

EXCESSO DE LEGÍTIMA DEFESA: A LINHA TÊNUE ENTRE O EXCESSO DOLOSO E A EXISTÊNCIA DE CULPA

EXCESS OF LEGITIMATE DEFENSE: THE TENNIS LINE BETWEEN DOUBTFUL EXCESS AND THE EXISTENCE OF BLAME

Philippe Escobar Penteadó¹

Edison França Lange Junior²

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é observar a consequência jurídica que pode ser acarretada mediante a verificação do crime de excesso, bem como analisar a tamanha dificuldade de diferenciação entre a modalidade dolosa e a existência de culpa. O trabalho também visa apontar aspectos relevantes acerca da figura do excesso exculpante, que, embora não previsto na legislação brasileira enquanto tipo penal é figura amplamente explorada jurisprudencial e doutrinariamente.

Palavras-chave: Legítima Defesa- Exclusão de ilicitude- Legítima Defesa dolosa e culposa.

ABSTRACT

The objective of the present study is to observe the legal consequence that can be caused by the verification of the crime of excess, as well as to analyze the great difficulty of differentiating between the malicious modality and the existence of guilt. The paper also aims at pointing out relevant aspects about the exculpatory excess figure, which, although not provided for in Brazilian legislation as a criminal type, is a widely explored case-law and doctrinally.

Keywords: Legítima Defesa- Exclusion of unlawfulness- Legítima Defensive and willful mischief.

INTRODUÇÃO

¹ Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário da Grande Dourados – e-mail: liphappy@hotmail.com

² Graduado em Direito pelo Centro Universitário da Grande Dourados (2007). Pós-graduado em Direito Tributário, com habilitação em Ensino Superior, pela Rede Luiz Flávio Gomes e Faculdade Uniderp-Anhanguera. Atualmente é servidor efetivo do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul e Professor do Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN. E-mail – edison.lange@unigran.br

Ao nascer o homem tem consigo direitos e deveres, e assim, nasce também seu direito de legítima defesa. Sempre que pensamos no Direito Penal, fazemos uma associação a normas proibitivas, punições e até mesmo algumas sanções, jamais os primeiros pensamentos e conceitos são ligados às normas que permitem e possibilitam algumas condutas. Obviamente, a ação humana muitas vezes não é coerente com aquilo exposto em lei, porém ao se tratar de Legítima Defesa devemos ter claro em nossas mentes o que podemos fazer e até onde podemos ir.

A Legítima Defesa é um exemplo claro de conduta que muitas vezes apresenta erros, onde o indivíduo se excede em suas ações. É necessário cautela ao analisar uma situação onde houve uso de legítima defesa. Devem-se observar os requisitos, e estes devem estar concernentes a aquilo que se diz correto para a existência deste instituto.

Uma vez comprovada a exatidão da ação do indivíduo, não há que se falar de ilicitude do fato típico, e conseqüentemente não há punição do agente. Porém o cenário de legítima defesa deve entender a imprescindibilidade dos meios de defesa utilizados, e o uso moderado desses artifícios. Isso porque não observada a justificação do ato perante os pressupostos, poderá ser caracterizado o ato praticado pelo agente como ato excessivo, respondendo então por essa transgressão.

Encontramos desarmonia no entendimento de muitos magistrados, já que se trata de matéria complexa, onde cada situação deve ser analisada de forma única, e, em cada análise pode se nascer uma opinião distinta. Então para que se chegue a um consenso deve-se levar em consideração o comportamento da vítima, o comportamento do agente, e a consequência de ambas as ações e reações.

De igual relevância, pende a argumentar sobre o excesso utilizado na legítima defesa, quando há chance do agente conscientemente envolvendo a condição em que se encontra, abusar dos meios de defesa, indo além do essencial para cessar a ação do agressor, com o intuito de saciar vontade própria, onde pratica ato sem necessidade.

É comum observar-se no período processual, os advogados e defensores fazendo o uso do contexto de legítima defesa para defender os interesses de seus clientes, sempre se baseando no argumento de que o indivíduo cometeu tal reação para proteger-se ou proteger a outrem, sem levar em consideração os requisitos específicos, e almejando assim, que seja

entendido por quem julga que a ação tomada em determinada situação era extremamente necessária, sendo a única alternativa a ser tomada, contudo, a realidade pode ter sido outra.

1 ASPECTOS GERAIS DA LEGÍTIMA DEFESA

1.1 Origem e conceituação

A legítima defesa é fielmente ligada ao instituto da autodefesa inerente do próprio ser humano. Sua evolução ocorreu juntamente com a manifestação dos sistemas jurídicos, e a evolução da sociedade. Primeiramente exercida de forma primitiva através do exercício da justiça feita pelas próprias mãos no processo de vingança privada, para logo após assumir o caráter de vingança pública. Surgindo assim, o talião, uma forma precária e rudimentar do instituto da legítima defesa, limitando a vingança quanto à essência da punição e à medida do direito material.³ Desta forma, descreve Linhares sobre seu pensamento da definição de Legítima Defesa: “antes de vir consignada em códigos, já existia como lei da natureza, como norma decorrente da própria constituição do ser, dessas que o homem recebe antes de se estabelecer em sociedade”.⁴

Sabe-se que os primeiros conceitos referentes a Legítima Defesa estão interligados a limitação do uso da força pelos Estados, limitação esta que se diz respeito a realizações de guerra, ou seja, um país não poderia meramente por sua vontade começar uma guerra sem a apresentação de justa causa. Neste sentido, é válido destacar os ensinamentos de Damásio:

A nossa jurídica da legítima defesa surgiu quando o Estado reclamou para si o castigo do autor em face da prática de uma ofensa pública ou privada, iniciando-se o processo evolutivo do direito de punir e do direito de liberdade: de um lado, o magistério estatal punitivo como forma de repressão ao delito; de outro; a legítima defesa exercida por qualquer particular injustamente vítima da agressão.⁵

Atualmente o instituto da Legítima Defesa compõe a segunda causa de exclusão da antijuricidade prevista pelo artigo 23 do nosso diploma penal. Regulado pelo artigo 25 do

³VENZON, Altayr. **Excessos na legítima defesa**. Porto Alegre: Fabris, 1989, p.11.

⁴ LINHARES, Marcello J. **Legítima Defesa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 1

⁵ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2002, p.383.

mesmo diploma, que dispõe: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.”⁶ Importante é lembrar que a legítima defesa consiste em ação de repelir agressão com objetivo de cessá-la. E é essa a exata definição que a difere de vingança, e satisfação de vontade própria. Neste sentido, a vítima busca por si só repelir as agressões contra si ou contra terceiros, substituindo a atuação imediata do Estado.

Podemos dizer que a “impunidade” do agente em situação de legítima defesa sempre foi reconhecida, contudo, o instituto jurídico da legítima defesa foi instituído de forma gradativa na legislação brasileira, em virtude da inconformidade do Estado frente à imposição da ação da força contra força. Sendo assim, diante da necessidade do Estado de proteger os direitos individuais, surge a legítima defesa como uma exceção que permite que o indivíduo revide quando a agressão do injusto atacar os seus direitos.

1.2 Natureza jurídica

A natureza jurídica da legítima defesa tem como causa a exclusão de ilicitude, baseada em dois fundamentos: a defesa do ordenamento jurídico ante uma agressão injusta, e a necessidade da defesa dos bens jurídicos perante uma agressão. Fernando Capez expõe que “o Estado não tem condições de oferecer proteção aos cidadãos em todos os lugares e momentos, logo, permite que se defendam quando não houver outro meio”⁷ Neste sentido, Nucci nos ensina que:

Valendo-se da legítima defesa, o indivíduo consegue repelir as agressões a direito seu ou de outrem, substituindo a atuação da sociedade ou do Estado, que não pode estar em todos os lugares ao mesmo tempo, através dos seus agentes. A ordem jurídica precisa ser mantida, cabendo ao particular assegurá-la de modo eficiente e dinâmico.⁸

⁶ JUS BRASIL. **Decreto Lei 2848/40**. Disponível em:<
<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10637196/artigo-25-do-decreto-lei-n-2848-de-07-de-dezembro-de-1940>>. Acesso em: 10 de nov.2018.

⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal- Parte Geral**. 15.ed. São Paulo: Saraiva.2004, p.263.

⁸NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.p.222.

Sendo assim, podemos dizer que a legítima Defesa busca proteger os bens que estão ameaçados por uma conduta ilícita efetuada pelo homem, tendo em vista que somente o homem pode cometer uma agressão injusta não amparada pelo Direito, pois não existe a possibilidade da caracterização da legítima defesa em casos que não se configura uma agressão injusta.

Como ocorre com a decretação preventiva de prisão, em que a autoridade policial efetua a busca e a prisão de um indivíduo, que mesmo sendo preso ele não pode agredir o policial alegando a excludente da legítima defesa, pois nesse caso a prisão não é injusta e não configura o estado de legítima defesa, pois quando a agressão for por uma causa justa a legítima defesa não se concretizara. O autor Luiz Régis Prado conceitua alguns aspectos sobre a legítima defesa:

Vem a ser a repulsa ou o impedimento de agressão ilegítima atual ou iminente pelo agredido ou terceira pessoa, contra o agressor sem ultrapassar a necessidade de defesa e dentro da racional proporção dos meios empregados para impedi-la ou repeli-la.⁹

Neste sentido, Bitencourt conceitua a agressão como:

A conduta humana que lesa ou põe em perigo um bem ou interesse juridicamente tutelado. É irrelevante que a agressão não constitua um ilícito penal. A agressão, porém, não pode confundir-se com provocação do agente, devendo-se considerar a sua intensidade para valorá-la adequadamente. (...) A reação deve ser imediata à agressão, posto que a demora na repulsa descaracteriza o instituto da legítima defesa. Se passou o perigo, deixou de existir, e não pode mais fundamentar a defesa legítima, que se justificaria para eliminá-lo.¹⁰

Na caracterização da legítima defesa deve ocorrer o animus de impedir a conduta do agressor, com uma reação necessária e moderada, a fim de repelir a agressão sendo ela injusta atual ou iminente, contra si ou contra terceiros, desde que não exista a possibilidade de outro meio de defesa, respeito acima de tudo os limites da lei. De acordo com Zaffaroni e Pierangeli:

⁹ PRADO, Luiz Régis. **Comentários ao Código Penal**.4 ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Editora RT, 2007,p.322.

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**, vol. 1. 8. ed. São Paulo:Saraiva, 2003, p.279.

O problema mais complexo da legítima defesa não é a sua natureza, mas o seu fundamento. É definido pela necessidade de conservar a ordem jurídica e de garantir o exercício dos direitos. Conforme seja acentuado um ou outro dos aspectos deste duplo fundamento, se insistira em seu conteúdo social ou individual. Na realidade, o fundamento da legítima defesa é único, porque se baseia no princípio de que ninguém pode ser obrigado a suportar o injusto. Trata-se de uma situação conflitiva, na qual o sujeito pode agir legitimamente, porque o direito não tem outra forma de garantir o exercício de seus direitos, ou melhor dito, a proteção de seus bens jurídicos.¹¹

Acerca da natureza jurídica da legítima defesa, Damásio defende a tese de que existem dois grupos que proporcionam a sua fundamentação:

O Primeiro grupo parte do princípio que o homicídio cometido em legítima defesa é voluntário, não se castigando o autor porque se fundamenta na conservação da existência, essa teoria é bastante restrita, uma vez que se baseia exclusivamente no homicídio, entendendo o instituto com escusa e causa de impunidade. O segundo grupo fundamenta a legítima defesa como exercício de um direito e causa de justificação, pois não atua contra o direito quem comete reação para proteger um direito próprio ou alheio ao qual o Estado não pode oferecer a tutela mínima, esta é a seguida pelo Código Penal.¹²

Na primeira corrente o autor defende que o ato de repelir a agressão é um ilícito penal, contudo o exercício da legítima defesa configura a exclusão da culpabilidade. Já na segunda corrente, o autor entende que o ato de se defender de uma agressão nem chega a se considerado como um ato ilícito, com fundamento no direito primário de defesa do homem que cedeu ao Estado.

2 ANTIJURIDICIDADE

A antijuridicidade, ou ilicitude, pode ser considerada como o antagonismo do comportamento ao ordenamento jurídico. Isto é porque a antijuridicidade em seu conceito literal significa: anti (contrário) juridicidade (qualidade ou caráter de jurídico, conformação ao direito legalidade, licitude), ou seja, é o oposto a norma jurídica¹³. Dessa forma, o significado

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.p.549.

¹² JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal. parte geral.** 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 385.

¹³COLA DA WEB. **Antijuridicidade ou ilicitude.** Disponível em:;<<https://www.coladaweb.com/direito/antijuridicidade-ou-licitude>>. Acesso em: 12.nov.2018.

de antijuridicidade não fica preso ao direito penal, e pode abranger os outros tipos de direito, podendo ter uma natureza civil, penal ou administrativa.

A antijuridicidade pode ser classificada em dois aspectos: o formal e o material. Onde no primeiro ocorre a oposição de uma norma legal, e no segundo ocorre uma projeção fora do direito positivo, pois se origina da "contrariedade do fato às condições vitais de coexistência social ou de vida comunitária, as quais, protegidas pela norma, se transforma em bens jurídicos.¹⁴ Nota-se que para se viver em uma sociedade, é preciso que se estabeleçam requisitos gerais de comunhão básica. O direito nasce, portanto, como representante dessa coletividade, para comandar determinadas condutas, que se obrigam a ser comandadas sob o julgamento do Direito.

3 DA EXCLUSÃO DA ANTIJURIDICIDADE

São chamados de tipos permissivos, as causas que excluem a antijuridicidade do fato tipo em nosso Direito. Essas causas são excludentes por permitirem que seja praticado um fato típico. Isso não quer dizer que há o desaparecimento da tipicidade, a exclusão da antijuridicidade, apenas torna uma conduta típica justificável. Resumidamente, se estiverem presentes na ação, os elementos objetivos da norma permissiva, deixará de existir o caráter antijurídico da ação, e não se investigará o caráter subjetivo que resultou na prática da agressão do agente.

Nucci ainda defende em sua obra a importância do elemento subjetivo, quando discorre: “melhor teria agido o legislador se tivesse feito constar, expressamente, na lei penal, como fez o Código Penal italiano, a consciência da necessidade de valer-se da excludente.”

¹⁵Lembrando que, não será caracterizado como Legítima Defesa se não estiver presente os elementos subjetivos, ou seja, por mais que uma ação seja baseada na Legítima Defesa, se nesta não conter somente os elementos objetivos, será descaracterizada.

4 ESPÉCIES DE LEGÍTIMA DEFESA

¹⁴ Noronha, E. Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2001. pág. 97.

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**, 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.215.

Sabe-se que a Legítima Defesa exhibe algumas características importantes: seus requisitos e suas espécies. Estas se diferem em alguns pontos, desta forma, necessária se faz a separação e classificação de cada um dos tipos. Este instituto se compõe por duas espécies distintas: legitima defesa autentica ou real, e a legitima defesa putativa. Onde na primeira hipótese ocorre a agressão injusta de forma real, ou na sua eminencia de acontecer, visto que neste caso ela pode ser impedida pelo agente no exercício de uma conduta moderada. De acordo com o jurista Júlio Mirabete, a reação a uma agressão injusta ou iminente se resume em uma ação humana que lesa, ou põe em risco um direito existente e que:

Embora, em geral, implique em violência, nem sempre esta estará presente na agressão, pois poderá consistir em um ataque sub-receptício (no furto, por exemplo), e até em uma omissão ilícita (o carcereiro que não cumpre o alvará de soltura, o médico que arbitrariamente não concede alta ao paciente, a pessoa que não sai da residência após sua expulsão pelo morador, etc.) É reconhecida a legítima defesa daquele que resiste, ainda que com violência causadora de lesão corporal, a uma prisão ilegal.¹⁶

De grande valia é lembrar-se de que a agressão em si não precisa ser uma conduta típica. Mesmo que a Legítima Defesa é um instituto a ser usado quando a uma agressão de um indivíduo (em forma de ação), não terá valor contra ato da natureza ou em um tumulto por exemplo. Aqui a agressão deverá necessariamente ser atual e iminente. Atual, é aquela que no mesmo momento a pessoa foi agredida, ela já se defende, e não algum tempo depois, ou seja, uma reação. Já a iminente, é aquela que vai ocorrer, mas a pessoa que seria agredida se defende antes de ser afetada.

Importante frisar que a fuga imediata, e reação após fuga descaracteriza o instituto. E, de igual forma, não há que se falar de Legítima Defesa contra ato futuro, uma vez que esta poderá ser evitada por outro meio. Também não existe culpa em atos preparatórios, desde que estes carreguem consigo agressão ou iminência.

Já a legitima defesa putativa, se concretiza apenas na imaginação do agente, é quando o mesmo acredita que esta sendo agredido injustamente, contudo não ocorre ameaça ou a agressão de fato, hipótese que encontra respaldo no parágrafo 1º do art. 20 do Diploma Penal, quando diz: “§1º. É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias,

¹⁶Mirabete, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2006.1 p. 178.

supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a situação a legítima. Não há isenção da pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo”. Conforme a jurisprudência em julgado nos Tribunais do nosso país a respeito da defesa putativa, temos:

RECURSOEX OFFICIO ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA - LEGÍTIMA DEFESA REAL E PUTATIVA - EXCLUDENTES DE ILICITUDE - CONFIGURAÇÃO - RECURSO DESPROVIDO - MANUTENÇÃO DODECISUM.1. Na dicção do art. 25, do Código Penal, age em legítima defesa quem, usando de meios necessários com moderação, reage à injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de terceiro.2. Não há falar-se em excesso na conduta dos acusados, haja vista que, consoante farto entendimento jurisprudencial, legítima defesa nada mais é do que uma reação humana, que não pode ser medida com transferidor, milimetricamente ou com matemática proporcionalidade, devendo ser analisada caso a caso.3. Justamente por se tratar a legítima defesa de ato instintivo e reflexo, conclui-se a partir do conjunto probatório dos autos que os acusados, que eram desafetos e já tinham sofrido ameaças de morte antes dos fatos narrados na denúncia, não agiram com animus necandi, mas sim, em legítima defesa real e putativa, impondo-se aplicar a excludente de ilicitude prevista no art. 23, inciso II, do CP.4. Recurso de que se conhece e a que se nega provimento. (TJ-ES - RESEXOFF: 24050234558 ES 024050234558, Relator: MAURÍLIO ALMEIDA DE ABREU, Data de Julgamento: 26/08/2008, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 18/01/2010).¹⁷

Para uma melhor compreensão desta espécie, podemos destacar o exemplo ensinado por Rogerio Greco:

Num bar um indivíduo está próximo ao lavatório e vê chegar no local seu inimigo que está armado com um punhal, vindo em sua direção a fim de matá-lo. Se o agente reage com vontade ou intenção de se defender, ele estará agindo em legítima defesa autêntica se o agredido nada fizesse, talvez sofresse uma agressão física. Mas suponhamos que neste mesmo bar, que o agente já tenha sofrido várias vezes ameaças de morte por seu agressor, de repente este entra no bar e esteja caminhando rapidamente em sua direção, o agente saca o revólver e mata seu desafeto. Este é um caso de legítima defesa putativa.¹⁸

Essa espécie de legítima defesa é um dos assuntos mais complexos deste instituto, pois a imaginação do agente causa uma reação imediata de defesa, diante de uma situação que lhe cause medo, ou ameaça, sendo assim suas características são fundamentais para a

¹⁷ JUS BRASIL. **Jurisprudência**. Disponível em: <<https://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8522605/recurso-ex-officio-resexoff-24050234558-es-024050234558>>. Acesso em: 10 de dez.2018.

¹⁸ GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2009, p.358.

caracterização da legítima defesa putativa, posto que a mesma não exclui a responsabilidade civil do ato ilícito praticado.

4.1 Requisitos

Sobre os requisitos do exercício da Legítima defesa, podemos destacar os ensinamentos de Fernando Capez, que apresenta a seguinte sequência: “agressão injusta, atual ou iminente a direito de próprio ou terceiro, repulsa com os meios necessários, e o uso moderado de tais meios através do conhecimento da situação justificante”.¹⁹

4.1.1 agressão injusta

Este tipo de agressão ocorre, quando um bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico é atacado de forma injusta, conforme salienta Fernando Capez:

Agressão é toda a conduta humana que ataca um bem jurídico. Só as pessoas humanas, portanto, praticam agressões. Ataque de animal não configura, logo, não autoriza a legítima defesa. Já a agressão injusta é contrária ao ordenamento jurídico, tratando-se 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. Exemplo: a legítima defesa pode ser exercida a proteção da posse ou contra furto de uso, ou dano culposos etc.²⁰

No pleno exercício deste meio de defesa, mesmo que a vítima seja considerada como incapaz perante o direito Civil, ela ainda pode exercer o seu direito de legítima defesa, pois o fato de ser incapaz não anula o caráter injusto da agressão.

Sobre a agressão injusta, seja ela atual ou na iminência de ocorrer leciona Damásio:

Exige-se que a agressão seja injusta, contrária ao ordenamento jurídico (ilícita). Se a agressão é lícita, a defesa não pode ser legítima. Assim, não comente o fato acobertado pela causa de exclusão da ilicitude quem repele uma diligência de penhora em seus bens realiza por um oficial de justiça munido de mandado judicial. A conduta do oficial, se bem que constitua agressão, não é injusta.²¹

¹⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2012,p.306.

²⁰ Idem, *ibidem*.

²¹ JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. Volume 1. Parte geral. 35.ed. São Paulo: Saraiva, 2014,p.428.

O autor Nelson Hungria entende que o instituto da legítima defesa não se refere apenas ao ato de violência ou de dolo da agressão injusta, pois pode correr legítima defesa nos casos em que o indivíduo se defende com o emprego da força moderada para impedir um furto, por exemplo, como salienta o próprio autor:

A legítima defesa não está subordinada, sequer, à condição de violência da agressão. Assim, não se pode recusá-la para impedir a consumação de um furto simples ou com destreza. Igualmente não é necessário que a agressão seja dolosa: também uma ação imprudente pode surgir um perigo, que autorize a reação contra a quem comete. A agressão pode partir de uma multidão em tumulto, e contra este cabe legítima defesa, ainda que nem todos os seus componentes queiram individualmente, a agressão.²²

Este instituto pode ocorrer mesmo em casos de condutas não criminosas, mas que se disponha de ilicitude e cause ameaça ou lesão ao bem jurídico da vítima. A respeito a esse assunto, destaca Francisco de Assis Toledo:

Se a agressão não precisa ser um crime, bastando sua ilicitude, conclui-se que também não exige seja ela culpável, já que na área penal, o juízo de culpabilidade pressupõe a tipicidade e ilicitude. Com isso, forçoso é admitir-se a legítima defesa contra agressão de inimputáveis: ébrios habituais, doentes mentais, menores e outros inimputáveis que não cometem crimes, mas sem dúvidas praticam atos ilícitos e atípicos.²³

Neste contexto, podemos dizer que a legítima defesa é a própria ordem jurídica exercida por institutos não estatais, e sim por pessoas normais vítimas de um ato de agressão na maioria das vezes injusto. Sendo assim, é válido destacar que uma agressão injusta pode ocorrer pelo emprego de violência ou não, desde que o ato seja capaz de produzir um resultado, sendo assim a legítima defesa de agressão injusta surge para impedir a continuidade da agressão.

4.1.3 defesa de um direito próprio ou alheio

A Legítima Defesa de direito próprio, como seu nome já diz, é aquela que o autor da repulsa é o próprio detentor de seu direito de defesa. E defesa de direito alheio, é aquela que se pratica em defesa do bem jurídico ameaçado de terceiro. Como descreveu Nucci: “a defesa

²² Hungria Nelson. **Comentários ao Código Penal**.4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.p.293.

²³ DE ASSIS Toledo Francisco. **Princípios básicos de direito penal**. 5.ed..São Paulo: Saraiva, 1994.p.196.

de direito alheio independe do consentimento da pessoa agredida, desde que se trate de um bem indisponível”²⁴. Já se tratando de bens disponíveis, o doutrinador acredita na importância da permissão da vítima, se possível for.

É válido destacar, que a respeito da defesa de direito de terceiros, esta também se estende a pessoa jurídica. Neste sentido nos ensina Cleber Masson:

É Possível o emprego da excludente para a tutela de bens pertencentes às pessoas jurídicas, inclusive do Estado, pois atuam por meio de seus representantes e não podem defender-se sozinhas. Veja-se o exemplo da pessoa que, percebendo uma empresa ser furtada, luta com o ladrão e o imobiliza até a chegada da força policial.²⁵

Para Mirabete, o instituto da legítima defesa de terceiros:

Inclui a dos bens particulares e também o interesse da coletividade, como na hipótese da prática de atos obscenos em lugar público, da perturbação de uma cerimônia fúnebre, bem como do próprio Estado, preservando-se sua integridade, a administração da justiça, o prestígio de seus funcionários etc.²⁶

A respeito da legítima defesa de terceiros nos casos dos bens jurídicos disponíveis, quando ocorre a aceitação de terceiro, não há em que se falar na ação de legítima defesa alheia, como no caso em que um indivíduo se submete ao procedimento da tatuagem sobre o próprio corpo de forma consentida, através de uma agressão tolerada, a qual não configura a ilicitude do ato, e não necessita intervenção de terceiros, e não se ampara pelo instituto da legítima defesa de terceiros. Contudo, se o bem agredido for indisponível e mesmo com consentimento da vítima, poderá ser exercido o instituto da legítima defesa de terceiros.

4.1.4 moderação no emprego dos meios necessários

Esse requisito versa sobre os meios considerados eficientes e necessários para cessar uma agressão. O doutrinador Guilherme Nucci o defende com as seguintes palavras: “são os eficazes e suficientes para repelir a agressão ao direito, causando o menor dano possível ao

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.229.

²⁵ MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado**. Parte Geral. V.1. 6. ed. Rev. Atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p.403.

²⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.322.

atacante”²⁷.É preciso que haja proporção entre o ataque sofrido e a defesa ao ataque. Fernando Capez nos ensina que:

A necessidade do meio não guarda relação com a forma que é empregado. Interessa apenas saber se o instrumento era menos lesivo colocado à disposição do agente no momento da agressão. Exemplo se o sujeito tem um pedaço de pau a seu alcance e com ele pode tranquilamente conter a agressão, o emprego da arma de fogo revela-se desnecessário.²⁸

Os autores Mirabete e Fabrini entendem que os meios necessários são aqueles que estão à disposição da vítima no momento da agressão injusta, independente de seu potencial lesivo:

É evidente, porém, que “meio necessário” é aquele de que o agente dispõe no momento em que rechaça a agressão, podendo ser ate mesmo desproporcional com o utilizado no ataque, desde que seja o único a sua disposição no momento.²⁹

Neste sentido, podemos dizer que os meios necessários são os meios disponíveis que a vítima possui no momento da agressão ou de seu perigo eminente para que ocorra a neutralização do ato. Contudo, se existir a possibilidade de defesa de um único modo, o individuo deve agir de forma moderada. Nelson Hungria defende a tese de que não existe uma adequação entre os meios de defesa e ataque, e que cada caso deve ser analisado de forma isolada, pois:

Um meio que, *prima facie*, pode parecer excessivo, não será tal se as circunstâncias demonstrarem sua necessidade *in concreto*. Sendo assim, quando um indivíduo franzino se defende com uma arma de fogo contra um agressor desarmado, mas grande robustez física, não fica elidida a legítima defesa.³⁰

Já de forma contraria, Fernando Capez se manifesta, a dispor que é indispensável que ocorra uma proporção entre os meios de defesa e agressão:

Assim, o emprego de arma de fogo, não para matar, mas para ferir ou amedrontar, pode ser considerado menos lesivo, e, portanto necessário. Considere-se o exemplo do paralítico, preso a uma cadeira de rodas, que, não dispondo de qualquer outro recurso para defender-se, fere a tiros quem lhe

²⁷Op cit.

²⁸CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Volume 1, parte Geral.16.ed.São Paulo: Saraiva, 2012, p.311.

²⁹MIRABETE, JulioFabrini. **Manual de direito penal**. Volume 1: parte geral. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.171.

³⁰ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código Penal**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p.302.

tenta furtar umas frutas. Pode ter usado os meios, para ele, necessários mas não exerceu uma defesa realmente necessária, diante da enorme desproporção existente entre a ação agressiva e a reação defensiva.³¹

Diante de algumas divergências doutrinárias, é valido destacar que deve existir um limite de moderação entre os meios necessários empregados no exercício da legitima defesa. Posto que a agressão deve ser repelida de forma proporcional. Ou seja, não há um conceito definido, uma vez que se analisa cada caso através de suas peculiaridades. O que deve ocorrer é a proporcionalidade na defesa mediante a uma agressão injusta, sendo ela atual ou iminente, contra si ou contra outrem.

5 O ELEMENTO SUBJETIVO

Quem utiliza do instituto da Legítima Defesa, deve saber que se trata, de acordo com este requisito subjetivo, de uma agressão presente ou iminência desta, e a necessidade de defesa. Aqui, não é preciso o conhecimento de que é previsto o artifício no Código Penal, porém, precisa-se agir com intuito de apenas cessar a agressão.

5.1 O excesso de legítima defesa

Já fora especificado a necessidade da moderação para empregar os meios necessários para a defesa neste instituto, e para que se caracterize o excesso, deve-se caracterizar primeiramente a própria legítima defesa. O excesso de legitima defesa prevê que o motivo da exclusão da ilicitude do ato se inicia de forma correta, contudo a partir de uma determinada atitude a vítima da agressão extrapola os meios necessários de defesa. Neste sentido, Rogerio Greco destaca que “quando falamos em excesso, o primeiro raciocínio que devemos ter, uma vez que lógico, é que o agente, inicialmente, agia amparado por uma causa de justificação, ultrapassando, contudo, o limite permitido pela lei”.³²

A doutrina costuma classificar o excesso de legitima defesa, em doloso, culposo ou exculpante. O excesso poderá ocorrer de forma culposa e na forma dolosa em todas as causas de exclusão de ilicitude, contudo possui mais utilização no instituto da legitima defesa. Na

³¹Op.cit.

³²GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 18. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p.461.

forma culposa, ocorre quando o indivíduo cometer erro inescusável e superável, ou seja, quando o ato praticado pela pessoa, através dos requisitos da culpa, pode ser cometido por qualquer outra. Aqui, vemos a caracterização da culpa imprópria. Neste tipo de erro cometido na forma culposa do excesso, é punível, porém, haverá redução de pena por se tratar de imperícia, imprudência ou negligência (requisitos da culpa).

A forma dolosa é aquela em que o agente responde por ato punível. Caracteriza-se como dolosa, a legítima defesa onde há erro em seus requisitos, exemplo, quando uma pessoa que supostamente estaria agindo em legítima defesa, mas por excesso nos meios empregados, passa de vítima para agente delituoso. Assim, o agente responderá por agressão injusta. Um exemplo prático de reação dolosa é quando um agente mesmo após cessar a agressão, da continuidade ao ato por vontade própria, como no caso em que uma pessoa é atacada por um inimigo que no momento do ato está desarmado e atua com o intuito de neutralizar a agressão, mas após se defender sem extrapolar os meios necessários, ele se apossa da arma e decide matar o agressor. Neste caso o agente estava amparado pela legítima defesa, contudo após o seu ato proposital ele passa ser responsabilizado de forma dolosa. Sobre esse assunto, podemos destacar a seguinte jurisprudência:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ALEGAÇÃO DE QUE O VEREDICTO ABSOLUTÓRIO FOI MANIFESTAMENTE CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. PROCEDÊNCIA. ACATAMENTO DA TESE DE NEGATIVA DE AUTORIA PELO CORPO DE JURADOS. APELADO CONFESSOU O CRIME A ELE IMPUTADO PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL, EM JUÍZO E AO SER INTEROGADO EM PLENÁRIO. CONFISSÃO CORROBORADA POR PROVAS TESTEMUNHAIS. ALEGAÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA. TESTIFICADO QUE O APELADO CONTINUOU AS AGRESSÕES MESMO APÓS A VÍTIMA ESTAR DESARMADA E CAÍDA NO CHÃO. RÉU NÃO UTILIZOU MODERADAMENTE DOS MEIOS NECESSÁRIOS PARA REPELIR INJUSTA AGRESSÃO. EXCLUDENTE DE ILICITUDE GIZADA NO ART. 25 DO CÓDIGO PENAL NÃO CONFIGURADA. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO UNANIMEMENTE. 1. O Conselho de Sentença, acatando a tese de negativa de autoria esgrimida pelo patrono do réu, proferiu veredicto absolutório em seu favor. 2. A decisão do Corpo de Jurados se mostra manifestamente dissociada das provas arrecadadas aos autos na medida em que além do apelado haver confessado a participação no homicídio da vítima, as provas testemunhais o apontam como um dos autores do crime narrado na denúncia. 3. Alegação de legítima defesa. Improcedência. Consta dos autos que o réu continuou as agressões com uma pedra mesmo após a vítima estar desarmada e prostrada no chão. 4. À míngua de utilização dos meios moderados para repelir injusta agressão da vítima, verifica-se que não restou caracterizada, na situação dos autos, a excludente de antijuridicidade

estampada no art. 25 do Diploma Punitivo. (Apelação Criminal nº 000318-63.2006.8.17.1120(185915-2). Relator: Des. Gustavo Augusto Rodrigues De Lima. Órgão Julgador: 4ª Câmara Criminal. Data de Julgamento: 14/7/2010)³³

Neste caso o erro inescusável fez com que o agente respondesse pelo excesso, pois mesmo após de cessada a agressão o autor continuou o ato com emprego de uma pedra, resultando assim, portanto, o homicídio qualificado. Com isso, a responsabilidade do agente será estabelecida com base nos resultados em excesso pelo ato praticado, desse modo o mesmo só ira responder pelo o que extrapolar o aceitável no momento da legitima defesa, de si ou de outrem. Sendo assim, se o agente praticar a lesão corporal em exercício da legitima defesa sem cometer excesso, o mesmo será beneficiado pelo instituto da legitima defesa, mas, contudo caso ele extrapole os meios necessários e pratique o excesso de defesa cometendo um homicídio, por exemplo, o mesmo respondera por homicídio doloso consumado.

O excesso exculpante se origina do medo, do susto e do pânico oriundo da situação da atual ou iminente e injusta agressão. Contudo o quesito mais importante deste instituto é a medida do excesso da inexigibilidade de conduta diversa. Pois neste caso, será medida a culpabilidade com base nos elementos do excesso da exculpante, onde apesar do acontecimento do fato típico ilícito, a vítima poderá ter a culpabilidade afastada pelo fato da inexistência da inexigibilidade de conduta diversa. Válido se faz lembrar que o excesso da Legítima Defesa não irá absorver todo o ato, ou seja, o agente somente será punido por aquilo que for considerado excesso. Tal entendimento se encontra na jurisprudência :

Dentre as hipóteses de excesso doloso, tem-se sua configuração quando a vítima, embora agindo inicialmente sob a proteção da legítima defesa, passa a repelir as agressões em situação que não mais justifica o revide. Na hipótese, dá-se o chamado excesso extensivo, arredando, a partir de sua concretização, a justificativa da legítima defesa. II- Apelo conhecido e provido.³⁴

É possível notar a dificuldade existente no julgamento da Legítima Defesa, uma vez que, ao levar em consideração a verdade real, é extremamente incerta a certeza no limite entre defesa dolosa e culposa. Afinal, como saber o que realmente se passou em uma situação onde se fez necessário a auto defesa?

33

JUS

BRASI..Jurisprudência,

Disponível

em:<<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/164910440/ementa-apelacao-criminalsentenca-condenatoriaart>>. Acesso em: 20.dez.2018.

³⁴TJCE – ACr 1998.08167-4 – 1ª C.Crim. – Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha – DJCE 03.05.2000.

Existem manobras que ajudam a identificar a veracidade dos fatos, como exame de corpo e delito, oitiva de testemunhas ou autópsia. Porém, nenhuma das alternativas existentes poderá garantir por completo o que realmente ocorreu.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em nosso sistema jurídico penal existem determinadas hipóteses de exclusão da antijuricidade ou ilicitude de alguns atos previstos pela redação do artigo 23 do Código Penal, sendo uma dessas hipóteses o estado de necessidade, a legítima defesa, objeto deste estudo o estrito cumprimento do dever legal, e o exercício regular de um direito. O instituto da legítima defesa é considerado como uma reação natural do homem, que reflete no instinto de auto conservação disposto pela norma jurídica brasileira, com intenção de efetuar a exclusão da antijuricidade de uma determinada conduta.

Neste sentido, foi possível perceber que o exercício da Legítima Defesa aborda a possibilidade de uma conduta típica ser considerada como lícita no ato da repulsão de uma agressão injusta, desde que sejam respeitados os requisitos impostos pelo artigo 25 do nosso diploma penal. Pois nem sempre o Estado pode se fazer presente perante um ato de uma injusta agressão ou em sua eminência. Sendo assim, existe a possibilidade da autodefesa ou defesa de outrem amparada na norma jurídica penal, em ato legítimo, que exclui, portanto a hipótese de crime. Embora existam situações que configurem o excesso desse direito, como é no caso da utilização de um meio desnecessário, ou na prática do ato sem moderação, cada ato deverá ser analisado de forma isolada pelo legislador, estudando o método e a ponderação do exercício da legítima defesa, podendo assim ser caracterizada ou afastada a legítima defesa por excesso.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral, vol. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral, vol. 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2004.

COLA DA WEB. **Antijuricidade ou ilicitude.** Disponível em: <<https://www.coladaweb.com/direito/antijuricidade-ou-licitude>>. Acesso em: 12.nov.2018.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado.** 2. ed. Niterói: Impetus, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

Hungria Nelson. **Comentários ao Código Penal.** 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal.** Parte geral, vol.1. 35.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal.** Parte geral. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal.** v. 1. São Paulo: Saraiva, 2002.

JUS BRASIL. **Decreto Lei 2848/40.** Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10637196/artigo-25-do-decreto-lei-n-2848-de-07-de-dezembro-de-1940>>. Acesso em: 10 de nov.2018.

LINHARES, Marcello J. **Legítima Defesa.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado.** Parte Geral, v.1. 6. ed. Rev. Atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal.** 19.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal.** 27.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

Mirabete, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal.** 23. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal.** Parte geral: parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado,** 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Noronha, E. Magalhães. **Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 2001.

PRADO, Luiz Régis. **Comentários ao Código Penal.** 4 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora RT, 2007.

TOLEDO, Francisco. **Princípios básicos de direito penal.** 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Submetido em 19.06.2019

Aceito em 24.03.2020