

**ASSOCIAÇÃO EDUCATIVA EVANGÉLICA
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA-FACER
CURSO DE DIREITO**

MATHEUS GODOY FAUSTINO

**A LEGÍTIMA DEFESA DO CIDADÃO
E O SEU EXCESSO**

**RUBIATABA
2016**

MATHEUS GODOY FAUSTINO

**A LEGÍTIMA DEFESA DO CIDADÃO
E O SEU EXCESSO**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Ciência e Educação de Rubiataba-FACER, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Ms. Marcelo Marques de Almeida Filho.

RUBIATABA

2016

MATHEUS GODOY FAUSTINO

A LEGITÍMA DEFESA DO CIDADÃO E O SEU EXCESSO

Trabalho de conclusão do curso apresentado à FACER Faculdades como pré-requisito para obter o título de Bacharel em Administração, orientado pelo professor Marcelo Marques de Almeida Filho.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a Marcelo Marques de Almeida Filho
Orientador

Prof.
Examinador

Prof.
Examinador

Rubiataba, ____ de _____ de _____.

AGRADECIMENTO

Agradeço primeiramente a Deus por me proporcionar este momento ímpar em minha vida, pois sem ele nada somos e nada podemos. Em segundo lugar agradeço a todos os meus familiares que sempre me apoiaram me dando forças para buscar superar todas as dificuldades ao longo desta caminhada. Em Especial agradeço a minha namorada Edielly Stéfany por todo o apoio e compreensão. Pelos meus amigos acadêmicos agradeço por toda amizade, em especial ao meu amigo Ivo Mateus. Agradeço também meu amigo e orientador Prof. Marcelo Marques de Almeida filho o mais sincero agradecimento.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a todos os que sempre me ampararam, em especial aos meus pais Elias Faustino e minha mãe Maria Lúcia Andrade Godoy, a minha irmã Debórah Godoy Faustino. Ao professor Marcelo Marques Filho. Aos amigos que contribuíram direta ou indiretamente neste trabalho, em especial a todos os amigos do Curso de Direito.

Que os vossos esforços desafiem as impossibilidades, lembrai-vos de que as grandes coisas do homem foram conquistadas do que parecia impossível (Charles Chaplin).

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por escopo analisar a legítima defesa dando enfoque ao seu excesso. Expor conceitos pertinentes ao tema, os aspectos objetivos e subjetivos das causas de exclusão de ilicitude, os tipos e requisitos de legítima defesa, os tipos de excesso, bem como a evolução histórica na legislação pátria, que nem sempre fez previsão do excesso na legítima defesa. A explanação é feita de forma objetiva e clara ao longo de todo trabalho, com exemplos hipotéticos, reais, contudo cabíveis, e jurisprudências atuais, para assim mostrar que o tema não é obsoleto, pelo contrario. É pretendido também, afirmar que o instituto da legítima defesa é inerente ao homem, pois surgiu com ele, que o excesso não é autônomo, que é importante sua caracterização, para que seja o agente responsabilizado por sua conduta excessiva, já que o Código Penal traz expresso no parágrafo único, do art. 23, que será punido aquele que agir em excesso em quaisquer das hipóteses de excludente de ilicitude, incluindo também, obviamente a legítima defesa.

Palavras-chave: Agressão Injusta; Animus Defendi; Atual ou Iminente; Agressão, Excesso e Erro; Legítima Defesa.

ABSTRACT

This monograph aims to analyze the right of self-defense focusing its excess. It shows relevant concepts to the topic, the objective and subjective aspects of the causes of exclusion of illegal, the types and the rightful self-defense requirements, the types of excess, as well as the historical evolution of the homeland legislation, which did not always predict the excess of legitimate defense. All exposure is done in an objective and outspoken way throughout the whole work, with hypothetical examples, but, reasonable and current case law, thus showing that the issue is not obsolete, but just the opposite. It is also intended to show that the institution of self-defense is inherent to mankind, because it came up with us, that excess is not autonomous, that is important its characterization, in order that the agent have to take the responsibility for his excessive conduct, since the Criminal Code brings express in the sole paragraph of art. 23, that will be punished who act in excess in any conjecture of excluding of illegal, including of course the right of self-defense.

Keywords: Unjust Agression; Animus Defendi; Actual or Imminent; Agression, Excess, Error; Legitimate Defense.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 DA ILICITUDE	12
1.1 CONCEITO E DEFINIÇÃO JURÍDICA	12
1.2 CAUSAS DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE	13
1.3 CAUSAS SUPRALEGAIS	15
1.4 ASPECTOS: OBJETIVOS E SUBJETIVOS DAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE...	15
2 LEGÍTIMA DEFESA	16
2.1 CONCEITO	16
2.2 HISTÓRICO	17
2.3 NATUREZA JURÍDICA E FUNDAMENTOS	18
2.4 LEGÍTIMA DEFESA X ESTADO DE NECESSIDADE	22
3 DOS REQUISITOS DA LEGÍTIMA DEFESA	23
3.1 DOS BENS TUTELÁVEIS	23
3.2 AGRESSÃO INJUSTA, ATUAL E IMINENTE	23
3.2.1 Provocação	25
3.2.2 Necessidade de defesa	26
3.3 USO MODERADO DOS MEIOS	27
3.4 DEFESA DE OUTREM	29
3.5 ELEMENTOS SUBJETIVOS (ANIMUS DEFENDI)	30
4 ALGUMAS ESPÉCIES DE LEGÍTIMA DEFESA	31
4.1 LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA	31
4.2 OFENDÍCULOS	32
4.3 LEGÍTIMA DEFESA RECÍPROCA	33
4.4 LEGÍTIMA DEFESA SUCESSIVA	34
4.5 LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA	34
4.6 DO ERRO E EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA	36
4.6.1 DO ERRO	37
4.6.2 CONCEITO DE EXCESSO	37
4.6.3 DOS TIPOS DE EXCESSO	38
4.6.3.1 Excesso intensivo	38
4.6.3.2 Excesso extensivo	38
4.6.3.3 Excesso exculpante	39
4.6.3.4 Excesso culposo	39
4.6.3.5 Excesso doloso	41
4.7 DO EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS	44
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	45

INTRODUÇÃO

A legítima defesa é intrínseca ao ser humano, nasce com ele, emana dele, não se trata de um direito criado ou legislado pelos homens, é um direito natural, ou seja, assim como para toda ação há uma reação, segundo o filósofo Aristóteles, também para toda agressão injusta há a legítima defesa, que foi tutelada e ratificada pela lei.

Feliz foi a colocação de Toledo (2009): “o reconhecimento da faculdade de autodefesa contra agressões injustas não constitui uma delegação estatal, como já se pensou, mas a legitimação pela ordem jurídica de uma situação de fato na qual o direito se impôs diante do ilícito”.

É sabido que o instituto da legítima defesa é de interesse de toda a sociedade, razão pela qual se aplica o princípio da solidariedade, apoiado em tal princípio quem estiver em condições de exercer a legítima defesa, própria ou de outrem, estará legitimado a exercê-la, desde que se contenha nos limites da norma prevista.

O Ordenamento jurídico brasileiro prevê no Artigo 23 do Código Penal a exclusão da ilicitude, significa que o indivíduo que encontrar-se em uma ou mais das condições ali descritas, após cometer determinados atos, não terá ele cometido crime algum, dada a exclusão da ilicitude do ato praticado.

Os momentos adequados para apontar as condições legais do exercício de autodefesa são: estado de necessidade, legítima defesa e estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. Entretanto, o mesmo artigo suso em seu parágrafo único reza que o indivíduo que age em qualquer uma destas hipóteses responderá pelo excesso doloso ou culposos, e mais a diante o Art. 25, que trata da legítima defesa, afirma que ao agente é permitido defender-se (autodefesa) quando de frente a injusta agressão, porém deverá fazê-lo de forma moderada, compatível ao perigo do qual se encontra envolvido.

Alguns problemas e questionamentos surgem ao longo do trabalho dentre eles se destacam a forma de identificar e distinguir a legítima defesa de seu excesso na prática jurídica; qual é o momento que o inicialmente agredido se torna agressor; como punir o excesso e qual punição cabível; ou ainda quais as formas existentes de excesso. O intuito é responder de forma clara e concisa todas essas dúvidas.

Infelizmente muitos são os indivíduos que valendo-se deste direito natural e intrínseco ao ser humano, praticam atos ilícitos e o justificam como sendo legítima defesa.

Para esse impasse, torna-se imprescindível e melindroso ao magistrado diante de um caso em que o infrator invoca a tese de defesa aduzindo legítima defesa, atentar-se para uma detalhada e minuciosa apuração dos requisitos que identificam a mesma, e principalmente o agente autor do fato que pretende avocá-la terá o ônus de provar que defendeu-se por meios moderados e justo, pois o indivíduo que em sua ação ultrapassar o nível necessário para repelir a agressão cometerá excesso em sua defesa.

Seguindo estes trilhos os questionamentos a serem brevemente respondidos neste presente trabalho são: o que é legítima defesa? Existe excesso na legítima defesa? Porque torna-se necessário identificar um excesso na legítima defesa? Como fazer esta identificação? Quais os pressupostos que devem ser observados? Qual seria o comportamento da vítima em face ao seu agressor? Como avaliar seu comportamento? Que meios e que modos são admitidos usar no momento da defesa? Quais os tipos de legítima defesa?

Apresenta-se o trabalho dividido em cinco capítulos, contendo informações consoantes ao tema abordado em epígrafe.

O primeiro capítulo define o conceito de ilicitude, mostrando o enquadramento jurídico, suas causas de exclusão, as causas supralegais e os aspectos objetivos e subjetivos.

O segundo capítulo conceitua a legítima defesa, e traz breves noções históricas, aborda também natureza jurídica, os fundamentos da legítima defesa e a distinção de legítima defesa e o estado de necessidade.

O terceiro capítulo menciona os bens tuteláveis e os requisitos da legítima defesa, conceituando cada um deles.

O quarto capítulo mostra algumas espécies de legítima defesa e os seus respectivos conceitos, bem como o tratamento do excesso na legítima defesa e os tipos de excesso.

O quinto e último capítulo trata do excesso na legítima defesa e os tipos de excesso.

O presente estudo de pesquisa apresentado à disciplina de monografia jurídica como requisito parcial para a conclusão do curso de bacharelado em Direito, tem por escopo analisar se cabe ou não a configuração do excesso na legítima defesa em casos de autodefesa.

A legítima defesa neste trabalho é analisada e estudada à luz do nosso Direito Penal.

No que tange ao método de pesquisa, adotamos no presente trabalho o método exploratório-descritivo, com pesquisas bibliográficas, em sites e documentais, incluindo jurisprudências e recentes súmulas, com posicionamento dos tribunais nacionais referentes aos casos concretos.

Portanto, todo e qualquer ser humano está vulnerável a sofrer uma agressão injusta. É certo que é inerente a ele o instituto da legítima defesa, contudo, cabe a ele saber que há um

limite a ser seguido no momento da autodefesa, para que ela seja considerada legítima, daí a importância social do presente estudo, mostrar que existe um instituto que o resguarda de agressões injustas, porém, a de ser seguidos critérios para que não seja ele punido por excesso. Segundo (MUNHOZ, Wellington. Âmbito Jurídico. Rio Grande., 2007).

1. DA ILICITUDE

1.1 CONCEITO E DEFINIÇÃO JURÍDICA

Na aplicação da sanção estatal almeja-se a justa pena, fundada no ordenamento jurídico-penal, no devido processo legal (ampla defesa, contraditório, costumes e princípios gerais do direito), bem como na satisfação social. Para tanto, para concluirmos se um fato constitui ou não conduta punível (princípio da reprovação social e jurídica) é necessário, em tese, considerar se ele é típico (a conduta deve estar taxada em lei como infração penal, em razão do princípio da legalidade e da reserva legal, artigo 1º, *caput*, do Código Penal), com isso deverá ser questionado se houve uma conduta (ação ou omissão) ligada casualmente a um resultado final (consumação), ou seja, irá analisar e comprovar se houve nexo causal da conduta do delinquente e um resultado provocado por ele com potencial jurídico e reprovação social (em homenagem ao princípio da adequação social), e se há tipicidade, correspondência objetiva e subjetiva do fato real em lei.

Após concluir se o fato é típico, é imprescindível que seja conseqüentemente ilícito. A análise da ilicitude deve ser feita após, da análise da tipicidade, pois a tipicidade tem característica indiciária da ilicitude, fazendo assim com que não exista a confusão entre tipicidade e ilicitude. Portanto, a ilicitude é um, dos três elementos constitutivos do crime, quais sejam os outros: tipicidade e culpabilidade. Segundo Capez, ilicitude é a contradição entre a conduta e o ordenamento jurídico, pela qual a ação ou omissão típicas tornam-se ilícitas.

De maneira mais abrangente, Telma Angélica Figueiredo. 2014. p. 1. afirma:

Ilicitude consiste em um juízo negativo de valor sobre um comportamento humano, contrário às exigências do ordenamento jurídico: o Direito Penal não cria a ilicitude, presente em todos os ramos do direito e sim, seleciona, de situações concretas, comportamentos que atacam gravemente bens jurídicos, imputando ao agente uma pena.

A pesquisa a ser desenvolvida é imprescindível para os operadores militantes do direito em geral, tanto para os acadêmicos de Direito, quanto para os membros da Magistratura e ainda para os membros do Ministério Público, haja vista que tem por escopo revelar a forma mais clara possível para dirimir dúvidas quanto à aplicação prática de tal instituto jurídico em nossas comarcas, tribunais, e principalmente revelar a real pena/condenação do réu em face da busca/satisfação por justiça pela sociedade.

Primordial importância do tema em epígrafe também se dá, pelo fato de não haver muitas fontes esclarecedoras e orientadoras sobre o que é excesso na legítima defesa e como se posicionar e agir diante do presente fato jurídico. Para melhor compreensão do tema em baila, podemos tomar por base o posicionamento de Jesus (2007, p.391). “É de grande importância observar que o excesso consiste na intensificação desnecessária da conduta. Para se reconhecer que há excesso é preciso admitir que se encontrem presentes as condições básicas da legítima defesa e que uma delas, a proporcionalidade, encontra-se hipertrofiada”.

Extraí-se da citação acima mencionada, que não se pode decretar o excesso sem antes se ter uma ideia clara e objetiva do que é realmente legítima defesa, haja vista o excesso a ser tratado é um fenômeno que emana da legítima defesa quando esta se torna desproporcional ou imoderada. "Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem." Jesus (2007, p.391).

A necessidade de estudar e compreender o que é verdadeiramente legítima defesa e quando configura-se de fato seu excesso, se dá entre outros motivos em razão de haver confusão no momento da aplicação da lei penal. A sociedade em geral, não tem uma compreensão real do alcance de seu direito de defesa e acaba cometendo infrações gravíssimas imaginando-se no direito de cometer tais crimes.

É por essa premissa, que se faz necessário o presente estudo, para poder esclarecer o direito que todo cidadão tem de se defender, sendo vedada a utilização de outros meios ilegais, e que esse direito possui limites estabelecidos não somente em lei, mas também em doutrinas e jurisprudências.

1.2 CAUSAS DE EXCLUSÃO DE ILICITUDE

Uma vez constatado que verdadeiramente o fato é típico, porém não apresenta contrariedade com o ordenamento jurídico, não se poderá falar em crime, a exemplo: a conduta da mãe que autoriza determinada enfermeira a furar a orelha de sua filha recém-nascida não configura crime de lesão corporal por conta do princípio da adequação social. Nesse ínterim, a falta da tipicidade impede a confirmação dos elementos que constituem um crime, faltará, nesse caso, a ilicitude ou antijuricidade. Outrossim, não haverá crime quando existir a exclusão de ilicitude, também recebe o nome de discriminantes, causas de justificação ou justificantes.

Estará configurada a exclusão de ilicitude quando a própria lei permitir, determinadas, restritas e excepcionais circunstâncias, permitir que um bem jurídico seja sacrificado (violado), através de ato típico, para preservar outro bem jurídico de igual valor. Posto isso, pode-se afirmar que as causas da exclusão de ilicitude estão diretamente ligadas com a ponderação de valores, ante a existência de situações anômalas e de extrema exigência de conduta diversa.

No nosso Codex Penal (Decreto-Lei n.º. 2.848, de 7 de dezembro de 1940) as causas de exclusão de ilicitude, os chamados tipos permissivos, ou seja, hipóteses em que o agente que pratica o ato não sofrerá a sanção estatal e estará acobertado pela adequação social, tais causas estão elencadas no Art. 23 do Código Penal, são elas: a) o estado de necessidade; b) a legítima defesa; c) o estrito cumprimento do dever legal; e d) o exercício regular do direito. Existem também as chamadas causas supralegais, que a doutrina também admite e trata-se de causas de excludentes de ilicitude, onde e porque o agente tem o consentimento do ofendido.

Os elementos que definem o estado de necessidade e a legítima defesa estão expressos na supramencionada lei, no art. 24 e 25, no entanto, as demais causas de exclusão de ilicitude não possuem seus elementos expressos, assim, a doutrina e a jurisprudência são responsáveis de dar a elas a definição de seus elementos, bem como a conduta a ser adotada pelo agente. Imperioso ratificar que excluir a antijuricidade de uma conduta considerada típica, não excluirá sua tipicidade, somente a tornará tal conduta típica justificável.

No tocante ao excesso ele se consuma no instituto da legítima defesa quando para se defender o indivíduo utiliza meios desnecessários e mais lesivos, do que aqueles necessários para sua defesa ou de outrem, agindo imprudentemente e imoderadamente.

Se a legítima defesa configura-se excludente da ilicitude conseqüentemente não é punida, porém, o seu excesso doloso ou culposos deverá ser punido sendo considerado fato típico, ilícito e culpável, mas tendo como circunstância atenuante de pena o fato de ter derivado de uma situação permitida por lei, ou seja, a existência do excesso depende da excludente de ilicitude, a saber, legítima defesa, logo, a pena deverá ser atenuada quando se tratar de excesso no âmbito do estado de defesa.

Se legítima defesa termina no momento em que, o inicialmente agredido consegue controlar o seu agressor, fazendo assim cessar a agressão, então todos os atos praticados a partir desse momento será excesso. Consumado o excesso conforme legislação vigente deverá ser punido, assim sendo, deverá ser proporcional a cada caso e ao modo como ocorreu.

Para (Revista Jurídica UNIGRAN Dourados v.4 n.7 p. 1- 232 jan./jun. 2002).

1.3 CAUSAS SUPRALEGAIS

É sabido que as causas supralegais de exclusão de ilicitude são aquelas justificativas de condutas humanas que vão além das previstas em lei, isto é, aquelas que não estão elencas no Art. 23 do Código Penal, mas possuem cunho jurídico e social relevante.

Destacamos um exemplo de causa de exclusão de ilicitude supra legal, que é o consentimento do ofendido, ou seja, a vítima vê que seu bem jurídico está sendo lesado ou no iminente risco de ser, mas prefere não agir em defesa do seu bem, pois isso a ela não importa ou não lhe significa bem de relevante estima.

No caso em tela, outro exemplo real é no crime de furto, que somente será possível falar em subtração quando retirada da *res furtiva* (coisa furtada) se der contra a vontade do possuidor ou proprietário. Se estes consentirem que a coisa seja levada pelo infrator, o fato deixará de ser típico, atuando o consentimento como causa geradora de atipicidade. Nesse sentido corrobora Capez: quando o consentimento ou o dissentimento forem exigências expressas do tipo para aperfeiçoamento da infração penal, a sua presença ou falta terá repercussão direta no próprio tipo. (MAGALHÃES, Kananda.Jusbrasil.,2014, p 1.).

1.4 ASPECTOS: OBJETIVOS E SUBJETIVOS DAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE

Com relação às causas de justificação é importante destacar que elas são dotadas de elementos/aspectos com caráter objetivos, normativos e de natureza subjetiva, e somente será possível excluir a ilicitude quando todos os elementos (fato típico, ilícito ou antijurídico) definidores estiverem reunidos e presentes, fazendo assim com que seja formada uma tipicidade objetiva e subjetiva justificadora.

Destacamos os elementos objetivos, são aqueles que a própria norma dispõe em seu texto, contudo, tais elementos aplicados isoladamente não são suficientes para que se tenha uma causa de justificação, é preciso que exista também o elemento subjetivo, é necessário que o agente saiba que está atuando com a finalidade de defender-se, requer então que ele tenha conhecimento da situação da defesa. Trata-se da junção entre ambos elementos (objetivo e subjetivo) para concreta e real justificação da excludente. (R. Jur. UNIJUS UberabaMG V.8 n. 8 p. 1242 maio 2005.)

2. LEGÍTIMA DEFESA

2.1 CONCEITO

O conceito legal de legítima defesa encontra-se no nosso Código Penal no Art. 25, e dispõe o texto: "Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem".

Contudo há doutrinadores que conceituam a legítima defesa de forma um tanto diferenciada, com algumas características próprias às suas convicções, seria o caso de Inellas (ano) *apud* Matos (ano, página), que diz: "A legítima defesa é o direito indiscutível, inalienável e irreversível, que toda pessoa possui, de se defender, defender seus entes queridos ou terceiros inocentes, de ataques violentos e irracionais, repelindo a força com a força".

Ele diz que não se trata de direito discutível, quando na verdade é, extremamente importante é analisar o caso que se julga ser legítima defesa, observar todas as circunstâncias do fato, bem como suas características e após isso concluir ser ou não a legítima defesa, e reconhecer quando ouve um excesso nesta defesa.

Já Marinho e Freitas (2009, p.), expõem seu conceito de outra forma, mais abrangente e lógica:

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

A legítima defesa nada mais é que a permissão do Estado, ou preservação, pelo Estado, do Direito de autodefesa do cidadão, quando ele não se faz presente, quando não é possível a intervenção estatal. Pois, cabe ao Estado reagir contra atos de agressão, não sendo possível fazê-lo o próprio cidadão ameaçado por injusta agressão poderá exercer seu direito de autodefesa, obedecendo aos limites necessários, sem excessos, para impedir o ataque a si ou ao seu bem jurídico.

Imperioso destacar, a legítima defesa é intrínseca ao ser humano, nasce com ele, emana dele, não se trata de um direito criado ou legislado pelos homens, é um direito natural, ou seja, assim como para toda ação há uma reação, segundo o filósofo Aristóteles, também para toda agressão injusta há a legítima defesa, que foi tutelada e ratificado pela lei.

Feliz foi a colocação de Toledo (2009): “o reconhecimento da faculdade de autodefesa contra agressões injustas não constitui uma delegação estatal, como já se pensou, mas a legitimação pela ordem jurídica de uma situação de fato na qual o direito se impôs diante do ilícito”.

É de sabença que o instituto da legítima defesa é de interesse de toda a sociedade, razão pela qual se aplica o princípio da solidariedade, apoiado em tal princípio quem estiver em condições de exercer a legítima defesa, própria ou de outrem, estará legitimado a exercê-la, desde que se contenha nos limites da norma prevista.

2.2 HISTÓRICO

A legítima defesa é algo que surge naturalmente no ser humano, portanto definir uma data para seu surgimento é algo impossível. Desde as mais primitivas épocas, o ser humano se auto defende ao constar perigo para si ou para seus bens, é algo instintivo, que independe de regras civilizatórias para regular tais atos de defesa, pois ao constatar perigo ele irá agir independente de regras.

Sendo assim, a sociedade regulada pelo direito irá conseqüentemente regular, com base em seus padrões aceitáveis, também a faculdade da legítima defesa, sistematizando e limitando a ação de auto defesa do ser humano, para que esta ação seja legitimada.

Ela existia na antiguidade basicamente relacionada a crimes de homicídios e agressões físicas, com o passar dos anos sofreu evoluções.

Encontram-se referências da legítima defesa nas legislações mais antigas, como no Código de Manu, na Lei Mosaica, nas Leis atenienses de Sólon, na Lei das Tábuas; a legítima defesa consta em quase todas as legislações do mundo antigo.

Compartilhando do mesmo raciocínio, Mirabete em sua obra discorre:

Quem cumpre regularmente um dever não pode ao mesmo tempo, praticar ilícito penal, uma vez que a lei não contém contradições. Falta no caso a antijuridicidade da conduta e, segundo os doutrinadores, o dispositivo seria até dispensável. A excludente, todavia, é prevista expressamente para que se evite qualquer dúvida quanto a sua aplicação, definindo-se na lei os termos exatos de sua caracterização.

A Índia, a Roma e Grécia reconheciam o direito de defesa da própria vida e da honra, e os romanos chegaram a conclusão de que seria devido a aceitação da autodefesa após observarem a natureza, o mundo animal. Perceberam que os animais se defendiam de outros da mesma espécie e de outras predadoras, seguindo seus instintos para assim preservar seu

espaço, comida e vida. Na época do Justianismo foi reconhecida de forma ampla e também no direito Costumeiro Germânico. Quanto a América Latina, ela foi expressa pela primeira vez no nosso Código de 1830, que posteriormente serviu de base para as demais legislações penais deste continente.

É possível encontrar até mesmo na Bíblia uma passagem sobre legítima defesa, que é a seguinte: “Se o ladrão for achado a minar, e for ferido, e morrer, o que o feriu não será culpado do sangue.”

Jus ressaltar, outrossim, a legítima defesa é um instituto com raízes bem firmadas, cuja existência se pode observar desde tempos remotos, como relata a história, sendo observada até mesmo entre os bárbaros, constituindo uma parte importante do direito natural.

É uma das mais salientes e antigas causas de justificação, que transforma uma ação típica em lícita, amparada pela ordem jurídica. A legítima defesa foi reconhecida pelos antigos Códigos da Índia, Grécia e Roma, mas a atual ideia de legítima defesa surgiu apenas em 1791 no Código Penal Francês, sendo essa ideia repassada pelos códigos do mundo todo.

A legítima defesa apareceu pela primeira vez de modo ainda que explícito no Brasil no Código Criminal do Império de 1830.

São várias as teorias que buscam fundamentar a legítima defesa, para Luiz Regis do Prado dentre elas há de se destacar a teoria da coação moral (segundo a qual quem atua para se defender de um perigo atual não pode ser responsável se o fez em estado de perturbação de ânimo); teoria da colisão de direitos (quando, confrontos de direitos à sobrevivência de um, significa o perecimento do outro e cabe ao Estado conservar o mais importante); teoria do princípio da justiça (a reação de defesa do indivíduo para proteger um direito necessário é natural, e transforma o delito em não delito); teoria da ausência de periculosidade (é a ausência de periculosidade individual); teoria da delegação do poder de polícia (representa uma outorga, uma delegação condicionada do poder de polícia exercido pelo Estado ao indivíduo).

Vez que o Estado não tem condições de estar presente em todos os lugares e momentos oferecendo a proteção necessária aos indivíduos, logo, permite que eles se defendam quando não houver outro meio.

2.3 NATUREZA JURÍDICA E FUNDAMENTOS

No que diz respeito à natureza jurídica da legítima defesa, aqui no Brasil o legislador a considera como real causa de excludente de ilicitude, juntamente com as outras causas de

excludente dispostas no Art. 23 do Código Penal Brasileiro. Porém, é mais complexo falar dos fundamentos da legítima defesa do que da natureza. Ele é dividido em duas partes, primeiramente é definido pela necessidade de conservar a ordem jurídica, e segundo, por visar garantir o exercício dos direitos. Com isso terá fundamento social (defesa da ordem jurídica) e individual (defesa dos direitos ou dos bens jurídicos), tanto um quanto o outro não podem ao mesmo tempo serem encontrados juntos, porque tem a ordem jurídica o objetivo de proteção dos bens jurídicos, e ao encontrar-se numa situação de grande conflito a ponto de não conseguir proteger o bem jurídico, ou quando ela não se fizer presente no local da agressão, não pode privar o indivíduo de se defender ou defender seus bens por próprios meios.

Ainda sobre os fundamentos, Costa (ano) *apud* Marinho(1995, p. 187), assegura:

A legítima defesa tem um duplo fundamento: a) o princípio da autoproteção; e b) o princípio da reafirmação do direito. A legítima defesa não se destina, tão só à proteção de bem jurídico agredido injustamente, mas também serve para reafirmar a prevalência do direito sobre o ilícito.

Mas na verdade, será único o fundamento da legítima defesa, porque no geral seu fundamento é: “ninguém pode ser obrigado a suportar o injusto.”

A legítima defesa é uma das causas de exclusão da ilicitude do ato, e conforme o artigo acima mencionado consiste na repulsa ou impedimento de injusta agressão a direito seu ou de outrem, atual ou iminente, sem ultrapassar a necessidade de defesa e dentro da racional proporção dos meios empregados para impedi-la ou repeli-la. É a situação em que o agente repele uma agressão ilícita a um direito garantido em lei valendo-se da máxima que o Direito não tem que ceder ante o ilícito.

A natureza jurídica desse instituto encontra-se dividida em dois grupos de teorias o primeiro que entende o instituto como escusa e causa de impunidade, sendo essa bastante restrita por se basear exclusivamente no homicídio e deixar de lado os outros bens jurídicos; e a segunda entende que o instituto como exercício de um direito e causa de justificação que entende que a legítima defesa constitui um direito e uma causa da exclusão da antijuricidade.

Para Capez a natureza jurídica desse instituto se define como causa de exclusão da ilicitude.

Diante do conceito supramencionado podemos retirar alguns requisitos que se fazem necessário para a configuração da legítima defesa. É importante salientar que tais requisitos devem ser examinados a partir de uma determinada situação de legítima defesa, que, ao existir, permite a prática da ação defensiva, ou seja, o exercício do direito de legítima defesa.

Tais requisitos são: agressão injusta atual ou iminente.

Agressão é a conduta humana que tem por fim colocar em perigo ou atacar um bem jurídico, podendo ser violenta ou não, pode ser ativa em que o agressor pratica determinada ação com a vontade de atingir um bem jurídico ou passiva quando o agressor deixa de fazer algo que é obrigado a fazer.

Dizer que a agressão deverá ser injusta contraria ao ordenamento jurídico e é, portanto ilícita, muito embora injusto e ilícito, em regra, não sejam expressões equivalentes. A injustiça será analisada de forma objetiva, não precisando se basear na intenção lesiva. Não é exigível que a agressão injusta seja necessariamente um crime.

A agressão também deverá ser atual ou iminente. Atual é a que ainda está em curso, ou seja, o ataque efetivo deve estar ocorrendo no momento da ação defensiva. No crime de caráter permanente, a defesa será possível a qualquer momento, uma vez que a conduta se prolonga no tempo, renovando-se a todo o momento a sua atualidade. Enquanto houver agressão é possível a legítima defesa, mas esta não será admitida após o encerramento da agressão. Iminente é a agressão que está prestes a ocorrer, nesse caso a lesão ainda não começou a ser produzida, mas deve iniciar-se a qualquer momento. A repulsa é admitida desde logo, vez que ninguém é obrigado a esperar até ser atacado para poder se defender. Se a agressão é futura, a legítima defesa é inexistente, não havendo a excludente da ilicitude, o mesmo ocorre se a agressão já tiver ocorrido, pois nesse caso não há de se falar em legítima defesa, mas sim, em vingança ou comportamento doentio.

Qualquer direito, tutelado pelo ordenamento jurídico, é passível de legítima defesa, desde que, haja proporcionalidade entre a lesão e a repulsa. Como destaca Hungria "o mais humilde dos direitos não pode ficar a mercê de injusto ataque."

Todo o direito é inviolável, tais como a vida, integridade física, saúde, patrimônio e a honra, como prevê a Constituição Federal entre outras leis de nosso ordenamento jurídico. A defesa da honra se enquadra na legítima defesa desde que haja a proporcionalidade entre a ofensa e a intensidade da repulsa, não se enquadra no caso de defesa da honra o crime cometido por adultério.

Ao ser agredido ou ver outro sofrendo agressão qualquer individuo poderá atuar de modo a fazer cessar a agressão agindo como aplicador da lei e se enquadrando conforme o caso concreto na legítima defesa.

O "terceiro" a que se refere a lei, pode ser alguém que a pessoa nem mesmo conhece: essa é uma das hipóteses em que o direito admite e incentiva a solidariedade. O terceiro pode, ainda, ser pessoa física ou jurídica, inclusive porque esta não pode agir sozinha. A

configuração da hipótese de legítima defesa de terceiro não necessariamente depende do consentimento do agredido, desde que se trate de bem indisponível, como a vida. No caso de se tratar de bem disponível, como o patrimônio, é importante o consentimento da vítima, caso seja possível.

A defesa legítima deve ser necessária e moderada, isto é, indispensável à repulsa da agressão, porém não ultrapassando os limites necessários para cessá-la. O meio empregado deverá ser aquele menos lesivo colocado a disposição do agente no momento, e tal meio deverá ser empregado dentro de um limite razoável para conter a agressão.

Não existe um entendimento uno a respeito da definição de "meios necessários", alguns entendem que os meios necessários são aqueles proporcionalmente adequados para repelir a agressão, em que o agente deve ter como base de sua conduta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pesando sempre a gravidade da agressão e da reação, sempre escolhendo o meio menos gravoso para reprimir o ataque sofrido. Tal definição não é a mais correta vez que, é quase impossível exigir de alguém que está sofrendo uma agressão decida sua defesa com base na proporcionalidade. Como já dito a legítima defesa é uma reação natural, um instinto. O que se deve exigir sempre é um mínimo de proporcionalidade, o que é diferente da proporcionalidade integral defendida por alguns. Isso porque o direito, de legítima defesa não é absoluto, possuindo limites na proibição geral do abuso do direito.

A legítima defesa será descartada sempre que, apesar de possuir todos os requisitos acima descritos, o agente no momento da agressão desconhecia a situação de legítima defesa e se, na sua mente, ele queria cometer um crime e não se defender, ainda que, por coincidência, o seu ataque acabe sendo uma defesa.

Entende-se por excludentes putativas as excusas absolutórias, também denominadas causas de justificação ou causas de inculpabilidade em que o autor, em razão de uma estrutura errônea do campo físico em sua conduta alega inculpabilidade pelo ato antissocial praticado, ou seja, o autor da ação ao praticá-la, vislumbra tão somente a iminência de uma agressão injusta, putativa, portanto neste mesmo momento, ante esta concepção, defende-se instintivamente, trocando sua própria vida pela do agressor.

Na legítima defesa putativa o agente supõe uma situação fática, que se existisse tornaria a ação legítima. O agente, por erro de tipo ou de proibição, plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe encontrar-se em face de agressão injusta. Definiríamos assim: na legítima defesa o dolo é conhecido, mas não há ilicitude do fato, e na legítima defesa putativa existe a ilicitude, mas sem a incidência do dolo.

Seus fundamentos são: *Animus defendi*; Consideração errônea do agente de existência de circunstância de perigo atual; Perigo imaginário; Suposta ofensa injusta; Desnecessidade da proporcionalidade.

Na hipótese de legítima defesa de inimputável é plenamente cabível, pois a lei exige apenas a existência de agressão injusta e os inimputáveis podem agir de forma voluntária e ilicitamente, embora não sejam culpáveis. Para agir contra agressão de inimputável, exige-se, no entanto, cautela redobrada, porque nesse caso a pessoa que ataca não tem consciência da ilicitude de seu ato.

2.4 LEGÍTIMA DEFESA X ESTADO DE NECESSIDADE

A legítima defesa surge frente a uma situação de necessidade, fazendo com que ela se vincule a uma outra causa de justificação, que é o estado de necessidade. Contudo, as duas são distintas, pois no estado de necessidade é usado um meio lesivo a fim de evitar um mal de maior proporção, na legítima defesa é necessário o uso de um meio lesivo a fim de impedir uma agressão antijurídica.

No estado de necessidade há de ser feita uma ponderação, há de ser observada a extensão do mal que será causado para se evitar outro, sendo assim, o mal que será causado deve ser menor que aquele que se deseja evitar. Já na legítima defesa isso não existe, pois ela não se sujeita ao princípio da ponderação, sendo aceitável a lesão de bens de valor superior ao defendido, se for necessário para que se defenda o bem jurídico que está a perigo. Porém, nela deve ser observados limites, para agir em defesa do bem que está sendo atacado. Não pode haver grande desproporção do mal que se quer evitar, quem se defende, com o mal que se quer causar, quem agride, porque se houver desproporção a defesa não mais será considerada legítima.

Os meios utilizados para defender um bem jurídico devem ser moderados, eles podem ser necessários, porém se não forem moderados não poderão ser utilizados.

3. DOS REQUISITOS DA LEGÍTIMA DEFESA

3.1 DOS BENS TUTELÁVEIS

É sabido que poderá ser invocada a legítima defesa para causa própria ou de terceiros, sendo também possível a defesa de qualquer bem jurídico, onde se é exigido uma proporção entre a ação defensiva e agressão a ser repelida. Na história, a legítima defesa teve seu surgimento basicamente ligada aos crimes de homicídios e lesões corporais, porém, em nosso ordenamento jurídico brasileiro e em todas as legislações contemporâneas é admitido ao indivíduo justificar a sua ação em defesa de qualquer bem jurídico, incluindo aqueles que não se encontram tutelados penalmente, exigindo-se apenas que seja esta defesa contida nos limites da necessidade e da moderação. Então pode-se afirmar que é defeso ao indivíduo defender desde seu direito de dormir face ao som com música alta do vizinho numa segunda-feira às 22hs, até mesmo ao assaltante que lhe aborda no sinal de trânsito para levar seu veículo. Assim, poderá o indivíduo defender desde um objeto seu de pequeno ou alto valor, o exercício de um direito, a sua vida ou a de outrem. Sempre prezando pela proporcionalidade entre a ação de defesa e a de agressão, e se possível for escolher sempre o meio menos lesivo.

Contudo, são quatro elementos ou requisitos que definem e de fato configuram a legítima defesa, e como já foi dito anteriormente são encontrados no próprio art. 25 do Código Penal.

3.2 AGRESSÃO INJUSTA, ATUAL OU IMINENTE

Trata-se de conduta humana que gera uma agressão, que irá atacar o bem jurídico ou o expor a um perigo. É necessário que a agressão seja intencional, e não culposa.

A agressão será injusta quando ela for ilegal, ou seja, não for uma conduta permitida por norma, proibida ou não autorizada pelo direito. Não será classificada como agressão, a conduta que não possuir o ânimo de prejudicar, afetar, lesionar, expor a perigo o indivíduo que a sofre.

Com isso fica latente que somente uma conduta, ou seja, uma ação humana injusta poderá ser combatida com a legítima defesa, fazendo com que uma exposição ao perigo originada pela natureza, por ataque de animais ou por força maior e caso fortuito seja configurado como estado de necessidade e não legítima defesa.

É mister ressaltar que a força também poderá ser empregada não somente nos crimes comissivos, mas também nos omissivos impróprios, tendo em vista que o agente poderá valer-se da legítima defesa própria ou de terceiros, para fazer com que o agente garantidor aja da forma esperada, e com isso cessar o risco criado por sua omissão, por exemplo: um indivíduo obriga, mediante ameaça com um bisturi, médico a prestar socorro a parturiente que está em trabalho de parto avançado, mas que não possui plano de saúde credenciado naquela rede de hospital.

Tratando-se de crimes omissivos puros, onde o agente não está na posição de garantidor, mas mesmo possuindo meios, se recusa a retirar do perigo indivíduo que a ele é exposto, existe duas correntes, uma acredita não existir injusta agressão e a outra sim, esta por sua vez acata então para estes casos a legítima defesa.

O Código Penal vigente diz que a agressão poderá ser injusta, atual ou iminente, e não é exigido que ela tenha sido iniciada. A Injusta é antijurídica, e como já foi conceituado é aquela conduta não autorizada pelo ordenamento jurídico, será ela atual quando estiver ocorrendo, em curso, ela foi iniciada e ainda não chegou ao término; e iminente quando não se iniciou, mas está prestes a ser iniciada. Assim, quando um assaltante nos aponta uma pistola, não sabemos quando ele irá dispará-la, mas sabemos que a qualquer momento ele pode disparar, pois sabemos quais são suas intenções, mesmo que ele nada diga, pois suas atitudes, seus atos e gestos falam por si só. Caso a agressão já tenha sido finalizada e o indivíduo empregar a força contra o agente que o lesionou, não terá ele sua conduta classificada como legítima defesa, uma vez que a agressão não é atual ou iminente, como configura a lei, portanto é importante frisar que a agressão deverá ser repelida no momento em que ocorre, caso contrário será entendida como um revide, ou como vingança.

Como foi dito anteriormente, no Código Penal, não é necessário aguardar que a agressão seja iniciada para começar a agir em legítima defesa, poderá o indivíduo defender-se da agressão que está prestes a ser concretizada. Não se pode confundir agressão iminente com a agressão futura, pois esta poderá ou não ocorrer, a iminente ocorrerá caso o indivíduo a ser ofendido não aja em defesa própria. É necessário que ele avalie a situação, que ele perceba que se trata de inequívoca e certa a vontade do agressor, de que seu real objetivo é causar-lhe lesão. O ato de inibir ou barrar o ato lesivo antes mesmo que ele se concretize, para a doutrina alemã, ele é chamado de antecipação da defesa, aqui tal expressão seria equivocada, já que possuímos nossa própria expressão para tal, que é a palavra iminente.

Da doutrina e jurisprudência, com base em suas decisões e também nos posicionamentos dos grandes juristas podemos extrair que não é exigido, mas se torna

aconselhável que o indivíduo ao deparar-se com uma situação de agressão e possuir a possibilidade de fuga, que ele dê preferência para a fuga ao defender-se empregando a força, como por exemplo, nos casos em que o agressor está visivelmente dopado, embriagado ou trata-se de pessoa inimputável.

Uma agressão que ao ser iniciada foi repelida pela ação do indivíduo agredido, extinguindo o requisito de atualidade, e este mesmo ao perceber que o perigo não mais existe continua a agir contra o agressor, incorrerá frontalmente para a configuração do excesso, que poderá ser culposos ou doloso, o excesso na legítima defesa é nosso tema principal e este tópico será exposto com maiores detalhes mais a frente.

3.2.1 Provocação

Não se pode confundir agressão com mera provocação, contudo Toledo (2009, p. 252), observa que:

A provocação, segundo sua intensidade e conforme as circunstâncias, pode ser ou não uma agressão. Se constituir injúria ou insulto de certa gravidade, ou ainda uma agressão física, será, com efeito, a injusta agressão autorizadora de atos de legítima defesa, desde que esta se desenvolva sem excessos.

A lei não menciona a provocação dentre os requisitos legais de legítima defesa.

Porém, é afirmada por parte da doutrina, que a provocação exclui a legítima defesa, esta afirmação deixa dúvidas, perante o texto legal existente e do princípio da legalidade. Acontece então uma integração analógica da lei penal, extensiva da punibilidade. Com isso, somente é relevante aquela provocação que por si só constitui agressão injusta, em razão de não admitir legítima defesa contra legítima defesa.

Na Alemanha, a lei também não faz referência sobre a provocação, fazendo com que lá a doutrina se dividisse. Uma corrente de doutrinadores Alemães defende que o provocador, é o verdadeiro agressor, e com isso não pode arguir legítima defesa, no que diz respeito à provocação dolosa. Pois, não são todas as provocações dolosas, intencionais e que constituem agressão injusta. Como por exemplo, poderá ser considerada agressão quando uma pessoa deixa de cumprimentar a outra, mas não se trata da agressão mencionada no Art. 25 do CP. Um segunda corrente exclui o indivíduo que provocou usando o caminho da legítima defesa, com fundamento de abuso existente no direito civil, critério apresentado com frequência na jurisprudência. Já a terceira e última corrente, defende a *actio libera in causa* (quando o

indivíduo utiliza-se de meio para colocar-se em situação de incapacidade total ou parcial, no momento do ato criminoso) que aquele que provocou a reação, ou a previu, e permitiu a produção do resultado, será considerada sua conduta dolosa, e culposa em situações restantes, como por exemplo, o marido que encontra sua esposa com um amante e tenta matá-los, mas antes de tal feito, é morto pelo amante em defesa de si próprio. Somente a ação típica é justificada pela legítima defesa, a ação precedente não.

Xingamentos, brincadeiras desagradáveis, simples provocações não são consideradas agressão, com isso não se pode agir com violência alegando legítima defesa numa dessas situações, onde não houve uma efetiva agressão, mas sim somente palavras ou gestos reprováveis. A provocação poderá servir de meio maldoso/ardiloso para instigar e fazer com que um indivíduo reaja de forma agressiva contra aquele que o instigou, para então alegar que agiu em legítima defesa. No entanto, o indivíduo que se valer deste meio para lesionar alguém, apesar de em tese, ter se defendido de uma agressão, não poderá arguir legítima defesa, pelo óbvio, por ter sido ele o causador da instigação que resultou na agressão.

3.2.2 Necessidade de defesa

A defesa se torna legítima, quando ela se faz necessária, imprescindível, ou seja, não possuísse o indivíduo outra opção senão empregar uma conduta típica. Não terá sua conduta justificada, aquele que ultrapassar os limites da proporcionalidade na hora da sua defesa, como aquele que para defender-se de um assalto, onde o agente que pratica o ato lesivo é um menino de 10 anos, e em defesa o agredido dispara dez tiros de pistola na cabeça do assaltante, ou para defender-se de um golpe incerto de um homem bêbado, revida com uma série de golpes de jiu-jitsu, fazendo que em consequência ele sofra diversas fraturas e escoriações, quando para repelir a sua ação bastaria um simples empurrão.

Esses casos não podem ser classificados como casos de legítima defesa, pois as condutas realizadas não possuem proporcionalidade com o ato lesivo, o indivíduo poderia ter utilizado condutas mais brandas e menos agressivas, que alcançariam a finalidade de repelir o ato contra ele praticado.

Esta observação deve ser feita tanto nas hipóteses de uso de meios defensivos, como para os chamados meios mecânicos, que são alvos de certa preocupação pela doutrina. Os meios mecânicos são artefatos físicos de defesa, que podem ser uma cerca elétrica, muito comum em muros de residências ou fábricas, instaladas para coibir a invasão da propriedade, um canivete, uma pistola, um fuzil ou até mesmo uma granada para defender um banco de um

assalto. Enfim, é considerado meio mecânico todo objeto utilizado pelo indivíduo a fim de se defender, que não seja seu próprio punho, força física ou corpo.

Contudo, os meios mecânicos são alvo de preocupação da doutrina, pois os indivíduos nem sempre fazem a adequação correta da necessidade de defesa entre os meios mecânicos que serão empregados para defendê-la, como a de seguir um critério de necessidade. As cercas elétricas são necessárias para a defesa da propriedade, a cerca tem baixa voltagem, e é fabricada com esta finalidade. A granada para proteger o banco se faz desnecessária e injustificada, pois existem outros meios de fazer a segurança deste bem, como por exemplo, a instalação de medidas de seguranças, como alarmes, detectores de metais, dentre outros.

O juízo de valoração da necessidade há de ser feito *ex ante*, ou seja, no momento em que o indivíduo se defende, para que a agressão não lhe resulte resultados negativos.

3.3 USO MODERADO DOS MEIOS

Para que seja legítima a defesa, não basta que seja ela necessária, há de existir proporcionalidade entre a reação do agente a se defender e do agente agressor, não poderá haver uma grande desproporção entre essas duas condutas, de forma que a defensiva resulte em um mal superior ao que a conduta agressora teria causado.

Para medir se em um caso concreto de legítima defesa houve proporcionalidade, entre a conduta de defesa da vítima e do seu agressor, são utilizados dois parâmetros: a) a necessidade do meio empregado na repulsa à agressão; e b) o uso moderado deste meio necessário.

Ao defender-se, ou defender terceiro da injusta agressão, atual ou iminente o agente deve utilizar o meio necessário menos lesivo. A escolha da necessidade dos meios será feita de acordo com as características de cada caso concreto.

É correto afirmar que no passado a legítima defesa era inerente apenas a bens jurídicos referentes à vida da pessoa, integridade física, honestidade etc. A sua expansão aos demais bens jurídicos se deu por conta do industrialismo, ou seja, depois da revolução industrial. Com o advento as fábricas, as indústrias, as riquezas, resultado deste advento, ficavam concentradas nas cidades, e com isso surgiu a necessidade de protegê-la da parte miserável da sociedade daquela época.

Naquela época era admissível, e até mesmo defendido por Kant, com base na inculpabilidade, que a defesa de uma propriedade se sobreponha à vida do agressor, e Hegel, a admitia como causa de justificação.

Atualmente, a vida humana está em primeiro lugar em qualquer hierarquia, isso se ratifica com o surgimento dos Direitos humanos do pós-guerra, que expressa objetivamente o direito a vida, dentre outros. Sendo assim é inevitável que surja a dúvida se é possível admitir, se o Estado viola um direito assegurado, ao permitir que se sacrifique uma vida, por mais que seja de um agressor, em prol de uma propriedade.

O sacrifício de uma vida em defesa de uma propriedade, mesmo sendo ela de um agressor, é admitida na Europa e na Alemanha, como mostra Zaffaroni, (2007 p. 504): “O problema já foi suscitado na Europa, resultando no art. 2º da Convenção de Roma, que estabelece, expressamente, que ela somente é admitida quando for resultado de um recurso de força absolutamente necessário, para assegurar a defesa de qualquer pessoa contra a violência ilegal.” Os autores alemães, por exemplo, dividiram-se em duas correntes, sustentando alguns que se refere apenas à ação do estado, e, outros, que abarca à dos particulares na extensão do instituto da legítima defesa.

No Brasil não há lei expressa que elenca este assunto, como na Europa, mas fica evidente que aqui se respeita a vida humana, mas a dúvida persiste no que diz respeito ao Estado admitir que uma vida seja ceifada em prol do direito de propriedade, mesmo quando a ameaça recaída sobre tal bem for considerada altamente lesiva.

Referente a moderação, esta será aferida de acordo com o modo e com a intensidade que o individuo usou os meios necessários ao defender-se da agressão injusta, atual ou iminente.

A moderação está mais ligada à quantidade do que ao meio utilizado no momento do ato de defesa. Toma-se como exemplo verídico o caso concreto corrido em janeiro de 2008, na cidade de São Paulo, O promotor de justiça Pedro Barakat Guimarães Pereira, atirou dez vezes contra um motoqueiro que tentou assaltá-lo, a acusação entendeu que apenas quatro tiros seriam o suficiente para cessar a conduta do motoqueiro criminoso. Ou seja, no caso em análise a arma de fogo se fez necessária para repelir a conduta criminoso e lesiva, porém, não teve seu uso moderado, o seu uso foi exagerado, assim, configurado o excesso.

Neste sentido Toledo *apud* Marinho (2009, p. 254), diz: “O requisito da moderação exige que aquele que se defende não permita que sua reação cresça em intensidade além do razoavelmente exigido pelas circunstâncias para fazer cessar a agressão”.

Atacar o agressor, que já esteja dominado ou caído desacordado, por exemplo, cometerá a vítima um excesso doloso.

Posto isso, ressalte-se que, ao iniciar análise para identificar se o agente se valeu da moderação no emprego dos meios necessários, e também a necessidade do uso desses meios para repelir a agressão injusta, é preciso que sejam consideradas as características do caso concreto em questão, bem como que fique claro que, por conta de determinadas circunstâncias, inerentes ao próprio fato concreto em si, nem sempre poderá ser exigido que o agente/vítima tenha feito uma avaliação exata dos meios e da forma a utilizá-los em prol de sua defesa, antes de agir, pois uma ação e reação poderão acontecer em fração de segundos, o que impossibilita um raciocínio plenamente correto.

Portanto, como já foi mencionado, aquele agente que para defender-se ou defender a outrem de agressão injusta, atual ou iminente, fazer uso de um meio não necessário ou/e empregá-lo com imoderação, terá ele sua conduta tipificada sem a exclusão da ilicitude, que é inerente a legítima defesa, fazendo com que ele incorra no excesso da legítima defesa.

3.4 DEFESA DE OUTREM

O Art. 25 do código penal preleciona que a legítima defesa é permitida tanto para os direitos pessoais ou próprios do agente, quanto para os direitos de terceiros. Quando se tratar de legítima defesa do bem jurídico do próprio agente, ela será classificada como legítima defesa própria, e tratando-se da legítima defesa do bem jurídico de outra pessoa, será então a legítima defesa de terceiro. É defeso a qualquer agente valer-se da legítima defesa de terceiro em prol de qualquer que seja a pessoa, não precisa ser parente, amigo, conhecido, ou seja, não é necessário que haja nenhum tipo de vínculo entre o agente que defendeu o bem jurídico e o possuidor deste bem, isso porque a legítima defesa de terceiros tem base no princípio da solidariedade humana.

Ainda a respeito da legítima defesa de terceiros, Marinho e Freitas (2009, p. 255) dizem que:

“Se houver consentimento do terceiro, ou seja, se este concordar com a lesão a seu bem jurídico, a legítima defesa somente será cabível no caso de ser o bem jurídico indisponível (p. ex., Caio pede a Mario que o mate. Quando Mario vai executar o homicídio a pedido, Tício impede a ação, ferindo Mario). Caso o bem de terceiro, seja disponível, não haverá legítima defesa, como na hipótese de dano ou furto, uma vez que, nos crimes patrimoniais, o objeto (patrimônio) é disponível, exigindo-se o dissenso do proprietário ou possuidor.”

A defesa pode ir além dos bens particulares, sendo permitida a defesa dos bens comuns à coletividade, sendo eles materiais ou imateriais. Um exemplo de bem imaterial comum seria os costumes, um agente pode coibir sob a alegação de legítima defesa que um indivíduo cometa atos obscenos em local público. É também admitido agir em legítima defesa a um bem que pertence ao estado, porém, somente no que diz respeito a bens matérias definidos, que seria o patrimônio público face um dano iminente, não é admitido a legítima defesa de bem indefinido, como por exemplo, a ordem pública.

3.5 ELEMENTOS SUBJETIVOS (*ANIMUS DEFENDI*)

Como já dito acima, a lei em que se encontra elencada a legítima defesa possui elementos objetivos de exclusão de ilicitude, que já foram citados e também possui o elemento subjetivo. Trata-se do elemento subjetivo da consciência da existência de uma real situação de fato, exigindo uma defesa, isso tornará o ato de se defender legítimo. Sendo assim, se deve afirmar que não será considerada legítima defesa, aquela ação em que mesmo possuindo todos os elementos objetivos, o agente não agir em ânimo de defesa própria, mas sim de atacar um bem jurídico, ou seja, no momento em que praticar a ação, o agente deverá ter consciência de que age em legítima defesa, ele tem que possuir, este ânimo defesa, esta vontade (*animus defendi*).

4 ALGUMAS ESPÉCIES DE LEGÍTIMA DEFESA

Vejamos alguns comentários a respeito das espécies do instituto da legítima defesa.

4.1 Legítima Defesa Putativa

Nesta espécie de legítima defesa, o agente por erro, acreditando estar prestes a sofrer agressão, age em defesa própria (ou de outrem), a fim de tentar repelir aquela suposta agressão, este erro também chamado de erro permissivo/erro de fato, isentará o agente de sanção.

Como exemplo, podemos narrar a seguinte hipótese: João acorda de madrugada com um barulho, assustado e temendo um ataque, para proteger-se e proteger sua casa atira contra o vulto que passou a sua frente, ao acender a luz se dá conta de que tratava-se de seu cunhado e não de um ladrão.

Neste sentido é solar o entendimento jurisprudencial abaixo:

APELAÇÃO CRIMINAL. DELITO DE HOMICÍDIO QUALIFICADO NA MODALIDADE TENTADA. ACUSADO QUE RESTOU ABSOLVIDO PELO CONSELHO DE SENTENÇA QUE, POR UNANIMIDADE, ENTENDEU TRATAR-SE DE HIPÓTESE DE **LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA**. IRRESIGNAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE PUGNA PELA SUBMISSÃO DO ACUSADO A NOVO JULGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO À SOBERANIA DO VEREDICTO POPULAR INSERTA NO ART. 5º, XXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSELHO DE SENTENÇA QUE AÇAMBARCOU A TESE DEFENSIVA, NÃO HAVENDO, POIS, QUE SE FALAR QUE TAL DECISÃO É MANIFESTAMENTE CONTRÁRIO À PROVA TRAZIDA AOS AUTOS. IN CASU, OS JURADOS APENAS ESCOLHERAM UMA DENTRE AS TESES QUE LHES FORAM APRESENTADAS. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO (GOIÁS, 2010, p. Grifo próprio).

É certo dizer que em casos de legítima defesa putativa há necessidade de uma boa fundamentação na defesa daquele que a alega, para que fique claro que existia o *animus defendi*, mesmo que a ação agressora foi putativa.

4.2 OFENDÍCULOS

São ofendículos ou ofendículas os instrumentos mecânicos utilizados para defender qualquer tipo de bem. São exemplos de ofendículos: as cercas elétricas, grades com lanças,

cercas de arame farpado, animais como cachorros, cacos de vidros muito comuns nos muros de residências, etc.

O uso destes instrumentos gera controvérsias, quanto à exigência de que haja agressão injusta, atual ou iminente, pois são esses os requisitos que caracterizam a legítima defesa.

Uma parte da doutrina entende ser o uso dos ofendículos preordenado, pois tais instrumentos somente são acionados quando houver um ataque efetivo ao bem jurídico, ou seja, prevendo uma futura agressão, o agente faz uso destes instrumentos, para impedir que um bem sofra lesão, os instrumentos somente seriam acionados em perigo de fato. A segunda corrente defende que não se trata de legítima defesa, pois quando se trata da situação dos ofendículos, é inexistente um dos requisitos da legítima defesa, que seria a injusta agressão atual, lembrando novamente que a legítima defesa é caracterizada por uma injusta agressão, atual ou iminente, sendo assim de acordo com esta segunda corrente ao invés de legítima defesa, seria o uso dos ofendículos caracterizado como exercício regular do direito.

Conclui-se a respeito dos ofendículos, então que, até que ele seja acionado, ou seja, enquanto não houver agressão ao bem jurídico e o mecanismo não entrar em funcionamento, será considerado exercício legal de direito, e quando houver a agressão e o mecanismo então irá cumprir sua finalidade e será considerado legítima defesa.

Faz jus ressaltar, que ao instalar os dispositivos, os ofendículos, estes têm que estar aparentes, a fim de que o agente agressor perceba que existem ali dispositivos para tentar impedir sua ação, e também a fim de evitar que algum outro indivíduo que não tenha a real intenção de cometer agressão ao bem, seja repellido pelo mecanismo. O indivíduo que instala o mecanismo para assegurar a defesa de seu bem tem que ter ciência de que numa possível negligência ou imprudência no uso desses meios de defesa, ele poderá ser responsabilizado e a ele ser atribuído culpa em decorrência de dano a um terceiro.

4.3 LEGÍTIMA DEFESA RECÍPROCA

Seria a legítima defesa recíproca, a legítima defesa contra outra legítima defesa, ou seja, um agente se autodefendendo de outro agente que também age acreditando estar em legítima defesa. Mas este tipo de legítima defesa não é admitido no ordenamento jurídico, pois falta o requisito da injusta agressão, não há como existir injusta agressão para ambos os agentes ao mesmo tempo, com isso não se pode falar em legítima defesa recíproca.

Contudo, em um caso em que não seja possível determinar quem iniciou a agressão, deverá o juiz valer-se do princípio *in dubio* pro réu, absolvendo os dois agentes.

Neste sentido Noronha E. Magalhães *apud* revista *Âmbito Jurídico* diz:

Embora não exista legítima defesa recíproca, na prática, tratando-se de lesões recíprocas, e não podendo o juiz estabelecer a prioridade da agressão, absolve os dois por legítima defesa. Ocorre que tal prática não destrói a impossibilidade de legítima defesa recíproca, tratando-se de mero recurso para não se condenar um dos dois protagonistas que é inocente.

Ainda acerca deste assunto, têm-se as decisões:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE LESÃO CORPORAL QUALIFICADA PELO ABORTAMENTO. LESÕES **RECÍPROCAS**. A PROVA DOS AUTOS NÃO É CAPAZ DE DELINEAR QUEM COMEÇOU AS AGRESSÕES PARA QUE SE POSSA AFERIR A TESE DA **LEGÍTIMA DEFESA**. FRAGILIDADE DA PROVA QUE SE CONSTATA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 0005901 89.2007.8.19.0036 (2008.050.07420) - APELACAO - 1ª Ementa DES. SIDNEY ROSA DA SILVA - Julgamento: 17/03/2009 – SETIMA CAMARA CRIMINAL. (grifei).

0024303-11.2002.8.19.0000 (2002.068.00002) - ACAO PENAL - 1ª Ementa DES. PAULO VENTURA - Julgamento: 13/12/2004 – ORGAO ESPECIAL. LESAO CORPORAL PROVA INSUFICIENTE. ABSOLVICAO.

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

Como se pode ver nas decisões acima, não há como sustentar a tese de legítima defesa recíproca, os tribunais entendem que no máximo pode tratar-se de lesões recíprocas.

4.4 LEGÍTIMA DEFESA SUCESSIVA

A legítima defesa sucessiva surge quando o agente ao defender-se legitimamente excede seus atos, e então o agente que inicialmente era o agressor passa então a agir em legítima defesa.

4.5 LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA

Numa breve consideração sobre a honra, pode-se dizer que ela é parte integrante da conduta pessoal, social dos indivíduos, ela está em conjunto com a dignidade, honestidade, com valores sociais em geral, a conhecida dupla moral e os bons costumes, ou seja, possui fundamentos éticos.

O homem ele não apenas se preocupa em manter somente sua vida física, mas também a sua moral. Temos um lado biológico e social, de um lado nosso corpo, nossa imagem física, e de outro nossa personalidade. É necessário que se mantenha um corpo saudável e uma aparência física agradável e uma personalidade baseada nos valores sociais aceitos e exigidos pela sociedade, para que o indivíduo seja aceito e se mantenha como parte integrante dos padrões criados pela própria sociedade.

É correto afirmar que a fama do indivíduo, seja ela boa ou ruim, irá influenciar nas suas relações.

A honra é inerente ao ser humano desde os tempos mais antigos, para o homem ter vida desregrada, liberdade sexual, independência financeira proporcionava a ele confiabilidade e boa fama perante os demais, já para as mulheres era o oposto, elas deviam manter-se recatadas, fieis e submissas, com o dever de castidade e fidelidade, quando solteiras à sua família e quando casadas ao seu esposo. E aquele que não seguisse tal padrão era mal visto e criticado no meio em que vivia.

A honra é um direito subjetivo do ser humano, e defendido em nosso Código Penal no capítulo V, nos artigos 138, 139 e 140.

Quando se aborda a legítima defesa da honra, sua associação com a honra conjugal e crimes passionais é feita quase que instantaneamente. Esse tipo de crime, o crime passional também tem forte associação com a imagem masculina, contudo é certo que mulheres também praticam estas espécies de crimes.

No passado, já foi lícito matar com a justificativa de adultério, as Ordenações Filipinas, no seu livro V, tutelava como direito o marido traído matar sua esposa, não somente ela, mas o amante também. Porém, a lei dizia que se o amante fosse pessoa importante na sociedade essa lei não se aplicava, era ilícito matar amantes de grande renome.

Crime passional é aquele cometido sob forte emoção, sob impulso, motivado pela paixão, acreditava-se que o indivíduo que agia nestas condições não tinha controle de seus atos, por estar acometido de uma loucura momentânea.

No que diz respeito à legítima defesa da honra, não está expressa na lei, ela não está elencada no rol das excludentes de ilicitude do Art. 25 do Código Penal, nem nunca esteve. Acontece que este argumento de legítima defesa da honra foi demasiadamente usado por juristas no passado, como argumento de defesa nos crimes passionais, visando obviamente uma absolvição.

Eles encontravam em um artigo do Código Penal de 1840, que excluía a ilicitude dos atos daqueles que ao praticarem o crime se encontravam em estado de perturbação dos sentidos e da inteligência, a chance para embasar a defesa do indivíduo que havia cometido um homicídio passional.

Com o grande número de casos e decisões favoráveis a réus que matavam em nome do amor e paixão, o Código Penal seguinte, o de 1940, revogou este artigo anterior, e a então excludente passou a ser considerado homicídio privilegiado, elencado no Art. 121, § 1º, onde não exclui a ilicitude, porém diminui a pena.

A alegação de legítima defesa da honra para justificar os casos de homicídios passionais não é mais aceita, esta jurisprudência que antes era tão usada e muitas vezes com sucesso, hoje já não é aceita nos tribunais, não somente pela lei que não expressa esta modalidade de excludente, mas por conta da evolução do direito, que evolui juntamente com a sociedade. Esta por sua vez evoluiu a ponto de perceber que a vida humana vem em primeiro lugar do que a honra, e que nada poderá se sobrepor a ela.

Neste sentido, têm-se as decisões a seguir:

APELAÇÃO. JÚRI. Homicídio duplamente qualificado. Sentença absolutória. Recurso ministerial perseguindo a cassação da decisão para submissão do acusado a novo julgamento, por se tratar de decisão contrária à prova dos autos e, ainda, mediante argumentação contrária à tese de **legítima defesa** da **honra**, no sentido da desproporcionalidade existente entre a ação destruidora de um bem maior, que seria a vida, para preservação de um bem menor, que seria a **honra**. A recente reforma processual penal ensejou a inclusão de quesito que possibilitou aos jurados, mesmo após o reconhecimento da materialidade e autoria delitiva, acolher as demais teses defensivas absolutórias e efetivamente decidir pela absolvição do acusado. *In casu*, o aludido quesito englobaria a tese relativa à **legítima defesa**, segundo a versão apresentada pela defesa técnica em plenário. Análise das provas relativas à excludente que não poderá ser revista nesta sede. Apreciação dos fatos e conteúdo probatório que compete ao juízo natural da causa, cuja decisão meritória deverá prevalecer, uma vez que baseada nas provas oferecidas à discussão. Princípio da soberania dos veredictos. Desprovemento ao recurso. 0000214-06.2008.8.19.0034 (2009.050.07185) - APELAÇÃO - 1ª Ementa DES. ANTONIO JAYME BOENTE - Julgamento: 03/03/2010 - PRIMEIRA CAMARA CRIMINAL.

HOMICÍDIO. APELAÇÃO. LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA

Réu condenado por crime de homicídio. Recurso de apelação que se conhece, como fulcrado no art. 593, III, letras "a", "c" e "d" do C.P.P. Cerceamento de **defesa** não caracterizado e que, mesmo caracterizado, não justificaria a nulificação do julgamento porque não oferecida no momento oportuno. **Legítima defesa da honra**.

A leviandade de uma mulher casada e adúltera não caracteriza tal excludente. Ao cônjuge ofendido o que cabe é recorrer à propositura da cabível ação de separação judicial. Recurso a que se nega provimento. (RC) **Ementário**: 25/1993 - N. 9 - 02/09/1993. 0010889-92.1992.8.19.0000 (1992.050.00973) - APELAÇÃO - 1ª Ementa DES. REBELLO DE MENDONCA - Julgamento: 22/04/1993 - PRIMEIRA CAMARA CRIMINAL.

As decisões acima servem para atestar o que foi dito, os tribunais não mais aceitam esta justificativa para absolver homicidas passionais.

Isso não faz com que a honra deixe de ser um direito do ser humano, porém, é um direito que tem uma valoração abaixo da vida humana.

4.6 DO ERRO E EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA

Vejamos os seguintes relatos acerca do erro e excesso no instituto da legítima defesa:

4.6.1 Do Erro

O erro é um falso juízo ou engano sobre algo, é a percepção falsa da realidade. Trata-se de uma limitação do ser humano, uma vez que não existe ser humano perfeito e com isso todos estão passíveis de erro. No que diz respeito ao âmbito jurídico, o erro vai existir quando o agente obter uma falsa compreensão da dinâmica ou norma referente ao acontecimento ou fato em questão. Os vários tipos de erro serão determinados de acordo com o que e onde eles irão incidir. São espécies de erro: o erro de tipo, erro de proibição, erro determinado por terceiro e erro sobre a pessoa, que estão previstos em nosso ordenamento jurídico, no art. 20 do Código Penal e seus parágrafos, o erro sobre a ilicitude do fato no art. 21, há também o erro na execução (*aberratio ictus*) no art. 73 e o resultado adverso do pretendido (*aberratio delicti*) também do CP. Consta no art. 20, §1º do Código Penal as discriminantes putativas, estas por sua vez são consideradas erro de tipo ou erro de proibição por uma parte da doutrina e outra defende ser ela uma terceira espécie de erro.

É certo que pode ocorrer erro na conduta do agente que atua amparado pela legítima defesa. Sendo assim, o agente ao atuar em legítima defesa, seja qual for a sua espécie, poderá

incorrer em erro, por exemplo: agente avista um indivíduo sendo esfaqueado, em legítima defesa deste terceiro, ele mira no criminoso e atira, porém, o tiro acerta a vítima, diante do fato narrado, conclui-se que o agente cometeu erro sobre a pessoa.

No direito é admitido ao agente que cometeu erro, ter sua conduta livre de dolo, porém, este será punido por crime culposos.

4.6.2 Conceito De Excesso

O Art. 23 em seu parágrafo único dispõe que o agente responderá por excesso doloso ou culposos em qualquer uma das hipóteses elencadas no artigo como excludente de ilicitude.

Cabe dizer o que se entende por excesso, que tem origem do latim *excessu*. Segundo o dicionário Aurélio excesso é definido da seguinte forma: “**Excesso**: *sm*1. Diferença para mais entre duas qualidades. 2. Aquilo que excede o permitido, o legal, o normal. 3. Sobre. 4. Desmando.” (FERREIRA, 1993).

Referente ao assunto abordado no presente trabalho se aplica dizer que excesso significa exceder o permitido, exceder os limites, exagerar.

4.6.3 Dos Tipos De Excesso

O excesso será punível toda vez que o agente ultrapassar os limites exigidos na sua defesa. Não importa se o excesso se deu por conta da não utilização dos meios necessários, ou se ele excedeu no uso desses meios, usando-os sem moderação. Se o excesso constituir dolo, responderá o agente pelo dolo no que diz respeito ao excesso e não a sua ação de defesa, se constituir culpa, ele irá responder a título de culpa como no caso do excesso por dolo, não responderá pela ação que repeliu a agressão. Contudo, existe o excesso que não é punível, como o excesso exculpante; basicamente são dois os tipos de excesso, o doloso e o culposos.

Vejamos abaixo, nos tópicos seguintes os tipos de excesso.

4.6.3.1 Excesso Intensivo

O excesso intensivo se dá no momento em que o agente que repele agressão injusta passa agir de forma intensificada, e até mesmo desproporcional à ação agressora inicial. A situação necessária para que haja a excludente de ilicitude persiste, porque a reação exagerada do agente vítima não se sobrepõe a ela.

4.6.3.2 Excesso Extensivo

Ocorre quando o agente age para defender-se e sem que cometa excesso consiga cessar a agressão, porém, mesmo depois de cessada ele continua a agir.

Neste sentido verifica-se a seguinte posição jurisprudencial:

CRIMINAL. JURI. HOMICÍDIO. APELAÇÃO - 1ª Ementa DES. LUCIANO BELEM - Julgamento: 06/02/2012 TERCEIRA CAMARA CRIMINAL.

Uso imoderado dos meios na legítima defesa sempre que há **excesso** na repulsa, seja **intensivo**, quanto aos meios, seja **extensivo**, quanto ao prolongamento necessário daquela, há necessidade de questionar o Conselho de Sentença sobre o caráter culposo do **excesso**. Provimento da apelação pelo primeiro fundamento, para mandar-se o réu a novo Júri. (RC). Ementário: 11/1992 - N. 11 - 30/04/2012. (Site do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - <http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>).

Cessada a agressão de o agredido conte-se, caso contrário será entendido como excesso.

4.6.3.3 Excesso Exculpante

O excesso exculpante não consta expresso em nosso Código Penal, é uma teoria da doutrina e também é um entendimento jurisprudencial, ou seja, o excesso exculpante é uma espécie de causa supra legal de excludente de ilicitude.

Não existe culpabilidade, mesmo que a ação seja típica e ilícita, uma vez que não haverá o juízo de reprovação desta conduta, por não ter como exigir do agente outra conduta senão aquela.

É o excesso que resulta do medo, da surpresa ou de uma perturbação psicológica face a ação que está em curso. No excesso exculpante o agente vítima não consegue conter-se e excede sua conduta não porque não quer, mas porque não consegue, visto que se encontra em estado psicológico abalado. Ressalta-se também que este tipo de excesso pode ocorrer, além das causas já citadas de alterações psicológicas, por conta de uma situação de caso fortuito.

Entende-se que o agente em um estado alterado, com confusão mental, por mais que desejasse estará impedido naturalmente de ter uma noção de percepção e discernimento corretos.

Não é somente a doutrina e jurisprudência brasileira que admite esta modalidade de excludente, outros países também o adotam, o Código Penal alemão, dispõe da seguinte

forma: "Ultrapassando o agente os limites da legítima defesa por perturbação, medo ou susto, não será ele punido". Já em Portugal, o tema é expresso no Art. 33 do Código Penal, e diz assim: "O agente não é punido se o excesso resultar de perturbação, medo ou susto, não censuráveis". E na Espanha o Art. 20,§ 6º do Código Penal, dispõe que medo é admitido como uma das causas de exclusão de ilicitude.

4.6.3.4 Excesso Culposo

Pode-se dizer que o excesso culposo é resultado de uma avaliação errada feita pelo agente no momento em que sofre a agressão injusta, ou seja, quando ele não observar o dever de cuidado. Ele pode incorrer em erro quanto ao objetivo da agressão, como por exemplo, o agente acredita que o agressor irá matá-lo, quando na verdade somente pretende roubar-lhe o celular, o que irá influenciar em sua conduta ou como também poderá errar na avaliação de qual meio utilizar para repelir a agressão, como por exemplo, agente lutador de boxe, é abordado na rua por outro que tem objetivo de assaltar-lhe, este por sua vez desfere um soco no assaltante, em legítima defesa, e em resultado além de coibir a ação do assaltante, ele quebra um dente dele, o objetivo era coibir a ação e não causar tal lesão, porém lhe faltou cuidado, e não há dúvidas ao afirmar que há diferença entre um soco de um leigo e de um atleta de boxe.

O excesso culposo poderá ser voluntário ou involuntário. Voluntário quando o agente deseja praticar determinado fim com sua ação, ou seja, ele pratica o excesso, porém, acreditando que estava sob o limite exigido para repulsa da agressão ao seu bem. Já o involuntário ocorrerá contra a vontade do agente, ele não deseja tal resultado de excesso, porém independente dele o mesmo ocorreu. Como por exemplo, o agente para defender sua residência que está sendo invadida, atira contra o invasor, acreditando ser a arma de chumbinho, porém, não se trata de uma espingarda de chumbinho e sim uma espingarda convencional, fazendo com que a lesão no invasor fosse uma lesão grave. O objetivo dele era cessar a ação do invasor e não lesioná-lo gravemente, isso aconteceu do erro por parte do agente, aconteceu de forma involuntária.

No excesso culposo o agente não deseja o resultado extremado, apesar de sua ação (ou omissão) ser voluntária e ele assumir o risco de um possível excesso ao agir.

Zaffaroni, a respeito desta modalidade de excesso, diz:

A única explicação plausível para o chamado “excesso culposo” é a de que se trata de uma ação dolosa, mas que, aplicando-se a regra da segunda parte do §1.º do art. 20 do CP, a lei lhe impõe a pena do delito culposo. Em face da definição de dolo do art. 18, I também do CP, não se pode dizer jamais que, para a nossa lei, o chamado “excesso culposo” seja uma conduta culposa, e sim que o “culposo”, no máximo, seria o excesso, mas nunca a ação que causa o resultado, posto que, ao se admitir o seu caráter culposo, se estaria incorrendo numa flagrante contradição *intralegem* (ZAFFARONI, 2007, p. 504).

Conclui-se que é determinado como culposo, o excesso que o agente deixou de agir com o dever de cuidado, e que sua conduta, para ser punida a título de culpa se enquadre nos requisitos de uma conduta típica culposa, sendo assim, tem que estar presente na conduta do agente a imprudência, negligência e/ou imperícia.

4.6.3.5 Excesso Doloso

O excesso doloso é aquele em que o agente, tem consciência dos limites da eximente, porém, voluntariamente, mesmo com esta consciência ele opta por ultrapassar tais limites, excedendo sua ação.

Por exemplo, agente após ter repellido uma agressão com um soco, resolve dar uma facada no agente agressor. Ou seja, ele cometeu um excesso, que derivou de sua própria vontade e estava ele ciente de que não poderia agir de tal forma, ou que tal forma seria desnecessária. Esse agente responderá pelo excesso, pela facada proferida e não pelo soco, pois esta primeira ação está tutelada pela lei, e excluída é sua ilicitude.

4.7 DO EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA

No Brasil, aponta-se que uma das primeiras leis a vigorar e ser aplicada que continha expressa a legitima defesa, seu excesso e excludente de ilicitude, foi as Ordenações Filipinas, quem em seu livro V das Ordenações do reino, no seu Título XXXV, consta a possibilidade de exclusão de ilicitude referente ao homicídio.

Após este período das Ordenações Filipinas, passou a vigorar o Código Criminal de 1830, e no seu Art. 14, parágrafos 2º, 3º e 4º expressou que crimes em defesa própria, de direitos ou da família do indivíduo seriam justificáveis, sob a alegação de legítima defesa, o primeiro parágrafo tratava do estado de necessidade. Em caso de excesso o código não

possuía lei expressa, porém aplicava-se o art., 18 parágrafos 2º, 3º e 4º, que trazia as atenuantes.

O Código Republicano, do ano de 1890, não mencionava excesso na legítima defesa, mas a trouxe no art. 32, §2º e no art. 34. Em 1932, na Consolidação das Leis Penais, permanecia o mesmo conteúdo do Código Republicano quanto a legítima defesa.

Em 1935, foi elaborado o Projeto de Lei Virgílio de Sá Pereira, que não foi aprovado, sendo assim nunca vigorou, mas que serviu de base para o projeto Alcântara Machado. E a legítima defesa encontrou-se expressa neste projeto no art. 45, e o excesso no parágrafo 2º deste mesmo artigo.

O art. 21 trouxe a legítima defesa elencada no Código de 1940, e o parágrafo único deste artigo expressou o excesso culposo, e dizia que o agente que ultrapasse os limites da legítima defesa iria responder por crime culposo, porém, tal artigo somente mencionou o excesso culposo referente a legítima defesa, não mencionou referente a nenhuma outra causa de exclusão de ilicitude, como estado de necessidade, por exemplo.

O excesso somente foi disciplinado para todas as excludentes de ilicitude no Código Penal de 1969, o art. 30 trazia essas possibilidades e no caput o excesso culposo.

Mas foi no Código Penal de 1984 que o excesso doloso e culposo foram elencados e admitidos em todas as excludentes de ilicitude, no art. 23 que vigora atualmente. As datas servem apenas para mostrar quando a legítima defesa e seu excesso passaram a ser estipuladas em lei, e não quando elas surgiram, não há como determinar data para seu surgimento.

O excesso não é autônomo, para que ele seja configurado é necessário primeiramente que ocorra uma situação onde seja identificada uma excludente de ilicitude. Faz-se então necessário que ocorra uma situação que se enquadre nas causas de exclusão de ilicitude, no caso em questão a legítima defesa, caso contrário não se pode falar em excesso, e sim em uma conduta tipificada, um crime doloso ou culposo.

Para configurar uma exclusão de ilicitude, Francisco apud Toledo (2009. p. 261) afirma ser necessário que haja:

- a. Que o ofendido tenha manifestado sua aquiescência livremente, sem coação, fraude ou outro vício de vontade;
- b. Que o ofendido, no momento da aquiescência, esteja em condições de compreender o significado e as consequências de sua decisão, possuindo, pois, capacidade para tanto;
- c. Que o bem jurídico lesado ou exposto a perigo de lesão se situe na esfera de disponibilidade do aquiescente;
- d. Finalmente, que o fato típico penal realizado se identifique com o que foi previsto e se constitua em objeto de consentimento pelo ofendido;

Ao julgar um caso que supostamente é de legítima defesa, deve o magistrado atentar-se para esses quesitos narrados por Toledo e os que constam expressos na lei, e primeiramente decidir se o fato realmente é ou não um caso de legítima defesa, após ter sido realizada tal configuração, é que passará a ser feito o juízo de excesso, onde é verificado se a conduta do agente ultrapassou os requisitos de moderação e proporcionalidade, fazendo uma comparação entre a atitude dele e os requisitos legais, ressalta-se que a legítima defesa admite todas as espécies de excesso.

Como já dito anteriormente, o excesso ocorre quando o agente, em defesa sua ou de outrem, ultrapassa os limites ditados por lei, e esse excesso poderá ser doloso ou culposos.

É necessário que se identifique o excesso na legítima defesa, para que se possa imputar ao agente que agiu em excesso a devida punição.

Para livrar-se da condenação, é comum o indivíduo que pratica uma conduta típica, alegar que agiu em legítima defesa, ou por descuido excedeu-se no momento da defesa, quando na verdade ele o fez intencionalmente e com dolo, nesses casos não há que se falar em legítima defesa, tão pouco no excesso da legítima defesa, sendo assim deverá o indivíduo infrator receber punição condizente com a tipificação de sua conduta. Por isso se faz necessário um estudo minucioso do caso concreto, atentando-se para todos os requisitos, tantos os que configuram a excludente da legítima defesa, tanto para os que configuram o excesso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tem-se ao final deste trabalho que uma conduta classificada como criminosa, deve conter os três requisitos do crime que são: a tipicidade, culpabilidade e a ilicitude, que na falta de um desses requisitos, não há que se falar em crime.

A exclusão de ilicitude ocorre em situações que a lei permite, contudo, são admitidas as causas supra legais de exclusão, que são aquelas que não estão expressas em lei, mas são admitidas por conta do seu relevante cunho social. As causas de exclusão possuem aspectos objetivos, subjetivos e normativos, e somente há exclusão de ilicitude quando estiverem reunidos estes requisitos.

Trata-se a legítima defesa de uma das causas de exclusão de ilicitude elencadas na lei, em seu art. 23, II e no art. 25 do Código Penal. Ela é o direito que o indivíduo possui de repelir agressão injusta, atual ou iminente contra si ou contra outrem, mediante o uso moderado de meios necessários. É também considerada fruto do instinto do ser humano, e está presente nele desde as épocas mais remotas, ou melhor, ela surge com ele. Possui fundamento social e individual.

A lei chegou para regulamentar os requisitos e impor limites às ações de autodefesa, pois nem sempre o Estado se fará presente para resguardar os bens jurídicos e a integridade física dos indivíduos.

A diferença entre uma conduta de legítima defesa e uma tipificada em lei como crime está no *animus defendi*, que no momento em que age em defesa própria ou de outrem o indivíduo tem que possuir plena consciência de que age para repelir uma agressão injusta.

Desta forma, resta claro que a legítima defesa existe em várias espécies, que a lei prevê o seu excesso e determina punição ao agente que o cometer, tanto a título de dolo quanto a título de culpa, mas que nem todas as espécies de excesso são puníveis, como ocorre com o excesso exculpante.

Para caracterizar excesso é necessário que o agente no momento de sua defesa ultrapasse os limites ditados por lei, daí ele não irá responder por toda ação, somente responderá pelo excesso, a ação que repeliu a agressão injusta continuará amparada por lei como excludente de ilicitude. E que se faz necessário uma análise minuciosa nos casos concretos em que se alega legítima defesa, ou excesso na legítima defesa, uma vez que é comum indivíduos que cometeram condutas criminosas, tentarem escapar da condenação usando esse falso argumento.

REFERÊNCIAS

Código Penal Brasileiro – Decreto- Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940.

FERNANDES, Diogo Cunha Lima - **Legítima defesa da honra** – Disponível em:
<<http://jusvi.com/artigos/382>> - Acesso em 05 Abr.2016.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda.-, **Dicionário prático da língua portuguesa** -
Editora Nova fronteira AS, Rio de janeiro, 1993.

LEITE, José Edivanio - **Do excesso na legítima defesa** - Disponível em
:<<http://www.artigonal.com/doutrina-artigos/do-excesso-na-legitima-defesa-1369246.html> ->
Acesso em 10 Abril.2016.

MARINHO, Alexandre Araripe; FREITAS, André Guilherme Tavares. **Manual de Direito Penal** - Parte geral. Rio de janeiro: – Lumen júris, –2009.

MATOS, Edmilson Alves - **Legítima defesa própria e de terceiros** – Disponível em
<<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&coddou=1691> ->
Acesso em 08 Maio.2016.

Revista Âmbito Jurídico – **A legítima defesa no direito brasileiro** – Disponível em:
<<http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/1293>>.pdf –
Acesso em 01 Maio.2016.

SILVA, Marcos Antônio – **Excesso punível (involuntário, exculpante) na legítima defesa**–
Disponível em: <<http://www.oabpb.org.br/espacos.jsp?id=252>> – Acesso em 09 maio.2016.

TOLEDO, Francisco de Assis. Manual de Direito Penal - parte geral. Rio de janeiro: Lumen júris, 2009 – P. 252

Tribunal de Justiça de Goiás - <<http://www.tjgo.jus.br/scripts/weblink.mgw>> -
Acesso em 02 Maio.2016.

UOL, Folha online - <<http://www1.folha.uol.com.br/foha/cotidiano/ult95u718149.shtml>, ->
Acesso em: 28 Maio.2016.

VIANA, Agnaldo - **Direito Penal: Teoria Geral do fato punível:** e das sanções penais – Ed. Jurua – Edição 1/2008.

ZAFFARONI, Eugênio Raul - **Manual de Direito Penal** - Parte geral- Volume 1 – Ed. RT – Ano 2007 – São Paulo.