

INÁCIO JOSÉ LAMEGO COELHO

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA

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. Esp. Besnier Chiani Villar

JUIZ DE FORA – MG

2016

FOLHA DE APROVAÇÃO

† Márcio José Lamego Carlos

Aluno

Comparações penais ao crime de Legítima
defesa

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

Mariluz

João Roberto de F.

Laura V. Vieira

Aprovada em 12/dec/2016.

Dedico esse trabalho a minha filha Sofia.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por tudo.

Se o ladrão for achado roubando, e for ferido, e morrer, o que o feriu não será culpado do sangue.

Êxodo, 22-3

RESUMO

Este trabalho visa analisar o excesso, culposo ou doloso, na Legítima Defesa à luz do Direito Penal pátrio. Para isso, será conceituada a Legítima Defesa (uma das hipóteses em que é excluída a ilicitude da conduta típica), expondo conceitos pertinentes ao tema, abordando a evolução histórica, requisitos e tipos, até chegar-se ao excesso na Legítima Defesa.

Palavras-Chave: Excludentes de Ilicitude. Legítima Defesa. Excesso na Legítima Defesa.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 DAS EXCLUDENTES DE ANTIJURIDICIDADE.....	10
2.1 Considerações Gerais.....	10
2.2 Estado de Necessidade.....	11
2.3 Estrito Cumprimento do Dever Legal.....	11
2.4 Exercício Regular do Direito.....	12
2.5 Legítima Defesa.....	12
3 DA LEGÍTIMA DEFESA.....	13
3.1 Conceito e Finalidade.....	13
3.2 Histórico.....	13
3.2.1 Das Ordenações Filipinas.....	14
3.2.2 Código Criminal de 1830.....	14
3.2.3 Código Penal Republicano.....	15
3.2.4 Código Penal de 1940.....	15
3.2.5 Código Penal de 1969.....	15
3.3 Direito Comparado.....	15
3.3.1 Alemanha.....	15
3.3.2 Espanha.....	15
3.3.1 Noruega.....	15
3.4 Características.....	16
3.5 Espécies.....	16
3.6 Requisitos.....	17
3.6.1 Elementos Objetivos.....	19
3.6.2 Elementos Subjetivos.....	19
4 DO EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA.....	20
4.1 Conceito.....	20
4.1 Do excesso doloso.....	22
4.2 Do excesso culposo.....	23

4.3 Excesso por caso fortuito.....	25
4.4 Excesso exculpante.....	25
4.5 Elementos Astênicos.....	25
4.6 Elementos Estênicos.....	25
4.7 Excesso Intensivo.....	25
4.8 Excesso Extensivo.....	26
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	27
REFERÊNCIAS.....	28

1 INTRODUÇÃO

Está previsto, no Art. 23 do Código Penal, o instituto da Legítima Defesa como uma das hipóteses de exclusão de ilicitude do ato praticado pelo agente e, por conta disso, do crime, não devendo o agente ser punido pelo fato. Porém, conforme disposição legal, responderá pelo excesso doloso ou culposo, incorrendo no excesso nesses casos.

A metodologia empregada neste trabalho foi revisão bibliográfica.

No primeiro capítulo é feita uma apresentação do tema, onde há sucinta explanação acerca das excludentes de antijuridicidade, explicitamente reconhecidas pelo Direito Penal, onde são feitas considerações acerca do Estado de Necessidade, do Estricto Cumprimento do Dever Legal, do Exercício Regular do Direito e, por fim, da Legítima Defesa.

No segundo capítulo é feita uma análise da Legítima Defesa, sendo abordados conceito, finalidade, histórico, características, espécies e requisitos.

Já no terceiro e último capítulo, dissertaremos sobre o Excesso na Legítima Defesa, conceituando-a, discorrendo acerca das modalidades do excesso e inserindo jurisprudências atuais sobre o tema.

2 DAS EXCLUDENTES DE ANTIJURIDICIDADE

2.1 Considerações Gerais

As causas de justificação estão elencadas no art. 23 do Código Penal Brasileiro, sendo elas: Estado de Necessidade, Legítima Defesa, Estricto Cumprimento do Dever Legal e Exercício Regular do Direito. Essas hipóteses permitem que um bem jurídico seja sacrificado a fim de poupar-se outro bem jurídico, não havendo crime, não sendo, pois, o agente punido pelo fato, já que é afastada a ilicitude do fato típico quando o agente assim atua.

Há também causas supralegais de exclusão da antijuridicidade, que são aquelas que não estão expressas em lei, sendo o consentimento do ofendido um exemplo.

Mirabete (2016) ensina que o aceite do consentimento do ofendido como causa de exclusão de ilicitude apresenta duas hipóteses: a existência de bens indisponíveis (vida por exemplo) e disponíveis (patrimônio e honra), sendo que com relação a estes é possível a hipótese de exclusão da antijuridicidade por conta do consentimento do ofendido, situação essa que não é possível com relação aqueles.

O consentimento do ofendido deve necessariamente apresentar: I) aquiescência plena do ofendido, sem qualquer forma de coação ou induzimento; II) no momento da aceitação tenha condições plenas de entender o significado da ação e as consequências da mesma; III) que o bem jurídico lesado seja disponível e IV) que o fato tenha previsão legal (seja típico) e de acordo com este.

Para Greco (2016), essas causas supralegais somente surtirão efeito se o ofendido tiver capacidade de discernimento para consentir, além disso o bem jurídico deve ser disponível e o consentimento deve se dar antes da conduta do agente.

Conforme previsão expressa do parágrafo único do mencionado artigo, o agente responderá pelo excesso doloso ou culposos.

Welzel apud Greco (2016) afirma que as causas de justificação, necessariamente, possuem elementos objetivos e subjetivos, não bastando estarem presentes todos os requisitos objetivos se o agente não tiver consciência de que sua ação esteja balizada pelos elementos subjetivos, ou seja, por exemplo, no caso da legítima defesa, o agente deve ter ciência do elemento objetivo da justificante (agressão atual ou iminente) e ter, por exemplo, a vontade de defesa do direito próprio ou de terceiros (elemento subjetivo), sendo que na falta de qualquer um dos elementos objetivos ou subjetivos, a ação não estará respaldada pela causa de justificação, não sendo possível a exclusão da ilicitude por conta disso.

2.2 Estado de Necessidade

Conforme está previsto no Art. 24 do CPB:

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 exigir-se.

§ 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo;

§ 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

Este instituto fundamenta-se em um estado de perigo para determinado bem jurídico, que somente poderá ser resguardado com o sacrifício de outro bem jurídico. A lesão que poderá lesar a integridade do outro bem pode advir da ação de um animal, de alguma força da natureza ou da própria ação antrópica.

A situação de perigo deve ser real e que não tenha sido dada causa pelo sujeito.

Os requisitos objetivos do estado de necessidade são: a)perigo atual (que é o que está ocorrendo de fato na hora da ação); b)ameaça a direito próprio ou alheio (direito no sentido de abranger quaisquer bem jurídico, como honra, integridade física etc); c)situação não causada dolosamente pelo agente; d)inexistência do dever de enfrentar a situação de perigo (devendo ponderar-se a lesão do bem jurídico); e)inevitabilidade do comportamento lesivo e f)razoabilidade do sacrifício do bem. (CAPEZ, 2016)

O conhecimento da situação de fato justificante, que é onde o sujeito deve ter ciência de que age para salvar interesse próprio ou de terceiro, é um elemento subjetivo.

Greco (2016) ensina que nesta excludente deve haver um conflito entre interesses legítimos, onde um pode ser sacrificado para que o outro sobreviva.

Delmanto (2016) explica que esta excludente é a situação atual de enfrentamento ao perigo, não tendo sido o mesmo causado dolosamente pelo agente, em que o sujeito lesa o bem de outrem a fim de não sacrificar seu bem ou o de terceiros.

2.3 Estrito Cumprimento do Dever Legal

No art. 23 do CPB consta: “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”.

Fundamenta-se no cumprimento por parte do agente que atua em cumprimento a seu dever imposto por norma legal, que seja penal ou não (regulamento por exemplo). A conduta deve ter respaldo em lei e não em preceitos de ordem religiosa ou moral por exemplo.

2.4 Exercício Regular do Direito

Não há crime quando o agente atua o fato no exercício regular do direito, conforme previsão do Código Penal.

2.5 Legítima Defesa

É reconhecida a mais antiga causa de exclusão da ilicitude, conforme veremos adiante, sendo que Marcello Jardim Linhares (1992) já afirmava que tal instituto é uma lei inerente à própria natureza do homem, decorrente da própria constituição do ser, daquelas que o homem recebe antes mesmo de se constituir em sociedade.

Devem ser observados nesta excludente, a efetiva necessidade dos meios de defesa empregados bem como a moderação no uso desses meios, uma vez que a não observação desses pressupostos enseja o agente a responder pelo excesso, ou seja, quando é extrapolado os limites da lei para a configuração da excludente.

3 LEGÍTIMA DEFESA

3.1 Conceito e Finalidade

O conceito de Legítima Defesa está no Art. 25 do Código Penal, onde temos: "Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem".

É uma das hipóteses em que o Estado legitima o cidadão de atuar em defesa própria, deixando de puni-lo, desde que o agente esteja nos limites legais.

Inellas (2001) conceitua a Legítima Defesa como sendo um direito indiscutível e inalienável, que as pessoas possuem para defender a si próprio ou a seus entes, repelindo força com força.

Bittencourt (2016) ensina que a Legítima Defesa é um meio de realização da justiça penal e da sumária execução da mesma.

A Legítima Defesa deve, para ser válida, englobar a necessidade dos meios de defesa e a moderação no emprego desses meios.

Para Alexandre Araripe Marinho e André Guilherme Tavares de Freitas (2009), a Legítima Defesa é uma permissão do Estado para que o agente se auto-defenda, nos limites necessários para repelir o ataque e preservar o bem jurídico.

Já Nucci (2012) conceitua a Legítima Defesa como sendo a necessária defesa empreendida ao se repelir a injusta agressão, atual ou iminente, contra direito próprio ou de terceiros, moderando o uso dos meios necessário já que o Estado nem sempre está presente para intervir, já que seus agentes não estão em todos os lugares, a todo tempo.

Por sua vez, Greco (2016) frisa que a Legítima Defesa não pode ser confundida com vingança.

Silva Júnior (1999) ensina que a Legítima Defesa é a mais causa de justificação da conduta do agente, já que a mesma remete à uma necessidade natural do ser humano, já que o Estado não pode estar em todos os lugares e a todos os momentos para proteger e tutelar pelos bens jurídicos dos cidadãos.

3.2 Histórico

A Legítima Defesa é da natureza e do instinto do ser humano, antecedendo qualquer forma de codificação. A natureza da pessoa humana é a de se defender contra os perigos que atentem contra sua vida, seja contra outros homens, animais ou a própria natureza, reagindo independentemente de regras pré-ordenadas.

Guerrero (1997) afirma que no Direito Romano para que a Legítima Defesa fosse válida, não bastava apenas o caráter injusto da agressão, sendo que também se fazia necessário que tal agressão não houvesse cessado, pois caso houvesse, o direito de autodefesa havia cessado, já dando ensejo ao excesso, caracterizando uma vingança.

Assim, o Direito Penal veio por regular e por definir limites para tal reação instintiva do homem, legitimando-a.

Desde as Legislações mais antigas, como por exemplo o Código de Manu (escrito em *sânscrito* - língua da Índia, entre os séculos II a.C. e II d. C), já se fazia menção ao instituto da Legítima Defesa.

Gregos e Romanos reconheciam largamente o direito à autodefesa do ofendido e já aceitavam o direito de defesa da honra e da vida, pela percepção da natureza do mundo animal, onde se nota que o instinto é o de se defender. (MARINHO e FREITAS, 2009).

Medica (1996) ensina que para os Romanos, o direito de defesa também era utilizado pelas pessoas nos casos em que um meliante invadisse a propriedade privada durante o período noturno. Esse direito, porém era limitado, uma vez que o ladrão necessariamente deveria estar armado para que esse direito de defesa fosse legítimo.

O Direito Romano fazia uso de outros requisitos a fim de legitimar a Legítima Defesa: a) a injustiça da agressão; b) a atualidade do perigo; c) a defesa da própria vida; d) a defesa da honra própria e e) a defesa da vida e da honra alheias, concedida apenas para parentes. (MEDICA, 1996).

Menção à Legítima Defesa é encontrada na Bíblia, quando a passagem diz que se um ladrão for pego roubando e for ferido e morrer, o que o feriu não será culpado pelo sangue derramado.

No Brasil, a Legítima Defesa teve início com as Ordenações Filipinas, conforme Linhares (1992), que previa "que se a morte for em necessária defesa, não haverá pena alguma, salvo se nella excedeo a temperança, que devêra e poderá ter, porque então será punido segundo a qualidade do excesso".

Conforme previa essa legislação, o ato de temperança é equivalente a proporcionalidade. Tal ordenamento autorizava o marido acabar com a vida da esposa em casos de traição, salvo se o traído fosse pessoa humilde de baixa renda e o traidor de alta classe social. Assim sendo, em casos de traição era afastada a ilicitude da conduta. Nas outras situações, fazia-se menção apenas à exclusão de ilicitude.

O Código Criminal de 1830 também fazia a previsão da Legítima Defesa em favor da defesa própria ou dos bens, assim como em favor da família. A ação sob essa excludente excluía

a punibilidade, desde que, entre outros pressupostos, que o sujeito não tivesse provocado ou outro delito que ocasionasse o conflito, bem como que não existisse outro meio menos prejudicial para a repulsa da agressão. (LINHARES, 1992)

Já o Código Republicano de 1890 modificou o entendimento acerca da Legítima Defesa, reconhecendo o mesmo como excludente do crime e não da punibilidade.

A fim de proteger o agente, previa a não limitação na proteção da vida, protegendo os direitos possíveis de serem lesionados, sendo que considerava quem agisse em legítima defesa, própria ou de terceiros, como "não criminoso".

Esse Código aceitava a presunção de legítima defesa, equivalendo-a a defesa própria ou de terceiro, caso um algoz adentrasse à noite na casa ou em outro lugar que houvesse alguém.

No Código Penal de 1940, a Legítima Defesa veio prevista no art. 21, sendo que no parágrafo único deste artigo fez-se menção expressa à legítima defesa na modalidade culposa, sendo que até então o excesso só era aceito na Legítima Defesa.

Já no Código Penal de 1969 foi disciplinado o excesso para as excludentes de antijuridicidade, sendo que no Código de 1984 houve de fato a previsão do excesso doloso ou culposos para todas as excludentes de ilicitude.

Certo é que a impunidade do agente que pratica o fato sob a proteção da Legítima Defesa vem sendo garantida ao longo da posituação do Direito.

3.3 Direito Comparado

O Direito Penal de diversos países reconhece o instituto em análise como uma forma de exclusão do crime ou de justificação deste, considerando o mesmo como causa especial de justificativa para tornar legítimos os crimes, como por exemplo de homicídio.

Suécia, Noruega, Holanda, Itália e Alemanha são exemplos de países que seguem a orientação de que a Legítima Defesa é uma excludente do crime.

Já França, Bélgica, Bolívia e Haiti são nações que entendem ser a Legítima Defesa hipótese de justificação do crime.

3.3.1 Alemanha

No início da posituação do Direito naquele país, o direito de autodefesa não tinha reconhecimento em sua totalidade, sendo apenas reconhecido para a proteção da vida e da integridade, e em certos casos, dos bens. Não era aceito o direito em tela em defesa de terceiros.

Posteriormente, veio a assumir a legítima defesa um caráter particular, derivado do direito de vingança, onde podia ser exercida logo após a agressão sofrida pela vítima, ou aceito até mesmo antes da agressão. Inclusive era permitido que o sujeito pudesse vingar a morte de um ente tanto no algoz como nos parentes deste.

Linhares (1992) já ensinava que o instituto em análise, no Direito Alemão, tutela não apenas os direitos materiais contra ofensas a sua integridade, mas também é eficaz relativamente a outros direitos, como honra, liberdade e posse.

Linhares (1992) faz menção ao excesso da Legítima Defesa no Direito Germânico, esclarecendo que o mesmo é considerado como injusto, porque não é proporcional, sendo que em casos de extremo medo da vítima, por exemplo, atua como causa de exclusão da culpabilidade, já que a possibilidade de agir de outro modo é inexigível em tais casos.

3.3.2 Espanha

No Direito Espanhol, as *Partidas* previam a Legítima Defesa, sendo:

[...] como aquele que mata outro deve sofrer pena de homicídio, se o não fizer em defesa [...] se então aquele a quem acomete vier a matar aquele que, por qualquer dessas formas, o queira matar, não incorrerá em pena alguma, porque é coisa natural e muito razoável que todo homem tenha o poder de amparar sua pessoa contra a morte que alguém lhe queira dar[...] (LINHARES, 1992)

3.3.3. Noruega

Linhares (1992) ensina que o Direito Norueguês entende a legítima defesa como ato punível, como forma de repelir um agressão injusta, desde que de modo proporcional à gravidade do ataque e o grau de culpa do agressor.

3.4 Características

A Legítima Defesa é a norma penal permissiva que legitima uma ação típica, retirando desta sua ilicitude, desprovendo-a de reprovação social.

Nucci (2012) ensina que a legítima defesa é tão somente a defesa necessária e moderada contra agressão injusta, atual ou iminente, contra direito do agente ou de terceiro, cabendo ao particular a manutenção da ordem jurídica, em substituição ao Estado, que não é onipresente.

Prado (2015) prega que o instituto em estado é a repulsa contra agressão ilegítima, que está ocorrendo ou está em vias de ocorrer, devendo haver proporção entre a agressão e os meios para repelir a mesma.

3.5 Espécies

Greco (2016) milita no sentido de que a legítima defesa tem duas espécies: I) a autêntica ou real e II) a putativa ou imaginária.

Na primeira, a agressão injusta de fato acontece ou está na iminência de ocorrer, sendo possível a vítima reagir, moderadamente nos termos da lei.

Já na segunda, o agente supõe estar em situação de perigo, mas na realidade não está, sendo a previsão legal dessa situação no Art. 20 do Código Penal, onde consta que o agente será isento de pena por erro justificável pelas circunstâncias.

O mesmo autor cita uma situação hipotética na qual um sujeito, em determinado local, observa um desafeto vindo em sua direção armado. Ao reagir ou em uma eventual reação, o agente de fato se encontraria acobertado pela excludente em estudo, devido a probabilidade de realmente ter sua integridade física ofendida.

Na mesma situação citada, em continuidade ao pensamento do já mencionado autor, o mesmo sujeito observa seu algoz, que já o ameaçara anteriormente diversas vezes, passando pelo local, no que julga estar em situação de risco, sacando uma arma e desferindo disparos contra o mesmo, vindo a alvejá-lo. Nesse último caso, encontra-se o agente em situação de legítima defesa putativa, pois a situação de perigo estava em sua falsa percepção da realidade.

Para Ribeiro (2008), na Legítima Defesa Putativa o sujeito, de forma equivocada e não condizente com a realidade, acredita estar em situação de vulnerabilidade, mas que de fato apenas na imaginação dele é que a mesma existe. A resposta se antecipa antes de qualquer agressão ou ameaça da mesma.

3.6 Requisitos

São requisitos para a caracterização da Legítima Defesa: a) agressão injusta atual ou iminente; b) moderação no emprego dos meios necessários; c) a defesa de um direito próprio ou alheio. A falta de qualquer um desses requisitos descaracteriza a Legítima Defesa, conforme prega Guerrero (1997, p. 45).

A agressão injusta é aquela que não tem amparo ou justificação do ordenamento jurídico e que atinge qualquer direito protegido pela pessoa.

Para Hungria apud Greco (2016), deve ser observada objetivamente a injusta agressão, não segundo a opinião de quem reage, mas segundo a ótica de uma visão geral, ou seja, não deve ser aceito um estado de ira em um sujeito mimoso e sentimental, que reagiria de forma desproporcional qualquer tipo de ato simples contra sua pessoa. Deve ser razoável a provocação, esta deve atingir uma pessoa 'normal e de boa-fé).

Além disso, a agressão tem que estar ocorrendo ou prestes a ocorrer, não sendo amparadas pela excludente a agressão passada nem mesmo a futura. O temor também não é suficiente para legitimar a conduta, ainda que fundado.

Os meios necessários são também os disponíveis quando da resposta à agressão, devendo haver moderação no uso e proporcionalidade entre ação empreendida e defesa ou resposta ao ataque.

O entendimento é de que os meios necessários são os que causam o menor dano à defesa do direito.

A ausência de qualquer um desses requisitos exclui a existência da legítima defesa.

Nucci (2012) entende que a legítima defesa não pode se limitar a tais requisitos, pois a reação de uma pessoa não pode ser pautada por critérios matemáticos ou científicos, já que não se pode medir qual o número de golpes razoáveis que serão suficientes para deter um atacante encorpado e enfurecido, entendimento este do qual partilhamos.

Mirabete e Fabbrini (2016) partilham do mesmo entendimento, já que não se pode medir o quão proporcional foi uma reação diante de um ataque, já que o que se defende não pode raciocinar precisamente nesse sentido, devido ao estado emocional em que se encontra, já que está mediante uma agressão.

A defesa do bem tutelado pode ser contra agressão própria ou contra a de terceiros (não havendo necessidade de que haja grau de parentesco), sendo necessário que seja bem protegido pelo direito.

Já Capez (2016) afirma que os requisitos (objetivos) da legítima defesa são: a) agressão injusta (conduta humana que ofende um bem jurídico); b) atual ou iminente (é a que está ocorrendo ou em vias de ocorrer); c) a direito próprio ou alheio; d) meios necessários (são aqueles disponíveis ao agente quando da repulsa ao ataque) e e) moderação (proporcionalidade entre agressão e repulsa).

O conhecimento de que agia respaldado por essa excludente é um requisito subjetivo, não expresso, mas também necessário para a configuração da excludente em estudo, conforme o mesmo autor.

Para Silva Júnior (2002), para ser considerada legítima defesa é imprescindível que estejam presentes todos os requisitos objetivos e o caráter subjetivo citados anteriormente, sob pena de não ser caracterizada a excludente.

Para Prado (2015), não se pode impor que a resposta do agente limitada, mas também não são aceitas reações desproporcionais contra ofensas insignificantes.

3.6.1 Elementos Objetivos

Os elementos objetivos são aqueles citados no artigo 25 do Código Penal e são: a) agressão atual iminente e injusta; b) a defesa de um direito próprio ou alheio e c) uso moderado dos meios necessários.

3.6.2 Elementos Subjetivos

É partilhado na doutrina que o elemento subjetivo é requisito da Legítima Defesa, embora não positivado em legislação própria.

Se faz necessário além dos requisitos já citados, que o agente saiba que esteja atuando diante de uma agressão injusta, sendo assim essa vontade de defesa será o elemento subjetivo de justificação da conduta.

Jesus (2014) afirma que além dos requisitos objetivos previstos no Código Penal, a legítima defesa exige elementos subjetivos para sua caracterização, como por exemplo que o sujeito tenha conhecimento da situação de agressão injusta e da necessidade da repulsa, devendo ser objetivamente necessária e subjetivamente de conhecimento da vítima a necessidade de defender-se.

Já Hungria apud Greco (2016) entendem de modo diverso, admitindo que poderá existir a Legítima Defesa tão somente se presentes os requisitos objetivos, prescindindo a existência do caráter subjetivo.

Já Prado (2015), ensina que para que fique caracterizada a legítima defesa, o agente deve ter a vontade de evitar a conduta do agressor, com uma reação moderada e necessária.

4 DO EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA

4.1 Conceito

Diante da complexidade do tema da Legítima Defesa, são muitos os questionamentos acerca de quando ocorre de fato excesso, ou seja, quando o agente extrapola e vai além dos meios de defesa necessários para repelir a agressão, com o fito de alcançar algum objetivo desnecessário ou impróprio para a situação (como por exemplo se valer da excludente para cometer algum crime).

Extrapolado o limite razoável em relação a sua defesa, sendo esta desproporcional à situação fática, caracterizado estará o excesso.

Capez (2016) ensina que o excesso é quando o agente utiliza, desnecessariamente, um meio sem moderação. Sendo doloso o excesso, está excluída a hipótese da Legítima Defesa.

Mirabete (2016) diz que o excesso poderá ocorrer devido ao uso inadequado do meio, quando o sujeito poderia usar meio menos lesivo ou erra na moderação da repulsa.

Greco (2016) diz que mesmo depois de ter feito cessar a injusta agressão, o agente não faz cessar a repulsa, estará incorrendo no excesso.

Culposo será o excesso quando houver intensificação por imprudência, conforme o mesmo autor.

Para Greco (2016), os excessos na Legítima Defesa podem ser: intensivo, extensivo e exculpante.

Punível será o excesso quando o agente extrapolar os limites na repulsa, pouco importando se o excesso for em decorrência da não utilização dos meios necessários ou se o uso não foi moderado ou proporcional.

Nesse sentido, na Apelação Criminal 1.0145.08.497063-4/001, o TJMG já entendeu :

[...] Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem (art. 25, do CP).

O primeiro requisito para sua configuração é, portanto, que a ação promovida em face da agressão deve ser praticada com vontade de defesa. O segundo requisito, e este parece aqui o mais relevante, é a proporcionalidade dos meios utilizados para cessar a agressão.

No caso dos autos, verifica-se a materialidade do golpe restou incontroversa, assumindo a apelante sua autoria. Contudo, ao contrário do que sustenta o Parquet, nota-se claramente que a apelante agiu para impedir novas agressões por parte da vítima e de seus dois irmãos, objetivando tão somente salvar a vida de seu filho adolescente.

De acordo com a versão apresentada pela ré, nota-se que primeiramente ela tentou proteger seu filho com o cabo de madeira da foice. Contudo, ao perceber que os agressores ainda continuavam tentando agredir seu filho, decidiu golpear a vítima, uma única vez, com a foice, momento em que finalmente logrou êxito em afastar os agressores[...].

[...] Lembre-se que a reação de defesa humana é impossível ser medida com rigor em relação à proporcionalidade com o ataque sofrido, devendo ser avaliada de acordo com as circunstâncias do caso concreto, especialmente o estado emocional do agredido.

Neste sentido, a propriedade da doutrina de Julio Fabbrini Mirabete: “Deve o sujeito ser moderado na reação, ou seja, não ultrapassar o necessário para repeli-la. A legítima defesa, porém, é uma reação humana e não se pode medi-la com um transferidor, milimetricamente, quanto à proporcionalidade de defesa ao ataque sofrido pelo sujeito. Aquele que se defende não pode raciocinar friamente e pesar com perfeito e incomensurável critério essa proporcionalidade, pois no estado emocional em que se encontra não pode dispor de reflexão precisa para exercer sua defesa em equidade completa com a agressão. Não se deve fazer, portanto, rígido confronto entre o mal sofrido e o mal causado pela reação, que pode ser sensivelmente superior ao primeiro, sem que por isso seja excluída a justificativa, e sim entre os meios defensivos que o agredido tinha a sua disposição e os meios empregados, devendo a reação ser aquilataada tendo em vista as circunstâncias do caso, a personalidade do agressor, o meio ambiente etc. A defesa exercita-se desde a simples atitude de não permitir a lesão até a ofensiva violenta, dependendo das circunstâncias do fato, em razão do bem jurídico defendido e do tipo de crime em que a repulsa se enquadraria (Manual de Direito Penal. 25.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.171).

Entendo que o forte abalo emocional da ré no momento dos fatos e o explicável sentimento de revolta que nutria contra o ofendido que tentava agredir seu filho não podem ser considerados suficientes para caracterizar o alegado excesso doloso, especialmente diante de quadro probatório tão coeso a possibilitar o reconhecimento da excludente da legítima defesa. Assim, imperioso reconhecer a tese de legítima defesa, eis que comprovados nos autos os requisitos exigidos para sua configuração, quais sejam, a agressão injusta, atual ou iminente a direito próprio ou alheio; meios necessários usados moderadamente e o chamado animus defendendi. [...].

Também entende o TJMG:

[...]EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - LESÃO CORPORAL - LEGÍTIMA DEFESA CARACTERIZADA - EXCESSO -

INOCORRÊNCIA - ABSOLVIÇÃO - MEDIDA QUE SE IMPÕE - RECURSO DEFENSIVO PROVIDO.- Não há excesso na legítima defesa do acusado se este, depois de ter feito cessar a agressão que contra si era praticada, por dois agentes, interrompeu, voluntariamente, sua repulsa, não dando mais continuidade aos golpes, uma vez afastado de si seu agressor.- Recurso provido.[...][...]Destarte, data venia ao entendimento exposto pelo douto Sentenciante, vislumbro que, no caso em comento, não restou configurado o excesso na legítima defesa do acusado, posto que, consoante anteriormente exposto, este, depois de ter feito cessar a agressão que contra si era praticada, repita-se, por dois agentes, interrompeu, voluntariamente, sua repulsa, não dando mais continuidade aos golpes, uma vez afastado de si seu agressor/vítima.[...][...]Confira-se, ainda, a lição de BENTO DE FARIA: 'O homem que é subitamente agredido não pode, na perturbação e na impetuosidade da sua defesa, proceder à operação de medir e apreciar a sangue frio e com exatidão se há algum outro recurso para o qual possa apelar, que não o de infligir um mal a seu agressor; se há algum meio menos violento a empregar na defesa, se o mal que inflige excede ou não o que seria necessário à mesma defesa. É preciso considerar os fatos como eles ordinariamente se apresentam, e reconhecer as fraquezas inerentes à natureza humana, não se exigindo dela o que ela não pode dar; reconhecer mesmo as exigências sociais, que podem justificar o emprego de certos meios de defesa, suposto que não seja absoluta a necessidade desse emprego'. (Código Penal Comentado, 2010, 10ª ed., Ed. RT, p.264/265).

Do mesmo modo é a doutrina de Rogério Greco: "Meios necessários são todos aqueles eficazes e suficientes à repulsa da agressão que está sendo praticada ou que está prestes a acontecer. Costuma-se falar, ainda, que meio necessário é 'aquele 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.' (...)"(Curso de Direito Penal, Parte Geral, Volume I, 2009, 11ª ed., Ed. Impetus, p.347) [...].

4.1 Do excesso doloso

Há previsão do excesso em relação a todas as excludentes de antijuridicidade. O excesso é punível quando a repulsa a agressão injusta é excessiva. Tal excesso é punível, conforme previsão do artigo 23 do CP. O sujeito responderá pelo excesso doloso ou culposos.

O agente responderá pelo excesso doloso, sendo beneficiado pelas circunstâncias atenuantes do art. 65 do Código Penal ou minorante do art 121, parágrafo primeiro, do Código Penal.

Nessa modalidade do excesso, o agente tem consciência de que está excedendo e extrapolando na repulsa contra a injusta agressão.

Para Damásio (2014), o excesso não exclui a legítima defesa anterior.

Por exemplo, quando um sujeito moderadamente repele a injusta agressão, fazendo cessar o ataque, tendo que desferir cinco tiros contra o agressor para tanto, mas ainda assim prolonga sua ação, dando mais um tiro em seu algoz, sendo que esse último disparo leva o agente a morte, responderá pelo excesso, sendo que os cinco tiros disparados para fazer cessar a agressão serão amparados pela Legítima Defesa.

O sexto disparo já excedeu o limite necessário para repelir a injusta agressão, pois os cinco disparos anteriores já fizeram cessar a ação do sujeito.

Dotti (2013) ensina que doloso é o excesso quando o agente assume o risco de produzir o resultado contrário ao direito, seja empregando meios desnecessários, seja usando-os imoderadamente.

Para Delmanto (2016), no excesso doloso o agente quer deliberadamente um resultado além do necessário para repelir a injusta agressão.

Para Greco (2016), quando o agente depois de fazer cessar a injusta agressão, continua a atacar seu algoz, com o fim de causar mais lesões no mesmo ou até a morte dele, estará incorrendo na hipótese do excesso doloso. Sendo que também quando o agente, mesmo após fazer cessar a agressão, mediante erro sobre os limites de justificação, supõe que pode continuar com sua ação, inclusive matando seu algoz.

4.2 Do excesso culposo

O excesso será tido como culposo quando não for da vontade do agente a ocorrência do mesmo, em decorrência de erro escusável ou de erro de proibição.

Somente ocorrerá o excesso culposo em decorrência de erro, fruto de uma avaliação equivocada do agente, quando a situação não o permita avaliar de forma adequada as circunstâncias ou quando por negligência, imprudência ou imperícia os limites sejam ultrapassados.

Se por exemplo para fazer cessar a agressão o agente precisasse apenas de um disparo contra seu algoz, mas efetuou cinco ou mais, não com a intenção de matar, mas por ter tido uma falsa percepção da realidade fática, incorre no excesso culposo pelo uso imoderado dos necessários meios, devendo responder por eles, a título de culpa, pois descuidou-se.

Apenas será punível esse excesso quando houver a previsão da modalidade culposa do delito (por imperícia, negligência ou imprudência).

A doutrina ensina que essa modalidade de excesso existe quando o sujeito visa um resultado proporcional, mas o excesso advem de sua desatenção, assim o agente apenas responderá pelo crime na modalidade culposa, crime este oriundo do excesso.

Para Zaffaroni e Pierangeli (2015) apenas há uma explicação plausível para o que se denomina excesso culposo, no sentido de que é tratada uma ação dolosa, mas que conforme previsão do artigo 20 do CP, a lei impõe a pena do crime na modalidade culposa.

Carrara apud Guerrero (1997) pregam que o sujeito quando iludido acerca da gravidade do perigo iminente que mata ou fere não de a vontade de delinquir, não estando por completo no dolo. É reprovável sim a precipitação ou o erro no agir, caracterizando a culpa.

Delmanto (2016) no excesso culposo, apesar de não desejar o resultado, porém por não tomar o devido cuidado para não evitá-lo, o agente causa um resultado que extrapola o que seria necessário, respondendo pelo excesso, a título de culpa.

Sobre o excesso culposo, o TJMG entende:

[...]A argumentação Ministerial, no que toca à nulidade argüida, é no sentido de que os jurados reconheceram que os meios utilizados não eram necessários, "...caracterizando assim o excesso na legítima defesa (tese da acusação)" (fls. 186), mas no entanto "...equivocadamente negaram também por 4 a 3 a existência de excesso culposo e doloso" (idem). Primeiramente, é de se registrar que, conforme constou expressamente da Ata de fls. 153 que o Juiz Presidente esclareceu aos Jurados a possibilidade de absolvição dos réus, caso positivas as respostas aos quesitos de excesso doloso e culposo, sendo de se concluir que os mesmos votaram conscientemente tais quesitos.

Depois, conforme respeitável entendimento doutrinário e jurisprudencial, em casos como o aqui tratado, adoto o que manifestou o Dr. Procurador de Justiça em seu parecer:

"Verifico que não assiste razão ao Ministério Público no caso, eis que realmente não houve contradição na resposta dos jurados. Como a doutrina tem reconhecido, e neste ponto o sempre seguro Adriano Marrey, a figura do erro acidental é identificada em casos semelhantes, quando o Conselho de Sentença considera primeiro que houve excesso na legítima defesa, mas que este excesso não foi doloso nem culposo" (Parecer Ministerial, fls. 212). [...]

4.3 Excesso por caso fortuito

Caso o excesso venha em decorrência de caso fortuito, é aceito pela doutrina que o sujeito fique isento de pena e de culpa., sendo "o caso fortuito um acontecimento imprevisível e inevitável". (CARRARA apud GUERRERO, 1997).

Fortuito é o acidental, eventual ou imprevisto.

É possível que durante a repulsa a agressão, sobrevenha um acontecimento inevitável, que pode ser oriundo de fenômenos da natureza ou da ação antrópica, como um incêndio por exemplo.

4.4 Excesso exculpante

Para Greco (2016), esse tipo de excesso é quando o agente em um estado de alterado de consciência/confusão mental, por conta de medo por exemplo, acaba se excedendo na conduta, não sendo considerada dolosa ou culposa. Essa modalidade exclui a culpabilidade do agente.

4.5 Elementos Astênicos

Para Hungria e Fragoso (1980), os elementos astênicos compreendem o susto, a surpresa, a perturbação e o medo. Nessa modalidade, o excesso é escusável.

4.6 Elementos Estênicos

Para Hungria e Fragoso (1980), os elementos estênicos são o ódio, a excitação, a inveja e o ciúme. Nessa modalidade, o excesso é punível.

4.7 Excesso Intensivo

Greco (2016) ensina que é intensivo o excesso quando a vítima age sem moderação, já que sua reação já teria sido suficiente para fazer cessar a agressão, ou seja, poderia ter sido menos lesiva, sendo que o Excesso Intensivo é quando “por consternação, medo ou susto excede a medida requerida para a defesa”. (MIRABETE apud GRECO, 2016).

Para Teles (2004), o excesso intensivo é quando o agente faz uso de um meio com potencial lesivo que vai além daquele que é necessário ou faz um de um meio disponível em desproporção com a agressão.

Jesus (2014) leciona que quando a vítima é agredida e reage, essa reação tem um limite aceitável, sendo que após isso, sua ação já é considerada ilícita.

Esse excesso tem relação aos meios que foram empregados imoderadamente na conduta da vítima em repulsa à injusta agressão.

Em síntese, ultrapassados os limites para a situação em relação aos meios necessários ou ao uso dos mesmos, estará caracterizada a forma intensiva do excesso.

4.8 Excesso Extensivo

Mesmo cessada a agressão injusta, o agente continua com a repulsa.

Nas palavras de Greco (2016), que será extensivo o excesso quando o agente continua a agir, mesmo quando sua repulsa não se faz mais necessária para fazer cessar a agressão, já que esta não ocorria mais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se neste trabalho elaborar uma revisão bibliográfica acerca da Legítima Defesa à luz do Direito Penal pátrio, com enfoque no seu excesso, com a exposição dos elementos objetivos e subjetivos que a caracterizam.

A Legítima Defesa é o direito inerente ao ser humano, de exercer a autotutela a fim de resguardar sua integridade física e moral, quando ofendida ou em vias de ser por outra pessoa, ou seja, é um ato natural e instintivo de sobrevivência.

Para a existência da Legítima Defesa, percebe-se que além dos requisitos objetivos, deverá estar presente também o elemento subjetivo.

A ação só será legitimada caso a ofensa esteja ocorrendo ou prestes a ocorrer.

Entretanto, a Legítima Defesa apresenta limites para seu exercício, sob pena de que a ação transforme a vítima em algoz, caso os meios utilizados para a repulsa sejam imoderados e desproporcionais, caracterizando o excesso, que poderá ser punível ou escusável.

Será punível o excesso quando a vítima comete o excesso com ciência do que faz, agindo com dolo.

Escusável será, por sua vez, quando o excesso for em função de sentimentos incontroláveis ou que não podem ser evitados, como a ação sob medo ou pavor, mas simplesmente por instinto de defesa.

O excesso na Legítima Defesa, conforme visto, decorre quando o agente, amparado pela excludente em tela, dolosa ou culposamente, continua na ação, sem necessidade, tornando sua ação punível.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal - Parte Geral - Volume I**. 22.ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JR., Roberto. **Código Penal Comentado**. 9.ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal - Parte Geral - Volume I**. 18.ed. São Paulo: Impetus. 2016.

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

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal I**. Rio de Janeiro: Forense. 1980.

INELLAS, Gabriel César Zaccaria. **Da Exclusão de Ilicitude**. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2001.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Geral – Volume I**. 36.ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

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

MARINHO, Alexandre Araripe; FREITAS, André Guilherme Tavares; **Manual de Direito Penal - Parte Geral**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

MEDICA, Vincenzo Ia. **O Direito de Defesa**. Tradução de Paolo Capitanio. São Paulo: Bookseller. 1996.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal - Parte Geral - Volume I**. 32.ed. São Paulo: Atlas. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal - Parte Geral/Parte Especial**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.

PRADO, Luis Régis. **Curso de Direito Penal – Parte Geral/Parte Especial**. 14.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

SILVA JÚNIOR, Euclides Ferreira da. **Lições de Direito Penal Parte Geral**. São Paulo: Juarez de Oliveira. 1999.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas. 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal - Parte Geral**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal 1.0145.08.497063-4/001. Relator: Desembargador Adílson Lamounier. 5ª Câmara Criminal. 15 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>>. Acesso em: 04 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal 1.0331.07.004884-7/001 Relator: Desembargador Agostinho Gomes de Azevedo. 7ª Câmara Criminal. 29 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>>. Acesso em: 04 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal 1.0443.03.009291-2/001 Relator: Desembargador Delmival de Almeida Campos. 4ª Câmara Criminal. 04 de junho de 2008. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>>. Acesso em: 04 nov. 2016.