

NOÇÕES GERAIS ACERCA DAS OFENDÍCULAS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

TATIANA AFONSO OLIVEIRA¹; MARCELO NUNES APOLINÁRIO²

¹*Universidade Federal de Pelotas. Bolsista PROBIC/FAPERGS –*

tatianaafonsooliveira@gmail.com

²*Universidade Federal de Pelotas – marcelo_apolinario@hotmail.com*

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho procurará abordar em linhas gerais o debate sobre as ofendículas no direito penal brasileiro. Buscar-se-á levantar escritos de importantes penalistas que tratam da matéria, bem como jurisprudência relativa ao tema. Para a elaboração de tal, utilizar-se-ão fontes primárias e secundárias. Entre as primárias, destaca-se a legislação e sentença de um julgado sobre o tema. Entre as secundárias, o uso de livros.

Em um primeiro momento, procurar-se-á elaborar um conceito geral acerca do que sejam as ofendículas, para que se dê, desde o princípio do artigo, um tratamento claro à matéria.

Posteriormente, apresentar-se-á a natureza jurídica das mesmas, ponto que divide os doutrinadores do tema: enquanto uns classificam as ofendículas como exercício regular de direito, outros as denominam como sendo legítima defesa, ambos excludentes da ilicitude, previstos no art. 23 do Código Penal Brasileiro.

Ato contínuo, tratar-se-á da noção de “Moderação” e da importância de levá-la em conta na utilização de ofendículas. Isso se deve à postulação que traz o parágrafo único do artigo 23 do código penal: o excesso doloso ou culposo é punível em qualquer uma das excludentes de ilicitude apresentadas nos incisos do artigo 23 do mesmo diploma legal.

Por fim, procurar-se-á fazer uma conclusão sobre o tema, fazendo a síntese do que fora tratado bem como considerações críticas sobre essa matéria de grande relevância e atualidade no cenário penal do Brasil.

2. METODOLOGIA

O presente trabalho tem caráter qualitativo e a construção dos dados será realizada sobre a base da pesquisa bibliográfico-documental.

A pesquisa bibliográfica consiste na utilização de contribuições de diversos autores sobre determinado tema. Ao passo que a documental utiliza-se de materiais que ainda não receberam tratamento analítico ou o receberão de outra forma de acordo com a proposta da pesquisa (GIL, 2002, p. 45).

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Segundo o dicionário Michaelis da Língua Portuguesa, o termo ofendículo significa objeto que faz tropeçar; pequeno obstáculo; empecilho. Entretanto, adotando uma definição jurídica, vale observar que a maioria da doutrina penal brasileira define as ofendículas como sendo artefatos utilizados para a proteção de propriedades. Dessa forma, podem ser dados como exemplos cercas elétricas, arames farpados, cacos de vidro no topo de muros, etc.

Passando para o próximo tópico, ou seja, a natureza jurídica das ofendículas, verifica-se o ponto de maior divergência na doutrina no que diz respeito ao tema. Os autores concordam que a utilização de ofendículas é um caso de excludente da ilicitude, entretanto, divergem se isso se dá devido a uma legítima defesa ou a um exercício regular de direito.

Damásio de Jesus (1985, p. 344) e Magalhães Noronha (1998, p. 197) são adeptos da corrente que defende as ofendículas como sendo caso de exclusão da ilicitude por legítima defesa, o que está disposto no Artigo 23, inciso II do Código Penal Brasileiro.

O Artigo 25 do Código Penal Brasileiro dispõe da seguinte forma: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. Dessa forma, nota-se que um dos requisitos da legítima defesa é que a agressão por ela repelida seja atual ou iminente. Alguns doutrinadores postulam que as ofendículas não podem ser consideradas uma forma de legítima defesa, pois falta atualidade e iminência. Magalhães Noronha (ob. cit., p. 197) rebate essa tese afirmando que de modo algum falta atualidade ou iminência na agressão, pois, apesar de a ofendícula estar presente antes de se desencadear a agressão, ela somente agirá no momento em que a agressão estiver atual ou iminente.

Além disso, há quem critique as ofendículas no sentido de elas agirem contra inocentes e isso ficar impune. Magalhães Noronha (ob. cit., p. 197) discorda ao elucidar que não é tolerado que as ofendículas atuem contra inocentes, já que, conforme disposto no parágrafo único do artigo 23 do Código Penal Brasileiro, o agente responderá por excesso doloso ou culposo. Dessa forma, age com excesso quem, por exemplo, eletrifica com uma corrente elétrica fulminante todo o portão frontal de sua casa que dá acesso para a rua, já que qualquer um pode encostar ali sem qualquer intenção criminosa. Porém, não age com excesso quem eletrifica o topo de um muro de três metros e põe advertências sobre a corrente elétrica ali presente.

Entretanto, outros autores defendem as ofendículas como sendo casos onde é excluída a antijuridicidade do fato por estar ali presente um exercício regular de direito. Podemos citar como exemplo desses autores José Geraldo da Silva (1996, p. 232-233) e Paulo José da Costa Júnior, sendo que, este assim escreve:

Entre o exercício regular de direito está a liberdade de imprensa, que poderá divulgar fato nocivo à reputação, desde que o faça no interesse público. Também o *jus corrigendi* que se reconhece aos genitores, que poderão fazer uso de meios corretivos sempre que a educação o exija e dentro dos limites legais. Está nesta mesma premissa o emprego dos ofendículos. (1998, p. 179).

No tópico a ser visto a seguir, é pacífico na doutrina a necessidade da moderação no uso das ofendículas. Dessa forma, tanto os defensores das ofendículas como legítima defesa quanto os defensores das mesmas como exercício regular de direito concordam ser imprescindível a moderação.

Moderação pode ser entendida como um requisito a ser observado no momento da instalação das ofendículas. Sendo assim, é de suma importância haver uma proporcionalidade entre o bem sacrificado e o bem defendido. Ou seja, não deve haver excessos, haja vista a expressa permissão que o Código Penal Brasileiro dá para que se punam excessos, conforme encontramos disposto no parágrafo único do artigo 23 de tal diploma legal.

Magalhães Noronha (ob. cit., p. 197) defende a observância da moderação no uso das ofendículas, dando o exemplo de que para proteger uma casa não é

preciso uma corrente elétrica fulminante, o que seria um exagero e, portanto, uma afronta ao requisito da moderação.

Nos tribunais brasileiros, encontramos diversos casos onde a moderação no uso das ofendículas não é observada. Dessa forma, há artefatos exagerados e/ou instalados de maneira irregular. Assim sendo, o que deveria ser um sistema de segurança acaba se transformando em um risco para terceiros inocentes e para o próprio dono. Um caso assim é o relatado na APL 44478820098260269 SP 0004447-88.2009.8.26.0269¹, que trata do óbito de um homem de 24 anos por ofendícula instalada de forma irregular. O dono da mesma foi condenado a pagar indenização à família da vítima.

4. CONCLUSÕES

Observou-se que o tema das ofendículas é extremamente relevante e atual no Direito Penal brasileiro, presente em diversos tribunais e gerando diferentes posicionamentos dos doutrinadores.

Sua relevância e atualidade se dão, principalmente, devido ao fato de que cada vez mais pessoas utilizam ofendículas, já que o estado cada vez mais prova não ter capacidade de promover segurança pública de qualidade. Dessa forma, a população vê-se obrigada a agir por contra própria para garantir a segurança que o estado fornece de maneira precária.

Entretanto, ao fazer uso das ofendículas, é necessário que se observe a moderação, a fim de que sejam evitadas mortes de inocentes. É imprescindível haver uma proporcionalidade nos meios utilizados para promover a segurança particular, a fim de que se evitem excessos.

¹ Dano moral. Óbito de homem de 24 anos em decorrência de eletroplessão em ofendículo irregularmente instalado pelo réu em local aberto ao público. Propositora da ação por sua companheira e seu filho, que contava com apenas 3 anos de idade na data dos fatos. Dispositivo instalado sem a devida advertência sobre seus riscos, em lugar muito próximo de onde o requerido recebia frequentadores de seu bar, montado no mesmo local de sua residência. Ofendículo instalado para afastar porcos que eram criados pelo réu. Demonstrada a culpa do demandado. Dever de indenizar configurado. Sentença que defere pensionamento mensal aos autores, além de indenização por danos morais no valor de 100 salários mínimos. Provimento, em parte, do recurso, apenas para reduzir o quantum da indenização para 50 salários mínimos, tendo-se em vista as especificidades do caso. (TJ-SP - APL: 44478820098260269 SP 0004447-88.2009.8.26.0269, Relator: Enio Zuliani, Data de Julgamento: 20/10/2011, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/10/2011)

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DA COSTA JÚNIOR. P.J. **Curso de Direito Penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 179.

DA SILVA, J.G. **Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Editora de Direito, 1996, v.1, p. 232-233.

DE JESUS, D.E. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1985, v.1, p. 344.

DICIONÁRIO MICHAELIS ONLINE. Acessado em 10 de novembro de 2014.
Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=ofend%EDculo>>

GIL, A.C. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 45.

NORONHA, E.M. **Direito Penal**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 197.

TJ-SP - APL: 44478820098260269 SP 0004447-88.2009.8.26.0269, Relator: Enio Zuliani, Data de Julgamento: 20/10/2011, 4^a Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/10/2011. Acessado em 12 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20686063/apelacao-apl44478820098260269-sp-0004447-8820098260269-tjsp>>