

ILICITUDE

ELEMENTOS DO CRIME

Fato típico	Antijuridicidade (ilicitude)	Culpabilidade
• Conduta • Resultado • Relação de causalidade (nexo causal) • Tipicidade	• É presumida Excludentes de ilicitude: • Legítima defesa • Estado de necessidade • Estrito cumprimento do dever legal • Exercício regular de direito	• Imputabilidade • Potencial consciência da ilicitude • Exigibilidade de conduta diversa

Obs.: Ilicitude consiste na contrariedade do fato típico ao ordenamento jurídico, sendo possível que alguém pratique um fato típico que não seja crime, ou seja, uma conduta lícita.

Exemplo: Um indivíduo foi assaltado e para se defender efetua socos contra o assaltante para o imobilizá-lo.

Nesse caso, o indivíduo pratica um fato típico de lesão corporal, no entanto, de maneira lícita, tendo em vista que a conduta não foi contrária ao ordenamento jurídico, ou seja, apesar do indivíduo ter praticado um fato típico, a sua conduta está acobertada por uma excludente de ilicitude (legítima defesa).

ILICITUDE

Conceito

Contrariedade entre o fato típico e o ordenamento jurídico.

Relação entre o fato típico e a ilicitude

Presunção relativa: teoria da indiciariedade ou da *ratio cognoscendi*

Obs.: É importante ressaltar que a ilicitude é presumida, considerando que se houver fato típico, não será necessário analisar os elementos da ilicitude, presumindo-se que o fato típico seja ilícito.



5m

Para o fato típico ser lícito é necessário estar diante de uma excludente de ilicitude.

A teoria da *Ratio essendi* contrapõe a teoria da indiciariedade e consiste em uma presunção absoluta, ou seja, presume que todo fato típico é ilícito.

A teoria da ratio essendi seria adotada se a ilicitude fosse um elemento do fato típico, cabendo destacar que essa teoria não é adotada no Brasil.

Código Penal

Exclusão de ilicitude

Art. 23 – Não há crime quando o agente pratica o fato:

Obs.: | Um fato típico não ilícito não será caracterizado como crime.

I – em estado de necessidade;

II – em legítima defesa;

III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Mnemônico:

Legítima defesa

Estado de necessidade

Estrito cumprimento de dever legal

Exercícios regular de direito.

↑ **Causas genéricas, ou gerais de excludente de ilicitude**

Causas específicas ou especiais de exclusão da ilicitude

Aplicação específica a determinados tipos penais

Presentes na parte especial do CP e na legislação penal especial

Exclusão do crime

CP, Art. 142 – Não constituem injúria ou difamação punível:

I – a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador;

II – a opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar;

III – o conceito desfavorável emitido por funcionário público, em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever do ofício.

Parágrafo único. Nos casos dos ns. I e III, responde pela injúria ou pela difamação quem lhe dá publicidade.

Lei n.º 9.605/98, Art. 37. Não é crime o abate de animal, quando realizado:

I – em estado de necessidade, para saciar a fome do agente ou de sua família;

II – para proteger lavouras, pomares e rebanhos da ação predatória ou destruidora de animais, desde que legal e expressamente autorizado pela autoridade competente;

III – (VETADO)

IV – por ser nocivo o animal, desde que assim caracterizado pelo órgão competente.

Exemplo: A caça ao javali é autorizada pelas autoridades competentes, tendo em vista que o javali não é nativo da fauna brasileira e gera desequilíbrio.

Causas supralegais de exclusão de ilicitude

A lei não prevê todas as hipóteses de exclusão da ilicitude.

Algumas podem ser fruto da evolução da sociedade e de novas construções doutrinárias.

Hipótese mais aceita de causa supralegal de exclusão de ilicitude:

- Consentimento do ofendido

Obs.: As causas supralegais consistem em causas que não estão previstas na lei, sendo que, apesar de não estarem previstas em lei, são consideradas pela jurisprudência como uma excludente de ilicitude e aplicadas no dia a dia.

Ex1.: Um indivíduo sofreu lesões corporais ao ser tatuado, considerando que a ação do tatuador consiste na perfuração de uma agulha. Nesse caso, não é considerado crime, pois a vítima consente em sofrer lesões corporais.

Ex2.: Relações sexuais em que há violência, se consentido entre as partes, haverá uma excludente de ilicitude.

É importante observar que, para que haja excludente de ilicitude é necessário que:

Ofendido

- Terá de ser capaz; e
- Livre de coação.

Consentimento do ofendido –

- Bens disponíveis.

Ex1.: Um indivíduo pede para seu amigo tirar sua vida, deixando gravado o seu consentimento. Nesse caso, se o amigo efetivar a ação, mesmo com o consentimento do indivíduo registrado em vídeo, responderá por homicídio. Ou seja, a vida é um bem indisponível.

Ex2.: A prática de ato libidinoso com menores de 14 anos é crime, não sendo válido o consentimento do menor.



15m

Consentimento

- Prévio
- Concomitante

Obs.: Para ser caracterizado uma excludente de ilicitude é necessário que o consentimento seja dado antes ou durante a ação.

Exemplo: Um indivíduo tem o seu celular roubado e ao registrar o boletim de ocorrência, a vítima consente em não ficar com o celular roubado. Nesse caso, o consentimento posterior à conduta criminosa não é válido como excludente de ilicitude.



Aspectos processuais penais da ilicitude

- Ônus da prova sobre a existência da causa de exclusão da ilicitude é da defesa.

Obs.: A acusação possui o ônus da prova sobre a existência de um crime, sendo necessário provar o fato típico, se houve uma conduta, nexo causal e tipicidade.

Considerando que a ilicitude é presumida, a acusação não irá precisar provar que o fato típico é ilícito, tendo em vista que a defesa deverá provar que o réu encontra-se acobertado por alguma excludente de ilicitude.

Delegado de Polícia pode deixar de autuar em flagrante diante do reconhecimento de uma excludente de ilicitude?

Exemplo: Um pai de família tem sua casa invadida e atira contra os assaltantes. Nesse caso, considerando que o pai de família possui porte de arma, o caso será considerado com excludente de ilicitude.

O delegado de polícia deverá analisar o fato típico e a presença de excludente de ilicitude e, caso haja, deixará de lavrar o auto de prisão em flagrante.

- **1ª Corrente:** Não
- **Fundamento:** Art. 310, §1º – Trata-se de função do juiz

Art. 310. § 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do *caput* do art. 23 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação.



- **2ª Corrente:** Sim
- **Fundamentos:**
 - **Encarceramento indevido do inocente**
 - Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Obs.: | Infração penal – é um gênero com duas espécies:

- Crimes
- Contravenções penais

Só haverá uma infração penal se houver um fato típico e ilicitude.

“O delegado de polícia é o primeiro juiz do fato típico, sendo Bacharel em Direito, concursado, tem perfeita autonomia para deixar de lavrar a prisão em flagrante se constatar a insignificância do fato, ou, se já deu início a lavratura do auto, pode deixar de recolher ao cárcere o detido. Lavra a ocorrência, enviado ao juiz e ao Ministério Público para avaliação final, acerca da existência – ou não – da tipicidade.” (GUILHERME DE SOUZA NUCCI)

DIRETO DO CONCURSO

- 1.** (CESPE/CEBRASPE/2023/PGM/RN/Procurador Geral do Município de Natal) Segundo o Código Penal, é excludente de ilicitude
- a. erro de proibição
 - b. estado de necessidade
 - c. doença mental
 - d. embriaguez accidental
 - e. menoridade penal



Segundo o Código Penal, o estado de necessidade é uma excludente de ilicitude.

São excludentes de culpabilidade o erro de proibição, a doença mental, a embriaguez accidental e a menoridade penal.

2. (MPE/MA/2014/Promotor de Justiça) Algumas teorias procuram definir a relação entre a tipicidade e ilicitude. Uma delas poderia ser resumida na frase: “A tipicidade é a *ratio cognoscendi* da ilicitude”. Assinale a alternativa que corresponde à teoria que melhor se adequa à frase anteriormente destacada:

- a. Teoria da identidade ou da absoluta dependência;
- b. Teoria indiciária ou da indiciariedade;
- c. Teoria do tipo independente;
- d. Teoria dos elementos negativos do tipo;
- e. Teoria do tipo avalorado.



Ratio cognoscendi – teoria indiciária ou da indiciariedade;

3. (IDECAN/2017/SEJUC/RN/Agente Penitenciário) Ensina a doutrina que na relação entre a tipicidade e a ilicitude a existência do fato típico gera uma presunção relativa de que também é ilícito. Esta teoria, adotada pelo Código Penal e pela doutrina majoritária brasileira, é chamada de teoria:

- a. Da autonomia.
- b. Da indiciariedade.
- c. Da absoluta dependência.
- d. Dos elementos negativos do tipo



A teoria da indiciariedade dispõe que na relação entre a tipicidade e a ilicitude a existência do fato típico gera uma presunção relativa de que também é ilícito.



30m

GABARITO

- 1. b
- 2. b
- 3. b

Este material foi elaborado pela equipe pedagógica do Gran Online, de acordo com a aula preparada e ministrada pelo professor Érico de Barros Palazzo.

A presente gravação tem como objetivo auxiliar no acompanhamento e na revisão do conteúdo ministrado na videoaula. Não recomendamos a substituição do estudo em vídeo pela leitura exclusiva deste material.