentado em seis capítulos, sendo que o primeiro trata-se da introdução e o sexto capítulo trata da conclusão a que se chegou sobre a natureza jurídica dos ofendículos e suas implicações no Direito Penal Brasil.

O segundo capítulo trata da teoria do crime, apresentando suas noções fundamentais, conceitos e a diferenciação entre crime e contravenção penal.

No terceiro capítulo será tratado da ilicitude penal e seu conceito, bem como as causas de exclusão da ilicitude previstas no Código Penal Brasileiro.

O quarto e quinto capítulos, que foram dedicados ao tema problema, retratarão os aspectos gerais dos ofendículos bem como a atipicidade da lesão ocasionada pela potencialidade dos ofendículos, fazendo uma análise da conduta do patrimônio protegido em face da lesão sofrida pelo agente invasor.

A TEORIA DO CRIME

O conceito de crime/delito, estudado pela Teoria do Delito, é o começo para a existência da persecução penal, na qual será realizada a compreensão dos principais institutos do Direito Penal com o condão de identificar a existência da prática de algum crime bem como a possibilidade de existência da coerção Estatal consubstanciada na possível aplicação da pena cominada ao delito praticado.

Nas precisas lições de Zaffaroni³ (1996, *apud* GRECO, 2008, p. 135), a teoria do delito é a parte da ciência do direito penal que se ocupa de explicar o que é delito em geral, quer dizer, quais as características que devem ter qualquer delito. Esta explicação não é um mero discorrer sobre o delito com interesse puramente especulativo, senão que atende à função essencialmente prática, consistente na facilitação da averiguação da presença ou ausência de delito em cada caso concreto.

Com efeito, a teoria do crime apresenta como pressuposto para a confirmação da prática de algum delito é a ciência que estuda minuciosamente, as características necessárias para a presença de qualquer delito. Embora, o crime seja impossível sua fragmentação, devido tratar-se de um arcabouço unitário, para efeitos de estudo é mister a interpretação e análise de cada elemento fundamental para a existência do crime, quais sejam, o fato típico, a antijuricidade e a culpabilidade. Chegando a congruência que cada um dos elementos presente no crime, conforme a ordem cronológica apresentada é um antecedente lógico e necessário à apreciação do elemento

³ ZAFFARONI, Eugénio Raul. *Manual de derecho penal- Parte general*, Bueno Aires: Ediar, 1996, p.317.

seguinte, pois, caso contrário, faltando algum dos elementos, não há o que falar em crime. Para melhor elucidação, apresenta-se a dicção do exemplo do nobre doutrinador Greco:

Assim, se alguém, dirigindo um automóvel em via pública, com todas as cautelas necessárias, atropela fatalmente um pedestre que, desejando cometer suicídio, se atira contra o veículo, não pratica o delito de homicídio culposo, uma vez que, se não agiu com culpa, tampouco com dolo, não há falar em conduta. Se não há conduta, não há fato típico e, como consequência, não há crime. Eliminando o crime, neste caso, a partir do estudo do seu primeiro elemento – o fato típico. (GRECO, 2008, p. 135).

Logo, com a análise oportuna e pormenorizada do crime, utilizando-se da ciência da Teoria do Crime, será possível a conclusão se houve a prática da conduta reprimida pelo Código Penal.

É comumente ocorrer à presença das expressões “infrações penais, crimes, delitos e contravenções”, todavia, quando são referidas tais expressões ocorrem dúvidas acerca de seus conceitos, restando assim dirimir as dúvidas pertinentes.

Com efeito, nosso atual sistema jurídico penalista, adotam as palavras crimes e delitos como expressões sinônimas e separadas das duas primeiras, as contravenções penais, ou seja, pode-se entender que a infração penal é o gênero e os crimes, delitos e contravenções são espécies das infrações penais.

Sendo assim, o sistema jurídico penal adotado no Brasil se difere do critério tripartido adotado, alhures, no qual diferencia o crime, delito e contravenção de acordo com gravidade apresentada e a pena cominada. Aqui, conforme ensinamentos de Greco (2008) adota-se o critério bipartido ou dicotômico, da mesma forma que o direito alemão e italiano, onde os crimes e delitos são expressões sinônimas e as contravenções penais distintas destes.

Precipuamente, conforme o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941), registra-se que o legislador adotou as seguintes diferenças entre crime e contravenção, *in verbis*:

Art. 1º. Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, que alternativamente ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, penas de prisão simples ou multa, ou ambas, alternativamente ou cumulativamente. (BRASIL, 2012).

Entretanto, atualmente, o conceito apresentado pelo legislador é facilmente quebrado pela Lei de Drogas nº 11.343/2006, pois no preceito secundário do art. 28, não comina nenhum tipo de pena privativa de liberdade, nem pena pecuniária de multa, erigindo a dúvida se o crime de uso e consumo de drogas seria crime ou contravenção.

Descortinando, não existe diferença substancial entre crime e contravenção, na verdade a diferença entre ambas é puramente uma política-criminal, conforme Greco (2008) onde será analisado a partir do Princípio da Adequação Social e o Princípio da Intervenção Mínima, norteadores do Direito Penal, qual conduta será considerada como crime e qual será considerada uma contravenção, ademais, esta análise, juntamente com os princípios citados, dependerá do atual contexto social para chegar à exata conclusão e tipificar a conduta crime ou contravenção.

Como efeito, as contravenções, por vezes, na concepção de Hungria⁴ (1958 *apud* GRECO, 2008, p. 138) é chamado de crimes-anões, apresentando condutas menos gravosas e que são merecedoras de uma reprimenda mais mitigada em relação aos crimes. Ademais, também apresentam algumas características bem peculiares que se diferem um pouco dos crimes, como a não punição de sua tentativa, o tempo de cumprimento da pena, dentre outras.

Enfim, os crime e delitos como sinônimos, não se diferem substancialmente das contravenções penais, coexistindo suas diferenças estão no caráter político-criminal da sanção aplicada à conduta do agente, sendo que, a diferença entre ambas será dada pela natureza da pena privativa de liberdade cominada, sendo as modalidades de reclusão e detenção para o crime e de prisão simples para as contravenções.

Insta ressaltar que, mesmo existindo a pequenas diferenças em uma e outra, não se pode olvidar que são condutas que, quando praticadas, apresentam um prejuízo ou lesão ao bem jurídico protegido, sendo necessária à coerção estatal conforme o caso e a pena cominada.

Conforme visto acima, o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal brasileiro apresentou o critério que, conforme a pena cominada ao tipo incriminador haverá a possibilidade de distinguir o crime da contravenção, malgrado, de acordo com o dissertado acima, tal critério já é passível de discussão devido ao art. 28 da Lei de Drogas, na qual não previu pena privativa de liberdade em seu preceito secundário. Logo, conclui-se que o atual código incriminador não trouxe um conceito de crime, nos restando um conceito jurídico, devido à omissão por parte do legislador.

Neste diapasão, conforme ensinamento de Bettiol⁵ (2000, *apud* GRECO, 2008, p. 140) destaca que duas concepções opostas se embatem entre si com a finalidade de conceituar o crime: uma de caráter formal, outra de caráter substancial. A primeira atém-se ao crime *sub specie iuris*, ‘no sentido de considerar o crime como todo fato humano, proibido pela lei penal’. A segunda, por sua vez, supera este formalismo, ‘considerando crime todo o fato humano lesivo de um interesse capaz de comprometer as condições de existência, de conservação e de desenvolvimento da sociedade’.

De tempos primórdios até atual panorama, diversos doutrinadores e juristas, tentaram fornecer o conceito do crime, devido a omissões por parte de doutrinadores, logo, diversos conceitos foram ensinados, não tão importantes, restando assim, *devida vênia*, o estudo dos mais importantes conceitos de crime, quais sejam, formal, material e analítico, sendo que este último será analisado em separado dos outros dois.

Levando em consideração o aspecto formal, o conceito de crime é toda conduta que atente ou colide com determinada lei penal elaborada e editada pelo Estado, já o aspecto material, considera crime toda afronta que viola ou ameaça algum bem considerado de relevância importância para o convívio social. Entretanto, tanto o conceito formal quanto o material não definem com precisão o conceito de crime, havendo dificuldade para defini-los. Corroborando com a ideia, Greco diz:

4 HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal, volume 1: Nélon Hungria.** Rio de Janeiro: Forense 1958.

5 BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal.** Campinas: Red Livros, 2000.

Na verdade, os conceitos formal e material, não traduzem com precisão o que seja crime. Se há uma lei penal editada pelo Estado, proibindo determinada conduta, e o agente a viola, se ausente qualquer causa de exclusão de ilicitude ou dirimente de culpabilidade, haverá crime. Já o conceito material sobreleva a importância do princípio da intervenção mínima quando aduz que somente haverá crime quando a conduta do agente atentar contra os bens mais importantes. Contudo, mesmo sendo importante e necessário o bem para a manutenção e a subsistência da sociedade, se não houver uma lei penal protegendo-o, por mais relevante que seja não haverá crime se o agente vier a atacá-lo, em face do princípio da legalidade. (GRECO, 2008, p. 140).

Com efeito, entende-se que de acordo com os conceitos apresentados, caso o agente pratique a conduta prescrita no artigo penal, não havendo excludentes alguma, este será responsabilizado, logo, afloram críticas, pois não será analisado o lado subjetivo da conduta do agente e, sem observar se o mesmo atuou com culpa ou dolo, ação ou omissão, já será enquadrado no tipo penal incriminador, ocorrendo assim uma presunção em sua conduta, contrariando os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, não analisando o fato típico e suas peculiaridades conforme é analisado no conceito analítico do crime que a seguir será analisado.

Outrossim, o conceito material do crime é passível de críticas, pois quando determinada conduta afronte algum bem jurídico, este deverá ser defeso em lei, caso contrário não há o que falar em crime, devido ao princípio da legalidade.

Devido às críticas e anotações dos conceitos apresentados, isto é, o conceito material e formal do crime por serem insuficientes para permitir a dogmática penal, surgiu, assim, o conceito analítico, conforme o próprio nome analisará pormenorizadamente as características dos elementos que compõem a infração penal.

O conceito analítico considera como crime toda ação típica, antijurídica e culpável e, alguns autores, utilizam-se da expressão ilicitude no lugar da expressão antijurídica, todavia, na prática, ambas as expressões são análogas, não havendo, *com a devida vênia*, diferenças importantes a serem citadas. Salienta Greco (2008) que, o conceito analítico de crime tem a função de analisar todos os elementos ou características que integram o conceito de infração penal, sem que com isso se queira fragmentá-lo. O crime é, certamente, um todo unitário e indivisível. Ou o agente comete o delito (fato típico, ilícito e culpável) ou o fato por ele praticado será considerado um indiferente penal. O estudo estratificado ou analítico permite-nos, com clareza, verificar a existência ou não da infração penal; daí sua importância.

A doutrina majoritária adota a posição tripartida do conceito analítico do crime, quer dizer, o fato típico, antijurídico e culpável, entretanto, existe a doutrina minoritária que adota a posição quadripartida, adicionando a expressão punibilidade, todavia, a tese majoritária critica este elemento alegando que a punibilidade não é elemento do crime e, tão somente, a consequência de sua prática, conforme preceitua Cleber Masson (2014), não é porque se operou a prescrição de determinado crime, por exemplo, que ele desapareceu do munda fático. Portanto, o crime existe independente de sua punibilidade.

Para melhor esclarecimento sobre a posição tripartida do conceito analítico do crime, preleciona

Assis Toledo⁶ (1994 *apud* GRECO, 2008, p. 141), substancialmente, o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigos bens jurídicos (jurídico-penais) protegidos. Essa definição é, porém insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outra mais analítica, apta a pôr à mostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime. E dentre as várias definições analítica que têm sido propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera três notas fundamentais do fato-crime, a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade). O crime, nessa concepção que adotamos é, pois, ação típica, ilícita e culpável.

O primeiro elemento, ou seja, o fato típico é composto por mais quatro elementos, quais sejam, conduta - podendo ser dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, resultado, nexos de causalidade e a tipicidade – formal e conglobante. Tipicidade conglobante é aquela conduta antinormativa praticada pelo agente, ou seja, contrária à lei e não fomentada pelo Direito e, ademais, ofensiva a bens relevantes para o direito penal, que é a tipicidade material. Sendo assim, na ausência de algum dos elementos do fato típico, a conduta tornará atípica, não se enquadrando ao tipo penal em apreciação e, como consequência, não haverá a prática do crime.

O segundo elemento, ilicitude ou antijuricidade, é a relação de contrariedade da conduta do agente, vindo de encontro com o ordenamento jurídico, ou seja, a conduta praticada pelo agente encontra-se em desacordo com os a legislação penal, na qual ocasionou alguma lesão ou ameaça de lesão do bem jurídico protegido. Em contrapartida, caso a conduta ilícita praticada pelo agente esteja de acordo com os ditames das excludentes de licitude, esta conduta deixará a seara da ilicitude e tornará lícita, não havendo o que falar em crime, pois destituirá o segundo elemento da análise do crime. Cabe salientar que, cada excludente de ilicitude apresenta suas peculiaridades pertinentes para que seja reconhecida sua ocorrência, que serão analisadas nesta pesquisa em momento oportuno. Ademais, ressalta-se a existência das causas supralegais da antijuricidade, como o consentimento do ofendido.

O terceiro e último elemento, qual seja, a culpabilidade trata-se do juízo da reprovação pessoal realizada pela conduta ilícita do agente. A culpabilidade apresenta-se consubstanciada por três elementos, quais, a imputabilidade, a potencial consciência sobre a ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa, sendo que, após a análise destes elementos será possível que ocorra a punição do agente em virtude de sua conduta praticada.

Como vários outros institutos pertencentes no arcabouço do direito, a definição do conceito de crime adotado no Brasil, apresentam-se divergências doutrinárias, em virtude da lacuna, já mencionada, deixada pelo legislador, pois quando tentou conceituar o crime, apenas diferenciou os crimes das contravenções, deixando de conceituar os elementos que caracterizam a prática de um possível crime.

Desta forma, *permissa vênia*, há de se concordar com a doutrina majoritária de que para que ocorra a prática do crime é necessário o fato típico, antijurídico e culpável. Tal posição consubstancia

6 TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilcitude penal e causas de sua exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

pelo fato que alguns doutrinadores entendem que a culpabilidade é apenas um pressuposto para a aplicação da pena, defendendo que o crime é um fato típico e antijurídico.

Levando em consideração a posição de que a culpabilidade é apenas um pressuposto para a aplicação da pena, deve-se atentar a algumas indagações, bem pertinente ao caso, observadas pelo eminente doutrinador Greco (2008), se, por alguma razão, não houver fato típico, obviamente não será possível aplicação da pena ou, ainda, se a conduta do agente não for antijurídica, mas sim permitida, mais uma vez não poderá ser aplicado a pena. Concluindo, assim, que todos os elementos do conceito analítico do crime são passíveis de avaliação para que possam ensejar em uma possível aplicação da pena, contrariando a posição de alguns doutrinadores que defendem o crime como fato típico e antijurídico (bipartido) deslocando a culpabilidade tão somente para pressuposto de aplicação da pena.

Logo, não é possível tecer ao certo qual é o conceito de crime adotado pelo Código Penal brasileiro, formal, material ou analítico, todavia, o conceito majoritário adotado é o tripartido, sendo a maioria doutrinária nacional e estrangeira, que são os elementos do fato típico, antijurídico e culpável, pertencentes ao conceito analítico.

A ILICITUDE PENAL

Precipuamente, é mister destacar que ilicitude e antijuricidade são expressões sinônimas para o direito, tornando frívolo externar o significado de todas as umas das palavras. A ilicitude, grosso modo, apresenta-se em todos os ramos do direito, não se resumindo tão somente ao ilícito penal, tem-se, ademais, o ilícito tributário, civil, administrativo etc.

A ilicitude ou antijuricidade tratam-se da prática de uma conduta do agente contrariando o ordenamento jurídico, tornando a conduta praticada como ilícita perante o arcabouço jurídico contrariado.

Nas precisas palavras do sisudo doutrinador Greco:

Ilicitude, ou antijuricidade, é a relação de antagonismo, de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico. Quando nos referimos ao ordenamento jurídico de forma ampla, estamos querendo dizer que a ilicitude não se resume a matéria penal. Se a conduta típica do agente colidir com o ordenamento jurídico, diremos ser ela penalmente ilícita. (GRECO, 2008, p. 313).

Corroborando com ensinamentos de Greco, Masson aduz:

Ilicitude é a contrariedade entre o fato típico praticado por alguém e o ordenamento jurídico, capaz de lesionar ou expor a perigo de lesão bens jurídico penalmente protegido. O juízo de ilicitude é posterior e dependente do juízo de tipicidade, de forma que todo fato penalmente ilícito também é, necessariamente, típico. (MASSON, 2014, p. 385).

Importante salientar que, para que uma conduta adentre na esfera da ilicitude, é necessário que esta conduta seja típica, ou seja, que exista uma norma anterior à conduta praticada pelo agente, pois, caso contrário, inexistindo a norma proibitiva, mesmo que tal conduta não seja moral ou social, não há que se falar em ilicitude da conduta do agente, devido à ilicitude exigir, precipuamente, o

juízo de valor do fato típico para, por conseguinte, vislumbrar a ilicitude.

Todavia, existem alguns doutrinadores que, em determinadas situações, alegam que, a ilicitude não se limitará a ilicitude típica, podendo ocorrer à existência de uma ilicitude atípica, conforme ensinamentos de Assis Toledo⁷ (1984 *apud* GRECO, 2008, p.313), a ilicitude, na área penal, não se limitará à ilicitude típica, ou seja, à ilicitude do delito esta sempre e necessariamente típica. Um exemplo de ilicitude atípica pode ser encontrado na exigência da agressão (‘agressão injusta’ significa ‘agressão ilícita’) na legítima defesa. A agressão que autoriza a reação defensiva, na legítima defesa, não precisa ser um fato previsto como crime, isto é, não precisa ser um ilícito penal, mas deverá ser no mínimo um ato ilícito, em sentido amplo, por inexistir legítima defesa contra atos lícitos. Com a devida vênia, não há que vislumbrar maior delonga no estudo da ilicitude atípica, conforme mencionado pelo nobre doutrinador acima, pois, quando ao estudo do fato típico concluir-se pela atipicidade da conduta não há no que falar em ilicitude.

Quando se adentra na ilicitude, presume-se que a conduta praticada pelo agente fora típica, contrariando um dispositivo penal incriminador ou, até mesmo, encaixando-se perfeitamente nas elementares do tipo, neste caso, diz-se ser a ilicitude formal. Todavia, em se tratando do Direito, ciência que se apresenta consubstanciada analiticamente em diversas interpretações sobre uma mesma matéria, erige-se assim, ademais, a ilicitude material.

O renomado doutrinador Bitencourt aduz:

A antijuricidade material, por sua vez, se constitui da lesão produzida pelo comportamento humano que fere o interesse jurídico protegido, isto é, além da contradição da conduta praticada com a previsão da norma, é necessário que o bem jurídico protegido sofra a ofensa ou a ameaça potencializada pelo comportamento desajustado. Essa lesão que consubstancia a antijuricidade material, evidentemente, não deve ser entendida em sentido naturalístico, como causadora do dano, sensorialmente perceptível, a determinado bem tutelado, mas como ofensa ao valor ideal que a norma jurídica deve proteger. (BITENCOURT, 2008, p. 296).

Com efeito, considera-se a ilicitude formal a contradição entre a conduta do agente e a norma penal. Por outro lado, considera-se a ilicitude material a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico atingido pela conduta do agente. Ora, pelo princípio da intervenção mínima, um dos princípios norteadores do Direito Penal, assegurando que, o direito penal atuará tutelando, apenas aqueles bens jurídicos de maior relevância ao convívio social, bens estes que, quando atingidos ou enodados causarão uma instabilidade social, uma insegurança jurídica, consubstancia então em uma unificação da ilicitude formal e material, pois, quando uma norma penal tutela formalmente um bem jurídico, o caráter material se presume, devido à existência do princípio da intervenção mínima do direito penal, aquilatando assim a adoção de uma concepção unitária e não dualista da ilicitude.

Neste diapasão, elucidando melhor, preleciona Sheila Bierrenbach⁸ (1996 *apud* GRECO, 2008, p. 314), a distinção não tem sentido. Nesta ordem de ideias, se as normas penais, proibitivas ou imperativas, são construídas com a finalidade de proteger bens jurídicos, torna-se evidente que

⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilicidade penal e causas de sua exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.164.

⁸ BIERRENBACH, Sheila de Alburquerque. *Crimes omissivos impróprios*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 107.

toda oposição à norma penal implica lesão ou perigo de lesão a um bem tutelado. Confundem-se, portanto, ilicitude formal e material, não havendo razão para a distinção. Ilicitude constitui, pois, relação de antagonismo entre a conduta e a norma penal incriminadora, do que decorre dano ou risco ao bem jurídico tutelado.

Neste diapasão, corroborando com o entendimento da adoção da concepção unitária da ilicitude, alega Bitencourt (2008) que a distinção entre a ilicitude formal e material é considerada totalmente desnecessária, conforme corrente majoritária, pois, um comportamento humano que contrarie uma norma jurídica (formal), não poderá deixar de causar lesão ou periclitara o bem jurídico tutelado (material). Nestas circunstâncias, só se pode falar em uma ilicitude material, devido toda conduta materialmente ilícita também formalmente será, tornando-se inseparável os aspectos material e formal da ilicitude.

As excludentes de ilicitude são situações que, conforme o contexto, o agente estará amparado por uma norma penal permissiva, na qual permite ao agente, em situações excepcionais de licitude, a realizar uma conduta típica que não será considerada ilícita, pois estará amparado, em tese, por uma situação justificada e, por conseguinte, o agente não praticará o crime previsto no tipo penal.

Esta possibilidade da autodefesa legal existe em virtude de não haver como exigir do Estado sua presença em todo momento no convívio social de uma sociedade, permitindo assim, que em determinadas situações, quando da omissão estatal, as pessoas apresentam-se munidas com um direito permissivo de autoproteção individual, de seus bens ou de terceiros. Interpretando a expressão “em tese amparado” chega-se a conclusão que a permissão de autodefesa não é ilimitada, pois, deve ser observada à exigência de uma análise minuciosa dos elementos objetivos e subjetivos de cada excludente de ilicitude, bem como seus pressupostos previstos no tipo de cada excludente, evitando adentrar na seara da ilicitude.

Em relação aos elementos objetivos são os expressos ou implícitos sempre definidos em lei, como a legítima defesa e o estado de necessidade ou pela doutrina e tribunais, como o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito. Já em relação a elementos subjetivos caracteriza-se pela vontade do agente em atuar de acordo com a conduta justificada, isto é, o agente deve ter a vontade de se defender, agir com *animus defendendi* esclarecendo exemplifica Greco (2008) suponha-se que **A** dirija-se até a casa de **B** com o fim de mata-lo, em virtude do não pagamento de uma dívida de jogo. Lá chegando, olhando por sobre o muro, consegue ter a visão somente da cabeça de **B**, que se encontrava na cozinha. Nesse instante, aponta sua arma e efetua o disparo mortal, fugindo logo em seguida. Sem que **A** soubesse, no exato momento em que atirou em **B**, este estava prestes a causar a morte de **C**, que já se encontrava de joelhos, aguardando o disparo que seria realizado por **B**. Resumindo, **A** atirou em **B** e, mesmo não sabendo, salvou a vida de **C**.

Como visto acima, o exemplo do sisudo doutrinador, vislumbra-se a importância do elemento subjetivo, pois, como o atirador não tinha conhecimento da situação e tão pouco agiu em defesa de terceiros, é claro que não houve a presença do elemento subjetivo, não há como caracterizar uma situação justificante pela conduta do atirador.

As excludentes de ilicitude encontram-se preconizadas no Código Penal brasileiro, Decreto-Lei 2848/40, in verbis:

Art. 23: Não há crime quanto o agente pratica o fato:

I – em estado de necessidade;

II – em legítima defesa;

III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. (BRASIL, 1940).

Desta feita, cabe ressaltar que o marco central da presente pesquisa consubstancia na divergência doutrinária acerca da natureza jurídica do instituto dos Ofendículos, que ora defendem tratar-se da excludente de ilicitude da Legítima Defesa ora da excludente do Exercício Regular de Direito que, oportunamente, será estudado aqui.

Neste efeito, será estudado minuciosamente e, com maior ênfase, a Legítima Defesa e o Exercício Regular de Direito, não obstante, o estudo das outras excludentes de ilicitude, quais sejam, o Estado de Necessidade e Estrito Cumprimento do Dever Legal.

Conforme mencionado, a Legítima Defesa trata-se de uma cláusula legal de excludente de ilicitude. É a espécie de excludente mais comumente utilizado na sociedade, pois, é de sabença de todos que, o Estado, não se faz presente em todo momento durante o convívio social em uma sociedade, necessitando assim, de criar institutos em que uma pessoa, não aparada ou defendida pelo Estado, possa vir atuar em sua defesa própria ou de terceiros.

Ressalta-se que, a Legítima Defesa, apresenta-se, como a mais complexa das excludentes, pois seus elementos caracterizados estão presentes de forma objetiva na lei e, por este motivo, não é raro ocorrer o excesso daquele que, inicialmente, possuía a seu favor a excludente e, devido ao excesso, adentra a esfera do ilícito, tornando-se uma conduta que, precipuamente, era legal e, conseqüentemente, tornou-se ilícita. Elucidando melhor, Greco aduz:

Tal permissão não é ilimitada, pois que encontra suas regras na própria lei penal. Para que se possa falar em legítima defesa, que não pode jamais ser confundida com vingança privada é preciso que o agente se veja diante de uma situação de total impossibilidade de recorrer ao Estado, responsável constitucionalmente por nossa segurança pública, e, só assim, uma vez presentes requisitos legais de ordem objetiva e subjetiva, agir em sua defesa ou na defesa de terceiros (GRECO, 2008, p.340).

Como citado, o legislador se preocupou em preconizar o conceito e os elementos caracterizadores da legítima defesa, evitando repassar a responsabilidade a doutrina e tribunais. A legítima defesa, de forma formalmente objetiva, encontra-se prevista no artigo 25 Código Penal Comum brasileiro, in verbis: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. (BRASIL, 1940).

Interpretando o conceito jurídico conceituado pelo legislador, podem-se extrair mediante a interpretação as seguintes elementares para se configurar excludente da legítima defesa, quais sejam: meios necessários; moderação dos meios necessários; injusta agressão; atualidade ou iminência da injusta agressão e defesa de direito próprio ou alheio.

Injusta agressão é considerada toda ação ou omissão de uma conduta, de forma consciente e voluntária, que possa vir a lesionar ou periclitir algum bem ou interesse defendido pelo ordenamento jurídico, legitimando assim, uma reação a esta conduta ofensiva, injusta. Em relação à conduta humana, voluntária e consciente, baseiam-se em uma restrição de uma conduta humana, não podendo ser imputada animais ou objetos, pois extirpará a presença destes elementos.

Desta forma, quando animais ou objetos lesionar ou periclitam algum bem jurídico a defesa ficará justificada por outra excludente de ilicitude a seguir aqui estudada. Salienta-se que, a agressão injusta não necessariamente deverá ser prevista em lei como criminosa, corroborando ressalta Greco (2008), afirmando que não há pressuposta que a conduta seja criminosa para ser considerada injusta, como na conduta do furto de uso que, para o Código Penal comum brasileiro, não é considerada como criminosa, mas sim como um ilícito de natureza civil, todavia, é goza de status de agressão injusta, vislumbrando a repulsa em defesa de seu patrimônio.

Após análise da injusta agressão, é necessário que esta venha a ocorrer de forma atual ou iminente. Atual é a agressão que já se iniciou e encontra-se em andamento, ensejando a repulsa. No entanto, para que o bem não seja agredido para somente vislumbrar a repulsa durante o injusto, o legislador também previu a possibilidade da repulsa mediante a iminência da agressão injusta, isto é, prestes acontecer, um futuro imediato, evitando que uma pessoa só venha a reagir somente após ser atingida, como ocorre com a atual agressão.

Com efeito, não há que vislumbrar a repulsa de uma agressão vindoura ou pretérita, pois, caso ocorra a repulsa, não estará agindo de acordo com os elementos atual e iminente da injusta agressão e, ademais, em relação à agressão vindoura, poderá a vítima recorrer ao Estado e no caso de agressão pretérita, caso a vítima venha a repulsar após um lapso temporal, poderá ocorrerá uma espécie de vingança. Sendo assim, uma pessoa que venha exprimir uma repulsa em face de uma agressão injusta somente estará amparado ser esta for atual ou iminente, conforme ensinamentos de Antolisei⁹ (1960 *apud* BITENCOURT, 2008, p. 321), além de injusta a agressão deve ser atual ou iminente. Atual é a agressão que está acontecendo, isto e, que ainda não foi concluída; iminente é a que está prestes a acontecer, que não admite nenhuma demora na repulsa. Agressão iminente não se confunde com agressão futura. A reação do ofendido para caracterizar a legítima defesa deve ser sempre preventiva: deve, prioritariamente, impedir o início da ofensa ou, então, a sua continuidade, desde que esta, se não for interrompida produzirá dano maior.

Após uma injusta agressão, atual ou iminente, necessitando de uma repulsa, todavia, o meio utilizado para esta repulsa, obrigatoriamente terá que ser via um meio necessário para neutralizar o injusto sofrido. Meio necessário é aquele considerado com eficaz quando da repulsa para neutralização do agressor, podendo coexistir vários meios disponíveis ou apenas um que esteja disponível, ocorrendo neste caso, um maior juízo de valor na moderação de seu uso.

A escolha do meio necessário no momento em que uma pessoa sofre uma agressão, grosso modo, geralmente dificulta uma análise minuciosa de qual o meio exato e menos danoso para neutralizar a agressão, devido ao perigo que aquela pessoa esteja sofrendo, alterando o aspecto físico e

9 ANTOLISEI, Manual de derecho penal, Buenos Aires, Utcha, 1960, p.220.

psicológico da vítima, contudo, caso o meio seja desproporcionalmente desnecessário aquela agressão está configura o excesso da repulsa, conforme ensinamentos de Bento de Faria¹⁰ (1961 *apud* MASSON, 2014, p. 424) o homem que é subitamente agredido, não pode, na perturbação e na impetuosidade da sua defesa, proceder à operação de medir a sangue frio e com exatidão se há algum outro recurso para o qual possa apelar, que não o de infligir o mal ao seu agressor; se há algum meio menos violento a empregar na defesa, se o mal que inflige excede ou não o que seria necessário à mesma defesa. É preciso considerar os fatos como eles ordinariamente se apresentam, e reconhecer fraquezas inerentes à natureza humana, não se exigindo dela o que ela não pode dar; reconhecer mesmo as exigências sociais, que podem justificar o emprego de certos meios de defesa, suposto não seja absoluto a necessidade desse emprego.

A moderação na utilização dos meio necessários também se encontra como elemento objetivo para configuração da legítima defesa. A moderação constitui na medida e quantidade suficiente dos meios para neutralizar a injusta agressão. Deve ocorrer uma ponderação dos bens, ou seja, comparar os bens agredidos entre a agressão e a repulsa, não ocorrendo de forma rígida esta comparação, exigindo que não ocorra uma desproporção imoderada dos bens em relação a repulsa, isto é, o bem preservado deve ser de igual valor ou superior ao bem sacrificado, caso contrário, poderá ocorrer o excesso. Insta ressaltar os nobres e indispensáveis ensinamentos de Greco:

Não é o número de golpes ou disparos, por exemplo, que caracteriza a imoderação, levando o agente a atuar em excesso. Pode acontecer que para fazer cessar a agressão que estava sendo praticada contra a sua pessoa, o agente tenha de efetuar mais de cinco disparos, sem que isso possa conceitua-se como uso imoderado de um meio necessário. Assim, para que possamos verificar se o uso do meio necessário foi moderado ou não é preciso que tenhamos um marco, ou seja, o momento em que o agente consegue fazer cessar a agressão que contra ele é praticada. Tudo que fizer após esse marco será considerado excesso (GRECO, 2008, p.350).

O último elemento que carece de análise dos elementos objetivos previsto em lei para a configuração da legítima defesa é a defesa de direito próprio ou de terceiro. Quando o agente venha atuar em defesa de terceiros, também será necessário o elemento subjetivo, que é a vontade de defender o terceiro que se encontrar sofrendo ou prestes a sofrer lesão a seu bem jurídico. Como é de sabença, o bem, por mais humilde que seja não poderá ficar à mercê de um injusto ataque. Destarte, pode ocorrer a defesa de direito próprio ou alheio de bens venha a ser atacado ou periclitado, no entanto, conforme Bitencourt (2008), quando ocorrer à defesa de direito alheio, deve-se observar a natureza do direito defendido, pois quando se tratar de bem jurídico disponível, este não prescinde de autorização e seu titular poderá optar por outra solução, inclusive a de não oferecer a resistência, isto é, o terceiro pode optar em não repulsar o ataque injusto e, neste caso, se ocorrer à intervenção de terceiro sem autorização, esta será considerada como ilegítima, não havendo o que falar em legítima defesa.

Neste diapasão, necessário se faz uma análise paulatina dos elementos caracterizadores da legítima defesa, observando passo a passo os elementos objetivos e a análise da subjetiva do agente em atuar com a vontade de repulsar direito próprio ou alheio, ademais, cumpre ressaltar que, o uso

10 FARIA, Bento. *Código penal brasileiro comentado*. Rio de Janeiro: Distribuidora Record, 1961, p.192.

imoderado da repulsa ou a falta de um elemento objetivo, o agente adentrará na esfera da ilicitude.

Como dito, o estado de necessidade trata-se de cláusula legal de excludente de ilicitude, todavia, esta excludente não será merecedora de uma análise minuciosa, pois, não se apresenta como uma possibilidade de conceito da natureza jurídica dos ofendículos, marco central deste trabalho.

O Estado de necessidade, igualmente na legítima defesa, foi merecedor de um conceito por parte do legislador, não disponibilizando o conceito a doutrina e aos tribunais, sendo assim definido pelo artigo 25 do Código Penal Comum brasileiro, in verbis:

Art.24: Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. (BRASIL, 1940).

Quando se fala em estado de necessidade, entende-se que aquele agente se encontra em uma situação relevante que necessite que venha a praticar determinada conduta que, naquele momento e estado que se encontrava, fazia - se necessário para proteção de direito próprio ou alheio.

O estado de necessidade visa à defesa de um direito que sacrificará também outro direito e, na situação que ambos são encontrados, ocorrerá à ponderação dos bens e decidirá qual prevalecerá sobre o outro, diferente da legítima defesa que defende de uma injusta agressão, neste sentido Masson aduz:

Estado de necessidade é a causa de exclusão da ilicitude que depende de uma situação de perigo, caracterizada pelo conflito de interesses lícitos, ou seja, uma colisão entre bens jurídicos pertencentes a pessoas diversas, que se soluciona com autorização conferida pelo ordenamento jurídico para o sacrifício de um deles para a preservação do outro. (MASSON, 2014, p. 404).

Com efeito, após dicção do conceito de estado de necessidade realizado pelo legislador, encontram-se os elementos caracterizadores do estado de necessidade, quais, existência de perigo atual e inevitável, não provocação voluntária do perigo, inevitabilidade do perigo por outro meio, inexigibilidade de sacrifício do bem ameaçado e direito próprio ou alheio.

No conceito do estado de necessidade previsto em lei, ao contrário da legítima defesa, encontra-se a presença do perigo atual, não preconizando o perigo iminente, chegando-se a conclusão que, tão somente, mediante um perigo atual é que será justificado seu ataque, isto é, o bem jurídico esta sendo enodado. Todavia, existem posições doutrinárias que esclarecem que além do perigo atual, existindo a iminência do dano, poderá o agente valer-se do estado de necessidade, corroborando Bitencourt esclarece:

Perigo não se confunde com dano, mas a atualidade do perigo engloba a iminência do dano, uma vez que perigo é a possibilidade de dano, ou seja, a atualidade do perigo equivale à iminência do dano, mormente para um direito penal da culpabilidade que não admite perigo abstrato. Por isso, sustentamos que, embora nosso Código Penal preveja, para o estado de necessidade, somente o perigo atual, aceita a eminência do dano. (BITENCOURT, 2008, p. 315)

Para que um agente se valha do estado de necessidade, o perigo atual que ensejou esta situação de necessidade, não poderá ser voluntariamente provocado pelo agente, pois, caso contrário, não

poderá sacrificar um bem alheio alegando o estado de necessidade. Desta feita, inicia-se discursões acerca da expressão “que não provocou por sua vontade”, sendo esta vontade interpretada como dolo ou dolo e culpa. Neste sentido, Bitencourt (2008) destaca a possibilidade de invocar o estado de necessidade tanto nos crimes dolosos como nos crimes culposos, desde que a situação de perigo não tenha sido provocada intencionalmente. Em sentido contrario Greco (2008) entende que a expressão “que não provocou por sua vontade” quer traduzir tão-somente a conduta dolosa do agente na provocação da situação de perigo, seja esse dolo direito ou eventual, dirigindo de forma finalística a sua conduta para ocorrência do perigo, não podendo assim, invocar a causa justificante.

Neste diapasão, em relação à inevitabilidade do dano, consistente na hipótese do agente indispor de um ou mais meios menos gravosos para evitar o perigo atual, tornando-se o dano produzido inevitável em detrimento do alheio ameaçador. Neste caso, havendo disponível outra possibilidade razoável de afastar o perigo de seu bem em detrimento do alheio, mesmo que seja a possibilidade de uma fuga, o agente não optando por ela ou não utilizando outros meios disponíveis, estará desamparado do estado de necessidade, neste sentido, atentam-se as lições de Reyes Echandía¹¹ (1997 *apud* GRECO, 2008, p. 327) a inevitabilidade do perigo supõe que, dadas as concretas circunstâncias pessoais, temporais e espaciais com a quais o agente teve que atuar, a ação lesiva executada para se salvar ou livrar outro do perigo, tenha sido a mais eficaz e, ao mesmo tempo, a que causou o menor dano possível ao titular do bem jurídico afetado.

O princípio da razoabilidade encontra-se como norteador do estado de necessidade, no qual ocorrerá uma ponderação de bens entre o bem sujeito ao perigo atual e o bem afetado pela defesa necessária mediante o perigo atual, ocorrendo uma valoração entre os bens em conflito. Neste contexto, caso o bem que o agente defende for inferior ao bem que o agride, este não poderá valer-se do estado de necessidade, pois, naquele momento era exigível o sacrifício do bem ameaçado em detrimento do bem afetado, ocorrendo uma desproporcionalidade entre os bens em conflito, solucionando tal problema, elucida as lições de Greco:

Assim, por exemplo, é razoável que a vida (bem de maior valor) seja preservada em prejuízo do patrimônio alheio (bem de menor valor); há possibilidade, ainda, no confronto entre bens de igual valor (vida *versus* vida, patrimônio *versus* patrimônio, integridade física *versus* integridade física, etc.), que um deles prevaleça em detrimento do outro. Contudo, quando o bem que se preserva é de valor inferior ao que se sacrifica, para garantir seu patrimônio o agente causa a morte de alguém, já não mais poderá se socorrer do estado de necessidade, uma vez que o princípio da razoabilidade impede a aplicação dessa causa de excludente de ilicitude. Embora não possa o agente ver afastada a ilicitude de sua conduta, em virtude da aplicação da causa de justificação do estado de necessidade, porque lhe era razoável exigir o sacrifício de seu bem, e não aquele por ele ofendido, em razão da especial circunstância na qual se encontrava, permite o legislador uma redução na pena a ser-lhe aplicada, se não puder ser beneficiado com o afastamento da culpabilidade. (GRECO, 2008, p. 330).

Ademais, permite a lei que, o agente poderá valer-se do estado de necessidade para proteção de direito próprio ou alheio. Quando se tratar do estado de necessidade próprio todas as regras pertinentes ao estado de necessidade serão aplicadas, em contrapartida, quando ensejado o estado

11 REYES ECHANDÍA, Afonso. *Antijuridicidade*. Bogotá: Temis 1997, p.80.

de necessidade de terceiros, existe algumas peculiaridade que carecem atenção, pois, aquele que atuar em benefício de terceiros, deverá encontra limites em sua atuação, desta forma.

Utilizando-se das eminentes explicações de Greco (2008), nem sempre aquele que estiver fora da situação de perigo poderá auxiliar terceira pessoa, valendo-se do argumento do estado de necessidade, mesmo que seja essa a sua finalidade, porque, pelo fato de coexistir dois bens protegidos em confronto, o agente, estranho ao perigo, somente poderá intervir com a finalidade de auxiliar uma daquelas pessoas envolvidas do litígio perigo, caso o bem envolvido for considerado indisponível, caso contrário, sendo um bem disponível, como patrimônio, não poderá terceiro autorização do terceiro titular do bem posto a perigo, pois, não prescindirá de aquiescência do terceiro, podendo este preferir outra situação ou até mesmo optar em sofre o dano, devido à disponibilidade do bem.

O estrito cumprimento do dever legal, também, trata-se de uma excludente de ilicitude prevista no inciso III do artigo 23 do Código Penal comum brasileiro, todavia, igualmente ao estado de necessidade, tal instituto não necessita de um estudado quão aprofundado, devido não esta entre a divergência doutrinária acerca da natureza dos ofendículos. Igualmente ao exercício regular de direito, o legislador não se comprometeu em conceituar esta excludente, ficando assim, a cargo da doutrina e dos tribunais. Todavia, seus elementos peculiares aparecem diante à interpretação de sua nomenclatura exigindo, como as demais excludentes, os elementos objetivos e subjetivos do estrito cumprimento do dever legal.

Interpretando a nomenclatura “estrito cumprimento do dever legal”, identificados o estrito cumprimento, ou seja, existirão limites no seu cumprimento e, ademais, a presença do dever legal, isto é, o agente atuará limitadamente mediante um dever legal imposto, ou seja, dever imposto previsto em leis dirigidas àqueles que fazem parte da Administração Pública, como oficiais de justiça, não podendo em nada ultrapassar os limites impostos pela lei, nestes termos Masson conclui:

O cumprimento deve ser estritamente dentro da lei, ou seja, deve obedecer à risca os limites a que está subordinado. De fato, todo direito apresenta duas características fundamentais: é limitado e disciplinado em sua execução. Fora dos limites traçados em lei, surge o excesso ou o abuso de autoridade. O fato torna-se ilícito e, além de livrar do cumprimento aquele a que se dirigia a ordem, abre-lhe ainda espaço para a utilização da legítima defesa. (MASSON, 2014, p. 441).

Elucidando melhor, ressalta-se o exemplo de Greco (2008), determinado oficial de justiça, cumprindo um mandado de busca e apreensão de um televisor, por sua conta resolve, também, efetuar a apreensão de um aparelho de som, já presumindo a existência de um pedido de apreensão futuro para este objeto, não terá agido nos limites estritos que lhe foram determinados naquele dever legal, isto é, apreender aquele televisor, razão pela qual, com relação apreensão do aparelho de som, não atuará amparado pela causa de justificação.

O exercício regular de direito, encontra-se prevista na segunda parte do inciso III do art. 23 do Código Penal comum brasileiro, no entanto, igualmente ao estrito cumprimento do dever legal, o legislador foi omissos em conceituar o exercício regular de direito, ficando novamente a cargo da

doutrina e tribunais.

A lei prevê o uso regular de qualquer direito, isto é, qualquer pessoa estará permitida a exercer regularmente seu direito. O direito é empregado em sentido amplo, consubstanciada no direito subjetivo, penal e extrapenal, no entanto, esta prerrogativa existe um limite como qualquer outra excludente de ilicitude, pois, quando o direito tornar-se irregular, ou seja, o agente atua de forma excessiva no seu direito, ocorrerá o abuso de direito e adentrará na seara do ilícito, não podendo, assim, pleitear a excludente de ilicitude do exercício regular de direito.

Para melhor entendimento do termo “direito” pertencente a esta excludente, observa-se a precisa lição de Costa Junior¹² (1991 *apud* GRECO, 2008, p. 375) o conceito de direito, empregado pelo inciso III do art. 23, compreende todos os tipos de direito subjetivo, pertençam eles a este ou àquele ramo do ordenamento jurídico – de direito penal, de outro ramo de direito público ou privado – podendo ainda tratar-se de norma codificada ou consuetudinária.

Ademais, cabe ressaltar, complementando para uma melhor compreensão do exercício regular de direito, citam-se as precisas e importantes lições de Bitencourt:

O exercício de um direito, desde que regular, não pode ser, ao mesmo tempo proibido pelo direito. Regular será o exercício que se contiver nos limites objetivos e subjetivos, formais e materiais impostos pelos próprios fins de Direito. Fora desses limites, haverá o abuso de direito e estará, portanto, excluída essa causa de justificação. O exercício regular de um direito jamais poderá ser antijurídico. Deve-se ter presente, no entanto, que a ninguém é permitido fazer justiça pelas próprias mãos, salvo quando a lei o permite (art. 345 do CP). Qualquer direito, público ou privado, penal ou extrapenal, regularmente exercido, afasta a antijuricidade. Mas o exercício deve ser regular, isto é, deve obedecer a todos os requisitos objetivos exigidos pela ordem jurídica. As intervenções médicas e cirúrgicas constituem, em regra, exercício regular de direito. (BITENCOURT, 2008, p.326).

Comumente pessoas praticam condutas amparadas por esta excludente de ilicitude, todavia, muitas vezes não tem conhecimento que esta conduta estará amparada e não configurará um ilícito. Têm-se como exemplos, as lesões praticadas nas competições esportivas e as providências sanitárias de autoridades públicas amparadas por portarias.

Alguns doutrinadores, com a *devida vênia*, ampliam a abrangência do exercício regular de direito, como destaca Marques¹³ (1997 *apud* CAPEZ, 2008, p.293), sustentando que o costume também legitima certas ações e fatos típicos e traz como exemplo o trote acadêmico, em que as violências, injúrias e constrangimentos que os veteranos praticam contra os noviços não se consideram atos antijurídicos em face do direito penal, porque longo e reiterado costume consagra o trote como instituição legítima. Esta abrangência citada por este nobre doutrinador carece de questionamentos e cuidados, pois, não há dúvidas da importância dos costumes no ordenamento jurídico brasileiro, todavia, abranger o trote acadêmico como um costume protegido pela por esta excludente pode se tornar um erro, pois, não é novidade que, a existência das violências e ofensas pela pratica do trote, podem trazer transtornos físicos e psíquicos, alguns até irreversíveis, aos “alvos” dos trotes pelos

12 COSTA JUNIOR, Paulo José da. Curso de direito penal – Parte geral. São Paulo: Saraiva, 1991. v. I. p.62.

13 MARQUES, José Frederico. Tratado de direito penal. Campinas, Bookseller, 1997. V.1. p.179

veteranos praticantes do trote acadêmico, adentrando assim, na seara do ilícito.

Precioso ressaltar que, como as demais excludentes, observar-se no exercício regular de direito a presença do elemento subjetivo, isto é, o conhecimento da existência fática da situação de autorizará a conduta permissiva, como destaca Capez (2008), afirmando que o elemento subjetivo que irá diferenciar, por exemplo, o ato de correção executado pelo pai das vias de fato, da injúria real ou até de lesões, quando o genitor não pensa em corrigir, mas em ofender ou causar lesões.

Desta forma, o exercício regular de direito consiste em uma prerrogativa fornecida pelo direito, na qual o agente atua exercendo uma conduta típica que não caracterizará um ilícito por sua conduta, pois, estará atuando de acordo com ordenamento jurídico, isto é, a prática da conduta é realizada em conformidade com o direito fornecido pela lei ao agente e, desde que atua nos limites deste direito fornecido ao agente, não há que falar em conduta ilícita.

OS OFENDÍCULOS E SEUS FUNDAMENTOS

Os ofendículos são aparatos, objetos, apetrechos, utilizados de forma estratégica com o escopo de proteção dos bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico. Comumente, tais apetrechos são utilizados para proteção do patrimônio e da integridade física das pessoas que se encontram no interior deste, como exemplo, em casas, estabelecimentos comerciais, chácaras, lotes, dentre outros.

Nesta ótica, apresenta-se o conceito de ofendículos erigido pelo sisudo doutrinador Capez:

Etimologicamente, a palavra “ofendículo” significa obstáculo, obstrução, empecilho. São instalados para defender não apenas a propriedade, mas qualquer outro bem jurídico, com, por exemplo, a vida das pessoas que se encontram no local. Funcionam como uma advertência e servem para impedir ou dificultar o acesso de eventuais invasores, razão pela qual devem ser, necessariamente, visíveis. Desta forma, os ofendículos constituem aparatos facilmente perceptíveis, destinados à defesa da propriedade ou qualquer outro bem jurídico. (CAPEZ, 2008, p.295).

Com efeito, podem-se considerar objetos utilizados como ofendículos, os cacos de vidro, as cercas elétrica, as lanças de metais por cima de muros ou portões, cães bravios e vários outros objetos, desde que sejam visíveis e se apresentem como obstáculos diante dos meios ardilosos utilizados por possíveis invasores que tenham o condão de macular algum bem jurídico tutelado e, mediante a utilização de tais aparatos, estes poderão vir a causar algum impacto psicológico ao possível invasor, devido à sua potencialidade lesiva que estes objetos, instalados no patrimônio, podem causar em contato com a integridade física dos possíveis invasores, podendo ocorrer até mesmo uma desistência por parte daquele mal intencionado.

A comparação entre os ofendículos e as defesas mecânicas predispostas se iguala à discursão doutrinária do tema desta pesquisa. Tal afirmação se dá devido ambos os institutos serem parecidos em sua finalidade e, ademais, a existência de diversas opiniões doutrinárias acerca da comparação entre os ofendículos e as defesas mecânicas predispostas.

Ambos os institutos são utilizados para a defesa de bens jurídicos tutelados pelo ordenamento

jurídico, malgrado, não são idênticos. Os ofendículos são objetos de fácil visualização e podem causar uma potencialidade lesiva mitigada quando atinge outro bem jurídico, em contrário senso, as defesas mecânicas predispostas são artefatos não visíveis, ocultos aos olhos do homem e, em relação a sua potencialidade lesiva, ocorrem de forma majorada, podendo até ocasionar, em alguns casos, a morte de alguma pessoa.

Aquilatando com eminência, ressalta-se a posição de Capez:

Defesa mecânica predisposta são aparatos ocultos com a mesma finalidade que os ofendículos. Por se tratar de dispositivos não perceptíveis, dificilmente escaparão do excesso, configurando, quase sempre, delitos dolosos ou culposos. É o caso do sitiante que instala uma tela elétrica na piscina, de forma bastante discreta, eletrocutando as crianças que a invadem durante a semana. Responderá por homicídio doloso. É também a hipótese do pai que instala dispositivo ligando a maçaneta da porta ao gatilho de uma espingarda, objetivando proteger-se de ladrões, mas vem a matar a própria filha. Trata-se aqui de infração culposa, provavelmente beneficiária de um perdão judicial (CAPEZ, 2008, p.296).

Destarte, a utilização dos ofendículos, quase sempre, quando venha periclitara a integridade de um possível invasor, estará na esfera do lícito, devido o apetrecho se apresentar de forma visível e com potencialidade lesiva mitigada. Em contrário senso, a defesa mecânica predisposta, quase sempre, estará na esfera do ilícito, devido o artefato se apresentar de forma oculta, não visível aos olhos do homem médio e a potencialidade lesiva majorada, ocasionando em armadilhas para aqueles mal intencionados em enodiar o patrimônio alheio, não havendo assim, possibilidade daquele desistir de sua empresa criminosa devido à ocultação do apetrecho, porque, a utilização de objetos visando à proteção do patrimônio deve ocorrer de forma que o possível invasor aviste o objeto instalado e venha a esboçar um temor pela potencialidade lesiva que o apetrecho apresente.

Todavia, mesmo que o indivíduo temeroso venha optar em aventurar diante dos objetos, estes não poderão fulminar aquele indivíduo, causando instantaneamente sua morte, porque, na ponderação de valores entre os bens em litígio, a vida certamente sobrepõe ao patrimônio, ocasionando em um excesso punível daquele que se utilizou do artefato com uma potencialidade lesiva majorada, podendo deixar a esfera lícita dos ofendículos e adentrar na defesa mecânica predisposto que, já mencionado, apresenta-se como um excesso quando de sua utilização.

Atualmente, não existem leis prevendo assuntos relacionados aos ofendículos, como seu conceito, sua natureza jurídica, suas normas de instalação, enfim, assuntos gerais e específicos sobre este instituto. É de sabença, apenas, tratar-se de uma exclusão de ilicitude e sua utilização, como não é proibida, torna-se permitida no Direito, ficando a critério da doutrina e dos tribunais conceituar as peculiaridades dos ofendículos.

Desta forma, devido à amplitude de objetos passíveis de serem utilizados como ofendículos, torna-se difícil normatizar, de forma geral, a utilização dos ofendículos, devendo assim ocorrer à observância de conceitos básicos em sua instalação, como a exigibilidade da visibilidade do apetrecho instalado e a potencialidade lesiva proporcional quando o apetrecho rechaça a ofensa proferida pelo ofensor do patrimônio protegido.

Além dos conceitos básicos, especificadamente, em relação à utilização de cercas elétricas em proteção ao patrimônio em que foi instalada, existem normas técnicas fornecidas pela Associação de Normas Técnicas – ABNT e, ademais, existe um Projeto de Lei, já aprovado pelo Senado e encontra-se tramitando pela Câmara dos Deputados, denominado PLC – 52 de 2010, tratando de regras para o uso de cercas eletrificadas ou energizadas para proteger residências e propriedades rurais, normatizando assunto como: altura mínima para instalação das cercas elétrica, a potencialidade permitida da descarga elétrica pulsante, as placas de aviso informando a presença do objeto eletrificado, dentre outras. Desta feita, as normatizações consubstanciadas pelo projeto lei, visam um controle na instalação para evitar acidentes e lesionar terceiros não interessados em macular aquele bem protegido pelas cercas eletrificadas.

Sendo assim, a ocorrência de normas técnicas e a existência do projeto de lei já se apresentam como um avanço sobre a utilização dos ofendículos na modalidade de cerca elétrica, todavia, não resolve por completo as divergências pertinentes a este instituto, principalmente em relação a sua natureza jurídica, pois as normas técnicas e o projeto de lei tratam de assuntos referentes à quantidade de voltagem da eletrificação, a altura em que as cercas deverão ser instaladas em relação ao chão e a existência da punição para aqueles que não observarem as normas de instalação, prevendo a aplicação de multa pecuniária aos infratores. Outrossim, outra crítica que é salutar mencionar é em relação a uma fiscalização efetiva do poder público em relação a tais normas que, possivelmente, não ocorrerá.

A moderação na utilização dos ofendículos não apresenta divergências interpretativas de sua obrigatoriedade, independente de qualquer que seja excludente de ilicitude. A moderação relaciona-se nas precauções que devem ser observadas mediante a utilização dos apetrechos, evitando assim, extirpar-se da licitude e adentrar na ilicitude. Esclarecendo com eminência, destaca Aníbal Bruno¹⁴ (1984 *apud* GRECO, 2008, p.369) que a zona do lícito termina necessariamente onde começa o abuso, é preciso que o valor do bem justifique o dano possível a ser sofrido pelo agressor, e que os meios de proteção sejam dispostos de modo que só este possa vir a sofrer o dano, como réplica do Direito ao seu ato injusto e não possam constituir perigo para qualquer outro, inocente.

Desta feita, quando os apetrechos instalados venham atingir a integridade física do ofensor, deverá ocorrer uma moderação, devendo ser sobrepesado estritamente a importância de um bem em detrimento do outro, observando, ademais, para que a potencialidade lesiva do apetrecho não venha atingir algum terceiro não envolvido no litígio.

Nestes termos, cabe ressaltar as lições de Noronha:

Aquele que eletrifica a porta que dá para a calçada da rua age com culpa manifesta, ao passo que o que eletrifica a porta situada depois de jardins, altos gradis e muros, cuja prévia escalada é pressuposto para atingi-la, não age com culpa alguma. Sem dúvida, que predispões carabina de grosso calibre para disparar automaticamente contra o gatuno que lhe tenta subtrair algumas poma, não pode escudar-se em qualquer excludente, justamente pela falta de moderação (NORONHA, 1995, p.193).

Em contrapartida, aquele que se utilizou dos apetrechos de forma imoderada ou incorreta,

14 BRUNO, Aníbal Bruno. *Direito Penal*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. T. II. p. 9

responderá pelo excesso causado, não podendo, conforme o caso concreto, pleitear a excludente de ilicitude da legítima defesa ou do exercício regular de direito, porque, qualquer que seja a excludente de ilicitude, deve-se observar a moderação e a proporcionalidade de sua utilização, devendo ser punível seu excesso conforme assevera o parágrafo único do artigo 23 do Código Penal, in verbis: “o agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo”. (BRASIL, 1940).

A natureza jurídica, em geral, tem como significado qual é o relacionamento que um instituto possui com o universo do Direito, ou seja, qual é a origem do instituto, visando sua titulação e especificação no ordenamento jurídico, denominando em qual categoria o instituto pertença no arcabouço jurídico.

Neste diapasão, não resta dúvidas que, tanto no mundo acadêmico quanto nos tribunais, o instituto dos ofendículos trata-se de uma excludente de ilicitude, entretanto, há divergências em qual espécie de excludente de ilicitude eles se encaixam, isto é, será uma legítima defesa, um exercício regular de direito ou uma natureza jurídica híbrida.

A discussão doutrinária acerca da correta natureza jurídica dos ofendículos possa parecer frívola, mas não é, pois é de suma importância que seja alcançado um denominador comum da correta natureza jurídica deste instituto, porque quando algum indivíduo se valha da norma permissiva, exercendo seu direito de rechaçar alguma ameaça que vise macular algum de seus bens jurídicos, a correta natureza jurídica deste instituto se mostrará relevante, pois, caso contrário, poderá dificultar a interpretação dos elementos objetivos e subjetivos das excludentes de ilicitude, que poderá mensurar se o indivíduo, utilizando-se dos ofendículos, atuou de maneira proporcional para proteção do bem enodado.

Destarte, em virtude da importância demonstrada em identificar a natureza jurídica dos ofendículos, será analisado pormenorizadamente este instituto com as excludentes de ilicitude que consubstanciam nas divergências doutrinárias, com o condão de conceituar em qual excludente, ao certo, os ofendículos melhor se encaixa, para assim, ocorrer uma correta interpretação jurídica quando sua utilização venha causar dano ao agente ameaçador.

Quando alguém se utiliza dos ofendículos com condão de tutelar seu patrimônio e a integridade física das pessoas em seu interior, não restarão dúvidas que, caso este aparato venha a lesionar algum bem jurídico de um possível invasor, por exemplo, uma lesão corporal, dentro dos limites legais estabelecidos, resta comprovada que a lesão ocasionada ao invasor se tornará lícita, em virtude da excludente de licitude.

Com efeito, será estudada, pormenorizadamente, a possibilidade do instituto dos ofendículos como exclusão de ilicitude na modalidade da legítima defesa, conforme defende em suas lições Assis Toledo¹⁵ (1991 *apud* BITENCOURT 2008, p.328) as *offendiculas* localizam-se melhor no instituto da legítima defesa, onde a potencialidade lesiva de certos recursos, cães ou engenhos será tolerada

15 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4º ed. São Paulo: Saraiva 1991. P. 206.

quando atingir o agressor e censurada quando o atingido for inocente. Acrescentando, Bitencourt (2008) confirma este entendimento, alegando que este instituto dispõe de melhores recursos para análise de cada caso concreto, diante da necessidade dos diversos requisitos da legítima defesa.

O legislador se preocupou em tipificar a legítima defesa, diferente de outras excludentes de ilicitude e, quem se utiliza desta norma permissiva, vincula-se ao conceito asseverado no artigo 25 do Código Penal Comum, in verbis: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. (BRASIL, 1940)

Sendo assim, a defesa do patrimônio e a defesa da integridade física das pessoas pertencentes em seu interior são bens jurídicos que, sem dúvidas, quando ameaçados ou violados, o indivíduo poderá rechaçar a ameaça atuando em legítima defesa, porque, o instituto da legítima defesa tem aplicação na proteção de qualquer bem jurídico tutelado pela lei. Logo, os bens protegidos pela utilização dos ofendículos são passíveis de proteção pela legítima defesa, como se destaca o entendimento de Zaffaroni¹⁶ (1996 *apud* GRECO 2008, p.341) a defesa a direito seu ou de outrem, abarca a possibilidade de defender legitimamente qualquer bem jurídico. O requisito da moderação da defesa não exclui a possibilidade de defesa de qualquer bem jurídico, apenas exigindo certa proporcionalidade entre a ação defensiva e a agressiva, quando tal seja possível, isto é, que o defensor deve utilizar o meio menos lesivo que tiver ao seu alcance.

Neste prisma, a legítima defesa aceita qualquer bem jurídico tutelado pelo direito, todavia, quando se iniciar o estudo referente às elementares de ordem objetiva da legítima defesa em face da utilização dos ofendículos, erigem pontos controvertidos que dificultam normatizar os ofendículos como legítima defesa, com a *devida vênia* das opiniões em contrário.

Interpretando as elementares objetivas da legítima defesa, entende-se que somente uma pessoa poderá repelir uma injusta agressão e, ademais, somente esta estará apta a mensurar quais são os meios necessários e sua moderação para neutralização da ameaça sofrida, ou seja, não há como exigir de um apetrecho, utilizado como ofendículo, realize este juízo de valor no momento da atualidade ou iminência do risco sofrido pelo bem protegido, pois, um objeto não possui consciência e raciocínio e, além, a pessoa que instalou os ofendículos poderá não estar presente no momento da ameaça sofrida para fazer que este apetrecho funcione mediante uma propulsão humana, por isso o funcionamento dos aparelhos são realizados de forma automática.

Em relação ao elemento subjetivo da legítima defesa, exige-se que o indivíduo tenha a intenção finalística de repelir a injusta agressão, ainda que putativa, pois, caso contrário não há possibilidade de perquirir a ocorrência de uma legítima defesa, porque não há possibilidade da existência da legítima defesa sem a intenção da autodefesa. Por exemplo, é o que ocorre quando alguém se valha da instalação de algum objeto visando à proteção do patrimônio, porque, neste caso, não há uma ameaça atual ou iminente em face do patrimônio, agindo o agente tão somente com a intenção

16 ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Manual de derecho penal. – Parte general*. Bueno Aires: Ediar, 1996. P. 582.

maximizar a proteção de seu patrimônio, além das básicas já existentes, como portas, janelas, portões, dentre outras.

Outrossim, os ofendículos como uma espécie de legítima defesa predisposta ou preordenada também não prosperará. Para melhor entendimento acerca da legítima defesa preordenada observa-se o seguinte exemplo: Suponha-se que **A** se envolva em discussão com **B**, ocasionando estas discussões a presença de lesões corporais recíprocas. Sendo assim, **B** se sentiu ofendido pelo fato de ter apanhado de forma majorada pelo **A** e, querendo vingança, relata que irá até sua casa para pegar uma arma de fogo e deslocará até a casa de **A** para mata-lo. **A** que é policial aposentado, prepara sua espingarda para quando **B** invadir sua casa a espingarda venha a disparar contra **B** e, assim acontece, vindo **B** a falecer em virtude do disparo preordenado da espingarda de **A**.

Conforme o exemplo entende-se que na legítima defesa preordenada a agressão é futura, mas certa, conforme o exemplo acima, diferenciando da utilização dos ofendículos, pois, precipuamente, não há uma ameaça futura e, mesmo que vislumbrando uma ameaça vindoura de macular o bem protegido, em virtude do aumento desenfreado da criminalidade no Brasil, não haverá uma certeza que esta ameaça ocorrerá, extirpando novamente a possibilidade de encaixa dos ofendículos nesta modalidade de excludente de ilicitude.

Neste prisma, em relação à legítima defesa predisposta, facilmente utilizará poderá adentrar na seara do excesso, tornando-se ilícita sua conduta, não coadunando com instituto dos ofendículos, que é permitido seu uso pelo ordenamento jurídico, elucidando este argumento, ressalta-se as lições de Fernando Capez:

As defesas mecânicas predispostas são aparatos ocultos com a mesma finalidade que os ofendículos. Por se tratar de dispositivos não perceptíveis, dificilmente escaparão do excesso, configurando, quase sempre, delitos dolosos ou culposos. É o caso do sitiante que instala uma tela elétrica na piscina, de forma bastante discreta, eletrocutando as crianças que a invadem durante a semana. Responderá por homicídio doloso. (CAPEZ, 2008, p. 296).

Não se pode prosperar de uma legítima defesa sem a ocorrência de uma injusta agressão, atual ou iminente, porque não estará de acordo com as elementares objetivas previstas em lei para sua configuração e, ademais, vislumbrará uma insegurança jurídica, pois, caso não sejam observados os requisitos objetivos e subjetivos previstos em lei, alguém pode se utilizar desta norma permissiva de forma dissimulada, podendo ocorrer até em uma vingança, conforme salienta com exatidão o renomado doutrinador Greco:

Tal permissão não é ilimitada, pois que encontra suas regras na própria lei penal. Para que se possa falar em legítima defesa, que não poder jamais ser confundida com vingança privada, é preciso que o agente se veja diante de uma situação de total impossibilidade de recorrer ao estado e, só assim, *presentes os requisitos legais de ordem objetiva e subjetiva*, agir em defesa ou na ordem de terceiro (GRECO, 2008, p. 340).

Desta feita, ausente alguns dos requisitos objetivos e o requisito subjetivo, não como titular os ofendículos como legítima defesa, pois, restarão ausentes elementos caracterizadores da legítima defesa. Complementando tal raciocínio, observa-se o que salienta Fernando Capez (2008) alegando que a atuação do aparelho instalado é automática e uniforme, não podendo ser graduada segundo a

realidade e a importância do ataque. Por tudo isso, esse proceder fica distante dos termos precisos da legítima defesa, que sempre vislumbrará um sujeito atuando, com seu gesto e intenção em se defender da injusta agressão, com a medida justa e oportuna contra a agressão atual e iminente.

Destarte, conforme os questionamentos ora apresentados não há como prosperar, *permissa vênia* das opiniões em contrário, a possibilidade de qualificar o uso dos ofendículos como uma exclusão de ilicitude na modalidade legítima defesa, pois, os apetrechos utilizados na defesa do bem jurídico não são passíveis de externar a exigência das elementares previstas em lei e, outrossim, quando se instala tais apetrechos não se vislumbra uma ameaça atual ou iminente do bem ser enodado, porque o proprietário do bem estará apenas exercendo seu direito de proteção de seu patrimônio, não obstante, ainda que seja para evitar possíveis invasores, será uma situação futura, mas incerta de ocorrer, desvirtuando em se prosperar como a excludente de ilicitude na modalidade da defesa legítima.

Após a análise e as críticas pertinentes das posições a favor de que o uso dos ofendículos é uma espécie de legítima defesa, é mister ressaltar as peculiaridades referentes à modalidade do exercício regular de direito, que se trata, também, de uma espécie de excludente de ilicitude e, ademais, relaciona-se melhor com o instituto dos ofendículos, devido seus requisitos objetivos e subjetivos.

Neste prisma, precipuamente, enrijecendo a favor dos ofendículos como exercício regular de direito, cita-se as lições de Fernando Capez:

Entendemos *permissa vênia*, tratar-se de exercício regular de direito de defesa da propriedade, já que a lei permite desforço físico imediato para a preservação da posse e, por conseguinte, de quem tiver no imóvel. O Sujeito, ao instalar os equipamentos, nada mais faz do que exercitar um direito. (CAPEZ, 2008, p. 295).

Corroborando com a posição de Fernando Capez, esclarece Aníbal Bruno¹⁷ (1956 *apud* CAPEZ, 2008, p. 296), não nos parece que a hipótese possa ser resolvida como legítima defesa, embora o aparelho só se destine a funcionar no momento do ataque, a verdadeira ação do sujeito é anterior: no momento da agressão, quando cabia a reação individual, ele, com o seu gesto e a sua vontade, está ausente. Além disso, a atuação do aparelho é automática e uniforme, não pode ser graduada segunda a realidade e a importância do ataque.

Com efeito, quando o estado permite que um indivíduo atue no exercício regular de direito, configurando em uma excludente de ilicitude, permite que, usando uma situação permitida em lei e de forma regular, ou seja, atuando de forma proporcional em relação à situação que venha rechaçar, estará amparado, pois o Direito não pode apresentar contradições entre permissão e proibição, pois, uma ação permitida juridicamente não poderá, no mesmo momento, ser proibida pelo direito e, aquele que exerce uma intenção de maximizar a proteção do seu bem, este estará atuando em exercício regular de direito, devido à permissão em atuar de acordo desforço físico imediato, conforme o artigo 1.210, § 1º da Lei 10.406/02, Código Civil Brasileiro, in verbis: “o possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contando que o faça

17 BRUNO, Aníbal Bruno. *Direito Penal; parte geral*. Rio de Janeiro: Forense 1956. T. 2. P. 9.

logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse”. (BRASIL, 2002).

A Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB assevera em seu artigo 5º, inciso II que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988), isto é, será excluída a ilicitude nas hipóteses em que o sujeito está autorizado a este comportamento. Desta feita, todos têm o direito de adquirir bens e, seria a lei contraditória, se proibisse aquele que, atuando conforme os limites legais ser impedido de exercer condutas com escopo de proteção de seu patrimônio, evitando assim, que este seja maculado. Ademais, quando o sujeito instala algum apetrecho, estará atuando conforme o requisito subjetivo do exercício regular de direito, qual seja, ter conhecimento que esteja atuando amparado pela causa de justificação e a vontade de exercitar o direito que, no caso em estudo, é a intenção de proteção do patrimônio em face de eventuais lesões provocadas por terceiros. Corroborando com os ditames expressos pela Lei Maior e salientando a importância de instalar os ofendículos de uma forma eficiente na proteção e mitigada na potencialidade lesiva daquele que venha a macular o bem protegido, ressalta-se o entendimento de Bitencourt:

O exercício regular de direito, desde que regular, não poder ser, ao mesmo tempo, proibido pelo direito. Regular será o exercício que se contiver nos limites objetivos e subjetivos, formais e materiais impostos pelos próprios fins do Direito. Fora desses limites, haverá o abuso de direito e estará, portanto, excluída esta causa de justificação. O exercício regular de um direito, jamais poderá ser antijurídico. (BITENCOURT, 2008, p. 326).

Destarte, pelo fato do instituto dos ofendículos dificultar a mensuração dos requisitos objetivos e subjetivos da legítima defesa, não restarão dúvidas que, aquele que instala apetrechos visando à proteção de seu patrimônio e, ademais; quando estes, que possuem funcionamento de forma automática, venham a lesionar algum bem jurídico de terceiro que exerceu conduta arbitrária, visando enodiar o bem jurídico protegido, dentro do marco legal, qual seja, conforme o limite neles inseridos estará o agente atuando no exercício regular de direito de autoproteção de seu patrimônio, não podendo imputar ao proprietário possíveis lesões sofridas naquele terceiro, pois, sua conduta para o Direito foi lícita.

Superadas as hipóteses mais difundidas apresentadas pela doutrina acerca da natureza jurídica dos ofendículos, entre legítima defesa e exercício regular de direito, é importante mencionar a existência de uma natureza jurídica híbrida, defendida por parte da doutrina, conforme opinião de Bitencourt (2008) relatando que, na verdade, acredita que a decisão de instalar os ofendículos constitui um exercício regular de direito, isto é, exerce o direito de autoproteção do patrimônio, todavia, quando aquele objeto instalado reage ao ataque esperado, inegavelmente, constitui legítima defesa preordenada.

Esta hipótese de ocorrência da existência de uma teoria híbrida da natureza jurídica dos ofendículos, *permissa vênia*, não carece de ser minuciosamente aquilatada, devido vislumbrar que esta possibilidade foi criada, tão somente, para chegar a um denominador comum referente à natureza

jurídica, evitando assim, resolver as divergências doutrinárias.

Entretanto, conforme todos os ensinamentos e questionamentos apresentados em torno de toda esta pesquisa, não há como prosperar esta possibilidade híbrida, pois não há como alegar e afirmar que aquele objeto instalado reagirá a um ataque esperado, isto é, um ataque iminente, porque, quando se instala os apetrechos no patrimônio o proprietário não está a mercê de uma agressão atual ou iminente, agindo, tão somente, com a intenção de proteção de seu bem tutelado pelo Direito, conforme permite o ordenamento jurídico.

Logo, novamente, ocorrerá um desvirtuamento dos elementos obrigatórios da existência da legítima defesa não configurando uma possibilidade de discussão referente sua existência.

DA ATIPICIDADE DA LESÃO OCASIONADA PELA POTENCIALIDADE LESIVA DOS OFENDÍCULOS

Conforme estudado nesta pesquisa e realizada a análise do crime de forma tripartida, ou seja, pelo conceito Analítico, que é adotado pela doutrina majoritária. Desta forma, no conceito analítico, para se falar em crime, é mister a existência de três elementos: Fato típico. Ilicitude e Culpabilidade.

Com efeito, é de sabença que o fato típico, primeiro elemento do conceito analítico, é dividido em: Conduta, nexos de causalidade, resultado e a tipicidade - legal e conglobante. Sendo assim, na falta de algum elemento do fato típico, isto é, inexistindo tais elementos, não haverá crime, considerando a conduta praticada pelo agente uma conduta atípica aos “olhos” do Direito Penal, podendo existir, talvez, um ato ilícito, que é analisado na ótica do Direito Civil.

Destarte, partindo da premissa da análise do fato típico, depois de superadas as questões relativas ao objeto desta pesquisa, estuda-se aqui a existência da possibilidade de uma atipicidade penal da lesão ocasionada ao terceiro ofensor do patrimônio protegido, ocasionada pela potencialidade lesiva dos apetrechos instalados como ofendículos, assunto que, até o momento, não foi possível encontrar como enfoque das obras pesquisadas para a elaboração desta pesquisa.

Para melhor entendimento do que se pretende apresentar, o instituto dos ofendículos será dividido em duas fases, quais sejam: Primeiro a fase de instalação dos apetrechos no patrimônio e, em segundo, a utilização propriamente dita dos apetrechos, que é alguma potencialidade lesiva que os apetrechos possam vir a causar.

Analisando a primeira fase, entende-se, *permissa vênia*, que o agente está atuando no seu exercício regular de direito, visando maximizar a proteção de seu patrimônio e, este direito de proteção, encontra-se ligado ao direito de propriedade previsto no ordenamento jurídico. Desta forma, ao exercer seu direito de autoproteção, o proprietário irá instalar apetrechos que, mediante uma potencialidade lesiva mitigada, estarão aptos a inibir que possíveis invasores venham aventurar na tentativa de macular esta propriedade protegida.

Ato contínuo, analisando a segunda fase dos ofendículos, que é a lesão ocasionada pela potencialidade lesiva do apetrecho em face do terceiro invasor e, ademais, é objeto desta tese, o bem protegido

já esta sendo maculado pelo agente invasor e este bem estará prestes a sofrer alguma lesão não aparada pelo arcabouço jurídico. Desta feita, devido aquele sacripanta invasor esta se valendo de meios ardilosos para adentrar no patrimônio protegido, neste momento, os apetrechos utilizados como ofendículos, entrarão em funcionamento e esboçara sua potencialidade lesiva com o condão de autoproteção, rechaçando a conduta do agente invasor, podendo ocasionar lesões a este e, após a reação esboçada pelo apetrecho, aquele podendo vir desistir da empresa criminosa.

Desta maneira, solucionado as duas fases dos ofendículos, será analisada a segunda fase e sobre esta será apresentada a possibilidade da atipicidade de conduta daquele que instalou os ofendículos.

A instalação de apetrechos na proteção do patrimônio, desde que observadas as regras de segurança pertinentes na legislação, é permitida pelo ordenamento jurídico. Quando a pessoa promove a instalação dos objetos estará exercendo seu direito de proteção do seu patrimônio não restando dúvidas ou divergências doutrinárias que o proprietário atuou amparado por uma excludente de ilicitude e, neste caso, preenche melhor os requisitos da excludente do exercício regular de direito.

Nesta ótica, ocorreu meramente a instalação de obstáculos visando maximizar a proteção do patrimônio, não apresentando, até então, nenhuma ameaça ao bem protegido e não se faz necessário que este obstáculo exerça seu poder de reação. Sendo assim, observados as normas de segurança, não apresentando perigos para terceiros que não visem macular a propriedade protegida, como crianças, transeuntes, vizinhos ou qualquer outra pessoa, não prospera discussão sobre a ilegalidade dos apetrechos instalados, pois, este proprietário esta atuando no seu exercício regular de direito de proteção de seu patrimônio, não configurando a existência de nenhuma conduta ilegal ou criminosa pelo proprietário.

Analisando a segunda fase dos ofendículos, ou seja, sua utilização propriamente dita, ocorrerá o acionamento da potencialidade lesiva dos apetrechos instalados e, provavelmente, alguma lesão será ocasionada naquele que atente contra o patrimônio protegido e, esta lesão ocorrida, será objeto de análise, prosperando uma conduta atípica pelo proprietário que instalou os apetrechos em face da lesão.

Para existência do crime será obrigatória à análise pormenorizada do fato típico, a ilicitude e a culpabilidade, pois, inexistindo algum destes elementos, poderá ocorrer a desqualificação de uma conduta considerada como crime. Elucidando a respeito, precisas são a lições de Zaffaroni¹⁸ (1996 *apud* GRECO, 2008, p. 144), definindo que delito é uma conduta humana individualizada mediante um dispositivo legal (tipo) que revela sua proibição típica (típica), que por não estar permitida por nenhum preceito jurídico (antijurídica) e que, por ser exigível do autor que atuasse de outra maneira nessa circunstância, lhe é reprovável (culpável).

Com efeito, quando o proprietário do patrimônio instala algum apetrecho visando à proteção do patrimônio atua, tão somente, com a intenção de maximizar a proteção de seu patrimônio, não querendo lesionar terceiros, apenas inibir que terceiros, mal intencionados, utilizem de condutas e

18 ZAFFARONI, Eugénio Raul. *Manual de derecho penal - Parte general*, Bueno Aires: Ediar, 1996.

instrumentos ardilosos para macular o bem protegido.

Nesta ótica, quando alguém constrói uma casa em uma área urbana, são levantados muros em sua volta, colocando janelas, portas, gradis e os portões externos. Todos estes objetos são colocados por motivos comuns e objetivos, que é a proteção do patrimônio, dos bens e das pessoas pertencentes no interior do imóvel. Desta feita, os ofendículos apresentam-se como um complemento destes obstáculos básicos já existentes no imóvel.

Desta forma, observa-se o seguinte exemplo: Um proprietário de um imóvel resolve colocar um portão de vidro em sua residência, pelo fato de considerar mais bonito e mais seguro e, ademais, alega que o vidro possibilita uma melhor visualização da rua, devido sua transparência. Certo dia, um indivíduo, contumaz na prática do cometer crime de furto, envolve sua mão com um pano e desfere socos no vidro com intuito de quebra-lo para invadir o interior do imóvel para subtrair bens que ali se encontravam, todavia, no momento em que desferiu os socos, para seu azar, no momento em que a portão quebrou, parte do vidro quebrado cortou seu pulso e ocasionou uma hemorragia, vindo este indivíduo falecer devido a grande quantidade de sangue perdida.

Neste caso, há de se perguntar se o proprietário deste imóvel deverá responder pela morte do agente invasor. A resposta neste caso somente poderá ser negativa, porque não há como perquirir a existência de uma conduta por parte do proprietário, dolosa ou culposa, que veio a contribuir para o resultado morte daquele agente invasor. Sendo assim, encontra-se ausente qualquer conduta por parte do proprietário que tenha contribuído para aquela morte, pois seu intuito de colocação daquele portão de vidro era de proteger e embelezar seu patrimônio, não querendo ocasionar lesão a nenhum terceiro, ocasionando em uma conduta atípica pelo proprietário, não havendo o que falar em crime.

Analisando de forma análoga ao exemplo acima, quando o apetrecho instalado no patrimônio vier a rechaçar alguma conduta ameaçadora realizada pelo agente invasor este vier a sofrer alguma lesão, ocasionada pela potencialidade lesiva do apetrecho, restará comprovada a ausência de uma conduta praticada pelo proprietário do patrimônio em face da lesão ocasionada, pois este não agiu de forma finalística em causar uma lesão e nem assumiu o risco de produzi-la, afastando o dolo e, ademais, preocupando-se com as regras de segurança da instalação dos apetrechos, visando à proteção de terceiros não envolvido no litígio, não prosperará uma negligência, imprudência ou imperícia do proprietário, afastando a possibilidade de uma conduta culposa.

Neste prisma, destaca Welzel¹⁹ (1987 *apud* GRECO, 2008, p 149) que conduta é uma ação, um comportamento humano, voluntário, dirigido a uma finalidade qualquer. O homem, quando atua, seja fazendo ou deixando de fazer alguma coisa a que estava obrigado, dirige sua conduta sempre à determinada finalidade, que pode ser ilícita (quando atua com dolo, por exemplo, querendo praticar qualquer conduta proibida pela lei penal) ou lícita (quando não quer cometer delito algum, mas que por negligência, imprudência ou imperícia, causa um resultado lesivo, previsto pela lei penal).

19 WELZEL. Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Bustos Ramirez e Sérgio Yanes Pérez. Chile: Jurídica de Chile. 1987 p.39.

Neste contexto, o proprietário instalando os ofendículos visa, tão somente, a proteção de seu patrimônio, atuando no seu exercício regular de direito, exercendo seu direito constitucional de possuir sua propriedade e a protegê-la de uma possível violabilidade. Desta feita, em situações que o apetrecho instalado venha causar alguma lesão em desfavor daquele que veio ofender o bem protegido, não há que se prosperar uma conduta típica por parte do proprietário, pois, caso contrário, aquele que instalou a porta de vidro, conforme o exemplo acima, sua conduta também será típica e será necessário adentrar na análise da ilicitude, conforme ocorre com uso dos ofendículos.

Neste diapasão, elucidando melhor referente conduta praticada pelo proprietário do imóvel protegido, precisas são as lições de Greco:

Ao autor da prática do fato podem ser imputados dois tipos de condutas: dolosa ou culposa. Ou o agente atua com dolo, quando quer diretamente o resultado ou assume o risco de produzi-lo; ou age com culpa, quando dá causa ao resultado em virtude de sua imprudência, imperícia ou negligência (GRECO, 2008, p.150).

Sendo assim, quando o proprietário instala os apetrechos, observando as regras de segurança, visando maximizar a proteção do patrimônio em consonância dos objetos já existentes, como as portas, janelas, dentre outras, não estará atuando com *animus* em lesionar qualquer pessoa, inexistindo sua conduta na análise do fato típico.

Logo, ausente à conduta do proprietário que se utilizou dos ofendículos em detrimento da lesão ocorrida, não há que se aquilatar a presença do fato típico, devido à inexistência de seu primeiro elemento, qual seja, a conduta, vislumbrando atipicidade penal, inexistindo, assim, qualquer crime.

Destarte, considerando favorável a interpretação da atipicidade penal da conduta do proprietário em instalar os ofendículos, ainda que estes apetrechos venham lesionar o sacripanta invasor, em virtude de sua conduta ilegal proferida ao patrimônio protegido, será desnecessário adentrar na apreciação da ilicitude para resolução do litígio, dirimindo as controvérsias doutrinárias referentes sua natureza jurídica, esvaziando as demandas do judiciário, pois na inexistência de algum crime, não será necessário recorrer aos órgãos do judiciário, que são competentes para investigação e julgamento dos diversos crimes existentes no ordenamento jurídico.

CONCLUSÃO

Após análise de todo conteúdo apresentado na presente pesquisa, é de sabença que os ofendículos, independente de sua natureza jurídica e observados os limites de sua instalação e utilização, encontra-se amparado como uma excludente de ilicitude. Desta forma, seu uso moderado, não é proibido pela lei, podendo pelo seu uso ocasionar em uma conduta típica, mas não antinormativa, não configurando crime, partindo da premissa da análise analítica do crime.

Nesta ótica, os ofendículos atuam como uma espécie de defesa passiva e, na maioria dos casos, sua instalação visa tão somente uma maximização na proteção do patrimônio, pois este não se encontra em iminência de ser atacado. Por isso, esta pesquisa tem o entendimento que os ofendículos estarão amparados pelo Exercício Regular de Direito, pois, a análise dos requisitos objetivos e subjetivos da causa de justificação da Legítima Defesa em face dos ofendículos é prejudicada, desvirtuando

de uma possibilidade em arguir a legítima defesa.

Assim, quando um proprietário exerce seu direito de proteger seu patrimônio não está autorizado a lesionar terceiros que não estejam envolvidos no litígio, isto é, a potencialidade lesiva existente nos ofendículos deverá atuar, tão somente, em desfavor daquele que está ameaçando o bem protegido, pois, seria um absurdo jurídico exigir que o indivíduo exerça seu direito de proteção sem a possibilidade de ocorrência de permitir uma possível lesão. É por este motivo que sempre se ressalta a existência de uma defesa moderada, na qual estará amparada pelo exercício regular de direito.

Em relação aos ofendículos como legítima defesa, diversas críticas já apresentam descortinadas no desenvolvimento da referida pesquisa, destacando a ausência dos requisitos legais da ocorrência da legítima defesa, como a ausência da atualidade da agressão, a dificuldade na análise proporcional da moderação dos meios utilizados e o elemento subjetivo que deverá estar presente no momento de rechaçar a injusta agressão. Desta feita, o proprietário quando instala os ofendículos, não atua com vontade de se defender de qualquer agressão, pois esta não se encontra ocorrendo em nem prestes de acontecer, atuando, tão somente, em maximizar a proteção de seu patrimônio, faltando o elemento subjetivo da legítima defesa.

Destarte, diante de todos os argumentos esmiuçados nesta pesquisa, entende-se que as particularidades do instituto dos ofendículos estarão alojadas na excludente de ilicitude do exercício regular de direito, após análise dos requisitos objetivos e subjetivos pertinentes a esta excludente.

Ademais, conforme ressaltado na pesquisa, é possível perquirir por uma atipicidade penal da lesão ocasionada pela potencialidade lesiva do apetrecho em face do agente invasor, pois, não há como confirmar que houve uma conduta dolosa ou culposa por parte do proprietário em face da lesão ocorrida, porque este age, tão somente, com o *animus* de proteger seu patrimônio.

Logo, ausente à conduta na análise do fato típico, não prospera a existência do crime, tornando aquela lesão ocasionada no agente invasor como uma atipicidade penal, não sendo senhor adentrar na seara da ilicitude para vislumbrar a existência de alguma causa de justificação, ocorrendo assim, em um esvaziamento nas demandas ao Poder Judiciário para análise da ocorrência da excludente de ilicitude, pois a lesão será um fato atípico.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, volume 1: parte geral. 13ª. Ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 645p.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Vade mecum compacto. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Código Civil (2002). **Lei 10.406/02 - Código Civil**: promulgado em 10 de janeiro de 2002. Vade mecum compacto. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Código Penal (1940). **Lei 2848/40 – Código Penal**: promulgado em 7 de dezembro de 1940. Vade mecum compacto. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 1. Parte geral: (arts. 1^a a 120) / Fernando Capez. – 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 630p.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 1: Parte geral (arts. 1^o a 120) / Fernando Capez – 12. Ed. De acordo com a lei n. 11.466/2007. – São Paulo: Saraiva, 2008

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral** / Rogério Greco. - Rio de Janeiro: IMPETUS, 2008. 730 p.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas, Booksel-ler, 1997. V.1.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado** – Parte geral – vol. 1 / Cleber Masson. 8^o ed. Ver., atualizada e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal**. Parte Geral. 24^o ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

VEGÉCIO. Flávio Renato. **Si vis pacem, para bellum**. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Si_vis_pacem,_para_bellum>. Acesso em: 09 maio 2015.

WELZEL. Hans. **Derecho penal alemán**. Trad. Juan Bustos Ramirez e Sérgio Yanes Pérez. Chile: Jurídica de Chile. 1987.

ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **Manual de derecho penal** - Parte general, Bueno Aires: Ediar, 1996.