

A NATUREZA JURÍDICA DOS OFENDÍCULOS¹

Talita Ayumi Koga²

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2. CONCEITOS DE CRIME: 2.1 Fato típico; 2.1.1 Conduta; 2.1.2 Resultado; 2.1.3 Nexo Causal; 2.1.4 Tipicidade; 2.2 Ilcitude; 2.3 Culpabilidade; 3. EXCLUSÃO DA ILICITUDE: 3.1 As excludentes de ilcitude; 3.2 Estado de necessidade; 3.3 Legítima defesa; 3.4 Estrito cumprimento do dever legal; 3.5 Exercício regular de direito; 4. OFENDÍCULOS: 4.1 Ofendículos como legítima defesa; 4.2 Ofendículos como exercício regular de direito; 4.3 Distinção entre instalação e atuação dos ofendículos; 4.4 Excesso no uso dos ofendículos; 5 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

RESUMO: Este trabalho consiste em uma pesquisa bibliográfica sobre os ofendículos e sua colocação dentro das doutrinas penalistas. Analisar-se-á temas imprescindíveis de direito penal, como o conceito de crime, os seus elementos, as causas de exclusão da ilcitude, assim sendo: legítima defesa, exercício regular de direito, estado de necessidade e estrito dever do cumprimento legal. Dessa forma, fornecer-se-á subsídios para que possa conceituar os ofendículos e definir a sua natureza jurídica. Explorar-se-á as três teorias trazidas pelos doutrinadores, os quais buscam explicar a natureza jurídica dos ofendículos, sendo que a mais adequada trata-se da distinção entre instalação e atuação dos ofendículos, e por fim abordar-se-á a respeito do uso imoderado dos ofendículos, acarretando consequências no aspecto penal.

PALAVRAS CHAVES: Ofendículos, Natureza Jurídica, Excludentes da ilcitude.

ABSTRACT: *This work consists in a bibliographic research about offendiculum and its placing in criminal doctrine. It is going to be analyzed essential themes of criminal law, like the concept of crime, the exclusion causes of illegality, likewise: legitimate defense, regular execution law, state of necessity and strict duty of legal implementation. Therefore, it will be provided subsidies to conceptualize the offendiculum and define its juridical nature. The three theories brought by the theoreticians, whom search to explain the juridical nature of the offendiculum, being the most adequate is about the distinction between installation and proceeding of offendiculum, and lastly, it will be approached the immoderate use of offendiculum, resulting in consequences at the criminal aspect.*

KEY WORDS: *Offendiculum, Juridical Nature, Excludents of Illegality.*

¹ Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, do curso de Direito da Faculdade do Norte Novo de Apucarana - FACNOPAR. Orientação a cargo da Prof^a. M^a Denise Panont.

² Acadêmica do 9º Semestre do Curso de Direito da Faculdade do Norte Novo de Apucarana (FACNOPAR). Turma do ano de 2011. kogaayumita@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O aumento da criminalidade, as deficiências no dever estatal em prover a segurança pública e a aparente impotência do poder público na redução dos índices de violência, tem como consequência o medo e a insegurança por parte dos cidadãos, os quais acabam buscando meios próprios para sua segurança, de seus bens materiais e imateriais e de seus familiares.

Importante salientar que a segurança pública é prevista na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 144, contudo nem sempre os cidadãos podem recorrer ao Estado, sendo permitida, nessa situação, a autotutela, a qual pode ser entendida como um meio de alcance dos direitos de um sujeito sem a intervenção estatal.

Tanto a inviolabilidade do domicílio, quanto o direito de propriedade estão previstos na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, *caput* e incisos XI e XII, sendo permitido que o particular busque meios lícitos e adequados para a proteção de seu patrimônio.

O ordenamento jurídico prevê a possibilidade da autotutela por parte dos cidadãos, garantindo o seu bem, quando estes sentirem-se ameaçados a sofrer lesão ao bem jurídico ante a ausência estatal. Tal autotutela é trazida pelo Código Penal Brasileiro, em seu artigo 23, elencando as excludentes da ilicitude ou causas justificadoras, são elas: legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal.

Um dos meios de buscar a tutela é o uso dos ofendículos, como por exemplo: vidro nos muros da residência, cerca viva, cerca elétrica, arame farpado etc., os quais em sentido estrito são considerados mecanismos de defesa implantados, com a finalidade de proteção ao bem jurídico, a vida, domicílio, patrimônio, ou qualquer outro bem que seja suscetível de ameaça ou ataque.

Contudo os aparatos devem ser utilizados com moderação, pelo proprietário do bem jurídico, sendo que o excesso tanto na modalidade culposa, quanto dolosa, acarretará em responsabilização criminal.

Nesse diapasão, surgem as divergências trazidas pelas doutrinas, no tocante à classificação da natureza jurídica dos ofendículos, dividindo-se por conseguinte a doutrina em três posicionamentos: ofendículos, como legítima defesa; ofendículos, como exercício regular de direito e distinção entre instalação e

autuação dos ofendículos.

Assim, o presente trabalho busca um melhor entendimento sobre as divergências trazidas pelos doutrinadores, no tocante à natureza jurídica dos ofendículos. Sendo que no primeiro capítulo analisar-se-á os conceitos de crime e seus elementos; no segundo capítulo analisar-se-á as causas de exclusão da ilicitude e no terceiro capítulo analisar-se-á o conceito de ofendículos, as teorias existentes acerca de sua natureza jurídica e o excesso do uso imoderado.

2 CONCEITO DE CRIME

A definição de crime não se encontra inserida no atual Código Penal Brasileiro, sendo desta forma definido doutrinariamente sob três aspectos: material, formal e analítico. Conceito material:

O conceito material é o que se ocupa da essência do fenômeno, buscando compreender quais são os dados necessários para que um comportamento possa ser considerado criminoso ou, em outras palavras, o que justifica seja uma conduta considerada penalmente relevante aos olhos da sociedade (ESTEFAM, GONÇALVES, 2015, p. 269).

Sob o aspecto formal:

O conceito formal intenta definir o delito focando em suas consequências jurídicas, isto é, na espécie de sanção cominada. Assim, por exemplo, o inadimplemento contratual não pode ser considerado um crime, pois não acarreta a imposição de nenhuma sanção penal (pena privativa de liberdade, pena alternativa ou medida de segurança), mas apenas provoca o dever de indenizar a parte contrária (ESTEFAM, GONÇALVES, 2015, p. 269).

E acerca do aspecto analítico: “[...] trata de conhecer a estrutura e os elementos do crime, sistematizando-os de maneira organizada, sequenciada e inter-relacionada” (ESTEFAM, GONÇALVES, 2015, p. 269).

A partir do entendimento analítico, o conceito de crime desdobrou-se em várias teorias, visando à determinação dos elementos constitutivos do crime, das quais insta citar a teoria tripartida (crime é conduta típica, antijurídica e culpável) e a teoria bipartida (crime é conduta típica e antijurídica), tendo em vista que as mesmas possuem relevância significativa, com maior número de adeptos. Ambas teorias citam na definição de crimes os elementos conduta típica e ilícita, a divergência está

relacionada ao elemento da culpabilidade integrar ou não o crime. Ainda diante do conceito analítico, formaram-se diversas teorias, sendo as mais adotadas a teoria naturalista ou causalista e a finalista. A teoria naturalista ou causalista afirma que:

[...] o fato típico resultava de mera comparação entre a conduta objetivamente realizada e a descrição legal do crime, sem analisar qualquer aspecto de ordem interna, subjetiva. Sustentava que o dolo e a culpa sediavam-se na culpabilidade e não pertenciam ao tipo. Para seus defensores, crime só pode ser fato típico, ilícito (antijurídico) e culpável, uma vez que, sendo o dolo e a culpa imprescindíveis para a sua existência e estando ambos na culpabilidade, por óbvio esta última se tornava necessária para integrar o conceito de infração penal. Todo penalista clássico, portanto, forçosamente precisa adotar a concepção tripartida [...] (CAPEZ, 2013, p.135).

Ao passo que a corrente finalista, a qual assegura que:

Com o finalismo de Welzel, descobriu-se que o dolo e a culpa integravam o fato típico e não a culpabilidade. A partir daí, com a saída desses elementos, a culpabilidade perdeu a única coisa que interessava ao crime, ficando apenas com elementos puramente valorativos. Com isso, passou a ser mero juízo de valoração externo ao crime, uma simples reprovação que o Estado faz sobre o autor de uma infração penal [...] conclusão: a partir do finalismo, já não há como continuar sustentando que crime é todo fato típico, ilícito e culpável, pois a culpabilidade não tem mais nada que interessa ao conceito de crime (CAPEZ, 2013, p. 135).

Seguindo o entendimento da teoria bipartida encontra-se a seguinte definição de crime:

Para a existência do crime é necessária uma conduta humana positiva (ação em sentido estrito) ou negativa (omissão). É necessário, ainda, que essa conduta seja típica, que esteja descrita na lei como infração penal. Por fim, só haverá crime se o fato for antijurídico, contrário ao direito por não estar protegido por causa que exclua sua antijuridicidade. Assim, são características do crime, sob o aspecto analítico: a) a tipicidade; b) a antijuridicidade (MIRABETE, 2002, p. 98).

Certifica-se que, a doutrina majoritária adota a teoria tripartida do crime.

2.1 FATO TÍPICO

Seguindo o estudo do crime, o fato típico pode ser compreendido como a conduta humana, sendo ela positiva ou negativa, a qual gerará uma infração penal, ou seja, uma conduta contrária à lei prevista. Neste sentido:

[...] para a integração do fato típico concorrente, primeiramente, uma ação ou omissão, uma vez que, consistindo na violação de um preceito legal, supõe um comportamento humano (JESUS, 2003, p. 225).

Os elementos, os quais compõe o fato típico são: a conduta; a tipicidade, o resultado e o nexo causal. Analisar-se-á pormenor cada um desses elementos. Insta salientar que a ausência de um desses elementos, não considera-se fato típico, salvo o crime em sua forma tentada, que não ocorre o resultado.

2.1.1 Conduta

A conduta pode ser positiva (ação) ou negativa (omissão), sendo que a maioria dos crimes são praticados por meio de uma ação, denominados de crimes comissivos, aos poucos que são praticados omissivamente. Dessa forma “o ilícito penal (crime ou contravenção) é fruto exclusivo da conduta humana, o CP declara que a causa produtora do resultado (de que depende a existência do crime) é a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido (art. 13)” (DOTTI, 2013, p. 398).

Imprescindível um breve relato das três teorias mais conhecidas sobre a conduta, quais sejam: a teoria causalista, a teoria finalista e a teoria social da ação.

A teoria causalista define conduta como:

[...] o comportamento humano voluntário que produz modificação no mundo exterior. Vontade é a causa da conduta, e esta, a causa do resultado [...] essa teoria não diferencia a conduta dolosa da conduta culposa, pois não faz nenhuma indagação sobre a relação psíquica do agente para com o resultado (BARROS, 2011, p. 180).

Observa-se que para tal teoria a prática de um ato típico, não diz respeito à sua ilicitude ou à sua culpabilidade, importando tão somente a voluntariedade humana, não visando um conteúdo finalístico.

Já a teoria finalista entende que todo comportamento humano possui uma finalidade, não ensejando apenas um comportamento causal, a voluntariedade em praticar um ato deve ser dirigida a uma finalidade, neste sentido:

A teoria finalista introduz na conduta o dolo e a culpa, retirando-os da culpabilidade [...] A vontade que colore a conduta é sempre finalista, isto é, dirigida conscientemente à execução do resultado previsto e querido [...] (BARROS, 2011, p. 181).

E por fim a teoria social da ação, no plano mediano entre as duas teorias anteriormente citadas, compreende que a ação é “[...] o comportamento humano socialmente relevante, dominado ou dominável pela vontade humana [...]” (BARROS, 2011, p. 182). Ou seja, a vontade humana não é requisito imprescindível. Assim sendo, seria de importância penal, aquilo que demonstrasse relevante para a sociedade.

Toma-se como teoria mais adequada a teoria finalista, eis que um dos elementos da conduta é a finalidade, ademais o ser humano pratica ou deixa de praticar a conduta de maneira consciente e voluntária, visando um fim.

Os elementos constitutivos da conduta são: a exteriorização do pensamento, caso permaneça circunscrito no pensamento do ser humano, jamais induzirá a aplicação de pena, a consciência de si mesmo e da realidade que circunda o sujeito, a voluntariedade, excluindo-se o ato reflexo e a coação física irresistível e por fim a finalidade.

Em relação aos crimes omissivos, estes subdividem-se em próprios (puros) ou impróprios (impuros ou comissivos por omissão). Aqueles são tidos como de mera conduta, ou seja, não há alusão a qualquer tipo de resultado e não admitem tentativa, “[...] omissão prevista nos tipos penais, seguindo o princípio da legalidade [...]” (ISHIDA, 2014, p. 88), sendo descritos no tipo penal com um “não fazer” ou “deixar de” como verbos nucleares, como por exemplo o artigo 135, do Código Penal: “Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal [...]” (BRASIL, 2013, p. 372). Já estes são delitos comissivos atribuídos a quem se omitiu, admitindo a forma tentada, ou seja, “trata-se de crime comissivo, cuja norma descreve um comportamento ativo, mas que deverá o agente nele incorrer, de forma excepcional, por meio de um não fazer” (MAXIMIANO, 2010, p. 36).

Com referência aos crimes impróprios foram construídas duas teorias da omissão, a causal ou naturalista e a normativa ou jurídica. A primeira diz que entre a ação e o resultado é possível estabelecer um nexos causal, quando o omitente podia agir para evitar o resultado e a segunda, a qual é adotada pelo Código Penal Brasileiro afirma que não há nexos causal entre omissão e resultado,

pois a omissão é um nada, e do nada, nada vem, isso quer dizer que a imputação do resultado se baseia em um liame jurídico, o qual far-se-á presente, quando o omitente tiver o dever jurídico de agir para evitar o resultado, conforme consta no artigo 13, § 2º, alíneas a, b e c, do Código Penal:

[..] a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incube a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado (BRASIL, 2013, p. 362).

Desta maneira não há que se falar na possibilidade de estabelecer o nexos causal entre o resultado e a omissão, uma vez que o Código Penal é claro no supramencionado artigo que a omissão ocorre por parte daquele que possui o dever legal de agir e não o faz.

2.1.2 Tipicidade

Antes de adentrarmos no conceito deste elemento insta salientar que a tipicidade decorre do princípio da reserva legal, discorrido no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 2013, p. 26), a partir desse princípio foi outorgada à lei, descrever os crimes.

A tipicidade pode ser entendida como a relação de subsunção (o encaixe do fato concreto com o modelo legal) entre o fato concreto e o tipo penal acrescida da lesão ou perigo de lesão ao bem penalmente protegido.

2.1.3 Resultado

Dando continuidade com o estudo do fato típico, o terceiro elemento trata-se do resultado, o qual segundo a teoria naturalística entende-se pela “modificação no mundo externo causada por um comportamento humano. O conceito resulta da relação entre a conduta e a modificação, prescindindo-se de sua análise em face da norma jurídica” (JESUS, 2003, p. 244).

A doutrina faz classificação dos crimes quanto ao resultado naturalístico: crime material, crime formal e crime de mera conduta, assim:

Crime material é aquele cuja consumação só ocorre com a produção do resultado naturalístico [...] crime formal é aquele em que o resultado

naturalístico é até possível, mas irrelevante, uma vez que a consumação se opera antes e independentemente de sua produção [...] crime de mera conduta é aquele que não admite em hipótese alguma resultado naturalístico [...] (CAPEZ, 2013, p. 177-178).

Já o resultado segundo a concepção da teoria jurídica/normativa é:

[...] o resultado da conduta é a lesão ou perigo de um interesse protegido pela norma penal (afetação jurídica). Entendem os seus seguidores que delito sem evento constituiria conduta irrelevante para o Direito Penal, pois o que tem importância é a lesão jurídica, e não qualquer consequência natural da ação [...] (JESUS, 2003, p. 244).

Importante salientar que todo crime tem resultado jurídico (lesa ou expõe a perigo um bem jurídico tutelado), todavia nem todo crime tem resultado que cause modificação no mundo exterior, uma vez que os crimes de mera conduta consomem na prática da conduta, não sendo necessário tal modificação.

2.1.4 Nexu Causal

O último elemento do fato típico a ser estudado é o nexu causal, que nada mais é do que o liame natural existente entre a conduta e o resultado, conforme consta no artigo 13, do Código Penal “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido” (BRASIL, 2013, p. 362). Todavia o liame natural por si só não é suficiente, devendo ser apurado se o agente agiu com dolo ou culpa (nexu normativo), conforme o artigo 19, do Código Penal, “Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente” (BRASIL, 2013, p. 362).

Diante do exposto nota-se que para a ocorrência do fato típico é imprescindível o nexu causal físico e o nexu causal normativo, consistente na análise de dolo ou culpa em face da conduta do agente.

A teoria da equivalência dos antecedentes, adotada pelo legislador brasileiro penalista, consiste na relação de causalidade, empregando o juízo de eliminação hipotética, tudo o que influencia a produção do resultado é sua causa, ainda que tal influência fosse ínfima. A crítica a essa teoria seria em relação ao *regressus ad infinitum*, ou seja, uma responsabilização infinita, exemplificando, o fornecimento lícito de arma de fogo para a prática de um homicídio, seria causa do

resultado morte, logo o fornecedor seria responsabilizado, bem como o fabricante da arma de fogo.

Para se evitar o regresso ao infinito a doutrina impõe um limite utilizando a teoria da ausência do dolo ou culpa “[...] o vendedor não é punido, uma vez que não agiu com dolo ou culpa [...]” (NUCCI, 2011, p. 212).

Já para a teoria da causalidade adequada só é causa aquilo que naturalmente propicia resultado, no exemplo anteriormente visto, o fornecimento lícito da arma de fogo não seria causa do crime, tendo em vista que não se trata de ação adequada para a prática do resultado morte. Nesse sentido as armas de fogo não são vendidas para dar causa aos crimes de homicídio, para ratificar “a ação do vendedor não é razoável, nem idônea, para produzir o resultado *morte*, até mesmo porque foi lícito o negócio” (NUCCI, 2011, p. 212).

A teoria da imputação objetiva afirma que para a apreciação de quem causou um resultado, a eliminação hipotética, proposta pela teoria da equivalência, não é suficiente, aduzindo que deveria ser abandonado o nexos causal como imputação e estabelecer critérios jurídicos, quais sejam:

[...] a) nexos físico, naturalístico, entre a conduta e o resultado [...] b) a conduta deve ser socialmente inadequada, não padronizada, proibida e, por conseguinte, criar um risco proibido para a ocorrência do resultado; c) o resultado deve estar dentro do âmbito de risco provocada pela conduta (CAPEZ, 2013, p. 2013).

Desse modo só haverá imputação do resultado ao autor, caso a conduta tenha criado um risco jurídico proibido relevante ou tenha aumentado o risco proibido, e com isso, gerado o resultado.

2.2 ILICITUDE

Após o estudo do fato típico e seus elementos, abordar-se-á sobre o elemento da ilicitude.

Primeiramente insta salientar que a ilicitude de uma conduta somente será ponderada após a certificação de que essa mesma conduta seja fato típico, portanto se a conduta for considerada de pronto atípica, não há que se falar em ilicitude da mesma, em regra todo fato típico é ilícito, ressalvados alguns casos, os quais serão abordados oportunamente.

Ilicitude pode ser entendida como “[...] a contradição entre uma conduta e o ordenamento jurídico [...]” (MIRABETE, 2002, p. 173).

Sob o plano formal a ilicitude é “[...] a mera contradição entre o fato praticado pelo agente e o sistema jurídico em vigor” (MASSON, 2012, p. 365), não considerando se a sociedade repudia ou não a lesividade causada pela conduta, diferentemente no que ocorre no plano da ilicitude material, a qual não diz respeito apenas à contrariedade da norma jurídica, mas também a contrariedade do fato em relação a toda coletividade, criando um anseio de justiça comum e rejeitando o injusto, desta forma:

[...] é o conteúdo material do injusto, a substância da ilicitude, que reside no caráter antissocial do comportamento, na sua contradição com os fins colimados pelo Direito, na ofensa aos valores necessários à ordem e à paz no desenvolvimento da vida social (MASSON, 2012, p. 365).

Existe ainda a diferenciação entre a ilicitude subjetiva e objetiva, sendo que a primeira só considera fato ilícito, caso o agente tenha a capacidade de aferir o caráter reprovável da conduta, e na visão da segunda para a caracterização do fato ilícito não precede da avaliação subjetiva do agente, bastando tão somente no plano concreto, desde que não esteja amparado por uma das excludentes da ilicitude.

As causas de exclusão da ilicitude serão objeto futuro de estudo, abordando per si cada excludente.

2.3 CULPABILIDADE

A culpabilidade pode ser definida com “[...] é a reprovabilidade de um fato típico e ilícito, quando o seu autor, na situação concreta, podia sujeitar-se aos comandos e às proibições do Direito [...]” (DOTTI, 2013, p. 445).

Deve-se destacar os inúmeros conceitos da palavra culpa, em sentido amplo (*latu sensu*) é aquela utilizada por população sem a conotação jurídico/normativa, e em sentido estrito (*strictu sensu*), com conotação normativa, é a possibilidade de previsão do resultado, com a prática da conduta. A partir da culpa em sentido estrito surgem três modalidades de culpa: imprudência (é o agir descuidadamente), imperícia (é a falta de capacitação técnica/profissional para a

realização de certa atividade, trata-se da inaptidão) e negligência (é a conduta omissiva, deixando de tomar o devido cuidado antes da prática da conduta).

A doutrina majoritária adota a culpabilidade do fato, a qual aduz que a reprovabilidade deve recair sobre o fato e não sobre o agente praticante da conduta, contudo não se pode olvidar que em determinados momentos, como na dosimetria da pena, levar-se-á em consideração as características subjetivas do agente, conforme consta no artigo 59, do Código Penal:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime [...] (BRASIL, 2013, p. 365).

Dentre inúmeras teorias existentes, o Código Penal adotou a teoria limitada da culpabilidade, a qual é composta pelos elementos imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Passar-se-á ao estudo de cada um desses elementos.

O primeiro elemento é a imputabilidade, da qual é espécie do gênero capacidade. E pode ser definida como o potencial humano de compreender a ilicitude de um fato, diferencia-se do dolo, eis que este é a vontade e a imputabilidade é a capacidade, sendo que a junção de entendimento e vontade, forma-se a imputabilidade. Há quatro causas de exclusão da imputabilidade, a saber: doença mental; desenvolvimento mental incompleto; desenvolvimento mental retardado; e embriaguez completa proveniente e caso fortuito ou força maior. Com fulcro nos artigos 26, *caput*, 27 e 28 §1º, todos do Código Penal.

O segundo elemento, potencial consciência da ilicitude “é a compreensão que o sujeito tem quanto ao caráter ilícito do fato que está praticando ou que irá praticar” (DOTTI, 2013, p. 461).

Caso o agente tenha plena consciência, e acreditando que a prática da conduta seja lícita, porém na realidade é ilícita, acaba por agir em desconformidade com a lei, ensejando o que é chamado de erro de proibição, desse modo deverá analisar se realmente o sujeito não tinha como entender a ilicitude da conduta, assim sendo será isento de pena, excluindo-se a culpabilidade, conforme o artigo 21, *caput*, do Código Penal, “O desconhecimento da lei é inescusável. O erro

sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável poderá diminuí-la de um sexto a um terço” (BRASIL, 2013, p. 362).

E por fim, o elemento da exigibilidade de conduta diversa, a qual “consiste na expectativa social de um comportamento diferente daquele que foi adotado pelo agente. Somente haverá exigibilidade de conduta diversa quando a coletividade podia esperar do sujeito que tivesse atuado de outra forma” (CAPEZ, 2013, p. 353).

A coação moral irresistível e a obediência hierárquica são as duas hipóteses de exigibilidade de conduta diversa, trazidas pelo Código Penal.

Diz-se coação moral irresistível:

Coação moral irresistível (art. 22, 1ª. Parte, CP) – constitui a coação moral irresistível uma causa de inculpação por inexigibilidade de conduta diversa, e nisso difere da coação física irresistível (*vis absoluta*), que exclui a ação, por inexistência de vontade. Trata-se de coação moral da grave ameaça (*vis compulsiva*), em que a vontade do coacto não é livre, mas viciada, sendo punível o autor da coação (autoria mediata). Desse modo, é possível sustentar que na coação moral, diferentemente da coação física, existe um espaço para a vontade, mas esta se mostra de tal modo viciada, comprometida, que não se pode exigir do agente um comportamento conforme os ditames do ordenamento jurídico (PRADO, 2012, p. 485-486).

A segunda causa de exclusão da culpabilidade é trazida no artigo 22, do Código Penal “[...] em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico [...]” (BRASIL, 2013, p. 362). Nesse caso a doutrina trata como uma modalidade especial de erro de proibição, porém é evidente que não se trata de erro de proibição especial, mas sim de inexigibilidade de conduta diversa.

A subordinação hierárquica trazida, diz respeito à relação de subordinação entre os funcionários de menor graduação em relação aos chefes, ou do soldado em relação ao sargento, entre outros, excluindo-se as relações familiares, religiosas e de emprego (patrão e empregado).

Nesses casos a punição será aplicada ao agente que excedendo a prática do ato, ordene ao seu inferior ato manifestamente ilegal.

Diante do exposto, caso o agente atue dentro do artigo supramencionado, estará amparado pela excludente da culpabilidade.

3. EXCLUSÃO DA ILICITUDE

As causas que excluem a ilicitude do fato típico são previstas pelo direito, e tratam-se de normas permissivas justificantes, ou seja, permitem casos comumente proibidos. Desta forma:

Para a maioria dos doutrinadores, presentes no fato os elementos objetivos constantes da norma permissiva, deixa ele de ser antijurídico, não se indagando do conteúdo subjetivo que levou o agente a praticá-lo. Para que o agente atue juridicamente, contudo, é necessário que, além de estarem presentes os elementos objetivos das discriminantes, preencha também o elemento subjetivo. A norma permissiva, ou tipo, permissivo, contém elementos subjetivos paralelo aos objetivos. Deve haver também a “congruência” entre a conduta do agente e a norma que contém a causa de excludente da antijuridicidade [...] (MIRABETE, 2002, p. 175-176).

Conforme o entendimento seguido a exclusão da ilicitude não conduz à supressão da tipicidade, e sim da ilicitude, uma vez que a mesma justifica a prática da conduta típica.

3.1 EXCLUDENTES DA ILICITUDE

Segundo o entendimento adotado pela teoria bipartida o crime é a junção do fato típico e da ilicitude, dessa forma, em regra, todo fato típico é ilícito, desde que não esteja amparado por uma das causas de exclusão da ilicitude.

Conforme já estudado, importante ressaltar que a ilicitude é a contrariedade da conduta perante a norma jurídica.

As excludentes da ilicitude (normas permissivas, excludentes da antijuridicidade, eximentes...) são tidas como causas supralegais e causas legais. Aquelas afirmam que “[...] o Direito do Estado, por ser estático, não esgota a totalidade do Direito e a lei não pode esgotar todas as causas de justificativas da conduta humana no plano do ordenamento penal [...]” (MIRABETE, 2002, p. 176), já estas são as quatro causas, as quais são consideradas genéricas, por serem aplicáveis, em regra, a todos os tipos penais, e estão previstas no artigo 23, *caput*, do Código Penal: “Não há crime quando o agente praticar 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, 2013, p. 362). Contudo, não se pode olvidar que na parte especial do Código Penal, existem causas de exclusão da ilicitude,

específicas, por serem aplicáveis apenas para alguns delitos, como por exemplo, o artigo 128, do Código Penal: “Não se pune o aborto praticado por médico: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante [...]” (BRASIL, 2013, p. 371).

Cada uma das causas supramencionadas são compostas por elementos, e nessa linha de pensamento chega-se aos elementos subjetivos e objetivos. Os elementos objetivos são de fato o que contem expressamente na lei, já os subjetivos estão relacionados ao conhecimento do agente em estar amparado em uma das causas de exclusão, no instante da prática da conduta.

Nesse sentido a prática de uma conduta, amparada por uma das causas expostas, não deixa de ser fato típico, mas sim ilícito, eis que amparado por uma causa de justificativa legal.

O objeto de estudo deste trabalho são as causas de exclusão da ilicitude, previstas no artigo 23, caput, Código Penal, sendo que na sequência abordar-se-á cada uma per si.

3.1.1 Estado de necessidade

A definição de estado de necessidade está contida no artigo 24, *caput*, do Código Penal:

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, 2013, p. 362).

Dessa forma o agente, o qual não tenha o dever legal, que cria involuntariamente uma situação de perigo atual, escolhe um bem jurídico, levando em consideração a razoabilidade, ocasionando no perdimento dos demais bens, encontra-se amparado pelo estado de necessidade. Insta salientar que no estado de necessidade, todos os bens que passarão pela análise da razoabilidade são bens tutelados pelo ordenamento jurídico. Exemplos de estado de necessidade:

a) danos materiais produzidos em propriedade alheia para extinguir um incêndio e salvar pessoas que se encontram em perigo; [...] c) violação de domicílio para acudir vítimas de crime ou desastre; d) subtração de alimentos para salvar alguém de morte por inanição [...] h) caso de antropofagia entre náufragos ou perdidos na selva [...]. Em todos os

casos, é imprescindível a presença de todos os requisitos do estado de necessidade (objetivos e subjetivos) (JESUS, 2003, p. 372-373).

Existem duas teorias acerca do estado de necessidade, a teoria unitária, a qual é adotada pelo Código Penal, e afirma que o critério a ser utilizado é o senso comum, a razoabilidade, uma vez que ninguém é obrigado a fazer comparação/cálculo de valores, em situações de conflito, desta forma:

O estado de necessidade é causa de exclusão de ilicitude, desde que o bem jurídico sacrificado seja de igual valor ou de valor inferior ao bem jurídico preservado. Exige, assim, somente a razoabilidade na conduta do agente (MASSON, 2012, p. 385).

Já a teoria diferenciada afirma que deve haver uma ponderação entre os valores dos bens jurídicos, devendo o bem de menor valor ser sacrificado, caso o bem sacrificado for de maior/igual valor, tratar-se-á da modalidade de exigibilidade de conduta adversa, excluindo-se a culpabilidade, neste sentido:

Para a teoria diferenciadora deve ser feita uma ponderação entre os valores dos bens e deveres em conflito, de maneira que o estado de necessidade será considerado causa de exclusão da ilicitude somente quando o bem sacrificado for reputado de menor valor. Funda-se, portanto, em um critério objetivo: a diferença de valor entre os interesses em conflito (CAPEZ; COLNAGO, 2010, p. 113).

Os requisitos do estado de necessidade podem desdobrar-se em situação de perigo e conduta lesiva. Integram a situação de perigo: o perigo deve ser atual (a situação que está ocorrendo no instante em que acontece o sacrifício de um bem jurídico); involuntariedade na geração do perigo (a maior parte da doutrina entende que o legislador referiu-se que vontade de produzir o perigo, é o dolo); proteção a direito próprio ou alheio (deve-se tutelar um bem jurídico, ou seja, o bem que é protegido pela norma jurídica, e não um bem ilícito, como a substância entorpecente) e inexistência de dever legal de enfrentar o perigo, artigo 24, §1º, do Código Penal “Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo” (BRASIL, 2013, p. 362), sempre que houver o dever legal, o agente deve enfrentar o perigo e tentar salvar o bem jurídico, sem deteriorar o outro. Já a conduta lesiva exige: inevitabilidade do comportamento lesivo (o agente não tem outra forma de evitar o perigo ao bem jurídico, senão praticar o ato necessário); razoabilidade do sacrifício (no ordenamento jurídico inexistente uma tabela, com

valores dos bens jurídicos, sendo assim deve ser utilizado o senso comum para sacrifício de um dos bens) e conhecimento da situação justificante (o agente deve conhecer os pressupostos da causa de exclusão da ilicitude, sob pena de a conduta ser ilícita). A ausência de um dos requisitos enseja na exclusão do estado de necessidade.

Há uma causa de diminuição prevista no artigo 24, § 2º, do Código Penal “embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um terço a dois terços” (BRASIL, 2013, p. 362), a qual aplicar-se-á nos casos em que a razoabilidade não foi observada frente a destruição do bem jurídico, ou seja a desproporção do que foi salvo e do que foi destruído, não excluindo dessa forma a ilicitude e tão pouco a culpabilidade, assim:

Se, todavia, o interesse sacrificado for superior ao preservado, tanto que era razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado (CP, art. 24, § 2.o), subsiste o crime, autorizando, no máximo, a diminuição da pena, de um a dois terços (MASSON, 2012, p. 113).

O estado de necessidade ainda pode ser classificado quanto à titularidade do interesse protegido: próprio (proteção do próprio bem jurídico) ou de terceiro (bem jurídico alheio); quanto ao terceiro que sofre a ofensa necessária: defensivo (quando a conduta do agente atinge o bem de quem contribuiu ou produziu a situação de perigo) ou agressivo (ocorre a destruição de bem de um terceiro inocente) e quanto ao aspecto subjetivo do agente: real (é a situação de perigo real, aquela descrita no artigo 24, *caput*, do Código Penal) ou putativo (é a situação, na qual o agente imagina estar em situação de perigo inexistente, combinação dos artigos 24, *caput*, 20, § 1º., 1ª parte e 21, *caput*, todos do Código Penal.

3.1.2 Legítima defesa

Conforme os ensinamentos do doutrinador Greco “[...] o Estado, através de seus representantes, não pode estar em todos os lugares ao mesmo tempo, razão pela qual permite aos cidadãos a possibilidade de, em determinadas situações, agir em sua própria defesa” (2002, p. 334).

O conceito de legítima defesa é trazido pelo Código Penal, em seu artigo 25: “entende-se legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem” (BRASIL, 2013, p. 362).

Os requisitos imprescindíveis para a caracterização da legítima defesa são: agressão injusta (toda conduta contrária ao ordenamento jurídico que ataca um bem jurídico); atual (o que está ocorrendo) ou iminente (está prestes a acontecer), dessa forma a agressão futura e a agressão passada não são requisitos da legítima defesa; agressão a direito próprio (defesa de direito próprio) ou de terceiro (defesa de direito alheio); meios necessários (devem ser utilizados os meios menos lesivos); moderação (os meios necessários devem ser empregados de forma a repelir a agressão, ou seja, deve-se utilizar a moderação) e conhecimento da situação justificante (na mesma situação do estado de necessidade o agente deve ter o conhecimento em agir amparado da legítima defesa). Da mesma forma com o que ocorre no estado de necessidade, ante a ausência de um dos requisitos, não há que se falar em legítima defesa.

Importante ressaltar que na legítima defesa a agressão somente pode ser cometida por uma pessoa, enquanto que no estado de necessidade o perigo pode ser criado tanto pela natureza, quanto por animais, desde que o animal não esteja sendo utilizado por alguém para agredir outrem. Neste sentido:

Diferenças entre legítima defesa e estado de necessidade: 1ª) Neste, há um conflito entre dois bens jurídicos expostos a perigo; naquela uma repulsa a ataque. 2ª) Neste, o bem jurídico é exposto a perigo; naquela, o direito sofre uma agressão atual ou iminente. [...] 4ª) Neste, a conduta pode ser dirigida contra terceiros ou inocente; naquela somente contra o agressor. 5ª) Neste, a agressão não precisa ser injusta; a legítima defesa, por outro lado, só existe se houver injusta agressão [...] (CAPEZ, 2013, p. 317).

A legítima defesa putativa trata-se do agente que imagina estar agindo em legítima defesa, contudo mediante erro de tipo ou erro de proibição, pratica conduta ilícita.

3.1.3 Estrito cumprimento do dever legal

O legislador não conceituou tal excludente, bem como os seus requisitos, dessa forma coube à doutrina a denominação, o estrito cumprimento do

dever legal “trata-se da ação praticada em cumprimento de um dever imposto por lei, penal ou extrapenal, mesmo que cause lesão ao bem jurídico de terceiro” (NUCCI, 2011, p. 284). Sendo o seu fundamento legal encontrável no artigo 23, inciso III, 1ª parte, do Código Penal “Não há crime quando o agente pratica fato: [...] em estrito cumprimento do dever legal [...]” (BRASIL, 2013, p. 362).

Os requisitos para o reconhecimento dessa excludente são:

[...] a) a existência de um dever oriundo da lei em sentido amplo (lei, decreto-lei, decreto, portaria); b) o cumprimento desse dever por parte de quem tem a competência funcional para fazê-lo; c) a consciência de o agente cumprindo esse dever; d) a atuação dentro dos estreitos limites fixados pela lei ou pelo regulamento (DOTTI, 2013, p.517).

No mesmo sentido das excludentes anteriores, a ausência de um dos requisitos descaracteriza a excludente de estrito cumprimento de dever legal.

3.1.4 Exercício regular de direito

Ao mesmo passo da excludente anterior, o legislador não conceituou e nem elencou os requisitos do exercício regular de direito, trazendo apenas o seu fundamento legal, conforme artigo 23, inciso III, 2ª parte, do Código Penal “Não há crime quando o agente pratica fato: [...] no exercício regular de direito [...]” (BRASIL, 2013, p. 362). Entende-se exercício regular de direito “causa de exclusão da ilicitude que consiste no exercício de uma prerrogativa conferida pelo ordenamento jurídico, caracterizada como fato típico” (CAPEZ, 2013, p. 318).

Conforme o artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 2013, p. 24), dessa forma qualquer pessoa pode exercitar um direito ou uma faculdade, desde que não contrarie o sistema normativo.

Contudo, deve ser observado as limitações da excludente, ou seja, o agente deve obedecer aos limites legais, sob pena de afastar-se do amparo da excludente.

4. OFENDÍCULOS

Os ofendículos (ofendículas), termo derivado da palavra latina *offendiculum*, é a denominação dada aos obstáculos, empecilhos, estorvos, como

por exemplo: arame farpado, lança sobre grades e portões, as cercas elétricas, dentre outros, os quais visam dificultar ou repelir a ameaça ilícita, em regra geral, o bem tutelado é o patrimônio, não excluindo bens imateriais/sem valor pecuniário, como por exemplo, a vida, neste sentido:

Os meios ou obstáculos instalados para a defesa de bens jurídicos individuais, especialmente da propriedade – ofendículo (*offendiculum*) -, em sentido estrito, que impõem um empecilho ou resistência normal, conhecida e notória, como uma estática advertência (v.g., pregos ou cacos de vidro no muro, arame farpado, grades pontiagudas, plantas espinhosas [...]) (PRADO, 2011, p. 454).

Dentro ainda do conceito de ofendículos, pode-se ainda inserir os alarmes, os cães e outros animais, sendo que estes são considerados por apenas alguns doutrinadores, veja-se “Além dos aparelhos e instrumentos destinados à proteção dos bens, considera-se também, como ofendículos a utilização de cães ou outros animais de guarda” (GRECCO, 2002, p. 361).

Considerando os cães de guarda, por serem os animais mais comuns utilizados para proteção do bem, o controle humano sobre os mesmos é de difícil alcance, eis que agem de maneira instintiva, assim: “[...] se um invasor for atacado por cães e terminar morrendo em virtude das lesões sofridas, trata-se de caso fortuito, não configurador de excesso [...]” (NUCCI, 2011, p. 279). Contudo o treinamento de cães para ataques fulminantes pode restar demonstrado o excesso, bem como a utilização de animais incomuns, como leões, cobras, tigres, entre outros.

Insta salientar que a utilização de ofendículos cabe tanto para a proteção de bens móveis e imóveis, como exemplo a bens imóveis, cita-se o proprietário que instala cerca elétrica nos muros de sua residência e como exemplo a bens móveis, tem-se o alarme colocado no veículo automotor pelo seu proprietário.

É passível de equívoco considerar as câmeras de segurança como ofendículos, porém as mesmas não visam repelir eventual ofensa ao bem tutelado, sendo que a sua finalidade é gravar o instante em que a lesão ocorre.

A instalação dos ofendículos tem como característica principal advertir o futuro lesador, cautelas de instalação deverão ser observadas por parte do proprietário do bem jurídico tutelado, caso este atue com excesso, deverá ser

responsável pelo ilícito, dessa maneira “[...] qualquer excesso fará com que o instalador do ofendículo responda pelo resultado típico causado, por dolo ou culpa, conforme o caso concreto [...]” (NUCCI, 2011, p. 277).

A maioria da doutrina considera ofendículos e defesa mecânica predisposta como sinônimos, assim:

Cabe assinalar que os ofendículos poderão ser visíveis ou invisíveis, como ocorre neste último caso com as cercas eletrificadas. Nesta última hipótese, por muito mais motivo, deve cuidar o interessado de evitar o excesso, cabendo ao agente advertir quanto à presença do ofendículo (MAXIMINIANO, 2010, p. 73).

Todavia há quem faça distinção entre ofendículos e defesa mecânica predisposta:

[...] os ofendículos podem ser percebidos facilmente pelo agressor, como cacos de vidro sobre armadura, pontas de lança etc., que opõem uma resistência normal, notória e conhecida, que advertem, prevenindo, a quem tenta violar o direito alheio [...] nas hipóteses de defesa mecânica predisposta, o aparato se encontra oculto, ignorado pelo atacante, como no caso da cerca eletrificada, e disso resulta geralmente a sua eficácia [...] (JESUS, 2003, p. 397-398).

Diante da diferenciação supramencionada, infere-se que os ofendículos são equipamentos de proteção de fácil percepção, como por exemplo, os cacos de vidro afixados nos muros, por outro lado a defesa mecânica predisposta, como as cercas eletrificadas, as quais foram mencionadas pelo autor, caso não haja um aviso da voltagem das mesmas, poderia um incauto sofrer eventuais lesões físicas.

A discussão doutrinária referente aos ofendículos, diz respeito à classificação de sua natureza jurídica, no quadro geral das excludentes da ilicitude, dividindo-se, por conseguinte a doutrina em três posicionamentos, quais sejam: ofendículos como legítima defesa; ofendículos como exercício regular de direito e distinção entre instalação e atuação dos ofendículos (teoria mista), sendo que a doutrina majoritária considera os ofendículos como legítima defesa preordenada. A seguir analisar-se-á cada uma dessas classificações.

4.1 OFENDÍCULOS COMO LEGÍTIMA DEFESA PREORDENADA

Entendem os adeptos da teoria da legítima defesa preordenada, que os instrumentos instalados somente agiriam, se o infrator buscasse a prática de um ato ilícito, ocorrendo assim uma situação de legítima defesa, Damásio de Jesus cita que:

A predisposição do aparelho, de acordo com a doutrina tradicional, constitui exercício regular de direito. Mas, quando funciona em face de um ataque, o problema é de legítima defesa preordenada, desde que a ação do mecanismo não tenha início até que tenha lugar o ataque e que a gravidade de seus efeitos não ultrapasse os limites da excludente da ilicitude [...] (2003, p. 398).

Considerando os ofendículos como legítima defesa preordenada, encontra-se também Galvão, o qual afirma que:

A cerca elétrica é, nos dias atuais, o mais típico exemplo de legítima defesa predisposta. A defesa é preparada de antemão quando a agressão não é sequer iminente, mas o funcionamento do equipamento está condicionado à realidade da agressão. Geralmente instaladas em locais aos quais somente teriam acesso pessoas que pretendam realizar algum tipo de agressão (violação de domicílio, furto, dano etc.) [...] (2013, p. 386).

Observa-se que para esse posicionamento não considera o fato de os ofendículos terem sido instalados antes da eventual agressão, pois como supramencionado o que de fato importa é o instante em que os ofendículos repelem a agressão, nesse sentido:

A nosso ver, a questão amolda-se melhor na legítima defesa, porque o “ofendículo” só funciona em face de uma agressão atual ou iminente, traduzindo-se a sua reação numa longa manus do titular da propriedade agredida. Trata-se de um instrumento de defesa com efeitos similares à utilização do revólver por ocasião de um assalto. (BARROS, 2011, p. 362).

Para alguns doutrinadores tem-se que a instalação dos ofendículos, a ação humana é anterior à agressão, não estando presente um dos requisitos imprescindíveis para a caracterização da defesa: o perigo atual ou iminente, dessa forma não poderiam tratar-se de legítima defesa preordenada e sim exercício regular de direito, conforme:

Como os ofendículos (*offendicula*) são colocados muito antes do ataque, não se faz presente o requisito da atualidade ou da iminência. Consequentemente, a conduta preventiva retromencionada justifica-se como um exercício regular de direito, desde que não haja excesso (COSTA, 2010, p. 175-176).

Para os que consideram os ofendículos como legítima defesa preordenada, o núcleo da questão diz respeito ao momento da disposição dos aparatos, quando venham a funcionar no instante em que sofre o ataque, assim sendo ocorreria a situação de legítima defesa, a qual trata-se de causa de exclusão da ilicitude prevista no artigo 23, inciso I, do Código Penal. Insta salientar, que se faz necessário observar os danos causados ao incauto, não podendo os mesmos serem demasiadamente lesivos, em razão da cautela do excesso, sob pena de responsabilização ao instalador dos ofendículos.

4.2 OFENDÍCULOS COMO EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO

Para que os ofendículos integrem os moldes do exercício regular de direito, causa de exclusão da ilicitude, prevista no artigo 23, inciso III, do Código Penal, se faz necessário que a instalação dos mesmos ocorra anteriormente à lesão ao bem jurídico tutelado, uma vez que a lei permite (faculdade) o uso de aparatos para garantir a inviolabilidade da propriedade, um exemplo é o artigo 1210, §1º, do Código Civil:

O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse (BRASIL, 2013, p. 208).

Assim, quando o sujeito instalar os equipamentos necessários para a proteção dos bens jurídicos, o mesmo estará exercendo um direito, o qual lhe pertence, nesse sentido:

Os ofendículos (*ofendicula*, *ofensacula*) são aparelhos predispostos para a defesa da propriedade (arame farpado, cacos de vidro em muros etc.) visíveis e a que estão equiparados os “meios mecânicos” ocultos (eletrificação de fios, de maçanetas de portas, a instalação de armas prontas para disparar à entrada de intrusos etc.). Trata-se para nós, de exercício regular de direito [...] garantindo a lei a inviolabilidade do domicílio, exercita o sujeito uma faculdade ao instalar os ofendículos, ainda que não haja agressão atual ou iminente [...] (MIRABETE, 2002, p. 191).

Nas palavras de Fernando Capez:

[...] desta forma, os ofendículos constituem aparatos facilmente perceptíveis, destinados à defesa da propriedade ou de qualquer outro bem jurídico [...] trata-se de exercício regular do direito de defesa da propriedade, já que a lei permite desforço físico imediato para preservação da posse e, por conseguinte, de quem estiver no imóvel (CC, art. 1.210, § 1º) (2013, p. 320-321).

Assim, ambos os autores pactuam do mesmo pensamento sobre a natureza jurídica dos ofendículos, entendendo principalmente que a utilização dos mesmos trata-se de um direito, o qual pode ser exercido para a proteção da propriedade, estendido a qualquer outro bem jurídico.

Partilhando do mesmo posicionamento, Maximiniano:

Parece razoável supor que a hipótese é mesmo de exercício regular de direito. Afinal, a defesa do patrimônio é um direito de seu titular. Ao exercer de forma regular e moderada sua prerrogativa, sem excessos, estará acobertado pela cita- da excludente (2010, p. 73).

Ainda seguindo o entendimento de Luiz Regis Prado:

Os meios ou obstáculos instalados para a defesa de bens jurídicos individuais, especialmente da propriedade – ofendículo (offendiculum) –, em sentido estrito, que impõe um empecilho ou resistência normal, conhecida e notória, como uma estática advertência (v.g., pregos ou cacos de vidro no muro, arame farpado, grades pontiagudas, plantas espinhosas) também estão justificados como exercício regular de direito. A respeito do tema, no entanto, distingue-se que os meios impeditivos de entrada em uma residência ou propriedade, meros obstáculos, constituem um direito do proprietário, e as consequências decorrentes são amparadas pelo seu exercício (2012, p. 454).

De acordo com as palavras do doutrinador, corroborando com os anteriores, percebe-se a existência de um entendimento comum sobre a natureza dos ofendículos.

Assim como no posicionamento anterior, o exercício regular de direito não pode ser utilizado de maneira a extrapolar os limites, caso contrário deverá o agente responder pela conduta com dolo ou culpa.

4.3 DISTINÇÃO ENTRE INSTALAÇÃO E ATUAÇÃO DOS OFENDÍCULOS

Por conseguinte e, não menos importante o último posicionamento aduz que os ofendículos seriam a junção das excludentes de ilicitude: legítima defesa preordenada e exercício regular de direito, sendo que no momento da instalação dos ofendículos estariam amparados pelo exercício regular de direito e quando fossem acionados em detrimento de uma conduta, os mesmos atuariam sob a legítima defesa. Neste sentido Bitencourt afirma que:

Na verdade, acreditamos que a decisão de instalar os ofendículos constitui *exercício regular de direito*, isto é, exercício do direito de autoproteger-se. No entanto, quando reage ao ataque esperado, inegavelmente, constitui *legítima defesa preordenada* (2004, p. 328).

Na óptica dos doutrinadores André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves, seus pensamentos em relação à natureza jurídica dos ofendículos seguem em consonância com o posicionamento de Bitencourt:

Embora haja dissenso doutrinário a respeito da natureza jurídica dos ofendículos (legítima defesa ou exercício regular de um direito), prevalece o entendimento de que sua preparação configura exercício regular de um direito, e sua efetiva utilização diante de um caso concreto, legítima defesa preordenada (ESTEFAM; GONÇALVES, 2015, p. 406).

Ainda considerando a teoria entre instalação e atuação dos ofendículos encontra-se a visão de Yuri Carneiro Coêlho:

Em verdade, argumenta-se que, no momento da instalação dos instrumentos ou aparelhos, estar-se-ia diante de um exercício regular de direito enquanto que, no momento do ataque ao bem jurídico e do funcionamento do ofendículo, estaríamos diante de uma legítima defesa preordenada. (2014, p. 216).

Por fim Válter Kenji Ishida, também adepto da teoria da distinção entre instalação e atuação dos ofendículos, complementa:

A predisposição (colocação) significa exercício regular de direito (Aníbal Bruno), mas quando funciona em face de um ataque o problema é da legítima defesa preordenada (Nelson Hungria) ou preparação antecipada da defesa (2014, p. 145).

Diante do exposto é possível concluir que para essa teoria é necessário a instalação dos aparatos antes da lesão (exercício regular de direito) e conseqüentemente, esses aparatos devem ser acionados por terceiros, gerando resultado no mundo jurídico (legítima defesa).

4.4 EXCESSO NO USO DOS OFENDÍCULOS

Conforme supramencionado, a instalação e o uso dos ofendículos requer moderação, uma vez que o excesso pode afastar a excludente de ilicitude, resultando na responsabilização do agente, proprietário do bem jurídico.

Os ofendículos para serem considerados excludentes da ilicitude, na modalidade da legítima defesa, devem conter todos os seus requisitos: agressão injusta, atual ou iminente, agressão a direito próprio ou de terceiros, utilização dos meios necessários, moderação na utilização dos meios e conhecimento da situação justificante, os quais já foram citados anteriormente. Ante a ausência de um dos requisitos, os ofendículos perderão a sua caracterização de legítima defesa, sendo que a inadequação no uso responsabiliza quem os utilizar, assim:

Exige-se redobrada cautela no uso das chamadas *offendículas*, pois o risco da sua utilização inadequada corre por conta de quem as utiliza. A necessidade da moderação dos efeitos que tais obstáculos podem produzir ganha relevância quando se os situa dentro do instituto da legítima defesa, com a exigência da presença de todos os seus requisitos (BITENCOURT, 2004, p. 328).

Insta salientar que quando um inocente for atingido pelos ofendículos, desde que estes não tenham sido implantados com excesso, pode-se amparar pela legítima defesa putativa, conforme os ensinamentos de NUCCI:

[...] quando atingir um inocente (ex.: criança que se fere em cacos de vidro colocados em cima do muro, porque foi buscar uma pipa presa em uma árvore), pode-se invocar a legítima defesa putativa, desde que não haja, também nessa hipótese, flagrante exagero nos meios empregados para a defesa [...] (2011, p.277).

Com relação aos ofendículos como exercício regular de direito, a moderação também se faz necessária, sob pena de responsabilização de quem os utiliza. Tendo em vista que o legislador não elencou os requisitos de tal excludente,

entende-se que o agente poderá exercer seus direitos, desde que não extrapole os limites legais, dessa forma:

Garantindo a lei a inviolabilidade do domicílio, exercita o sujeito uma faculdade ao instalar os ofendículos, ainda que não haja agressão atual ou iminente. Evidentemente, há que não se atuar com excesso (eletrificação de cerca externa, por exemplo), devendo o agente responder, neste caso, por criem doloso ou culposo (MIRABETE, 2002, p. 191).

Por fim, em relação entre a distinção entre a instalação e a atuação dos ofendículos, deve-se observar as excludentes isoladamente, primeiramente no instante da instalação, verificar-se-á se o agente está exercendo o seu direito nos parâmetros legais, sem a utilização do excesso, após no instante de atuação, analisar-se-á se estão presentes todos os requisitos da legítima defesa, da mesma forma, sem a utilização do excesso.

A punição quanto ao excesso das excludentes está previsto no artigo 23, parágrafo único do Código Penal: “O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo” (BRASIL; 2013, p. 362).

Excesso doloso: [...] hipótese em que o sujeito, após iniciar sua conduta conforme o direito, extrapola seus limites na conduta, querendo um resultado antijurídico desnecessário ou não autorizado legalmente [...] (MIRABETE, 2002, p. 194).

Excesso culposo: [...] quando o agente queria um resultado necessário, proporcional autorizado e não excessivo, que é proveniente de sua indesculpável precipitação, desatenção [...] (MIRABETE, 2002, p. 194).

Diante do exposto insta salientar que caso o agente exceda os limites impostos legalmente, estará desamparado pelas excludentes, acarretando em sua responsabilização.

5 CONCLUSÃO

Inicialmente cumpre destacar que cabe ao Estado prover a proteção tanto do bem público, quanto do particular, tendo em vista que a segurança pública é prevista no escopo constitucional com a finalidade de assegurar aos cidadãos as suas garantias constitucionais (direito de ir e vir, direito sob a propriedade, entre outros). Contudo com o aumento demasiado da criminalidade o Estado demonstra-

se hipossuficiente limitado em suprir a segurança da população, restando aos particulares buscarem os seus próprios meios para a proteção de seus bens jurídicos, nesse liame é que nota-se a juridicidade no uso dos ofendículos.

O interesse principal na proteção dos bens é de seu possuidor, devendo este zelar pela manutenção de proteção, utilizando-se dos adequados e necessários, como por exemplo, a instalação de cercas elétricas, a utilização de cercas vivas, o emprego de cacos de vidros nos muros, etc, cabendo desta forma ao Estado auxiliá-lo de maneira secundária.

O ordenamento jurídico brasileiro permite aos cidadãos buscarem de maneira razoável a autoproteção.

Aqueles que fizerem o uso dos ofendículos, empecilhos, os quais são utilizados como meios para repelir a lesão ao bem jurídico tutelado, sendo tanto bens materiais como a propriedade, quanto bens imateriais como a vida, devem atentar-se à razoabilidade e não cometer excessos, uma vez que o excesso poderá configurar um crime.

O conceito de crime não foi trazido pelo Código Penal Brasileiro, sendo a conceituação efetivada pelos doutrinadores, os quais criaram inúmeros conceitos, sendo o mais adequado o conceito trazido pela teoria analítica, a qual estrutura os elementos do crime e os sistematiza.

A partir do entendimento analítico, o conceito de crime desdobrou-se em diversas teorias, sendo a mais adotada a teoria tripartida, a qual considera como elementos do crime a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade.

O fato típico é composto pela conduta (ação ou omissão), tipicidade, resultado e nexa causal.

A ilicitude de uma conduta só poderá ser ponderada após a certificação de que essa mesma conduta seja fato típico, caso a conduta for considerada de pronto atípica, não há que falar-se em ilicitude.

O Código Penal, em seu artigo 23 traz as causas que excluem a ilicitude, ou seja, tratam-se de normas permissivas justificantes, permitem casos comumente proibidos. As causas que excluem a ilicitude são: estado de necessidade; legítima defesa; estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito.

Ofendículos é a denominação dada aos obstáculos, empecilhos, estorvos, como por exemplo: arame farpado, lança sobre grades e portões, as

cercas elétricas dentre outros, são instalados com a finalidade de proteção ao bem jurídico repelindo a agressão. Alguns doutrinadores consideram animais ofendículos, sendo o mais comum o cão de guarda, desde que não tenha sido treinado com a finalidade de ataques fulminantes contra o invasor.

Alguns doutrinadores fazem diferenciação entre ofendículos e a defesa mecânica predisposta, sendo que aqueles seriam os de fácil percepção, enquanto que esta seria um mecanismo de defesa oculto.

A discussão doutrinária mais relevante sobre os ofendículos, diz respeito a sua natureza jurídica, no quadro geral das excludentes da ilicitude, dividindo-se, por conseguinte a doutrina em três posicionamentos: ofendículos como legítima defesa; ofendículos como exercício regular de direito e distinção de atuação dos ofendículos (teoria mista).

Entendem os adeptos da teoria da legítima defesa preordenada (teoria mais adotada), que os instrumentos instalados somente agiriam, se o infrator buscasse a prática de um ato ilícito. Dessa forma não se leva em consideração que os mesmos foram instalados muito tempo antes de o ataque ocorrer, eis que considera-se válido para essa teoria é o momento em que os ofendículos atuam.

Os doutrinadores defendem que se faz necessário que a instalação dos mesmos ocorra anteriormente à lesão ao bem jurídico tutelado, uma vez que a lei permite (faculdade) o uso de aparatos para garantir a inviolabilidade da propriedade, sendo assim, quando o sujeito instalar os equipamentos necessários, o mesmo estará exercendo um direito, o qual lhe foi assegurado.

Os defensores da teoria mista aduzem que a natureza jurídica dos ofendículos seriam a junção das excludentes de ilicitude: legítima defesa preordenada e exercício regular de direito, sendo que no momento da instalação dos ofendículos estariam amparados pelo exercício regular de direito e quando fossem acionados em detrimento de uma conduta, os mesmos atuariam sob a legítima defesa.

A partir do estudo realizado na elaboração do presente trabalho é possível apontar a teoria mista, ou seja, a distinção entre instalação e atuação dos ofendículos como a mais adequada para a definição da natureza jurídica dos ofendículos. Conforme fora abordado os cidadãos possuem o direito a autotutela, e em razão disto instalam os ofendículos amparados pela excludente da ilicitude, exercício regular de um direito, e no instante em que os ofendículos atuassem contra

a agressão, estariam amparados pela excludente de ilicitude, na modalidade de legítima defesa.

A instalação dos ofendículos requer moderação/razoabilidade, uma vez que o excesso pode afastar a excludente de ilicitude, resultando na responsabilização do agente, proprietário do bem jurídico. Sendo que o excesso praticado pelo agente pode ser doloso (deseja um resultado antijurídico) ou culposo (não deseja um resultado, porém ocorre de modo desproporcional).

REFERÊNCIAS

BARROS, Flávio Augusto Monteiro. **Direito penal**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BONFIM, Edilson Mougnot; CAPEZ, Fernando. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRANCO, Emerson Castelo. **Direito penal para concursos**: parte geral especial. 4. ed. São Paulo: Método, 2014.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. Código civil (2002). Código civil. In ANGHER, Anne Joyce. **Vade mecum universitário de direito RIDEEL**. 13. ed. São Paulo: RIDEEL, 2013.

BRASIL. Código penal (1940). Código penal. In ANGHER, Anne Joyce. **Vade mecum universitário de direito RIDEEL**. 13. ed. São Paulo: RIDEEL, 2013.

BRASIL. Constituição federal (1988). Constituição federal. In ANGHER, Anne Joyce. **Vade mecum universitário de direito RIDEEL**. 13. ed. São Paulo: RIDEEL, 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COELHO, Yuri Carneiro. **Curso de direito penal didático**. São Paulo: Atlas, 2014.

COLNAGO, Rodrigo. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Paulo José da. **Curso de direito penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA, Rogério Sanches. **Código penal comentado**: para concursos. 5. ed. Bahia: JusPodivm, 2012.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FLORES, Andréa; LOPES, Jodascil Gonçalves. **Manual de direito penal**. São Paulo, 2015.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GALVÃO, Fernando. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal**: parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRECCO, Rogério. **Código penal comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

GRECCO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

ISHIDA, Válter Kenji. **Curso de direito penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

JESUS, Damásio de. **Direito penal: parte geral**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de direito penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MASSON, Cleber. **Direito penal: parte geral esquematizado**. 6 ed. São Paulo: Método, 2012.

MAXIMINIANO, Vitore André Zilio. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte geral**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral parte especial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Reggis. **Curso de direito penal: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

RAIZMAN, Daniel Andrés. **Direito penal 1: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RODRIGUES, Cristiano Soares. **Direito penal: parte geral I**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SALLES, Romeu de Almeida Junior. **Curso completo de direito penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.