

**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BAURU**

Mantido pelo Instituto Toledo de Ensino

Pós-Graduação Conjugada em Direito Penal

JOSÉ CARLOS MARINO

**CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE**

SÃO PAULO

2012

**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BAURU**

Mantido pela Instituição Toledo de Ensino

Pós-Graduação Conjugada em Direito Penal

JOSÉ CARLOS MARINO

**CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE.**

Trabalho de Pós-Graduação  
apresentado para a conclusão do  
Curso de Especialização *Lato*  
*Sensu* em Direito Penal.

SÃO PAULO

2012

JOSÉ CARLOS MARINO

**CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE.**

Trabalho de Pós-Graduação  
apresentado para a conclusão do  
Curso de Especialização *Lato  
Sensu* em Direito Penal.

Professor Mestre Marcelo José  
Grimone

\_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

## RESUMO

O conceito de ilicitude e toda a matéria refletida por ele com diversos desdobramentos doutrinários e jurisprudenciais já é tema bastante discutido e conhecido pelos estudantes, professores e operadores do direito. Da mesma forma as causas legais excludentes da ilicitude sejam elas gerais ou especiais já foram objeto de inúmeros e maravilhosos trabalhos científicos. No entanto, existem causas de caráter supralegal que também excluem a ilicitude de um fato típico. Embora a lei não possua previsão expressa para essas causas a doutrina e a jurisprudência proclamam sua existência e lhe conferem aplicabilidade real. Apontado como uma das causas mais significativas de caráter supralegal excludente da ilicitude o princípio da proporcionalidade é tema bastante complexo, tormentoso e fascinante do Direito Penal porque coloca num dilema o operador do direito pela escolha da preservação ou do sacrifício de diversos bens valiosos tutelados pela legislação penal. Dilema esse com implicações diretas no campo do Direito Constitucional. Assim, por derradeiro, trata o presente estudo da colisão de Direitos Fundamentais.

Palavras-chave: Ilicitude. Causas Excludentes da Ilicitude. Causas de caráter Supralegal Excludentes da Ilicitude. Princípio do Balanço dos Bens ou da Proporcionalidade. Colisão de Direitos Fundamentais.

## **ABSTRACT**

The concept of illegality and all matter reflected by him with various doctrinal and jurisprudential developments is already known and widely discussed topic by students, teachers and law enforcement officers. Likewise causes exclusive legal wrongfulness whether general or particular, have been the subject of numerous scientific papers and wonderful. However, there are causes that character supralegal also exclude unlawfulness of a typical fact. Although the law has no express provision for such causes the doctrine and jurisprudence proclaim their existence and give it real applicability. Regarded as one of the most significant causes of supralegal exclusionary character of the illegality principle of proportionality is rather complex issue, stormy and fascinating criminal law because it puts the operator in a dilemma right choice for the preservation or sacrifice of many valuable assets protected by the legislation criminal. This dilemma with direct implications in the field of constitutional law. So, for the last, this study comes from the collision of fundamental rights.

Keywords: Illegality. Causes exclusive of Illegality. Causes of supralegal exclusionary character of Illegality. Principle of Balance of Goods or proportionality. Collision of Fundamental Rights.

## SUMÁRIO

I - Introdução .....	6
II - Conceito de Ilcitude .....	7
III - História das Excludentes da Ilcitude.....	8
IV - Ilcitude e Antijuridicidade .....	28
V - Classificações de Ilcitude.....	29
VI - Causas Gerais e Especiais de Exclusão da Ilcitude .....	30
VII - Causa Supralegal de Exclusão da Ilcitude.....	32
VIII - Causa Supralegal de Exclusão da Ilcitude mais comumente aceita .....	33
IX - Outras causas de caráter Supralegal Excludentes da Ilcitude .....	37
X - Princípio da Adequação Social.....	38
XI - Princípio da Insignificância ou Bagatela .....	38
XII - Princípio do Balanço dos Bens ou da Proporcionalidade .....	39
XIII - Colisão de Direitos Fundamentais .....	40
XIV - Jurisprudência .....	66
XV - Conclusão .....	67
XVI - Referências Bibliográficas .....	70

## I - Introdução

A finalidade do presente trabalho é a apresentação de monografia para a conclusão de curso de pós graduação em Direito Penal do Centro Universitário de Bauru e possui como objetivo central desenvolver um breve estudo sobre o instituto da causa supralegal de exclusão da ilicitude.

Tema proeminente que se apresenta no cerne da Teoria do Crime é o referente às causas de exclusão da ilicitude. Como é possível uma conduta humana ser prevista pela norma penal incriminadora e ao mesmo tempo considerada lícita? No entanto, a própria legislação permite que algumas condutas tipicamente previstas na lei penal sejam socialmente aceitas e consideradas em consonância com o sistema jurídico. É o que se pode verificar, facilmente, pela leitura das hipóteses elencadas e descritas no artigo 23 da Parte Geral Código Penal vigente ou pela leitura dos artigos 128 (aborto), 142 (injúria e difamação), 146, § 3º, I (constrangimento ilegal), 150, § 3º, I e II (violação de domicílio) e 156, § 2º (furto de coisa comum) da Parte Especial do código referido. Mas, e nos casos em que a lei penal não elenca, não prevê ou não descreve uma situação que justifique ou permita que uma conduta humana, seja socialmente aceita, e considerada compatível com o sistema jurídico? Será possível existir, ser reconhecida e aplicada pelos operadores do direito, causas de exclusão da ilicitude que a lei penal não prevê? Sobre essa fascinante questão que este estudo foi escolhido e agora está sendo apresentado. Para tanto foram realizadas pesquisas históricas, doutrinárias e jurisprudenciais.

Boa leitura!

## II - Conceito de Ilicitude

**Ilicitude** é a relação de antagonismo que se estabelece entre uma conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico que causa lesão ou expõe a perigo de lesão um bem jurídico tutelado. Somente as condutas humanas voluntárias dolosas ou culposas serão passíveis do juízo de ilicitude. Esse juízo é posterior e depende do juízo de tipicidade, de forma que todo fato penalmente ilícito também é, necessariamente, típico.

A ilicitude formal consiste na contradição entre o fato praticado pelo agente e o sistema jurídico em vigor. Na doutrina prevalece o entendimento de que a ilicitude possui natureza formal.

A ilicitude material ou substancial pode ser definida como o conteúdo material do injusto, a substância da ilicitude, que consiste no caráter antissocial do comportamento, na sua contrariedade com os fins colimados pelo Direito, na ofensa aos valores necessários à ordem e à paz social. Somente essa ideia da existência de uma ilicitude material é que autoriza a criação de causas supralegais de exclusão da ilicitude.

A antijuridicidade é uma para todo ordenamento jurídico. Não se concebe que um fato permitido pelo direito civil encontre proibição no direito penal e vice-versa.

Já o injusto sofre mutações quantitativas e qualitativas. O injusto pode ser civil, penal ou administrativo, alterando-se a sua gravidade conforme a relevância do interesse tutelado pela norma violada.

O injusto penal é a conduta valorada como antijurídica. É, pois, o somatório da tipicidade com a antijuridicidade.

Assim, quando se reconhece a antijuridicidade penal é porque existe um injusto penal.

### III - História das Excludentes da Ilicitude

O Direito atendendo à vontade da sociedade, em certas e especialíssimas circunstâncias, permite o homem voltar seu comportamento contra bens que, em situações normais são protegidos. Considera justo o ataque ao menos, em circunstâncias de anormalidade a esses bens que deixem de estar sob a proteção do Direito, por isso, excepcionalmente, podem ser atacados. Essas normas permissivas são chamadas de causas de exclusão da ilicitude, antigamente, denominadas de excludentes da criminalidade.

Para que se possa chegar às origens das excludentes é necessário desenvolver a evolução do Direito Penal, que por sua vez, ao longo do tempo, juntamente com as comunidades, evoluiu até chegar ao Direito Público.

Em relação às fases da evolução do direito penal, a doutrina mais aceita tem adotado a tríplice divisão, que é representada pela vingança privada, vingança divina e vingança pública, todas elas marcadas por forte sentimento religioso espiritual. Também as penas não representavam um revide à agressão sofrida pela coletividade, pois não era estabelecida qualquer proporcionalidade entre o crime cometido e a pena a ser cumprida.

Pode-se destacar como legislação típica da fase divina o Código de Manu, embora legislações com essas características tenham sido adotadas no Egito (Cinco Livros), na China ( Livro das Cinco Penas), na Pérsia (Avesta), em Israel (Pentateuco) e na Babilônia.

Após passou-se a aplicar a vingança privada que poderia envolver desde um indivíduo até o grupo social, com sangrentas batalhas, muitas vezes com completa eliminação dos grupos.

Com o passar dos tempos, para evitar a dizimação das tribos, buscou-se alternativas objetivando evitar as guerras grupais, surgindo então a lei de talião.

A Lei de Talião, olho por olho, dente por dente, surge na história da humanidade como limitação da vingança privada. Apesar de hoje se achar um

absurdo, foi um avanço na medida em que veio estabelecer certa proporcionalidade entre o delito e a pena, até então inexistente.

Com o passar dos anos verificou-se a dizimação dos povos, pois grande parte da população ia ficando deformada, evoluindo, então, para a composição, onde se reparava os danos causados através da compra de sua liberdade, livrando-se do castigo. A composição que consistia no pagamento de um valor econômico, pelo dano causado, tendo como exemplo, a norma das leis mosaicas, pois caso um homem furtasse um boi ou um carneiro, e matasse ou vendesse, pagaria cinco bois pelo boi e quatro carneiros pelo carneiro.

Posterior e finalmente com a melhor organização do estado, chega-se à vingança pública, com o advento da Lei das XII Tábuas, quando o estado assume o poder dever de manter a ordem e a segurança social, que nos seus primórdios manteve absoluta identidade entre o poder divino e o poder político.

Tem-se como primeira finalidade desta fase, garantir a segurança do soberano, por meio da aplicação da sanção penal, ainda dominada pela crueldade e desumanidade, características do direito criminal da época. Mantinha-se ainda forte influência do aspecto religioso, com o qual o estado justificava a proteção do soberano. Assim dispunha Cezar Roberto Bitencourt em sua obra: *“Finalmente, superando-se as fases da vingança divina e da privada, chega-se à vingança pública. Nesta fase, o objetivo da repressão criminal é a segurança do soberano ou do monarca, que mantém as características de crueldade e severidade, com o mesmo objetivo.”*<sup>1</sup>

Em seus primórdios, na Grécia antiga, o crime e a pena continuaram a se inspirar no sentimento religioso, somente sendo superada essa concepção com a contribuição dos filósofos, tendo Aristóteles antecipado a necessidade do livre arbítrio, verdadeiro embrião da ideia de culpabilidade, firmado primeiro no campo filosófico para depois aplicar-se no campo jurídico.

---

<sup>1</sup>BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 9. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 27.

Juntamente com a vingança pública, os gregos mantiveram por longo tempo as vinganças divina e privada, formas de vingança que ainda não mereciam ser denominadas de Direito Penal.

Nesta fase, com a Lei das XII Tábuas encontra-se o primeiro registro de excludente de ilicitude, a legítima defesa: *“Se um ladrão durante o dia defender-se com arma, que a vítima peça socorro em altas vozes e se, depois disso, mata o ladrão, que fique impune”*<sup>2</sup>

No direito Romano havia uma divisão dos crimes, considerando o interesse das partes e do estado, de maneira que os delitos públicos eram perseguidos pelos representantes do Estado, no interesse deste, enquanto os delitos privados eram perseguidos pelos particulares em seu próprio interesse.

Na Roma Antiga, a pena também manteve seu caráter religioso e foi igualmente, palco de diversas formas de vingança, mas logo os romanos partiram para a separação entre direito e religião, considerando, no entanto, a importância na evolução posterior do direito, não apenas no campo penal, que Roma representava.

O doutrinador Cezar Roberto Bitencourt destaca as principais características do Direito penal Romano:

- “a) a afirmação do caráter público e social do Direito Penal;*
- b) o amplo desenvolvimento alcançado pela doutrina da impunida e, da culpabilidade e suas excludentes;*
- c) o elemento subjetivo doloso se encontra claramente diferenciado. O dolo-animus-, que significava a vontade delituosa, que se aplicava a todo campo do direito[...]*
- d) a teoria da tentativa, que não teve um desenvolvimento completo, embora se admita que era punida nos chamados crimes extraordinários;*

---

LIMA, João Batista de Souza. **As Mais Antigas Normas de Direito**. 2. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 46<sup>2</sup>

e) o reconhecimento, de um modo excepcional, das causas de justificação (legítima defesa e estado de necessidade);

f) a pena constitui uma reação pública, correspondendo ao Estado a sua aplicação;

g) a distinção entre *crimina pública, delicta privata* e a previsão dos *delicta extraordinária*;

h) a consideração do concurso de pessoas, diferenciando a autoria e a participação.<sup>3</sup>(grifo nosso)

Nesse período, os romanos não realizaram uma sistematização do Direito Penal, foi construído levando-se em consideração as mais diversas legislações existentes na época, reconheceram vários direitos, procuraram defini-los, trabalhavam-nos casuisticamente, sem se preocupar com a criação de, por exemplo, uma teoria do direito penal. Assim o doutrinador Luis Regis Prado dispõe em sua obra:

*“Ademais, cumpre observar que os romanos não operaram uma sistematização dos institutos penais. O seu exame era feito casuisticamente. É assim que os juristas falavam dos vários tipos de pena, mas não se preocupavam em estabelecer-lhes a função. Conhecem o nexó de causalidade, mas não o definem; conhecem o dolo, a culpa, o caso fortuito; os casos de não-imputabilidade, como a menoridade e a insanidade mental, e os de não-punibilidade, como a legítima defesa, mas não cuidam dos conceitos de não-imputabilidade e de não-punibilidade; punem a tentativa mas não a definem; conhecem os vários casos de co-participação no crime, mas não os enquadram em categorias.”<sup>4</sup>*

Também em relação à legítima defesa, a excludente de ilicitude mais antiga que se observa na legislação, sendo reconhecida em todos os tempos e por todos os povos, constituindo em impedir pela força a violação injusta e iminente de um

---

<sup>3</sup>BITENCOURT, Cezar Roberto, 2004. p. 31.

<sup>4</sup> PRADO Luis Regis. **Curso de Direito penal Brasileiro**. 5. ed. v. 1. São Paulo: Revista Dos Tribunais. 2005. p. 71.

interesse tutelado, assim, Marcello Jardim Linhares diz; *“Antes de vir consignada em códigos, já existia como lei da natureza, como norma decorrente da própria constituição do ser, dessas que o homem recebe antes de se estabelecer em sociedade”*<sup>5</sup>

O estado de necessidade, previsto na legislação romana continha preceitos que impediam a punição daquele que realizasse um comportamento proibido numa situação de extrema necessidade. *“Foi aqui, também que surgiu a exigência do elemento subjetivo da ação salvadora, bem como a necessidade de a situação perigosa não ter sido criada por um ato voluntário do agente”*<sup>6</sup>

As sociedades germânicas eram constituídas por nobres, homens livres, semilivres e escravos, e dominados pela concepção religiosa de que os deuses dirigem o destino dos humanos. Essa legislação não levava em conta o aspecto subjetivo do fato, punindo-se o autor pelo simples cometimento do ilícito, veja-se nas palavras do doutrinador Luis Regis Prado:

*“Outra relevante característica desse Direito vem a ser sua objetividade. O que importa é o elemento objetivo, isto é, o resultado causado. Assim, há uma apreciação meramente objetiva do comportamento humano e uma confusão no que diz respeito à ilicitude. Despreza-se o aspecto subjetivo, não sendo punida a tentativa. A responsabilidade penal é objetiva, pelo evento (erfolgshaftung) ou pela simples causação material (causalhaftung). Daí a máxima: o fato julga o homem. Importa, tão-somente, o efeito danoso da ação, e a pena não sofre nenhuma oscilação se o resultado se produz voluntariamente ou não, ou por caso fortuito.”*<sup>7</sup>  
(grifo nosso)

O direito estabelecido pela igreja católica era o Direito Canônico, que, cujas normas, equivalem aos artigos de lei, que se destinavam no princípio, a regular a

---

<sup>5</sup> LINHARES, Marcello Jardim. **Legítima Defesa**. 1. ed. v. 4. Rio de Janeiro: Forence. 1992. p. 1.

<sup>6</sup> PIRES, André de Oliveira. **Estado de necessidade**. 1. ed. v. 1. São Paulo: Juarez de Oliveira Ltda, 2000. p. 5.

<sup>7</sup> PRADO, Luiz Regis, 2005. p. 74.

vida interna da igreja, impondo regras e disciplinando os seus membros. Veja-se nas palavras de Luis Regis Prado as principais características do Direito Canônico:

*“a) contribuição para a humanização das penas e para o fortalecimento do caráter público do Direito Penal;*

*b) afirmação do princípio da igualdade de todos os homens perante Deus;*

*c) ênfase do aspecto subjetivo do delito, distinguindo o dolo (animus/sciens) e a culpa (negligentia). Todavia, não estabeleceu uma regra geral em sede de tentativa;*

*d) valorização e mitigação da pena pública;*

*e) a penitenciária-internação em monastério, em prisão celular - por inspiração canônica.”<sup>8</sup>*

O Direito Canônico que se formou através de várias fontes, já trazia registros da excludente de estado de necessidade, dessa forma, Ney Moura Teles em sua obra dispõe que: *“No Direito canônico e durante a idade média o estado de necessidade era reconhecido, não sendo punida a prática do chamado furto famélico, realizado para saciar a fome, até mesmo a do canibalismo, matar o outro para alimentar-se do seu corpo”<sup>9</sup>.*

Essa legislação considerava a legítima defesa como uma necessidade escusável, a qual correspondia algumas penitências, todavia se se tratasse de legítima defesa de terceiro era mais que um direito, um verdadeiro dever.

Durante o período colonial brasileiro, até os primeiros anos do império, vigoraram no Brasil, as Ordenações Manuelinas e, sobretudo as Ordenações Filipinas. Enquanto ao tempo das capitanias hereditárias o regime era do arbítrio personalista do donatário, com o advento dos governos-gerais a administração da justiça apresentou-se mais centralizada e disciplinada.

---

<sup>8</sup> Ibidem, p. 130.

<sup>9</sup> TELES, Ney Moura, 1996. p. 311

No direito penal, vigorava, sobretudo o livro V das Ordenações, por demais rigoroso e cruel, sendo aplicada normalmente a pena capital aos feiticeiros, Hereges, pederastas, às relações sexuais incestuosas, bem como ao infiel.

*“À crueldade se somava o emprego constante de torturas para obtenção de confissões”.*<sup>10</sup>

Com o descobrimento do Brasil, passou a vigorar em nossas terras o direito Lusitano, período em que vigorava em Portugal as Ordenações Afonsinas, como primeiro código europeu completo. Posteriormente passou a se chamar de Ordenações Manuelinas, o que não vigorou por muito tempo, quando finalmente surgiram as Ordenações Filipinas sendo aplicadas no Brasil.

O surgimento dessa legislação foi o marco inicial para a formalização do instituto da legítima defesa, que teve seus primeiros registros nas Ordenações do Reino de Portugal, Código Filipino, no seu Livro Quinto, Título XXXV, assim dispondo:

*“[...] Qualquer pessoa, que matar outra, ou mandar matar, morra por ello morte natural. Porém, se a morte for em sua necessária defenção, não haverá pena alguma, salvo se nella excedeo a temperança, que devera e poderá ter, porque então será punido segundo a qualidade do excesso. E se a morte fôr por algum caso sem malícia ou vontade de matar, será punido, ou relevado segundo sua culpa, ou inocência, que no caso tiver.”*<sup>11</sup>

Ao utilizar-se da defesa deveria ser resguardado pela temperança, sinônimo jurídico de moderação, requisito sem a ocorrência do qual era o excesso do apenado.

---

<sup>10</sup>COSTA JUNIOR, Paulo José da, 1995. p. 18.

<sup>11</sup>LINHARES, Marcello Jardim, 1992. p. 89 apud Candido Mendes de Almeida, Código Filipino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal, v. 14. ed. Rio, 1970, p. 1184.

Encontramos também nesta legislação no Título III referências à legítima defesa da honra, considerando lícita a morte dada pelo marido à mulher ou ao adúltero surpreendido em flagrante adultério, veja-se:

*“Do que matou sua mulher, póla achar em adultério. Achando o homem casado sua mulher em adultério, lícitamente poderá matar assi a ella, como o adultero, salvo se o marido for peão, e o adultero fidalgo, ou nosso desembargador, ou pessoa de maior qualidade. Porém, quando matasse algumasdas sobreditas pessoas, achando-a com sua mulher em adultério, não morrerá por isso mas será degradado para África com pregão na audiência pelo tempo, que os Julgadores bem parecer, segundo a pessoa, que matar, não passando de três annos.”<sup>12</sup>*

Observa-se que a legítima defesa da honra, autorizava o marido matar a esposa que fosse flagrada em adultério, juntamente o seu cúmplice, e também seria livre, sem pena alguma, salvo nos casos mencionados, se entendesse de assim provar, e provando o adultério por prova lícita e bastante conforme o direito.

Essa legislação causou sofrimento ao Brasil, desde a descoberta até que se completasse o período de dominação portuguesa, as consequências graves de regimes fantásticos de terror punitivo. Sobre o corpo e o espírito dos acusados e dos condenados se lançavam as expressões mais cruentas da violência dos homens e da ira dos deuses. René Ariel Dotti assim dispõe:

*“As Ordenações Filipinas – assim como as anteriores – desvendaram durante dois séculos a face negra do direito penal. Contra os hereges, apóstatas, feiticeiros blasfemos, benzedores de cães e demais bichos, sem autorização do rei, e muitos outros tipos pitorescos de autores, eram impostas as méis variadas formas de suplícios com a execução da pena de morte, de mutilação e da perda da liberdade, além de medidas infamantes.”<sup>13</sup>*

---

<sup>12</sup> Ibidem.

<sup>13</sup> DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**. 1. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense. 2002. p. 182.

Observava-se que em contraste com uma tipologia marcada, existiam as categorias privilegiadas de sujeitos como os fidalgos, cavaleiros, desembargadores e outro que gozavam de imunidades ou de especial tratamento punitivo.

Foi através do rigor dessa legislação que se processaram e condenaram os mártires do episódio da inconfidência mineira, tendo à frente Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes.

As penas corporais e infames eram aplicadas sob o fundamento e o pretexto de uma ideologia da salvação dos costumes sociais políticos e religiosos ditados pelos poderosos.

A independência conquistada pelo Brasil, de Portugal, se deu em sete de setembro de 1822. As notáveis mudanças que se operaram dos diversos campos da existência de nossa nação, projetaram-se também na prática do Direito Criminal.

Quando proclamada a independência, fez-se necessária a reforma penal, não só pela autonomia do País, como pelo advento de idéias liberais. Foram apresentados sucessivamente os projetos de Bernardo Pereira de Vasconcelos e de José Clemente Pereira (ambos em 1827), preferindo a comissão da câmara o primeiro, sendo discutido, emendado e aprovado, dando origem ao código Criminal do Império, aprovado em 1830 e sancionado no ano seguinte.

A constituição de 1824 residiu na declaração de princípios que iriam reformar a teoria e a prática de um novo Direito Penal em sintonia com as exigências liberais de seu tempo, como reação ao extremado rigor das Ordenações do Reino de Portugal. O parágrafo 18 do Art. 179 determinava a elaboração de um Código Criminal fundado nas sólidas bases de justiça e equidade. As principais orientações dessa legislação são apontadas pelo doutrinador René Ariel Dotti, em sua obra da seguinte forma:

*“Os princípios da anterioridade da lei penal e de sua irretroatividade em prejuízo do réu, da personalidade da pena, além de outros, modelaram a feitura do Código Criminal do Império (1830), relativamente aos aspectos de garantia dos*

*direitos fundamentais do homem que haviam sido consagrados pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (Paris, 1789).<sup>14</sup>*

No Código de 1830 o crime realizado em defesa da própria pessoa ou de seus direitos, ou em defesa de sua família ou de um delinquente, passou a ser justificável, desde que houvesse o simultâneo concurso das seguintes condições: *“certeza do mal que os delinquentes se propusessem a evitar; falta absoluta de outro meio menos prejudicial; não ter havido de parte deles, ou de seus familiares, provocação ou delito que ocasionasse o conflito”.*<sup>15</sup>

Observa-se que junto com o surgimento da legítima defesa, regulamenta-se também o excesso, impondo limites ao indivíduo que fosse beneficiar-se da excludente, assim dispõe Marcelo Jardim Linhares:

*“Fixando os contornos da legítima defesa, atualidade da agressão, a impossibilidade de se prevenir e obstar a ação, ou de receber socorro da autoridade pública, o uso dos meios capazes de evitar o mal em proporção da agressão, e a ausência da provocação que a ocasionasse [...]”*<sup>16</sup>

Havendo uma situação de perigo para um bem jurídico, poderia alguém, com o fim de salva-lo do perigo de lesão, voltar-se contra outro bem jurídico, destruindo-o, danificando-o, sacrificando-o. Esta é a situação do estado de necessidade. *‘No caso dos naufrágios, na barcaça, depois de 18 dias, famintos, encontravam-se os três numa situação de perigo para as suas próprias vidas. A saída encontrada foi o sacrifício de uma vida para salvação de duas’.*<sup>17</sup>

Assim dispunha o Código Criminal do Império sobre as causas de justificação:

*“Dos crimes justificáveis.*

*Art. 14. Será o crime justificavel, e não terá lugar a punição delle:*

---

<sup>14</sup> DOTTI, René Ariel, 2002. p. 149.

<sup>15</sup> LINHARES, Marcello Jardim, 1992. p. 90

<sup>16</sup> Ibidem, p. 91.

<sup>17</sup> TELES, Ney Moura, 1996. p. 312

*§ 1º Quando fôr feito pelo delinquente para evitar mal maior.*

*14 Justitia – Matérias aprovadas para publicação futura*

*Para que o crime seja justificavel, neste caso, deveráõ intervir conjunctamente a favor do delinquente os seguintes requisitos:*

*1º; certeza do mal que se propôz evitar;*

*2º; falta absoluta de outro meio menos prejudicial;*

*3º; probabilidade da efficacia do que se empregou.*

*§ 2º Quando fôr feito em defesa da propria pessoa o u de seus direitos.*

*§ 3º Quando fôr feito em defesa da familia do delin quente.*

*Para que o crime seja justificavel nestes dous casos, deveráõ intervir conjunctamente os seguintes requisitos:*

*1º; certeza do mal que os delinquentes se propuzerã o evitar;*

*2º; falta absoluta de outro meio menos prejudicial;*

*3º; o não ter havido da parte delles, ou de suas fa milias, provocação ou delicto que occasionasse o conflicto.*

*§ 4º Quando fôr feito em defesa da pessoa de um ter ceiro.*

*Para que o crime seja justificavel, neste caso, deveráõ intervir conjunctamente a favor do delinquente os seguintes requisitos:*

*1º; certeza do mal que se propôz evitar;*

*2º; que este fosse maior, ou pelo menos igual ao qu e se causou;*

*3º; falta absoluta de outro meio menos prejudicial;*

*4º; probabilidade da efficacia do que se empregou.*

*Reputar-se-há feito em propria defesa ou de um terceiro o mal causadona repulsa dos que de noite entrarem ou tentarem entrar nas casas em que alguém morar ou estiver, ou nos edificios ou pateos fechados a ellas pertencentes, não sendo casos em que a lei o permite.*

§ 5º *Quando fôr feita em resistencia á execução de ordens illegaes, não se excedendo os meios necessarios para impedi-la.*

§ 6º *Quando o mal consistir no castigo moderado que os pais derem a seusfilhos, os senhores a seus escravos e os mestres a seus discípulos, ou desse castigo resultar, uma vez que a qualidade dele não seja contraria ás leis em vigor.”*<sup>18</sup>

Pode-se observar no parágrafo sexto a existência da excludente de ilicitude de exercício regular de um direito, embora não se apresentando como nas palavras existentes no ordenamento jurídico atual.

Este Código foi sofrendo alterações diversas, sobretudo com a libertação dos escravos, em 13 de maio de 1888. Batista Pereira foi incumbido de preparação do Novo Código, que em 13 de outubro 1890 foi sancionado.

Este código foi considerado ser o pior dos códigos que tiveram surgimento na legislação brasileira, pois *“apresentava graves defeitos de técnica, aparecendo atrasado em relação à ciência do seu tempo”*<sup>19</sup>. As críticas não se fizeram esperar e vieram acompanhadas de novos estudos objetivando sua substituição.

As deficiências e os equívocos do Código Republicano acabaram transformando-o em uma verdadeira colcha de retalhos, tamanha a quantidade de leis extravagantes que, finalmente, se concentraram na conhecida Consolidação das Leis Penais Vicente Piragibe, promulgada em 1932. Nesse longo período de vigência de um péssimo código (1890 - 1932) não faltaram projetos pretendendo substituí-lo.

---

<sup>18</sup> BARROS, Marco Antonio de. **Dos Crimes Justificáveis**. Disponível em:<[HTTP://www.mp.sp.gov.br/porta1/page/porta1/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_publicacao\\_divulgacao/doc\\_gra\\_deout\\_crim/crime%2013.pdf](http://www.mp.sp.gov.br/porta1/page/porta1/documentacao_e_divulgacao/doc_publicacao_divulgacao/doc_gra_deout_crim/crime%2013.pdf)>. Acesso em:14 out. 2008.

<sup>19</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto, 2004. p. 49.

Em relação às excludentes de ilicitude, essa legislação assim dizia:

*“Art. 27. Não são criminosos: [...]”*

*§ 6º Os que commetterem o crime casualmente, no exercício ou prática de qualquer acto licito, feito com attenção ordinária; [...]*

*Art. 28. A ordem de commetter o crime não isentará da pena aquelle que o praticar, salvo si for cumprida em virtude de obediência legalmente devida a superior legítimo e não houver excesso nos actos ou na forma da execução.*

*Art. 29. Os indivíduos isentos de culpabilidade em resultado de affecção mental serão entregues a suas famílias, ou recolhidos a hospitaes de alienados, si o seu estado mental assim exigir para segurança do público. [...]*

*Art. 32. Não serão também criminosos:*

*§ 1º Os que praticarem o crime para evitar mal maior;*

*§ 2º Os que o praticarem em defesa legítima, própria ou de outrem.*

*A legítima defesa não é limitada unicamente á protecção da vida; Ella comprehende todos os direitos que podem ser lesados.*

*Art. 33. Para que o crime seja justificado no caso do § 1º do artigo precedente, deverão intervir conjunctamente a favor do delinqüente os seguintes requisitos:*

*1º Certeza do mal que se propoz evitar;*

*2º Falta absoluta de outro meio menos prejudicial;*

*3º Probabilidade da efficacia do que se empregou.*

*Art. 34. Para que o crime seja justificado no caso do § 2º do mesmo artigo, deverão intervir conjunctamente, em favor do delinqüente, os seguintes requisitos:*

*1º aggressão actual;*

*2º impossibilidade de prevenir ou obstar a acção, o u de invocar e receber socorro da autoridade pública;*

*3º emprego de meios adequados para evitar o mal e e m proporção da aggressão;*

*4º ausência de provocação que occasionasse a aggres são.*

*Art 35. Reputar-se-há praticado em defesa própria ou de terceiro:*

*§ 1º o crime commettido na repulsa dos que á noite entrarem, ou tentarem entrar, na casa onde alguém morar ou estiver, ou nos pateos ou dependências da mesma, estando fechadas, salvo os casos em que a lei o permite;*

*§ 2º o crime commettido em residência a ordens ille gaes, não sendo excedidos os meios indispensáveis para impedir-lhes a execução.”<sup>20</sup>*

Finalmente, durante o Estado Novo, em 1937, Alcântara Machado apresentou o projeto de código criminal brasileiro, que acabou sendo sancionado por decreto de 1940, como Código Penal, passando a vigorar desde 1942 até os dias atuais, embora parcialmente revisado.

Surgiu em 1940 um novo Código Penal, através do decreto lei nº 2.848, de sete de dezembro, que passou a vigorar em 1º de janeiro de 1942. Como características deste código, nas palavras do doutrinador Francisco de Assis Toledo tem-se:

*“[...] É um estatuto de caráter nitidamente repressivo, construído sobre a crença da necessidade e suficiência da pena privativa de liberdade (pena de prisão) para o controle do fenômeno do crime. A própria medida de segurança que deveria distinguir-se da pena, outra coisa não tem sido, na prática brasileira, senão a*

---

<sup>20</sup>BRASIL, Código Penal Dos Estados Unidos do Brasil, Senado Federal. Decreto nº 847/1890. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaBasica.action>>. Acesso em 14 out. 2008.

*privação de liberdade, com todos os aspectos de pena indeterminada e, em alguns casos, de arremedo de prisão perpétua.*<sup>21</sup>

Esse código elege a privação de liberdade como pena principal, reclusão e detenção para os crimes, e prisão simples para as contravenções penais e as medidas de segurança para os incapazes e perigosos. A mesma lei orientava-se para uma política criminal de transação e conciliação, adotando princípios das escolas clássica e positiva.

A nova legislação dispunha as excludentes de ilicitude como excludentes da criminalidade:

*“Excludentes de Criminalidade:*

*Art. 19. Não há crime quando o agente pratica o fato:*

*I - em estado de necessidade:*

*II - em legítima defesa*

*III - em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito.*<sup>22</sup>

De forma clara, artigo 20 deixou o conceito de estado de necessidade, estabeleceu também seus requisitos bem como quem não poderá alegá-lo e a redução da pena, veja-se:

*“Art. 20. 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.*

---

<sup>21</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva. 1994. p. 64.

<sup>22</sup> PONTES, Tiago Ribeiro. **Código Penal Brasileiro**. 8. ed. 1. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1977. p. 39.

§ 1º Não pode alegar estado de necessidade quem tin ha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º Embora reconheça que era razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, o juiz pode reduzir a pena, de um a dois terços.<sup>23</sup>

Da mesma forma, a legítima defesa foi contemplada com conceito próprio, requisitos bem como o excesso como se pode observar:

“Art. 21. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

*Parágrafo Único.* O agente que exceder culposamente os limites da legítima defesa, responde pelo fato, se este é punível como crime culposo.<sup>24</sup>

Observa-se que a lei regulava a aplicação do parágrafo único somente em relação à legítima defesa, o que passa a ser aplicado as demais excludentes, após a reforma de 1969.

O código Penal de 1969, em seu art. 27, previa as hipóteses de excludentes de ilicitude e, seguindo-se nos artigos 28 e 29 as definições das excludentes de estado de necessidade e legítima defesa, possuindo a seguinte redação:

“Art.27. Não há crime quando o agente pratica o fato: (exclusão de crime)

I – em estado de necessidade;

II – em legítima defesa;

III – em estrito cumprimento do dever legal;

IV – em exercício regular de direito.

---

<sup>23</sup>Ibidem, p. 40

Ibidem, p. 41.<sup>24</sup>

*Art.28. Considera-se estado de necessidade quem pratica um mal para preservar direito seu ou alheio de perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, desde que o mal causado, pela sua natureza e importância, é consideravelmente inferior ao mal evitado, e o agente não era legalmente obrigado a arrostar o perigo. (Estado de necessidade como excludente do crime)*

*Art. 29. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. (Legítima defesa).<sup>25</sup>*

Observa-se que o artigo 25 tratava os casos de estado de necessidade como excludente da culpabilidade.

Também dispunha sobre a legítima defesa, tratando mais casuisticamente e com maior clareza o excesso na reação, mais tolerante quantitativamente em apená-lo, e mais humano, prevendo como escusável o excesso decorrente do medo, da surpresa ou da perturbação de ânimo em face da situação. Sendo assim legislado:

*“Art. 25. Não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra o perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não era razoavelmente exigível conduta diversa.*

*Art 30: O agente que, em qualquer dos casos de exclusão do crime, excede culposamente os limites da necessidade, responde pelo fato, se este é punível a título de culpa.*

*§ 1º Não é punível o excesso quando resulta de escusável medo, surpresa, ou perturbação de ânimo em face da situação.*

*§ 2º Ainda quando punível o fato por excesso doloso, o juiz pode atenuar a pena.”<sup>26</sup>*

---

<sup>25</sup>BRASIL. Código Penal, Senado Federal. Decreto-lei 1.004/1969. Disponível em:<<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaBasica.action>>. Acesso em 15 out. 2008.

Este código foi revogado ainda no mesmo ano, mantendo-se em vigor o Código Penal de 1940, até a reforma ocorrida em 1984.

Com a abertura política iniciada em 1979 que possibilitou as autoridades a encarar uma reforma penal, abrangendo o código penal e uma lei de execução penal. Em novembro de 1980, foi institucionalizada a comissão de reforma da parte geral do código penal, integrado por Francisco de Assis Toledo, Francisco Serrano Neves, Miguel Reale Junior, Ricardo Antunes Andreucci e outros, que compuseram a comissão de reforma.

Assim tratam em sua obra, Manual de Direito Penal brasileiro, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Enrique Pierangeli:

*“A nova parte geral constitui uma verdadeira reforma penal e supera amplamente o conteúdo da frustrada tentativa de reforma de 1969, visto que apresenta uma nova linha de política criminal, muito mais de conformidade com os Direitos Humanos. Retoma-se um direito penal de culpabilidade ao erradicar as medidas de segurança e diminuir consideravelmente, os efeitos da reincidência. Também limita a pena em 30 anos eliminando a perpetuação da mesma.”<sup>27</sup>*

Portanto, como a principal ideia de reformulação dá elenco tradicional às penas, deu-se assim, como principais inovações, as quais podem ser citadas:

*“1. A reformulação do instituto do erro, adotando-se a distinção entre erro de tipo e erro de proibição como excludentes da culpabilidade.*

*2. A norma especial referente aos crimes qualificados pelo resultado para excluir-se a responsabilidade objetiva.*

*3. A reformulação do capítulo referente ao concurso de agentes para resolver o problema do desvio subjetivo entre os participantes do crime.*

---

<sup>26</sup> PIRES, André de Oliveira. **Estado de necessidade**. v. 1. São Paulo: Juarez de Oliveira Ltda, 2000. p. 7.

<sup>27</sup>ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Enrique. **Direito Penal Brasileiro**. 2. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 225.

4. *A extinção da divisão entre penas principais e acessórias e a criação das penas alternativas (restritivas de direito) para os crimes de menor gravidade.*

5. *A criação da chamada multa reparatória.*

6. *O abandono do sistema duplo-binário das medidas de segurança e a exclusão da presunção de periculosidade.*<sup>28</sup>

Dentre as principais mudanças que se fizeram nesta época não havia preocupação com as excludentes de ilicitude.

Em trabalho de revisão, para que se incorporasse material resultante dos debates havidos em torno do anteprojeto e ainda sob a coordenação de Francisco de Assis Toledo e com a participação de Dionísio de Santos Garcia, Jair Leonardo Lopes e Miguel Reale Junior, excluiu-se do anteprojeto a contestada multa reparatória e efetuaram-se algumas alterações de aperfeiçoamento do anteprojeto. Encaminhado ao Congresso o Projeto de Lei nº 1.656- A, foi aprovado sem qualquer modificação de vulto, não obstante as propostas de emendas apresentadas na Câmara dos Deputados e no Senado, transformando-se na Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, para vigor seis meses após a data de publicação.

Esta reforma penal decorreu de uma exigência histórica, transformando-se a sociedade, mudam-se certas regras de comportamento. Isso é inevitável. E a fisionomia da sociedade contemporânea não é a mesma daquela para a qual se editaram as leis penais até aqui vigentes, é coisa que não se deixa dúvidas, assim diz Francisco de Assis Toledo:

*“A inteligência do homem contemporâneo parece, cada vez mais, compreender que a sociedade humana não está implacavelmente dividida entre o bem e o mal, entre homens bons e maus, embora haja. Mas sim parece estar predominantemente mesclada de pessoas que, por motivos vários, observam, com*

---

<sup>28</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. 19. ed. v.1. São Paulo: Atlas, 2003. p. 44.

*maior ou menor fidelidade, as regras estabelecidas por uma certa cultura, de pessoas que, com maior ou menor frequência, contrariam essas mesmas regras.*<sup>29</sup>

Esta lei é resultado de um influxo liberal e de uma mentalidade humanista, em que se procurou criar novas medidas penais para os crimes de pequena relevância, evitando-se o encarceramento de seus autores por curto lapso de tempo. Respeita a dignidade do homem que delinuiu, tratando como ser livre e responsável, enfatizando-se a culpabilidade como indispensável à responsabilidade penal.

Oposto a isso, a insegurança resultante do progressivo aumento de violência urbana e da criminalidade em geral, não encontrou resposta na nova lei que, neste passo, apenas possibilitou ao juiz a aplicação de penas mais elevadas aos crimes continuados praticados, com violência ou ameaça.

A partir dessa reforma as excludentes de ilicitude passaram a ser disciplinadas da seguinte forma:

*“Exclusão da ilicitude*

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

*I - em estado de necessidade*

*II - em legítima defesa*

*III - em estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito.*

*Excesso punível*

*Parágrafo Único. O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.*<sup>30</sup>

Também foram reguladas as excludentes de estado de necessidade e legítima defesa, da seguinte forma:

---

<sup>29</sup>TOLEDO, Francisco de Assis, 1994. p. 69.

DELMANTO, Celso et al. **Código Penal Comentado**. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 44.<sup>30</sup>

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

*§ 1º Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.*

*§2º Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.”<sup>31</sup>*

O mesmo autor define a legítima defesa como: *“Art 25. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”<sup>32</sup>.*

Observa-se que além de passar a chamar de excludentes de ilicitude, a nova lei estende o excesso punível para todas as excludentes.

#### **IV - Ilicitude e Antijuridicidade**

As palavras ilicitude e antijuridicidade são utilizadas como sinônimas. Porém na teoria geral do direito, a infração penal constitui-se em um fato jurídico, já que o seu acontecimento provoca efeitos jurídicos. Logo, é incoerente a ideia de que um fato jurídico seja antijurídico.

Ilcitude foi a expressão escolhida pelo legislador no artigo 23 do Código Penal ao tratar das causas de “exclusão de ilicitude”.

Enquanto o ilícito é a oposição entre um fato típico e o ordenamento jurídico, injusto é o antagonismo entre o fato típico e a compreensão social acerca da justiça.

---

<sup>31</sup> Ibidem, p. 47.

<sup>32</sup> Ibidem, p. 49

Dessa maneira um fato típico pode ser ilícito, mas considerado justo e admitido pela sociedade.

## **V - Classificações de Ilcitude**

Ilcitude genérica é a que se posiciona externamente ao tipo penal incriminador. O fato típico está em contradição com o ordenamento jurídico. A ilcitude se situa fora do tipo penal. No sistema finalista o dolo é natural, para sua caracterização basta consciência e vontade, independentemente do caráter ilícito do fato.

Na ilcitude específica o tipo penal aloja em seu interior elementos atinentes ao caráter ilícito do comportamento do agente. É o que se dá, como exemplo, no crime de violação de correspondência (CP, art 151 – “indevidamente”).

Nesses casos, existe a união no mesmo juízo da tipicidade e da ilcitude, pois esta última está no corpo do tipo penal, funcionando como elemento normativo do tipo, cujo significado pode ser obtido por um procedimento de valoração do intérprete da lei penal. Sendo assim, as causas de exclusão da ilcitude afastam a própria tipicidade, resultando na atipicidade do fato.

Com relação a ilcitude subjetiva, a proibição ou mandamento da lei penal dirige-se apenas às pessoas imputáveis, que têm a capacidade mental para compreender as vedações e as ordens emitidas pelo legislador. Essa teoria confunde ilcitude e culpabilidade: basta a prática de um fato típico e ilícito para a configuração de uma infração penal, reservando-se à culpabilidade o juízo de reprovabilidade para a imposição da pena. Já com relação a ilcitude objetiva, é suficiente a contrariedade entre o fato típico praticado pelo autor da conduta e o ordenamento jurídico, que causa lesão ou expõe a perigo de lesão bens jurídicos penalmente protegidos. No nosso sistema jurídico penal, a ilcitude é objetiva: os inimputáveis, qualquer que seja a causa da ausência de culpabilidade praticam condutas ilícitas.

A divisão entre ilicitude penal e extrapenal se relaciona com o caráter fragmentário do Direito Penal, pelo qual todo ilícito penal também é um ato ilícito perante os demais ramos do Direito, mas nem todo ato ilícito também guarda essa natureza no campo penal. Nas palavras de Francisco de Assis Toledo: “Poderíamos representar graficamente essa distinção através de dois círculos concêntricos: o menor, o do injusto penal, mais concentrado de exigências; o maior, o do injusto extrapenal (civil, administrativo, etc), com exigências mais reduzidas para sua configuração”.

A presunção da ilicitude que decorre da tipicidade (teoria da tipicidade como indício da ilicitude) é apenas relativa. Destarte, presente uma das causas excludentes da ilicitude, estará afastada a infração penal. Crime e contravenção penal deixam de existir, pois o fato típico não é contrário ao Direito. Ao contrário, a ele se amolda.

As causas que excluem a ilicitude podem ser legais ou supralegais.

Várias são as denominações empregadas pela doutrina para se referir às causas de exclusão da ilicitude, destacando-se: causas de justificação, justificativas, discriminantes, tipos penais permissivos e eximentes.

## **VI - Causas Gerais e Especiais de Exclusão da Ilicitude**

O Código Penal possui em sua íntegra causas genéricas e específicas de exclusão da ilicitude.

Causas genéricas, ou gerais, de exclusão da ilicitude são as previstas na Parte Geral do Código Penal (CP, art 23). Aplicam-se a qualquer espécie de infração penal.

Causas específicas, ou especiais, de exclusão da ilicitude podem ser definidas como as previstas na Parte Especial do Código Penal, com aplicação somente àqueles delitos que expressamente se referem. Estão delineadas nos arts.

128 (aborto), 142 (injúria e difamação), 146, § 3º, I (constrangimento ilegal), 150, § 3º, I e II (violação de domicílio) e 156, § 2º (furto de coisa comum).

Existem excludentes de ilicitude contidas em leis de cunho extrapenal como, por exemplo o art. 10 da Lei 6.538/1978 (exercício regular do direito, consistente na possibilidade do serviço postal abrir carta com conteúdo suspeito).

É importante destacar que essa relação legal de causas excludentes da ilicitude, porém, não impede a formulação de outras causas supralegais de exclusão da ilicitude.

Com relação aos elementos objetivos e subjetivos das causas de exclusão da ilicitude discute-se em doutrina se o reconhecimento de uma causa de exclusão da ilicitude depende somente dos requisitos legalmente previstos, relacionados ao aspecto exterior do fato, ou se está condicionado também a um requisito subjetivo, atinente ao psiquismo interno do agente, que deve ter consciência de que age sob a proteção da justificativa.

De acordo com a concepção objetiva, mais antiga, o direito positivo não exige a presença do requisito subjetivo para o reconhecimento da ilicitude, isto é, pouco importa a consciência do agente, se agia sob o manto de uma eximente. A esse entendimento aderiram, dentre outros, José Frederico Marques e E. Magalhães Noronha.

Essa posição, entretanto, foi aos poucos perdendo espaço para uma concepção subjetiva, pela qual o reconhecimento de uma causa de exclusão da ilicitude reclama o conhecimento da situação justificante pelo agente.

Filiam-se a ela, dentre outros, Heleno Cláudio Fragoso, Júlio Fabbrini Mirabete, Aníbal Bruno e Damásio E. de Jesus.

A comprovação da presença de uma causa de exclusão da ilicitude importa na ausência de uma condição da ação penal, e o Ministério Público deverá requerer o arquivamento dos autos do inquérito policial. Se não o fizer, oferecendo denúncia, deve esta ser rejeitada (CPP, art. 395, inc. III).

Se a denúncia for recebida, com a instauração do processo penal, o juiz deve absolver sumariamente o réu (CPP, art. 397, inc. I). Assim, não agindo, na ocasião da sentença deverá absolvê-lo com fulcro no art. 386, inc. VI do CPP). Em se tratando de crime da competência do Tribunal do Júri, deverá o acusado ser absolvido sumariamente ao final da primeira fase (CPP, art. 415, inc. IV).

## **VII - Causa Supralegal de Exclusão da Illicitude**

Tem-se sustentado que, além das causas justificativas expressamente consignadas na lei, existem outras, supralegais, não explícitas. A doutrina das justificativas supralegais funda-se na afirmação de que o Direito do Estado, por ser estático, não esgota a totalidade do Direito e a lei não pode esgotar todas as causas justificativas da conduta humana no plano do ordenamento penal. Como a razão de ser do direito é o equilíbrio da vida social e a antijuridicidade nada mais é do que a lesão de determinado interesse vital aferido perante as normas de cultura reconhecidas pelo Estado, afirma-se que não se deve apreciar o antijurídico apenas diante do direito legislado mas também dessas normas de cultura. Com esses argumentos justificam-se os fatos que aparentemente não estão regulados no ordenamento jurídico: a correção de menores não sujeitos à autoridade legal de quem os castiga; o tratamento médico (que seria exercício ilegal da medicina) dos pais aos filhos; os castigos não previstos em regulamento escolar aplicados sem abuso por professores, etc.

A lei penal, porém, prevê expressamente como causa discriminante o “exercício regular de direito”. Assim, pondera Damásio, aplicando o juiz o artigo 4º da LIDB, que prevê a possibilidade de decidir de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, poderá reconhecer a excludente referida, não pelo dispositivo legal propriamente dito, mas pela norma superior que o inspira. Ou como diz José Adriano Marrey Neto, invocando a lógica razoável, de Recasens Siches: “Às justificativas supralegais são aplicáveis a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, segundo o critério excelso, de prevalência, em qualquer

caso, dos fins sociais a que a lei se destina e das exigências do bem comum. O intérprete pode e deve, em certos casos, ir além da só e mecanicista aplicação do texto legal, buscando solução razoável, conforme ao Direito, na sua acepção mais ampla e que seja também a mais justa para o caso concreto”.

O Código Penal brasileiro não contém previsão expressa a respeito das causas supralegais de exclusão da ilicitude. Embora tenha silenciado a respeito, prevalece o entendimento na doutrina e na jurisprudência de que as causas de exclusão da ilicitude não se limitam às hipóteses previstas em lei, estendendo-se às situações que necessariamente resultam do direito em vigor e de suas fontes.

### **VIII - Causa Supralegal de Exclusão da Ilicitude mais comumente aceita**

Para os que admitem essa possibilidade, a causa supralegal de exclusão da ilicitude mais comumente aceita é o consentimento do ofendido, compreendido como a anuência do titular do bem jurídico ao fato típico praticado por alguém.

Ocorre que o Estado detém o monopólio de decidir sobre o destino dos bens jurídicos indisponíveis, defendendo-os sem aceitar qualquer tipo de transigência, neutralizando o consentimento do ofendido. Desse modo, nos delitos em que existe o interesse público preponderante, tais como o homicídio, aborto, lesão corporal e tantos outros, o consentimento do ofendido é nulo, não excluindo, portanto, a ilicitude do fato.

Tratando-se, no entanto, de bem disponível, caracterizado pelo interesse preponderantemente privado, como a honra e o patrimônio, o Estado já não se preocupa em monopolizar a sua proteção, permitindo que o ofendido decida sobre a conveniência da defesa do bem.

Esse poder de decisão do ofendido, de permitir que a lesão ao bem jurídico disponível escape das garras do direito penal, não é absoluto, mas encontra limitação pelo momento do consentimento e pela capacidade de consentir.

Para excluir a tipicidade ou a ilicitude dos delitos que afrontam contra bens disponíveis, o consentimento deve ser manifestado antes da consumação do crime. A aquiescência posterior à consumação não exclui o crime.

Deve ainda o ofendido ter capacidade para consentir, o que ocorre em regra, aos dezoito anos de idade. Mas, às vezes, a partir dos quatorze anos, a própria lei reconhece a validade do consentimento. Isso acontece nos delitos dos artigos 213 e 217-A do CP, que são excluídos quando o ato sexual é consentido, e também no aborto em que a gravidez resulta de estupro (art. 128, II do CP).

O consentimento do ofendido, expressado nos casos de bem jurídico disponível, ora exclui a tipicidade, ora exclui a antijuridicidade.

Efetivamente, quando o dissenso da vítima figura como elemento constitutivo do tipo, como na violação de domicílio (art. 150) e no estupro (art. 213), o consentimento funciona como causa de exclusão da tipicidade.

Todavia, quando o dissenso da vítima não é elemento do tipo, o consentimento funciona como causa de exclusão da antijuridicidade. Assim, por exemplo, não há crime de dano, injúria ou furto, quando a própria vítima autoriza a danificação ou a ofensa.

Três teorias procuram fundamentar o consentimento do ofendido como causa suprallegal de exclusão da ilicitude:

- a) Ausência de interesse: não há interesse do Estado quando o próprio titular do bem jurídico, de cunho disponível, não tem interesse na aplicação do Direito Penal.
- b) Renúncia à proteção do Direito Penal: em algumas situações excepcionais, o sujeito passivo de uma infração penal pode renunciar, em favor do sujeito ativo, à proteção que lhe é assegurada pelo Direito Penal.
- c) Ponderação de valores: trata-se da teoria mais aceita no direito comparado. O consentimento atua como causa de justificação quando o Direito concede prioridade ao valor da liberdade de atuação da vontade frente

ao desvalor da conduta e do resultado causado pelo delito que atinge bem jurídico disponível.

O consentimento do ofendido como tipo penal permissivo tem aplicabilidade restrita aos delitos em que o único titular do bem ou interesse juridicamente protegido é a pessoa que aquiesce e que pode livremente dele dispor. De uma maneira geral, estes delitos podem ser incluídos em quatro grupos diversos : a) delitos contra bens patrimoniais; b) delitos contra a integridade física; c) delitos contra a honra; d) delitos contra a liberdade individual.

Nos crimes contra o patrimônio, por óbvio, somente se aceita a disponibilidade não houver o emprego de violência ou grave ameaça contra a pessoa durante a execução do crime. E, nos crimes contra a integridade física, nas hipóteses em que a lei condiciona a persecução penal à iniciativa do ofendido ou de quem o represente.

Resumidamente, é cabível somente em relação a bens jurídicos disponíveis.

Ademais, o consentimento do ofendido somente pode afastar a ilicitude nos delitos em que o titular do bem jurídico protegido pela lei penal é uma pessoa, física ou jurídica. Não tem o condão de excluir o crime quando se protegem bens jurídicos metaindividuais, ou então pertencentes à sociedade ou ao Estado.

Para ser eficaz, o consentimento do ofendido há de preencher os seguintes requisitos:

- a) Deve ser expresso, pouco importando sua forma (oral ou por escrito, solene ou não);
- b) Não pode ter sido concedido em razão de coação ou ameaça, nem de paga ou promessa de recompensa. Deve, portanto, ser livre;
- c) É necessário ser moral e respeitar os bons costumes;
- d) Deve ser manifestado previamente à consumação da infração penal; e
- e) O ofendido deve ser plenamente capaz para consentir. No campo dos crimes contra a dignidade sexual, especificamente no tocante aos

delitos previstos nos artigos 217 A, 218, 218 A e 218 B, todos do Código Penal, a situação de vulnerabilidade funciona como instrumento legal de proteção à liberdade sexual da pessoa menor de 14 (quatorze) anos de idade, em face de sua incapacidade volitiva, sendo irrelevante o consentimento do vulnerável para a formação do crime sexual.

Não produz efeitos o consentimento prestado pelo representante legal de um menor de idade ou incapaz.

Não existe obstáculo à exclusão da ilicitude nos crimes culposos como decorrência do consentimento do ofendido. Evidentemente, assim como nos crimes dolosos, o bem jurídico deve ser disponível. Ademais o consentimento refere-se não ao resultado naturalístico, por ser involuntário, mas à conduta imprudente, negligente ou imperita.

A doutrina alemã aceita, paralelamente, ao consentimento expresso, o consentimento presumido, nos casos urgentes em que o ofendido ou seu representante legal não possam prestar a anuência, mas poderia se esperar que, se possível, agiriam dessa forma. No Brasil, todavia, tais hipóteses se ajustam com perfeição ao estado de necessidade, dispensando-se, por isso, a insegurança jurídica do consentimento presumido.

Na hipótese de bem jurídico disponível, é possível que o consentimento do ofendido afaste a tipicidade da conduta relativamente aos tipos penais em que se revela como requisito, expresso ou tácito, que o comportamento humano se realize contra ou sem a vontade do sujeito passivo. É o que ocorre nos crimes de sequestro ou cárcere privado, estupro entre outros.

Segundo Zitelman, que edificou sua teoria fulcrado nos parágrafos 182 e seguintes do Código Civil Alemão, o consentimento do ofendido é uma espécie de negócio jurídico, levando em consideração que toda pessoa pode, dentro de limites estabelecidos, consentir algumas atitudes em relação a seu bem, segundo a Teoria do Negócio Jurídico.

Partindo-se dessa premissa de que o consentimento é um negócio jurídico, ficará caracterizada a presença da excludente de ilicitude, pois o ato ilícito foi aceito pelo suposto ofendido.

Chega-se à conclusão de que o bem jurídico atacado não era importante para o seu titular e de que o ofendido renuncia a proteção do Direito Penal porque permite a ofensa a esse bem sem importância e não quer ver esse ataque punido.

Assim, também o Estado deixaria de ter o jus puniendi por desinteresse, já que houve o abandono do bem.

### **IX - Outras causas de caráter Supralegal Excludentes da Ilicitude**

Outras causas excludentes são citadas pelo doutrinador Flávio Augusto Monteiro de Barros como: o Princípio da Adequação Social, o Princípio do Balanço dos Bens e o Princípio da Insignificância ou Bagatela.

Partindo-se da premissa conceitual de que a ilicitude consiste na relação de antagonismo que se estabelece entre uma conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico que causa lesão ou expõe a perigo de lesão um bem jurídico tutelado parece lógico que a ausência de lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado faz desaparecer a idéia de antijuridicidade. Assim, a lei não esgota as hipóteses de exclusão da ilicitude. É necessário verificar no conceito de antijuridicidade ou ilicitude, se todos os seus elementos conceituais estão presentes. É uma questão de lógica. A doutrina e a jurisprudência reconhecem as causas de exclusão ou justificativas supralegais de exclusão da antijuridicidade, que são as causas de exclusão da ilicitude não elencadas expressamente na lei.

O fundamento, portanto, desse reconhecimento é originário do próprio conceito de antijuridicidade como já demonstrado.

Assim a relevância do estudo deve concentrar-se no juízo de valor da lesividade do fato típico ao bem jurídico tutelado pelo Direito Penal.

## **X - Princípio da Adequação Social**

Ação socialmente adequada é a que se realiza dentro do âmbito da normalidade admitida pelas regras de cultura do povo. Um bom exemplo seriam as lesões que ocorrem em jogos de futebol.

Nessas condutas socialmente adequadas, a tipicidade não funciona como indício da antijuridicidade, de tal maneira que nem o inquérito policial é instaurado. Não se trata, porém, de atipicidade, pois o fato se enquadra no tipo legal, enquadrando-se no conceito de tipicidade.

O princípio da adequação social difere da legítima defesa e do estado de necessidade, pois nestas a conduta típica foge dos padrões de normalidade social, funcionando como indício da antijuridicidade, cuja exclusão depende de decisão judicial, após regular instauração do inquérito policial.

## **XI - Princípio da Insignificância ou Bagatela**

De acordo com esse princípio, o direito penal só deve ser acionado quando necessário à proteção do bem jurídico.

As lesões insignificantes ao bem jurídico devem ser excluídas da esfera de atuação do direito penal, que, cada vez mais, vai se transformando num direito de intervenção mínima. Exemplos: descaminho de perfumes baratos, dádivas de pequeno valor feitas a funcionários públicos, por ocasião de festas de fim de ano, furto de uma caixa de fósforos, etc.

O princípio da insignificância impede que a tipicidade seja indício da antijuridicidade, produzindo efeitos idênticos aos do princípio da adequação social.

A irrelevância do fato exclui, de antemão, a antijuridicidade material, em face da inexistência de significativa lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado.

Todavia, o fato penalmente insignificante pode revestir-se de ilicitude na esfera civil e administrativa.

O princípio da insignificância é corolário lógico do caráter fragmentário do direito penal, que só deve preocupar-se com as condutas que atacam o bem jurídico com especial gravidade. A seletividade das condutas tidas como insignificantes deve apoiar-se na equidade, em sua função de interpretação do direito, amenizando o rigor excessivo da lei, excluindo de sua esfera de proteção os danos de pouca importância.

## **XII - Princípio do Balanço dos Bens ou da Proporcionalidade**

Segundo esse princípio, a licitude pode ser extraída quando o sacrifício de um bem tem por fim preservar outro mais valioso. Inspira-se, à semelhança do estado de necessidade, na avaliação comparativa dos bens, não exigindo, porém, a atualidade do perigo ou os outros requisitos inerentes ao estado de necessidade. Talvez essa causa suprallegal de exclusão de ilicitude cujo princípio é de fácil compreensão conceitual seja um dos temas mais complexos, tormentosos e fascinantes do Direito Penal. Basta pensarmos no conflito entre dois bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal de igual valor onde um deles terá que ser sacrificado para a preservação do outro. Podemos projetar no caso concreto um conflito entre direitos fundamentais. Poderíamos imaginar um caso extremo onde uma autoridade policial somente pudesse frustrar a explosão de uma bomba num avião sequestrado por terroristas repleto de passageiros, homens, mulheres e crianças com o emprego da tortura em um terrorista capturado. Se com o emprego da tortura o agente policial conseguisse obter a informação necessária e desativasse a bomba, teria ele sua conduta justificada perante o reconhecimento da existência uma causa suprallegal de exclusão de ilicitude? A prática de uma conduta hedionda ferozmente combatida

num Estado Democrático de Direito poderia ser reconhecida no caso concreto como uma causa supralegal de exclusão da ilicitude para salvar a vida de diversas pessoas? O caso em tela remeterá o operador do direito ao fenômeno da constitucionalização do Direito Penal e para um tema eminentemente constitucional, qual seja o da Colisão de Direitos Fundamentais.

### **XIII - Colisão de Direitos Fundamentais**

Bastante comum num estado democrático de direito é ocorrer o choque entre direitos fundamentais, esses choques são solucionados através das técnicas de ponderação, que se operacionalizam através do princípio da proporcionalidade.

Existem diversas situações onde somos colocados a decidir o que é mais importante o direito de determinada pessoa ou o direito de outra. Na ciência jurídica as lides envolvendo essas circunstâncias constituem sua própria essência. Comuns também são as situações onde se precisa decidir entre a prevalência de determinado direito fundamental sobre o outro, tendo em vista a diversidade de direitos fundamentais protegidos pela nossa Constituição.

Como exemplo pode-se citar o choque entre o direito a transmissão de informação de determinada empresa jornalística e o direito à privacidade e a intimidade de certo político renomado.

Partindo desse ponto, verifica-se a necessidade de se conhecer as técnicas utilizadas para se solucionar os conflitos envolvendo direitos fundamentais. A jurisprudência nacional entra comumente em contato com circunstâncias dessa natureza, busca-se conhecer o trabalho realizado em alguns julgados do STF que se utilizaram da técnica da ponderação de princípios para decidir qual princípio prevalece sobre o outro em casos concretos.

Por terem natureza principiológica os direitos fundamentais possuem forte conteúdo axiológico, ou seja, são carregados de valores dentro do ordenamento jurídico nacional.

Os princípios por sua vez, não são vistos mais atualmente como eram no positivismo, como valores éticos a serem seguidos pela sociedade, atualmente os princípios são carregados de normatividade, o que os faz um tipo de norma, assim como as regras. Os princípios constitucionais são normas que sustentam e sevem de fundamento jurídico para o ordenamento constitucional, são os valores primordiais e as bases do sistema normativo da sociedade. Não são considerados apenas meros programas ou sugestões para ações da iniciativa privada ou do Poder Público, eles dão a direção para as atividades, pois possuem verdadeira força vinculante.

Indispensável se faz a diferenciação de normas e princípios para que se entenda como são resolvidos os choques entre as regras e as colisões entre princípios.

Direitos fundamentais são aqueles constitucionalmente válidos.

Pode-se dizer que houve uma evolução na visão constitucionalista ao perceber atualmente os direitos fundamentais não apenas na sua perspectiva subjetiva, passando a ser considerados como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação dos Poderes Público e não apenas garantias negativas dos interesses individuais.

Importante se ressaltar que os direitos fundamentais não constituem apenas aqueles que se encontram no texto da Carta Política, mas também os que não foram expressamente previstos, que implicitamente podem ser deduzidos. Tendo em vista a existência de direitos apenas materialmente fundamentais e não formal e materialmente fundamentais.

Dentro do tema direitos fundamentais, comumente se discute a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais.

Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 35 e 36) confere ao aspecto espacial da norma o primeiro fator preponderante de distinção:

“o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional

positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional."<sup>33</sup>

Diante do exposto, resta esclarecido que trata-se de uma diferença conceitual, na qual direitos humanos se referem a direitos internacionalmente considerados, enquanto direitos fundamentais são os previstos como tal na Constituição de determinado estado.

Quanto a classificação dos direitos fundamentais se faz extremamente necessária o conhecimento acerca da Teoria do status de Jellinek, pois através dela será possível se compreender a posição jurídica das dimensões de direitos fundamentais.

Essa teoria diz que os direitos fundamentais garantem aos indivíduos várias posições jurídicas em relação ao Estado. Nessa teoria os direitos fundamentais são divididos em três grupos: os direitos de defesa, direitos prestacionais e direitos de participação.

Como mostra Novelino (2008, p. 223):

“os direitos de defesa caracterizam-se por exigir do Estado, preponderantemente, um dever de abstenção, caráter negativo, no sentido de impedir a ingerência na autonomia dos indivíduos. São direitos que limitam o poder estatal com o intuito de preservar as liberdades individuais, impondo-lhe o dever de não interferir, não intrometer, não reprimir e não censurar.”<sup>34</sup>

O mesmo autor profere lição acerca dos direitos prestacionais, afirmando que eles:

“Possuem um caráter essencialmente positivo, impondo ao Estado o dever de agir. Objetivam a realização de condutas ativas por parte dos poderes públicos, seja para a proteção de certos bens jurídicos contra terceiros, seja para a promoção ou

---

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.<sup>33</sup>

<sup>34</sup> NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. São Paulo: Método. 2008.

garantia das condições de fruição desses bens. Englobam o direito a prestação materiais e jurídicas”.<sup>35</sup> (NOVELINO, 2008, p. 223)

Já os direitos de participação pretendem garantir a participação de cada cidadão na formação da vontade política da comunidade.

A própria Constituição Federal em seu art. 5º parágrafo 1º estabelece que as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata.

Entretanto, para Novellino (2008, p. 224), a eficácia e aplicabilidade das normas definidoras de direitos fundamentais dependem consideravelmente de seu enunciado e seu objeto. Em muitas situações precisarão de uma lei regulamentando a matéria para terem eficácia.

Os direitos a prestação, por seu turno, para que possam desenvolver plenamente seus efeitos, em diversas situações dependerão de outra vontade integradora dos comandos, ou seja, precisarão de um complemento legal.

Os direitos fundamentais formam a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito, esses direitos são normalmente divididos pela doutrina em dimensões.

Desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas mudanças, tanto no que se refere ao seu conteúdo, quanto no que concerne a sua titularidade, eficácia e efetivação. De acordo com Sarlet (2001, p. 49), costuma-se, neste contexto marcado pela autêntica mutação histórica experimentada pelos direitos fundamentais, falar da existência de três gerações (dimensão) de direitos fundamentais, há quem defenda ainda uma quarta geração (dimensão).

Os direitos de primeira dimensão, para Carvalho (2009, p. 26) , tem como princípios cardeais os consagrados na Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade. Tais direitos se identificam com os primeiros – a liberdade.

---

<sup>35</sup> NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. São Paulo: Método. 2008.

Já os direitos de segunda dimensão, conforme ensina Pedro Lenza (2006, p. 526), privilegiam os direitos sociais, culturais e econômicos, correspondendo aos direitos da igualdade.

Como ensina Marcelo Novelino (2008, p. 229) os direitos fundamentais de terceira dimensão, são aqueles ligados a fraternidade, a solidariedade, e surgiram para tentar atenuar as diferenças entre as nações desenvolvidas e as subdesenvolvidas, por meio da colaboração dos países ricos com os países pobres.

Como exemplos dos direitos de terceira dimensão podem ser citados os relacionados ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, bem como o direito a propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.

Os direitos fundamentais de quarta geração, ainda na lição de Novelino (2008, p. 229):

“foram introduzidos no âmbito jurídico pela globalização política, compreendem o direito a democracia, informação e pluralismo. Os direitos fundamentais de quarta dimensão compendiam o futuro da cidadania e correspondem a derradeira fase da institucionalização do Estado social imprescindíveis para a realização e legitimidade da globalização política.”<sup>36</sup>

Nas palavras de Novelino (2008, p. 248), “a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado brasileiro, constitui-se no valor constitucional supremo em torno do qual gravitam os direitos fundamentais”. Dessa forma, torna-se evidente a importância desse princípio no estudo dos Direitos Fundamentais.<sup>37</sup>

Não há como definir um conceito para a Dignidade da Pessoa Humana, pois esse é um valor, faz parte de uma categoria axiologicamente aberta, como ensina Canotilho citado por Carvalho (2009, p. 33). Entretanto, pode-se ter uma noção do que seja tal princípio através da lição de Edilson de Farias (2000, p. 63):

---

<sup>36</sup> NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. São Paulo: Método. 2008.

<sup>37</sup> NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. São Paulo: Método. 2008.

“O princípio da dignidade da pessoa humana refere-se às exigências básicas do ser humano no sentido de que ao homem concreto sejam oferecidos os recursos de que dispõe a sociedade para a manutenção de uma existência digna, bem como propiciadas as condições indispensáveis para o desenvolvimento de suas potencialidades. Assim, o princípio em causa protege várias dimensões da realidade humana, seja material ou espiritual”<sup>38</sup>.

Dessa forma, pode-se entender o direito a dignidade da pessoa humana como um princípio norteador da aplicação e restrição de todos os direitos fundamentais. É, como entende, Farias (2000, p. 66), “a fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais, o princípio que dá unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais”.

Sendo como um instituto norteador em caso de colisão entre os direitos fundamentais, a busca da aplicação daquele que melhor promove a dignidade da pessoa humana é o que serve de instrumento do jurista na solução do caso concreto.

Uma das principais características dos direitos fundamentais, enquanto princípios que são, é a sua relatividade, ou seja, por se tratarem de princípios constitucionalmente previstos, os direitos fundamentais não se revestem de caráter absoluto, em caso de tensão entre eles cabe o sopesamento de um sobre o outro para que se decida aquele mais adequado.

Em um estado democrático de direito a Constituição Federal reflete inúmeras ideologias, por consequência dessa infinidade de assuntos e pensamentos presentes na lei maior, comumente acontece o choque entre os princípios neles expostos.

Pode-se citar como exemplo o conflito que surge quando determinada empresa jornalística pretende veicular matéria sobre a vida de um cantor famoso, entretanto, ao exercer o direito a liberdade de informação ou liberdade jornalística

---

<sup>38</sup>FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de direitos. 2ª ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

estaria entrando em choque com o direito a privacidade do citado cantor, no caso concreto, o juiz analisaria qual princípio deve prevalecer.

No exemplo citado, por não existirem princípios superiores a outros, apenas a análise pelo juiz no caso concreto é que decidiria o mais adequadamente aplicado.

Marmelstein (2008, p. 368) afirma que o STF, assinalando a possibilidade de limitação dos direitos fundamentais, decidiu que não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto.

Para Alexandre de Moraes (2003, p. 61), “os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela carta Magna (princípio da relatividade)”<sup>39</sup>.

Diante da visão dos renomados autores, conclui-se que o caráter de relatividade do qual são revestidos os princípios torna possível que, em caso de choque entre eles, haja a ponderação entre eles e decida-se pela aplicação do princípio mais adequado ao caso concreto.

Considerar os direitos fundamentais como princípios significa, portanto, aceitar que não há direitos com caráter absoluto, já que eles são passíveis de restrições recíprocas.

Conclui-se que os direitos fundamentais são disciplinados por normas do tipo principiológicos, pois possuem características próprias de princípios, sendo a principal delas a sua relatividade.

As normas de direitos fundamentais possuem uma estrutura flexível e complexa, e sua qualificação como regras e princípios é uma questão de interpretação.

Entretanto, como ensina Vale (2009, p. 129), “o forte conteúdo axiológico das normas de direitos fundamentais e sua elevada posição hierárquica no ordenamento

---

<sup>39</sup> MORAIS, Alexandre de. Curso de Direito Constitucional. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

jurídico fazem com que, na maioria das vezes, elas sejam interpretadas como princípios”.

A partir da ideia de que os direitos fundamentais são representados por normas de caráter principiológico, e esses, eventualmente, entram em choque, é preciso analisar como são entendidos os princípios dentro do Direito Constitucional Contemporâneo, pois, como ensina Paulo Bonavides (1998, p. 231), "sem aprofundar a investigação acerca da função dos princípios nos ordenamentos jurídicos não é possível compreender a natureza, a essência e os rumos do constitucionalismo contemporâneo".

Também é de extrema importância desvendar a diferença existente entre o que sejam regras e princípios, para, posteriormente, entender como se solucionam os choques entre eles.

Como ensina Barroso (2003, p. 29), que há de novidade na moderna fase do Direito Constitucional não é, na verdade, a existência de princípios no texto constitucional, o “que há de singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual é o reconhecimento de sua *normatividade*” e conseqüentemente de sua força normativa imediata. Aqui, torna-se imprescindível, buscar compreender como esta força se desenvolve, para que seja aplicada da maneira correta.

Hoje os princípios são o centro do Direito Constitucional, conquistaram “o status de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata” (BARROSO, 2003, P. 337)

Os princípios também são vistos como fonte de atualização das constituições por serem constituídas de normas de caráter aberto.

No pós-positivismo, as Constituições, grandes repositórios da pauta axiológica consagrada nos Princípios de Direito, figurando como fonte conceitual-normativa suprema, se transportam para a posição central no ordenamento jurídico de onde emanam valores humanísticos basilares da estrutura e forma do Direito

contemporâneo, e, em consequência, a dogmática principiológica ganha forma, promovendo uma nova retomada na compreensão e interpretação do Direito.

Neste aspecto, a indiscutível relevância que os princípios adquirem nos ordenamentos jurídicos se torna cada vez mais clara, principalmente se for observada a função e presença no corpo das Constituições contemporâneas, onde surgem como os pontos axiológicos de mais significativo destaque e prestígio (BONAVIDES, 1998, p. 260). Além disso, a gênese e a forma como os princípios são positivados nos textos constitucionais demonstram que estes possuem, da mesma maneira, uma importante dimensão institucional, como fatores de criação e sustentação da unidade política.

Nas palavras de Barroso (2003, p. 337), a “dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras”.

O renomado autor ensina que:

“Normalmente, as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e incidem sobre uma pluralidade de situações. Inexiste hierarquia entre ambas as categorias, à vista do princípio da unidade da Constituição”. (BARROSO, 2003, p. 338).<sup>40</sup>

Paulo Bonavides (1998, p. 260) acrescenta que os princípios tidos como “valores fundamentais, governam a Constituição, a ordem jurídica. Não são, apenas lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência”, são compreendidos “normativamente, ou seja, tem alcance de norma e se traduzem por uma dimensão valorativa”.

Portanto, sendo a Constituição um conjunto sistemático de regras e princípios, tendo como ancora o consenso social sobre os valores básicos,

---

<sup>40</sup>BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). IN BARROSO, Luís Roberto. Org. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

vislumbra-se que os princípios estão no ápice da pirâmide normativa, são norma normarum ou norma das normas, fonte das fontes, resumindo Paulo Bonavides (1998, p.265), "são qualitativamente a viga mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma constituição".

Portanto, os princípios suscitam problemas de validade e de peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são corretas devem ser alteradas).

Importante ressaltar que foi devido aos acréscimos teórico-analíticos de Dworkin e Alexy, que se pacificou a distinção entre regras e princípios como espécies do gênero norma de direito, posto, merece destaque a visão dos citados autores.

Afirma Ávila (2004, p. 28) que Ronald Dworkin realizou um "ataque geral contra o positivismo"<sup>41</sup>, pois, em sua visão, os positivistas consideram, de maneira equivocada, o direito como um sistema composto exclusivamente de regras, ignorando os princípios.

Para Dworkin, nos ensinamentos de Ávila (2004, p. 28), as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada, no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. "Havendo colisão entre as regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios."

Desse ponto evidencia-se que os princípios, contrariando as regras, possuem uma dimensão de peso, verificável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade.

---

<sup>41</sup>ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

Nesse sentido, a diferenciação realizada por Dworkin não consiste numa distinção de grau, e sim numa diferenciação em relação a estrutura lógica, embasada em critérios classificatórios, e não comparativos.

A diferenciação por Dworkin proposta difere das outras porque tem base, mais fortemente, na forma de aplicação e no relacionamento normativo, estremando as duas espécies normativas, conforme ensinamento de Ávila (2004, p. 29).

Robert Alexy, partindo das considerações de Dworkin, torna ainda mais preciso o conceito de princípios.

Para Alexy (2007, p. 64) os princípios jurídicos são uma espécie de norma jurídica, através deles são estabelecidos deveres de otimização, estes são aplicáveis em diversos graus.

Dessa forma, o renomado autor ensina que os princípios, possuem apenas uma dimensão de peso e não determinam as consequências normativas de forma direta, ao contrário das regras. Somente com a aplicação dos princípios nos casos concretos que se torna possível sua concretização, tendo em vista as regras de colisão, ou seja, os conflitos se resolvem mediante a criação de regras de prevalência, através da ponderação dos princípios conflitantes.

Desse ponto, fica esclarecido a noção de princípios como deveres de otimização aplicáveis em diversos graus de acordo com as possibilidades normativas e fáticas. Já com as regras é diferente, quando ela é válida, então deve-se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos.

Recapitulado, o conflito entre regras se resolve no campo da validade, pois se uma regra é válida ela deve ser aplicada ao caso concreto, valendo, dessa forma, também suas consequências jurídicas, pois estão contidas dentro do ordenamento jurídico.

Entretanto se ambas as regras forem válidas, a aplicação dos dois diferentes dispositivos jurídicos, conduzem a resultados incompatíveis entre si.

Segundo Robert Alex (1993, p. 88), pode-se afirmar que um conflito entre regras somente pode ser resolvido se for introduzida uma cláusula de exceção em uma das regras conflitantes, na intenção de remover o conflito.

“Se a aplicação de duas regras juridicamente válidas conduz a juízos concretos de dever-ser reciprocamente contraditórios, não restando possível a eliminação do conflito pela introdução de uma cláusula de exceção, pelo menos uma das regras deverá ser declarada inválida e expurgada do sistema normativo, como meio de preservação do ordenamento”<sup>42</sup>. (CRISTOVAM, 2010, p. 09)

Em certos casos pode-se aplicar, no caso de antinomias entre regras jurídicas, critérios para sua solução, são eles: critério hierárquico, pelo qual a regra hierarquicamente superior derroga a inferior, existe também o critério cronológico, pelo qual a regra posterior prevalece sobre a anterior, e ainda, o critério da especialidade, de acordo com o qual a regra especial supera a geral.

Em um Estado Democrático de Direito a Constituição Federal reflete inúmeras ideologias diferentes. Essas ideologias, por diversas vezes acabam chocando-se entre si.

Como afirma Marmelstein (2008, P. 365):

“as normas constitucionais são potencialmente contraditórias, já que refletem uma diversidade ideológica típica de qualquer Estado democrático de Direito. Não é de se estranhar, dessa forma, que elas freqüentemente, no momento aplicativo, entrem em *rota de colisão*.”<sup>43</sup>

Existem muitos casos clássicos de colisão de direitos fundamentais, como por exemplo, o direito a informação que entra comumente em conflito com o direito a intimidade; a liberdade de imprensa com o direito a privacidade, uma faceta dos direitos da personalidade, entre outros.

---

<sup>42</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A resolução das colisões entre princípios constitucionais, 2010.

<sup>43</sup> MARMELESTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008.

Os conflitos surgem em razão dos direcionamentos opostos de cada um desses princípios, uma vez que o direito a informação, a liberdade de expressão seguem o caminho da transparência, da livre circulação de informação, já os direitos da personalidade, orientam-se no caminho da tranquilidade, do sigilo, da não exposição.

Independente da solução a ser adotada nesses conflitos sempre existirá a restrição, por vezes total, de um ou dois valores. Posto que, todas as circunstâncias envolvendo colisão de direitos fundamentais são de complexa solução, dependendo para se determinar o rumo a ser seguido das informações do caso concreto e dos argumentos fornecidos pelas partes envolvidas. Dessa forma, evidencia-se a necessidade de se ponderar para se chegar à solução do conflito.

Os direitos fundamentais não possuem natureza absoluta, portanto, em caso de conflito, não existe prevalência inata de um sobre o outro, mais uma razão para se realizar a ponderação.

Na lição de Sarmiento (2006, p. 293):

“apesar da relevância ímpar que desempenham nas ordens jurídicas democráticas, os direitos fundamentais não são absolutos. A necessidade de proteção de outros bens jurídicos diversos, também revestidos de envergadura constitucional, pode justificar restrições aos direitos fundamentais.”<sup>44</sup>

No mesmo sentido, Barroso (2009, p. 329) afirma que “não existe hierarquia em abstrato entre princípios, devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto”.

Dessa forma, conclui-se que os direitos fundamentais não são absolutos e, como consequência, seu exercício está sujeito a limites, e, por serem geralmente estruturados como princípios, os direitos fundamentais, em inúmeras situações, são aplicados mediante ponderação.

---

<sup>44</sup> SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio. Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

Para, Marmelstein (2008, p. 368), deve-se buscar a máxima otimização da norma, o agente concretizador deve efetivá-la até onde for possível atingir ao máximo a vontade constitucional sem sacrificar outros direitos igualmente protegidos.

Barroso (2009, p. 332) ensina que:

“Os limites dos direitos constitucionais, quando não constarem diretamente da Constituição, são demarcados em abstrato pelo legislador ou em concreto pelo juiz constitucional. Daí existir a necessidade de protegê-los contra a abusividade de leis restritivas, bem como de fornecer parâmetros ao interprete judicial.”<sup>45</sup>

Pois, afirmar que os direitos fundamentais não são absolutos, que toda norma de direito fundamental é relativa pode levar a uma falsa noção de que as proteções constitucionais são frágeis e que podem ceder sempre que assim ditar o interesse público, expressão, por demais, vaga. Deve ficar claro que a regra é a observância dos direitos fundamentais e não sua restrição, na lição de Marmelstein (2008, 369).

Todas as limitações a direitos fundamentais devem ser consideradas possivelmente irregulares e, por essa razão, devem sofrer um exame constitucional mais rigoroso, cabendo ao Judiciário exigir a demonstração de que a limitação se justifica diante de um interesse mais importante. Destaque-se que somente será legítima a restrição ao direito se for atendido o princípio da proporcionalidade, pois a ponderação entre princípios se operacionaliza através desse princípio.

“A essência e a destinação do princípio da proporcionalidade é a preservação dos direitos fundamentais”, afirma Guerra Filho (2006, p. 103). Diante dessas palavras, busca-se demonstrar a finalidade do princípio da proporcionalidade na ponderação entre direitos fundamentais.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>46</sup> FILHO, Willis Santiago Guerra. A doutrina dos princípios jurídicos e a teoria dos direitos fundamentais como partes de uma teoria fundamental do direito. p. 103. IN Revista de Direito do estado. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Entende-se que por não possuírem caráter absoluto, como demonstrado anteriormente, os direitos fundamentais podem ser restringidos, desde que a limitação seja para proteger ou preservar outro valor constitucional.

A doutrina de Marmelstein (2008, p. 372) ensina que “para se verificar se a lei que limita determinado direito fundamental é válida ou não, deve-se fazer uso do princípio da proporcionalidade”.<sup>47</sup>

Dessa forma, o princípio da proporcionalidade funciona como instrumento indispensável para aferir a legitimidade de leis e atos administrativos que restringem direitos fundamentais, nas palavras de Sarmiento (2002, p. 77), “é uma poderosa ferramenta para aferição da conformidade das leis e dos atos administrativos como os ditames da razão e da justiça”.<sup>48</sup> Por essa razão, o princípio é chamado de limite dos limites.

A teoria da proporcionalidade é o instrumento através do qual se operacionaliza o método da ponderação entre os princípios que objetiva solucionar as colisões entre princípios.

Atualmente, o princípio da proporcionalidade ocupa uma posição destacada no direito Constitucional, posto que, tornou-se, dentro do assunto direito fundamental, principalmente, nas situações de restrições legislativas, a caracterização de limites que precisam ser respeitados, e em havendo colisão, o parâmetro a ser observado.

O princípio da proporcionalidade não se confunde com o princípio da razoabilidade, nem tampouco com o princípio da vedação ao excesso.

Antunes (2006, p. 17) ensina que “o princípio da proporcionalidade possui uma maior abstração do que o princípio da razoabilidade, ainda, vislumbra-se que a

---

<sup>47</sup> MARMELESTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008.

<sup>48</sup> SARMENTO, Daniel. A ponderação de Interesses na Constituição Federal. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

razoabilidade possui uma função negativa, enquanto que a proporcionalidade uma função positiva”<sup>49</sup>.

Na visão da doutrina majoritária a proporcionalidade surgiu na Idade moderna juntamente com o surgimento do Estado de Direito.

Araújo citado por Antunes (2006, p. 11) ensina que:

“O conceito de proporcionalidade como termo técnico jurídico no Direito Alemão foi utilizado pela primeira vez em 1802, por Von Berg, cujas idéias só bem mais tarde, cerca de um século depois, foram impostas de forma efetiva no campo do Direito de Polícia, por obra do superior tribunal administrativo da Prússia. Cumpre ressaltar acerca da jurisprudência constitucional da Alemanha, onde muito cedo, sedimentou-se o entendimento de que a proporcionalidade consubstancia relevante meio de controle estatal, visando à observância e concretização dos direitos fundamentais do cidadão.”<sup>50</sup>

Essa idéia desenvolvida na Alemanha foi a que se propagou pelo mundo, onde vários estados a incluíram em seus textos constitucionais.

No Brasil, a proporcionalidade é tida como um princípio e tem aplicação considerável no judiciário para se garantir a efetividade dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos no Texto Maior.

Marmelstein (2008, p. 385) afirma que:

“o princípio da proporcionalidade não é útil apenas para verificar a validade material de atos do Poder Legislativo ou do Poder Executivo que limitem direitos fundamentais, mas também para, reflexivamente, verificar a própria legitimidade da decisão judicial, servindo, nesse ponto, como verdadeiro limite da atividade jurisdicional. O juiz, ao concretizar um direito fundamental, também deve estar ciente

---

<sup>49</sup> ANTUNES, Roberta Pacheco. O princípio da proporcionalidade e sua aplicabilidade na problemática das provas ilícitas em matéria criminal, 2006.

<sup>50</sup> ANTUNES, Roberta Pacheco. O princípio da proporcionalidade e sua aplicabilidade na problemática das provas ilícitas em matéria criminal, 2006.

de que sua ordem deve ser adequada, necessária (não excessiva e suficiente) e proporcional em sentido estrito.”<sup>51</sup>

O renomado autor informa que a doutrina, inspirada em decisões da Corte Constitucional Alemã, tem adotado três dimensões desse princípio: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Será possível uma limitação a um direito fundamental se estiveram presentes na medida correta todos esses aspectos. (MARMELSTEIN, 2008, p. 374).

Por adequação pode-se entender que devem ser utilizadas medidas apropriadas ao alcance da finalidade prevista no mandamento que pretende cumprir, conforme lição de Cristóvam (2010, p.07). Deve ser respondido o seguinte questionamento: o meio escolhido foi o adequado e pertinente para atingir o resultado almejado? Se não, desrespeitou-se o princípio da proporcionalidade, então a medida deve ser anulada pelo poder judiciário.

“O subprincípio da necessidade exige que o poder Judiciário apure a medida ou a decisão tomada, dentre as aptas a consecução do fim pretendido, é a que produz menor prejuízo aos cidadãos envolvidos ou a coletividade”, nas palavras de Cristóvam (2010, p. 07). Tem-se que a medida deve ser estritamente necessária, não podendo ser excessiva nem tampouco insuficiente.<sup>52</sup>

A proporcionalidade em sentido estrito é aquela ligada a ponderação. Pois a proporcionalidade exige uma análise das vantagens e desvantagens que a medida trará. Deve ser respondida a seguinte pergunta para verificar a presença da proporcionalidade em sentido estrito: o benefício alcançado com a adoção da medida sacrificou direitos fundamentais mais importantes do que os que a medida buscou preservar?

Essa pergunta será solucionada realizando-se um exercício de balanceamento ou de ponderação, através do qual o jurista deverá levar em consideração todos os interesses em questão com o objetivo de encontrar uma

---

<sup>51</sup> MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008.

<sup>52</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A resolução das colisões entre princípios constitucionais, 2010.

solução constitucionalmente adequada, embasada em uma argumentação firme, coerente e convincente.

A técnica da ponderação é o instrumento indispensável para verificar a existência da proporcionalidade em sentido estrito no caso concreto, posto que se esta for inexistente o judiciário deverá anulá-la.

Para a realização da ponderação de interesses constitucionais, é indispensável à utilização do princípio da proporcionalidade, pois o raciocínio próprio deste, com seus três subprincípios, é exatamente o que deve ser utilizado na ponderação. Nas palavras de Sarmiento (2002, p. 96), “a ponderação de interesses não representa uma forma de decisionismo judicial disfarçado, já que seu método pauta-se pelo princípio da proporcionalidade, cujos critérios podem ser aferidos com certa objetividade”.

Visando solucionar as colisões entre princípios, utiliza-se o método de ponderação de bens, que se operacionaliza mediante a teoria da proporcionalidade, conforme visto anteriormente.

Existem situações em que as técnicas de interpretação tradicionais não são suficientes para solucionar conflitos envolvendo direitos fundamentais e os valores que eles representam. Conforme demonstra Marmelstein (2008, p. 386):

“A ponderação é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes. É justamente o que ocorre com a colisão de normas constitucionais, pois, nesse caso, não se pode adotar nem o critério hierárquico, nem o cronológico, nem a especialidade para resolver uma antinomia de valores.”<sup>53</sup>

---

<sup>53</sup>MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008.

Na opinião de Barroso (2009, p. 334), a ponderação é uma “técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente”.<sup>54</sup>

Importante informação é apresentada por Antunes (2006, p. 08):

“O método da ponderação de bens foi utilizado pela primeira vez no Tribunal Constitucional Federal Alemão na sentença Lüth em quinze de janeiro de 1958, na qual analisou-se e decidiu-se sobre a constitucionalidade de restrição a direito fundamental. O TCF decidiu que o direito fundamental à liberdade de expressão deveria prevalecer, uma vez que não afetava interesses de terceiros dignos de proteção. Aludida preferência resultou em função das circunstâncias do caso concreto.”<sup>55</sup>

A partir do caso Lüth, o método da ponderação de bens foi fortemente desenvolvido e consolidado na Alemanha e em outros países.

Em se tratando de um caso concreto havendo uma colisão de direitos fundamentais, sendo essas normas de mesma hierarquia, ambas válidas, a decisão normativa, legislativa ou judicial final, deverá observar o imperativo da otimização e da harmonização dos direitos que elas conferem, devem atender ainda aos postulados da unidade da Constituição e da concordância prática.

Ensina Marmelstein (2008, p. 387) que na técnica da ponderação, o jurista deverá, primeiramente, tentar conciliar ou harmonizar os interesses em jogo, pelo princípio da concordância prática. Somente depois, caso não seja possível a conciliação, é que se deve partir para o sopesamento ou para a ponderação propriamente dita.

Na visão de Moraes (2003, p. 61):

---

<sup>54</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>55</sup> ANTUNES, Roberta Pacheco. O princípio da proporcionalidade e sua aplicabilidade na problemática das provas ilícitas em matéria criminal, 2006

“quando houver conflito entre dois ou mais direitos e garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar ou combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios) sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.”<sup>56</sup>

Existem casos, entretanto que essa harmonização revela-se impossível, como explica Marmelstein (2008, p. 394):

“é nessas situações em que a harmonização se mostra inviável que o sopesamento/ ponderação é, portanto, uma atividade intelectual que, diante de valores colidentes, escolherá qual deve prevalecer e qual deve ceder. E talvez seja justamente aí que reside o grande problema da ponderação: inevitavelmente, haverá descumprimento parcial ou total de alguma norma constitucional. Quando duas normas constitucionais colidem fatalmente o juiz decidirá qual a que “vale menos” para ser sacrificada naquele caso concreto.”<sup>57</sup>

Dessa forma, fica claro que antes de se utilizar a ponderação, fazendo prevalecer um princípio sobre o outro, deve-se tentar solucionar o caso de colisão através da harmonização entre os princípios envolvidos. Deve-se “proceder a interpretação dos cânones envolvidos, para verificar se eles efetivamente se confrontam na resolução do caso, ou se, ao contrário, é possível harmonizá-los”, conforme explana Sarmiento (2002, p. 99).

Importante frisar que antes de solucionar o conflito, em se tratando de direitos fundamentais é necessário realizar a identificação dos “limites imanentes” de cada direito. Para Sarmiento (2002, p. 100), limites imanentes “representam a fronteira externa dos direitos fundamentais”.

---

<sup>56</sup>MORAIS, Alexandre de. Curso de Direito Constitucional. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003

<sup>57</sup>MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008

A fixação dos limites iminentes é anterior à resolução dos conflitos, pois só se caracterizará o conflito se a situação concreta se contiver no interior dos limites iminentes de mais de uma norma constitucional.

A observação dos limites do princípio para constatar se existe conflito realmente ou não é tarefa bastante árdua, pois é extremamente difícil delimitar um princípio, por essa razão, é indispensável que essa verificação se dê a partir de um determinado caso concreto.

Após constatar que existe de fato um conflito é possível iniciar a ponderação propriamente dita dos interesses envolvidos em disputa. Nessa fase ocorrerá o sopesamento de valores envolvidos no conflito.

Após a atribuição de pesos, será necessário decidir qual intensidade com que esse grupo de normas deve prevalecer no caso concreto. “Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio da proporcionalidade”, como ensina Barroso (2009, p. 335).

Sarmiento (2002, p. 104) fala da necessidade do julgador encontrar o peso genérico que a ordem constitucional confere a determinados princípios e ao peso específico atribuído no caso concreto, afirma que o nível de restrição de cada interesse será inversamente proporcional ao peso que representar.

O mesmo autor reafirma a importância do princípio da proporcionalidade, ao dizer que “as restrições devem ser arbitradas mediante o emprego do princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão- adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito”.<sup>58</sup> (SARMENTO, 2002, p. 104).

Uma decorrência lógica da atribuição de pesos, do processo de ponderação, é a Argumentação Jurídica, através dela os interesses contrapostos serão defendidos, para que se possa finalmente chegar à solução da colisão entre direitos, decidindo-se pela aplicação do princípio prevalente ao caso concreto e o seu grau

---

<sup>58</sup> SARMENTO, Daniel. A ponderação de Interesses na Constituição Federal. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002

de intensidade. Através da argumentação jurídica é possível se aproximar do controle da racionalidade das decisões judiciais.

Barroso (2009, p. 338) afirma que “nas hipóteses em que a solução produzida não decorre de uma lógica subsuntiva, o ônus argumentativo se potencializa, devendo o interprete demonstrar, analiticamente, a construção do seu raciocínio”<sup>59</sup>.

A utilização da técnica da ponderação dos princípios pode acarretar o risco de se servir a subjetivismos exacerbados. Envolvendo avaliações de caráter subjetivo, que poderão variar em função das circunstâncias pessoais do intérprete e de outras tantas influências. Por essa razão, é preciso ter em mente alguns limites que devem ser respeitados na utilização da ponderação.

Ao ocorrer a tensão entre dois princípios reconhecidos pelo ordenamento constitucional em vigor, o de menor peso, de acordo com as circunstâncias e condições inerentes ao caso concreto, abdica do seu lugar ao de maior valor, em uma "relação de precedência condicionada. É diferente do que ocorre com os conflitos entre regras, não são estipuladas cláusulas de exceção, pois, senão, estar-se-ia limitando o princípio constitucional para situações futuras, quando poderá preceder frente a outros valores com os quais entre em colisão. Busca-se, pelo princípio da ponderação, decidir, ante as condições do caso, qual valor possui maior peso, devendo prevalecer na situação.

A ponderação entre princípios constitucionais é tarefa das mais complexas e importantes para a manutenção da ordem constitucional coesa. Por essa razão é enorme a responsabilidade do Poder Judiciário, principalmente das Cortes Supremas dos Estados, quando do controle da constitucionalidade de leis restritivas de direitos, bem como da solução de tensões entre direitos fundamentais amparados pela Constituição, colidentes no caso concreto.

---

<sup>59</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

Há na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal alguns famosos casos onde foi utilizada a ponderação entre princípios fundamentais, alguns dos quais serão analisados nesse ponto do presente trabalho.

Famoso caso presente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no qual se utilizou a ponderação entre princípios diz respeito a uma ação declaratória, de rito ordinário, nele uma criança investigava a paternidade de seu suposto pai. O Juízo da Segunda Vara de Família e Sucessões da Comarca de Porto Alegre determinou a realização de exame de ADN (ácido desoxirribonucléico), com o objetivo de resolver a controvérsia. No entanto, o suposto pai se negou à colheita de sangue, sendo determinada, por essa razão, a execução forçada da ordem judicial, decisão mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. (STF, 2010).

Após essa decisão, em razão do suposto pai estar na iminência de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por decisão do Tribunal de Justiça Riograndense, foi impetrado o pedido de "*Habeas Corpus*" ao Supremo Tribunal Federal, onde a questão foi analisada. Por uma maioria de seis votos contra quatro, o Plenário do STF concedeu o *habeas corpus*, após tormentosos debates.

A corrente não prevalente sustentou que o direito ao conhecimento da real paternidade da criança deveria sobrepor-se ao da integridade física do pai, como informa Mendes (2008, p. 287).

A corrente vitoriosa, liderada pelo voto do ministro Marco Aurélio entendeu, porém, que o direito à intangibilidade do corpo humano não deveria ceder, na espécie, para possibilitar a feitura de prova em juízo. Fica claro que, no caso em análise, o que se ponderou não foi o direito da criança em conhecer a identidade paterna versus a intangibilidade do corpo humano, o que se julgou foi a necessidade de forçar um ser humano a dispor da integridade do seu corpo para que se pudesse fazer prova em um processo judicial.

Para alguns a decisão do Supremo não parece ser a mais acertada ao conceder *habeas corpus* para o pai não fazer o exame de forma forçada, alguns entendem que o direito do filho em conhecer sua verdadeira paternidade deveria

prevalecer sobre o direito a integridade física, que seria ferida de maneira mínima ao se realizar o exame de sangue.

De acordo com Cristóvam (2010, p.14), nesse caso o STF teve uma decisão equivocada, pois o sacrifício imposto ao suposto pai é ínfimo frente ao direito da criança em conhecer a sua verdadeira origem genética, tal direito seria “própria extensão do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, inscrito no artigo 1º , inciso III da Constituição da República”.

Entretanto, deve-se ficar claro, que o que se ponderou não foi o direito do filho em conhecer a paternidade, e sim a obtenção de uma prova judicial de maneira forçada ao direito do pai de manter a sua integridade física, posto que se poderia obter a prova judicial de diversas outras maneiras.

Portanto, parece acertada a decisão do Supremo em decidir pela não imposição de realização do exame de DNA de maneira forçada nesse caso, em razão da prevalência da integridade física sobre a necessidade de realização de prova judicial.

Outro caso que tomou enormes proporções pela divulgação na mídia nacional e internacional é o suposto “estupro carcerário” sofrido pela cantora mexicana Gloria Trevi. A cantora estava sendo investigada em seu país por envolvimento em rumoroso escândalo sexual envolvendo abuso de crianças e adolescentes, em razão disso fugiu para o Brasil, sendo presa em seguida. (STF, 2010).

Para surpresa geral, a cantora apareceu grávida quando estava sob custódia da polícia federal brasileira. Segundo a versão da suposta vítima, a gravidez foi decorrente de um estupro praticado por policiais federais responsáveis por sua guarda. Os mesmos policiais negaram enfaticamente sua participação no crime.

O caso em tela colocava em risco a reputação das instituições brasileira, considerando a possibilidade de agentes da Polícia Federal terem cometido tão absurdo atentado, um crime hediondo como o estupro.

Como informa Lane (2004, p. 14), a vítima, na ocasião, não representou os supostos autores criminalmente, não podendo o Estado promover ação penal contra

eventuais agressores da extraditanda. Ainda assim, os propensos criminosos poderiam vir a sofrer sanções administrativas.

Conforme informa Marmelstein (2008, p. 398), com o objetivo de esclarecer a questão, os policiais federais requisitaram ao Poder Judiciário brasileiro autorização para a coleta de material genético da placenta da cantora mexicana, no momento do parto, para a realização de exame de DNA com a finalidade de instruir o inquérito policial aberto para apurar das acusações de estupro feitas pela extraditanda.

Tal autorização foi deferida pela Justiça Federal brasileira, entretanto a cantora ingressou com reclamação frente ao STF. A extraditanda era definitivamente contrária à coleta de qualquer material a ser recolhido em seu parto. O supremo foi, em parte, favorável à cantora por entender que a autorização só poderia ser concedida por aquele Tribunal, em razão da extraditanda estar sob custódia, aguardando o trâmite do seu processo de extradição.

Apesar de haver acolhido a reclamação por usurpação de competência, no mérito, o Supremo deferiu a realização do exame de DNA com a utilização do material biológico da placenta retirada da cantora mexicana, utilizando a técnica da ponderação dos valores constitucionais em colisão.

A extraditanda utilizou precedentes a seu favor, afirmando que a Corte Brasileira considera a realização do exame como uma lesão à intimidade e à intangibilidade corporal, além de ser uma grave afronta à dignidade da pessoa humana.

Como argumentos apresentados a favor da cantora, pode-se afirmar que a “extraditanda goza, enquanto pessoa humana e mãe, do direito exclusivo de autorizar ou não a realização do exame material genético dela e de seu filho”. Considera-se ainda que a apreensão de material à sua revelia é uma extrema invasão na sua intimidade e vida privada, direitos estes protegidos pela Constituição Federal em seus artigo 5º, incisos X e XLIX. Argumentos utilizados pelos advogados da autora na citada reclamação, e reproduzidos por Lane (2004, p. 17).

Em relação aos argumentos contrários a pretensão da autora da reclamação de não se realizar o exame de DNA pode-se citar:

“o exame de DNA seria o único meio de esclarecer as circunstâncias da gravidez e com isso apurar as responsabilidades administrativas e penais; considera-se importante que os policiais federais que se encontravam trabalhando e na custódia comprometeram-se espontaneamente a fornecer material genético; a mídia deu contornos nacionais ao caso questionando instituições brasileiras; há o interesse do outro país, México; estão envolvidos 50 policiais e 11 detentos e ex-detentos com o interesse de buscar a verdade real em favor da defesa da honra e dignidade; o direito à intimidade da extraditanda é numérica e substancialmente inferior dos 61 injustiçados e da criança acerca de sua paternidade; não há qualquer procedimento invasivo na coleta da placenta, considerada como “lixo biológico”.<sup>60</sup> (LANE, 2004, p. 17)

A partir da análise dos argumentos, decidiu-se pela realização do exame de DNA para se confirmar ou excluir a paternidade da criança pelos acusados, em consequência apurar a ocorrência do suposto estupro, ao final, realizou-se o exame e concluiu-se pela negativa da paternidade pelos policiais federais que custodiavam a extraditanda, restabelecendo-se a honra desses cidadãos, concluiu-se que o verdadeiro pai da criança era o namorado da cantora, muito embora a forma como se deu concepção permaneça um mistério, conforme salienta Marmelstein (2008, p. 399).

---

<sup>60</sup>LANE, Renata. (2004), O entendimento do STF em alguns casos de colisão de direitos fundamentais. Monografia de conclusão de curso da Escola de Formação. Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2004.

#### **XIV - Jurisprudência**

Processo: ACR 25994 SP 1999.03.99.025994-2

Relator(a): JUIZA RAMZA TARTUCE

Julgamento: 05/12/2000

Publicação: DJU DATA:05/12/2000

PENAL - PROCESSO PENAL - PECULATO TENTADO - (ART.312, parágrafo 1º, c/c artigo 14, inciso II, CP)- MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - ELEMENTO SUBJETIVO PRESENTE - VALOR ECONÔMICO IRRELEVANTE - RECURSO PROVIDO. ABSOLVIÇÃO. SENTENÇA REFORMADA.

1. A materialidade e a autoria do delito estão comprovadas por intermédio do Termo de Constatação, do Auto de Avaliação Indireta, bem como pelos diversos depoimentos colhidos, tanto na fase policial como na via judicial.

2. O Direito Penal erige, como princípio informativo, na hipótese do furto, o valor econômico ou afetivo correspondente ao bem jurídico ofendido.

3. Uma caixa de cigarros avaliada em R\$ 250,00 e destinada a incineração não se reveste da correspondência econômica e, menos ainda, do valor afetivo, que a Lei Penal e a jurisprudência unânime propõem para justificar a imposição de uma sanção negativa ao autor do delito, configurando-se numa causa supralegal de exclusão da ilicitude.

4. Recurso da defesa provido. Absolvição do apelante. Sentença reformada.

## **XV - Conclusão**

No presente trabalho buscou-se entender o que é a causa supralegal de exclusão da ilicitude e os conceitos a ela correlacionados, seu reconhecimento pela doutrina e jurisprudência e sua importância dentro do ordenamento jurídico atual.

Destaque-se que existe uma diferença entre os termos ilicitude e antijuridicidade, pois no Direito, a infração penal constitui-se em um fato jurídico, já que o seu acontecimento provoca efeitos jurídicos. Logo, é incoerente a ideia de que um fato jurídico seja antijurídico. O termo “ilicitude” é, portanto, correto e preciso sob o ponto de vista da técnica jurídica.

Tratou-se também das formas de ilicitude penal, bem como, da evolução histórica das causas de exclusão da ilicitude e de sua classificação em genéricas e específicas, gerais e especiais, legais e supraleais.

Sobre o reconhecimento e aplicabilidade da causa supralegal de exclusão da ilicitude ficou demonstrado que a doutrina reconhece sua existência e que a jurisprudência confere efetiva aplicabilidade à mesma.

Dado o conhecimento de que o consentimento do ofendido é uma causa supralegal de exclusão da ilicitude comumente aceita é relevante mencionar que existem outras causas excludentes citadas pelos doutrinadores dentre os quais o Eminent Professor Flávio Augusto Monteiro de Barros como: o Princípio da Adequação Social, o Princípio do Balanço dos Bens ou da Proporcionalidade e o Princípio da Insignificância ou Bagatela. Dentre essas causas supraleais excludentes da ilicitude a que mais chama atenção pela sua complexidade, relevância e abertura para a arte da argumentação, bem como, por remeter de imediato para um dos temas mais empolgantes do Direito Constitucional com repercussões que transcendem o Direito Pátrio adentrando a esfera do Direito Internacional está o Princípio do Balanço dos Bens ou da Proporcionalidade.

Princípio este que leva o operador do direito de imediato ao tema constitucional da colisão entre direitos fundamentais e as formas de solução desses choques.

Uma das mais relevantes características dos direitos fundamentais é a sua relatividade, ou seja, não são revestidos de caráter absoluto, em caso de conflitos entre eles, deve-se ponderar para que prevaleça o mais adequado ao caso concreto. Considerar os direitos fundamentais como princípios significa, portanto, aceitar que não há direitos com caráter absoluto, já que eles são passíveis de restrições recíprocas.

Como os princípios são atemporais, não perdendo a validade, a solução no caso de conflitos é resolvida através da valoração de cada um diante do caso concreto através da técnica de ponderação.

Os conflitos entre Direitos Fundamentais surgem por vivermos em um Estado Democrático de Direito, e como tal a nossa Constituição Federal reflete inúmeras ideologias diferentes através dos direitos fundamentais positivados. Essas ideologias, por diversas vezes acabam chocando-se entre si.

O princípio da proporcionalidade é o meio através do qual se operacionaliza o método da ponderação entre direitos fundamentais para se solucionar as colisões.

Objetivando resolver as colisões entre princípios, utiliza-se o método de ponderação entre princípios constitucionais. Após concluir pela necessidade da ponderação, deve-se buscar no caso concreto, os limites iminentes dos princípios envolvidos para se ter certeza da existência real do conflito entre eles. Passada essa etapa realiza-se o sopesamento entre os valores em questão, solucionando-se o conflito, isso ocorre através da Argumentação Jurídica.

A ponderação entre princípios constitucionais é labor dos mais complexos e importantes para a defesa da Constituição. Por ser o Supremo Tribunal Federal o guardião da Constituição é este órgão máximo do Judiciário que julga esses conflitos com temas tão proeminentes.

Buscou-se dessa forma reunir amplas informações teóricas pertinentes sobre o tema causa supralegal de exclusão da ilicitude e a sua aplicação prática pelos operadores do direito.

## **XVI - Referências Bibliográficas**

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradutor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANTUNES, Roberta Pacheco. *O princípio da proporcionalidade e sua aplicabilidade na problemática das provas ilícitas em matéria criminal*, 2006.

ASSIS, Wilson Rocha. *A normatividade dos princípios e a pós-modernidade*, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro. *Direito Penal. Parte Geral*. 9ª Edição. Volume 1.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. IN BARROSO, Luís Roberto. Org. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 9. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL. Constituição, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 71.373/RS. Brasília, DF, 22 de novembro de 1996. Lex: Diário da Justiça da União, DJU. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/>>. Acesso em: 26 de agosto de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal federal. Informativo n. 74, Brasília de 02 a 06 de junho de 1997. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo74.htm>. Acesso em: 28 de agosto de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 153.531-8. Recorrente: Associação Amigos de Petrópolis proteção aos animais e defesa da ecologia e outro. Recorrido: Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Francisco Rezek. Brasília, DF, 3 de junho de 1997. [Jurisprudência/pesquisa]. Brasília, DF, 2009a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RE.SCLA.+E+153531.NUME.&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 28 de agosto de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação QO n. 2040-1/DF, rel Min. Néri da Silveira. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RclQO.SCLA.%20E%202040.NUME.&base=baseAcordaos>. Acesso em: 25 de agosto de 2010.

BRASIL, Código Penal Dos Estados Unidos do Brasil, Senado Federal. Decreto nº 847/1890. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaBasica.action>>.

BRASIL. Código Penal, Senado Federal. Decreto-lei 1.004/1969. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaBasica.action>>.

CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado de. Colisão de Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. Curso de Direito Penal. 3. ed. v. 1. São Paulo, Saraiva, 1995.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A resolução das colisões entre princípios constitucionais, 2010.

DELMANTO, Celso et al. Código Penal Comentado. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal. 1. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de direitos. 2ª ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

FILHO, Willis Santiago Guerra. A doutrina dos princípios jurídicos e a teoria dos direitos fundamentais como partes de uma teoria fundamental do direito. p. 103. IN Revista de Direito do estado. Rio de janeiro: Renovar, 2006.

JESUS, Damásio Evangelista. Direito Penal. Parte Geral. 18ª Edição. Volume 1.

LANE, Renata. (2004), O entendimento do STF em alguns casos de colisão de direitos fundamentais. Monografia de conclusão de curso da Escola de Formação. Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2004.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 10 ed. São Paulo: Método, 2006.

LIMA, João Batista de Souza. As Mais Antigas Normas de Direito. 2. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

LINHARES, Marcello Jardim. Legítima Defesa. 1. ed. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008.

MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Penal. 1. ed. v. 1. São Paulo: Millennium, 2002.

MASSON, Cleber. Direito Penal Esquematizado. 3ª edição.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e controle de Constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. Parte Geral. 27ª Edição. Volume 1.

MORAIS, Alexandre de. Curso de Direito Constitucional. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NORONHA, Magalhães E. Direito Penal. 38. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2004.

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. São Paulo: Método. 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 6. ed. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PIRES, André de Oliveira. Estado de necessidade. v. 1. São Paulo: Juarez de Oliveira Ltda, 2000.

PONTES, Tiago Ribeiro. Código Penal Brasileiro. 8. ed. 1. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1977.

PRADO Luis Regis. Curso de Direito penal Brasileiro. 5. ed. v. 1. São Paulo: Revista Dos Tribunais. 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: livraria do advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. A ponderação de Interesses na Constituição Federal. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio. Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TELES, Ney Moura. Direito Penal. 1. ed. v. 1. São Paulo: LED, 1996.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. 5. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva. 1994.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Enrique. Direito Penal Brasileiro. 2. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

VALE, André Rufino do. Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva, 2009.