



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

FELIPE MELO SILVA COSTA

**EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA: EVOLUÇÃO HISTÓRICO-DOCTRINÁRIA E
POSSÍVEIS CONTORNOS OBJETIVOS EM BUSCA DA SEGURANÇA JURÍDICA**

BARBACENA - MG

2016

FELIPE MELO SILVA COSTA

**EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA: EVOLUÇÃO HISTÓRICO-DOCTRINÁRIA E
POSSÍVEIS CONTORNOS OBJETIVOS EM BUSCA DA SEGURANÇA JURÍDICA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Débora Maria Gomes
Messias Amaral

BARBACENA, MG

2016

FELIPE MELO SILVA COSTA

**EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA: EVOLUÇÃO HISTÓRICO-DOCTRINÁRIA E
POSSÍVEIS CONTORNOS OBJETIVOS EM BUSCA DA SEGURANÇA JURÍDICA**

Monografia apresentada à Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como
requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA:

Débora Maria Gomes Messias Amaral

Rafael Cimino Moreira Mota

Delma Gomes Messias

Aprovada em: ___/___/___

BARBACENA - MG

2016

RESUMO

Partindo do ponto que a teoria do crime admite a legítima defesa como causa de excludente de ilicitude, o presente trabalho monográfico tem como objetivo analisar os excessos praticados por uma vítima ao se defender de agressões atuais ou iminentes. A legítima defesa é vista como a repulsa da força pela força, sendo um contra ataque agressivo igual ou superior para evitar uma agressão injusta própria ou alheia. O foco do presente trabalho está em diferenciar a verdadeira legítima defesa de uma legítima defesa oportunista, onde a vítima aproveita vantajosamente em determinada situação para se impor sobre o seu agressor, contrariando assim o presente instituto que tem como um de seus requisitos o uso moderado dos meios necessários para repelir a agressão injusta. Além de analisar as defesas, preocupasse também no presente trabalho demonstrar que a defesa do ser humano é natural e que muitas vezes age instintivamente para proteger a si mesmo ou a outrem. Assim percebemos que é um tema que deve ser tratado com extrema cautela analisando caso a caso, subjetivamente.

Palavras-chave: Legítima defesa. Excesso na legítima defesa.

ABSTRACT

Starting from the point that the theory of the crime admits Self-defense as excluding unlawfulness, this monograph aims to analyze the excesses committed by the victim to defend himself from imminent or actual aggression. Self-defense is seen as the repulsion force by force, being an aggressive attack against equal or higher to avoid his or other unjust aggression. The focus of this work is to differentiate the true legitimate defense of a legitimate opportunistic defense where the victim takes advantageously in certain situation to impose on his attacker, thus contradicting this institute which has as one of its requirements moderate use of means necessary to repel unjust aggression. Besides analyzing defenses, is also concerned in the present work to show that the defense of the human being is natural and often act instinctively to protect himself or others. So, it realizes that it is an issue that should be treated with extreme caution on a case by case subjectively.

Keywords: Self-defense. Excess in self-defense.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. DA LEGÍTIMA DEFESA E SEU EXCESSO PUNÍVEL	9
2.1 Conceito e natureza jurídica	9
2.2 Histórico dos institutos	13
2.3 Teorias doutrinárias da legítima defesa.....	16
2.3.1 Teoria do Instinto e da Conservação	17
2.3.2 Teoria da perturbação ou coação moral	17
2.3.3 Teoria da colisão de direitos	17
2.3.4 Teoria da defesa pública subsidiária	18
2.3.5 Teoria do direito público subjetivo	18
2.3.6 Teoria da delegação do poder de polícia	18
2.3.7 Teoria da Justificação	19
3. DAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE	20
3.1 Legítima Defesa e Estado de Necessidade	21
3.2 Legítima Defesa e Estrito Cumprimento de Dever Legal	22
3.3 Legítima Defesa e Exercício Regular de Direito	23
4. ANÁLISE GRAMATICAL DO ART. 25 DO CÓDIGO PENAL	25
4.1 Análise gramatical e jurídica do vocábulo 'moderadamente' enquanto componente necessário da Legítima Defesa	25
4.2 Dos Meios Necessários	26
4.3 Da Injusta Agressão	28
4.4 Da Atualidade ou Iminência	29
4.5 Do Direito seu ou de outrem	30
5. A LEGÍTIMA DEFESA ENQUANTO INSTINTO HUMANO	32
5.1 Reação até que o risco cesse.....	33
6. DO EXCESSO	35

6.1 Dos tipos de excesso.....	35
6.2 Excesso Intensivo e Excesso Extensivo	35
6.3 Excesso Culposo e Excesso Doloso	36
7. CONCLUSÃO.....	38
REFERÊNCIAS	40

1. INTRODUÇÃO

Este estudo irá tratar sobre a legítima defesa em seu excesso, entretanto não pretende esgotar este importante e amplo tema do Direito Penal. A legítima defesa aqui será abordada em face aos excessos que são cometidos em defesa da honra ou de direito ameaçado, sendo este direito próprio ou de terceiro.

A legítima defesa se faz necessária quando o indivíduo se encontra na necessidade de proteger direito próprio ou de terceiro, que seja ofendido de forma dolosa ou culposa, através disso podendo interromper por meio da legítima defesa agressão ou possível agressão, ofensa ou possível ofensa, ao direito ou a honra, cabe aos julgadores avaliar se o autor da ação defensiva agiu conforme o direito ou de forma a contrariar este, seja por ato desproporcional, ou seja, por ato em excesso em relação às condutas.

Os casos que envolvem a legítima defesa devem ser analisados com cautela, obedecendo cada requisito que será mais bem avaliado ao longo deste estudo.

Ao longo do presente estudo, será visto que, notadas vezes, a vítima da agressão age em concordância com o direito, ainda que faça uso de meios agressivos ou excessivos contra a ofensa sofrida sem, no entanto, violar direitos garantidos a outrem, visto que o direito penal não existe para constranger a natureza humana, mas para tutelar bens jurídicos, assim, no que se refere à legítima defesa, a referida tutela foi obtida pela atuação da vítima ou do terceiro interessado, cumprindo dessa maneira a função primordial do Direito Penal.

Na maior parte dos casos, a legítima defesa é um contra ataque que se utiliza de meios violentos, assim, deve-se levar em consideração a necessidade real desses meios, bem como o uso moderado dos mesmos, isto tem como objetivo coibir a vítima de se aproveitar do ato de sua defesa legítima para defender de forma exorbitante o direito violado, desta forma, o direito de outrem resta subjugado passando a vítima de ofensas com proposito de legitimação da defesa do direito inicialmente ofendido.

Todo e qualquer excesso na legítima defesa deve ser repellido, não podendo ser defendido na doutrina e nem mesmo ter fundamento na legislação, visto que,

apenas após análise cautelosa dos requisitos deste instituto, do risco considerável e da iminência de ofensa ao direito ou honra, se ato racional ou instintivo, é que se elenca a legítima defesa com algum excesso punível, essas análises estão devidamente postas no Código Penal.

Assim, o presente estudo tem como seu objetivo fazer uma análise da legítima defesa abordando-a em sua ótica jurídica e também psicológica. Trata-se do entendimento de uma ação praticada diante da necessidade de alguém em defender e repreender de forma legítima atos praticados ou em sua iminência, que terão ofendidos diretos e bens jurídicos tutelados sempre em casos em que o Estado não puder o fazer.

2. DA LEGÍTIMA DEFESA E SEU EXCESSO PUNÍVEL

2.1 Conceito e natureza jurídica

No que tange a legítima defesa em sua natureza jurídica, será utilizada como definição o que escreveu o doutrinador Cezar Roberto Bittencourt, ao explicar:

A legítima defesa, um dos institutos jurídicos melhor elaborados através dos tempos, representa uma forma abreviada de realização da justiça penal e da sua sumária execução. Afirma-se que a legítima defesa representa uma verdade imanente à consciência jurídica universal que paira acima dos códigos, como conquista da humanidade. (BITENCOURT, 2008, p. 316)

Ao fazer uma análise gramatical sobre a legítima defesa, buscando-se apelo jurídico que a justifique, temos então a definição do doutrinador NUCCI, acerca do tema no intuito de contribuir e agregar de forma positiva sobre o conceito supra-apresentado. Desta forma:

É a defesa necessária empreendida contra agressão injusta, atual ou iminente, contra direito próprio ou de terceiro, usando, para tanto, moderadamente, os meios necessários. Trata-se do mais tradicional exemplo de justificação para a prática de fatos típicos. (NUCCI, 2009, p. 250)

Ainda sobre o conceito da legítima defesa e com intenção de ter um conceito melhor elaborado e exposto, percebe-se uma pertinente definição do ilustre doutrinador GRECO acerca do tema:

Para que se possa falar em legítima defesa, que não pode ser confundida com vingança privada, é preciso que o agente se veja numa situação de total impossibilidade de recorrer ao Estado responsável. Constitucionalmente pela nossa segurança pública, e, só assim uma vez presentes os requisitos legais de ordem objetiva e subjetiva, agir em sua defesa ou de terceiros. (GRECO, 2003, p. 378)

As definições legais acerca do tema são encontradas na legislação penal brasileira, que prevê a legítima defesa especificamente nos artigos 23, 24 e 25 do Código Penal, este último é o que define o que é entendido por legítima defesa, assim temos:

Art. 25. Entende-se em legítima defesa quem usando moderadamente dos seus meios necessários repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. (CÓDIGO PENAL, 1940)

A punibilidade por excesso, quando se trata da legítima defesa, está prevista no já mencionado artigo 23 do Código Penal, que versa em seu parágrafo único o texto seguinte:

Art. 23. (...)

Excesso punível. Parágrafo único: o agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo. (CÓDIGO PENAL, 1940).

Sobre o Excesso Doloso presente no artigo 23, se posicionou René Ariel Dotti:

O excesso é doloso quando o agente quer ou assume o risco de produzir o resultado contrário ao Direito, quer empregando meios desnecessários para resolver a situação de perigo ou de conflito, quer usando-os imoderadamente. (DOTTI, 2004, p.29)

Coaduna-se para o objetivo acerca do presente estudo a definição exposta acima, sem maiores problemas, visto que se fez acrescer ao excesso o conceito de dolo por assumir os riscos de sua ação o sujeito autor da legítima defesa.

Ainda sobre o artigo 23, em seu parágrafo único, aborda o excesso o qualificando como qualquer intensificação que seja desnecessária que extrapole o uso moderado ou do meio que se faria necessário para repelir a ofensa. O excesso será entendido como decorrente de uma situação inicial cuja defesa de direito se faz totalmente justificável, completamente lícita e legítima, entretanto, posteriormente, devido a uma conduta racional do agente, o mesmo vem a extrapolar seu direito de defesa causando dano ilícito a algum bem jurídico de seu ofensor, o que estaria além do limite necessário para que seja feita a defesa da vida, como forma de excludente da ilicitude que já foi vista.

Sobre o Excesso Culposo também haverá um exagero na defesa do direito que é ameaçado ou lesado. Este tipo de excesso, porém, se faz pela desatenção, negligência, imprudência ou imperícia, ou ainda, a inabilidade da vítima em agir em sua defesa ou de terceiros, situação comum em casos de alto risco em que a capacidade de raciocínio do agente é prejudicada.

A punibilidade causada pelo excesso é reconhecida, então, nas formas de dolo ou culpa do agente.

Desta forma, a punibilidade do excesso doloso ou culposo é exemplificada por Paulo José Costa Jr., que nos diz que o excesso é:

O agente que vier a matar para defender-se, quando fosse suficiente espancar o agressor inerte; o proprietário que tirar a vida do garoto que lhe invadiu o pomar para subtrair frutas; o policial que espancar o réu preso em flagrante; ou até mesmo o soldado que dispara contra a multidão enfurecida, ao invés de fazê-lo para o alto, responderão pelo excesso, se praticado sem culpa alguma. (COSTA JR. 2005, p.80)

Neste sentido, o excesso está caracterizado do momento em que o autor do contra ataque cessa o perigo e continua seja consciente ou inconsciente, racional ou irracional, acometido pela raiva ou ignorância, usando de habilidade ou a falta desta, a proteger a injúria ao direito ou a iminência que o fato ocorra, de forma agressiva e desproporcional, visto que o agressor já esteja dominado e sem oferecer mais risco.

Um meio de excesso pode ser a vingança, de acordo com a magnitude das ações que acontecem após a legítima defesa. Outro meio de se verificar o excesso é a lesão corporal, no homicídio ou em sua tentativa, isso exige uma seriedade sobre a análise do caso concreto entre os limites da legítima defesa e os fatos típicos que surgem a partir desta, quando praticada com meios excessivos.

A possibilidade de a legítima defesa ocorrer preteritamente ao excesso punível, e este, que em sua denominação induz a prática abusiva e a lei confirma ser passível de investigação e punição, poderá haver justificativa para o excesso praticado. Existem correntes doutrinárias que conceituam os tipos de excesso, são eles, o excesso intensivo, excesso extensivo e excesso por erro.

O excesso intensivo é uma classificação doutrinária ainda pouco trabalhada. Em contramão da maioria dos doutrinadores, temos Teles que fez uma análise acerca do tema, o definindo desta forma:

É na legítima defesa que o excesso adquire grande importância. Diz-se que o excesso é intensivo quando o agente utiliza um meio com potencial lesivo além do necessário utiliza o meio necessário com desproporcionalidade em relação à agressão. (TELES, 2004, p. 276)

Então, é possível exemplificar o excesso intensivo, em todo caso que uma arma de fogo é usada para repelir uma festa onde o barulho seja causa de incomodo, sempre que se usa a arma de fogo igualmente para contra atacar ofensas verbais leves. Fica caracterizado o excesso intensivo quando o meio utilizado para defesa, seja arma de fogo, lesão corporal, etc, é o necessário, porém o uso feito destes meios é desproporcional.

O excesso extensivo acontece sempre que o agente defensor faz uso de certo meio de defesa para cessar a injusta ofensa ao direito e, mesmo depois dessa ofensa ser cessada, o autor continua praticando os meios antes usados para a legítima defesa, agora para ofender seu agressor.

Já o excesso por erro se faz na equivocada percepção da realidade, própria do ser humano, sendo assim o Direito Penal não poderia ignorar sua existência.

O conceito de excesso por erro ainda se encontra nos campos do embate jurisprudencial, é que indica DELMANTO em sua obra:

Excesso doloso: Deliberadamente, agente quer um resultado além do necessário. Responderá pelo excesso, como crime doloso.

Excesso culposo: Embora não o desejando, o agente, por não tomar o cuidado objetivo devido, causa um resultado além daquele que era necessário. Responderá pelo excesso, a título da culpa, se o resultado excessivo for previsto como crime culposo.

Excesso por erro: Aplicam-se as regras do erro de tipo ou de proibição. (DELMANTO, 2002, p. 46)

O que se pretende vislumbrar neste ponto do estudo é o erro gerado por situações subjetivas do autor, analisando o caso concreto, em que sua legítima defesa se fez realmente necessária.

O autor da legítima defesa desconhece, em muitos casos, os limites de suas reações, não sabendo até onde vai sua força e medo, assim, muitas vezes é levado a agir, irracionalmente, no simplório extinto de sobrevivência, que está presente em toda espécie animal.

Além dos tipos de excesso já vistos, há um excesso sem previsão legal, que até poderia ser classificado enquanto imperícia justificável, porém, na qual o ofendido envolvido na situação venha reagir com surpresa, medo ou de maneira perturbada e dessa maneira exceda em sua defesa.

Com relação ao medo, NUCCI expõe que:

Embora no direito brasileiro não se possa considerar o medo como excludente de culpabilidade, é certo que ele pode dar margem a reações inesperadas por aquele que o sente, valendo levar esse estado de espírito em conta na análise da legítima defesa e do estado de necessidade, em especial quando se discute ter havido excesso. (NUCCI, 2010, p. 255)

Sabe-se que o direito brasileiro não permite a perturbação de ânimo ou a surpresa como excludente de ilicitude, apesar disso, cabe mostrar que Código Militar

em seu artigo 45, parágrafo único, caminha no sentido de que o excesso quando resultado de surpresa ou de perturbação do ânimo decorrente de uma situação não deve ser penalizado, dando margem ao debate doutrinário.

O artigo 45 do CPM traz este texto:

Art. 45. O agente que, em qualquer dos casos de exclusão de crime, excede culposamente os limites da necessidade, responde pelo fato, se este é punível, a título de culpa.

Parágrafo único: Não é punível o excesso quando resulta de escusável surpresa ou de perturbação de ânimo, em face da situação.

A legítima defesa possui um grande problema em seu fundamento social e fundamento individual. O fundamento social está relacionado com proteção da ordem jurídica, objetivando a proteção dos bens jurídicos do cidadão, enquanto o fundamento individual, em contrapartida do social, está no sentido de defender o direito de cada cidadão de se defender pelos próprios meios toda vez que o Estado não for capaz de exercer sua função de protetor dos bens jurídicos deste cidadão. A ordem jurídica nem sempre consegue defender os bens tutelados ou se fazer presente no local para evitar que os danos ao cidadão ocorram.

Partindo do conceito da legítima defesa, bem como de sua análise jurídica e dos excessos provenientes dos meios para se obter a mesma, tem-se à análise histórica do instituto e que possibilita perceber o contexto que criou esse importante instituto do Direito Penal.

2.2 Histórico dos institutos

Ao se estudar a legítima defesa é necessário observar a sua evolução desde a primeira vez que foi mencionado o ato de se defender contra violência sofrida, ainda que neste momento o instituto que estaria sendo criado não tenha sido qualificado como instrumento jurídico que temos hoje. Vale lembrar que a legítima defesa passou e vem passando por várias evoluções ao longo dos anos.

A conhecida Lei de Talião é uma das pioneiras onde se tem aparições escritas acerca da legítima defesa e é isso que Bitencourt escreveu:

Para evitar a dizimação das tribos, surge a Lei de Talião, determinando a reação proporcional ao mal praticado: olho por olho, dente por dente, vida por vida. Esse foi o maior exemplo de tratamento igualitário entre infrator e vítima, representando, de certa forma, a primeira tentativa de humanização da sanção criminal. (BITENCOURT, 2004, p. 26).

Apesar de Talião ser considerado como um exemplo negativo, sua lei criou a proporcionalidade entre o delito e a pena, como se observa:

Como exemplo, transcreve-se a seguinte norma penal do Código de Hamurabi, na Babilônia, o mais antigo texto legislativo conhecido: 'se alguém bate numa mulher livre e faz a abortar, deverá pagar dez siclos pelo feto. Se essa mulher morre, então deverá matar o filho dele.' No Êxodo, dos Hebreus: 'Aquele que ferir mortalmente, um homem, será morto.' Na Lei das XII Tábuas, dos Romanos: 'Se alguém fere a outrem, que sofra a pena de talião, salvo se houver acordo'. (TELES, 2004, p.51)

Desta forma deve-se citar o texto bíblico, como fonte de Direito, em Êxodos: "se um ladrão for encontrado forçando a porta ou escavando a parede da casa, e sendo ferido morrer, aquele que o feriu não será réu de morte" (XXII).

Nota-se que mesmo no texto bíblico existe a legítima defesa afastada do excesso, deixando claro que não aquele que matou, visto que a morte foi consequência do ferimento, mas aquele que feriu, não seria réu de pena capital, esta segundo a Lei de Talião, se faria necessária a todos que cometessem homicídio. Neste sentido, pode-se observar que a legítima defesa sendo o ferimento, este não é condenável, embora tenha a morte como resultado ou excesso.

O primeiro registro de uma excludente de ilicitude, segundo LIMA (1982, p. 46) "encontra-se na Lei das XII Tábuas este primeiro registro, de legítima defesa: 'se um ladrão durante o dia defender-se com arma, que a vítima peça socorro em altas vozes e se, depois disso, mata o ladrão, que fique impune.'"

O que se comprova, assim, é que o Direito Romano, berço de grande parte dos institutos jurídicos utilizados hodiernamente no Brasil, não fugia de analisar o instituto da legítima defesa, assim apontado por Guerrero:

No Direito Romano, para que a defesa fosse legítima, não bastava o caráter injusto da agressão: exigia-se que essa ainda não houvesse cessado, pois se o ataque desaparecesse o direito de defesa deixaria de existir dando lugar ao excesso, porque neste caso, se estaria diante de uma vingança. (GUERRERO 1997, p 64)

Importante se faz notar, que o Direito Romano, muito avançado para o seu tempo, trazia alguns requisitos para que a legítima defesa não se tornasse uma vingança o que, como visto, é feito no Direito pátrio, através do instituto do excesso punível, sendo uma clara importação brasileira de medidas efetivas de outras legislações e de outros tempos.

Feitas estas breves, mas importantes, considerações passa-se à análise do histórico de previsão da excludente de ilicitude no ordenamento jurídico brasileiro, desde o seu descobrimento.

Durante o período colonial, até os primeiros anos do império, vigoraram no Brasil, as Ordenações Manuelinas e as Ordenações filipinas, esta última, aponta o marco inicial para a formalização do instituto da legítima defesa, que teve seus primeiros registros nas Ordenações do Reino de Portugal, Código Filipino, no seu Livro Quinto, Título XXXV assim estabelecendo:

(...) Qualquer pessoa, que matar outra, ou mandar matar, morra por ello morte natural. Porém, se a morte for em sua necessária defesa, não haverá pena alguma, salvo se nella excedeo a temperança, que deverá e poderá ter, porque então será punido segundo a qualidade do excesso. E se a morte fôr por algum caso sem malícia ou vontade de matar, será punido, ou revelado segundo sua culpa, ou inocência, que no caso tiver. (LINHARES, 1992, p 89)

Neste mesmo sentido, no Título III, no entanto, da legislação portuguesa, se encontra referência à legítima defesa da honra, considerando, por sua vez, lícita a morte a mulher, pelo marido, no que se referia ao adultério em flagrante. Nestes termos:

Do que matou sua mulher, póla achar em adultério. Achando o homem casado sua mulher em adultério, lícitamente poderá matar assi a ella, como o adultero, salvo se o marido for peão, e o adultero fidalgo, ou nosso desembargador, ou pessoa de maior qualidade. Porém, quando matasse algumasdas sobreditas pessoas, achando-a com sua mulher em adultério, não morrera por isso mas será degradado para África com pregão na audiência pelo tempo, que os Julgadores bem parecer, segundo a pessoa, que matar, não passando de três annos. (LINHARES, 1992, p, 89)

Vencido este período inicia-se, no Brasil, o Período Imperial, sustentado pela independência conquistada em 7 de Setembro de 1822 e que acarretou severa reforma penal em nosso país.

Neste contexto tem surgimento o Código Criminal do Império, em 1830, estabelecendo que o crime realizado em defesa da própria pessoa ou em defesa da sua família, passou a ser justificável dentro das seguintes condições: “certeza do mal que os delinquentes se propuseram a evitar; falta absoluta de outro meio menos prejudicial; não ter havido de parte deles, ou de seus familiares, provocação ou delito que ocasionasse o conflito.” (LINHARES, 1992, p, 90)

Após esta feita, surgiu o código de 1890, o denominado Código Republicano, que em seu artigo 32 positivou a legítima defesa enquanto instituto:

Art. 32. Não serão também criminosos:
§2º. Os que praticarem em defesa legítima, própria ou de outrem.
A legítima defesa não é limitada unicamente a proteção da vida; Ella compreende todos os direitos que podem ser lesados.

Em 1940 surge um novo Código Penal que passa a vigorar em 1942 e logo em seu artigo 21 conceitua a legítima defesa, abaixo:

Art. 21. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. Parágrafo único: O agente que exceder culposamente os limites da legítima defesa, responde pelo fato, se este é punível como crime culposos.

Assim, até a reforma de 1984, com a breve exceção do código de 1969, revogado neste mesmo ano de 1969, caminhou a legítima defesa, em termos de legislação, para os dias de hoje.

2.3 Teorias doutrinárias da legítima defesa

No presente tópico deste estudo, serão analisadas sete teorias doutrinárias acerca da Legítima Defesa. A fonte de pesquisa a ser explorada no presente estudo deriva-se do doutrinador Hermes Vilchez Guerrero, por ter melhor trabalhado os assuntos teóricos, não sendo, no entanto, o único, mas tendo sido o expoente escolhido, ao passo que grandes outros nomes debruçam-se com maior atenção a delimitação prática da legítima defesa.

São várias as teorias que envolvem o instituto da Legítima defesa, podendo serem divididas em dois grupos conforme explica Mirabete:

Várias teorias foram expostas para explicar os fundamentos da legítima defesa. As teorias subjetivas, que a consideram como causa de excludente da culpabilidade, fundam-se na perturbação de animo da pessoa agredida ou nos motivos determinantes do agente, que conferem ilicitude ao ato de quem se defende etc. As teorias objetivas, que consideram a legítima defesa com causa excludente da antijuridicidade, fundamentam-se na existência de um direito primário do homem de defender-se, na retomada pelo homem na faculdade de defesa que cedeu ao Estado, na delegação de defesa pelo Estado, na colisão de bens em que o mais valioso deve sobreviver, na autorização para ressaltar o interesse do agredido, no respeito à ordem jurídica, indispensável à convivência ou na ausência de injuridicidade da ação agressiva. (MIRABETE, 2004, p 176).

Feita esta breve dissociação entre teorias objetivas e subjetivas, passa-se em seguida à análise de algumas das principais teorias de acordo com o entendimento do doutrinador GUERRERO, de forma muito sucinta e objetiva, posto que não se tem o condão de esgotar o pensamento deste doutrinador.

2.3.1 Teoria do Instinto e da Conservação

No que tange a esta teoria GUERRERO assevera que:

Certamente é uma das mais antigas. Procura sedimentar a base da defesa privada no instinto inerente ao homem, que é preciosamente o instinto de conservação. Essa teoria se enfraqueceu quando se passou a aceitar a legítima defesa de direitos. (GUERRERO, 1997, p 34)

Conforme dito pelo doutrinador esta teoria é uma das mais antigas, mais precisamente com surgimento no Direito Romano no qual baseava-se no instinto da conservação da vida, no qual defende que o ser humano quando ameaçado age automaticamente criando maneiras de se defender contra esta agressão.

Deve-se considerar que o instinto de conservação é inerente ao ser humano não devendo, portanto, ser posto de lado, mas sim ser analisado a fundo.

2.3.2 Teoria da perturbação ou coação moral

O entendimento de GUERRERO acerca da Teoria da perturbação, ou da coação moral é no sentido de que, “a não punição residiria no fato de o agente encontrar-se coagido. Desse modo, a necessidade de agir para salvaguardar-se da agressão injusta faz com que se afaste no agente que se defende a “Liberdade de querer” e, por isso mesmo, o dolo.” (GUERRERO, 1997 p.34)

A Teoria da perturbação ou coação moral traz um entendimento, no qual, o agente coagido age para livrar-se de injusta agressão, não podendo ser responsabilizado por estar em perturbação instantânea, tendo, assim, a sua situação psíquica-fática afastada, gerando esta possibilidade de afastamento do dolo.

2.3.3 Teoria da colisão de direitos

Conforme explica GUERRERO sobre esta teoria, da colisão de direitos, “o agredido tem o direito de matar o agressor, residindo esse direito na perda do direito de exigir respeito pela sua vida precisamente por haver desrespeitado a alheia.” (GUERRERO, 1997, p.35).

Essa teoria, em que pese a brutalidade encontrada nas letras do doutrinador, defende que o agredido tem o direito de ir até as últimas consequências para defender seus direitos. No momento em que há dois direitos colidindo, dos quais, a vida do agressor e a vida do agredido, o Estado tem o dever de proteger a vida do agredido que não deu causa a agressão. Utilizando-se, assim, o Estado, para proteger a vida da vítima, da própria vítima, como ferramenta de auto-tutela, excepcionalmente prevista para casos como estes, mas já superadas em outros semelhantes.

2.3.4 Teoria da defesa pública subsidiária

O doutrinador GUERRERO, justifica a teoria da defesa pública subsidiária afirmando que “o fundamento da legítima defesa encontra-se na cessação do direito de punir da sociedade. Raciocina-se com o argumento de que, se a defesa privada é que pode ser eficaz, enquanto a defesa pública não o é”. (GUERRERO, 1997, p.36)

Assim, o que se pretende nessa teoria é demonstrar que, quando o Estado não estiver preparado para defender o cidadão, contra uma ameaça atual ou iminente, este está apto a exercer seu direito de autodefesa.

Dito isto, percebe-se que a defesa privada adquire uma supremacia sobre a defesa pública, quando esta encontra-se impossível de ser realizada, conforme demonstrado.

2.3.5 Teoria do direito público subjetivo

Sobre esta teoria, GUERRERO explica que “a agressão é a negação do direito, e a reação é a reação dessa negação, sendo, conseqüentemente, afirmação do direito”. (GUERRERO, 1997, p.38)

Assim, por via oblíqua, percebe-se que a repulsa da vítima não pode ser vista, com caráter vingativo, ou punitivo, mas, simplesmente com um caráter de justiça e, principalmente, de viabilizador do Estado-Democrático de Direito.

2.3.6 Teoria da delegação do poder de polícia

O doutrinador que ora se analisa, define que a legítima defesa nessa teoria é “uma delegação hipotética e condicionada pelo poder de polícia, que o agredido

recebe do Estado em virtude da necessidade, nos casos em que reconhece que não pode protegê-lo com a devida eficácia”. (GUERRERO, 1997, p.38)

Esta teoria não foge ao entendimento de que a legítima defesa é uma permissão que o Estado transfere ao cidadão para se proteger por não poder fornecer a devida segurança.

Em sentido oposto, defendendo que não há defesa em nome do Estado, pois seria absurdo pensar assim, mas apenas defesa em nome próprio, neste contexto, HUNGRIA citando GUERRERO, aduz da seguinte forma:

“Não se concebe um mandatário sem a vontade consciente de exercer o mandato. Além disso, o Estado, para evitar a violação de direitos, não tem necessidade de ir ao extremo da cruenta violência, como a defesa privada, de modo que esta redundaria num ilegítimo excesso de mandato”. (HUNGRIA apud GUERRERO 1998, p.38 e 39).

Finaliza-se assim, desta feita, ao lado de Hungria, sobre a teoria da delegação do poder de polícia, não crendo que aquele que se defende o faça em nome do Estado, ou por sua outorga de mandato, mas meramente em nome próprio.

2.3.7 Teoria da Justificação

Para GUERRERO esta teoria “busca a legítima defesa na licitude da ação ou teoria da ausência de injuricidade da ação defensiva”. (GUERRERO, 1997, p.42)

Dessa forma, percebe-se que o agente, ao praticar um homicídio para proteger direito próprio, estará realizando uma conduta excepcionalmente permitida por se tratar de legítima defesa. Para que a legítima defesa seja praticada de forma lícita, é necessário que ocorra um fato que justifique a utilização de meios necessários para defender um bem jurídico.

Neste sentido, a legítima defesa justifica-se por um crime anteriormente cometido. Não havendo, assim, falta na conduta defensiva.

3. DAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE

Antes de adentrar a análise das excludentes de ilicitude, dentre as quais a legítima defesa, devidamente prevista no inciso II do artigo 23 do Código Penal, abaixo, definir-se-á como modelo de estudo a análise comparativa-doutrinária acerca do tema.

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.

Assim, as excludentes de ilicitude são um gênero da qual a legítima defesa, objeto de estudo, é uma espécie.

O tema é muito bem pontuado por Costa Machado:

Assim, uma conduta típica será também formalmente ilícita caso não esteja amparada por alguma das seguintes situações: legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito ou estrito cumprimento do dever legal. Nesses casos, repita-se, a conduta é típica, mas lícita, permitida pelo ordenamento. (COSTA MACHADO, 2012, p.43)

Nucci trata do tema, a seu turno, definindo a ilicitude como:

A contrariedade de uma conduta com o direito, causando lesão a um bem jurídico protegido. Trata-se de um prisma que leva em consideração o aspecto formal da antijuridicidade (contrariedade da conduta com o direito) bem como o seu lado material (causando um bem jurídico ao direito tutelado). (NUCCI, 2010, p.241)

Entende-se por ilicitude, a partir dos conceitos acima delineados, como a contrariedade que se estabelece entre o fato, típico, e o ordenamento jurídico legal, que o tipifica. O fato tipificado contraria o ordenamento jurídico, posto que fosse este um fato lícito não estaria, por sua vez, tipificado no ordenamento sendo, por conseguinte, um fato ilícito. Assim todo fato típico é, por óbvio, ilícito, exceto quando ocorre em caso concreto uma das excludentes de ilicitude, ou seja, uma situação que mantém o fato como típico, posto que não o retira do ordenamento jurídico, mas exclui a sua ilicitude como o próprio nome do tópico chama a atenção. Estão presentes em lei, no já mencionado artigo 23 do Código Penal as denominadas excludentes de ilicitude.

A doutrina acrescenta às hipóteses legais, previstas em lei, algumas hipóteses supralegais, ou seja, não previstas em lei, conforme aduzido por DITTICIO

na obra de coordenação de MACHADO (2012, p.43):

Além das hipóteses previstas neste artigo, a doutrina aponta a existência de causas supralegais de exclusão da ilicitude, como o consentimento do ofendido. Para que o consentimento do ofendido exclua a ilicitude de uma conduta típica, devem estar presentes os seguintes requisitos: (i) que o ofendido tenha manifestado sua concordância de maneira livre e consciente de seu significado e consequências; (ii) que o bem jurídico lesionado ou exposto a perigo esteja na esfera de disponibilidade do ofendido; (iii) que o fato típico realizado esteja de acordo e nos limites da concordância do ofendido. Há tipos, contudo, que preveem como elementar a falta de consentimento do titular do bem jurídico tutelado, como violação de domicílio; nesses casos o consentimento do ofendido exclui a própria tipicidade. (MACHADO, 2012 p.43)

Assim, a ilicitude será retirada da conduta típica do agente não só pelos casos legais previstos no artigo 23 do Código Penal, como, também, pela previsão doutrinária de consentimento do ofendido.

3.1 Legítima Defesa e Estado de Necessidade

A legítima defesa nasce a partir de uma ação que coloca a vítima numa situação de risco, ou seja, numa situação de necessidade de uma reação para evitar um dano a um bem jurídico, com a finalidade de impedir uma agressão ilícita, portanto, esta não se confunde com o estado de necessidade que decorre de uma necessidade de evitar um mal de maior proporção onde estão em conflito dois bens tuteláveis juridicamente.

No tocante ao Estado de Necessidade, Nucci o conceitua, como:

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. (NUCCI, 2010, p. 250)

Na legítima defesa conforme tratado anteriormente, o interesse do agressor é ilegítimo, portanto, seu ataque gera uma repulsa por parte da vítima que reage para proteger seus bens jurídicos, enquanto no estado de necessidade há um conflito entre dois interesses igualmente legítimos onde o salvamento de um direito sacrifica outro, pois neste caso não tem agressor, mas apenas, uma ação humana irracional e de fora da natureza como ocorre nos casos de incêndio, inundação, dentre outros.

O Estado de Necessidade, assim como a legítima defesa, possui previsão legal no artigo 24 do ordenamento penal pátrio, a saber, Código Penal Brasileiro:

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

O estado de necessidade é caracterizado por um conflito de interesses legalmente protegidos onde um dos direitos de cada envolvido será perdido para que outro sobreviva. Essa é uma situação na qual o Estado permite que o direito de um dos sujeitos envolvidos seja perdido em detrimento do outro.

Aqui, o ordenamento jurídico não tem o poder de salvaguardar ambos os direitos. Para ser ainda mais claro, na legítima defesa a preservação do bem jurídico se faz através da defesa, enquanto no estado de necessidade se faz através de um ataque.

Existe a possibilidade dos dois institutos coexistirem quando se entende que a legítima defesa e uma espécie de estado de necessidade tratado com maior cuidado como ensina BITENCOURT (2004, p. 323): "a legítima defesa é, em última instância, um caso especial de estado de necessidade, que recebe um tratamento legal específico".

DITTICIO, em obra de coordenação de MACHADO, por sua vez, ao analisar o tema, define o Estado de Necessidade assim:

Caracteriza-se o Estado de Necessidade quando alguém, em situação de perigo, causa dano a bem jurídico, com o fim de salvaguardar outro bem jurídico, igualmente tutelado, a que o ordenamento confere valor superior. (MACHADO, 2012, p.46)

Neste contexto, torna-se legítimo, por exemplo, sacrificar o patrimônio pela saúde, ou pela vida.

A partir desta análise, passa-se a vislumbrar o exercício regular de direito, face à legítima defesa.

3.2 Legítima Defesa e Estrito Cumprimento de Dever Legal

O estrito cumprimento de dever legal, enquanto excludente de ilicitude é analisado por MACHADO sob a seguinte ótica:

A primeira excludente destina-se, sobretudo, aos agentes públicos, os quais, por vezes, em cumprimento da lei ou de ordem emanada de superior hierárquico, têm de realizar condutas descritas por tipos penais e, eventualmente, lesivas a bem jurídicos. E o caso, por exemplo, do oficial de

justiça que arromba a porta do domicílio de alguém e apreende um televisor, dando cumprimento à ordem judicial. Se a ordem for cumprida nos estritos limites, em sua exata extensão restará excluída a ilicitude da conduta. Isso porque, se determinada conduta é estimulada, ou melhor, ordenada pelo Direito, não pode ao mesmo tempo ser contrária ao ordenamento. (2012, p. 44).

Nas palavras de Victor Eduardo Rios GONÇALVES (2005, p. 88) define-se que “não há crime quando o agente atua no estrito cumprimento de um dever legal. Esse dever deve constar de lei, decretos, regulamentos ou atos administrativos fundados em lei e que sejam de caráter geral”.

Dito isto, percebe-se que o estrito cumprimento do dever legal decorre de uma ação que deve ser praticada por se tratar de um dever de agir imposto por lei, penal ou não, mesmo que resulte em um dano a um terceiro. Esses deveres são atribuídos a determinados agentes que têm o dever de agir e, caso não pratiquem a ação determinada, eles podem estar incorrendo em fato típico. O dever legal é decorrente de lei, (regulamentos, decretos, decisões judiciais, etc.), caso contrário não pode ser considerado como estrito cumprimento de dever legal.

Como exemplo podemos citar o caso de um policial que lesa corporalmente determinado sujeito que dificultava a sua própria prisão, resistindo injustificadamente a esta.

Portanto, fica claro a partir do conceito de legítima defesa, tratado anteriormente, que esta não se confunde com o estrito cumprimento de dever legal apesar de ambos os institutos integrarem o rol de exclusão da ilicitude.

3.3 Legítima Defesa e Exercício Regular de Direito

O exercício regular do direito presente no artigo 23 inciso III do Código Penal consiste na atuação do agente dentro dos limites conferidos pelo ordenamento jurídico. Na situação de exercício regular de direito o sujeito não comete crime por estar utilizando de sua prerrogativa conferida por Lei.

Assim, segundo NUCCI exercício regular do direito:

“é o desempenho de uma atividade ou a prática de uma conduta autorizada por lei, que torna lícito um fato típico. Se alguém exercita um *direito*, previsto e autorizado de algum modo pelo ordenamento jurídico, não pode ser punido, como se praticasse um delito.” (NUCCI, 2010, p. 252)

Dentre vários casos de exercício regular do direito podemos citar como exemplo: a correção disciplinar dos pais aos filhos menores, quando moderada; a crítica literária, artística ou científica; o aborto, quando a gravidez resulte de estupro havendo o consentimento da gestante. Deste modo, se alguém pratica uma conduta autorizada por alguma norma jurídica, esta não pode ser passível de punição, embora trata-se, em alguns casos de uma conduta típica, como no caso do aborto, ilícito na grande maioria dos casos, mas que, na vítima do estupro a ilicitude é afastada.

Dito isto, percebe-se que legítima defesa e exercício regular do direito não se confundem posto que, o primeiro se refere a uma defesa contra uma agressão injusta e o segundo diz respeito a uma ação praticada protegida por lei. Neste sentido vejamos o comentário de DITTICIO na obra organizada por MACHADO (org.).

O inciso III também traz a excludente do exercício regular de direito. A conduta representa o exercício de um direito, percebe-se, jamais pode ser ilícita, não sendo possível a um único ordenamento autorizar e proibir, ao mesmo tempo, a prática de uma conduta. O conceito de “direito” empegado pelo inciso em comentário inclui todo e qualquer direito subjetivo reconhecido pela ordem jurídica. (MACHADO - org., 2012, p.45)

Assim, novamente, o que se tenta, é separar o exercício regular do direito, da legítima defesa, como distintos, que de fato, são os institutos. Assim, percebe-se que na legítima defesa, a lesão corporal ou o homicídio que se pratica contra o agressor não são ações legais previstas em lei, muito pelo contrário, são condutas que, normalmente, são típicas, ilícitas e culpáveis, mas que, analisadas em face da legítima defesa, possuem a sua ilicitude devidamente excluída, nos termos do artigo 23, inciso II. O exercício regular do direito, por sua vez, não faz com que a ação tenha a sua ilicitude excluída, posto que prescindida de uma ação já lícita, ou de um exercício regular de direito que, por óbvio, não poderá englobar ato ilícito como regular.

4. ANÁLISE GRAMATICAL DO ART. 25 DO CÓDIGO PENAL

Para analisar gramaticalmente todos os aspectos da legítima defesa conforme positivada no artigo 25 do Código Penal far-se-á comparações a partir da definição extraída do Dicionário Online MICHAELIS com o intuito de se apresentar uma visão não jurídica dos vocábulos, bem como a definição dos vocábulos enquanto componentes de instituto jurídico, extraídas do Código Penal Comentado do famoso penalista Guilherme de Souza Nucci.

Assim, passa-se à análise do vocábulo inicial do Artigo 25, qual seja, o “moderadamente”, posto que, “entende-se por legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

4.1 Análise gramatical e jurídica do vocábulo 'moderadamente' enquanto componente necessário da Legítima Defesa

Na falta da conjunção verbal correspondente, o dicionário MICHAELIS define como ‘moderado’:

Moderado
mo.de.ra.do
adj (latmoderatu) 1 Medíocre em quantidade ou qualidade. 2 Que guarda o meio-termo entre os extremos. 3 Que está nas devidas proporções: *Tamanho moderado*. 4 Que tem comedimento, moderação ou prudência. 5 Não exagerado, não excessivo, razoável. 6 Temperado, suave, benigno: *Clima moderado*. *Antôn{acepções 1 a 5): imoderado*. No que diz respeito à moderação da utilização dos meios para a defesa, o sujeito deve agir sem ir além do necessário para repelir a agressão ao bem jurídico próprio ou alheio. (DÍCIONÁRIO VIRTUAL MICHAELIS. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=moderado>> acessado em 27/09/14).

Será percebido, ao longo do estudo, que muitas vezes o Direito não apresentará significado novo ao vocábulo, tomando por empréstimo aquele que se lhe é dado pelo uso coloquial da língua, e que, muitas vezes o mito criado em torno do ‘juridiquês’ e da utilização de uma linguagem muito própria ao Direito deve ser feito, com o perdão do trocadilho, com moderação, posto que nem sempre encontra lugar, conforme o caso do vocábulo in tela.

Assim, segundo NUCCI (2010, p.263) moderação: "é a razoável proporção entre a defesa empreendida e o ataque sofrido, que merece ser apreciada no caso

concreto, de modo relativo, consistindo na abre aspas na medida dos meios necessários".

Portanto, a moderação, tanto em seu sentido jurídico utilizado como parte integrante da caracterização da legítima defesa, quanto no sentido não jurídico, deve ser entendida como a razoabilidade e proporção entre a defesa e o ataque dos envolvidos.

Como falado anteriormente, cada pessoa tem uma reação ao ser atacada, seja pelo susto, pelo medo ou pela própria proteção consciente/inconsciente de um bem jurídico, não sendo permitido analisarmos um caso com números certos, como se fosse uma ciência, justamente por se tratar de um ser humano, com sentimentos e instintos próprios e variáveis, de acordo com a situação, com a ofensa, iminência desta e, obviamente, com o direito potencialmente ou faticamente ofendido.

A partir de tal análise, o magistrado deve se ater à maneira do ataque, à defesa, e à relação entre agressor e vítima, para que não cometa uma injustiça logo na análise do primeiro requisito da legítima defesa.

De acordo com ambas as análises, para a configuração da legítima defesa, requer-se que esta seja proporcional ao ataque que se recebe, que seja comedida e que não ultrapasse os limites impostos pelos extremos, nem se deixando de proteger nem se protegendo de forma a atacar o ofensor inicial.

Assim, fica claro que a criação da legítima defesa foi justamente para legalizar uma defesa e não para liberar a justiça com as próprias mãos, posto que se cuida o doutrinador de moderar os limites pelos quais a defesa pode ser exercida.

4.2 Dos Meios Necessários

A análise dos meios necessários que devem ser utilizados em associação ao vocábulo supra-analisado recebe análise truncada pela existência de dois vocábulos a serem analisados, cada um à sua maneira, primeiramente quanto ao "meio" e posteriormente quanto ao "necessário"

Meio
mei.o
adj (tat mediu) 2 Médio, intermédio 12 Maneira, via por onde se chega a algum fim.
Necessário

ne.ces.sá.rio

adj (latnecessariu) 1 Que não pode deixar de ser ou de se fazer. 2 Que é de absoluta necessidade. 3 Essencial, indispensável. 4 Inevitável. 5 Subsistente por si mesmo (oposto a *contingente*). 6 Procedente de impulsos invencíveis (em oposição a *livre*). 7 Preciso, conveniente. 8 Oportuno, proveitoso, útil. 9 Exigido, reclamado, requerido. (DICIONÁRIO VIRTUAL MICHAELIS. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=moderado>> acessado em 27/09/14).

Percebe-se que ao unir as definições gramaticais de 'meio' e de 'necessário' teremos a via pela qual se chega a um fim que não pode deixar de ser, ou um fim que é de absoluta necessidade, ou, ainda, um fim que é essencial, indispensável, inevitável.

Assim, o uso moderado deve ser de “uma via pela qual se chega a um fim que é de absoluta necessidade”, qual seja, o de proteger o bem jurídico atacado pelo ofensor. Portanto, o meio necessário deve ser aquele suficiente e capaz para repelir a ofensa e para fazê-lo de modo moderado, sem incorrer em excessos ou em força mínima não suficiente para a defesa.

A definição jurídica de NUCCI (2010, p. 264.) por sua vez determina que os meios necessários “são os eficazes e suficientes para repelir a agressão ao direito, causando o menor dano possível ao atacante”.

Assim, conclui-se, satisfazendo a análise gramatical e a análise jurídico-gramatical, que, os meios necessários são entendidos como as maneiras menos lesivas e mais brandas possíveis que estejam à disposição do defensor no momento da agressão para afastar um perigo atual ou iminente. Para exemplificar, temos um agressor utilizando apenas suas mãos e uma vítima que tem consigo um bastão e uma arma de fogo. Ora, a vítima deve utilizar-se do meio realmente necessário para evitar um dano, o que seria entendido como o bastão. Mas se a vítima é um cadeirante que se encontra em completa desvantagem e utiliza a arma de fogo para se defender, ele não estará desrespeitando os meios necessários. Eis aqui a grande importância de se analisar cada caso separadamente sem haver um cálculo preciso no uso dos meios necessários sendo impossível estabelecer uma relação perfeita entre ataque e defesa.

O ser humano em estado de perigo não tem como analisar se o meio é ou não o mais adequado para empregar no momento da agressão, por isso é necessário considerar os fatos e reconhecer as fraquezas humanas.

4.3 Da Injusta Agressão

Assim como feito na análise acima, a injusta agressão será, gramaticalmente, analisada primeiramente no viés do ‘injusto’ e, posteriormente, no viés da ‘agressão’, abaixo:

injusto
in.jus.to
adj (latinjustu) 1 Que não é justo, falta de justiça. 2 Desarrazoado, sem fundamento. *sm* Aquele que não é justo.
agressão
a.gres.são
sf (lataggressionem) 1 Ação ou efeito de agredir. 2 Incitamento, instigação, investida. 3 Ataque armado de um Estado a outro, sem fundar-se na legítima defesa. 4 *Socio/* Atitude ou ato dissociativo.
(DICIONARIO VIRTUAL MICHAELIS. Disponível em:
<<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=moderado>> acessado em 27/09/14).

Elaborando um conceito que satisfaça estas definições acima, define-se, seguramente, que a “injusta agressão” é: toda ação ou efeito de agredir que não é justo, que falta em justiça, que é desarrazoado ou sem fundamento.

Esta é, talvez, uma das definições mais importantes, posto que a injusta agressão é aquela da qual a vítima se defende. Já a agressão que a vítima utiliza enquanto instrumento de defesa, deixa de se caracterizar como injusta agressão, podendo-se definir como justa agressão, situação que vista isoladamente beira o absurdo, ao defender-se como lícita uma agressão.

O próprio vocábulo agressão, quando conceituado pelo dicionário prevê que, somente se tratará de agressão quando um ataque armado de um estado a outro não fundar-se na legítima defesa.

Assim, passa-se à conceituação encontrada em NUCCI (2010, p.264), o qual entende que, “*injustiça é o mesmo que ilicitude, vale dizer, contrário ao direito*”.

Faltando em NUCCI uma definição que agrade aos fins deste estudo quanto ao vocábulo agressão, recorre-se à MARQUES, citado pelo referido autor, que

determina a agressão ser “conduta humana que põe em perigo ou lesa um interesse juridicamente protegido” (MARQUES, apud, NUCCI 1997, p.149).

Nestes termos, a injustiça é aquela conduta não autorizada. A agressão deve ser injusta, portanto ilícita, para que se possa considerar a legítima defesa, caso contrário não haveria justificativa para a legítima defesa pois a defesa deixaria de ser legítima e passaria a ser uma agressão injusta, invertendo assim, os polos entre o ataque e a defesa. A agressão deve ser dolosa, intencional e não culposa. Não será caracterizado como agressão se esta não for intencionalmente com o objetivo de ferir ou expuser a perigo a vítima.

Em uma determinada situação de risco a vítima deve sempre utilizar da melhor maneira para se defender da agressão injusta não devendo, portanto, esquecer da opção de fuga, que deve ser o melhor meio necessário para repelir a agressão injusta sem que continue em risco de não obter êxito em sua defesa, como também poderá praticar o excesso sem que este seja sua intenção devido ao caráter emocional do ser humano.

4.4 Da Atualidade ou Iminência

A análise destes aspectos é de fundamental importância, posto, que, como será visto, a utilização moderada dos meios necessários para repelir injusta agressão deve, obrigatoriamente, referir-se a uma injusta agressão atual ou iminente, não podendo referir-se a ação pretérita ou ação futura, posto que ninguém possua as faculdades paranormais de prevenção de agressão, ou as possibilidades vingativas de repelir agressão que já se expirou no tempo, portanto:

atual
a.tu.al
adjm+f (latactuale) 1 Que existe no momento em que falamos; presente. 2 Efetivo, imediato, real.
iminente
i.mi.nen.te
adj (latimminente) 1 Que ameaça cair sobre alguém ou alguma coisa. *Sin: impendente* 2 Sobranceiro.
(DICIONARIO VIRTUAL MICHAELIS. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=moderado>> acessado em 27/09/14).

Assim, percebe-se que atual é a agressão no momento presente, imediato, real e, iminente é a agressão que ameaça cair sobre alguém. Embora a

conceituação do aspecto atual seja satisfatória, lancear-se-á mão da definição jurídica para o caráter iminente da agressão, de acordo com os ensinamentos de NUCCI, (2010, p.269) “atual é o que está acontecendo (presente), enquanto iminência é o que está em vias de acontecer (futuro imediato)”.

Concluindo, a agressão atual é aquela que está ocorrendo no presente, a agressão já teve início e logo em seguida a vítima inicia sua defesa para se proteger, antes que cessada de maneira definitiva a agressão. Caso a agressão já tenha sido finalizada e a vítima, então, passe a atacar o agressor ela não estará agindo em legítima defesa, mas sim em legítima lesão a direito do anterior agressor, ou, em vingança.

A iminência não pode ser confundida com um ataque futuro, que ainda não se iniciou, pois enquanto o ataque iminente está prestes a acontecer, o ataque futuro poderá ou não acontecer devido ao caráter temporal, excluindo-se o necessário nexo de causalidade entre o ataque e a defesa.

Assim, é permitido à vítima se defender antes de iniciar o ataque se este já estiver para acontecer, evitando assim que o dano ao bem jurídico se tome concreto, concluindo, é necessário que a vítima tenha a certeza de que a falta da sua ação ocasionará uma agressão a determinado bem jurídico seu, vez que é iminente a agressão.

4.5 Do Direito seu ou de outrem

Neste aspecto não será feita análise gramatical, posto que o interessante aqui não seja uma definição quanto ao direito, vez que não resulta qualquer dúvida sobre os direitos, mas sim à propriedade do direito que se defende, se seu ou se de terceiros, o que é mais bem explicado pelo doutrinador escolhido, abaixo, NUCCI (2010, p.270):

"admite-se a defesa, como está expresso em lei, de direito próprio ou de terceiro, podendo o terceiro ser pessoa física ou jurídica, inclusive porque esta última não tem condições de agir sozinha".

Nestes termos, a legítima defesa pode se dar com a finalidade de defender direito próprio ou de um terceiro que esteja em perigo, bastando que para isso, que

o defensor visualize a situação que está acontecendo ou prestes a acontecer e age protegendo o bem jurídico próprio ou de um terceiro. Admite-se a legítima defesa para resguardar qualquer bem jurídico que esteja em risco, seja a vida, a integridade corporal, o patrimônio e a honra, dentre outros tantos não menos importantes.

Deve ser analisada a defesa de outrem sem distinção da defesa de direito próprio, devendo haver a proporcionalidade entre ataque e defesa dos bens jurídicos tuteláveis tanto no tocante aos meios, quanto ao valor do bem jurídico em proteção. Assim não é aceitável um homicídio apenas porque o agressor furta da vítima um chocolate ou até mesmo um celular na mochila, os bens jurídicos VIDA e PATRIMÔNIO, não se equivalem.

5. A LEGÍTIMA DEFESA ENQUANTO INSTINTO HUMANO

Veja que os instintos humanos variam de acordo com o progresso intelectual e moral atingido por cada ser humano, a análise da legítima defesa enquanto instinto humano, não poderá ser feita segundo uma definição rígida, vez que se deve levar em consideração o caso concreto, especialmente no tocante à reação humana. Para tanto, deve ser observado o ser humano em sua relação com o caso específico, atentando para suas condições sociais, psicológicas, morais e intelectuais, e não alcançar as variáveis inerentes ao ser humano em análise.

Neste sentido, analisa-se o julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Legítima defesa é reação humana, que não pode ser medida com transferidor, milimetricamente ou com matemática proporcionalidade, por ser ato instintivo, reflexo. (TJSP, MV - RT 698/333, apud, DELMANTO, 2002, p. 49)

Enquanto reação humana, não pode a legítima defesa ser analisada sem levar em consideração o seu caráter instintivo, reflexivo. O ser humano sob ameaça não tem como medir a hora de parar de se defender. Como pode julgar que esta ou aquela é a hora de parar de se defender, visto que há alguns segundos atrás ele estava sob ameaça de vida ou de saúde, sob a mira de um revólver ou a ameaça de uma faca?

Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal se manifesta:

PENAL. CRIME DE DISPARO DE ARMA DE FOGO. ABSOLVIÇÃO. LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA. AUSÊNCIA DE PROVAS. EXCESSO. NÃO CONFIGURADO. RECURSO MINISTERIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.
 I - VERIFICADO QUE O AGENTE AGIU SUPONDO ESTAR DIANTE DE IMINENTE AGRESSÃO INJUSTA, TENDO REPELIDO-A COM O MEIO QUE ESTAVA A SUA DISPOSICÃO NAQUELE MOMENTO, CORRETA A DECISÃO MONOCRÁTICA QUE ABSOLVEU O RÉU, PELO RECONHECIMENTO DA LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA.
 II - NÃO HÁ EXCESSO DE LEGÍTIMA DEFESA SE O AGENTE EMPREGOU MODERADAMENTE OS MEIOS DE DEFESA PARA REPELIR A SUPOSTA AGRESSÃO.
 III - QUANTO AO REQUISITO DA MODERAÇÃO DOS MEIOS NECESSÁRIOS A DEFESA. NÃO SE EXIGE QUE O AGENTE, NO CALOR DOS ACONTECIMENTOS, CALCULE COM EXATIDÃO A PROPORCIONALIDADE ENTRE DEFESA E ATAQUE.
 IV - "RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO". (TJDF - APR: APR 2464520058070003 DF 0000246-45.2005.807.0003 Rel. NILSONI DE FREITAS. Julg: 05/11/2009. 2ª Turma Criminal. Pub. 03/02/2010, DJ-ePág.84).

A proporcionalidade entre o ataque e a defesa é muito fácil de ser analisada, na frieza do gabinete magisterial, e quase impossível de ser vista diante do caso concreto que, em frações de segundo o sujeito passa de vítima para ofensor. Como julgar o momento exato de cessar a defesa, garantindo que o, em momento, defensor, não passará, novamente a ser vítima?

Não se deve então estabelecer padrões rígidos de proporcionalidade, dizendo que se a vítima recebeu dois golpes, deverá desferir dois golpes para a configuração da legítima defesa. Neste sentido, como agir quando a vítima é uma mulher, em tese mais fraca que o homem, *in casu*, seu agressor? Ou ainda, quando se trata de um idoso como vítima?

Ainda que se defina a reação como excessiva, torna-se necessário escusá-la:

Legítima Defesa. Excesso Exculpável. Verificável. Absolvição. Embora não conste da legislação penal atual, era previsto no Código Penal de 1969, deve-se considerar não punível o excesso, praticado em legítima defesa, quando resultante de excusável medo, surpresa ou perturbação de animo. Isto porque as causas excludentes de culpabilidade, como as que excluem a ilicitude, não se esgotam no rol enumerado no ordenamento penal, pois são estabelecidas em favor do réu. No caso, este excesso exculpante subsiste como causa extralegal de exclusão de culpabilidade. E por excesso exculpante tem-se a reação defensiva que, por suas singularidades, não é merecedora de apenação. Muitas vezes a violência da agressão, ou sua subtaneidade, criam um estado de medo, de surpresa, ou de perturbação de animo que interferem de sobremodo na reação defensiva. O agredido fica sem condições de balancear adequadamente a repulsa em função do ataque. E o que pode ter, no máximo, acontecido no caso em tela, pois a reação do apelante aconteceu após a agressão da vítima contra seu (do réu) filho menor, depois de, reiteradamente, causar tumultos em seu estabelecimento comercial. Absolvição que se impõe. (TJRS Apelação Crime n. 699421871, Des. Sylvio Baptista Neto, 11/08/1999).

5.1 Reação até que o risco cesse

Há casos em que por mais que a vítima empregue meios para reagir ao agressor, ele permanece impávido em seu ataque. É o exemplo da pessoa que dá um disparo de arma de fogo contra seu agressor e o mesmo continua a vir em sua direção. Não é plausível que a vítima espere o agressor desistir de persegui-la, mas ela deve utilizar o meio até imobilizá-lo, encerrando o risco.

Cesar Roberto Bitencourt citando Welzel:

(...) a defesa pode chegar até onde seja requerida para a efetiva defesa imediata, porém, não deve ir além do estritamente necessário para o fim proposto. (WELZEL apud BITENCOURT, 2004, p. 321).

E Francisco de Assis Toledo complementa:

O requisito da moderação exige que aquele que se defende não permita que sua reação cresça em intensidade além do razoavelmente exigido pelas circunstâncias para fazer cessar a agressão. Se, no primeiro golpe, o agredido prostra o agressor tornando-o inofensivo, não pode prosseguir na reação até matá-lo. (TOLEDO, 2007, p. 204).

Neste contexto, diz-se que a vítima pode e deve reagir enquanto o agressor não cessar seu ataque, não importando quantas vezes tenha que atingí-lo. Assim, a teoria mais adequada no que tange ao uso moderado dos meios necessários é que a vítima deve utilizá-lo enquanto o agressor não cessar seu ataque.

6. DO EXCESSO

O tópico em análise tem como finalidade apresentar o excesso, o qual é analisado por Zaffaroni:

Isto significa que “excesso não é o mesmo que a falta de qualquer dos requisitos das eximentes do art. 23 do CP. Consequentemente, ‘excesso’ significa ‘passar dos limites’ de uma dessas causas eximentes, mas, para ‘passar dos limites’ será sempre necessário se ter estado, em algum momento, dentro deles”. (ZAFFARONI, (2007, p.513)

O Excesso está disciplinado, conforme dito anteriormente, no parágrafo único do art. 23 do Código Penal, segundo o qual o agente responderá pelo excesso doloso ou culposo.

O excesso pode ter cabimento em diversas situações, mas aqui, o que se busca demonstrar é especificamente no caso em que o sujeito age em legítima defesa. O instituto em estudo pode ser entendido como o excesso na utilização dos meios necessários para evitar uma agressão, ou simplesmente como exceder o permitido, exceder os limites, exagerar.

6.1 Dos tipos de excesso

Aqui se busca demonstrar os tipos de excesso dentre os quais são caracterizados sempre que o agente ultrapassar os limites exigidos por lei na sua defesa sendo consequentemente punido, não importando por qual motivo o agente se excedeu, sendo por não utilização dos meios necessários ou se excedeu no uso dos meios sem moderarão.

6.2 Excesso Intensivo e Excesso Extensivo

No Direito tem-se distinguido o excesso intensivo do excesso extensivo, portanto, cabe demonstrar o entendimento do doutrinador Zaffaroni:

Na doutrina, tem-se distinguido entre um ‘excesso extensivo’ e um ‘excesso intensivo’, sendo o primeiro aquele que, na sua conduta, o sujeito continua a atuar mesmo quando cessada a situação de justificação ou de atipicidade, ou seja, este é o único conceito de excesso que, na nossa opinião, se pode admitir, enquanto o excesso chamado ‘intensivo’, seria aquele em que o sujeito realiza uma ação que não completa os respectivos requisitos em cada uma das correspondentes eximentes. Este conceito de ‘excesso intensivo’ não é propriamente um excesso, porque, quando não ocorrem os requisitos da eximente, em momento algum ela ocorreu, e, portanto, não se pode ‘exceder’. (ZAFFARONI, 2007, p. 513).

No caso de excesso extensivo o agente já sofreu uma agressão e ultrapassada a situação de risco atual ou iminente, procede com uma reação. O excesso extensivo nada mais é do que um contra-ataque indevido, o famoso revide, configurando-se como uma vingança e, portanto excluindo a legítima defesa.

Já o excesso intensivo é aquele que se dá no momento em que o agente que pratica a defesa contra agressão injusta passa a agir de forma intensificada, utilizando de meios exagerados e desproporcionais a ação agressora que deu início a defesa.

6.3 Excesso Culposo e Excesso Doloso

O excesso culposo deriva de uma avaliação equivocada do defensor que sofre uma agressão injusta sem o dever de cuidado para repelir a agressão. O excesso culposo é o erro de cálculo que emprega maior violência do que o necessário. Por exemplo, se um lutador é surpreendido na rua por um assaltante que almeja obter para si sua carteira e se defende com um golpe que leva o assaltante a uma inconsciência momentânea devido a experiência e força do lutador, ele estará agindo com um excesso culposo, pois o meio que ele utilizou não foi um simples golpe, mas sim um golpe de luta que não tem a mesma potência que um golpe de uma pessoa que não tem conhecimento das artes marciais. Verifica-se neste caso o excesso culposo decorrente da responsabilidade objetiva do lutador. Apesar do excesso praticado pelo lutador, ele não deseja o resultado alcançado, apesar assumir o risco de um possível excesso ao agir.

Zaffaroni explica o excesso culposo frente ao doloso:

A única explicação plausível para o chamado “excesso culposo” é a de que se trata de uma ação dolosa, mas que, aplicando-se a regra da segunda parte do § 1.º do art. 20 do CP, a lei lhe impõe a pena do delito culposo. Em face da definição de dolo do art. 18, I também do CP, 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, ao se admitir o seu caráter culposo, se estaria incorrendo numa flagrante contradição *intralegem*. (ZAFFARONI, 2007, p. 514).

Portanto, para que a conduta seja típica deve-se observar se o agente agiu com imprudência, negligência ou imperícia sem agir com o dever de cuidado para que se caracterize o excesso culposos.

No excesso doloso, ao praticar a legítima defesa, o agente inicia sua defesa para proteger seus bens jurídicos, mas ao se alcançar seu estado de segurança e tendo consciência de sua proteção o defensor opta por continuar praticando as ações seja para castigar, por vingança ou por ódio.

Nessa modalidade de excesso quem pratica a defesa age consciente e almeja causar maior lesão ao agressor sem utilizar apenas dos meios necessários para simplesmente repelir a agressão.

Importante frisar que, o dolo é suficiente para que não seja reconhecida a excludente de ilicitude, fazendo assim com que o autor da defesa, responda pelo fato típico e não pela defesa que deixou de ser legítima.

7. CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho monográfico procuramos examinar a legítima defesa analisando sua natureza jurídica, conceito, evolução histórica, doutrinária e o excesso em seu uso.

As relações sociais são diversas e cada caso detém sua particular complexidade. Assim, o Estado e o Direito buscam minimizar as complexidades e conflitos na sociedade, visando segurança jurídica e concretizar um Estado de Direito, positivando normas e suas exceções, onde, estas, apesar disso, deixam espaços subjetivos que urgem serem contornados por um parâmetro de objetividade, que é o caso do instituto da legítima defesa e suas nuances, como o excesso.

Ademais, mesmo sem poder estar presente em todas as situações, o Estado tem por finalidade promover a segurança e paz social. A legítima defesa é caracterizada pela sábia aplicação do Direito para transmitir à sociedade o direito de autoproteção, demonstrando assim, tamanha importância da legítima defesa nos momentos em que o Estado se encontra ausente.

Buscou-se aqui analisar os principais pontos da legítima defesa perante outros institutos que podem se confundir ou coexistirem entre si. Percebemos que o excesso na legítima defesa pode ocorrer por diversas vezes e, há muitos aspectos subjetivos para concluí-lo. Contudo, buscou-se delimitar neste trabalho pontos e parâmetros objetivos que facilitem a percepção do uso excessivo da legítima defesa, a fim de viabilizar maior segurança jurídica nestas nuances.

Para, além disso, infere-se neste estudo o sábio reconhecimento por parte do Estado de permitir que o cidadão se proteja contra abusos em face de seu direito e, do mesmo modo o reconhecimento da impotência do Estado proteger o sujeito a todo tempo.

Conclui-se também que, pelo fato de os seres humanos serem altamente emotivos e agirem na maioria das vezes por instinto, deve-se analisar a situação priorizando sempre o defensor ao agressor, vez que, se o agressor não tivesse iniciado o ataque o defensor nada faria para agredi-lo.

Por fim concluímos que os julgadores não devem se pautar em números matemáticos, em um modo de julgar todos os casos, mas sim, analisar a maneira como foi utilizada a legítima defesa, não se esquecendo do caráter emocional de quem reage a uma injusta agressão. Ora, o ser humano é um ser instintivo e emocional, agindo em determinadas situações sem pensar no resultado que pode se obter, mas com o simples objetivo de proteger a si mesmo ou alguém que sofre contra abusos e injustiças praticados por pessoas que utilizam da maldade para se sobrepor sobre as pessoas de bem.

Portanto, o excesso deve ser analisado de maneira prioritária para beneficiar a vítima que não foi a responsável por praticar o mal resultante de uma agressão antijurídica, tendo na verdade, esta sido injustamente lesionada em seus bens jurídicos tutelados pela norma penal, e não o contrário.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Sergio Eduardo Mendonça, NUCCI, Guilherme de Souza, e, OLIVEIRA. **Tratado de Direito Penal Atual**. Campinas: Bookseller, 1997. V.1 e 2.

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

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 12. ed. Sao Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2848/1940, **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> acessado em 05/09/15

COSTA JR, Paulo José da. **Código Penal comentado**. 8. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

DELMANTO, Celso. **Código Penal comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Dicionário Virtual Michaelis. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/modemo/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=moderado>> acessado em 27/09/15.

DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça. APR 2464520058070003 DF 0000246-45.2005.807.0003. Relator: Nilson De Freitas. Diário de Justiça Eletrônico, 03 fev. 2010.

DUARTE, Melina. **A Lei de Talião e o Princípio de Igualdade entre crime e punição na Filosofia do Direito de Hegel**. Revista Eletrônica Estudos Hegelianos. n. 10, p. 75-85, jun. 2009. Disponível em: <<http://www.hegelbrasil.org/Reh10/melina.pdf>> acessado em 27/09/15

ÊXODO. In: **A BÍBLIA: tradução ecumênica**. São Paulo: Paulinas, 2002.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal: Parte Geral**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. V. 7.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. V. I.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual do direito penal: parte geral**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. ACrim. 699421871. Relator: Sylvio Baptista Neto. Diário de Justiça. Porto Alegre, 11 ago.1999.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2004. V. 1.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Manual de Direito Penal: parte geral**. São Paulo: RT, 2007. V.1.