

MATHEUS PEREIRA GOMES

LEGÍTIMA DEFESA NA AÇÃO POLICIAL

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA
2021

MATHEUS PEREIRA GOMES

LEGÍTIMA DEFESA NA AÇÃO POLICIAL

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Me. José Rodrigues Ferreira Júnior.

ANÁPOLIS - 2021

MATHEUS PEREIRA GOMES

LEGÍTIMA DEFESA NA AÇÃO POLICIAL

Anápolis, ____ de _____ de 2021.

Banca Examinadora

RESUMO

Este presente trabalho explica o instituto da legítima defesa na atuação policial, enfocando que, o ordenamento jurídico brasileiro admite o instituto da referida excludente de ilicitude a toda pessoa que se encontre na iminência de ser agredido injustamente, agressão esta que possa vir a ser direcionada à honra ou até mesmo ao seu patrimônio. Esclareceu-se também que o policial faz jus ao seu direito fundamental, independente se está ou não em exercício da função. Com base nestas análises, a finalidade será na prática discriminante putativa, a chamada legítima defesa putativa, no âmbito da atuação policial. Este trabalho teve por objetivo geral: descrever o que é a legítima defesa como meio de exclusão de ilicitude através da ação policial, buscando descrever as noções sobre legítima defesa, crime, bem como, a legítima defesa e sua relação com a polícia na luz da Constituição Federal. Para que o mesmo se pautasse do êxito esperado, adotou-se uma metodologia de trabalho em que foram realizadas consultas em obras existentes e que versam fartamente sobre o assunto abordado. Conclui-se, dentro do exposto, que é possível averbar que o enquadramento da legítima defesa putativa ao Policial Militar em atividade é possível, em meio que, não teria como esperar-se uma resposta diferente considerando as variáveis presentes na hora do fato, ou seja, a reação entre decidir defender-se ou ser alvejado é curta e o saber diferenciar uma arma real de uma réplica durante uma situação real e com perigo não é relevante quando se tratam de vidas.

Palavras-chave: Legítima defesa. Policial Militar. Exclusão de ilicitude.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I – CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME.....	03
1.1 Fato típico	03
1.2 Illicitude.....	09
1.3 Culpabilidade.....	12
CAPÍTULO II – NOÇÕES GERAIS DE LEGÍTIMA DEFESA	15
2.1 Conceito.....	15
2.2 Evolução Histórica.....	17
2.3 Natureza Jurídica	20
2.4 Espécies de legítima defesa	22
2.4.1 Ofendículos	22
2.4.2 Real, Própria ou Autêntica	24
2.4.3 Putativa.....	25
2.4.4 Sucessiva	27
2.4.5 Recíproca.....	28
2.4.6 Honra	29
2.4.7 Legítima defesa e <i>aberratio ictus</i> (erro na execução).....	30
CAPÍTULO III – A LEGÍTIMA DEFESA E A RELAÇÃO COM A POLÍCIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	32
3.1 Aspectos gerais da legítima defesa real como causa de justificação perante o Código Civil e Penal Brasileiro.....	32
3.2 Aspectos gerais da legítima defesa putativa como causa de justificação perante o Código Penal Brasileiro.....	35
3.2.1 Responsabilidade penal.....	39
CONCLUSÃO.....	44
REFERÊNCIAS.....	46

INTRODUÇÃO

Este presente trabalho tem como temática a caracterização da legítima defesa putativa na ótica policial, visto que a sociedade ainda passa por uma sensação de insegurança todos os dias, demonstrada através dos altos índices de criminalidade, fazendo-se necessário estar pronto para defendermos a indivíduos terceiros, que sofram alguma agressão injusta, conforme os pareceres legais previstos na legislação.

A presente pesquisa encontra-se sob o título: legítima defesa putativa na ação policial. Isto se justifica, pois, o presente estudo enfatiza que visando a clareza em relação ao instituto, que apesar de pacífico diante das doutrinas penalistas, possui ainda muitas nuances, ou seja, tem o intento de identificar o conceito legal de legítima defesa, e suas consequências, tendo em vista uma exclusão de ilicitude.

Em complemento ao estudo da legítima defesa, deve ser realizado um aprofundamento quanto ao enquadramento legal dos crimes propriamente e impropriamente policiais, para identificarmos em quais cenários a aplicabilidade da presunção da legítima defesa poderia ser utilizada, se levado em considerações os seus limites éticos.

Logo, a presente monografia apresenta como objetivo geral: descrever o que é a legítima defesa como meio de exclusão de ilicitude através da ação policial.

No primeiro capítulo, tratou-se sobre o conceito analítico de crime, descrevendo suas especificidades: fato típico, ilicitude e, posteriormente salientando os elementos relevantes para a abordagem do crime dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Logo, o segundo capítulo apresentou as gerais de legítima defesa, descrevendo sobre a legítima defesa, seu conceito, evolução histórica, natureza jurídica, como também, os tipos de legítima defesa vigentes na legislação.

Por fim, o terceiro e último capítulo compreendeu a legítima defesa real, como também, a putativa, abrangendo os excessos, de modo a demonstrar que o agente que pratica, conseqüentemente, não responde por toda ação, mas apenas pelo excesso e fim. Em seguida, foram citadas algumas jurisprudências da defesa putativa em ação policial.

CAPÍTULO I – CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME

Este capítulo tem por objetivo fazer uma apresentação sobre o conceito analítico de crime e suas especificidades, discorrendo sobre o fato típico, abordar sobre a ilicitude e culpabilidade com enfoque em a legítima defesa, trazendo os elementos de maior relevância para a abordagem do crime dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

1.1 Fato típico

O conceito analítico de crime, apesar de ser amplamente discutido, por suas diversas concepções, prevalece no Brasil. Desse modo, no que versa sobre o conceito analítico da espécie de infração penal – crime – enquanto para a corrente que defende o dualismo, dentro da concepção analítica afirmar ser crime fato típico e antijurídico/ilícito, colocando a culpabilidade como mero pressuposto da pena, a tripartida defende que a culpabilidade integra o conceito (ROXIN, 2008).

O fato típico é o primeiro substrato do crime, ou seja, o primeiro requisito ou elemento do crime. No conceito material, fato típico é um fato humano indesejado norteado pelo princípio da intervenção mínima consistente numa conduta produtora de um resultado e que se ajusta formal e materialmente ao direito penal. É o fato humano descrito abstratamente na lei como infração a uma norma penal (ROXIN, 2008).

São elementos do fato típico: a conduta; o resultado; o nexo causal e a tipicidade. Isto posto, a Conduta pode ser dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, sendo o sinônimo de ação e de comportamento. Enquanto que a ação é baseada no

que o homem pode prever dentro de limites propostos, as consequências possíveis de sua conduta. Sendo assim, conduta é a ação ou omissão, voluntária e consciente voltada a uma finalidade (MASSON, 2011).

Quanto à finalidade pode ser lícita quando o agente atua com dolo, não explica os crimes culposos. De acordo com Hans Welzel (2001), “a vontade é espinha dorsal da ação final”. Também pode ser lícita quando o agente não quer cometer o delito, mas por negligência, imprudência ou imperícia, causa um resultado lesivo, previsto em lei.

Por conseguinte, o resultado que eventualmente surgir dessa omissão será irrelevante para a consumação do crime. Os crimes são sempre dolosos, não admitem tentativa. É indispensável que se analise o nexos causal entre a conduta omissiva e o resultado determinante da majoração de pena. Logo, os crimes próprios, a conduta prevista no tipo é negativa, ou seja, o tipo prevê uma inação (GRECO, 2016).

O crime não se trata de um ato jurídico, uma vez que uma de suas características não é a finalidade do agente de obter as consequências jurídicas do fato, elas ocorrem. O crime se trata de uma conduta humana de efeitos jurídicos involuntários (imposição de pena) e um ato que contrasta com a ordem jurídica (ato ilícito), pode-se situar o crime entre os fatos jurídicos (CAPEZ, 2013).

No âmbito social, o crime vai além de um fenômeno social, trata-se de uma realidade, pois, está presente no cotidiano da população e não pode ser classificado apenas como um conceito imutável, estático, e único, no espaço e no tempo. Assim, o conceito de crime evoluiu e se modificou ao longo do tempo (SANTOS, 2000).

Atualmente, devido as diversas modificações o Código Penal (CP) não traz mais em seu conteúdo a definição de crime como era o caso do Código Criminal do Império do ano de 1830 e o CP de 1890, cabendo à doutrina a conceituação do mesmo. Nesse sentido, o crime passou a ser conceituado de diferentes formas pelas inúmeras escolas penais (BARROS, 2006).

Assim, surgem os conceitos material, formal e o analítico. De modo que, o conceito material se refere à definição real, que estabelece o conteúdo do fato punível. O conceito formal faz correspondência à definição nominal, a relação do termo com aquilo que ele designa. E por fim, o conceito analítico, que é essencial pois indica os elementos que constituem o crime (SANTOS, 2000).

Conforme o art. 1º da Lei de Introdução do CP (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-1940), considera-se crime:

a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativamente ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente (MIRABETE, 2006, p. 42).

Desta maneira, o art.121 do CP fala sobre “matar alguém”, embora se consista numa violação à lei penal incriminadora, é permitido praticá-lo em caso de legítima defesa e dependendo de sua provocação, há ainda uma redução da pena. À vista disso, é notório que existem diversas brechas e definições quanto à conceituação e punição acerca do crime (BARROS, 2006).

No entanto, o direito não pode constituir um mal para a sociedade, outro fato que o materialismo radical previa uma culpabilidade maior para os crimes contra o patrimônio em detrimento dos crimes contra a vida, já que estes afetariam as classes dominantes em seu instrumento básico de poder e seguindo essa linha de pensamento, este conceito explica o fato de o latrocínio possuir uma pena maior que o estupro seguido de morte e homicídio (SANTOS, 2014).

Deste modo, vale ressaltar que o direito se caracteriza como um fato social, onde a análise deve ser também sociológica, que parte do pressuposto de que o direito incide num reflexo da sociedade, assim o crime deve ser eliminado, por se tratar de uma ofensa à sociedade (CUNHA, 2015).

O conceito formal de crime, pode ser compreendido como

aquilo que está previsto em norma penal que incrimine e, por via de consequência, esteja aquele à situação atribuída uma pena. Sendo, o fato típico e antijurídico que está descrito em lei, a conduta que a norma penal descreve (MARQUES, 1997, p. 116).

Em outra vertente, surge o crime moderno material, que defende que o crime é tido como um ato que ofende ou ameaça um bem jurídico tutelado pela lei penal, contrário ao conceito radical de crime material, que estabelece a proteção do bem material socialmente valioso. Assim, o crime é a "infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso".

Dessa forma, o conceito material moderno de crime passa a englobar outros bens jurídicos além do material como por exemplo o psicológico, moral, religioso, etc. E apesar de apresentar uma evolução em relação ao parâmetro anterior, apenas é possível obter o a forma mais exata de determinar o que é um crime através do conceito analítico de crime (SANTOS, 2014).

Em conseguinte, o crime pode ser conceituado por meio analítico que se divide em duas vertentes: o bipartido e o tripartido. Para a teoria bipartida o crime é um fato típico e antijurídico, sendo a culpabilidade apenas responsável por dosar a pena. Já na teoria tripartida, o crime é um fato típico, antijurídico e culpável. Tais conceitos sofrem indubitavelmente influência das teorias da ação, e as duas mais relevantes para o estudo dessas vertentes são a teoria causalista e a teoria finalista (BRANDÃO, 2001).

Assim sendo, a teoria causalista é a conduta que consiste em um comportamento humano voluntário que produz uma modificação no mundo exterior. Entretanto, o principal problema dessa teoria é o fato de que ela não associa a conduta realizada no mundo exterior com o aspecto psíquico interior do autor, já que não analisa o conteúdo da vontade (SANTOS, 2014).

Desse modo, a teoria causal ou clássica não estabelece uma diferença entre a conduta culposa da conduta dolosa, já que deixa de considerar a relação

psíquica do agente para com o resultado. Sendo assim ela desloca para a culpabilidade, o dolo e a culpa (CUNHA, 2015).

Para a existência do crime é necessária uma conduta humana positiva, isto é, uma ação ou omissão. Sendo necessário, ainda, que essa conduta seja típica, isto é, que a mesma esteja descrita em lei como infração penal. Destarte, só haverá crime, se for fato antijurídico, contrário ao direito por não estar protegido por causa que exclua sua injuridicidade. Analiticamente vale dizer que as características do crime são a tipicidade e a antijuridicidade (BRANDÃO, 2001).

Para tanto, a bipartida se trata de uma teoria finalista, onde o crime é todo “fato típico, e ilícito”, logo, para esses, a culpabilidade não integra a estrutura do crime, sendo apenas um pressuposto de aplicação da pena. Conseqüentemente, a ação passa a ser entendida como direção a um acontecimento real, uma atividade humana final (MIRABETE, 2006).

Segundo essa teoria a ação se dirige de maneira consciente a um determinado fim, dessa forma o indivíduo pratica uma ação executando um plano, com um fim próprio e dirigido. O sentido dessa teoria finalista gira em torno da consciência do fim, onde é possível que o agente preveja as conseqüências de sua conduta. Assim, o dolo é compreendido como uma finalidade dirigida a realizar os elementos subjetivos do feito típico (PEDROSO, 2008).

Já ao tratar-se da teoria tripartida, o crime é um fato típico e antijurídico e culpável. Possui compatibilidade com a teoria causalista, assim como com a finalista, onde o crime é tido como um fato típico, antijurídico e culpável. A antijuridicidade é definida de maneira formal, como a prática de uma ação típica contrária ao direito (WELZEL, 2001).

De modo substancial, o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bem jurídico protegido. Porém, é insuficiente para a dogmática penal, sendo necessária uma mais analítica, apta a pôr à mostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime.

Dentre as múltiplas definições analíticas propostas, é aceitável considerar as três notas fundamentais do fato crime: a ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade). O crime, nessa concepção que adotamos, é, pois, ação típica, ilícita e culpável (WELZEL, 2001).

José Frederico Marques (1997, p.201) afirma que:

para que o fato típico constitua crime não basta que seja antijurídico. O agente que praticou o fato lesivo de um bem jurídico, só terá cometido um crime se procedeu culposamente. A culpabilidade é inquestionavelmente um dos elementos do crime, que faz base humana e moral em que o delito tem suas raízes.

Conforme, Hanz Welzel (2001) a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são os três elementos que convertem uma ação em delito e estão vinculadas logicamente, de modo que, cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior. Em suma, a principal diferença entre a teoria bipartida e tripartida é o fato de que a primeira considera o dolo e a culpa como integrantes da culpabilidade enquanto a segunda considera o dolo e a culpa como integrantes da conduta.

Todavia, ambas consideram que para que haja crime é necessário que o fato seja típico, ou seja, um acontecimento que corresponde exatamente a um modelo de fato contido em uma norma penal incriminadora, e antijurídico, um fato ilícito, ou seja um comportamento humano que descumpre, desrespeita e infringe uma lei penal e que conseqüentemente fere o interesse social protegido pela norma jurídica (MIRABETE, 2006).

Porém, o conceito tripartido considera que para que seja caracterizado o crime é necessária culpabilidade, ou seja a imputabilidade, o dolo e a culpa, o potencial conhecimento da ilicitude além da exibibilidade de conduta diversa da praticada pelo agente que realizou o fato típico e antijurídico. Já para o conceito bipartido a culpabilidade consiste apenas em um pressuposto de aplicação da pena, ou seja, responsável por dosar a pena (DOTTI, 2005).

Por fim, pode-se concluir que tanto o conceito bipartido como o tripartido possuem compatibilidade com o finalismo. Já o causalismo possui compatibilidade

apenas com o conceito tripartido já que situa o dolo dentro da culpabilidade não integrando a estrutura do crime. Contudo, é possível notar que os efeitos de ambos os conceitos são mais teóricos do que práticos, já que para ambas se não houver a culpabilidade não haverá imposição de pena (MIRABETE, 2006).

1.2 Illicitude

A excludente de ilicitude está prevista no art. 23 do CP, excluindo a culpabilidade de condutas ilegais em determinadas circunstâncias. Conforme dispõe tal art., "não há crime quando o agente pratica o fato: em estado de necessidade; em legítima defesa; em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito" (BRASIL, 2019, *online*).

De modo geral, a lei prevê quatro excludentes de ilicitude, que são constantes no art. 23 do CP <https://www.iusbrasil.com.br/legislacao/1033702/c%C3%B3digo-penal-decreto-lei-2848-40>, sendo: o estado de necessidade, legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. Todavia, existe ainda as causas supralegais, como o consentimento do ofendido, sendo uma construção doutrinária e com amparo na jurisprudência (BRASIL, 2011, *online*).

Sendo assim, o CP em seu art. 24 traz:

Art 24 - considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável 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 (BRASIL, 1940, *online*).

Neste contexto, destaca-se os seguintes requisitos para que a conduta seja amparada pelo estado de necessidade a existência de um perigo atual ou iminente, um bem jurídico ameaçado, situação não provocada voluntariamente pelo

agente, conhecimento da situação justificante, inexigibilidade do sacrifício do bem ameaçado, e por fim o conhecimento da situação de fato justificante (DOTTI, 2005).

De fato, não existe uma diferença de natureza ontológica entre crime (ilícito penal) e ilícito civil, pois ambos ferem o ordenamento jurídico. Assim, a única diferença entre o ilícito penal e o ilícito civil é meramente formal, ou seja, aquela estabelecida na lei penal, se ali não está tipificada, é ilícito civil (GRECO, 2014).

Portanto, o legislador estabelece, por meio das figuras penais, quais ilícitos devem ser reprimidos através de sanções penais, prevendo-os como ilícitos penais, enquanto os demais estarão sujeitos apenas às sanções civis (indenização, restituição, multa civil, despejo, desapropriação, execução, etc.), administrativas (suspensão e demissão de funcionário, etc.), tributárias (multa tributária, acréscimos, etc.), entre outras (NUCCI, 2013).

Todavia, tal distinção não impede que, além da sanção penal ao autor de um crime de furto, por exemplo, seja imposta a sanção civil (restituição ou indenização), ao autor de peculato à sanção administrativa (exoneração do serviço público), ao de sonegação fiscal a pecuniária (multa), etc. (GRECO, 2014).

A ilicitude, é o segundo elemento do conceito analítico de crime e ocorre quando a conduta típica não pode ser justificada, contestando o ordenamento jurídico como um todo. Trata-se da relação de antagonismo entre o comportamento do agente e o ordenamento jurídico de forma ampla. Para tanto, essa avaliação deve recair sobre o acontecer e não sobre a personalidade do agente (DOTTI, 2005).

Quando nos referimos ao ordenamento jurídico de forma ampla, faz-se menção à ilicitude não se resumir à matéria penal, mas sim que pode ter natureza civil, administrativa e tributária. Desse modo, o método segundo o qual se comprova a existência da antijuridicidade consiste em constatar que a conduta típica não está justificada por nenhuma norma permissiva em nenhuma parte do ordenamento jurídico (BRANDÃO, 2001).

Para tratarmos da ilicitude, deve-se atentar à conduta do agente que deve obrigatoriamente violar uma norma do ordenamento jurídico penal, pois do contrário, por mais antissocial que seja o comportamento, não será considerado um ilícito penal. Porém, tal conceito, se limita a verificar apenas a existência de uma norma anterior à conduta e que esta contraria aquela, deixando transparecer somente uma natureza meramente formal da ilicitude. Desse modo, a doutrina não se satisfaz com a ilicitude meramente formal e aduz outro conceito: a ilicitude material (AZEVEDO, 1993).

A legítima defesa é considerada a causa de excludente de ilicitude prevista no art. 23, inciso II do CPB, que garante ao agente que repeliu uma agressão injusta atual ou iminente o direito de não ser penalizado, haja vista haver a exclusão do ilícito penal. Ou seja, quem agir em legítima defesa não estará cometendo crime nenhum, portanto, não há pena (NUCCI, 2013).

Nesse contexto, existe a necessidade de demonstrar que a mera contradição entre conduta típica e ordenamento jurídico não é suficiente para se concluir pela ilicitude. Francisco de Assis Toledo (1999) aduziu o seguinte conceito: "a relação de antagonismo entre um comportamento humano voluntário e o ordenamento jurídico, de sorte a causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem juridicamente tutelado".

Em complemento, além da contrariedade entre a conduta típica e o ordenamento jurídico (ilicitude formal), ainda se faz necessário que tal comportamento humano voluntário produza lesão ou exponha a perigo de lesão bem juridicamente protegido (ilicitude material) (NUCCI, 2013).

Desse modo, se a norma penal proíbe uma conduta sob ameaça de uma sanção, é porque aquela conduta causa lesão ou expõe a perigo de lesão o bem juridicamente tutelado, e se o agente insiste em praticá-la devemos concluir pela sua ilicitude, desde que não atue amparado por uma causa de justificação (MONTEIRO, 2003).

Visto isso, vê-se que não há a necessidade de se fazer distinção entre ilicitude formal e material. Pois, se a norma penal existe para proteger bem considerado relevante é sinal de que qualquer conduta que a contrarie causa lesão ou perigo de lesão será tutelado, o que faz com que se adote uma concepção unitária de ilicitude (GRECO, 2014).

Portanto, a distinção entre antijuridicidade formal e material é absolutamente desnecessária. Assim, toda conduta materialmente antijurídica também será formal, sendo assim, é impossível dissociar tais aspectos da antijuridicidade. Posto isto, considera-se antijurídico apenas o fato a ser julgado lesivo a um bem jurídico. Como consequência prática, ocorre a despenalização de fatos que perdem seu caráter lesivo e sua reprovabilidade (NUCCI, 2013).

Logo, se as normas penais, proibitivas ou imperativas, são construídas com a finalidade de proteger bens jurídicos, torna-se evidente que toda oposição à norma penal implica lesão ou perigo de lesão a um bem tutelado. Por fim, a ilicitude é a contrário entre a conduta e a norma penal incriminadora, do que decorre dano ou periclitado do bem jurídico tutelado. Sendo assim, é por meio da contrariedade entre a conduta e o direito, causando efetiva lesão ao bem jurídico protegido (MONTEIRO, 2003).

Nesse contexto, pode-se perceber que a tipicidade e a antijuridicidade passam a ser qualificadas na própria ação, subjetivando-as, onde também passa a se considerar a finalidade da conduta. Assim a antijuridicidade e a tipicidade não podem ser consideradas elementos puramente objetivos (WELZEL, 2001).

1.3 Culpabilidade

A culpabilidade considera os fatos como e exigibilidade da imputabilidade do agente e a possibilidade de este conhecer o caráter ilícito do fato praticado. Neste sentido o penalista Cláudio Brandão (2001) conclui que a culpabilidade consiste num juízo que reprova o autor de um fato típico e antijurídico, quando é verificado a imputabilidade e a consciência de antijuridicidade.

A culpabilidade, quando se refere ao conceito de crime, deve ser compreendido como:

O juízo de reprovação que recai sobre a conduta típica e ilícita que o agente se propõe a realizar. Trata-se de um juízo relativo à necessidade de aplicação da sanção penal. São duas, basicamente, as teorias desenvolvidas para fundamentar a culpabilidade do autor do fato típico e ilícito: o livre-arbítrio e o determinismo (CUNHA, 2015, p. 187).

Em conseqüente, Jair Leonardo Lopes (1999) aduz que a culpabilidade é o juízo de reprovação que incide sobre o agente da ação, tendo ou podendo este ter consciência da ilicitude de sua conduta, e que ainda assim age de modo contrário ao direito quando lhe era exigível.

Desse modo, os conceitos da culpabilidade são diversos dependendo do prisma em que se observa. Considerando o Código Penal Brasileiro (CPB) ter adotado a teoria limitada da culpabilidade, integram, por este viés, a culpabilidade: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. No tocante à imputabilidade, pode-se concluir que é a possibilidade que a responsabilidade por determinada conduta possa ser atribuída a alguém.

Sendo assim:

“A imputabilidade é elemento sem o qual: “entende-se que o sujeito carece de liberdade e de faculdade para comportar-se de outro modo, como o que não é capaz de culpabilidade, sendo, portanto, inculpável” (BITTENCOURT, 2012, p. 401).

Portanto, a imputabilidade será verificada pela possibilidade de o autor por responder ou não por seus atos. Neste sentido, existem três critérios a serem observados: biológico, psicológico e biopsicológico. Sendo assim, o critério biológico está relacionado ao desenvolvimento do sujeito, devendo ser observado se o agente possui alguma doença mental ou se atingiu a maioridade (FAGUNDES, 2019).

Por conseqüente, o conceito psicológico está associado ao agente no momento da conduta. Se quando praticou estava em condições de observar e entender o caráter lícito ou ilícito de seus atos. Já o conceito biopsicológico afirma

ser imputável aquele que ao tempo da ação ou omissão era capaz de compreender o caráter ilícito de seu fazer ou não fazer (BRANDÃO, 2001).

Neste sentido:

“Com a evolução do estudo da culpabilidade, não se exige mais a consciência da ilicitude, mas sim a potencial consciência. Não mais se admitem presunções irracionais, iníquas e absurdas. Não se trata de uma consciência técnico-jurídica, formal, mas da chamada consciência profana do injusto, constituída do conhecimento da imoralidade ou da lesividade de sua conduta” (BITTENCOURT, 2012, p. 423).

Isto posto, vale ressaltar que o último elemento da culpabilidade é a exigibilidade de conduta diversa, que determina que o agente tenha tido, no momento da ação ou omissão, possibilidade de atuar na forma da Lei (PEDROSO, 2008).

Por fim, a culpabilidade é apenas psicológica, conceituada como uma mera relação psíquica, entre o agente e o fato, limitando a comprovar a existência de vínculo entre eles. Logo, a culpabilidade se torna juízo de reprovação embasado no livre arbítrio, e é composta pela imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e potencial de consciência da ilicitude, o dolo e a culpa são deslocados para o tipo (PEDROSO, 2008).

CAPÍTULO II – NOÇÕES GERAIS DA LEGÍTIMA DEFESA

Este capítulo tem por objetivo fazer uma apresentação em torno das noções básicas sobre a legítima defesa, demonstrando seu conceito, sua evolução histórica, natureza jurídica, bem como, as espécies de legítima defesa.

2.1 Conceito

Abordada como uma das causas de excludente da antijuricidade, especificamente a segunda das causas, com previsão no Código Penal Brasileiro (CPB) e regulada pelo mesmo, compreende como legítima defesa, o uso do modo moderado dos meios para defender-se de uma injusta agressão, atual ou iminente, em sua defesa e/ou de terceiros (MATOS, 2019).

Diante deste contexto, pontua Guilherme de Souza Nucci (2005, p.222) que “a impotência do Estado torna válida a manifestação da vítima pela impossibilidade de seus agentes que se fazem presentes a todo momento em todos os lugares”, podendo o indivíduo, portanto, assegurar seus direitos.

Segundo o art. 23, inciso II, e o art. 25 do CPB, a legítima defesa é considerada um excludente de ilicitude, isto é, trata-se de uma exceção em que um

cidadão não é responsabilizado legalmente por um ato. Portanto, a legítima defesa determina que, em situações em que a agressão é atual ou iminente, o cidadão pode utilizar os meios necessários para defender a si mesmo ou outra pessoa, estando resguardado pela Lei. Ou seja, quem age em legítima defesa não comete nenhum crime, portanto, não há pena (BRASIL, 1940).

Na visão de Eugênio Pacelli e André Callegari (2019), a mesma compreensão é aplicada quando a defesa é em prol de terceiros e que tem seus direitos desrespeitados, tendo por base a estimulação feita pela legislação quando ao sentimento de solidariedade humana.

Eugênio Pacelli e André Callegari (2019) complementam ainda que o instituto de legítima defesa é cercado por teorias conceituais, dividindo-se em objetivas e subjetivas. A teoria subjetiva nos traz a ideia de que a legítima defesa se enquadra como excludente da culpabilidade do agente, pois consideram-se os motivos fundamentados pela vítima e seu ânimo. Por outro lado, a teoria objetiva é adotada pela legislação e pela maioria das doutrinas, pois dela tem-se a confirmação de que a legítima defesa é uma excludente de antijuricidade. E, baseando-se em fatos históricos, denota-se que o institui se dá pela necessidade primária do ser humano em defender-se em qualquer situação de risco, preservando a si próprio de forma moderada e mediata.

Ademais, conforme o CPB, a legítima defesa ocorre quando o indivíduo utiliza de forma moderada dos meios necessários para repelir uma injusta agressão em defesa própria ou de terceiros a fim de repelir uma agressão. Nesse contexto, vale ressaltar que nenhum direito é absoluto, incluindo-se o direito à vida. Colocando-se na balança, somente a vida teria peso suficiente para justificar a violação de outra vida (NUCCI, 2009).

Nesse sentido, é relevante abordar que ninguém é obrigado a abrir mão da própria vida para que outra sobreviva. Todavia, há situações em que a vida pode ser eliminada para garantir a continuidade de outra vida, é o que ocorre, por exemplo, em casos de legítima defesa. Para que se exista legítima defesa, a agressão deve ser, necessariamente, proveniente de ato humano, caso contrário,

restará caracterizado outra excludente de ilicitude (estado de necessidade) (FERRACINI, 1996).

O CPB nos traz no Art. 25 que em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. Ademais, eventuais lesões Corporais ou até mesmo a morte do agressor, não se caracteriza como crime, tendo em vista que a legítima defesa é excludente de ilicitude, ou seja, extingue-se o caráter ilícito da conduta do agente (BRASIL, 2011).

Observe-se, então a literalidade no CP:

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

I – em estado de necessidade;

II – em legítima defesa;

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

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste art., responderá pelo excesso doloso ou culposo (BRASIL, 1940, *online*).

É importante ressaltar que, o intuito da legítima defesa é cessar uma injusta agressão e não, necessariamente, matar ou lesionar gravemente o agressor. Devendo sempre observar proporcionalidade no caso concreto. No tocante a classificação da legítima defesa, essa se divide em duas: legítima defesa real e legítima defesa putativa (RAMOS, 2019).

Contudo, é importante destacar que a legítima defesa a pesar de esta positivada no CPB, não é um favor do estado, mas sim um direito natural do homem de preservar a própria vida.

2.2 Evolução Histórica

A história da legítima defesa confunde-se com a história do homem uma vez que este já nasce com o instinto de defender-se. A principal origem da legítima defesa é a conservação do homem, por isso é natural anteceder toda e qualquer codificação legal, sendo este o motivo de vários doutrinadores entenderem como um instituto que não tem história (BRUNO, 2003).

Entretanto, de acordo com o doutrinador Luiz Alberto Ferracini (1996) não se trata de uma verdade total o fato de considerarem que a legítima defesa não tem história, para ele poucos institutos têm uma história tão completa quanto ao instituto da legítima defesa.

A respeito do instituto da legítima defesa no direito romano, na época que são datados os primeiros documentos do Direito Romano, o instituto de legítima defesa já estava completamente desenvolvido, no entanto, os romanos não formularam com clareza a doutrina a respeito deste instituto, porém reconheceram o instituto da legítima defesa por completo, tendo os juristas à época, acentuado com cuidado, e sistematicamente os elementos psicológicos acerca do instituto de legítima defesa (ALMADA; 1975 *apud* DOMINGOS, 2019).

Em outro contexto, os romanos tinham como direito reconhecido a repulsa da violência pela violência. Guerrero (1997, p. 64) afirma que:

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

Ainda nas visões de Almada (1975) *apud* Ismael Vieira Domingos (2019, p.9, era admitido a legítima defesa no intuito de tutelar os bens da vida, como a proteção do integra pessoal ao pudor, e em relação aos bens apenas no caso que representasse risco à pessoa, estendendo-se também a defesa de seus entes familiares. A respeito dos requisitos, considerava-se uma compreensão da agressão atual injusta, caso não houvesse outra forma viável de repelir a agressão, sendo preferível a fuga e, em todo caso, moderadamente repelir a agressão.

Deste modo, fica evidente que para os romanos, embora a legítima defesa fosse um ato de ação individual, para que tivesse reconhecimento fez-se necessário algumas formalidades.

O mesmo não acontecia no direito Germânico que, por sua vez, assumia a legítima defesa um caráter particular, derivado do direito de vingança que poderia ser exercido imediatamente ou, até mesmo, antecipadamente pela vítima da agressão. Fundamentou-se na premissa de que uma pessoa pudesse vingar a morte de um parente, no próprio agente causador ou em seus familiares como forma de privar a paz do agressor (CAROLINO, 2007).

Em outro contexto, sabem-se que o Estado sofre grande influência da Igreja Católica, assim ao tratarmos sobre sua contribuição histórica pode-se dizer que foi crucial para o incremento e reconhecimento da legítima defesa, admitindo-se a repulsa, sob a condição de que seja proporcional ao ataque sofrido (CAPEZ, 2008).

É necessário compreender que a busca de vestígios da legítima defesa ao longo do tempo, passando pelo direito Romano, passando pelo Germânico, até chegar à legislação moderna é em vão, uma vez que nada condiz a direito e, sim, às formas primordiais de reação a ataques. Nesse sentido, Damásio Evangelista de Jesus (2002, p. 383) aduz que

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

Por outro lado, na Idade Moderna, com a inserção da legítima defesa no ordenamento jurídico, tendo sua previsão expressa, apartou-se da anterior inerente convergência com o crime propriamente dito (GUERREIRO, 1997).

Segundo cita Damásio Evangelista de Jesus (2002), o Estado absteve-se da sua total responsabilidade ao resguardar a sociedade e seus direitos individuais, tornando este instituto como uma exceção mediata de reação a um ataque injusto. Para o autor, a jurídica de legítima defesa surgiu quando o Estado reclamou para si próprio o castigo do autor em face da prática de uma ofensa pública e/ou privada, iniciando-se o processo evolutivo do direito ao punir e liberdade, isto é, de um lado,

o magistério estatal punitivo como forma de regressão ao delito e, de outro, a legítima defesa exercida por qualquer particular injustamente vítima de agressão.

Por fim, a noção jurídica do instituto da legítima defesa foi incluída aos poucos na legislação brasileira, em razão da inconformidade do Estado perante a instintiva e limitada oposição da força contra força, monopolizando para si a proteção dos direitos individuais, abrindo obrigatoriamente uma exceção, onde é permitindo que o indivíduo o substitua quando a agressão do injusto atacar seus direitos.

2.3 Natureza Jurídica

De acordo com Vânia Alberton Rohling de Souza (2021), como o Estado não consegue prever todos os acontecimentos, em seguida, não cumpre com o seu papel de precursor da segurança, o que impede de utilizar o seu poder para cessar uma ação criminosa contra a sociedade de bem, em meio que, não tem condições de estar no lugar dos atos delituosos no exato momento em que são praticados. Deste modo, surge o instituto de legítima defesa, isto é, o cidadão de bem com a possibilidade de repelir uma agressão injusta de forma legal, sem tornar-se punível.

Deste modo, o instituto da legítima defesa, em síntese, apresenta dois fundamentos: o primeiro é a defesa do ordenamento jurídico, afetando ante uma agressão injusta. O segundo é a necessidade de defender bens jurídicos perante uma agressão (SILVA, 2011).

Conforme Silvia Pimentel, Valéria Pandjjarjian e Juliana Belloque (2011) a maior complexidade da legítima defesa não é a sua natureza, e sim seu fundamento. Isto é, se define pela necessidade de conservar a ordem jurídica e de garantir o exercício dos direitos. Conforme seja acentuado um ou outro dos aspectos deste duplo fundamento, se insistira em seu conteúdo social ou individual.

Em um trecho de Guilherme de Souza Nucci (2009, p.266), ele afirma que “valendo-se da legítima defesa, o indivíduo consegue repelir agressões indevidas a direito seu ou de outrem, substituindo a atuação da sociedade ou do estado.

De um modo geral, o fundamento da legítima defesa é único, pois se baseia no princípio de que nenhum indivíduo pode ser obrigado a suportar o injusto. Trata-se de uma situação conflitiva, na qual o sujeito pode agir legitimamente, porque o direito não tem outra forma de garantir o exercício de seus direitos, ou melhor dito, a proteção de seus bens jurídicos (PIMENTEL; PANDJIARJIAN; BELLOQUE, 2011).

Da mesma maneira, Guilherme de Souza Nucci (2009) reforça que a legítima defesa é fundamentada no direito que uma pessoa possui de se defender de forma lícita, uma vez que, a ordem jurídica precisa ser mantida, cabendo ao particular assegurá-la de forma eficiente e dinâmica.

Damásio Evangelista de Jesus (2002, p. 385) complementa também que são estabelecidos dois grupos que procuraram fundamentar a legítima defesa: o primeiro grupo parte do princípio que o homicídio cometido em legítima defesa é voluntário, não se castigando o autor porque se fundamenta na conservação da existência, essa teoria é bastante restrita, uma vez que se baseia exclusivamente no homicídio, entendendo o instituto com escusa e causa de impunidade.

No que se refere ao segundo grupo fundamentado, a legítima defesa como exercício de um direito e causa de justificação, pois não atua contra o direito quem comete reação para proteger um direito próprio ou alheio ao qual o Estado não pode oferecer a tutela mínima, esta é a seguida pelo CP (GRECO, 2010).

Retornando a ideia anterior, Fernando Capez (2007) expõe que o Estado não tem condições de oferecer proteção aos cidadãos em todos os lugares e instantes, após, permite que se defendam quando não houver outro meio e, para isto reforça a exclusão de ilicitude, citado anteriormente na seção anterior.

Em complemento à citação anterior, como é de conhecimento de todos, o Estado, através de seus representantes, não pode estar em todos os lugares ao mesmo tempo, razão pela qual proporciona aos cidadãos a possibilidade de, em determinadas situações, agir em sua própria defesa (GRECO, 2016).

Destarte, a legítima defesa, estabelecida em lei, legaliza a defesa pessoa, contra uma agressão atual e iminente, visto que, esta agressão é extremamente injusta e a conduta do agressor seja tipificada em norma penal, isto é, a conduta do agredido, o qual comete ato típico para repelir uma injusta agressão suprindo a omissão do Estado em um momento de extrema necessidade. Sendo assim, contundente a defesa do agredido que não pode esperar até que a segurança pública possa ajudá-lo (SOUZA, 2021).

2.4 Espécies de legitima defesa

2.4.1 Ofendículos

Dentre os achados acerca da legítima defesa, encontra-se uma classificação feita por vários juristas e doutrinadores da área, cada uma delas abordando casos que especificam as situações em questão de cada fato ocorrido. Deste modo, serão analisadas de modo sucinto e objetivo.

Inserido como uma das espécies da legítima defesa, fazem-se presentes os ofendículos, que são as obstruções ou obstáculos que visam o impedimento de violação a propriedade ou qualquer outro bem. Estes podem ser na forma de muros, cercas, aramas, dificultando sua violação (NUCCI, 2019).

Nesta mesma linha de raciocínio, Guilherme de Souza Nucci (2019) reforça ainda que os ofendículos dividem-se em duas posições. A primeira é a instalação ou montagem dos aparelhos e afins, sendo este um direito expresso daquele que detém o bem jurídico protegido. Por outro lado, a segunda posição é dada a partir do momento em que os ofendículos atingem o seu objetivo, de uma reação programada e preordenada, proveniente de alguém praticar uma injusta agressão ao bem em caráter.

Constituindo-se estes como uma evidente situação de legítima defesa, ordena-se que sejam respeitados os mesmos requisitos do instituto em si, sendo um

deles a moderação, restando precisamente, que qualquer ato tido como excesso, será agente responsabilizador pelo resultado típico, doloso ou culposos, conforme o ocorrido (NUCCI, 2019).

No entanto, Damásio Evangelista de Jesus (2002) cita que a natureza jurídica dos ofendículos é motivo de grandes divergências dentre os doutrinadores. Alguns consideram uma situação de legítima defesa, outros compreendem que a utilização dos ofendículos é exercício de direito.

A questão mais delicada consiste, portanto, no exame de proporção entre defesa e ofensa. É muito complicando estabelecer esta proporção, levando-se em consideração o bem colocado em perigo, em meio que, não se sabe qual será o comportamento do agressor (SILVA, 2011).

Embora ainda exista este debate quanto a natureza jurídica, ambas as partes concordam que ainda que pertençam a um instituto ou outro, é notável que os ofendículos enquadram-se como causa de exclusão da antijuricidade, respaldados pelo uso legítimo de um direito ou em defesa do próprio (SILVA, 2011).

Neste sentido, sobre os ofendículos como defesa do patrimônio, Damásio Evangelista de Jesus (2005) explica claramente que:

Em sentido jurídico, significa aparato para defender o patrimônio, o domicílio ou qualquer bem jurídico de ataque ou ameaça. Ex.: cacos de vidro no muro, ponta de lança na amurada, armas de fogo que disparam mediante dispositivo predisposto, corrente elétrica na maçaneta da porta, corrente elétrica na cerca, células fotoelétricas que acendem luzes e automaticamente fecham portas, dispositivos eletrônicos que liberam gases, arame farpado no portão etc. (JESUS, 2005, p.397).

Desta forma, a discussão quanto à natureza jurídica dos ofendículos é de mero caráter presente, visto que, os mesmos são aceitos pelo nosso ordenamento jurídico, devendo o agente tomar certas precauções na utilização destes instrumentos, podendo ser responsabilizados pelos resultados provindos disto (SILVA, 2011).

2.4.2 Real, Própria ou Autêntica

Em termos gerais, a legítima defesa real, própria ou autêntica é a tradicional defesa legítima, como o próprio nome traz, configurando uma modalidade de excludente de ilicitude, aquela que proporciona ao agredido proteger-se de uma ação ilegítima e que pretende causar-lhe graves lesões e até a morte, ou ainda, para melhor identificação, o conceito desprende-se da segunda característica legal do estudo de um delito pela teoria do crime ou do conceito analítico do crime, a antijuridicidade (BITENCOURT, 2007).

Esta excludente na ótica de Cezar Roberto Bitencourt (2007), é uma proteção positiva no dispositivo legal, que tem como objetivo a proteção da pessoa contra agressão injusta, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, isto é, de terceiros, e com vontade e intenção de defender-se, expulsando o ataque com o uso de qualquer meio para isto, uma vez que, seja moderado e razoável, para que, na presente situação possa fazer cessar qualquer dano injusto, físico ou psicológico, que possa ter lhe causado.

Nesta configuração, para ser considerada uma defesa legítima real, e tornar-se o agente beneficiado com a exclusão de qualquer crime tipificado pelo ordenamento jurídico, a ação de defesa deverá cumprir todos os requisitos e exigências que estão previstas no CPB, especificamente dos arts. 23, inciso II e 25 *caput*, descritos no decorrer do presente trabalho, isto é, há que se agir perfeitamente dentro da previsão para se alcançar, o objetivo disciplinado pela lei (BRASIL, 1940).

E, finaliza-se com a clareza de Rogério Greco (2016) que se pronuncia ao conceituar a legítima defesa real ou autêntica, quando a situação de agressão injusta está efetivamente ocorrendo no mundo concreto. Existe, normalmente, uma agressão injusta que possa ser repetida pela vítima, atendendo aos limites legais.

2.4.3 Putativa

Rogério Greco (2016) define como legítima defesa putativa, aquela que só existe na mente do agente, e ocorre quando alguém pensar estar prestes a ser agredido, a sofrer agressões injustas, isto é, imaginar uma suposta iminente agressão a seu bem jurídico que possam causar-lhe uma lesão e até mesmo ceifar sua vida. Isto pode ser proveniente do medo ou desespero, ou fruto de ameaças que o indivíduo tenha recebido, contra as quais só pensa em defender-se, sendo anulado por este sentimento e, para tanto, adquira uma arma, ou qualquer outro instrumento e acabe agindo por erro do tipo ou de proibição imaginando receber uma injusta agressão.

Guilherme Nucci (2019) acrescenta que ela é decorrente de uma hipótese de erro, podendo ser chamada também de *ficta*, em meio que, ocorre ao indivíduo acreditar que está prestes a sofrer uma agressão, e então age de modo equivocado em defesa da própria ou de terceiros. Este erro torna-se justificável, afinal o perigo existe na imaginação do agente, existindo um erro de tipo ou proibição.

Segundo o CPB (1940), o art. 20, inciso I e art. 21, é expresso ao elencar as hipóteses de erros pelo agente e as combinações provenientes de dolo ou de culpa, cada uma com sua respectiva abordagem para determinação da sanção:

Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei. 27 § 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço (BRASIL, 1940).

Então, mesmo que equivocado e praticando tal ação de defesa, o indivíduo estará amparado pela excludente de ilicitude, dependendo, no entanto, do grau de defesa, caso haja graves lesões à pessoa que se imaginou como agressor (GRECO, 2016).

Importante salientar a importância da interpretação dos arts. A princípio, o primeiro art. citado trata-se de legítima defesa putativa, considerando as chamadas discriminantes putativas, que segundo Rogério Greco (2016), são: discriminar e/ou transformar o fato em um indiferente penal, isto é, para a lei penal, o fato cometido pelo agente não é tido como criminoso, visto que, o ordenamento jurídico penal permite que o agente atue da forma como agiu e as causas legais afastam a ilicitude e/ou antijuridicidade da conduta do agente, fazendo com que a mesma seja permitida ou lícita, encontradas previstas no art. 23 do estatuto, isto é, ao falar em putatividade, só é possível se referir às situações fictícias que só existem na mente do agente, onde o mesmo só acredita, por erro, que aquela situação existe.

Rogério Greco (2016) complementa ainda que: conjugando as discriminantes previstas no art. 23 do CP com a situação de putatividade, a situação imaginária só existe na mente do agente, quando se encontra as chamadas discriminantes putativas, afirmando que o agente atua supondo encontrar-se em uma situação de legítima defesa e, posteriormente não há, por exemplo, no caso de legítima defesa putativa, agressão alguma que justifique a repulsa pelo agente, ou seja, somente ele acredita que será agredido e, deste modo, imagina encontrar-se numa situação que estimule a sua legítima defesa, ofendendo a integralidade física do suposto agressor. Na realidade, não há uma agressão que possa justificar a repulsa levada a efeito pelo agente.

Sob esta perspectiva, é imprescindível que sejam impostos todos os meios de provas favoráveis ao agente, que possam fundamentar a alegação de erro, destacando-se o *animus defendi*, mesmo sendo esta espécie de legítima defesa uma forma *ficta*, imaginária, devendo este ter repetido a agressão legitimamente. Não deve confundir-se a putativa, com a subjetiva, sendo a última um erro escusável, que excluirá o dolo, culpa ou tipicidade do fato (NUCCI, 2019).

2.4.4 Sucessiva

Compreende-se por legítima defesa sucessiva, a ocorrência de um excesso praticado em virtude de uma injusta agressão, legitimando o agressor inicial a reagir para defender-se de uma reação excessiva. Analisada pelos doutrinadores como uma situação possível, é conceituada como a legítima defesa em repulsa ao excesso, praticando sucessivamente a primeira agressão (MIRABETE, 2007).

Rogério Greco (2016) expõem também que a excludente de ilicitude da legítima defesa é uma das mais necessárias e antigas a proteger os instintos do ser humano natural, aquele que busca o convívio em sociedade e vive como cidadão em uma coletividade. Ela só será praticada quando à agressão configurada na legítima defesa real com o elemento subjetivo do *animus defendendi*, que é a vontade única e importante do agente defender seu bem jurídico tutelado e representado pela sua integridade física, a própria vida ou de terceiros, sucedendo-se uma nova agressão do primeiro agressor, desta vez por defender-se da defesa do indivíduo inicialmente agredido.

Para atuar dentro da legítima defesa, é essencial que o agente esteja conforme as causas da justificação, visto que, o agente repulsou a agressão e, ainda assim continua a agredir, surgindo a legítima defesa sucessiva como uma reação contra o excesso (AZEVEDO-FILHO, 2010).

Sob esta ótica, Guilherme Souza Nucci (2009) cita um exemplo importante de legítima defesa sucessiva:

É situação perfeitamente possível. Trata-se da hipótese em que alguém se defende do excesso de legítima defesa. Assim, se um ladrão é surpreendido furtando, cabe, por parte do proprietário, segurá-lo à força até que a polícia chegue (constrangimento admitido pela legítima defesa), embora não possa propositalmente lesar sua integridade física. Caso isso ocorra, autoriza o ladrão a se defender (é a legítima defesa contra o excesso praticado)

Sendo assim, de forma objetiva, compreende que esta espécie de legítima defesa é inicialmente legítima, devido ao excesso, deixando de ser uma defesa e tornando-se uma agressão injusta, provocando para o agressor inicial uma legítima defesa sucessiva (AZEVEDO-FILHO, 2010).

2.4.5 Recíproca

Trata-se de uma reação defensiva não amparada pela lei, em meio que, a agressão é futura e incerta, não se coadunando com os requisitos exigidos pela legítima defesa. Se a agressão não é a atual ou eminente, mas, sim, futura, inexistente legítima defesa, não podendo, desta forma, alegar legítima defesa quem mata a vítima porque esta lhe ameaçou de morte (CAPEZ, 2007).

Este tipo de legítima defesa não é admitido no ordenamento jurídico, afinal falta o requisito da injusta agressão, já que não há como existir injusta agressão para ambos os agentes ao mesmo tempo, com isto não se pode falar em legítima defesa recíproca.

Neste contexto, dá-se o entendimento de E Magalhães Noronha (1999) que traz que não existe legítima defesa recíproca, apontando exemplos que aparentemente parecem contradizer o que se pontua, porém não procede. Se, para haver legítima defesa é mister existir uma agressão injusta, não sendo compreendida como esta possa ser ao mesmo tempo justa e injusta.

Cezar Roberto Bitencourt (2007) expõe também que é inadmissível legítima defesa contra legítima defesa, anterior a impossibilidade de defesa lícita no que diz respeito a ambos os contentores, como é o caso típico de duelo. Apenas será possível a legítima defesa recíproca quando um dos contentores incorrer em erro, caracterizando a legítima defesa putativa.

A possibilidade é nula diante do fato de os dois agentes se agredirem reciprocamente, de modo mútuo, não caracterizando uma agressão injusta, inviabilizando conseqüentemente a legitimação de qualquer um deles, o que

impossibilita a decisão do juiz, o que acarreta na necessidade de provas evidentes (MATOS, 2019).

Logo, tendo em vista a complexidade desta modalidade de legítima defesa ao constatar que houve uma reciprocidade de injustas agressões, aos detentores de poderes e deveres de identificar e fazer com que conforme a lei, alguém pague pelo ato ilícito cometido contra *outrem*, torna-se obscuro saber quem é o detentor do direito amparado pela excludente de ilicitude por não ter, realmente, praticado ato ilícito e ter recebido uma injusta agressão (GRECO, 2016).

No entanto, se ao fim da instrução de processo para elucidação do fato que venha a estabelecer a legítima defesa verdadeira não seja possível determinar quem iniciou uma agressão injusta atual ou iminente e/ou se a investigação para compreender quem foi o agressor e quem foi agredido concretizando-se infrutífera, deverá o juiz valer-se do princípio *in dubio pro reo*, absolvendo consecutivamente os dois agentes (GRECO, 2016).

2.4.6 Honra

Uma outra espécie bastante discutida, é a legítima defesa de honra. Sabe-se que a honra é relevante, resguardado e tutelado pela legislação, e como qualquer outro bem assim colocado, estimula que o seu detentor aja em sua defesa, sendo acobertado por uma então, excludente de ilicitude (NORONHA, 1999).

E, como a fama do indivíduo, seja boa ou ruim, irá influenciar nas suas relações, pois a legítima defesa de honra merece maiores atenções, visto que, nela encontra-se peculiaridades minuciosas e até contravenções porque dependendo do caso, pode ser objeto de legítima defesa, informação que, conforme o estabelecido no CPB no capítulo V, nos arts. 138, 139 e 140, a honra moral é um direito subjetivo do ser humano (PEDROSO, 2000).

Ainda conforme Fernando de Almeida Pedroso (2000), para os chamados crimes de honra moral regulados pelo CPB não é permitido o amparo da legítima defesa, trazendo a posição de que como tais crimes são unissubsistentes, isto é,

crimes que não precisam de fracionamento da conduta na fase do delito, ou no chamado *iter criminis*, sendo consumados em apenas um ato, diferentemente dos plurissubsistentes, que são crimes que necessitam de vários atos para se consumar.

Para tanto, o autor reforça que para que sejam configuradas as modalidades da legítima defesa é sempre indiscutível que a repulsa, isto é, o ato praticado pelo agredido para se defender, de forma moderada ou proporcional aos casos, sem conduta defensiva excessiva o agente será amparado pela exclusão do crime praticado, e que a forma utilizada seja apenas o necessário para concluir a repulsa ou revide de uma agressão injusta atual ou iminente (SOUZA, 2021).

2.4.7 Legítima defesa e *aberratio ictus* (erro na execução)

Identifica-se como *aberratio ictus*, ou aberração no ataque como traduzido por Rogério Greco (2016), o erro na execução, ocorrendo quando uma conduta atinge um alvo diferente do pretendido, no caso em análise, uma pessoa diferente daquela que se queria, até o momento, atingir com os atos defensórios, configurando o erro na execução da defesa pretendida.

Esta é uma hipótese possível de ocorrer que é regulada pelo art. 73 do CPB, *in verbis*:

Art. 73. Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no § 3º do art. 20 deste Código. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste Código (CAPEZ, 2007, *online*)

Sobre o que está descrito no Código, Fernando Capez (2007, *online*) adiciona que:

“*Aberratio ictus*” na reação defensiva: é a ocorrência de erro na execução dos atos necessários de defesa. Exemplo: para defender-se da agressão de “A”, “B” desfere tiros em direção ao agressor, mas, por erro, atinge “C”, terceiro inocente. Pode suceder que o tiro atinja o agressor “A”, e por erro o terceiro inocente “C”. Nas duas hipóteses, a legítima defesa não se desnatura, pois a teor do art. 73

do CP, “B” responderá pelo fato como se tivesse atingido o agressor “A”, ou seja, a pessoa visada e não a efetivamente atingida

Diante do erro cometido, Rogério Greco (2016) cita que, na execução, o agente que estava agindo em sua própria defesa, estará amparado pela legítima defesa e não responderá criminalmente, em meio que, o agente agredido estará agindo como se estivesse atingindo seu real objetivo, que era repelir a agressão injusta do agressor. E, ao agir com *animus defendendi*, acaba por ferir outra pessoa e não seu agressor, ou mesmo ambos (agressor e terceiros) – neste caso, a mesma ferida ou até morta a pessoa diversifica do seu agressor, pois o resultado provindo da aberração no ataque – *aberratio ictis* – estará também amparado pela causa de justificação da legítima defesa, não podendo, portanto, responder criminalmente.

CAPÍTULO III – A LEGÍTIMA DEFESA E A RELAÇÃO COM A POLÍCIA NA LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Este capítulo tem por objetivo fazer uma contextualização acerca da legítima defesa real e putativa na e sua relação com a polícia inserido na ótica da CF, abordando sobre os excessos da legítima defesa, de modo a demonstrar que o agente que pratica não responde por toda ação, mas somente pelo excesso e por fim, citar algumas jurisprudências da defesa putativa em ação policial.

3.1 Aspectos gerais da legítima defesa real como causa de justificação perante o Código Civil e Penal Brasileiro

É possível averbar que o Estado, ao contrário dos agentes públicos, responde objetivamente pelos danos causados aos administrados. Desta forma, se um Policial Militar, no exercício de suas funções, causar danos a terceiros, o Estado estará obrigado a indenizar a vítima. Todavia, poderá reaver a quantidade despendida do agente causador do dano através de regresso, caso este venha a agir com dolo ou culpa (MINUSCOLI; MARTINS, 2018).

De acordo com Fernando Capez (2011), reforça-se a legítima defesa real, a qual é entendida pelo ânimo de defender-se para salvar a própria vida. Devem estar presentes os requisitos subjetivos e objetivos, isto é, configura-se diante de uma agressão injusta, atual e iminente, devendo o agente possuir conhecimento para estar atuando sobre o manto da justificante.

Entretanto, Rogério Greco (2009) demonstra que, quando o agente atuar além do necessário para repelir a injusta agressão, incorrerá em excesso doloso ou culposos, respondendo nestas hipóteses. Na situação de excesso doloso, embora se cesse a agressão, a repulsa continua de forma consciente, desproporcional e imoderada, respondendo pelo fato típico praticado em sua forma dolosa. Por outro lado, no excesso culposos se o agente agir com prudência normal evita-se o excesso.

Diante disto, é comum durante a atuação policial militar deparar-se com criminosos armados que vão atentar contra a vida do agente público, devendo este agir de maneira imediata com fulcro no instituto da legítima defesa real para salvar sua própria vida. Logo, diante destas situações excepcionais, pode vir o agente público a atingir terceiros, havendo, assim, *aberratio ictus* (MINUSCOLI; MARTINS, 2018).

Júlio Fabbrini Mirabete e Renato Fabbrini (2011) salientam que o *aberratio ictus* é o erro de execução. Neste contexto, embora o alvo seja identificado, se uma terceira pessoa é atingida por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o mesmo deve ser punido.

Sob esta perspectiva, Júlio Fabbrini Mirabete e Renato Fabbrini (2011) destacam que na ocorrência de *aberratio ictus* o policial militar, ao reagir a uma atual, iminente e injusta agressão, comete erro na execução e atinge uma terceira pessoa, diferente da pretendida. Nesta situação, deve-se aplicar o art. 73, combinado com o art. 20, inciso III, ambos dispositivos do CPB. Considerando-se, portanto, a pessoa que almejava atingir com todas as qualidades e circunstâncias.

Damásio Evangelista de Jesus (2013) acrescenta também que, no caso de erro sobre a pessoa e erro na execução existem uma vítima real. Nestes casos, consideram-se os aspectos e circunstâncias da vítima. É imperioso distinguir as diferenças entre o erro sobre a pessoa e o erro na execução. No primeiro há erro na identificação da pessoa ao passo que, no segundo a pessoa é identificada, porém erra por acidente ou no uso dos meios de execução.

Certamente, Fernando Capez (2011) cita que no *aberratio ictus*, o agente pretende atingir determinada pessoa, porém por erro na execução ou por acidente vem atingir terceiros, apreciando-se as características e qualidade da pessoa que se pretende atingir. Sendo assim, a reação do policial deve ser considerada como praticada contra o agressor real, não se descaracterizando, a legítima defesa.

Neste sentido, todavia, caso não restar configurada a legítima defesa, o erro do policial militar caracterizará homicídio culposo, crime de competência da Justiça Militar Estadual. Na culpa, há uma violação do dever objetivo de cuidado que é imposto a todos, por imprudência, negligência e imperícia, provinda de uma conduta voluntária, não desejada e nem querida, porém previsível e possível de ser evitada com os devidos cuidados (NUCCI, 2013).

Frente ao Código Civil (CC) de 2002, no art. 186, mensura que a ação ou omissão voluntária, por negligência ou imprudência, que violar direito e causar dano, considera-se ato ilícito, devendo indenizar. Após, o art. 188, inciso I, do mesmo dispositivo legal, elenca que não comete ato ilícito quem agir em legítima defesa.

Em complemento à citação anterior, o CPB, no art. 23, inciso I, II e III, traz as discriminantes, isto é, condutas que excluem o crime. De acordo com o dispositivo, ao agir em legítima defesa, dentre as suas diversas modalidades, o agente público estará atuando de forma lícita, não sendo responsabilizado criminalmente. Logo, agindo em legítima defesa real, faltará a ilicitude na conduta do agente, não podendo este, ser punido criminalmente (BRASIL, 1940).

Há de mencionar-se a independência das esferas civil e penal. Esta responsabilidade penal é fruto do cometimento de crime funcional ou não, sujeitando o infrator a suportar as penas impostas e efeitos legais da condenação que se encontram estipulados nos arts. 91 e 92 do CP (MEIRELLES, 2004).

Rogério Sanches Cunha (2013) descreve ainda que a independência das esferas civil, penal e administrativa não é absoluta, vinculando-se na hipótese de absolvição na esfera penal por inexistência do fato ou negativa de autoria. Nestas

situações, a decisão do juízo criminal irá produzir efeitos na esfera civil e administrativa, o que não se vê em casos de absolvição por insuficiência de provas.

Por fim, o art. 65 do CP estabelece a vinculação dos efeitos da esfera penal da esfera civil quando houver absolvição no juízo criminal com fulcro na legítima defesa, elidindo a responsabilização civil por não estar presente a antijuricidade da conduta (BRASIL, 1940).

3.2 Aspectos gerais da legítima defesa putativa como causa de justificação perante o Código Penal Brasileiro

O instituto da legítima defesa é um dos mais antigos dentro do direito, sendo causa que exclui a antijuricidade de um fato típico. Tal reação, é considerada legítima e autorizada pelo Direito, tendo como principal foco o *animus defendendi*, ou seja, se legitima por tratar-se de uma defesa contra uma conduta reprovável de terceiro (MEDAUAR, 2009).

A legítima defesa no Brasil é mencionada primeiramente, no art. 23, inciso II, do CPB, onde é trazida como excludente de ilicitude. Por conseguinte, no art. 25 também do CPB, se especifica o que entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem (NUCCI, 2014).

O CPB, art. 25, como o Código Penal Militar (CPM) art. 44, conceitua a legítima defesa como a utilização moderada dos meios necessários para repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. Isto posto, a legítima defesa:

Trata-se de causa de exclusão de ilicitude que consiste em repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, usando moderadamente dos meios necessários. Não há, aqui, uma situação de perigo pondo em conflito dois ou mais bens, na qual um dele deverá ser sacrificado. Ao contrário, ocorre um efetivo ataque ilícito contra o agente ou terceiro, legitimando a repulsa (CAPEZ; PRADO, 2012, p.98).

O dever primordial do Estado é garantir a segurança e a integridade física de todos, mas o poder público, através dos seus agentes de segurança, não consegue evitar a prática de crimes em todos os lugares, motivo pelo qual assegura aos cidadãos a possibilidade de atuar em sua própria defesa em algumas situações previstas em lei (MIRABETE, 2011).

Nesse sentido Rogério Greco (2018, p. 134) ensina que “[...] o Estado, por meio de seus representantes, não pode estar em todos os lugares ao mesmo tempo, razão pela qual permite aos cidadãos a possibilidade de, em determinadas situações agirem em sua própria defesa”.

Para tanto, preenchendo todos os requisitos da legítima defesa na atuação policial, é incontestável a certeza da aplicação da absolvição, conforme prevê o art. 386, inciso VI do Código de Processo Penal:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva desde que reconheça: [...] VI. Existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20,21,22,23,26 e §1º do art. 28, todos do CP) (NUCCI, 2014, p. 142).

Diante disso, uma das principais excludentes de ilicitude é a legítima defesa, que leva quem está sendo agredido a repelir a injusta agressão. É importante lembrar que a legítima defesa só pode ser utilizada de acordo com requisitos previsto em lei. Em complemento, a legítima defesa permite que direitos de terceiros sejam defendidos, enquadrando perfeitamente na atividade policial, considerado que a missão principal do agente de segurança pública é proteger o bem jurídico (MARCÃO, 2014).

Todavia, não se pode caracterizar como legítima defesa uma agressão passada ou futura. Caso a agressão já tenha ocorrido no passado, a conduta do agredido não é preventiva, é uma conduta vingativa ou pode ainda ser classificada como comportamento doentio (DI PIETRO, 2006).

Conforme ensina Júlio Fabbrini Mirabet:

Não atua, porém, em legítima defesa, aquele que pratica o fato típico após uma agressão finda, que já cessou. A reação deve ser imediata à agressão ou tentativa dela; a demora na reação não configura a discriminante. Quem, provocado pela vítima, se dirige a sua residência, apanha uma arma e volta para o acerto de contas não age licitamente. (MIRABETE, 2006, p. 183).

No tocante à atuação policial na legítima defesa e o estrito cumprimento do dever legal, vale ressaltar que tratam-se de duas excludentes, que em grande parte da atuação policial são realizadas simultaneamente, visto que o policial primeiramente exerce o estrito cumprimento do dever legal quando realiza uma abordagem, acompanhamentos, recaptura de foragidos, podendo essas ações saírem do controle e evoluir para uma legítima defesa, para isso, basta que o criminoso tente contra a integridade física do policial (FAGUNDES, 2019).

Portanto, o policial que reage a uma agressão injusta atua em legítima defesa e não em estrito cumprimento do dever legal, visto que ninguém tem o dever legal de matar alguém, salvo no caso de guerra declarada, previsto no art. 5º, inciso XLVII, alínea “a” e art. 84, inciso XIX, ambos da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2006).

Ademais, tanto na legítima defesa como no estrito cumprimento do dever legal o policial está amparado pela exclusão de ilicitude, sendo que não será permitido o andamento da persecução penal, proporcionando a rejeição da denúncia ou queixa, nos termos do art. 395 do Código de Processo Penal (CAPEZ; PRADO, 2012).

Em conseqüente, ao tratarmos da legítima defesa putativa, é necessário ressaltar que, ocorre quando alguém por um erro justificável pelas circunstâncias, repele o que acredita ser uma agressão injusta e atual. Desse modo, Fernando Capez (2011) conceitua legítima defesa putativa como sendo a errônea suposição da existência da legítima defesa por erro de tipo ou erro de proibição. Desse modo, a vítima idealiza que irá sofrer uma injusta agressão, que na verdade não existe.

Assim sendo, a legítima defesa putativa existe quando o agente supõe por erro que está sendo agredido e repele a suposta agressão. Tal modalidade está prevista no art. 20, parágrafo 1º, do CPB (BRASIL, 1940):

Art. 20. O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

§1º É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo.

A legítima defesa putativa é aquela defesa imaginária que uma pessoa tem sobre outra pessoa e que, quando realiza o ato de se defender contra a outra pessoa, acredita que realizou a sua legítima defesa, porém, na verdade ela acabou utilizando de sua força em excesso, vez que nada iria lhe acontecer (CAPEZ, 2011).

Todavia, não é fácil de se comprovar se a conduta do agente que sofreu a agressão foi praticada com ou sem dolo, ou se houve de fato o erro que caracterize a legítima defesa putativa, porém, existem diversos meios probatórios aceitos pelo ordenamento jurídico vigente, dentre eles, o princípio da verdade real ou material que possibilita a livre análise das provas pelo juiz, limitada esta análise à obrigatoriedade da fundamentação (CAETANO, 2010).

Em outra vertente, ao tratarmos da discriminante putativa, pode-se concluir que, ocorre quando o sujeito, levado a erro pelas circunstâncias do caso concreto, supõe agir em face de uma causa excludente de ilicitude. As causas excludentes de ilicitude, por sua vez, são: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito (JESUS, 2010).

Isto é, o agente, no contexto em que se encontra, se confunde, achando estar autorizado a agir em legítima defesa, estado de necessidade ou qualquer daqueles outros. Exemplo: sujeito supõe que está sendo assaltado e reage, dando um soco naquele que, em verdade, não o estava assaltando. Surgindo assim a legítima defesa putativa (BASTOS, 2010).

Em suma, tal a expressão putativa significa imaginária. Portanto, uma discriminante (excludente de ilicitude) putativa jamais terá natureza de causa excludente da ilicitude, pelo simples fato de que ela não é real. Sendo tratada como modalidade de erro, a hipótese adequar-se-á ao art. 20, parágrafo 1º ou ao art. 21 do CP (JESUS, 2010).

Ademais, as discriminantes putativas dividem-se em erro de tipo permissivo e erro de proibição indireto. Desse modo, podem se expressar por um erro de tipo permissivo ou um erro de permissão. Em suma, no erro de tipo permissivo há erro sobre a situação fática; já no erro de permissão, o erro incide sobre a existência ou os limites da justificante, tendo em vista a teoria limitada da culpabilidade (JESUS, 2010).

Sendo assim, no erro de tipo permissivo, não há coincidência entre o que se passa na cabeça do agente e o que ocorre no mundo real. Pois, aquilo que o agente acha que está acontecendo, na verdade não está acontecendo. Por algum motivo, a realidade acaba sendo distorcida (LEANDRO, 2016).

Já no erro de proibição indireto da discriminante putativa por erro de proibição há coincidência entre o que se passa na cabeça do agente e o que ocorre no mundo real. Portanto, de fato o que se acha é o que está de fato ocorrendo no mundo real. Sendo assim, o erro se dá em relação à existência da justificante ou de seus limites (LEANDRO, 2016).

3.2.1 Responsabilidade penal

A atividade policial envolve a observação dos princípios e a legislação para amparar tais ações. Logo, a polícia age legalmente no exercício de suas funções e ocorre uma injusta agressão, o que repele tal injusta agressão de forma a preservar a sua própria vida ou a de outrem (ESTEFAM, 2018).

Em geral, a legítima defesa é uma excludente de ilicitude prevista no art. 23, inciso II, do CP, que garante ao agente que repeliu uma agressão injusta atual ou iminente o direito de não ser penalizado, haja vista haver a exclusão do ilícito

penal. À vista disso, quanto ao excesso punível, o agente, em qualquer das hipóteses deste art., responderá pelo excesso doloso ou culposo (GRECO, 2018).

Dessa forma, Damásio Evangelista de Jesus (2002), aduz que:

A antijuridicidade, segundo requisito do crime, pode ser afastada por determinadas causas, denominadas 'causas da exclusão da antijuridicidade' ou 'justificativas'. Quando isso ocorre, o fato permanece típico, mas não há crime: excluindo-se a ilicitude, e sendo ela requisita do crime, fica excluído o próprio delito. Em consequência, o sujeito deve ser absolvido (JESUS, 2002, p. 360).

Portanto, o uso moderado dura enquanto a cessa agressão, pois, quando a agressão do mesmo modo deve-se cessar a reação, porém, se o agente continua reagindo mesmo depois de cessada tal agressão surge o excesso da legítima defesa, respondendo dolosa ou culposamente (MARCÃO, 2014).

De fato, não existe uma norma exata referente à proporcionalidade, pois varia conforme a situação em que o policial se encontra, todavia, tem que existir um limite equivalente a agressão sofrida, pois não é justificável, por exemplo uma guarnição em patrulhamento, quando ocorre o arremesso de objetos que a reação seja fazer o uso da arma de fogo, assim, deve ser utilizada uma arma de menor potencial ofensivo (CARLOS, 2013).

Vale destacar que do mesmo modo com que o cidadão comum responde pelo excesso na legítima defesa, o policial também pode responder judicialmente, caso se comprove tal excesso. Assim, o CP estabelece em seu art. 23, § único que se houver excesso em qualquer das hipóteses de excludente de ilicitude prevista em algum dos incisos, responderá pelo excesso doloso ou culposo (ESTEFAM, 2018).

Sendo assim, André Carlos (2013, p. 283) explica que “o excesso doloso ocorre quando o agente, deliberadamente, após ter agido lícitamente, resolve extrapolar as balizas estabelecidas por uma causa excludente da ilicitude.” Ou seja, primeiramente, o agredido age de forma lícita, porém, por dolo ou culpa acaba agindo de forma ilícita.

Logo, o excesso culposo é quando o agente imagina que ainda está sendo agredido e continua se defendendo e reagindo. Dessa forma, é de suma importância que o policial que agiu em legítima defesa produza provas durante a persecução penal, pois, se ao reagir a uma injusta agressão não tiver provas suficientes demonstrando que agiu em legítima defesa, poderá enfrentar problemas e ter prejuízos quanto à sua absolvição (MARCÃO, 2014).

Portanto, para que seja possível alegar legítima defesa é necessário que o indivíduo agredido atue nos exatos termos previstos na lei. Se houver excesso por dolo ou culpa, o agente poderá responder. Por conseguinte, no que se refere à legítima defesa sucessiva é vista como a resistência contra o excesso na legítima defesa, ou seja, quando quem está sendo agredido se defende de forma legítima, porém, ao se defender comete o excesso, e a legítima defesa sucessiva é a reação imediata ao excesso (FAGUNDES, 2019).

Conforme ressalta Rogério Greco (2018),

[...] a agressão praticada pelo agente, embora inicialmente legítima, transformou-se em agressão injusta quando incidiu no excesso. Nessa hipótese, quando a agressão praticada pelo agente deixa de ser permitida e passa a ser injusta, é que podemos falar em legítima defesa sucessiva, no que diz respeito ao agressor inicial. Aquele que viu repelida a sua agressão, pois injusta inicialmente, pode agora alegar a excludente a seu favor, porque o agredido passou a ser considerado agressor, em virtude do excesso (GRECO, 2018, p. 142).

Para tanto, no excesso da legítima defesa é definido que o agente que pratica não responde por toda ação, mas somente pelo excesso, salientando que em caso de legítima defesa putativa, os agentes de segurança pública são isentos de sanções penais, todavia, o Estado poderá ser responsabilizado civilmente (ESTEFAM, 2018).

No tocante à jurisprudência, a seguir pode-se dizer que é pacífica nesse entendimento, pois:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. POLICIAIS MILITARES INVESTIGADOS POR HOMICÍDIO. EXCLUDENTES DE ILICITUDE DA LEGÍTIMA DEFESA E DO ESTRITO CUMPRIMENTO DO

DEVER LEGAL RECONHECIDAS PELO JUIZ SUSCITANTE E SUSCITADO. TROCA DE TIROS COM A VÍTIMA, QUE TERIA RESISTIDO A PRISÃO, APÓS PRATICAR UM ROUBO. MILITARES EM SUA FUNÇÃO TÍPICA. 1. Não se vislumbra indícios mínimos de dolo homicida na conduta praticada. Tanto é assim, que os juízos suscitante e suscitado decidiram pelo arquivamento do inquérito policial, ao reconhecer que os policiais militares agiram resguardados pelos excludentes de ilicitude da legítima defesa e do estrito cumprimento do dever legal. (AgRg no cc 133875/SP. nº 2014/0115118-1. Terceira Seção. Rel. Ministra Laurita Vaz. Ac. Em 13/08/2014) (JUS BRASIL, 2014).

Logo, o Supremo Tribunal Federal, RECURSO EXTRAORDINÁRIO: 972.173 ES 2017/972.173. RELATORA MIN. ROSA WEBER. DJ. 30/05/2017) reafirma a mesma questão, ao também trazer uma ementa sobre o agravo regimental em conflito positivo de competência que traz policiais militares investigados por homicídio, com excludentes da ilicitude da legítima defesa e estrito cumprimento do dever legal, reconhecidas através do juízo suscitante e suscitado, com troca de tiros com a vítima que, conseqüentemente, reagiu à prisão, após praticar um roubo (BRASIL, 2017).

Esta mesma ementa demonstra que os militares estavam em sua função típica e, nesta situação, configurou-se uma possibilidade de homicídio doloso que não afastou o disposto no art. 9, inciso II, alínea a, do CPM, competência da justiça castrense, com agravo regimental e desprovido. Brasil (2017) destaca nesta situação então que: embora as alterações introduzidas pela Lei nº 9.299/96 tenham a exclusão do rol de crimes militares o crime doloso contra a vida praticado por militar contra civil, competindo à Justiça Comum e julgamento do referido delito.

Em seguida, Brasil (2017) acrescenta que não se vislumbrou indícios mínimos de dolo homicida na conduta praticada, tanto que, os juízos suscitante e suscitado decidiram pelo arquivamento do inquérito policial, ao reconhecer que os Policiais Militares agiram resguardados pelas excludentes de ilicitude da legítima defesa e estrito cumprimento do dever legal, bem como, inexistindo *animus necandi* na conduta investigada, praticada pelos militares em serviço, no exercício de sua função típica, evidencia a competência da Justiça Militares, em termos do art. 9º, inciso II, alínea c, do COM e, com precedentes do agravo regimental desprovido.

A seguir no respectivo julgado do Tribunal de Justiça Estado do Paraná, há em reconhecido a legitimidade na atuação dos policiais militares que no estrito cumprimento do dever legal agiram amparados pela excludente da legítima defesa:

Fagundes (2019) reforça que a decisão dos integrantes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR – 1ª C. Criminal – RSE – 1157459-9 – Colombo – Rel.: Miguel Kfourí Neto – Unânime – J. 09.04.2015), por unanimidade de votos, em fornecer provimentos aos recursos em sentido estrito, para absolver sumariamente os acusados em questão: Fabiano Nogueira Ciocari, Mac Gregori Solk e Rafael Ricardo Luza, fundamentado no art. 415, inciso IV, do CPP. Dentro da ementa, os recorrentes foram: Rafael Ricardo Luza, Fabiano Nogueira Ciocari e Mac Gregori Solek. Este processo foi recorrido pelo Ministério Público do Estado do Paraná.

Segundo o relator da ementa: Des. Migue Kfourí Neto, os recursos foram analisados em sentido estrito, como homicídio qualificado (art. 121, inciso IV, do CP), com pretensão de absolvição primária, alegando-se legítima defesa própria e de terceiros e estrito cumprimento do dever legal, procedente. Neste sentido, diante da situação dos policiais militares, houveram provas cabais de que os acusados agiram amparados pela excludente de ilicitude da legítima defesa, recurso provido para absolver sumariamente os recorrentes. FAGUNDES, 2019).

Logo, o policial que reage a uma agressão injusta atua em legítima defesa e não em estrito cumprimento do dever legal, visto que ninguém tem o dever legal de matar alguém, salvo no caso de guerra declarada, previsto no art. 5º, inciso XLVII, alínea “a” e art. 84, inciso XIX, ambos da Constituição Federal de 1988 (TRINDADE, 2019).

Destarte, tanto na legítima defesa como no estrito cumprimento do dever legal o policial está amparado pela exclusão de ilicitude, sendo que não será permitido o andamento da persecução penal, proporcionando a rejeição da denúncia

ou queixa, nos termos do art. 395 do Código de Processo Penal (BITENCOURT, 2012).

CONCLUSÃO

Durante o decorrer do trabalho, notou-se que o instituto da Legítima Defesa é relativamente complexo, visto que é necessária uma análise minuciosa de todos os requisitos elencados no art.25 do CPB, além do requisito subjetivo, aceito por uma parte da doutrina e recusado pela outra parte.

Este trabalho em questão foi tratado principalmente da legítima defesa na atuação policial, haja visto ainda existir indagações errôneas que asseguravam que o policial, quando de serviço ao reagir a uma agressão injusta e iminente praticar o estrito cumprimento de um dever legal, quando na verdade ninguém tem o dever de matar nem de ferir, salvo na legítima defesa quando preenchido as particularidades e mesmo assim, não é um dever e sim um direito.

Analisou-se também que o CPB já prevê como causa que enseja a excludente de ilicitude do crime e, conseqüentemente o agente não será penalizado por seus atos, pois a legítima defesa, se dá quando o agente usando moderadamente dos meios necessários, repele uma injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de terceiros.

E uma variação doutrinária desta excludente é a denominada legítima defesa putativa, que se configura quando o agente imagina estar em legítima defesa, reagindo, então, a uma agressão inexistente, e é amplamente aceita pela doutrina.

Deste modo, o mais coerente, em uma reação em legítima defesa, seria a adoção de teoria de que a vítima e/ou terceiro pode dispor-se do meio que estiver

disponível (seja ele qual for) no momento em que estiver sofrendo uma atual ou iminente agressão, desde que este meio seja utilizado moderadamente. Isto é, os meios necessários deverão ser utilizados até que esta agressão cesse, não importando, às vezes, que o mesmo venha a ser colocado em prática, buscando-se, assim, que a agressão finalize.

Verificou-se ainda que o policial treinado para exercer sua função com o uso moderado da força, caso seja necessário, já que possui poder de polícia, tem a prerrogativa para, no modo da lei, atuar como um agente regulador, com o objetivo de preservação, da ordem pública e da incolumidade das pessoas e das coisas.

Nesta perspectiva, se um policial, no exercício em atividade, repele injusta agressão, ainda que presumidamente, como por exemplo, no caso de o indivíduo estar portando uma réplica de arma de fogo, tem-se que ele deve estar amparado pelo instituto da legítima defesa

Por conseguinte, diante do que foi apresentado, espera-se ter respondido ao questionamento do nosso trabalho, lembrando que os meios necessários, no momento da iminência ou ataque, deverão ser utilizados pelo policial de forma moderada, no intuito de que excessos não se constatem, o que, caso for, lhe trará responsabilidades perante a justiça.

REFERÊNCIAS

ALMADA, Celio De Melo. **Legítima Defesa:** Legislação, Doutrina, Jurisprudência, Processo. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1975.

ALVES, Karina Nogueira. **Legítima defesa putativa.** 2011. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20100919222603.pdf> . Acesso em: 07 fev 2020.

AZEVEDO, David Teixeira de. **A culpabilidade e o conceito tripartido do crime.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

AZEVEDO-FILHO, José Hygino de. **Do excesso na legítima defesa.** 2010. 48f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Uniceub, Brasília, 2010.

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

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITENCOURT, César Roberto. **Código Penal Comentado.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. 1940. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10637722/artigo-20-do-decreto-lei-n-2848-de-07-de-dezembro-de-1940>. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF, Senado, 1998.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Novo Código Civil**. Legislação Federal. Disponível em: http://www.planato.gov.br/ccil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 07 abr. 2022.

BRASIL. **Código Tributário Nacional (CTN)**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. **Código de Processo Penal, Constituição Federal e Legislação Complementar**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Universo jurídico**. 2017. Disponível em: http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/1691/legitima_defesa_propria_e_de_terceiros. Acesso: 10 jun. 2021.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral I**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais de Direito Administrativo**. Almedina, 2010.

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

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal.** Parte geral. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal.** São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal:** parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. **Código Penal Comentado.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARLOS, André. **Teoria Geral do Delito.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2013.

CAROLINO, Anderson Zeferino dos Santos. **A legítima defesa como causa excludente da ilicitude.** 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/50026/a-legitima-defesa-como-causa-excludente-da-ilicitude>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal:** parte geral. Salvador: Jus Podium, 2013.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal:** parte Geral. Salvador: JusPodivm, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DOMINGOS, Ismael Vieira. **A legítima defesa como causa da exclusão de ilicitude e os seus elementos de caracterização**. 2019. 40f. Monografia (Bacharel em Direito) – UniEvangélica, Anápolis, 2019.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**, 2ª Edição. São Paulo: Editora Forense, 2005.

ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral** (arts. 1º a 120 – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

FAGUNDES, Yuri Hugo Neves. **Tiro Policial e a Excludente de Ilícitude da Legítima Defesa**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF, 2019.

FERRACINI, Luiz Alberto. **Legítima Defesa**. São Paulo: De Direito, 1996.

GRECO, Rogério. **Atividade policial: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais**. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. Vol. 1. 18º ed. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Impetus: 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 17.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018.

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

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JUS BRASIL. **Casos de Jurisprudência em Legítima Defesa Policial**. 2014. Disponível em; <http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/159374253/lei13060-14>. Acesso em: 09 jun. 2021.

LEANDRO, Allan Antunes Marinho. **Armas de fogo e legítima defesa: A desconstrução de oito mitos**. – 1.ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

LOPES, Jair Leonardo. Curso de direito penal, parte geral. 3. ed. **Rev. Atual. São Paulo**: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas: Bookseller, 1997.

MATOS, Érica Mara de Freitas. **A legítima defesa como causa de excludente de ilicitude**. 2019. 46f. Monografia (Bacharel em Direito) – UniEvangélica, Anápolis, 2019.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 7. ed. São Paulo: **Revista dos tribunais**, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MINUSCOLI, Alcenir Luis; MARTINS, João Mário. A responsabilidade civil do Policial Militar decorrente de homicídio de terceiro praticado em legítima defesa real na ocorrência de *aberratio ictus*. **Revista Ordem Pública**, v.10, n.1, jan/jul. 2018

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2011.

MONTEIRO, Flávio Augusto. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 34^a ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 6. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2009

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal - parte geral**. 9. ed. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Método, 2008.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Direito penal: (parte geral)**. 3ª ed., ver., atual, e ampl. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2000.

PIMENTEL, Silvia, PANDJIARJIAN, Valéria; BELLOQUE, Juliana. **“Legítima Defesa da Honra”** Ilegítima impunidade de assassinos: Um estudo crítico da legislação e jurisprudência da América Latina. Artigo científico. 2011. Disponível em: <<http://www.ifch.unicamp.br/pagu/sites/www.ifch.unicamp.br.pagu/files/colenc.04.a04.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2020.

RAMOS, Mauro Lucio. **Legítima defesa**. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br>. Acesso em: 12 abr. 2022.

ROXIN, Claus; trad. Luís Greco. **Estudos de direito penal**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 5. ed. 2012. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SILVA, Daiane Soares. **Excesso na legítima defesa**. 2011. 44f. Monografia (Bacharel em Direito) – Universidade Vale do Rio Doce, Governador Valadares, 2011.

SOUZA, Vânia Alberton Rohling de. **Os excessos na legítima defesa e a responsabilidade penal**. 2021. 42f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Universidade do Sul de Santa Catarina, Braço do Norte, 2021.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal**, São Paulo: Saraiva 1999.

TRINDADE, Pedro Gabriel dos Santos. **A atividade policial e a legítima defesa**. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-legitima-defesa-antecipada-como-causa-supralegal-de-exclusao-da-ilicitude/>. Acesso em: 07 abr. 2022.

WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal**. Traduzido por: PRADO, Luiz Regis Prado. 3ª ed. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2001.