

UNICEUB

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA

DO EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA

JOSÉ HYGINO DE AZEVEDO FILHO

BRASÍLIA

2010

JOSÉ HYGINO DE AZEVEDO FILHO

DO EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de Bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília

Orientador: Prof. Paulo de Souza Queiroz

BRASÍLIA

2010

DEDICO ESTE TRABALHO:

A Deus pela sua infinita fidelidade, mesmo diante da minha imperfeição.

Ao meu pai e minha mãe, a todos os meus familiares e à minha Laíssa, pelo amor e dedicação oferecidos em toda minha vida, em especial neste momento de realização pessoal.

AGRADECIMENTOS

Aos meus amigos e familiares pela fiel companhia e a compreensão nos momentos de ausência no período em que estive dedicado à elaboração deste trabalho. Vocês foram importantes nesta caminhada acadêmica, sempre me auxiliando nos momentos difíceis.

Ao meu orientador Paulo de Souza Queiroz pela paciência e compreensão com que se prestou atender este educando.

“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”.

(Constituição do Brasil, Art. 5º, *Caput*, 1988)

SUMÁRIO

RESUMO	8
INTRODUÇÃO.....	9
1 A ANTIJURIDICIDADE.....	11
1.1 Ilícito formal e material	13
1.2 Excludentes de antijuridicidade.....	15
1.2.1 Legítima Defesa.....	16
1.2.2 Estado de Necessidade.....	16
1.2.3 Exercício Regular do Direito.....	19
1.2.4 Estrito Cumprimento do Dever Legal	19
2 LEGÍTIMA DEFESA.....	21
2.1 Conceito de Legítima Defesa	21
2.2 Origem da legítima defesa.....	23
2.3 Fundamentos da legítima defesa.....	24
2.4 Requisitos da legítima defesa	26
2.4.1 Agressão injusta, atual ou iminente.....	27
2.4.2 Direito próprio ou de terceiro, atacado ou posto em perigo	28
2.4.3 Reação com os meios necessários e uso moderado desses meios	29
2.4.4 Elemento subjetivo: conhecimento da necessidade de defesa e da situação de agressão	29

2.5	Espécies de legítima defesa	30
2.5.1	Legítima defesa putativa.....	30
2.5.2	Legítima Defesa Sucessiva.....	32
2.5.3	Legítima defesa antecipada	32
2.5.4	Legítima defesa da honra.....	33
3	EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA	34
3.1	Limites à Legítima Defesa.....	34
3.2	Excesso Culposo.....	37
3.3	Excesso Doloso	38
3.4	Excesso Exculpante	39
3.5	Abordagem Jurisprudencial.....	40
	CONCLUSÃO.....	43
	REFERÊNCIAS	46

RESUMO

Faz-se notório que o Estado não consegue ser onipresente. Assim, deve permitir que o cidadão exerça sua autotutela, com as próprias mãos. Portanto, uma das causas excludentes de ilicitude é a legítima defesa. Ocorrendo excesso, o agente deverá responder, de acordo com o art. 23, parágrafo único, pela forma dolosa ou culposa. O presente trabalho tem a função de verificar como ocorre a determinação do tipo de excesso na legítima defesa.

Palavras-chave: Legítima Defesa. Limites. Excesso doloso, culposo e exculpante.

INTRODUÇÃO

Todo Estado possui um sistema jurídico punitivo que busca a tutela de bens e valores da vida, muitas vezes difíceis de mensurar e essenciais à proteção tutelada, proteção realizada mediante a vedação a determinadas condutas e a proteção de outras, previstas em inúmeros tipos. Uma vez praticada a conduta típica, via de regra, ocorre a ilicitude, um modelo de conduta que o legislador proíbe.

De outro modo, existem condutas contempladas no ordenamento jurídico que, embora típicas, podem vir a ser permitidas ou autorizadas. Em tais casos, não é suficiente a realização da conduta típica para determinar sua antijuridicidade. É necessário analisar se a ação ou omissão não estariam acobertadas por normas permissivas, que excluem a antijuridicidade.

Um exemplo é a legítima defesa, caracterizadora de causa de exclusão da ilicitude. Quem atua em defesa de bem próprio ou alheio, atacado injustamente, o faz de acordo com a ordem jurídica, também em defesa dessa ordem e segundo a vontade do Direito, estando excluída a hipótese de crime.

Ao se pensar em legítima defesa, há que se analisar se existe proporção entre a defesa do agente e a agressão injusta. Desse modo, o Código Penal brasileiro, no art. 23, parágrafo único, dispõe que o agente responderá pelo excesso, doloso ou culposamente. A discussão reside em como delimitar esse excesso. O objetivo deste trabalho de pesquisa é analisar como se determina o excesso na legítima defesa, e quais suas modalidades.

Para a realização do presente trabalho, o método de pesquisa utilizado é baseado na dogmática instrumental, através da interpretação da doutrina e legislação pertinentes. Foram feitas pesquisas bibliográficas em livros, periódicos, revistas, publicações e artigos. A metodologia para seu desenvolvimento será a observação indireta primária e secundária.

Visando uma apresentação mais clara, dividiu-se a pesquisa em três capítulos. Inicialmente será abordado como determinar a ilicitude de determinado ato, bem como a possibilidade de excluir-se a ilicitude desse ato, examinando também a limitação ao direito de legítima defesa. Posteriormente será apresentado o instituto da legítima defesa, bem como seu conceito, natureza jurídica, origem, fundamentos, espécies e requisitos. Por fim, serão abordados os excessos especificamente, bem como uma breve explicação de como se determinar esse excesso, além de uma abordagem jurisprudencial.

1 A ANTIJURIDICIDADE

As condutas humanas podem ser de dois campos: moral ou direito. Para a vida em sociedade, é necessário que sejam estabelecidas condições gerais de convívio básico. O Direito surge, então, como a representação da vontade dessa sociedade, para regular determinadas condutas, que devem ser regidas sob o crivo do Direito.

Ao passo que temos leis naturais imutáveis, para o direito um dos aspectos importantes é a mutabilidade, devido a sua capacidade de se adequar, variando no tempo e no espaço para expressar e representar a experiência, cultura e desenvolvimento de uma sociedade. O direito é essencial para regular a convivência humana, posto que está diretamente relacionado com a dinâmica das relações sociais, não podendo ser imutável. Assim, através da coação, por vezes alcança seu objetivo final. Diferenciar as normas jurídicas das normas sociais ou costumes, sem a coercibilidade daquelas, seria tarefa impossível.

A antijuridicidade, ou ilicitude, pode ser conceituada como a contrariedade da conduta ao ordenamento jurídico. Isto porque a antijuridicidade em seu significado literal quer dizer: anti (contrário) juridicidade (qualidade ou caráter de jurídico, conformação ao direito; legalidade, licitude), ou seja, é o que é contrário à norma jurídica. Portanto, o conceito de antijuridicidade é mais amplo, não ficando restrito apenas ao direito penal.

O direito penal é composto por um conjunto de normas que, de forma coercitiva, visam proteger bens jurídicos. Nesse conjunto de normas são tipificados os ilícitos

penais, sendo condutas desvaloradas, para as quais são cominadas penas, isto respeitando os princípios constitucionais da legalidade e o da reserva legal.

O conceito de antijuridicidade, no dizer de Damásio E. de Jesus (2001 p. 09), deve estar atrelado à existência da anterioridade da norma em relação à conduta do agente, e se há contrariedade entre ambas (onde transparece uma natureza meramente formal da ilicitude). Desta forma, a antijuridicidade é elemento do crime. O crime se caracteriza por ser um fato típico, antijurídico e culpável. Assim, a exclusão da antijuridicidade redundará na exclusão do crime e, conseqüentemente, da responsabilidade penal.

Nesse sentido, ensina Flávio Augusto Monteiro de Barros:

Vimos que com a tipicidade presume-se a antijuridicidade. Trata-se de presunção relativa, *juris tantum*, que é eliminada pela presença de alguma excludente da ilicitude (p. ex.: legítima defesa, estado de necessidade, etc.). Se 'A' mata 'B' em legítima defesa, o fato reveste-se de tipicidade, porquanto se subsume no tipo legal do art. 121 do CP, todavia, não há antijuridicidade em face da justificativa prevista no art. 25 do mesmo Código (2006, p. 202).

Há que se observar que, conforme ensina Fernando Capez (2007, p 282), em determinadas situações, a ilicitude, na área penal, não se limitará a um fato típico, ou seja, à ilicitude do delito. Um exemplo de ilicitude atípica pode ser encontrado na exigência da agressão (“agressão injusta”, significa agressão ilícita) na legítima defesa. A agressão que autoriza a reação defensiva, na legítima defesa, não precisa ser um fato previsto como crime, isto é, não precisa ser um ilícito penal, mas deverá ser no mínimo um ato ilícito, em sentido amplo.

Neste sentido, é relevante discutir e caracterizar brevemente a antijuridicidade formal e material pelo que a doutrina expõe. No início do século passado

existiam duas correntes contrárias. De um lado o positivismo jurídico e do outro lado o positivismo sociológico, enquanto um defendia o conceito de antijuridicidade legal, o outro defendia o conceito de antijuridicidade sociológico, e este o chamou de antijuridicidade material (BETTIOL, 2000 p. 247-288).

Com a finalidade de mostrar que uma mera contradição entre conduta típica e ordenamento jurídico não é suficiente a fim de se concluir pela antijuridicidade, Toledo (1994, p. 211) conceitua a ilicitude como “A relação de antagonismo que se estabelece entre uma conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico, de sorte a causar lesão ou a expor a perigo de lesão um bem jurídico tutelado”.

Uma vez feita esta exposição sobre antijuridicidade, torna-se necessária a distinção entre ilícito formal e material.

1.1 Ilícito formal e material

Complementarmente e de forma mais objetiva Capez assim conceitua antijuridicidade formal e material:

Ilicitude Formal: mera contrariedade do fato ao ordenamento legal (ilícito), sem qualquer preocupação quanto à efetiva danosidade social da conduta. O fato é considerado ilícito porque não estão presentes as causas de justificação, pouco importando se a coletividade reputa-o reprovável. Ilicitude Material: contrariedade do fato em relação ao sentimento comum de justiça (injusto); O comportamento afronta o que o homem médio tem por justo, correto. Há uma lesividade social inserida na conduta, a qual não se limita a afrontar o texto legal, provocando um efetivo dano à coletividade (2007, p. 289).

Na lição de Fernando Capez (2007, p. 273), há uma diferenciação ente a antijuridicidade e o injusto, onde a ilicitude é apenas uma característica deste. Não pode haver confusão entre ambos. Antijuridicidade é apenas a característica de contrariedade da conduta

em relação a uma determinada norma jurídica. Já o injusto é a conduta típica, antijurídica e desvalorada pela sociedade (com uma carga de reprovação). Sendo assim, o injusto não é objetivo.

Ao ter por objetiva a antijuridicidade, quando ocorre um fato concreto que está descrito na lei ou na ordem jurídica, o juiz terá que analisar o caso do modo mais objetivo possível, para que haja segurança jurídica. Assim o subjetivismo do julgador é limitado pelo conteúdo objetivo da norma jurídica (antijuridicidade). Como o injusto é complexo, não se pode sustentar que a antijuridicidade recaia apenas sobre o aspecto objetivo da tipicidade.

Por outro lado, Capez afirma ainda que a antijuridicidade é objetiva porque não está restrita às motivações do autor. Acha-se claro que a motivação está ligada à culpabilidade, enquanto que o injusto se completa com elementos subjetivos do tipo que devam ser distinguidos das motivações, sendo assim a antijuridicidade é objetiva.

Assim, a divisão da antijuridicidade tem por objetivo fazer recair à antijuridicidade somente sobre o aspecto objetivo do delito (conduta típica), reservando o subjetivo para a culpabilidade. Havendo uma sustentação de que o injusto seja complexo, tem que se afirmar que o injusto é pessoal e que a antijuridicidade de uma conduta depende de aspectos objetivos e subjetivos.

Fernando Cappelletti (2007, p. 273) caracteriza a antijuridicidade subjetiva da seguinte forma: “O fato só é ilícito se o agente tiver capacidade de avaliar seu caráter criminoso, não bastando que objetivamente a conduta esteja descoberta por causa de justificação” e a antijuridicidade objetiva independe da capacidade de avaliação do agente. Basta que, no plano concreto, “o fato típico não esteja amparado por causa de exclusão”.

Ou seja, para a antijuridicidade subjetiva o agente tem que ter conhecimento do caráter ilícito de sua conduta, tem que estar na sua esfera de conhecimento que está agindo voltado para um fim injusto para que esteja presente a antijuridicidade, enquanto que para antijuridicidade objetiva basta que a conduta esteja descrita como crime para que a ilicitude esteja presente, não se fazendo necessário que o agente tenha conhecimento do seu caráter ilícito. Basta apenas a presença de uma causa de excludente de ilicitude para o fato deixar de ser típico.

Superada a questão da antijuridicidade, passaremos a uma análise sobre suas causas excludentes.

1.2 Excludentes de antijuridicidade

Estas excludentes também podem ser denominadas de “causas de exclusão da antijuridicidade” ou “justificativas”. Quando isso ocorre, o fato permanece típico, mas não há crime: excluindo-se a ilicitude, e sendo ela requisito do crime, fica excluído o próprio delito. Em consequência, o agente deve ser absolvido.

O art. 23 do CP prevê quatro hipóteses em que o agente está autorizado a realizar uma conduta típica sem que ela seja antijurídica, ou seja, mesmo realizando a conduta típica, esta será considerada lícita, é o chamado tipo permissivo. São elas: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito. Além das causas de justificação contidas na parte geral existem outros casos na parte especial do Código, bem como em outros estatutos jurídicos. Essas causas de exclusão da antijuridicidade são chamadas de justificações específicas.

1.2.1 Legítima Defesa

A idéia da legítima defesa sempre foi reconhecida em todos os tempos, inclusive entre os bárbaros. Só o Estado tem o direito de castigar o autor de um delito. Nem sempre, porém, o Estado se encontra em condições de intervir direta ou indiretamente para resolver problemas que se apresentam na vida cotidiana. Se não permitisse a quem se vê injustamente agredido reagir contra o perigo de lesão, em vez de aguardar a providência da autoridade pública, estaria sancionando a obrigação de o sujeito sofrer passivamente a agressão e legitimando a injustiça. Esta excludente será abordada em maior profundidade no próximo capítulo.

1.2.2 Estado de Necessidade

Trata-se de um dos diversos instrumentos denominados como causas excludentes da ilicitude, também entendidas por alguns doutrinadores como “cláusulas de garantia social e individual”.

Desta maneira, a definição dada pela letra da lei no citado artigo 24 do CP dispõe sobre o instituto como medida de melhor conveniência nos seguintes termos: "é o sacrifício de um interesse juridicamente protegido, para salvar de perigo atual e inevitável o direito do próprio agente ou de terceiro, desde que outra conduta, nas circunstâncias concretas, não era razoavelmente exigível".

Assim, como define o artigo 24, considera-se em estado de necessidade quem pratica um ato típico para salvaguardar de perigo atual, direito próprio ou de terceiro, cujo sacrifício, em face das circunstâncias, não era razoável exigir-se.

Portanto, estará presente o estado de necessidade quando alguém, para salvar um bem jurídico próprio ou de terceiro exposto a perigo atual, sacrifica outro bem jurídico.

Não se determina, contudo, que a pessoa ofenda o direito alheio. É uma faculdade que ela possui, e não um direito, porque a este corresponde uma obrigação, e no estado de necessidade não há obrigação para nenhum dos agentes envolvidos na hipótese de sacrificar seus bens jurídicos (ou de terceiros). Assim, são requisitos para o Estado de Necessidade, em compilação ao entendimento presente na obra de Fernando Capez (2007, p. 274-280):

- a) Perigo atual. Diferentemente da legítima defesa, a Lei se referiu apenas a perigo atual. Prevalece o entendimento segundo o qual não se configura o estado de necessidade se o perigo for apenas iminente, e não atual. Na doutrina, existe outra corrente (minoritária) defendendo a possibilidade de o perigo ser atual ou iminente.
- b) Ameaça a direito próprio ou alheio. O termo “direito” deve ser entendido em sentido amplo, abrangendo qualquer bem jurídico, como a vida, a integridade física, a honra, a liberdade e o patrimônio. A intervenção pode surgir para proteger um bem jurídico do sujeito ou de terceiro.
- c) Situação de perigo que não tenha sido causada voluntariamente pelo agente. O perigo causado dolosamente impede que o agente alegue estado de necessidade. Assim, se o agente der causa culposamente ao perigo, pode invocar o estado de necessidade, pois somente não seria possível essa alegação se o perigo tivesse sido causado intencionalmente (dolosamente) por ele. Questão polêmica, porque existe outro entendimento (minoritário), segundo o qual o agente que causou o perigo culposamente não poderia alegar estado de necessidade.
- d) Inexistência de dever legal de enfrentar o perigo. Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de arrostar o perigo.
- e) Inevitabilidade do comportamento lesivo. É preciso que o agente de outro modo não tivesse como evitar o resultado. Significa que o agente não tem outro meio de evitar o perigo ao bem jurídico próprio ou de terceiro.
- f) Inexigibilidade de sacrifício do interesse ameaçado. Só é possível o estado de necessidade para salvaguardar interesse próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. Observa-se que a

verificação do sacrifício é complexa, subjetiva, dependendo da análise das circunstâncias de cada caso.

g) Elemento subjetivo do estado de necessidade. É preciso que o sujeito tenha conhecimento de que está agindo em estado de necessidade, isto é, que tenha conhecimento de que age para salvar um interesse próprio ou de terceiro. A falta desse requisito de ordem subjetiva leva à exclusão do estado de necessidade.

O que diferencia essencialmente estado de necessidade e legítima defesa é que no primeiro há um conflito entre bens jurídicos; na legítima defesa, ocorre uma repulsa contra um ataque. No estado de necessidade, o perigo pode surgir de uma conduta humana, de um animal, de uma força da natureza; na legítima defesa, a agressão é sempre humana. No estado de necessidade, existe uma situação de perigo; na legítima defesa, existe uma agressão.

Neste contexto, diante da prerrogativa de que, por dever funcional, uma autoridade pública for obrigada a enfrentar o perigo, Capez pondera e explica:

Inexistência do dever legal de arrostar o perigo: sempre que a lei impuser ao agente o dever de enfrentar o perigo, deve ele tentar salvar o bem ameaçado sem destruir qualquer outro, mesmo que para isso tenha de correr os riscos inerentes à sua função. Poderá, no entanto, recusar-se a uma situação perigosa quando impossível o salvamento ou o risco for inútil. Exemplo: de nada adianta o bombeiro atirar-se nas correntezas de uma enchente para tentar salvar uma pessoa quando é evidente que, ao fazê-lo, morrerá sem atingir seu intento. O CP limitou-se a falar em dever legal, que é apenas uma das espécies de dever jurídico. Se, portanto, existir mera obrigação contratual ou voluntária, o agente não é obrigado a se arriscar, podendo simplesmente sacrificar um outro bem para afastar o perigo (2007, p. 278-279).

Ocorrendo excesso no estado de necessidade, aplica-se o mesmo raciocínio do excesso na legítima defesa. O excesso pode ser doloso ou culposos, podendo o agente responder a título de dolo ou de culpa, dependendo da hipótese.

1.2.3 Exercício Regular do Direito

É toda ação praticada dentro de padrões normais de condutas permitidos pelo ordenamento jurídico. Cite-se, como exemplo, as palmadas leves que uma mãe ministra no seu filho; ou então as lesões decorrentes das práticas desportivas.

Apesar de a conduta estar descrita em uma norma penal, não existe crime, porque não é antijurídica (ilícita).

O exercício de um direito, explica Giuseppe Bettiol (2000, p. 275): “quem age por comando ou vontade da lei não pode realizar um ilícito penal”.

1.2.4 Estrito Cumprimento do Dever Legal

Caracteriza-se pela conduta do agente que, tendo praticado uma ação que possui exata descrição na norma penal, não incorrerá na prática do delito por ter agido cumprindo o seu dever legal. Esse dever legal pode decorrer de lei em sentido estrito, decretos, regulamentos ou atos administrativos.

É muito importante lembrar que o agente que age no cumprimento do seu dever jamais deve extrapolar os limites legais de sua função, sob pena de descaracterizar essa causa de exclusão da antijuridicidade. Exige-se também o requisito subjetivo, isto é, o conhecimento de que o fato está sendo praticado em face de um dever imposto pela lei.

Nesse sentido temos o entendimento de Giuseppe Bettiol:

O cumprimento de um dever constitui uma causa de licitude, pois seria ilógico a propósito que o ordenamento jurídico impusesse a um indivíduo a obrigação de agir e depois o chamasse a responder penalmente pela ação cumprida (2000, p. 279).

Refere-se a citação em discussão, ao dever legal, ou seja, ao previsto em norma jurídica (lei, decreto etc.). Pode derivar da própria lei penal ou extra penal, como, por exemplo, nas disposições jurídicas administrativas. Tratando-se de dever legal, reafirma Bettiol (2000, p. 280) que estão excluídas da proteção as obrigações meramente morais, sociais ou religiosas, “assim, o pai ou patrão não pode mandar o filho ou o empregado cumprir uma ação juridicamente ilícita.” (2000, p.280)

Assim, não se admite estrito cumprimento de dever legal nos crimes culposos. A lei não obriga à imprudência, negligência ou imperícia. Exige-se também o elemento subjetivo nessa excludente, ou seja, que o sujeito tenha conhecimento de que está praticando um fato em face de um dever imposto pela lei.

A legítima defesa se configura como uma das excludentes, cuja discussão e jurisprudência se faz mais presente e causa mais discussão. Por isso mesmo o capítulo seguinte traça considerações teóricas e analíticas sobre este instituto, suas características e modalidades, para, enfim, no capítulo três chegarmos ao objeto principal deste estudo, ou seja, o excesso na legítima defesa, assim como à verificação jurisprudencial sobre a questão problematizadora formulada anteriormente.

2 LEGÍTIMA DEFESA

Como visto de passagem, a legítima defesa encontra previsão legal no art. 23, II, do Código Penal Brasileiro, sendo causa de exclusão da ilicitude ou de antijuridicidade da conduta.

2.1 Conceito de Legítima Defesa

Como assinalado anteriormente, o Código Penal contém normas permissivas que autorizam a prática de determinadas condutas típicas. A legítima defesa é um direito e causa de exclusão de antijuridicidade, por não se poder considerar ilícita a afirmação de um direito contra uma agressão contrária ao ordenamento jurídico. Ademais, é uma causa de justificação, pois atua a bem do direito quem comete a reação para proteger direito próprio ou alheio, ao qual o Estado, devido às circunstâncias, não pode oferecer a tutela necessária (BETTIOL, 2000 p. 284), não devendo, portanto, o direito ceder perante o ilícito.

Nos ensinamentos de Giuseppe Bettiol temos:

É esta a legítima defesa, que entre as causas de ilicitude é historicamente a primeira que se afastou das partes especiais dos códigos para assumir vida própria. Ela na verdade corresponde a uma exigência natural, a um instinto que leva o agredido a repelir a agressão a um seu bem tutelado, mediante a lesão de um agressor. Como tal foi sempre reconhecida por todas as legislações, por representar a forma primitiva de reação contra o injusto. [...] Somente o Estado tem o direito de punir e impedir as conseqüências da prática de um crime. Mas nem sempre o Estado, inclusive o moderno [...], está em situação de intervir direta ou indiretamente para resolver os conflitos que podem apresentar-se na vida cotidiana (2000, p. 284).

A legítima defesa fundamenta-se, em termos objetivos, na consideração de que o Direito não deve ter de ceder perante o ilícito e, subjetivamente, no reconhecimento aos cidadãos de um direito a autodefesa dos seus interesses. O agressor viola a paz jurídica e ameaça bens determinados. O defendente protege o direito objetivo e os seus interesses.

O instituto da excludente da ilicitude, notadamente, a legítima defesa, refletiu em todos os tempos uma necessidade imposta ao homem pela lei natural, sendo por isso mesmo reconhecida no direito das gentes como a harmoniosa manifestação de sistemas jurídicos, produto de uma longa evolução social.

Por outro lado, a partir do momento em que o Estado deixou de se conformar com a instintiva e ilimitada oposição da força contra a força, chamando a si o poder de proteção aos direitos individuais, teve de abrir uma exceção, permitindo que o indivíduo o substituísse quando a contenção de injusto, o ataque a seus direitos, seja “*in continenti*” (HUNGRIA, 1958, p. 281). Sua denominação reside em um direito indiscutível, irreversível e inalienável que toda pessoa tem de defender-se a si e a terceiros inocentes, de ataques irracionais, repelindo a força através da força necessária.

A agressão é a ação humana de violência, dirigida contra bens jurídicos tutelados, sendo injusta quando imotivada, não provocada pelo agredido.

A legítima defesa pressupõe uma agressão imediata, continuada ou em vias de ocorrer. Esta pode ser contra direito próprio ou de outrem, ou seja, bens jurídicos, indivíduos, necessidades ou interesses que recebem proteção do Estado (JESUS, 2002, p. 374 - 375).

A legítima defesa é uma conquista das civilizações, paira acima dos códigos, sendo uma verdade imanente à consciência jurídica universal (BITENCOURT, 2003, p. 264). Atualmente, a legítima defesa é um princípio constitucional, prevista no capítulo dos direitos e garantias individuais (artigo 5º da CRFB), além de constar, de forma expressa, nas leis penais de todos os continentes.

Desse modo, tem-se que a legítima defesa apresenta-se de forma bipartida, mas, conjunta. Sob uma ótica individual é um direito que todo homem tem de defender seus bens jurídicos tutelados, devendo ser exercida no contexto individual. Logo, não pode ser invocada para a defesa de interesses coletivos, como a ordem pública, por exemplo. Sob uma ótica jurídico-social, preceitua que o Direito não deve ceder ao injusto (DIAS, 2007, p. 404), sendo um instituto que deve se manifestar unicamente quando necessário, cessando ao desaparecer a necessidade de afirmação do direito.

Assim, nota-se que o presente instituto se norteia por dois princípios basilares, quais sejam, o princípio da proteção individual e o princípio social da afirmação do direito (DIAS, 2007, p. 404).

2.2 Origem da legítima defesa

A origem da legítima defesa remonta à civilização romana. Inicialmente os romanos primitivos faziam justiça com as próprias mãos, defendendo o direito pela força. Após um processo evolutivo natural, mais tarde, houve a passagem da justiça privada para a justiça pública (CRETOLA, 1995, p.48).

Esta evolução pode ser vislumbrada através de quatro etapas. Em um primeiro momento, conhecido como fase da vingança privada, onde predominou a Lei de

Talião (“olho por olho dente por dente”), estabelecida através da Lei das XII Tábuas (CRETELA, 1995, p.48). Em um segundo momento, temos o domínio do arbitramento facultativo, perdurando por toda a evolução do direito romano, onde sempre foi admitido que os conflitos individuais fossem resolvidos por árbitros eleitos, sem intervenção do Estado. Quanto à terceira fase, vemos que o arbitramento passa a ser obrigatório, passando a compreender o sistema de ações da lei, onde o Estado obriga o litigante a escolher o árbitro e determinar a indenização a ser paga pelo ofensor. Também estava assegurada a execução da sentença, caso o réu se recusasse a cumpri-la. Em uma quarta e última fase, sendo esta a fase da justiça pública, se desenvolvia inteiramente diante de um juiz que era funcionário do estado, mesmo modo como ocorre nos dias atuais (CRETELA, 1995, p.48-50).

Ainda permanecem no Direito atual vários resquícios de épocas anteriores, como a possibilidade de autodefesa dos direitos. Desse modo, pode-se repelir a força pela força [princípio *vim ui repellere licet* (CRETELA, 1995, p.49-59)] e, até mesmo se exercer a autodefesa privada (como, no Brasil, o instituto da legítima defesa).

Desta forma, aplicava-se o instituto da legítima defesa no direito romano com referência à defesa da vida, sendo passível desta defesa a honra e terceiros (desde que ligados ao que a invocava por laços familiares). Em todo caso, exigia-se que a agressão fosse injusta e atual (CRETELA, 1995, p.57-58).

2.3 Fundamentos da legítima defesa

A legítima defesa possui uma fundamentação dupla: uma fundamentação social (ligada à defesa da ordem jurídica) e uma individual (ligada à defesa dos direitos ou bens jurídicos tutelados).

Na verdade a legítima defesa corresponde a uma exigência natural, uma forma instintiva que leva o agredido a repelir a agressão, mediante a lesão do agressor. Desse modo, sempre foi reconhecida em todas as legislações, até mesmo por ser uma forma primitiva de reação contra algo injusto (BETTIOL, 2000, p. 284).

Fazendo uma analogia com o direito português, atualmente são dois seus fundamentos: a necessidade de defesa da ordem jurídica e a necessidade de proteção dos bens jurídicos (DIAS, 2007, p. 405). Entretanto, nem sempre essa foi a idéia basilar de tal instituto, como podemos ver no texto de Jorge de Figueiredo Dias:

O fundamento justificador desta situação foi durante muito tempo pacificamente encontrado – e paradigmaticamente formulado por Berner, na estreita posição de Hegel – na afirmação de que o Direito não deve nunca ceder perante o ilícito. Mas esta afirmação apodítica e aparentemente incontestável foi se tornando cada vez mais – e sobretudo no nosso tempo – questionável. Ela não pode ser aceite, efectivamente, no sentido supra-individual e supra-pessoal de que, defendendo o Direito perante o ilícito, o agente, através de seu facto, está a defender não só os interesses agredidos mas, em último termo, o interesse da comunidade na integridade do direito objetivo. Nem tampouco na acepção de que a legítima defesa representaria uma transferência legal para os agentes privados do monopólio penal do Estado (DIAS, 2007, p. 405).

Quanto ao direito Espanhol vemos surgir este instituto, de modo positivado, a partir de 1532, no art. 140 de seu Código, sendo permitido tão somente a legítima defesa contra agressões com armas e contra a vida (ROXIN, 1997, p. 610).

Atualmente existe previsão legal da legítima defesa no direito espanhol, que admite amplos deveres de autodefesa, restritos pelas limitações ético-sociais desse direito, como podemos ver no referido texto de Claus Roxin:

Hasta El StGB prussiano de 1851, em su § 41, no se produce la ampliación del derecho de legítima defensa que luego pasó al § 53 del StGB de 1871 y caso com idêntico tenor al § 32 del Derecho vigente. De todos modos, La exposición de motivos Del StGB prussiano admitia aún la existência de

amplios deberes de esquivar y de acudir a la ayuda de la autoridad. Pero la jurisprud. del RG los fue abandonando cada vez más, hasta que em la postguerra El Bundesgerichtshof y la doctrina científica le han dado a las 'restricciones ético-sociales Del derecho de legítima defensa' (cfr. Nm, 51 ss.) una solución diferenciada, aunque también ampliamente polémica. (1997, p. 610)

Desse modo, percebe-se que a legítima defesa possui natureza subsidiária, ao passo que encontra sua fundamentação tanto no instinto de conservação dos bens jurídicos, como colabora com o Estado na luta pela afirmação do direito (BARROS, 2006, p. 330).

Ainda segundo leciona Flávio Augusto Monteiro de Barros:

Segundo a lição de Battaglini, quem se predispõe a delinquir deve ter em conta dois perigos: o perigo da defesa privada e o da reação penal do Estado. Com a justeza de sempre, afirmava Nélon Hungria que 'a defesa privada não é contrária ao direito, pois coincide com o próprio fim do direito, que é a incolumidade dos bens ou interesses que coloca sob sua tutela (2006, p. 330).

2.4 Requisitos da legítima defesa

A legítima defesa apresenta os seguintes requisitos: agressão injusta, atual ou iminente a direito próprio ou alheio, atacado ou em iminente perigo de ataque, tendo sua reação que se limitar aos meios necessários, bem como o uso desses meios deve ser moderado (JESUS, 2002, p. 373 - 374). Uma vez ausente algum desses requisitos, descaracterizada está a situação justificante.

Estes requisitos encontram previsão no art. 25 do Código Penal brasileiro, sendo necessário explicar cada um deles.

2.4.1 *Agressão injusta, atual ou iminente*

Agressão, na lição de Damásio Evangelista de Jesus, “é toda conduta humana que ataca ou coloca em perigo um bem jurídico”. A agressão pode ser ativa ou passiva. Caso se trate de conduta omissiva, necessário é que o agressor omitente tenha a obrigação de atuar (2002, p.387).

Além disso, é necessário que a agressão seja injusta, antijurídica (ilícita), atual ou iminente e represente perigo.

Segundo Fernando Capez:

Agressão injusta é a contrária ao ordenamento jurídico. Trata-se portanto de agressão ilícita, muito embora injusto e ilícito, em regra, não sejam expressões equivalentes. Não se exige que a agressão injusta seja necessariamente um crime (2007, p. 282).

Ademais, é necessário que a agressão seja intencional, não sendo admitida agressão culposa.

Para estar agindo em legítima defesa é necessário que o agente tenha consciência de que está sofrendo uma agressão injusta e ainda agir com a vontade única de defender-se a si ou à terceiro, não sendo permitido o uso da causa excludente para agredir.

Agressão atual é aquela que está acontecendo, ao passo que agressão iminente é aquela que está em via de ocorrer. Como já demonstrado, não pode existir legítima defesa contra agressão futura ou já cessada.

Nos ensinamentos de Flávio Augusto Monteiro de Barros:

Atual é a agressão que já começou a lesar o bem jurídico, mas ainda não cessou. [...]. Iminente é a agressão prestes a se tornar atual. [...]. Assim, a reação deve ser imediata e contemporânea à agressão atual ou iminente, pois o fundamento da legítima defesa é a necessidade de proteção urgente ao bem jurídico ameaçado (2006, p. 332).

Cabe ressaltar que na legítima defesa opera o *commodus discenssus*. Isto é, ao contrário do estado de necessidade, em que o sacrifício do bem só pode ser realizado quando inevitável. Na legítima defesa, quando o agente presencia ou sofre uma agressão injustificável, tem-se uma solução diversa. Não ocorrem os mesmos limites. É que ninguém é obrigado pela lei a acovardar-se e fugir, podendo ficar e defender-se, de acordo com as exigências da lei (CAPEZ, 2007, p. 282).

2.4.2 *Direito próprio ou de terceiro, atacado ou posto em perigo*

Todo bem tutelado pelo ordenamento jurídico pode ser defendido através da legítima defesa. Desse modo, esta proteção não alcança apenas bens suscetíveis de ofensa material, estendendo-se também a bens imateriais como a honra e também ao patrimônio e a liberdade (BARROS, 2006, p. 333).

Admite-se a defesa, inclusive, conforme diz a lei, de direito próprio ou de terceiro. Como podemos ver, ainda, no texto de Flávio Augusto Monteiro de Barros:

[...] admite-se a legítima defesa para a proteção de direito próprio ou de outrem. A legítima defesa de terceiro consagra o sentimento de solidariedade humana. Não é necessário relação de parentesco ou amizade com o terceiro em favor de quem se exercita a legítima defesa. O terceiro pode ser uma pessoa jurídica, o nascituro, a coletividade, o Estado. Afinal, a legítima defesa é uma forma de autotutela, que auxilia o Estado na luta pela preservação do direito (2006, p. 333).

2.4.3 *Reação com os meios necessários e uso moderado desses meios*

A repulsa à agressão deve ocorrer com moderação nos meios empregados, sendo, dentre todos os disponíveis, aqueles que causem a menor lesão possível, sendo utilizados dentro de um limite necessário para conter a agressão. Essa moderação não necessita de precisão cirúrgica, bastando ser analisadas as circunstâncias do caso fático.

Nesse sentido ensina René Ariel Dotti:

A moderação consiste na prudência com que o agente deve se comportar sem que tal consideração tenha caráter meticuloso como a tentativa de tentar pesar as reações humanas com a balança do ourives. Como acentua o TJSP, 'tratando-se de legítima defesa, não se exige rigor matemático na proporcionalidade do revidido à agressão injusta, pois, no estado em que se encontra, não dispõe o agredido de reflexão precisa, capaz de ajustar a sua reação em equipolência completa com o ataque' (RT 677/358) (2001, p. 395).

É bom lembrar que é importante delimitar a moderação necessária na reação, pois ela limita o campo de existência da excludente, vez que mais intensa do que o necessário, desaparece a legítima defesa e inicia o excesso.

Segundo Flávio Augusto Monteiro De Barros:

A moderação implica a proporção que deve existir entre a agressão e a reação. Se, para afastar o perigo basta ferir, o agente não pode matar. Não se pode ferir o garoto que furta laranjas no pomar, já que para afastar o perigo é suficiente adverti-lo (2006, p. 336).

2.4.4 *Elementos subjetivos: conhecimento da necessidade de defesa e da situação de agressão*

Uma vez abordados os requisitos objetivos da legítima defesa, previstos no art. 25 do Código Penal, é preciso uma análise dos requisitos subjetivos. Desse modo, é preciso que o agente tenha conhecimento da situação de agressão injusta. Precisa também ter

conhecimento da necessidade de repulsa da injusta agressão, sendo a repulsa conduzida pela vontade de se defender (JESUS, 2002 p. 392).

Como já demonstrado, contra agressão futura não há o que se falar em legítima defesa, vez que pode ser afastada por outros meios. Logo, não cabe legítima defesa presumida, nem contra atos preparatórios de um crime, conforme ensina Jorge Figueiredo Dias:

Relevante para este efeito é o momento até o qual a defesa é susceptível de pôr fim à agressão, pois só então fica afastado o perigo de que ela possa vir a revelar-se desnecessária para repelir aquela. Até esse último momento a agressão deve ser considerada atual (DIAS, 2007 p. 413).

Vistos os requisitos, inicia-se uma análise das espécies de legítima defesa.

2.5 Espécies de legítima defesa

São espécies de legítima defesa: putativa, sucessiva, antecipada e da honra.

2.5.1 Legítima defesa putativa

Trata-se de um erro de suposição sobre a existência da legítima defesa por parte do agente. O agente, por erro, acredita estar em situação que caracterize a legítima defesa.

Entretanto, a antijuridicidade do fato não é excluída, pois não estão presentes todos os requisitos (agressão real, atual ou iminente), ocorrendo sim uma excludente de culpabilidade, devido a um erro plenamente justificável (MIRABETE, 2006, p. 184).

A legítima defesa putativa caracteriza-se pelo erro, constituindo um defeito de representação, um problema cognitivo, levando o agente a uma percepção errônea da

realidade. Assim sendo, há legítima defesa putativa quando o agente, por erro de tipo ou de proibição plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe encontrar-se em face de agressão injusta (JESUS, 2002 p. 396).

Se o erro caracterizador é escusável, desculpável, invencível exclui-se a culpabilidade. Se inescusável, vencível, indesculpável, o erro deriva de culpa, passando o agente a responder por crime culposos.

Legítima defesa putativa pode ser percebida quando o agente ativo, por erro, supõe uma situação de legítima defesa, dando início a uma situação repulsiva, devido ao erro, este plenamente justificável pela situação e circunstâncias. É uma suposição baseada no erro – de tipo ou de proibição – da existência da legítima defesa, tendo como fundamento o ânimo de defesa (*animus defendendi*), e uma errônea idéia do agente de que existe situação de perigo atual ou iminente, sendo este apenas imaginário.

Ensina Francisco de Assis Toledo:

O art. 20, § 1.º, do Código Penal (atual redação) estabelece ser isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Na parte final, admite o preceito a punição a título de culpa, se prevista em lei a figura culposa. Disso resulta que situações reais, configuradoras das causas de justificação do art. 23 do Código (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito), podem, *quando irrealis*, isto é, quando, por erro, existirem apenas na imaginação do agente, transformar-se, dentro de certos limites, em causas de erro escusável, denominando-se, então, descriminantes putativas, isto é, descriminantes imaginárias, irrealis (1994 p. 272).

No mesmo sentido leciona Flávio Augusto Monteiro de Barros:

Ocorre quando o agente supõe erroneamente existir a agressão injusta, atual ou iminente. Exemplo: “A” atira em “B” supondo que este iria sacar do revólver, quando na verdade enfiara a mão no bolso para pegar um cigarro. Nesse caso, subsiste a antijuridicidade. Se o erro for escusável (art. 20, §1º,

1ª parte), exclui-se a culpabilidade; se inescusável, o agente responde pelo crime culposos, desde que o fato seja punível na modalidade culposa (art. 20, §1, última parte) (2006, p. 338).

2.5.2 Legítima Defesa Sucessiva

Caracteriza-se como a repulsa contra o excesso de quem, inicialmente, age em legítima defesa (CAPEZ, 2007 p. 290).

Para atuar em legítima defesa é necessário que o agente esteja de acordo com as causas de justificação. Uma vez que o agente repulsou a agressão e, ainda assim, continua a agredir, surge a legítima defesa sucessiva como uma reação contra o excesso.

De forma objetiva, entende-se por legítima defesa sucessiva aquela que, inicialmente legítima, devido ao excesso, deixa de ser uma defesa e torna-se uma agressão injusta, provocando para o agressor inicial uma legítima defesa sucessiva.

2.5.3 Legítima defesa antecipada

Trata-se de uma reação defensiva não amparada por lei, visto que a agressão é futura e incerta, não se coadunando com os requisitos exigidos pela legítima defesa.

Se a agressão não é atual ou iminente, mas, sim, futura, inexistente legítima defesa, não podendo, portanto, alegar legítima defesa quem, por exemplo, mata a vítima porque esta lhe ameaçou de morte (CAPEZ, 2007, p. 290).

Segundo o ensinamento de Damásio E. de Jesus (2002, p 389), não pode haver legítima defesa contra agressão futura. Se a ameaça é de mal futuro, pode a autoridade pública intervir para evitar sua consumação.

2.5.4 *Legítima defesa da honra*

Nos casos de legítima defesa da honra, geralmente se tem uma violência motivada por sentimentos de posse. Em princípio, os direitos à vida, à honra, ao patrimônio, etc. são passíveis de legítima defesa. Assim sendo, superada a discussão sobre a possibilidade de legítima defesa, resta a discussão quanto à proporcionalidade entre a ofensa e a intensidade da repulsa.

Ante a manifesta ausência de moderação, não pode o ofendido matar em defesa da honra. Segundo Fernando Capez:

Nessa medida, não poderá, por exemplo, o ofendido, em defesa da honra, matar o agressor, ante a manifesta ausência de moderação. No caso de adultério, nada justifica a supressão da vida do cônjuge adúltero, não apenas por falta de moderação, mas também devido ao fato de que a honra é um atributo de ordem personalíssima, não podendo ser considerada ultrajada por um ato imputável a terceiro, mesmo que este seja a esposa ou o marido do adúltero (2007, p. 285).

A legítima defesa da honra ainda não está pacificada na jurisprudência pátria. Ainda assim, uma vez admitida, também deve ser submetida à análise dos meios utilizados, bem como a moderação no uso destes meios, sendo que, neste caso, também não se admite o excesso.

3 EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA

3.1 Limites à Legítima Defesa

A legítima defesa, conforme prevista no art. 23 do código penal brasileiro, caracteriza excludente de ilicitude ou de antijuridicidade, podendo ser entendida como a defesa necessária utilizada contra uma agressão injusta, atual ou iminente, contra direito próprio ou de terceiro que inclui sempre o uso moderado, proporcional e necessário. Desse modo, quem atua em legítima defesa não comete um crime, visto que se trata de uma ação necessária contra uma injusta agressão. O indivíduo, quando repelindo as agressões atuais e injustas relacionadas ao seu direito, atua em substituição do dever do Estado, que nem sempre pode agir em todos os lugares e ao mesmo tempo.

Entende-se, desta forma, que a legítima defesa é modo legal que autoriza o particular a assegurar a ordem jurídica, revelando-se ser um modo eficiente e dinâmico. É um direito de todo cidadão se defender de uma injusta agressão, mas o seu excesso de defesa deve ser mensurado, pois com a repulsa imoderada, pode ocorrer uma inversão de papéis, o que gera a referida discussão em análise.

Na legítima defesa o agente, em substituição ao Estado, ao atuar, o faz devido ao fato deste não ser onipresente, não podendo intervir, com seus agentes, em todas as relações simultaneamente. Isto é, legítima defesa é uma permissão legal que o particular possui para manter, dinamicamente, a ordem jurídica. Contudo, não se permite o excesso.

Segundo ensina Luis Carlos Avansi Tonello:

Para que se dê a legítima defesa perfeita, há de existir proporcionalidade entre a repulsa e o perigo causado pela agressão, medida individualmente, em cada caso, não, porém, subjetivamente, mas conforme o critério aferido de acordo com o homem equilibrado que nesse instante e circunstância se vê agredido (2003 p. 182).

Desse modo, ao ultrapassar os limites legais de medida, ocorre uma desproporção quanto à lei, quanto a um direito. Há, portanto, uma escala de intensidade. A moderação exige que, quem se defende não permita que sua reação vá, intensivamente, além do exigido razoavelmente pelas circunstâncias (TOLEDO, 1994 p. 204).

Seguindo os ensinamentos de Rogério Greco, temos:

Geralmente, o excesso tem início depois de um marco fundamental, qual seja, o momento em que o agente, com a sua repulsa, fez estancar a agressão que contra ele era praticada. Toda conduta praticada em excesso é ilícita, devendo o agente responder pelos resultados dela advindos (1999, p. 322).

Assim sendo, o excesso não pode ser visualizado de maneira independente, isolada, estando sempre vinculado a uma causa legal de exclusão da ilicitude, visto que este instituto do direito penal não possui autonomia jurídica própria. Nesse sentido, para se determinar a existência do excesso, faz-se necessário a presença lógica da excludente da legítima defesa (causa de justificação), bem como de seus elementos estruturais, e que o agente ultrapasse os limites da causa de justificação, incorrendo assim em excesso na legítima defesa.

Ao se falar em excesso devem estar presentes, em um primeiro momento, os elementos demonstrados anteriormente como requisitos para se determinar a legítima defesa. Deve-se ter em mente que o agente o fez, em um primeiro momento, amparado por uma causa

de justificação, e, por fim, se ultrapassou o limite permitido pela lei. Em uma segunda análise está o *animus* que motivou esse ultrapassar (GRECO, 1999, p.321).

Caso o agente esteja inicialmente tutelado pelo direito, uma vez que consegue fazer cessar a agressão injusta e prossegue com sua ação, comete assim excesso. Deve ser examinado agora um terceiro componente de caráter objetivo, que trata da psique do agente, analisando se este ocorreu por dolo ou culpa.

Isto posto, surge, então, uma nova problematização relativa ao excesso na legítima defesa. Duas correntes discorrem sobre o tema. Há, de um lado, os que entendem que o excesso será sempre doloso, isto porque o agente, mesmo depois de fazer cessar a agressão que sofria, não interrompe seus atos e continua com a repulsa, fazendo-o com a intenção de obter o resultado que almeja produzir. Para estes deve ser aceito o ilícito e descaracterizada a excludente, podendo ocorrer uma atenuação especial na pena. Em outra via, encontram-se os que acreditam que o excesso ocorreu pelo fato de o agente estar tomado por uma forte emoção, extrapolando, assim, os limites de sua defesa. Neste caso, deve o agente responder pelo excesso, se punível (GRECO, 1999, p. 321-326).

De certo modo essa discussão passa a não ter necessidade, visto que o excesso representa o meio de punir na conduta excessiva, qual seja, o próprio excesso, não havendo o que se falar em exclusivamente dolo ou culpa, já que este ocorrerá quando o agente extrapola (por erro no cálculo, ódio ou vingança) os limites do permitido para a proteção a seu direito nas condições em que concretamente se encontrava; é o *plus* desnecessário, que não se justifica, que não precisava existir.

3.2 Excesso Culposo

Uma vez reconhecido o real estado defensivo do agente contra uma injusta agressão, passa-se a uma análise mais detalhada quanto à moderação, mais propriamente quanto ao excesso de defesa. Negada a necessidade dos meios, ou a moderação, pesa uma análise das circunstâncias para saber se o excesso deriva de dolo, culpa *stricto sensu*, de caso fortuito ou de erro escusável (TOLEDO, 1994, p. 210).

De acordo com previsão do artigo 23, parágrafo único, do Código Penal brasileiro, é cabível a punição do excesso culposo, *in verbis*:

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

I – em estado de necessidade;

II – em legítima defesa;

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

Parágrafo único. O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.

Assim sendo, ocorrerá excesso culposo quando o agente quis um resultado necessário e proporcional, agindo, entretanto, com desatenção, gerando o excesso na sua reação (é uma desproporção pela falta de cuidado ou atenção, tanto na escolha como na aplicação do meio). O agente deverá responder, nesse caso, por crime culposo, em relação ao seu desregramento (caso haja previsão legal). Entretanto, caso derive do fortuito, admite-se a isenção de pena (NORONHA, 2004 p. 200 - 201).

No entanto, alguns doutrinadores não seguem essa mesma linha de raciocínio. Nesse sentido, Zaffaroni e Pierangeli asseveram que:

A única explicação plausível para o chamado ‘excesso culposo’ é o de que se trata de uma ação dolosa, mas que, aplicando-se a regra da segunda parte do §1º do artigo 20, a lei lhe impõe a pena do delito culposo. Em face da definição de dolo do artigo 18, não se pode dizer jamais que, para a nossa lei, o chamado ‘excesso culposo’ seja uma conduta culposa, e sim que o ‘culposo’, no máximo, seria o excesso, mas nunca a ação que causa o resultado, posto que, a se admitir o seu caráter culposo, se estaria incorrendo numa flagrante contradição *intra legem* (2002, p. 597).

O excesso culposo está ligado à causa objetiva do crime, ocorrendo como consequência de um erro vencível, com resultado mais grave que o necessário. É resultante da culpa, isto por haver um erro de cálculo em relação à gravidade do perigo, ou mesmo sobre a intensidade reativa para evitá-lo, erro ligado à diligência de observação de um cidadão comum (homem médio), agindo assim com culpa (excesso culposo no sentido estrito) (VENZON, 1989, p. 64).

3.3 Excesso Doloso

Neste caso, cessada a agressão, o agente prossegue atuando, ele o faz também querendo o resultado e agindo com dolo. Assim, o excesso será doloso, quando o sujeito, depois de iniciar sua conduta conforme o direito, e com plena consciência, ultrapassa os limites da conduta exigida nas circunstâncias voluntariamente, almejando, dolosamente, um resultado antijurídico desnecessário ou não permitido por lei, devendo, então, responder pelo excesso doloso (GRECO,1999, p. 321 - 325).

A diferença mais notória entre o excesso culposo e o doloso é que este último é possível em qualquer crime, enquanto a modalidade culposa é admitida somente quando há previsão legal de punição para a conduta materializada no excesso. Além disso, no excesso doloso, nota-se uma vontade projetada para um fim certo, vontade essa imediata e direta, não demonstrando imprudência, negligência ou imperícia, mas sim uma vontade de final, dirigida seguramente à infração, à prática de um crime doloso. Por isso mesmo, o

excesso doloso acaba, via de regra, descaracterizando a legítima defesa, passando essa excludente a funcionar como motivo atenuante previsto no artigo 65, III, “c”, do Código Penal (SZNICK, 2002, p.268).

Diz-se, então, ocorrer o excesso doloso quando, proposital e conscientemente, o agente ao se defender de uma injusta agressão, usa de um meio desproporcional, desnecessário (se defende de um soco com um tiro), ou o faz imoderadamente (depois de um disparo suficiente, prossegue disparando até matar), aproveitando-se, conscientemente, de sua situação de defesa para imprimir contra o agressor lesão mais grave do que a necessária e possível, agindo com interesses estranhos à legítima defesa (TOLEDO, 1994, p. 208).

3.4 Excesso Exculpante

Quando o ato é praticado sob a influência de elementos astênicos, tais como medo, perturbação, surpresa ou susto, tratar-se-á da ocorrência de uma modalidade de excesso que, por suas peculiaridades, não é merecedora de apenação. Aqui o excesso verificado na resposta à injusta agressão não é causado por uma postura dolosa ou culposa, mas por uma atitude emocional do agredido. Dessa forma, elimina-se a culpabilidade do agente, sendo o fato típico e antijurídico. Porém, não é culpável por não se poder exigir do agente conduta diversa da por ele praticada (GRECO, 1999, p. 329).

O erro que qualquer pessoa cometeria em face das circunstâncias caracteriza erro escusável, desculpável, invencível, constituindo situação de exculpação, se determinado por medo, susto ou perturbação do autor (afetos astênicos), não tendo o que se cogitar em relação ao ódio ou a ira (afetos estênicos). Isto porque os estados emocionais de medo, susto

ou perturbação justificariam a redução dos controles, bem como a da normalidade psicológica, reduzindo a culpabilidade (SANTOS, 2005, p. 332 - 333).

3.5 Abordagem Jurisprudencial

É bastante complexa a determinação do excesso na legítima defesa. Isto porque primeiro faz-se necessária uma análise dos requisitos para se verificar quanto à presença da própria causa excludente, para, então, determinar se houve o excesso. Nesse sentido encontra-se o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

EMENTA: AÇÃO PENAL. Homicídio doloso. Júri. Quesito. Relativo a excesso culposo na legítima defesa. Submissão aos jurados. Inadmissibilidade. Resposta negativa sobre a ação excludente. Prejuízo reconhecido daqueloutra questão. Nulidade inexistente. HC denegado. Recurso improvido. Aplicação do art. 484, III, do CPP. Precedente. Quando os jurados negam que o réu tenha agido em legítima defesa, fica *ipso facto* prejudicado o quesito sobre excesso culposo da ação excludente de ilicitude (TJRS – Rel. Min. CEZAR PELUSO - RHC 81396 – O. J. 2ª Turma – J. 25.9.2007)

Quanto à modalidade dolosa do excesso, o agente o faz de forma livre e consciente, repelindo a agressão de forma imoderada, propositalmente, em razão de raiva, ódio ou vingança. Já em relação ao excesso culposo, por falta de cuidados ou erro de cálculo, o agente produz um resultado que não desejava. Quanto a algumas emoções que, devido à sua carga de elementos astênicos (tais como susto, surpresa e perturbação), tem-se uma modalidade de excesso não punível, devido às suas peculiaridades, sendo este o excesso exculpante. Isto dito, cabe ao julgador, caso a caso, buscar a verdade real, inclusive, afastado da presunção, devendo indagar sobre os limites do excesso, além dos motivos e causas, para determinar a modalidade do excesso. Neste sentido, o entendimento de nossa Corte Suprema, *in verbis*:

EMENTA: JÚRI - QUESITOS - ORDEM - COMPETÊNCIA - DOLO DIRETO E INDIRETO - Empolgado pela defesa o homicídio culposo, cumpre formular, após os quesitos gerais - materialidade, autoria e consequência da lesão - os relativos ao dolo, indispensáveis à definição da própria competência do Tribunal do Júri. Assegurada constitucionalmente a competência do Tribunal do Júri para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, a indagação através de quesitos, se o crime é doloso ou culposo, deve preceder às teses da excludente de ilicitude ou justificativas previstas no Código Penal. Se a defesa sustenta a prática de crime culposo e não doloso, o Conselho de Sentença deverá definir se o réu agiu sob influência de um dos elementos do crime culposo elencados no art. 18 do Código Penal. Afirmativa ou negativa a resposta, os jurados terão definido a modalidade de culpa ou, afastando-a, fixado a sua competência. JÚRI - QUESITOS - LEGÍTIMA DEFESA - AGLUTINAÇÃO - MEIOS NECESSÁRIOS - MODERAÇÃO - Descabe englobar em quesito único as indagações sobre os meios necessários e a moderação. O desdobramento dos quesitos, com inclusão das modalidades do crime culposo, proporciona definição da conduta do réu. A junção de tópicos da defesa em quesito único - meios necessários e moderação, bem como o silêncio no tocante ao excesso doloso - vicia o julgamento perante o Tribunal do Júri. JÚRI - QUESITOS - LEGÍTIMA DEFESA - EXCESSOS CULPOSO E DOLOSO. A simples resposta negativa ao quesito referente ao excesso culposo não torna dispensável o alusivo ao doloso. A ordem jurídica em vigor contempla, de forma implícita, o excesso escusável (ASSIS TOLEDO, DAMÁSIO E ALBERTO SILVA FRANCO). No campo de processo-crime, a busca incessante da verdade real afasta o exercício intelectual da presunção; cabe indagar se o réu excedera dolosamente os limites da legítima defesa. O excesso exculpante não se confunde com o excesso doloso ou culposo, por ter como causas a alteração no ânimo, o medo, a surpresa. Ocorre quando é oposta à agressão injusta, atual ou iminente, reação intensiva, que ultrapassa os limites adequados a fazer cessar a agressão. *Habeas Corpus* deferido para anular o julgamento e determinar que outro seja realizado, formulando-se os quesitos com atenção às circunstâncias em que o crime ocorreu (TJRS – Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - RHC 72341 – O.J. 2ª Turma – J. 13.6.95).

Neste sentido, coaduna também o entendimento do Supremo Tribunal

Federal:

EMENTA: - DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. JÚRI. LEGÍTIMA DEFESA: EXCESSO DOLOSO OU CULPOSO. "HABEAS-CORPUS". 1. Tendo sido suprimida a formulação de quesitos sobre o excesso doloso e culposo, considerados obrigatórios pela jurisprudência desta Corte, ficou evidenciada a perplexidade dos Jurados, quando admitiram que o réu se defendeu de uma agressão atual e injusta, mas que o fez por motivo torpe. 2. Em circunstâncias que tais, os precedentes do Supremo Tribunal Federal desconsideram o fato de não ter havido protesto a respeito dos quesitos durante a sessão do Tribunal do Júri, porque têm por caracterizada hipótese de nulidade absoluta. 3. "H.C." deferido, para se anular o acórdão impugnado e o julgamento perante o Tribunal do Júri, para que a outro se submeta o paciente, como de direito. (STF – Rel. Min.

SYDNEY SANCHES - RHC 78167/RJ – RIO DE JANEIRO – O.J. 1ª Turma. J.14.12.1998).

O instituto da legítima defesa não pode servir como meio de vingança, meio para punir o agressor, mas unicamente um meio de defesa de seus direitos frente à impossibilidade do Estado de se fazer presente em todos os locais, todo tempo, para proteger bem jurídicos. Assim, como medida de exceção, o Estado abre mão da sua exclusividade punitiva para o cidadão poder proteger-se das injustiças, defendendo-se de ataques com os meios necessários e moderação no seu uso. Cabe ao juiz, no caso prático, determinar a tênue linha que separa a defesa do ataque. Neste sentido, o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio grande do Sul:

Depois da Reforma Penal de 1984, segundo o parágrafo único do art. 23 do CP, o agente responderá pelo excesso doloso ou culposo em qualquer das causas de exclusão de ilicitude. Desde então, tornou-se obrigatório o questionamento do excesso doloso ou culposo, sempre que o Conselho de Sentença negar, na excludente da legítima defesa, o uso dos meios necessários ou a moderação no emprego dos meios. (TJRS – Ap. Crim. 697.023.711 – Rel. Des. DANUBIO EDON FRANCO - 4ª C. – J. 25.6.97 – M. V.) (RT 746/662).

Do mesmo modo, jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: I. É nula a decisão do Tribunal que acolhe contra o réu nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício: Súmula 160, que alcança precisamente as nulidades absolutas - com relação às quais veio a pacificar a divergência anterior -, pois, quanto às nulidades relativas, na hipótese, é óbvia e incontroversa a ocorrência da preclusão. II. Júri: quesitos da legítima defesa: excesso culposo ou doloso: acolhido o entendimento de que, negada a moderação da defesa, se deve indagar ao Júri tanto do excesso doloso quanto do excesso culposo, a orientação da Súmula 162 tenderia a indicar a precedência do quesito referente à qualificação culposa do excesso, mais favorável à defesa. (STF – Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - RHC 76237/MG – MINAS GERAIS – J. 14.08.1998 O.J. 1ª Turma).

CONCLUSÃO

O Estado, por intermédio do direito de disciplinar, atua através de um conjunto de regras, emanadas dos representantes do povo, controlando assim a conduta individual, tendo como interesse a satisfação das necessidades de justiça, e agindo, por vezes, de forma coercitiva, visando a proteção de bens jurídicos.

Assim, garantias constitucionais como os princípios da legalidade e da reserva legal regem esse conjunto de normas preestabelecidas, que tipificam ilícitos penais, cominando penas a condutas valoradas negativamente pelo legislador.

Contudo, o ordenamento jurídico contém também normas permissivas, prevendo causas que excluem a ilicitude do fato típico: estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal, exercício regular do direito e a legítima defesa. Portanto, tais causas excluem a ilicitude da conduta, fazendo com que um fato típico não seja considerado crime.

A legítima defesa se fundamenta na proteção individual e no princípio social da afirmação do direito em defesa da ordem jurídica. Entretanto é necessário que sejam verificados os seus requisitos, devendo a agressão ser injusta, atual ou iminente, a proteção de direito próprio ou alheio, repulsa com meios necessários e o uso moderado desses meios.

O Estado, ao permitir a ação defensiva do cidadão, quis fixar, através da lei, um limite à ação de quem se defende da injusta agressão. Desse modo prevê que o responsável pode ser punido pelo resultado excessivo, seja ele doloso ou culposos. Assim sendo, não se permite o excesso, sendo provocado tanto pelo fato de o agente passar dos limites, como pelo emprego de meios desnecessários ou imoderados.

A antijuridicidade da conduta só pode ser excluída se constatado que a vontade do agente era voltada para o uso da causa de justificação. Isto é, a valoração de antijuridicidade recai sobre uma conduta em princípio típica, compreendendo aspectos objetivos e subjetivos da ação.

Quando o agente ao se defender causa ao agressor, de forma consciente e proposital, lesão maior do que a necessária para repelir o ataque, temos o excesso doloso.

Quando, por erro de cálculo sobre a gravidade ou inevitabilidade do perigo, o agente ultrapassa determinado limite, alcançando resultado diverso do esperado, matando ou ferindo desnecessariamente o agressor, comete excesso culposos.

Ambos os excessos fazem com que o agente responda pelo resultado alcançado. A diferença está na pena cominada, que, logicamente, é menor no excesso culposos.

Quanto ao excesso escusável, o agente deve encontrar-se em situação de perturbação intensa de ânimo, seja por medo ou susto. Desse modo, passa a desconhecer os limites objetivos e subjetivos traçados na lei. Neste caso não há incriminação do agente, devido à situação em que ocorreu.

Através da análise jurisprudencial, nota-se que nos casos levados a julgamento são necessários cuidados especiais ante a complexidade do tema. O acusado tem que ver seu direito a ampla defesa resguardado, podendo usar dos meios legais para exercê-la. E todos os envolvidos no julgamento devem estar atentos à busca da verdade, para que, analisando os atos praticados pelo réu, consigam delimitar exatamente se agiu em legítima defesa, e dirimir com clareza se houve excesso, caracterizando-o.

Examinar minuciosamente toda a ação no caso concreto é absolutamente necessário para determinar a ocorrência da legítima defesa, verificando todas as circunstâncias da situação fática, quais sejam aspectos da vida pessoal do agente, sua personalidade, vivência social, educação e cultura, além dos requisitos da excludente, como a intensidade e meios utilizados, para assim chegar o mais perto possível da justiça. Caso a caso, metodologicamente, é possível chegar à verdade dos fatos, determinando assim os limites da ação em tela, para que tal instituto não sirva para atender a interesses escusos.

REFERÊNCIAS

BARROS, Flavio Augusto Monteiro de. **Direito penal: parte geral**. Saraiva: 2006.

BETTIOL, Guiuseppe. **Direito penal: parte geral**. Zacarias, 2000.

BITENCOURT, Cézár Roberto. **Manual de direito penal: parte geral**. 5. ed. São Paulo: RT, 1999.

_____. **Tratado de direito penal: parte geral**. v. 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília: Imprensa Nacional, 1988.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Jurisprudências acerca da legítima defesa**. Jurisprudências publicadas em 04 mai. 2006. Disponível em <<http://portal.tj.sp.gov.br/wps/portal/tj.iframe.jurisprudencia>>. Acesso em 28 mar. 2009.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. v.1. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2007

CRETELA JR, José. **Curso de direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**. Revista dos Tribunais. 1. ed. São Paulo: 2007

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

GUERRERO, Hermes Vilchez. **Do excesso em legítima defesa**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

_____. **Estrutura jurídica do crime**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. v. I, Rio de Janeiro: Forense, 1958.

INELLAS, Gabriel César Zaccaria de. **Da exclusão da ilicitude: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. Parte geral. v. I. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

LEAL, João José. **Curso de direito penal**. Por to Alegre: Sérgio Fabris/ FURB, 1991.

LINHARES, Marcello J. **Legítima defesa**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte geral**. v.I. 13. ed., São Paulo: Atlas. S.A., 2006.

MORAES, Carlos Otaviano Brenner de. **Excesso na legítima defesa**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, número 36, nov. 1999. Disponível em:
<<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=990>>. Acesso em: 27 set. 2006.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal: introdução e parte geral**. v. I, 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

ROXIN, Claus. **Derecho penal, parte general; fundamentos, la estructura de la teoria del delito**. Madrid: Civitas, 1997.

SANTOS, Ernane Fidelis dos. **Atualidades jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

SZNICK, Valdir. **Manual de direito penal**. São Paulo: Leud, 2002.

TELES, Ney Moura. **Direito penal: parte geral: art. 1º a 120**. v. I. São Paulo: Atlas 2004.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Ilicitude penal e causas de sua exclusão**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. **Princípios básicos do direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

TONELLO, Luis Carlos Avansi. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 2. ed. Cuiabá: Janina, 2003.

VENZON, Altayr. **Excessos na legítima defesa**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1989.

ZACARIAS, André E. Carvalho. **Exclusão da ilicitude**. 1. ed. São Paulo: Edijur, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.