

WADARLAINGTON CÉSAR DE ANDRADE

**INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA NO ÂMBITO DA PROPRIEDADE
PRIVADA COMO CAUSA DE AFASTAMENTO DE UMA POSSIVEL AÇÃO PENAL**

Ji-Paraná,
2019

WADARLAINGTON CÉSAR DE ANDRADE

**INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA NO ÂMBITO DA PROPRIEDADE
PRIVADA COMO CAUSA DE AFASTAMENTO DE UMA POSSIVEL AÇÃO PENAL**

Artigo apresentado no curso de graduação em Direito, ao Ensino Superior do Centro Universitário São Lucas 2019, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Rosicler Carminato
Guedes de Paiva

Ji-Paraná,
2019

A553i

Andrade, Wadarlaington César de

Inexigibilidade de conduta diversa no âmbito da propriedade privada como causa de afastamento de uma possível ação penal / Wadarlaington César de Andrade. Ji-Paraná: Centro Universitário São Lucas, 2019.

21 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Centro Universitário São Lucas, Curso de Direito, Ji-Paraná, 2019.

Orientadora: Profª. Rosicler Carminato Guedes de Paiva

1. Inexigibilidade de conduta diversa. 2. Propriedade privada. 3. Razoabilidade. 4. Isenção de pena. I. Paiva, Rosicler Carminato Guedes de. II. Inexigibilidade de conduta diversa no âmbito da propriedade privada como causa de afastamento de uma possível ação penal. III. Centro Universitário São Lucas.

CDU 343.8

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário José Fernando S Magalhães
CRB 11/1091

WADARLAINGTON CÉSAR DE ANDRADE

**INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA NO ÂMBITO DA PROPRIEDADE
PRIVADA COMO CAUSA DE AFASTAMENTO DE UMA POSSIVEL AÇÃO PENAL**

Artigo apresentado à Banca
Examinadora do Centro Universitário
São Lucas, como requisito de
aprovação para obtenção do Título de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Rosicler Carminato
Guedes de Paiva.

Ji-paraná, _____ de _____ de 2019.

Resultado: _____.

Avaliadores

Titulação e Nome

Instituição

Titulação e Nome

Instituição

Titulação e Nome

Instituição

INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA NO ÂMBITO DA PROPRIEDADE PRIVADA COMO CAUSA DE AFASTAMENTO DE UMA POSSÍVEL AÇÃO PENAL¹

Wadarlaington César de Andrade²

Rosicler Carminato Guedes de Paiva³

RESUMO: O artigo aqui apresentado objetiva desenvolver uma análise jurídica acerca da inexigibilidade de conduta diversa ante uma injusta agressão dentro da propriedade privada, afastando uma possível ação penal para assim evitar os malefícios que esta trará ao jurisdicionado. Inicia-se conceituando o direito de propriedade, este investido no Direito Civil, que tem como desiderato tratar do direito privado, aquele que disciplina as relações estabelecidas entre particulares, posteriormente dá continuidade ao estudo analisando o instituto da inexigibilidade de conduta diversa que é uma excludente de culpabilidade, esta investida no Direito Penal, que tem como desiderato o direito público, aquele que rege os interesses estatais e sociais ou que disciplinam as relações de natureza pública, trazendo o dever de punir pelo Estado. Neste sentido objetiva o presente artigo desenvolver através do princípio da razoabilidade, uma análise jurídica acerca da inexigibilidade de conduta diversa no âmbito da propriedade privada como causa de isenção de pena, aferindo-se a culpabilidade da teoria tripartite de crime, bem como afastar a instauração de um processo crime ainda em fase de inquérito pelo não indiciamento pelo delegado e apresentar os males sofridos caso seja indiciado.

Palavras-chave: Inexigibilidade de conduta diversa. Propriedade privada. Razoabilidade. Isenção de pena.

MISCONDUCT OF MISCELLANEOUS CONDUCT IN THE FRAMEWORK OF PRIVATE PROPERTY AS A CAUSE OF DEPARTURE OF CRIME GENERAL THEORY CULPABILITY

ABSTRACT: The article presented here aims to develop a legal analysis on the unenforceability of different conduct before an unfair aggression within private property, ruling out a possible criminal action to avoid the harm that it will bring to the jurisdiction. It begins by conceptualizing the right to property, which is invested in Civil Law, whose purpose is to deal with private law, the one that disciplines the relationships established between individuals, later continues the study by analyzing the institute of the unenforceability of diverse conduct that is an exclusionary one. of guilt, this is invested in Criminal Law, which has as its objective public law, the one that governs state and social interests or that regulate public relations, bringing the duty to punish the State. In this sense, the aim of this article is to develop, through the principle of reasonableness, a legal analysis about the unenforceability of different conduct in the area of private property as a cause of exemption from punishment, by assessing the culpability of the tripartite theory of crime, as well as ruling out the establishment of a criminal case still under investigation for non-indictment by the delegate and to present the evils suffered if it is indicted.

Keywords: Unenforceability of different conduct. Private property. Reasonableness. Exemption from penalty.

¹ Trabalho de Conclusão de Curso apresentado para obtenção de grau de Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Lucas de Ji-Paraná/RO, em 2019/2.

² Acadêmico do 10º período do Curso de Direito do Centro Universitário São Lucas – Ji-Paraná/RO. Email:w.cesar.adv@gmail.com

³ Professora orientadora, especialista em Direito penal e processual penal pela Universidade Vale do Rio Doce, Minas Gerais; Professora e Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário São Lucas Ji-paraná. endereço eletrônico: rosicler.paiva@saolucas.edu.br.

INTRODUÇÃO

O artigo aqui apresentado objetiva desenvolver uma análise jurídica acerca da inexigibilidade de conduta diversa ante uma injusta agressão dentro da propriedade privada, afastando-se uma possível ação penal para assim evitar os malefícios que esta trará ao jurisdicionado.

Inicia-se a argumentação com uma abordagem do conceito de propriedade. O conceito de propriedade fora concebido como uma relação entre uma pessoa e uma coisa, de caráter absoluto, natural e imprescritível. Com a evolução do conceito, passou-se a entendê-lo como uma relação entre um indivíduo e um sujeito passivo universal integrado por todas as pessoas, o que tem o dever de respeitá-lo. Assim, o direito de propriedade se revela como um modo de imputação jurídica de uma coisa a um sujeito.

A propriedade privada possui tamanha dimensão na formação do Estado que a Magna Carta, em seu artigo 5º, XXII, destaca ser garantido o direito de propriedade.

No mesmo sentido, com maior rigor, preconiza o artigo 5º, XI, da Constituição Federal de 1988, ser casa um asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial (BRASIL, 1988).

Nota-se, assim, o destaque do constituinte ao conceito sob análise, erigindo a propriedade privada à base das garantias constitucionais, sendo dever do Estado tutelar e garantir ao cidadão, proprietário de um bem, de proteger-se contra aquele que adentra sem permissão, sendo em grande parte com o objetivo de cometer crimes contra o patrimônio.

É sobremodo importante destacar que o Estado tem o monopólio da justiça e da segurança, devendo este proteger os jurisdicionados em todos os lugares, sob pena de macular o contrato social.

Não obstante todos os esforços empreendidos pelo Estado em garantir a segurança do cidadão, constata-se que este não possui efetivo suficiente e capaz para estar em todos os lugares, ou seja, em certas situações o cidadão deve ter o

direito de se defender, sem, contudo, sofrer as investidas de uma ação penal, visto que esta é extremamente lesiva.

Um dos princípios que regem o Código Penal é o da intervenção mínima, que, em síntese, nada mais é do que o caráter fragmentário, protegendo apenas os bens jurídicos mais importantes e em caso de lesões de maior gravidade.

Assim, observa-se de *prima facie* não ser crível que um cidadão, dentro de sua propriedade privada, frente ao malfeitor, seja compelido a manter-se inerte, vendo sua propriedade sendo devastada e seus bens subtraídos, e, na grande maioria das vezes, sofrendo risco de morte.

Nessa senda, tendo em vista o direito de propriedade privada consagrado na Lei Maior, bem como nas leis infraconstitucionais, é que inicia a discussão sobre a temática, visando arguir a excludente de culpabilidade quando o proprietário comete um crime nos limites de sua propriedade por inexigibilidade de conduta diversa, ou seja, quando não lhe era possível exigir outra forma de agir senão atentar contra o invasor na defesa de sua propriedade na de sua vida e na defesa da vida de quem ali se encontrar.

Por fim, busca demonstrar a isenção de culpa do proprietário quando mesmo que em contrariedade as normas legislativas, por não lhe ser exigido outra forma de agir, este age por inexigibilidade de conduta diversa, afim de, afastar uma possível ação penal e trazer a tona os males advindos ao proprietário que comete um crime contra o delinquente dentro de sua propriedade privada.

1. CONCEITO DE PROPRIEDADE

Delinear o conceito de propriedade privada nunca foi fácil entre os doutrinadores civilistas, mas prioristicamente é o direito, dentro dos limites normativos, de usar, gozar, dispor e reivindicar um bem corpóreo ou incorpóreo.

No brilhantismo que lhe é peculiar, Damásio Evangelista de Jesus, na seara criminal, preleciona:

O Código Penal, não protege o domicílio definido pelo legislador civil, o qual conceitua como o lugar onde a pessoa reside com ânimo definitivo, informando que o legislador procurou proteger o lar, a casa, no caso seria o lugar onde alguém mora, como por exemplo: barraca de campista, barraco

de favela ou rancho de pescador, não importando se a moradia seja de forma permanente, transitória ou eventual (JESUS, 2007, p. 531).

Entre os doutrinadores contemporâneos, Caio Mário da Silva Pereira leciona “que não há um conceito inflexível de propriedade, apontando as alterações sociológicas que podem atingi-la (socialização da propriedade)”. Conclui afirmado que:

Direito real por excelência, direito subjetivo padrão, ou ‘direito fundamental’ (Pugliatti, Natolli, Plainol e Ripert e Boulanger), a propriedade mais se sente do que se define, à luz dos critérios informativos da civilização romana-cristã. A ideia de ‘meu e teu’, a noção do assenhoreamento de bens corpóreos e incorpóreos independe do grau de cumprimento ou do desenvolvimento intelectual. Não é apenas o homem do direito ou do *business man* que a percebe. Os menos cultivados, os espíritos mais rudes, e até crianças tem delas a noção inata, defendem a relação jurídica dominial, resistem ao desapossamento, combatem o ladrão. Todos ‘sentem’ o fenômeno propriedade (PEREIRA, 2004, p. 89).

Mais do que poder ver e apalpar é o simples fato de saber que se detém uma propriedade como que por um extinto, sequer seja necessário saber o que é uma propriedade, basta tê-la, para que de modo natural revele-se o sentimento de posse, domínio, usufruto, bem como o de proteção da mesma por aquele que por direito a possui.

Em síntese, podemos afirmar que propriedade apresenta-se por aquilo que se possui por direito adquirido, seja um bem corpóreo ou incorpóreo, por mínimo que seja seu tamanho ou valor, mas que suficiente para se usar, gozar, dispor, proteger e reivindicar daquele que de forma injusta a detenha.

2. DIREITO DE PROPRIEDADE

Como bem definiu Flávio Tartuce, “propriedade é o direito que alguém possui em relação a um bem determinado (...)”, nesse sentido, podemos dizer que um determinado bem que adquiro de forma lícita, é meu por direito ou é de minha propriedade. Assim, obviamente posso ter como propriedade qualquer bem que venho a adquirir de forma lícita, desde o mais simples objeto até uma propriedade urbana ou rural.

Desta forma, sendo colocado como bem a propriedade urbana ou rural, é que chegamos a um dos objetos de nossa pesquisa que é o direito de propriedade privada, sendo assim, o proprietário ou quem ali estiver sob o consentimento do

mesmo, este tem não tão somente o direito, mas também o dever de protegê-la de quem quer que a invada sem que esteja arrimado pelo art. 5º, XI de nossa Carta Maior.

Assim, temos que o proprietário ou qualquer outra pessoa que age por inexigibilidade de conduta diversa dentro dos limites de uma propriedade privada, quando esta é invadida ou **violada**, mesmo que em contrariedade as normas legislativas, por não lhe ser exigido outra forma de agir, este age dentro do direito de defesa daquilo que é seu, da sua vida ou da vida de outrem ali se encontra, tendo em vista garantida a inviolabilidade da propriedade privada conforme consta no Artigo 5º caput. da Constituição Federal de 1988, in verbis:

Art. 5º todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à **propriedade**, nos termos seguintes (BRASIL, 1988).

Observa-se que o legislador consagra no artigo 5º da Constituição Federal da Republica Federativa do Brasil de 1988, a garantia ao Direito de Propriedade, e a esta a inviolabilidade, subtende-se também ser um direito individual por assim dizer, é um direito de tal forma tão forte, robusto e consistente que o artigo supracitado é considerado clausula pétrea, aquele que não pode ser alterado dentro da Constituição Federal nem mesmo por emenda constitucional.

No que tange ao artigo constitucional supracitado, Thélío Queiroz Farias com o brilhantismo que lhe é peculiar define da seguinte forma:

A exegese do dispositivo Constitucional supracitado leva-nos a concluir que a norma escrita é essencial para o suprimento das necessidades sociais, pois garante, sem ressalvas, o gozo aos direitos sociais fundamentais de forma igualitária e inviolável. Em um Estado Democrático de Direito, as leis são a base do direito, ou seja, não fazemos somente o que almejamos, e sim respeitamos preceitos legais expressos, com cunho de facilitar o convívio social, a segurança e usufruto dos direitos e cumprimentos das obrigações legalmente previstas (FARIAS, 2017, p. 61).

Numa definição sucinta nota-se uma afirmação de que a norma constitucional prevê uma igualdade a todos perante a lei, confirmando a todos os direitos e obrigações iguais, transformando numa sociedade justa sem desigualdades e respeito para com todos. Sendo assim, todos tem direito a propriedade, contudo, não é admissível a invocação do princípio da igualdade como pretexto para o direito

de adentrar em propriedade alheia, igualdade de direito não legitima ação ilícita sob pretexto de igualdade social. Por outro lado, aquele que detém o objeto como propriedade, esta legitimado a agir em defesa de sua posse e de seu usufruto na proporção de como é atacado.

Em seu artigo 5º, inciso XI, a Constituição Federal de 1988 dá ênfase a garantia de inviolabilidade do lar, dispondo assim tal inciso:

Art. 5º - [...]

[...]

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial (BRASIL, 1988).

Nessa senda, ninguém tem o direito de adentrar na propriedade alheia sem o amparo legal do inciso XI, artigo 5º da Constituição Federal de 1988, sob pena de ser repreendido proporcionalmente pelo seu proprietário, pois, quem se acha no direito de adentrar no que não lhe pertence sem prévio consentimento, se deparará igualmente no direito de defesa daquele que detém a propriedade, sob o direito que constitucionalmente lhe é dado sobre esta.

Reforçando o referido direito temos ainda no artigo 5º, XXII, “Art. 5º - [...] XXII – é garantido o direito de propriedade” (BRASIL, 1988).

Em análise ao artigo constitucional acima, podemos ratificar que é um direito fundamental, tem a garantia do referido dispositivo constitucional, assim, o direito de propriedade tem garantia constitucional, desta forma movimenta o titular do domínio territorial da propriedade particular os poderes inerentes sobre a mesma, tais direitos são exclusivos e absolutos em sua plenitude, podendo o seu proprietário, dispô-la da forma que bem lhe convir.

Pelo exposto no que tange a Constituição Federal de 1988 não resta dúvidas quanto ao direito de propriedade.

Não obstante, o Código Civil de 2002 reforça o direito de propriedade trazendo diversos artigos que tratam sobre o tema, sobretudo destaquemos três destes artigos os quais sintetizam muito bem a essência de direito de propriedade, suficientes para um bom esclarecimento sobre o assunto ora destacado, o que nos proporcionará um melhor entendimento sobre nosso assunto principal pesquisado. São estes os artigos:

Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes à propriedade.

[...]

Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

[...]

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar, e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem que injustamente a possua ou detenha (BRASIL, 2002).

Aquele que detém licitamente a posse de um determinado bem, contém para si pleno ou não os poderes específicos à propriedade, dessarte, aquele que detém licitamente a posse, sofrendo expropriação ou perturbação, tem garantido o direito de se manter sob a posse do bem, ainda, se este julgar que esteja sob clara ameaça de ser atacado, lhe é assegurado o direito de proporcionalmente agir em defesa daquilo que possui e que esta sob ameaça alheia, tanto aquele que possui de forma lícita, quanto o proprietário legítimo de determinado bem, nutre a possibilidade de usar, gozar e se desfazer da coisa, assim como, de reivindicá-la de volta daquele que impropriamente a adquiriu.

Os direitos de propriedade trazidos pelo Código Civil de 2002 e acima explanados são melhores aduzidos pelo brilhante conhecimento de Carlos Roberto Gonçalves que assim expõe sua ideia:

a) o direito de usar (*jus utendi*), que consiste no fato do dono da propriedade poder servir-se da coisa e utilizá-la da maneira que melhor achar conveniente; b) o direito de usufruir (*jus fruendi*), que consiste no fato do dono da propriedade retirar os frutos concebidos por esta última; c) o direito de dispor da coisa (*jus abutendi*), que consiste no fato do proprietário poder transferir ou alienar a propriedade a terceiro e d) o direito de reaver a coisa (*rei vindicatio*), que consiste no fato do proprietário poder reivindicar a coisa que esteja injustamente nas mãos de outrem (GONÇALVES, 2012, p. 106).

Ainda sobre os direitos de propriedade, Flavio Tartuce nos abrilhanta através de seu reconhecido saber jurídico apresentando-nos de forma mais ampla tais características sobre o referido direito:

a) Direito absoluto, em regra, mas que deve ser relativizado em algumas situações – Restou bem claro que a propriedade é o mais completo dos direitos reais. Diante do seu caráter erga omnes, ou seja, contra todos, é comum afirmar que a propriedade é um direito absoluto. Também no sentido de certo absolutismo, o proprietário pode desfrutar do bem como

bem entender. Todavia, como se expôs, existem claras limitações dispostas no interesse do coletivo, caso da função social e socioambiental da propriedade (art. 1.228, §1º, do CC/2002). Além disso, não se pode esquecer a comum existência de um direito de propriedade frente aos outros direitos da mesma espécie, nos termos do art. 1.231 do CC/2002, segundo o qual se admite a prova em contrário da propriedade de determinada pessoa. Ora, o direito de propriedade até tem natureza absoluta se comparado com os direitos pessoais de caráter patrimonial. Entretanto, a propriedade deve ser relativizada se encontrar pela frente um direito da personalidade ou um direito fundamental protegido pelo Texto Maior. Por tudo isso, é forçoso deduzir que se trata de um direito absoluto, regra geral, mas que pode e deve ser relativizado em muitas situações.

b) Direito exclusivo – Determinada coisa não pode pertencer a mais de uma pessoa, salvo os casos de condomínio ou copropriedade, hipótese que também não retira o seu caráter de exclusividade (Diniz, Maria Helena. Curso..., 2006, v. 4, p. 116). Isso justifica a presente característica, a ser retirada do art. 1.231 do CC/2002, segundo a qual a propriedade presume-se plena e exclusiva, salvo prova ou previsão em contrário (presunção relativa ou *iuris tantum*). É correto afirmar, assim, que apesar de um direito exclusivo, a propriedade envolve interesses de outras pessoas, e até de toda a sociedade, que almejam o atendimento a sua função social.

c) Direito Perpétuo – O direito de propriedade permanece independentemente do seu exercício, enquanto não houver causa modificativa ou extintiva, sejam elas de origem legal ou convencional. A propriedade, por tal característica, pode ser comparada a um motor em constante funcionamento, que não para, em regra (moto contínuo), a não ser surja um fato novo que interrompa o seu funcionamento. A propriedade, regra geral, não pode ser extinta pelo não uso, a não ser nos casos de usucapião, como se estudará oportunamente.

d) Direito elástico – Característica que é atribuída, na doutrina nacional, a Orlando Gomes, a propriedade pode ser distendida ou contraída quanto ao seu exercício, conforme sejam adicionados ou retirados os atributos que são destacáveis (GOMES, Orlando, Direitos reais..., 2004, p. 110). Na propriedade plena, o direito se encontra no grau máximo de elasticidade, havendo uma redução nos direitos reais de gozo ou fruição e nos direitos reais de garantia.

e) Direito complexo – Por tudo o que aqui está sendo exposta, a propriedade é um direito por demais complexo, particularmente pela relação com os quatro atributos constantes do caput do art. 1.228 do CC/2002.

f) Direito fundamental – Por fim, não se pode esquecer que a propriedade é um direito fundamental, pelo que consta do art. 5º, incs, XXII e XXIII, da Constituição Federal. Esse caráter faz com que a proteção do direito de propriedade e a correspondente função social sejam aplicadas de forma imediata nas relações entre particulares, pelo que consta do art. 5º, § 1º, do Texto Maior (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Em reforço, o direito de propriedade pode ser ponderado frente a outros direitos tidos como fundamentais, caso da dignidade humana (art. 1º, inc. III, da CF/1988), particularmente naqueles casos de difícil solução – técnica de ponderação, desenvolvida, entre outros, por Robert Alexy (TARTUCE, 2015, P. 143-144).

Numa abordagem sobre direito de propriedade, considerando tanto o Código Civil de 2002 quanto a Constituição Federal de 1988, a conclusão é que o direito de propriedade é absoluto, exclusivo e dominial, mas, que pode ser relativizado quando este legalmente é reivindicado por terceiro, pela sociedade ou mesmo pelo Estado. Contudo, a possibilidade de uma relativização do direito de propriedade não afasta

do proprietário seu poder absoluto e exclusivo nem mesmo seu domínio de usar, gozar e se desfazer da coisa como e quando assim desejar, tão pouco não lhe afasta o direito de proporcionalmente agir em sua defesa.

3. A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA NO ÂMBITO DA PROPRIEDADE PRIVADA

Ab initio, faz-se necessário compreender o conceito analítico de crime, sendo este dividido em fato típico, antijurídico e culpável. Para a configuração do ilícito penal é imprescindível o preenchimento dos três.

O fato típico compreende a conduta, resultado, nexos de causalidade, tipicidade.

Já a antijuridicidade é compreendida pelo estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito.

Por fim, como objeto da pesquisa, inserido na culpabilidade, encontram-se a imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da ilicitude.

A pesquisa delimita-se a análise da exigibilidade de conduta diversa no âmbito da propriedade privada como causa de afastamento de crime em uma possível ação penal.

A excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa encontra-se prevista no artigo 22 do Código penal, *ipsis litteris*: “Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem”.

Observa-se que a inexigibilidade de conduta diversa não se encontra diretamente consignada no artigo supracitado, mas legitima o autor por se tratar de causa supralegal de excludente de culpabilidade.

Com o brilhantismo que lhe é peculiar, Cleber Masson (2015, p. 546-547) disserta:

Modernamente tem sido sustentada a possibilidade de formulação de causas excludentes da culpabilidade não previstas em lei, ou seja, supralegais e distintas da coação moral irresistível e da obediência hierárquica. Essas causas supralegais se fundamentam em dois pontos: 1) a inexigibilidade de conduta diversa constitui-se em princípio geral da culpabilidade, que dela não pode se desvencilhar. Em verdade, não se admite a responsabilização penal de comportamentos inevitáveis; e 2) a aceitação se coaduna com a regra de *nullum crimen sine culpa*, acolhida pelo artigo 19 do Código Penal.

De fato, a inexigibilidade de conduta diversa deve ser entendida quando o agente age contrariando as leis, mas que a ação se torna legítima, vez que não lhe era exigível conduta diversa. É nesse cenário que a causa de exclusão mencionada encontra amparo para tutelar aquele que comete um crime quando outra alternativa não lhe era exigida, afastando-se, desta forma, a culpabilidade e como consequência o crime.

Trazendo à baila a excludente em comento, Cleber Masson (2015, p. 546) cita o caso da parteira dos filhos de mineradores:

A empresa exploradora de uma mina acordou com seus empregados que, no dia do parto da esposa de um operário, este ficaria dispensado dos serviços, sem prejuízo de seu salário. Os operários solicitaram da parteira encarregada dos partos que, no caso de nascimento verificado em domingo, declarar-se no registro civil que o parto de verificara em dia de serviço, ameaçando-a de não procurar seu mister se não os atendesse. Temorosa de ficar sem trabalho, a parteira acabou em situação difícil, por atender à exigência, e tornou-se autora de uma série de declarações falsas no Registro de Nascimento. Foi absolvida, por inexigibilidade de conduta diversa.

Percebe-se com clarividência que em certos casos o agente não tem outra alternativa a não ser amoldar-se contrariamente à norma posta, repelindo aquilo que lhe traria prejuízos materiais ou a própria vida.

Nesse sentido, o proprietário que repele uma injusta agressão, dentro dos limites de sua propriedade, deve ter a proteção da causa supralegal de excludente de culpabilidade, isentando-o de uma ação criminal. Em casos tais, em iminência de ter seu patrimônio subtraído ou sua vida ceifada, longe da proteção da segurança pública, o proprietário não pode ser penalizado quando do cometimento de um crime contra o marginal.

Todavia, ante o crime praticado pelo proprietário, a perícia deve demonstrar cabalmente ter o crime ocorrido dentro dos limites da propriedade privada, restando, substancialmente demonstrado que ao proprietário não lhe cabia outra forma de agir, ou seja, que o fato não comporta conduta diversa, excluindo, assim, a culpabilidade, considerada um dos pilares da análise da conduta criminosa.

Segundo Rogério Greco (2015, p. 469), há outras causas que isenta de pena uma conduta avessa à norma, destacando que:

(...) no inciso II do artigo 128 do Código Penal, que diz não ser punível aborto praticado por médico se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido do consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. Conclui destacando, com a devida vênia aos doutrinadores contrários ao entendimento, que o artigo supramencionado cuidou de uma hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, não se podendo exigir da gestante que sofreu a violência sexual a manutenção da sua gravidez, razão pela qual, optando-se pelo aborto, o fato será típico e ilícito, mas deixará de ser culpável.

O intuito da inexigibilidade de conduta diversa, conforme posicionamento supra, é afastar a culpabilidade do agente frente à afronta à norma regulamentadora de conduta, quando em defesa de um direito tutelado o agente comete um crime estritamente por não haver outra forma de agir, afastando-se o crime.

A Constituição Federal de 1988 traz em seu artigo 5º, inciso XI, a garantia de inviolabilidade do lar, dispõe então tal inciso:

Art. 5º - [...]

XI - A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial (BRASIL, 1988).

Fica óbvio então dizer que qualquer um que invada uma propriedade alheia, sem que este esteja amparado pelo o que versa o inciso XI, do artigo 5º, estará cometendo crime tanto contra o proprietário do domicílio quanto também estará afrontando uma garantia constitucional.

A constituição está reconhecendo que o homem tem direito fundamental a um lugar em que, só ou com sua família gozará de uma esfera jurídica privada e íntima, que terá que ser respeitada como sagrada manifestação da pessoa humana. A casa como asilo inviolável comporta o direito de vida doméstica livre de intromissão estranha, o que caracteriza a liberdade das relações familiares (a liberdade de viver junto sob o mesmo teto), as relações entre pais e seus filhos menores, as relações entre dois sexos (a intimidade sexual) (SILVA, 2005, p. 207).

Neste sentido, fica claro que o proprietário não visa tão somente proteger o “bem” em si, mas também o cidadão que ali mora sozinho ou com sua família, garantindo-lhes o que é previsto na Constituição Federal de 1988.

A argumentação que legitima o proprietário a agir contra o malfeitor encontra arrimo na ineficiência da segurança pública, posto que esta não esteja em todos os lugares para proteger os jurisdicionados. Nesse cenário, longe do aparato estatal, a

nosso ver, configura plenamente cabível uma análise da exigibilidade de outra conduta. Restando demonstrada que outra pessoa teria agido nos mesmos moldes, configurado, assim, restará à causa de afastamento da culpabilidade e consequentemente o crime, por inexigibilidade de conduta diversa.

Importante destacar que a causa supralegal tem como escopo de justamente afastar o crime, mas costumeiramente resta configurado em uma sentença absolutória, tendo o acusado-proprietário transcorrido por todos os atos processuais.

Sabe-se que o direito penal é extremamente gravoso, e por este motivo faz-se mister que seja repelida uma ação penal quando verificada pela autoridade policial, mediante laudo pericial, ter o proprietário cometido o crime por não lhe ser atribuída outra forma de agir, isentando-o de pena de imediato, sem a instauração de ação penal.

4. OS MALES ADVINDOS AO JURISDICIONADO QUE POR INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMETE CRIME NOS LIMITES DE SUA PROPRIEDADE PRIVADA, MAS QUE SOFRE UMA AÇÃO PENAL

O direito penal é a *ultima ratio* do ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, quando os demais ramos do direito não tutelarem a norma infringida, nasce para o Estado o dever de punir o transgressor através do direito penal. É, por assim dizer, porque atinge o direito de liberdade do indivíduo, que ao lado do direito à vida são, sem sombras de dúvidas, os bens jurídicos de maiores importâncias no ordenamento.

A partir do cometimento de um crime, ou contravenção, inicia-se uma investigação policial, instaurando-se um inquérito policial.

Nessa fase o delegado de polícia deve conduzir a investigação policial como dispõe a Lei 12.830/2013:

[...] art. 2º § 1º Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais [...] (BRASIL, 2013).

Revela-se que o delegado de polícia tem a prerrogativa de liderar a investigação para que este apure todas as circunstâncias da materialidade e da

autoria das infrações, proporcionando assim, que este possa dar um parecer técnico e jurídico sobre o fato.

Ante o conhecimento técnico e jurídico dos fatos, o delegado de polícia arrimado pelo artigo 2º § 6º da Lei 12.830/2013 poderá decidir pelo indiciamento ou não do acusado, vejamos, “[...] art. 2º § 6º O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias. [...]” (BRASIL, 2013)

Desta forma, o delegado de polícia deverá em seu relatório final sobre o caso apresentar indiciamento ou não do acusado, fundamentando os motivos de sua decisão.

No caso de uma decisão por não indiciamento basta apresentar em seu relatório a falta de comprovação de tipicidade, causas excludente de ilicitudes ou de culpabilidade.

Sendo assim, o afastamento da ação penal já deve ser decidido pelo delegado de polícia. Quando na investigação policial em fase de inquérito restar cabalmente comprovado que o proprietário autor do crime agiu mesmo que em contrariedade as normas legislativas, contudo, sua ação ocorreu dentro dos limites da propriedade e ainda não lhe era exigida outra forma de agir, tendo este, portanto atuado sob o arrimo da inexigibilidade de conduta diversa, sendo lhe retirada a culpa pelo ato praticado, e devendo ser por conseguinte arquivado o inquérito policial pelo delegado de polícia, afastando de vez uma ação penal injusta.

Por sua vez caso o mesmo não decida pelo não indiciamento e consequentemente não arquivar o processo, este, depois de finalizado, é produzido pelo delegado de polícia um relatório e é encaminhado ao juiz competente.

O Parquet, como titular da ação penal pública, por sua vez, com todas as peças informativas exarados no relatório confeccionado pela autoridade policial tem a prerrogativa de oferecer denúncia ou requerer o arquivamento do inquérito, o que não vincula o magistrado, pois este discordando remeterá para o procurador-geral, conforme preceitua o artigo 28 do Código Processual Penal abaixo transcrito:

Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao

procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender (BRASIL, 1941).

Isto porque vige no sistema processual penal o princípio da indisponibilidade da ação penal pública, não cabendo ao Ministério Público escolher em qual ação criminal irá atuar.

Nesse sentido destaca Nestor Távora (2016, p. 59):

A ação penal pública é movida pelo princípio da indisponibilidade, não cabendo ao MP abandonar a ação. Nada impede que o membro do MP requeira a absolvição do réu, recorra em seu favor ou até ingresse com ações autônomas de impugnação, como o *habeas corpus*, o que não é incompatível com a indisponibilidade.

Leonardo Barreto Moreira Alves (2017, p. 59) afirma:

Que o princípio consiste no dever imposto à Polícia Judiciária e ao Ministério Público de, respectivamente, investigar e processar crimes desta espécie de ação penal. Para estes crimes, portanto, não há que se falar em princípio da oportunidade da atuação dos referidos órgãos estatais tão somente tem aplicação nos crimes de ação penal privada. Assim, por exemplo, se o membro do Ministério Público entende que há no inquérito policial indícios suficientes de autoria e prova da materialidade delitiva, deverá necessariamente oferecer a denúncia para a instauração da ação penal.

Nesse trilhar, tem-se que mesmo um crime sendo cometido dentro de uma propriedade privada e que este tenha sido praticado pelo proprietário, havendo indícios de autoria e prova da materialidade, sendo de ação penal pública incondicionada, nasce para o Estado o dever de punir. É, por assim dizer, a indisponibilidade da ação.

Dando seguimento aos atos processuais, destaca-se que nesta fase ainda não se fala em ação penal, posto que este surja a partir do recebimento da denúncia ou queixa-crime pelo juiz. O magistrado, caso não rejeite liminarmente a denúncia, recebê-la-á ordenando a citação do acusado para que venha a responder, por escrito, no prazo de 10 dias a peça incoativa ministerial, conforme o preceito do artigo 396 do CPP.

Em seguida, após a apresentação da defesa prévia do acusado, o magistrado poderá absolver sumariamente o acusado ou designar audiência de instrução e julgamento.

Aqui se inicia a argumentativa acerca dos males que advém ao acusado quando comete um crime contra o delinquente dentro dos limites de sua propriedade privada.

Em que pese haver prazo estabelecido em lei em todos os atos processuais acima delineados, na prática não se procede desta forma, ou seja, os prazos não são observados, tornando o processo penal extremamente moroso.

Para ratificar o acima delineado, cita-se que o Conselho Nacional de Justiça, em 2016, mapeou em média o tempo de duração de um processo em primeiro grau no âmbito nacional e chegou à conclusão de que demora em média quatro anos e quatro meses (BRETAS, 2016).

Assim, observa-se de prima facie à ineficiência na prestação jurisdicional quanto ao prazo razoável de conclusão de um processo, fazendo com que seja desrespeitado o princípio da razoável duração do processo insculpido no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, que destaca a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam celeridade de sua tramitação, o que infelizmente não é observado no Brasil, conforme mapeamento do Conselho Nacional de Justiça.

Uadi Lammêgo Bulos (2015, p. 712) com maestria questiona:

Adiantou alguma coisa a constitucionalização do princípio em epigrafe?
A princípio, não. O fato de um assunto vir consignados em termos constitucionais explícitos não significa, necessariamente, que o veremos concretizado.
Se é certo que a atuação do Conselho Nacional de Justiça pode colaborar, até certo ponto, para reduzir malfadada morosidade, pelo controle administrativo dos “deveres funcionais dos juízes” (CF, art. 103-B, §4º), mais exato ainda é o problema, presente em todo mundo, não se resolve de uma hora para outra.

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar lecionam que (2017, págs. 90-93):

A justiça como tal, não pode ser tardia. A Emenda à Constituição de nº 45, de 30 de dezembro de 2004, dispôs que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, LXXVIII, CF/1988). Para a edição da mencionada Emenda, foram considerados os efeitos deletérios do processo e que o direito à celeridade pertence tanto à vítima como ao réu. Objetiva-se assim evitar a procrastinação indeterminada de uma persecução estigmatizadora e cruel, que simboliza, no mais das vezes, verdadeira antecipação de pena.
Não se pode descuidar que o processo penal é também ferramenta de verbalização da Constituição Federal, sendo instrumento de contenção do abuso estatal. Assinala Aury Lopes Jr. que o processo, “como instrumento para a realização do Direito Penal, deve realizar sua dupla função: de um

lado, tornar viável a aplicação da pena, e, de outro, servir como **efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades**

individuais", de forma a assegurar os indivíduos dos excessos do Estado. Por isso, "o processo penal deve servir como instrumento de limitação da atividade estatal, estruturando-se de modo a garantir plena efetividade aos direitos individuais constitucionalmente previstos" **71**. O processo não se impõe, e pronto. É necessário que venha a legitimar-se, e isso só é possível quando ele se apresenta também como garantia de respeito aos preceitos primários fundamentais estabelecidos na Carta Magna, notadamente no seu art. 5º. É o processo que tem que se adequar às exigências constitucionais, e não o inverso. Não se tem como exigir do processo que ele forneça resultados adequados, céleres, seguros, se não há estrutura para que se desenvolva a reflexão e maturação necessária sobre os fatos. [...]

[...] O tempo do processo, qualquer que seja ele, deve ser visto como garantia, e não como meta, vinculado à cláusula do **due process of law 72**, pois correlato ao processo justo. Evita excessos, pois a existência do processo já traz desastrosas consequências ao réu, inclusive de caráter econômico, e, por essa razão, é indubitoso que existe interesse do imputado na solução da incerteza.

[...] Deve ser lida com reparos a afirmação de que a dilação processual interessa necessariamente à defesa, que busca na prescrição o respaldo para procrastinar o procedimento **74**. O retardo aproveita a quem não tem razão, independente do polo da relação processual. Sendo o réu inocente, tem total interesse na solução imediata do conflito, retirando o peso de carregar consigo uma imputação injusta [...]

É, portando, direito do acusado que o processo termine em tempo razoável e que seja cumprido o mandamento constitucional consagrado no artigo 5º, LXXVIII.

Na prática, conforme mapeamento realizado em 2016 pelo Conselho Nacional de Justiça demonstra a ineficiência em cumprir com o preceito do artigo supracitado, demonstrando que a media de prolação de decisão em primeiro grau é de quatro anos e quatro meses, o que macula a nosso ver o direito fundamental consagrado na Lex Mater.

O artigo aqui apresentado tem como objetivo demonstrar a desnecessidade de se passar por todos os atos processuais até a prolação de um veredicto, tais como: inquérito, denúncia, recebimento, citação, audiência de instrução e julgamento e sentença, quando o acusado tiver cometido o crime dentro dos limites da propriedade privada em defesa de sua vida ou em proteção aos bens, agindo em inexigibilidade de conduta diversa frente ao malfeitor.

Ao ver do estudo aqui apresentado, verifica-se que o proprietário que comete um crime defendendo a vida ou seus bens dentro dos limites territoriais não pode sofrer as investidas de uma ação penal, muito embora possa ser absolvido sumariamente, restarão os efeitos deletérios em sua vida social, econômico e psicológico.

Sabe-se que inocente ou culpado o acusado sofre a estigmatização de uma ação penal, embora tenha cometido um crime por inexigibilidade de conduta diversa, ainda mais que a sociedade não detém conhecimento técnico e informacionais acerca do crime e do que constará nos autos.

Repise-se que a inexigibilidade de conduta diversa poderá ser reconhecida pelo magistrado quando da análise da culpabilidade, mas para tanto os efeitos deletérios já estarão presentes na vida daquele que agiu por não haver outro meio, defendendo sua vida ou protegendo seus bens.

A argumentativa aqui suscitada é de que ao ser observado que o crime ocorrera dentro dos limites de uma propriedade, após realização de perícia técnica, o próprio delegado de polícia possa aplicar a excludente de culpabilidade, afastando-se assim a instauração de processo crime.

Sendo assim não restarão ao acusado os males de uma ação penal, mas para tanto deve restar amplamente demonstrado que o proprietário agira por inexigibilidade de conduta diversa dentro dos limites territoriais de sua propriedade.

CONCLUSÃO

Depois de apresentar muitíssimos argumentos acerca do conceito de propriedade, do direito de propriedade demonstrando ter o proprietário não somente o direito, mas ainda o dever de protegê-la, a sua vida e a vida de quem ali esteja, da análise do conceito tripartite de crime, em especial a análise da inexigibilidade de conduta diversa quando o proprietário ou aquele que ali se encontra sob o consentimento deste, age de forma que outra pessoa não agiria diferente e ou não poderia agir de outra forma dentro dos limites da propriedade privada, bem como os males advindos ao proprietário que venha a cometer um crime contra um delinquente dentro dos limites territoriais de sua propriedade, chega-se a conclusão de que este não pode sofrer as investidas de uma ação penal, justo porque agiu para rechaçar um mal iminente.

Os argumentos são no sentido de eliminar os atos processuais e por consequência o início de uma ação penal, conferindo ao delegado de polícia competência para analisar o iter criminis e verificar, após a emissão do laudo pericial atestando cabalmente ter os fatos ocorridos nos limites da propriedade, a

possibilidade de aplicar a excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

A argumentativa encontra arrimo na ineficiência da segurança pública, porquanto o estado não detém aparato suficiente para estar em todos os lugares ao mesmo tempo, em especial no período noturno, sendo este o momento em que os delinquentes em regra se aproveitam para praticar crimes.

O artigo colacionou posicionamentos doutrinários, bem como lastreou a tese na Constituição Federal e leis infraconstitucionais, com o fito de elucidar a injusta que pode sofrer os jurisdicionados que mesmo que em contrariedade as normas legislativas atuam por inexigibilidade de conduta diversa, quando não lhe era possível agir de forma diferente, e cabalmente através de perícia técnica restando comprovado que este agiu dentro dos limites da propriedade privada.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Processo Penal Parte Geral**. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constituicaocompilado.htm>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 11 nov. 2019.

_____. Decreto-Lei nº 3.669, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del3689.htm. Acesso em: 25 mar. 2019.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 11 nov. 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed., São Paulo/SP: Saraiva, 2015.

FARIAS, Thélío Queiroz. **Constituição federal – interpretada**. 1.ed., Ieme/SP: Ed. Jurídica, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. 5, 13. Ed., São Paulo/SP: Ed. Saraiva, 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. v.1, 17.ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Código Penal Anotado**. 18.ed., São Paulo/SP: Saraiva, 2007.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Parte Geral**. v.1, 9.ed., São Paulo: Método, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil**. 17 ed. v. 1, 2004.

TARTUCE, Flavio. **Direito das coisas**. 9.ed., Rio de Janeiro/RJ: Forense, 2017.

TAVORA, N.; ALENCAR, R. R. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. Ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

TAVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.