

**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS
FACULDADE DE DIREITO
BACHARELADO EM DIREITO**

LINCOLN ROSSI CARVALHO

LEGÍTIMA DEFESA E OS EXCESSOS

**JUIZ DE FORA-MG
2015**

LINCOLN ROSSI CARVALHO

LEGÍTIMA DEFESA E OS EXCESSOS

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

Orientador: Prof. Besnier Chiaini

JUIZ DE FORA-MG

2015

FOLHA DE APROVAÇÃO

Lincoln Rani Peres da Silva

Aluno

Legitima defesa e os excessos

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

[Assinatura]

[Assinatura]

Sandra Bara Alves

Aprovada em 10/07/2015.

Dedico este trabalho a Deus, por sempre ser meu apoio.

AGRADECIMENTOS

À minha esposa, pelo apoio e amor incondicionais.

Aos meus filhos, razão da minha luta.

Ao meu orientador, Prof. Besnier, pelo exemplo de profissional.

Se o ladrão que for pego arrombando for
ferido e morrer, quem o feriu não será
culpado de homicídio... (Êxodos, 22:2)

RESUMO

O presente trabalho teve por objetivo estudar o que a lei e a doutrina trazem sobre o assunto em tela. Pretende-se, também, mostrar que o instituto da legítima defesa é inerente ao homem, pois surgiu com ele, que o excesso não é autônomo, que é importante sua caracterização, para que seja o agente responsabilizado por sua conduta excessiva, já que o Código Penal traz expresso no parágrafo único do art. 23 que será punido aquele que agir em excesso em quaisquer das hipóteses de excludente de ilicitude, incluindo também, obviamente a legítima defesa. Os resultados apontaram que as excludentes da ilicitude não são tão somente aquelas previstas pelo legislador, pois há ainda as supralegais, que estão acima da lei, dando uma visão, principalmente, do consentimento do ofendido.

Palavras-chave: Legítima defesa. *Animus defendi*. Justificação. Excesso.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2. LEGÍTIMA DEFESA.....	10
2.1 Legítima defesa no direito brasileiro.....	12
2.2. Legítima defesa no direito penal.....	12
2.3. Legítima defesa da posse.....	15
2.4 Legítima defesa x estado de necessidade.....	18
3. REQUISITOS DA LEGÍTIMA DEFESA.....	19
3.1 Agressão injusta, atual ou iminente.....	19
3.2 Repulsa com os meios necessários e uso moderado de tais meios.....	21
3.3 Agressão seja dirigida a um bem jurídico protegido, que o agente tenha a intenção de defender o bem jurídico e conheça a injusta agressão.....	22
4. ALGUMAS ESPÉCIES DE LEGÍTIMA DEFESA.....	26
4.1 Legítima defesa putativa.....	26
4.2 Ofendículos.....	28
4.3 Legítima defesa recíproca.....	29
4.4 Legítima defesa sucessiva.....	30
4.5 Legítima defesa da honra.....	31
4.6 Legítima defesa própria ou de terceiros.....	32
5. EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA.....	34
5.1 Conceito de excesso.....	34
5.2 do excesso na legitima defesa.....	34
5.3 Dos tipos de excesso.....	35
5.3.1 Excesso culposo.....	35
5.3.2 Excesso doloso.....	36
6. CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DE ILICITUDE.....	37
6.1 Do consentimento do ofendido.....	37
6.2 requisitos de formação.....	39
6.3 do consentimento presumido.....	41
CONCLUSÃO.....	42
REFERÊNCIAS.....	43

1. INTRODUÇÃO

A legítima defesa é um elemento que faz parte da vida humana, nascendo com o homem, não se referindo, portanto, a um direito criado por ele, pois é um direito natural, que foi tutelado e aprovado, judicialmente.

O nosso ordenamento jurídico penal prevê no art. 23 que

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.

Isso implica que se uma pessoa estiver inserida em uma ou mais das hipóteses ali relatadas, depois que praticar determinados atos, não terá ele cometido crime de espécie alguma, em virtude da exclusão da ilicitude do ato cometido. Entretanto, esse mesmo artigo em seu parágrafo único diz que a pessoa que age em qualquer uma dessas hipóteses responderá pelo excesso, que vier a cometer, doloso ou culposo.

O art. 25 que trata da legítima defesa que, ao agente é permitido defender-se quando de frente a injusta agressão, porém deverá fazê-lo de forma moderada, compatível ao perigo do qual se encontra envolvido.

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

Diversas pessoas fazem uso deste direito natural, praticando atos típicos e justificando-os como sendo legítima defesa. Em outras palavras, é preciso que o magistrado perante um caso de legítima defesa fique atento a uma minuciosa apuração das exigências que a identifiquem e, especialmente aquele que diz que deverá o agente defender-se por meios moderados, pois a pessoa que em sua ação exceder o nível necessário para repelir a agressão estará cometendo excesso em sua defesa.

O objetivo geral deste trabalho foi estudar o que a lei e a doutrina trazem sobre o assunto em tela. Para atingir o objetivo proposto, pretende-se compilar em um único trabalho posições doutrinárias esparsas, evidenciando os reflexos de qualquer excesso porventura praticado.

Acredita-se que, para que seja caracterizado o excesso da legítima defesa, é necessário que sejam configurados todos os seus pré-requisitos.

A justificativa pela escolha do tema prende-se às particularidades que há nas distintas modalidades de excesso, que, por diversas vezes, não são estudadas pela doutrina brasileira. Antes de discutir acerca do excesso, é apresentada uma visão geral do instituto no direito brasileiro, bem como os requisitos para seu reconhecimento.

No capítulo 4, são apresentadas algumas espécies de legítima defesa.

No capítulo 5, analisa-se a conceituação do excesso nessa excludente, suas espécies e consequências no mundo jurídico, tanto do ponto de vista doutrinário quanto jurisprudencial.

Finaliza-se o presente trabalho, afirmando-se que as excludentes da ilicitude não são tão somente aquelas previstas pelo legislador, pois há ainda as supralegais, que estão acima da lei, dando uma visão, principalmente, do consentimento do ofendido.

2. LEGÍTIMA DEFESA

A legítima defesa compõe-se de uma conduta cujo objetivo é negar agressão injusta, atual ou iminente, dirigida a si ou aos demais, que não estão obrigados a suportar. Aquele que agir dessa forma não responderá pelos prejuízos ocasionados a quem agrediu, tendo em vista que não agiu ilegalmente. Sobre isso, reza o artigo 188, inciso I, primeira parte do Código Civil que “não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido [...]”.

A legítima defesa deverá ser discreta o bastante para afastar a agressão, não podendo transpor os limites do razoável. Caso o agente ultrapasse os limites do bom senso, responderá de acordo com o excesso, pois parte de sua conduta não será lícita.

Apenas a legítima defesa real e, exercida contra o agressor, impede o ressarcimento dos prejuízos. Além do mais, será responsabilizado o agente que, exercendo a legítima defesa, vier a atingir um elemento inocente, ou seus bens. No entanto, nesse caso, terá direito à ação regressiva contra o verdadeiro ofensor, para recuperar e teve de pagar pelos prejuízos acarretados a outrem.

Outra consideração relevante se refere à legítima defesa putativa. Nessas condições, o agente será obrigado a indenizar, porque a legítima defesa putativa não elimina a ilegalidade da conduta, sendo apenas reconhecida como uma excludente de ilicitude. Mas, o que seria a legítima defesa putativa? Essa se refere àquela pessoa que, imaginando estar pronta a sofrer uma agressão injusta, comete atos para afastá-la, vindo a provocar danos ao suposto agressor inocente.

Quanto ao conceito de legítima defesa, Marinho e Freitas (2009, p. 248) o expõem de forma abrangente:

Decorre a legítima defesa, basicamente, de uma permissão do Estado, melhor dizendo, de uma preservação, pelo Estado, do direito de autodefesa do cidadão. Em princípio, somente o Estado pode reagir contra atos de agressão, é permitido ao cidadão exercer a autodefesa, nos limites de necessário para repelir o ataque e salvar o bem jurídico.

A legítima defesa significa a permissão estatal, ou preservação, pelo Estado, do Direito de autodefesa do indivíduo, quando ele está ausente, quando é impossível ao Estado intervir, tendo em vista que lhe compete reagir contra atos de agressão, não sendo possível fazê-lo a própria pessoa intimidada por injusta agressão poderá cumprir seu direito de autodefesa,

obedecendo aos limites básicos, sem extremos, para não permitir o ataque a si ou ao seu bem jurídico.

A legítima defesa é inerente ao ser humano, não havendo maneira de se precisar seu surgimento. Desde os tempos primordiais, o cidadão se autodefende ao constar perigo para si ou para seus bens, sendo instintivo, não dependendo, pois, de normas civilizatórias para regularizar tais atos de defesa, visto que constatando qualquer perigo, a pessoa agirá sem pensar em regras. Neste sentido, a sociedade regulada pelo direito irá, portanto, regular, fundamentada em seus paradigmas admissíveis, também a tendência da legítima defesa, sistematizando e limitando a ação de autodefesa do cidadão, para que esta ação seja legitimada. Ela existia na antiguidade fundamentalmente associada a crimes de homicídios e agressões físicas, com o decorrer dos tempos foi passando por evoluções (COSTA JR., 2009).

São encontradas referências da legítima defesa no Código de Manu, na Lei Mosaica, nas Leis atenienses de Sólon, na Lei das Tábuas, a legítima defesa faz parte de quase todas as legislações da Antiguidade. A Índia, Roma e Grécia reconheciam o direito de defesa da própria vida e da honra, e os romanos chegaram à conclusão de que seria em virtude da aceitação da autodefesa após repararem o mundo animal. Assim, puderam ver que os animais se defendiam de outros da mesma espécie e de outros agressores, seguindo suas intuições a fim de garantir seu lugar, comida e vida. Nos tempos do Justianismo foi reconhecida amplamente e também no direito Costumeiro Germânico. No que se refere à América Latina, ela foi expressa pela primeira vez no Código brasileiro, de 1830, que em seguida serviu de base para as outras legislações penais deste continente (COSTA JR., 2009, p. 6).

Conforme Leite (2015, p. 2), inclusive no Livro Sagrado é possível encontrar uma passagem sobre legítima defesa, como a que se segue: “Se o ladrão, for achado a minar, e for ferido, e morrer, o que o feriu não será culpado do sangue.

No tocante à natureza jurídica da legítima defesa, o legislador brasileiro a tem como verdadeiro motivo de excludente de ilicitude, junto aos outros motivos de excludente dispostos no art. 23 do Código Penal do Brasil. No entanto, é mais difícil falar da legítima defesa do que da natureza. Tal instituto é dividido em duas partes: primeiro, é definido pela necessidade de conservar a ordem jurídica, e, depois, por ter como objetivo assegurar o exercício dos direitos. Com isso, terá base social (defesa da ordem jurídica) e individual (defesa dos direitos ou dos bens jurídicos), tanto um quanto o outro não podem ser encontrados juntos, ao mesmo, visto que a ordem jurídica tem como meta proteger os bens jurídicos, e ao encontrar-se numa circunstância conflituosa a ponto de não conseguir proteger

o bem jurídico, ou quando ela não se encontra no espaço da agressão, a pessoa não pode ficar privada de se defender ou defender seus bens com seus próprios recursos.

Mas, a propósito, o fundamento da legítima defesa será único, porque, no geral, seu fundamento é que “ninguém pode ser obrigado a suportar o injusto” (ZAFFARONI, 2009, p. 499).

2.1 Legítima defesa no direito brasileiro

O direito brasileiro apoia o instituto da legítima defesa desde o período colonial, enquanto recurso de se praticar a autotutela. Já naquele tempo, tal instituto, visto como meio de *ultima ratio*, era regulado ligado à previsão da punição para quem extrapolasse na reação. Inclusive a legítima defesa da posse era protegida naquela ocasião, retratando-se nos regulamentos do direito romano.

O Código Criminal de 1830 trazia uma redação análoga. Do mesmo jeito, do Código Penal da década de 1890 ao Código Penal de 1940 (que foi reformado em 1984), passou a regular a legítima defesa, conforme apregoa o art. 25: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

No direito civil, a legítima defesa foi aprovada no Código Civil/1916, tanto no artigo 160, quanto no artigo 502. O art. 188 do CC/2002 manteve o previsto no artigo 160 do antigo código, ao considerar a legítima defesa um ato legal. Também manteve a redação quanto à legítima defesa da posse e do desforço imediato, convertendo o artigo 502 no parágrafo único do artigo 1.210.

Para Azevedo (2000, p. 114), a legítima defesa seria uma só, por uma questão de harmonia do sistema jurídico brasileiro, entendendo o autor que esse instituto teria não só os mesmos princípios, como seria similar em ambos os ramos jurídicos.

Diante disso, é necessário examinar a legítima defesa na sua concepção, tanto no direito penal, como no direito civil, objetivando analisar a existência de pontos de interseção e de distinção entre ambos os regimes.

2.2 Legítima defesa no Direito Penal

A legítima defesa é definida no direito penal como uma causa de exclusão da ilicitude da conduta da pessoa. É prevista para os casos em que haja os aspectos fundamentais para ser

enquadrada em alguma atitude penalmente punível¹, ao se comprovar a existência de requisitos da legítima defesa, retira-se a natureza ilegal do ato.

De acordo com o artigo 25 do Código Penal, “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

Na visão de Capez (2004, p. 263), agressão “é qualquer conduta humana que fere um bem jurídico”, podendo ser tanto física quanto moral, e não depende de o provocador ter consciência ou vontade de agir dessa forma – basta que haja a lesão, ou perigo de lesão para que se caracterize o ato de agressão, pois o Direito objetiva proteger o indivíduo que a sofre.

Julga-se que legítima defesa seja uma agressão “injusta”, na acepção de desacreditada, sem permissão, contrária ao direito, ilegal, porque o agredido não é obrigado, por lei, a admiti-la. Poderá vingá-la para impedir a ofensa ao bem jurídico.

O fundamento de “injustiça” é puramente objetivo, pois se relaciona com o contratempo entre o fato que a compõe e as prescrições do ordenamento jurídico, pelo que não têm importância os aspectos subjetivos – saúde mental, idade, falta de conhecimento do acusado de que a agressão tem “justa causa”, porque extraordinariamente legal.

Hungria (1978, p. 289) entende por injusta agressão aquela em que um bem ou interesse jurídico tutelado pela lei seja ameaçado, sem causa legal. O que decide é a ilicitude objetiva do perigo, não precisando fundamentar-se em intenção grave ou consciência de antijuridicidade do agressor. Justamente por esse motivo é que não há legítima defesa real contra legítima defesa real de agressões que atingissem tanto bens protegidos pelo direito penal, quanto pelo direito civil.

O que importa é que a agressão atente contra um bem jurídico:

Não é necessário que constitua um injusto penal: basta que seja contrária ao direito *in genere*. Não entra em linha de conta a ação que, embora prejudicial ao agredido, e moralmente reprovável, não revista o cunho de injuridicidade. A injustiça (ou injuridicidade) deve ser avaliada objetivamente, nada importando a opinião do agredido ou a do agressor. É injusta a agressão, desde que seja ameaçado, sem causa legal, um bem ou interesse juridicamente tutelado (HUNGRIA, 1978, p. 296).

Conforme foi dito, a legítima defesa é uma permissão dada a uma pessoa, dessa forma, ela não seria obrigada a reagir. Em contrapartida, não estaria sujeita a ficar imobilizada diante da agressão, isto é, mesmo que houvesse uma possibilidade de fuga, não seria exigido que o

¹ O tipo é, portanto, como um molde criado pela lei, em que está descrito o crime com todos os seus elementos, de modo que as pessoas sabem que só cometerão algum delito se vierem a realizar uma conduta idêntica à constante do modelo legal. (CAPEZ, 2004, p. 175).

indivíduo fizesse uso desta, pois, conforme alerta Capez (2004, p. 264): “A lei não obriga ninguém a ser covarde, de modo que o sujeito pode optar entre o comodismo da fuga ou permanecer e defender-se de acordo com as exigências legais.” No entendimento de Hungria (1978, p. 293), “apesar de não ser um dever jurídico, poder-se-ia encarar essa situação como um ‘dever moral’, justamente por ter como escopo o afastamento de um ato injusto”.

A agressão deve ser atual ou iminente. A primeira, segundo Mirabete (2002, p. 163), é “a agressão que está desencadeando-se, iniciando-se ou que ainda está desenrolando-se porque não se concluiu”. Ao passo que a segunda, na visão de Capez (2004, p. 266-267) se refere à “lesão ainda não começou a ser produzida, mas deve iniciar a qualquer momento. Admite-se a repulsa desde logo, pois ninguém está obrigado a esperar até que seja atingido por um golpe”.

Hungria (1978, p. 290) argumenta que a agressão existe desde que houve a intenção de cometê-la, isto é, o ato que leva a esse resultado, já é tido como agressivo: “Pode ser considerada na sua fase militantemente ofensiva (agressão atual) ou na sua fase de imediata predisposição (agressão iminente)”.

Esse autor salienta que a agressão iminente distingue-se da agressão futura, já que essa é caracterizada pela mera ameaça, sem a presença de um “perigo concreto e imediato” (HUNGRIA, 1978, p. 290).

Em contrapartida, Capez (2004, p. 261) adverte que a agressão atual difere da agressão passada, pois nessa o ato já teria se efetivado. Agir contra ele, seria visto como uma prática de vingança, uma nova agressão injusta, e não um ato de defesa.

E mais, para considerar-se legítima a defesa, essa deve ser efetivada com o uso somente dos recursos que se precisa para dar fim à agressão injusta. Esses recursos necessários, para Capez (2004, p. 267), são os considerados menos gravosos, dentre os meios disponíveis para quem foi agredido de forma injusta na hora da defesa, e que sejam o bastante para acabar com a agressão. Nas palavras do referido autor, “são os meios menos lesivos colocados à disposição do agente no momento em que sofre a agressão”.

Justifica-se essa exigência perante o fato de que a defesa, mesmo sendo legítima, constitui, basicamente, também um dano ao bem jurídico de terceiros. Como já foi investigado, a diferença reside no fato de que, para a ordem jurídica, é lícito o comportamento lesivo, quando se ache amparado com o objetivo de agir de acordo com o próprio Direito. Consequentemente, embora tenha apoio estatal, a referida repulsa constitui em essência, uma lesão, e, dessa forma, deverá ser a menor possível, para que se resguarde a característica legal, e não se torne uma agressão ainda maior que aquela a que se deseja penalizar.

Além de o recurso utilizado precisar ser o menos gravoso, o uso desse recurso deve ocorrer de maneira prudente, o que implica em utilizá-los até o limite da cessação a agressão injusta. Ao agir com exagero para suspender a lesão, o agente já não mais poderia utilizar-se do amparo da legítima defesa, pois estaria incorrendo em “excesso”. Entretanto, em algumas circunstâncias, pode haver um conflito entre a ideia de “meios necessários” e “reação moderada”, pois, se o único recurso à disposição da pessoa, o bastante para rechaçar a agressão, tiver um resultado mínimo que não seja somente a interrupção do ataque injusto, ao utilizar-se do recurso necessário, o sujeito pode vir a ter uma reação inteiramente desigual ao ataque.

Mirabete (2002, p. 185) considera meio necessário aquele “de que o agente dispõe no momento em que rechaça a agressão, podendo ser até mesmo desproporcional com o utilizado no ataque, desde que seja o único à sua disposição no momento”. Essa dedução poderia acarretar resoluções contraditórias ao interesse social, sobretudo em se tratando de conflitos entre bens jurídicos completamente diferentes, como patrimônio e integridade física.

A técnica jurídica empregada para encontrar um meio-termo entre a necessidade de agir, os meios disponíveis, e a resposta praticada, é manifestada por Capez (2004, p. 260), que considera que a moderação no emprego dos “meios necessários” depende do objetivo com que são aplicados. Dessa forma, é diferente se a pessoa atira para assustar, para ferir, ou para matar. Isto é, entre os meios disponíveis, fez uso do menos gravoso, e com a intenção menos lesiva, dentre aquelas aptas a repelir a agressão injusta, estar-se ia diante de um caso de defesa moderada, ou seja, legal.

De acordo com Capez (2004, p. 267), no tocante ao ato perpetrado pelo indivíduo que se encontra em legítima defesa, pode ser cometido em defesa própria, quando o bem jurídico ameaçado ou agredido é particular, ou quando o bem jurídico é de outra pessoa, a chamada “legítima defesa de terceiro”.

2.3. Legítima defesa da posse

O direito à propriedade é assegurado pela Constituição/1988, art. 5º, XXII-XXVI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e pelo Livro III, Título III, do Código Civil Brasileiro, do art. 1.228 e seguintes.

A propriedade na antiguidade grega e romana era um bem sagrado que aguardava intrínseca relação entre religião doméstica e a família, com o culto aos antepassados e deuses

Lares, pois o lar da família era o lugar de culto, tinha estreita ligação com a propriedade da terra onde se fixava e onde os deuses moravam (PINTO, 2014).

Toda a coletividade era dona do solo por causa dos povos primitivos que se mantinham através da caça, frutos silvestres e da pesca, sendo assim, não se tinha ideia de apropriação do solo como bem imóvel.

De acordo com Venosa (2012, p. 60), inexistiu uma data precisa de quando a propriedade territorial começou a ser estabelecida na sociedade romana primitiva, mas nesse primeiro período, a pessoa recebia um pedaço de terras a ser cultivado, mas finalizada a colheita, a terra seria do grupo, novamente.

Dessa forma, perpetuava-se o direito de sempre dar o mesmo pedaço de terra aos mesmos indivíduos anos seguidos, e, por isso, o chefe de famílias alojava-se para estrutura sua moradia, onde permanecia com a sua família e escravos. Isso ocorreu durante a constituição da *gens* romana. Em se tratando da legítima defesa da posse, o direito romano já sabia que iria existir o uso excessivo do direito de propriedade, bem como sua reprimenda.

Sobre o emprego exagerado, as Ordenações do Reino já traziam regramento do referido instituto, conforme direito romano, firmando o critério judicial.

Se alguém for forçado da posse de algo, e quiser por força recobrá-lo, poderá fazê-lo. E quanto tempo se entenderá este logo ficará em arbítrio do julgador, que sempre considerará a qualidade da coisa, e o lugar onde está, e das pessoas do forçador e forçado (Liv. 4, tít. 58, § 2º).

Preceitua o art. 1.210, § 1º, CC/2003 “que o possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se, ou restituir-se por sua própria força contando que o faça logo”. Assim, trata o dispositivo como recurso eficaz a defesa direta como meio hábil à proteção possessória.

Se for verificado, historicamente, percebe-se que essa lembrança nos leva à época da vingança privada. Já o âmbito civil, permite que o possuidor turbado, ou esbulhado, faça justiça com as próprias mãos, sem precisar recorrer ao poder judiciário, sendo, então, nessa condição, afastada a ilegalidade (pena) do crime de exercício arbitrário das próprias razões.

Há que se ressaltar que a legítima defesa de posse deve ser empregada imediatamente, tão logo ocorra a invasão e/ou turbação da posse, pois se for praticada depois, perde as características, sendo, dessa maneira, o agente, que na realidade é o dono ou quem tenha a posse da propriedade, responsabilizado pelo delito prescrito no art. 345 do CP, além de outros ocorrerem do ato.

No contexto do direito possessório, há duas espécies de defesa direta: a legítima defesa e o desforço imediato. A primeira se refere à reação imediata e moderada à turbação

(molestação) da posse, ao passo que o segundo trata da reação imediata e moderada ao esbulho (perda da propriedade) possessório.

É de extrema relevância considerar a moderação dos recursos aplicados para a legítima defesa ou desforço imediato, isto é, esses meios devem ser proporcionais e razoáveis, não devendo ir além do que é preciso para manter ou restituir a posse.

De acordo com a doutrina e jurisprudência, aceita-se até o emprego de armas de fogo, desde que necessário para manter ou restituir a posse. Neste sentido, é preciso ressaltar que, para usar armas de fogo, a pessoa deve ser autorizada para tanto, pois, caso contrário, ira responder pelo porte ilegal de armas.

Na legítima defesa, a violência é usada para impedir a perda da posse, enquanto no desforço imediato, para recuperar a posse esbulhada.

Nos dois tipos de autodefesa, a reação deve ser imediata, ou tão logo seja possível tomar uma providência. Este é o real sentido da frase “contanto que o faça logo”, contida no art. 1.210, § 1º. O legislador concedeu ao possuidor esbulhado ou turbado maior espaço de tempo para reagir.

Essas hipóteses relacionadas acima, de legítima defesa e desforço imediato, além de estar a legítima prevista no art. 25 do Código Penal, estão os dois tipos previstos no art. 188, I, do Código Civil, “não constituem atos ilícitos: I- os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”.

Sobre a autodefesa, Venosa (2012) argumenta que ela demarca ação própria da pessoa no conflito de interesses e não a ação pública, regrada pela ordem jurídica. Contudo, ambas são ações legais para o mesmo objetivo. A retomada da coisa com as próprias mãos consegue o mesmo resultado que teria a sentença de reintegração. Essa condição se equipara no direito comparado, que consente a autodefesa da posse sem grandes disparidades sentenciosas.

Deve-se levar em conta que, se houver uso excessivo da legítima defesa ou desforço imediato, além da pessoa responder pelo delito previsto no art. 345 CP, também responde pelo art. 187 CC. Dessa forma, tanto faz se, ao lançar da legítima defesa ou desforço imediato, seja proprietário direto ou indireto, que a posse seja justa ou injusta, obtida de boa ou má-fé. Além do mais, o agressor também pode recorrer ao apoio dos demais para defender-se ou reintegrar a posse.

Nesse sentido, Venosa (2012) menciona que, se vários indivíduos se apoderarem de um imóvel, claro que o proprietário não poderá fazer uso do desforço sozinho. Se os invasores portarem armas e utensílios de ofensas, é certo que a vítima não poderá recuperar a posse de

mãos limpas. O que interessa é o requisito da imediatidade e da moderação que o caso exige. Nem sempre, assim como na defesa penal, a moderação pode ser posta em exame.

Além dos instrumentos jurídicos lícitamente previstos nos artigos 926 a 933 do Código de Processo Civil, é absolutamente eficaz, inclusive, prevista no ordenamento jurídico a legítima defesa e desforço imediato para defesa da propriedade.

2.4 Legítima defesa x estado de necessidade

A legítima defesa ocorre diante de uma situação de necessidade, fazendo com que ela se relacione a um outro motivo de justificação, que é o estado de necessidade. Todavia, as duas apresentam diferença, pois no estado de necessidade é empregado um meio lesivo para impedir um mal de maior dimensão, na legítima defesa é preciso o emprego de um meio lesivo para atalhar uma agressão ilícita (GRECO, 2015).

No estado de necessidade, é preciso fazer uma ponderação, assim como é preciso que seja observada a extensão do mal que será provocado para se evitar outro, dessa forma, o mal que será causado deve ser aquém do que aquele que se almeja evitar. Já na legítima defesa, não há isso, já que ela não depende do princípio da ponderação, sendo aceitável a lesão de bens cujo valor ultrapasse o defendido, se for necessário para que se defenda o bem jurídico que se encontra em risco. No entanto, nela devem ser observados limites, para agir em defesa do bem que está sendo atacado, devendo haver proporção ao mal que se quer impedir, quem se defende, com o mal que se quer causar, quem agride, porque se a defesa não for proporcional não será mais considerada legítima (MARINHO e FREITAS, 2009).

Os meios utilizados para defender um bem jurídico devem ser moderados, podendo ser necessários, porém se não forem moderados não poderão ser empregados. Como exemplo pode ser citado o caso de se atirar em uma pessoa que entra em um mercado para furtar uma margarina. Mesmo se não existisse uma maneira de impedir a lesão patrimonial, essa desproporção não é permitida. O que não quer dizer que a atitude daquela pessoa seja lícita, pelo motivo da margarina ter um valor irrisório, mas porque o direito é fundamentado na ética, não podendo aceitar tamanha brutalidade (MARINHO e FREITAS, 2009).

3 REQUISITOS DA LEGÍTIMA DEFESA

Os requisitos da legítima defesa encontram-se inseridos no art. 25 do Código Penal Brasileiro, e são classificados da seguinte forma: agressão injusta, atual ou iminente; repulsa com os meios necessários e uso moderado de tais meios; Agressão seja dirigida a um bem jurídico protegido, que o agente tenha a intenção de defender o bem jurídico e conheça a injusta agressão. A seguir, será feita uma abordagem sobre cada um deles:

3.1 Agressão injusta, atual ou iminente

Antes de falar sobre esse requisito da legítima defesa, é preciso, antes, explicar o significado da palavra agressão. Conforme o CD Aurélio (2015), agressão significa ação ou efeito de agredir; bordoadada, pancada; investida, ataque; provocação, hostilidade; ofensa, acometimento, ataque. Psicologicamente falando, agressão, segundo o mesmo dicionário, é uma conduta caracterizada por intuito destrutivo, orientado por outras pessoas.

Acredita-se que a causa implícita no comportamento agressivo não é fácil de ser identificada. As atitudes agressivas se dão em resposta parcial por causa de sexo, fome e dominação, no entanto, haverá também uma causa independente para a agressão?

Na teoria freudiana, a agressão salienta como um motivo instintivo estando associada ao instinto de morte. Miller e Dollard (*apud* EDWARDS, 1995), fizeram relação da agressão ao estado de frustração, afirmando que a agressão se aprende em resposta a determinados sinais ou pistas em que a emoção da cólera surge, naturalmente. São conhecidos os tipos de situações que causam comportamentos agressivos (frustrações, irritações constantes, etc.) mais a identificação de um motivo separado de agressão não tem comprovação que seja útil.

Jesus (2003, p. 384), define agressão injusta, como sendo

a conduta humana que ataca ou coloca em perigo um bem jurídico. [...] O ataque de animais ao homem não enseja legítima defesa e sim estado de necessidade. Se o sujeito açula um cão bravio contra a vítima, caracteriza-se a legítima defesa. [...] O cão foi utilizado como instrumento de agressão contra a vítima.

Para o instituto da legítima defesa, é preciso que haja agressão, mas essa não é obrigada a existir.

A respeito da agressão injusta, atual e iminente, Noronha (2004, p. 196) expõe seu ponto de vista:

Agressão é o ato que lesa ou ameaça um direito. Implica, em regra, ideia de violência. Nem sempre, porém. Nos delitos omissivos não há violência, e mesmo em certos crimes comissivos, como o furto com destreza (a *punga*, gíria criminal), pode inexistir violência. Deve ela ser atual ou iminente. A legítima defesa não se funda no temor de ser agredido nem no revide de quem o foi. Há de ser presente a agressão, isto é, estar se realizando ou prestes a se desencadear. Não existe contra agressão futura nem contra a que já cessou. É perfeitamente compreensível a legítima defesa nos delitos *permanentes*, ou seja, naqueles em que a agressão ou consumação se potrai no tempo e no espaço, dependente da pessoa do agente, como no sequestro e no cárcere privado, em que a vítima legitimamente se pode defender em qualquer momento da consumação.

Percebe-se, portanto, que a agressão não é um fator determinante da legítima defesa.

A agressão deve ser injusta contra o direito próprio ou de terceiros. O indivíduo que comete homicídio em legítima defesa pratica um crime previsto no art. 121 do Código Penal, mesmo a conduta sendo típica o agressor não comete crime. "Seu gesto não é ilícito; conta a seu favor com uma causa que exclui a antijuridicidade do fato. Por isso é que se diz ser tipicidade elemento indiciário desta" (NORONHA, 2004, p. 197). Agressão atual se refere àquela que está sendo praticada. Como exemplo, pode-se citar: X é muito mais forte que Y e o agride se valendo de uma barra de ferro, o que é um ato covarde, já que Y é mais fraco e não tem nada em mãos para se defender. No entanto, se Y jogar uma pedra em X e acertar-lhe a frente, levando-o à morte, Y agiu em legítima defesa atual.

Não é aceitável a legítima defesa contra uma agressão passada ou futura, ou perante ameaça que não esteja acompanhada de perigo concreto e imediato. Sobre isso, Teixeira (1996, p. 67) argumenta que "não é a vingança ou o medo que explicam e legitimam a reação, mas a necessidade de defesa urgente e efetiva do bem ameaçado, e que só a agressão atual justifica".

A legítima defesa iminente é a que está quase acontecendo e não tem como ser evitada. "Cabe, no entanto, a *legítima defesa* contra a agressão iminente, que é perigo concreto de agressão, pois ninguém está obrigado, para defender-se, a esperar até que seja atingido por um golpe para, só aí defender-se [...]" (TEIXEIRA, 1996, p. 67).

O posicionamento do doutrinador está completamente certo, pois qualquer indivíduo diante de um perigo iminente, vai defender sua própria vida. Se o agressor está armado e parte pra cima de uma pessoa pra agredi-la, esta então pega uma tesoura que se encontra em sua bolsa e atira contra o seu agressor, acertando-lhe a veia aorta, vindo a falecer em seguida. Essa pessoa agiu em legítima defesa.

3.2 Repulsa com os meios necessários e uso moderado de tais meios

Meio necessário é aquilo que o indivíduo dispõe no momento para acabar com o perigo. Dentre o elevado número de possibilidades de defesa, é de se optar pela que leve ao menor dano. Trata-se de um problema difícil de ser definido, em razão de a vítima estar à beira de um ataque contra a sua vida e, de acordo com as circunstâncias, será impossível escolher a forma apropriada para se defender. É preciso levar em conta que, no momento em que a agressão ocorre, a vítima se encontra aterrorizada, pensando apenas em salvar a sua vida.

Em determinadas ocorrências, é possível fazer uso dos meios necessários, contanto que a vítima não esteja sendo agredida. Trata-se, portanto de um requisito cheio de controvérsias, precisando, por isso, recorrer-se a Jesus (2003, p. 388) quando afirma

que a medida da repulsa deve ser encontrada pela natureza da agressão em face do valor do bem atacado ou ameaçado, circunstâncias em que se comporta o agente e meios à sua disposição para repelir o ataque. O meio escolhido deixará de ser necessário quando se encontrarem à sua disposição outros meios menos lesivos. O sujeito repele a agressão deve optar pelo meio produtor do menor dano.

Para fazer a avaliação da escolha ideal do meio, cabe ao Meritíssimo Juiz se atentar para a violência da agressão, a importância do bem jurídico em perigo, a postura do agressor, o estado psicológico da vítima e outras circunstâncias a serem consideradas no caso concreto.

Uma arma de fogo pode ser o meio necessário para impedir uma agressão praticada com os próprios punhos. Uma pessoa de pequena estatura, que está de posse de um revólver, agredido a socos por um lutador de artes marciais, precisa usar essa arma como o meio necessário para se defender, ainda que junto dele haja outra forma de se defender, como um pedaço de pau.

Tais instrumentos, nas mãos do frágil cidadão, podem, a toda evidência, ser aquém do necessário para impedir a agressão do exímio lutador. Se o sujeito tem a seu dispor vários instrumentos, ou pode utilizar-se de vários meios contra a agressão, deve, é evidente, escolher aquele que, com eficiência, resulte no menor dano ao agressor (TELES, 2006, p. 242).

Para o Código Penal, há a possibilidade de fuga ou de conseguir o amparo da autoridade pública, sem tirar as características do instituto da legítima defesa.

3.3 Agressão seja dirigida a um bem jurídico protegido, que o agente tenha a intenção de defender o bem jurídico e conheça a injusta agressão

➤ Agressão a um bem juridicamente protegido

Para melhor entendimento do assunto proposto, esta seção foi embasada nos estudos de Rocha (2004), para quem, a legítima defesa justifica conduta protetiva de um direito próprio ou alheio. Neste sentido, a distinção que se apresenta nas questões práticas do fórum entre “legítima defesa própria” e “legítima defesa de terceiro”.

Da mesma forma que a justificante do estado de necessidade, a legítima defesa permite defender todo e qualquer bem juridicamente protegido, de natureza individual ou coletiva, por qualquer dos ramos do Direito. São, portanto, exemplo de direitos passíveis de defesa lícita a vida, a integridade física, o patrimônio, a honra, os costumes sexuais, a saúde pública, o meio ambiente, a segurança dos meios de transporte, etc. Não é necessário que o bem jurídico, o objeto de defesa, seja expressamente identificado pela ordem jurídica, podendo-se justificar até mesmo bens ou interesses que recebam um reconhecimento indireto, como é exemplo o direito individual de não ser observado no interior de sua própria casa (ROCHA, 2004, p. 295).

Não há possibilidade de defesa legítima quando o bem protegido não receber a tutela jurídica. Não se pode, por exemplo, reconhecer justificada a conduta lesiva praticada por traficante contra outro que lhe pretendia subtrair a droga que comercializa (ROCHA, 2004, p. 295).

➤ Reação com meios necessários

O direito à legítima defesa encontra seu limite na proibição geral do abuso do direito, que se torna evidente quando suas consequências apresentem-se em manifesta desproporção em relação ao dano possivelmente causado ao bem jurídico protegido. Todo titular de bem jurídico tem o direito de defendê-lo de ataques injustos, mas não pode, a pretexto da defesa, produzir danos desnecessários em bens jurídicos alheios. Com certeza, o direito de defesa acaba quando não há necessidade de exercê-lo e quando seu exercício importa maior gravame do que aquele proporcionado pela agressão injusta. Quando a defesa for desnecessária e desproporcional, deverá ser considerada abusiva e não se apresenta tolerada pelo ordenamento jurídico (ROCHA, 2004, p. 296).

Segundo Wessels (2005, *apud* ROCHA, 2004, p. 296), “necessária” é aquela ação de defesa que permite esperar um término imediato da agressão e garante, do melhor modo possível, a eliminação definitiva do ataque ao bem jurídico.

Implícita à ideia de necessidade, encontra-se o princípio geral da inevitabilidade do comportamento lesivo que oferece defesa ao bem jurídico. Sé é necessária a lesão que não se possa evitar para promover a defesa do bem jurídico agredido. Quando a agressão puder ser repelida com um meio menos gravoso, a utilização de meio mais ofensivo é desnecessária para a promoção da defesa. Neste aspecto, cabe considerar que o agente que dispõe de muitas possibilidades de defesa, igualmente eficientes, deve escolher aquela que produza menor dano (ROCHA, 2004, p. 296).

No entanto, a consideração da necessidade deve levar em conta a gravidade do ataque ao bem jurídico e a disponibilidade dos meios de defesa. O “meio necessário” é aquele capaz de enfrentar a agressão e de que o agente dispõe no momento da defesa (ROCHA, 2004, p. 296).

A valoração sobre a necessidade do meio defensivo, diante das peculiaridades dos casos concretos, não é tarefa fácil. Deve-se avaliar as reais possibilidades de defesa e a maneira como tais possibilidades foram manejadas por aquele que se defende. A “necessidade” dos meios pode ser entendida em sua combinação com a “moderação” com que o defendente utilizou-os. Um meio de defesa que, a princípio, é qualitativamente desnecessário pode, quando utilizado de maneira adequada, ser considerado necessário ao caso concreto. Sobre a questão, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, em voto proferido pelo Min. Oscar Corrêa, que transcreve lições do então Subprocurador Geral da República, Francisco de Assis Toledo, da seguinte maneira:

[...] o modo de repelir a agressão também pode influir decisivamente na caracterização da necessidade dos meios de defesa. Assim, o emprego de arma, não para matar, mas para ferir ou para amedrontar, pode ser considerado, em certas circunstâncias, o meio disponível menos lesivo, eficaz e, portanto, necessário [...] Nessas circunstâncias, um meio inicialmente reputado desnecessário pode, pelo modo de seu emprego, transformar-se em meio necessário, porque moderado, e, portanto apto à exclusão da ilicitude da defesa que se tem por indispensável (STF REcrim. N. 104.292 – PR, 1ª turma, Relator Min. Oscar Corrêa. Julgado em 06/08/1985. Publicação no DJ em 23/08/1985, p. 13.780).

Se aquele que se defende lança mão de meios superiores aos necessários para a defesa, os danos que vier a produzir aos direitos do agressor são considerados abusivos, caracterizando-se o que a doutrina denomina de “excesso de legítima defesa”.

➤ Uso moderado dos meios

O tipo permissivo da legítima defesa contém como elemento normativo a “moderação” que se exige quando do uso dos meios necessários. A reação defensiva deve ser objetivamente proporcional à agressão injusta. Quando o uso dos meios necessários apresentar-se imoderado, o defendente transmuda-se em ofensor. Ultrapassados os limites de justificação, a conduta é considerada ilícita, o que também caracteriza “excesso de legítima defesa” (ROCHA, 2004, p. 297).

Para Hungria (2006 *apud* ROCHA, 2004, p. 297), a moderação no emprego dos meios de defesa significa

a razoável proporção, apreciada *in concreto*, de modo relativo, entre o *modus* da reação e a gravidade do perigo resultante da agressão. Devem ter-se em conta, primordialmente, os meios de reação que o agredido tinha à sua disposição ou escolha e o meio de que lançou mão.

Na mesma linha de raciocínio, Francisco de Assis Toledo esclarece que a “moderação” diz respeito à intensidade dada pelo agente no emprego dos meios de defesa, exigindo do defendente que não permita que sua reação cresça em intensidade além do que seja razoavelmente exigido pelas circunstâncias para fazer cessar a agressão. A moderação, portanto, deve ser avaliada de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Não se podendo estabelecer, *a priori*, que um certo número de golpes ou de disparos deve ser considerado excessivo. Tudo dependerá do caso concreto (ROCHA, 2004, p. 298).

Sobre o tema, Rogério Greco (*apud* ROCHA, 2009, p. 298) oferece valiosa contribuição:

Não o número de golpes ou disparos, por exemplo, que caracteriza a imoderação, levando o agente a atuar em excesso. Pode acontecer que, para fazer cessar a agressão que estava sendo praticada contra sua pessoa, o agente tenha de efetuar, *v.g.*, mais de cinco disparos sem que isso possa conceituar-se como uso imoderado de um meio necessário [...] Assim, para que possamos verificar se o uso do meio necessário foi moderado ou não, é preciso que tenhamos um marco, qual seja, o momento em que o agente consegue fazer cessar a agressão que contra ele era praticada. Tudo o que fizer após esse marco será considerado excesso.

Note-se que, se a consideração sobre a “moderação” do uso dos meios pode auxiliar a interpretação da “necessidade” dos mesmos, o contrário também é verdadeiro. Um meio de defesa com menor potencial lesivo exige maior esforço para fazer cessar a agressão do que outro meio com maior potencial. Uma arma de fogo calibre 22, por exemplo, não produz o mesmo impacto que uma arma calibre 38. Disso resulta que a quantidade de disparos necessários a fazer cessar uma agressão dependerá da potencialidade ofensiva da arma

utilizada. Assim, a constatação de que o defendente realizou número maior de disparos pode não caracterizar imoderação se, considerando as limitações da arma utilizada, todos os disparos eram necessários para fazer cessar a agressão (ROCHA, 2004, p. 298).

➤ Intenção de defesa

A satisfação dos requisitos objetivos do tipo permissivo não basta para justificar uma conduta lesiva por legítima defesa. Muito embora o art. 25 não seja explícito neste sentido, além da satisfação dos requisitos objetivos também é necessário que o agente oriente-se por finalidade compatível com a descrição típica da justificação. Após o sistema finalista de Welzel (*apud* ROCHA, 2004, p. 299), passou-se a entender que a ação de defesa deve ser executada com o propósito de defender-se da agressão. Isso significa dizer que aquele que se defende tem que conhecer a agressão e ter vontade de defender o bem jurídico da mesma.

O desvalor da conduta lesiva somente estará excluído quando a reação defensiva for objetivamente necessária e subjetivamente conduzida pela vontade de defender-se. Portanto, não encontraria justificação a conduta que objetivamente se enquadrasse na previsão legal da legítima defesa, mas fosse conduzida por uma vontade de lesionar um bem jurídico (ROCHA, 2004, p. 299).

4 ALGUMAS ESPÉCIES DE LEGÍTIMA DEFESA

A doutrina e a jurisprudência subdividiram o gênero legítima defesa em várias espécies. Tal subdivisão faz com que haja mais facilidade em adequar a legítima defesa ao caso concreto, pois, onde cabe a legítima defesa putativa não cabe, por exemplo, a legítima defesa da honra, porém ambos os casos já foram ou ainda são vistos como causas para excluir a ilicitude de um crime.

Nos itens a seguir, serão estudadas as diversas espécies de legítima defesa, onde elas são empregadas e quando são convenientes. Sobre a legítima defesa em si, há diversas teorias que a explicam.

4.1 Legítima defesa putativa

Legítima defesa putativa é também designada como legítima defesa ficta. A situação de perigo só existe na imaginação da pessoa que entende afastar lícitamente um injusto. Representa discriminante putativa, ou seja, o agente “supõe a ocorrência de uma excludente de criminalidade que, se existisse, tornaria sua ação legítima”. Em decorrência, a ação do que se supõe agredido é coberta de antijuridicidade, o oposto de quem age em legítima defesa real. “O fato praticado sob a suposição errônea de uma causa de justificação continua, pois, sendo um fato doloso” (BITENCOURT, 2009, p. 400).

A legítima defesa putativa se perfaz na conduta de um agente em situação fática, quando imagina, crê, prevê equivocadamente uma realidade contrária daquela que irá ocorrer. Neste sentido, se antecipa para proteger de injusta agressão ou iminente perigo um bem jurídico.

Sobre o instituto da legítima defesa putativa, Hungria (1936, p. 120) argumenta que “dá-se a legítima defesa putativa quando alguém erroneamente se julga em face de uma agressão actual e injusta, e, portanto, legalmente autorizada a reacção, que empreende”.

Ao passo que Mirabete (2002, p. 115) se posiciona da seguinte forma:

Supondo o agente, por erro, que está sendo agredido, e repelindo a suposta agressão, configura-se a legítima defesa putativa, considerada na lei como caso *sui generis* de erro de tipo, o denominado erro de tipo permissivo (art. 20, § 1º, CP). Para que se configure a legítima defesa putativa, entretanto, é necessário que, excluído o erro, sejam respeitados os requisitos da legítima defesa.

Em se tratando do debate da legítima defesa putativa, Hungria (1978, p. 206) e Fragoso (2004, p. 105) sustentam suas teorias. Para o primeiro, a legítima defesa putativa tem proteção na ausência do dolo, enquanto para o segundo, a responsabilidade penal da legítima defesa putativa deve ser afastada em função do erro de proibição.

Já Prado (2006, p. 89) e Jesus (2003, p. 102) defendem o acontecimento da legítima defesa putativa, tanto por erro de tipo, como por erro de proibição.

A título de exemplo dessa espécie de legítima defesa, pode ser mencionado o seguinte pressuposto: uma pessoa acorda de madrugada com um barulho e, assustada, atira contra o vulto que passou à sua frente, com a intenção de proteger-se; ao acender a luz percebe que estava enganada, pois o vulto não era um ladrão e, sim, alguém da família.

Neste contexto, seguem-se exemplificadas as jurisprudências abaixo:

0000290-12.1997.8.19.0003 - Apelação - 1ª Ementa Des. Maria Angélica Guedes - Julgamento: 09/03/2010 - Terceira Câmara Criminal

Apelação criminal. Delito de homicídio qualificado na modalidade tentada. acusado que restou absolvido pelo conselho de sentença que, por unanimidade, entendeu trata-se de hipótese de **legítima defesa putativa**. Irresignação do Ministério Público que pugna pela submissão do acusado a novo julgamento. impossibilidade. Respeito à soberania do veredicto popular inserta no art. 5º, XXXVIII, da Constituição da República. Conselho de sentença que açambarcou a tese defensiva, não havendo, pois, que se falar que tal deciso é manifestamente contrário à prova trazida aos autos. *In casu*, os jurados apenas escolheram uma dentre as teses que lhes foram apresentadas. recurso a que se nega provimento.

0000290-12.1997.8.19.0003 - Apelação - 1ª Ementa Des. Maria Angélica Guedes - Julgamento: 09/03/2010 – Terceira Câmara Criminal

Apelação criminal. Delito de homicídio qualificado na modalidade tentada. acusado que restou absolvido pelo conselho de sentença que, por unanimidade, entendeu trata-se de hipótese de **legítima defesa putativa**. Irresignação do Ministério Público que pugna pela submissão do acusado a novo julgamento. impossibilidade. Respeito à soberania do veredicto popular inserta no art. 5º, XXXVIII, da Constituição da República. Conselho de Sentença que açambarcou a tese defensiva, não havendo, pois, que se falar que tal deciso é manifestamente contrário à prova trazida aos autos. *In casu*, os jurados apenas escolheram uma dentre as teses que lhes foram apresentadas. recurso a que se nega provimento.

Ressalta-se que, em casos de legítima defesa putativa, é preciso de um bom embasamento na defesa de quem a apresenta, para que se evidencie que existia o *animus defendi*², mesmo que a ação agressora tenha sido putativa.

² O *animus defendi* é a consciência que uma pessoa tem de que está perante uma agressão e a vontade que a tem de repelir, ou a vontade que tem de se defender dessa mesma agressão.

4.2 Ofendículos

O aumento da violência leva a população a utilizar cada vez mais de recursos próprios para proteger a si e aos seus bens, providenciam em suas casas obstáculos, tropeços e armadilhas, como: arames farpados, cacos de vidro, corrente elétrica, cães, plantas espinhosas, entre outros, para impedir ou interromper ações de agentes criminosos.

A esses dispositivos Mirabete (2002, p. 190) dão o nome de:

[...] aparelhos para a defesa da propriedade (arame farpado, cacos de vidro em muros, etc.) visíveis e a que estão equiparados os meios mecânicos ocultos (eletrificantes de fios, de maçanetas de portas, a instalação de armas prontas para disparar a entrada de intrusos, etc.).

Sobre a natureza jurídica dos ofendículos, os doutrinadores divergem bastante, pois, de um lado, há os que acham uma situação de legítima defesa, enquanto para outros, o uso dos ofendículos é exercício de direito. Acerca dos dois conceitos, Jesus (2003, p. 398) assim observa:

[...] a predisposição do aparelho de acordo com a doutrina tradicional, constitui exercício regular de direito. Mas, quando funciona em face de um ataque o problema é de legítima defesa preordenada, desde que a ação do mecanismo não tenha início até que tenha um lugar o ataque e que a gravidade de seus efeitos não ultrapasse os limites de excludente da ilicitude.

O problema mais melindroso é o exame da proporção entre defesa e ofensa. Essa proporção é bastante difícil de ser determinada, tendo-se em conta o bem posto em perigo, haja vista se desconhecer como o agressor se comportará.

Siqueira (2003, p. 119) alerta

acerca da impossibilidade de haver excesso, já que não se pode medir o nível de agressividade. [...] nesses casos, é preferível não mencionar excesso de defesa, pois, ao se tratar de delituoso ignorado, não se pode definir o grau de agressividade e, por consequência, é impossível saber a proporção da resistência à agressão.

Manzini (1948) considera que a falta de possibilidade de haver excesso provém da inexistência de requisito de necessidade e atualidade do perigo de uma defesa injusta no instante em que o mecanismo é preparado. Logo, não existindo legítima defesa, não se pode falar de excesso.

Entretanto, há que se admitir a possibilidade de acontecer a legítima defesa, mas, em contrapartida, não se aceita também que qualquer ato realizado seja permitido por estar protegido por esta excludente. É necessário constatar a responsabilidade penal do agente, até porque tem que se admitir que ele, a princípio, não se encontrasse em legítima defesa. Assim,

o exame para comprovar se existiu ou não excesso precisa ser efetuado caso a caso. Incurrendo o reconhecimento do excesso, sua conduta será regulada pelas regras gerais do instituto.

Jesus (2003) explica que, se o dono de uma casa eletrificar a maçaneta da porta da rua, irá responder pelo resultado produzido em quem a tocar a título de culpas ou dolo. Mas, em caso de eletrificar a maçaneta de uma porta interna contra ataque de bandido, encontra-se em legítima defesa.

Em face de existir uma evidente desproporção entre o bem ameaçado e o lesado é bem normal ocorrer excesso na defesa preordenada especialmente o conhecido como excesso na causa, onde, sobretudo, a opção dos recursos para fazer a proteção da propriedade não é a mais apropriada, assim como seu uso é completamente desproporcional.

Como exemplo pode ser mencionada a proporção dos cacos de vidro que são usados na maior parte das vezes de maneira perceptiva capazes de causar lesões leves com a desproporção dos instrumentos empregados, sobretudo, em determinados lugares quase imperceptíveis e que são capazes de levar até o óbito. Sobre isso, Bruno (1984, *apud* GRECO, 2009, p. 409), argumenta que

[...] A zona de ilícito termina necessariamente onde começa o abuso. É preciso que o valor do bem jurídico justifique o dano possível a ser sofrido pelo agressor, e que os meios de proteção sejam dispostos de modo que só este possa vir a sofrer o dano, como replica do Direito ao seu ato injusto e não possam constituir perigo para qualquer outro, inocente.

O debate sobre o aspecto jurídico dos ofendículos é de mera característica precedente, pois eles são aceitos pelo ordenamento jurídico brasileiro, devendo o agente tomar determinados cuidados no emprego desses dispositivos, podendo ser responsabilizados pelas consequências provenientes.

4.3 Legítima Defesa Sucessiva

A legítima defesa sucessiva ocorre quando o atacante realiza uma atitude ilegal diante da vítima, e essa reage exercendo atos que transponham os limites da legítima defesa, ação esta que acaba dando prejuízo ao primeiro agressor e, com isso, acaba realizando um ato para amenizar os resultados daquela ação. Quando A assalta B, esta atitude acaba sendo legítima, porém ilícita, mas a partir do momento que B utiliza de sua legítima defesa, mas com atitudes excessivas, acaba se modificando em uma ofensiva injusta para com A. A partir do instante que A viu-se em desvantagem com aquele ataque, acaba fazendo outra atitude para se

defender das agressões de B, e efetua outra ação, prejudicando o sujeito A. Traduzindo, a legítima defesa sucessiva se refere à defesa que parte do atacante rumo à vítima, tornando esta última a prejudicada neste conflito.

4.4 Legítima defesa recíproca

O excesso é a conduta que transcendeu o limite do permitido e necessário, desta forma inverte a posição passando o agressor a ser o agredido no consentimento de que o excesso foi efetuado na inexistência da agressão injusta.

Na doutrina, dá a essa ocorrência o nome de legítima defesa sucessiva, pois uma defesa é decorrente da outra no instante em que esta deixa de ser legítima. Na visão de Jesus (2003), tal instituto é a repulsa contra o excesso. Como exemplo, o autor cita que A, defendendo-se de agressão injusta praticada por B, comete excesso. Então, de defendente passa a agressor injusto, permitindo a defesa legítima.

Entretanto, de acordo com Nucci (2009, p. 98), a possibilidade de legítima defesa contra legítima defesa, ou contra outra excludente de ilicitude é impossível, pois a agressão não pode ser injusta, concomitantemente para duas partes adversas e oponentes. Carrara (*apud* GUERRERO, 1997, p. 115) assegura que não se pode falar de defesa sucessiva porque, nesses casos, há que se ter a injustiça.

No entanto, Nucci (2009, p. 101) concorda com a possibilidade de haver legítima defesa real contra legítima defesa putativa ou contra outra excludente putativa. Isso em função da legítima defesa real ser reação contra agressão efetivamente injusta e a chamada legítima defesa putativa é uma atitude a uma suposta investida. No primeiro caso, conforme o autor, inexistente a antijuridicidade e, ao passo que, no segundo, afasta-se a culpabilidade.

O autor ainda ressalta a eventualidade de absolvição de ambos os rivais, caso uma pessoa tenha agido em legítima defesa, por não se comprovar, durante o colhimento da prova, de quem partiu a primeira agressão, vista como injusta. A absolvição, nesse caso, seria baseada na escassez de provas, e não no reconhecimento da legítima defesa recíproca.

Ainda em se tratando deste assunto, seguem as decisões:

0005901-89.2007.8.19.0036 (2008.050.07420) - Apelação - 1ª Ementa Des. Sidney Rosa da Silva - Julgamento: 17/03/2009 – Sétima Câmara Criminal

Apelação Criminal. Crime de lesão corporal qualificada pelo abortamento. Lesões **recíprocas**. A prova dos autos não é capaz de delinear quem começou as agressões para que se possa aferir a tese da **legítima defesa**. Fragilidade da prova que se constata. Recurso a que se nega provimento.

0024303-11.2002.8.19.0000 (2002.068.00002) - Ação Penal - 1ª Ementa Des. Paulo Ventura - Julgamento: 13/12/2004 – Órgão Especial

Lesão corporal

Prova insuficiente

Absolvição

Lesão corporal. Artigo 129, "caput", do Código Penal. Alegação de agressões **recíprocas**. Insinuação de **legítima defesa**. Excludente não configurada à luz da Lei Penal. Versão do réu, todavia, racional e verossímil, não desfeita pela acusação. Insuficiência de prova a impedir que se edite juízo de reprovação. Inteligência do artigo 386, VI, do Código de Processo Penal. Absolvição. Se a prova colhida é conflitante, não pode o réu ser absolvido pela escusa da **legítima defesa**, que, para ser admitida, como *secundum jus*, deve apresentar-se com todos os pressupostos jurídicos de sua configuração. Na dúvida impõe-se a absolvição, por falta de provas, a teor do artigo 386, VI, do Código de Processo Penal. Na hipótese de estarem provados o fato e a autoria e não ter sido demonstrada a ocorrência da **legítima defesa** insinuada pelo réu, cuja versão, entretanto, é racional e verossímil, aliás, não desfeita pela prova acusatória, é inarredável, como forma de justiça, absolvê-lo com fundamento na insuficiência de prova para a acusação (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro).

Pelas decisões supramencionadas, percebe-se que não tem como sustentar a tese de legítima defesa recíproca. Para os tribunais, no máximo, pode tratar-se de lesões recíprocas.

4.5 Legítima defesa da honra

A legítima defesa da honra não é levada em consideração apenas na doutrina, havendo alguns julgados relevantes acerca do assunto nos tribunais superiores. O Tribunal de Justiça de Alagoas (Ap. nº 301412000, Relator Paulo Zacarias da Silva, 2000) traz a seguinte decisão sobre o tema:

Penal e Processual Penal Júri – Decisão Contrária à Prova dos Autos – Vítima desarmada. Legítima defesa da honra não configurada. Ausência nos autos de prova límpida e indubitosa desta justificativa. Quem, a pretexto de defender a honra da mulher, arma-se com um revólver calibre 38, e, de surpresa, atira na vítima, atingindo-a na cabeça, não pratica o fato amparado pela excludente de ilicitude da legítima defesa da honra. Cassa-se a decisão do Júri, submetendo o réu a novo julgamento pelo Conselho de Sentença, quando constatado, pelas provas carreadas para os autos, que o réu não agiu dentro do arcabouço da legítima defesa da honra. Recurso provido. Decisão unânime.

Neste diapasão, há o julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (Ap. nº 1.0000.00.278122-7, Relator Kelsen Carneiro, 2002):

Júri – Decisão contrária à prova dos autos - Ocorrência parcial - Réu absolvido de dupla tentativa de homicídio - Acolhimento pelos jurados das teses, respectivas, de legítima defesa da honra e negativa de autoria - Existência de prova dúbia em relação a autoria quanto a um dos crimes - Excludente, no entanto, não caracterizada - Dignidade e reputação do marido que não fica abalada em face da infidelidade da mulher - Recurso parcialmente provido para mandar o réu a novo julgamento apenas em relação a uma das tentativas praticadas.

Os julgados supramencionados apresentam uma tendência dos tribunais superiores, de não aceitarem mais a tese de legítima defesa da honra no caso crime passionai, isto é, a maior parte do judiciário tem compreendido que não caracteriza legítima defesa o homicídio cometido contra o(a) companheiro(a). Mas essa compreensão ainda não é universal, haja vista que certos tribunais ainda admitem essa tese se ela estiver conforme as provas dos autos. Nesta acepção, apresenta-se uma decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (Ap. nº 1.0000.00.264027-4, Relator Tibagy Salles, 2002):

Processual Penal e Penal. Quesito. Esclarecimento. Equívoco. Prejuízo. Demonstração. Decisão contrária à prova dos autos. Legítima defesa da honra. Tentativa de homicídio duplo. Desclassificação. Lesões corporais. Tese de Defesa. Decisão contrária à prova dos autos. O reconhecimento de nulidade do julgamento pelo Tribunal do Júri por equívoco no esclarecimento de quesito não prescinde de pré-questionamento e da demonstração de prejuízo para a defesa, assim, cerceada, para o seu acolhimento. Não ocorre decisão contrária à prova dos autos quando o soberano Tribunal Popular do Júri opta por tese defensiva deduzida em plenário. A alegação de legítima defesa da honra deve corresponder a um mínimo de plausibilidade consoante a prova dos autos. A afirmação da ocorrência de decisão contrária à prova dos autos, comum às apelações, por fundamentos distintos, deve corresponder à realidade processual, para o seu acolhimento. Ela não ocorre quando a decisão opta por tese sustentada, seja pela defesa, seja pela acusação. Recursos a que se nega provimento (2www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao).

4.6 Legítima defesa própria ou de terceiros

Para o titular do bem jurídico que está prestes a ser agredido, há duas formas de legítima defesa prevista no art. 25 do CP.

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

O termo *direito seu ou de outrem* comprova a abrangência do bem protegido, que pode incidir tanto na própria pessoa, em outrem e nos seus bens, sendo esses tanto materiais quanto extrapatrimoniais, direitos hoje reconhecidos pela Constituição Federal (honra, imagem, intimidade), artigo 5º, X, e Código Civil, arts. 11-21.

Conforme Jesus (2003, p. 387): "a) legítima defesa própria, ocorre quando o autor da repulsa é o próprio titular do bem jurídico atacado ou ameaçado; b) legítima defesa de terceiros : ocorre quando a repulsa visa a defender interesse de terceiro".

A agressão pode ser dirigida contra qualquer bem jurídico, não existe mais a limitação à defesa da vida ou da incolumidade física. O direito a ser tutelado pode ser próprio ou de terceiros.

Ressalta-se que o Código Penal brasileiro não restringe a legítima defesa apenas à vida ou a integridade corporal, mas aos direitos passíveis de ofensa imaterial, como a honra à liberdade, por exemplo.

Em se tratando da honra, destacam-se seus três aspectos: dignidade pessoal, pudor sexual e infidelidade conjugal. A primeira é insultada pela calúnia, injúria e difamação, admitindo-se, aí, a reação física moderada, como ato de legítima defesa, para impedir que as ofensas continuem.

O pudor sexual, pode também predispor à legítima defesa. Como exemplo pode ser citado o caso de uma pessoa que, ao ser molestada, sexualmente, mata o agressor.

Por fim, a infidelidade conjugal, não mancha a honra do cônjuge que sofreu traição, e sim a do traidor, de forma que inexistente a legítima defesa, pois, segundo Barros (2003, p. 261-262), “quem mata a esposa ou seu amante, depois de surpreendê-los em cena de flagrante adultério, não está defendendo a sua honra, mas vingando-se”.

A legítima defesa de terceiros confirma o sentimento de solidariedade próprio das pessoas. Não é preciso ser parente, amigo ou conhecido, isto é, o de vínculo entre o agente que defendeu o bem jurídico e o possuidor deste bem. É o suficiente que haja a injustiça da agressão e necessidade de reação, até porque é próprio do homem ser solidário e o Direito admite esse sentimento.

O terceiro agredido pode ser uma pessoa física ou jurídica, capaz ou incapaz, a coletividade (prática de atos obscenos em local público – bem imaterial), até mesmo o próprio Estado. Porém, em se tratando de Estado é somente no que se refere a bens matérias definidos, que seria o patrimônio público perante um dano iminente, não se admite a legítima defesa de bem indefinido, como por exemplo, a ordem pública.

A legítima defesa de terceiros pode também ser caracterizada por causa do direito alheio, neste sentido tendo um ser agindo no instante do ocorrido diante de lesão ao bem jurídico de outro indivíduo. É um terceiro envolvido, mediante a impossibilidade da pessoa lesada se defender. Se for comprovado que esse ser agiu e que a vítima tinha como se defender, aí não se configura legítima defesa de terceiros.

5 DO EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA

5.1 Conceito de excesso

O instituto da legítima defesa, autorizado pelo legislador, há que delimitar-se em regras. Regras essas exigidas para que a legítima defesa configure-se pela resposta a uma agressão injusta e atual ou iminente e não para uma vingança particular. Como se trata de resposta imediata para livrar-se da agressão, transpor qualquer dos limites prescritos por lei pode ser apreciado como excesso.

Sobre isso, Costa Jr. (2005, p. 80) se expressa:

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 invade 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.

Neste sentido, se o legislador previu no texto legal que fossem utilizados os meios necessários, se o agente ultrapassa esses meios, hipoteticamente estaria desencadeando o excesso. Na realidade, qualquer previsão determinada, caso não seja observada, extrapolando os limites, pode, caracterizar o excesso na excludente.

Assim, é de grande relevância, quando se trata deste assunto, que se tenha uma consideração acerca do caso concreto. Isso ocorre pelo fato de se ter em mente que, embora o excesso seja condenado pelo parágrafo único do artigo 23, o agente não se encontra numa circunstância satisfatória.

5.2 Do excesso na legítima defesa

O excesso é quando o agente, em defesa própria ou de terceiros, vai além dos limites expressos por lei, e esse excesso poderá ser doloso ou culposo. É preciso que o excesso na legítima defesa seja identificado, para que se possa atribuir ao agente que agiu em excesso o justo castigo.

Para ficar livre da condenação, é normal a pessoa que executa uma conduta típica, argumentar que agiu em legítima defesa, ou por distração passou dos limite na hora de se defender, quando, na realidade, ele o fez conscientemente e com dolo. Nesse caso, não há que se falar em legítima defesa, tão pouco no excesso da legítima defesa, devendo o infrator

receber punição relacionada à tipificação de sua conduta. Assim, é preciso um estudo detalhado do caso concreto, atentando-se para todas as exigências, tanto as que caracterizam a excludente da legítima defesa, tanto para os que caracterizam o excesso.

É importante ressaltar que o excesso na legítima defesa e no estado de necessidade foi sendo, aos poucos, inserido na legislação brasileira, por causa da influência dos códigos da Alemanha e da Itália. Esse instituto requer uma pesquisa mais aprofundada e cuidadosa por parte dos doutrinadores e da jurisprudência, exatamente porque o seu advento provém da desproporcionalidade do uso das excludentes de ilicitude, com extrema subjetividade.

5.3 Dos tipos de excesso

O excesso será castigável sempre que o agente for além dos limites que a sua defesa exige. Não importa se o excesso ocorreu porque não foram utilizados os meios necessários, ou se ele excedeu no uso desses meios, usando-os com exagero. Se o excesso representar dolo, o agente responderá pelo dolo no que se refere ao excesso e não a sua ação de defesa; no entanto, se representar culpa, ele responderá a título de culpa como no caso do excesso por dolo, não responderá pela ação que repeliu a agressão. Porém, há o excesso que não é castigável, como o excesso exculpante. A seguir, são abordados os tipos de excesso procedentes da legítima defesa.

5.3.1 Excesso culposo

O excesso culposo é consequência de uma avaliação errada feita pelo agente no instante em que sofre a agressão injusta, ou seja, quando ele não observar o dever de cuidado. Ele pode incorrer em erro quanto ao objetivo da agressão, como por exemplo, o agente acredita que o agressor irá matá-lo, quando na verdade somente pretende roubar-lhe o celular, o que irá influenciar em sua conduta ou como também poderá errar na avaliação de qual meio utilizar para repelir a agressão.

Conforme Hungria (1958, *apud* GRECO, 2009, pp. 361-362) o excesso culposo ocorre:

- a) quando o agente, ao avaliar mal a situação que o envolvia, acredita que ainda está sendo ou poderá vir a ser agredido e, em virtude disso, dá continuidade à repulsa, e hipótese na qual será aplicada a regra do artigo 20, § 1º, segunda parte, do Código Penal ou quando o agente em virtude da má avaliação dos fatos e da sua negligência no que diz respeito à aferição das circunstâncias que o cercavam, excede-se em virtude de um “erro de cálculo quanto à gravidade do perigo ou quanto ao modus da reação” (excesso culposo em sentido estrito).

Ressalta-se que o excesso culposo pode ser voluntário (quando o agente pratica o excesso, acreditando que estava sob o limite exigido para repulsa da agressão ao seu bem); e involuntário (quando o agente excede sem ter intenção para isso). Ou seja, no excesso culposo o agente não deseja o resultado extremado, apesar de sua ação (ou omissão) ser voluntária e ele assumir o risco de um possível excesso ao agir.

Em se tratando desse tipo de excesso, Zaffaroni e Pierangeli (2005, p. 504) afirma que:

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 § 1º 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 *intra legem*.

Infere-se, portanto que é estabelecido como culposo, o excesso que o agente deixou de praticar com o dever de cuidado, e que sua conduta, para ser punida a título de culpa se enquadre nas exigências de uma conduta típica culposa. Dessa forma, é preciso que estejam inseridas na conduta do agente, a imprudência, negligência ou imperícia.

5.3.2 Excesso doloso

A respeito dessa modalidade, Dotti (2004, p. 29) expõe que

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

Essa modalidade de excesso é aquela em que o sujeito, após iniciar sua conduta conforme o direito, extrapola seus limites na conduta, querendo um resultado antijurídico desnecessário ou não autorizado legalmente, respondendo o agente pelo evento causado no excesso. Por exemplo, aquele que, podendo ferir, mata a vítima, responderá por homicídio.

6 CAUSAS SUPRALEGAIS DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE

Este capítulo também foi embasado nos estudos de Rocha (2004).

O Código Penal em vigor não contém previsão para outras causas excludentes de ilicitude. Isso não significa haver problemas para equacionar as questões em que não ocorra uma ilicitude material. Primeiro, porque, com bases nas fórmulas abrangentes do “estrito cumprimento de um dever legal” e do “exercício regular de direito”, pode-se resolver a grande maioria das questões em que não se materialize o desvalor da conduta. Além disso, a melhor compreensão sobre o conteúdo material da ilicitude levou os penalistas nacionais a reconhecerem que as causas de justificação não se limitam aos casos expressamente previstos na lei, admitindo-se a existência de causas supralegais de exclusão da ilicitude (ROCHA, 2004, p. 307).

O estudo da ilicitude do fato não adquire maior dificuldade quando se trata de causas legais de justificação, posto que é a própria lei que faz a distinção entre os atos lícitos e ilícitos, ao estabelecer os parâmetros para a análise. Contudo, em muitos casos concretos, é necessário decidir sobre a legitimidade de condutas com base em critérios não expressamente previstos pelo legislador. Nestes casos, a valoração sobre a conduta típica deverá orientar-se pelo sentido finalístico do ordenamento jurídico (ROCHA, 2004, p. 307).

Visando a explicar a valoração positiva que certos comportamentos devem merecer, apesar da inexistência de justificantes expressas, a doutrina socorreu-se das mesmas teorias que pretendem fundamentar a exclusão da ilicitude nas situações expressas. Dentre elas, destacam-se as teorias “do fim reconhecido pelo Estado”; da “esfera de liberdade deixada ao indivíduo pelo Estado”; da “valoração dos bens”; e da “justificação decorrente das normas de cultura”, entre outras. Em todo caso, deve-se extrair do exame da ilicitude o seu conteúdo material para justificar as condutas lesivas que não ofendam a essência protetiva da ordem jurídica.

6.1 Consentimento do ofendido

A causa excludente da ilicitude supralegal que colhe aceitação mais tranquila na doutrina é o consentimento do ofendido, quanto à lesão de seus próprios bens jurídicos. A justificante é admitida, tanto em relação aos fatos dolosos como culposos. Nos que diz respeito aos fatos culposos, como não se pretende produzir qualquer resultado lesivo, o

consentimento dá-se em relação ao comportamento perigoso que dá causa ao resultado (ROCHA, 2004).

Vale observar, contudo, que o consentimento do ofendido tanto pode ser excludente da tipicidade quanto da ilicitude do fato. Para os tipos penais conformados, essencialmente, a partir da contrariedade que a conduta apresenta em relação á vontade da vítima, o consentimento funciona como excludente da tipicidade. Em alguns casos, o tipo demonstra claramente que a violação da norma jurídica pressupõe a vontade contrária da vítima. Veja-se o caso de violação de domicílio (art. 150 do CP), em que o tipo descreve a conduta de “entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou “contra a vontade” expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia, ou de suas dependências” (ROCHA, 2004, p. 307). Se a vítima permite a entrada na casa, não há que se falar em violação da norma proibitiva. Em outros casos, a descrição típica não é tão clara, mas se pode perfeitamente apurar que a essência da incriminação é a conduta contrária à vontade da vítima (ROCHA, 2004, p. 307).

Neste sentido, o crime de estupro (213 do CP) exige o “constrangimento” da vítima diante da investida sexual do autor. Se a vítima consente, certamente não ocorre o “constrangimento” necessário à caracterização típica (ROCHA, 2004, p. 307-308).

Nos casos em que se verifica a tipicidade da conduta, o consentimento do ofendido poderá funcionar como excludente de ilicitude, na medida em que represente manifestação possível de renúncia à proteção jurídica. Mas uma renúncia à proteção jurídica somente se poderá admitir dentro de certos limites. Cabe notar que a aceitação do consentimento como excludente de ilicitude decorre de uma opção política. Segundo Jeschek (*apud* ROCHA, 2004, p. 308), a valoração subjetiva dos bens jurídicos pelo indivíduo é reconhecida dentro de certos limites pelo ordenamento jurídico, porque o uso da liberdade individual também constitui um valor social do Estado de Direito, que deve considerar, conjuntamente, os interesses da comunidade na preservação dos bens jurídicos. Pode-se admitir o consentimento até onde possa atuar a liberdade individual do titular do bem jurídico, considerando-se atendidos os pressupostos de eficácia do consentimento. Disto resulta que o consentimento somente pode referir-se a lesões dirigidas a bens jurídicos individuais próprios daquele que consente (ROCHA, 2004, p. 308).

Como exemplo de situações em que o ofendido pode consentir a lesão de seu bem, tem-se o caso do cientista que se deixa aprisionar para a realização de um experimento; o ator que se deixa insultar por outro em uma peça teatral; o paciente que permite ao médico a revelação de um segredo relacionado ao seu tratamento; o tio que permite ao sobrinho desmontar peças de seu automóvel para treinar reparos que eventualmente possam ser

necessários no curso de uma viagem; a pessoa que permite que lhe façam uma tatuagem definitiva na pele, etc.

Esta excludente de ilicitude permite que alguém abra mão de direito seu, permitindo que seja atingido por uma conduta de terceiro. O Código Penal Italiano prevê em seu artigo 50 que “Não é punível quem ofende ou põe em perigo um direito, com o consentimento da pessoa que dele pode validamente dispor”. No entanto, esse instituto não foi previsto no Código Penal nacional, sendo apenas considerado como causa supralegal.

6.2 Requisitos de formação

Para reconhecer-se a eficácia justificante do consentimento do ofendido, deve-se ter por satisfeitos os seguintes requisitos:

- a) Admissibilidade jurídica da renúncia à proteção legal. O primeiro pressuposto para que o consentimento justifique uma conduta lesiva é que seja juridicamente possível a renúncia à proteção de bens jurídicos coletivos, posto tratar-se de bens indisponíveis. Também em relação aos bens individuais considerados indisponíveis não se pode admitir renúncia à proteção jurídica. Entretanto, a questão não é simples, pois em muitos casos pode-se verificar dúvida sobre a disponibilidade do bem jurídico. Fora os casos de evidente interesse coletivo, como os que envolvem proteção à vida, a distinção entre bens disponíveis e indisponíveis não se orienta por critérios seguros, havendo significativa variação de tratamento nas legislações dos diversos países (PIERANGELI, 2002, *apud* ROCHA, 2004, p. 309).
- b) O autor do consentimento deve ser o único titular do bem jurídico, ou estar expressamente autorizado por este a realizar a disposição. Como corolário da ideia anterior, o consentimento só pode ser considerado válido se emitido pelo titular do bem jurídico que se permite lesionar. Se quem consente não é o titular, ainda é admissível o consentimento se este for expressamente autorizado pelo titular. Situação peculiar é a que diz respeito à autorização para a extração de órgão após a morte. O titular do bem jurídico antecipadamente na remoção de seus próprios órgãos, a ser executada quando já não mais puder manifestar-se. Contudo, neste caso, o fato é atípico, pois o art. 14 da Lei n. 9.434/97 criminaliza a remoção de órgãos, em desacordo com as disposições desta lei, e a lei regulamenta a possibilidade de manifestação prévia para a extração de órgãos (ROCHA, 2004, p. 309).

- c) O autor do consentimento deve ser capaz de entender o significado e o alcance da renúncia que efetiva. Não se pode admitir renúncia à proteção jurídica, quando aquele que consente não é capaz, segundo sua maturidade psíquica e moral, de reconhecer o significado e o alcance da renúncia que leva a efeito por meio do consentimento. Sendo requisito de validade dos atos jurídicos em geral, a capacidade de entendimento daquele que manifesta sua vontade é fundamental para reconhecer a ocorrência de consentimento válido. Se o titular do bem jurídico não for capaz, poderá seu responsável consentir por ele, nos termos da lei civil (ROCHA, 2004, p. 309).
- d) O consentimento deve ser livre e espontâneo. Além da capacidade de discernimento, também é necessário que aquele que consente tenha feito livre e espontaneamente sua opção pela renúncia à proteção legal. Também importa vícios insanáveis, como de regra, para a validade de qualquer ato jurídico, a coação e a fraude utilizadas para obter-se a manifestação do consentimento (ROCHA, 2004, p. 310).
- e) O consentimento deve se dar antes do cometimento do fato. Objetivamente, a valoração positiva da conduta decorre do fato de que, quando da intervenção lesiva, o bem jurídico não estava sob a proteção jurídica. Sendo a renúncia anterior à realização da atividade lesiva, esta não afronta a finalidade protetiva do ordenamento jurídico. O consentimento posterior à lesão não pode ser admitido. Nesse caso, a atividade lesiva viola a planificação normativa e, por isso, preserva-se o desvalor da conduta. Na verdade, uma permissão posterior à realização do fato não pode ser denominada de consentimento. Tratar-se-ia de mero reconhecimento de uma situação de fato já consolidada, de perdão pelo que já se fez (ROCHA, 2004, p. 310).
- f) Que o agente causador da lesão deva agir com o conhecimento e por causa do consentimento. Como qualquer outra causa excludente de ilicitude, o consentimento também apresenta exigências de natureza subjetiva para a justificação. É, portanto, necessário que aquele que desenvolve a conduta lesiva tenha se orientado com o conhecimento e por causa do consentimento que lhe foi outorgado (ROCHA, 2004, p. 310).
- g) Que a conduta praticada observe os limites do consentimento. Como acontece nas demais causas excludentes de ilicitude, a inobservância dos limites estabelecidos para a conduta justificada caracteriza excesso. Se o autor do fato não observar os limites do consentimento, haverá violação da finalidade protetiva do ordenamento, naquilo que excede o comportamento justificado (ROCHA, 2004, p. 310).

Na justificação dos delitos culposos, não se pode trabalhar com a ideia de liberdade de disposição dos bens jurídicos, pois o consentimento não se opera em relação à lesão, mas sim ao comportamento perigoso. Cabe observar, então, se o resultado efetivamente produzido guarda proporção com a conduta consentida. Como leciona Tavares (2003, *apud* ROCHA, 2004, p. 311).

Se o resultado, tomado como concretização de conduta perigosa, mas consentida pelo titular, não se opuser de maneira quantitativa e qualitativamente desproporcional ao que foi consentido, pode-se reconhecer validade a esse consentimento, mesmo que isso não fosse possível em se tratando, a *contrario sensu*, de fato doloso.

6.3 Consentimento presumido

A doutrina alemã permite que, em alguns casos, possa ocorrer, para excluir a ilicitude do fato, um consentimento presumido do ofendido, quando este não puder manifestar sua vontade. Dogmaticamente, os alemães situam o consentimento presumido entre o consentimento real e a estado de necessidade, embora ressaltem sua autonomia em relação às demais causas justificantes (ROCHA, 2004, p. 311).

O consentimento presumido é, na verdade, uma construção doutrinária que interpreta o fato segundo uma presunção de consentimento, que na verdade não se operou. Tal construção teria aplicação nos casos de emergência, nos quais o titular do bem jurídico não possa manifestar sua permissão para com a conduta necessária. No entanto, com razão, observa Toledo (*apud* ROCHA, 2004, p. 311), a inutilidade prática do tema, já que em tais hipóteses sempre se poderá utilizar a regra do estado de necessidade de terceiros.

CONCLUSÃO

A lei existe para regularizar os requisitos e estabelecer limites às ações de autodefesa, pois nem sempre o Estado se fará presente para por a salvo os bens jurídicos e a integridade física das pessoas.

A diferença entre uma conduta de legítima defesa e uma tipificada em lei como crime, está no *animus defendi*, que no instante em que age em defesa própria ou de terceiros, a pessoa precisa estar consciente de que está agindo para evitar uma agressão injusta.

Pelo que foi descrito neste trabalho, pode-se concluir que a legítima defesa existe em diversas espécies, que a lei prevê o seu excesso e estabelece castigo à pessoa que o praticar, tanto a título de dolo quanto a título de culpa.

Só configura excesso, se o agente, no instante de sua defesa, exceder os limites prescritos por lei, embora não responda por toda a ação praticada, apenas pelo excesso, a ação que repeliu a agressão injusta permanecerá apoiada por lei como excludente de ilicitude.

Nesse sentido, há necessidade de um meticoloso exame nos casos concretos em que se argumenta legítima defesa, ou excesso desta, haja vista que ocorre bastante de as pessoas que praticaram algum delito, procurarem livrar-se da condenação usando essa falsa justificativa.

Essa pesquisa não para aqui, uma vez que não só os julgadores devem ter uma atitude essencial na questão do excesso na legítima defesa, mas também os acadêmicos e profissionais do Direito, que procuram mostrar de maneira simples um tema que passa por uma evolução permanente.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Renan Falcão de. **Posse: efeitos e proteção**. Caxias do Sul: EDUCS, 2000.
- BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, volume 1: parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. **Código Civil**. 53. ed. São Paulo: Saraiva; 2002.
- _____. **Código Penal Brasileiro**. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CD-ROM AURÉLIO.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2004. Vol. 1.
- COSTA JR., Paulo José da. **Código Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005.
- DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- EDWARDS, David C. **Manual de Psicologia Geral**. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 1995.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte geral. Vol. 1, 11. ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2009.
- _____. **Curso de Direito Penal: parte especial**. 12. ed. Niterói: Ímpetus, 2015.
- GUERRERO, Hermes Vilchez. **Do Excesso em legítima defesa**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- HUNGRIA, Nelson. **A legítima defesa putativa**. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1936.
- _____. **Comentários ao Código Penal**. Volume, 1 tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- LEITE, José Edivanio. **Do excesso na legítima defesa**. Disponível em: <<http://www.artigonal.com/doutrina-artigos/do-excessona-legitima-defesa-1369246.html>>. Acesso em abril de 2015.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Penal**. Vol. II. Tomo 2. Buenos Aires: Ediar Soc. Anón. Editores, 1948

MARINHO, Alexandre Araripe; FREITAS, André Guilherme Tavares. **Manual de Direito Penal** - parte geral. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NORONHA, Edgard. Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial** – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PINTO, Cristino Vieira Sobral. **Direito Civil sistematizado**. 5. ed. São Paulo: Método, 2014.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da. **Direito Penal** – Parte Geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

SIQUEIRA, Galdino. **Direito Penal Brasileiro**, v. 1. Brasília: Senado Federal; Superior Tribunal de Justiça, 2003.

TEIXEIRA, Antônio Leopoldo. **Da Legítima Defesa**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direitos Reais**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Manual de Direito Penal**. Parte geral, Volume 1. Rio de Janeiro Ed. RT, 2009.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Enrique. **Direito Penal brasileiro**. 2. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.