

**FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA – FACER
CURSO DE DIREITO**

RONISLÉIA APARECIDA RIBEIRO SILVA SANTOS

EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA

**RUBIATABA- GO
2007**

**FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA – FACER
CURSO DE DIREITO**

RONISLÉIA APARECIDA RIBEIRO SILVA SANTOS

EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA

Monografia apresentada a Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba- FACER como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professora Claudia Pimentel.

RUBIATABA-GO
2007

RONISLÉIA APARECIDA RIBEIRO SILVA SANTOS

EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA

**COMISSÃO JULGADORA
MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE GRADUAÇÃO
PELA FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA**

RESULTADO: _____

Orientador _____
Claudia Pimentel

2º Examinador _____
Msc. Geruza Silva Oliveira

3º Examinador _____
Esp. Eduardo Barbosa Lima

Rubiataba, 17 de dezembro de 2007.

DEDICATÓRIA

A meu grande Deus que sempre me ajudou nos meus momentos mais difíceis, e também sempre presente nos momentos de alegrias.....

A minha mãe, a grande responsável por tamanha vitória, que com sua simplicidade me impulsionou a seguir em frente...

A meu marido Moacir, meus filhos Igor, Millena e Geovanna, que são verdadeiros presentes de Deus, minha eterna gratidão pela compreensão e o estímulo que vocês me deram.....

AGRADECIMENTOS

A meu eterno Deus do impossível, claro que tudo é por Você, obrigada por sempre estar presente em meu caminho, me ajudando a superar os obstáculos que aparecem, e que juntos, consigamos vencer essa batalha...

A meus queridos professores e mestres Roseane Cavalcante de Souza, Cláudia Pimentel e Geruza Silva, meu examinador professor Eduardo Lima, que foram compreensivos e me ajudaram muito, a minha eterna gratidão a vocês e lembrem-se: moram em meu coração...

RESUMO: A Legítima Defesa possui certos requisitos que oferece ao agressor uma chance de se defender que leva muito a pensar em sua vontade de agir e sua consciência quando agiu. Ocorre excesso quando o agressor excede aos limites de uma das causas eximentes de responsabilidade penal. Tem o excesso doloso, quando age por vontade própria, sabendo do resultado final e tem o excesso culposos que o agente tem culpa, mais não teve intenção do resultado. Esse tema está voltado a reações humanas, então mexe muito com a emoção, na qual teremos julgar as razões do fato ocorrido.

Palavras-chave: excesso, consciência, vontade, reações.

RESUMEN: El uno dominante vencer tiene seguro requisito dar gracias está hasta se ofrecer hasta el agresor libelo acaso desde en caso que defender dar gracias está hasta time) mucho el uno imaginarse bien en su voluntad desde paso por y su consciencia tan usted agiu. ocurre exceso tan usted el agresor exceder hasta el limites desde libelo de el ocasiona eximentes desde responsibbility pluma. does tenemos el exceso lastimoso , tan usted acts por libre voluntad , por sabiendo de el resultado cerrando y does tenemos el exceso echar la culpa dar gracias está hasta el agente does tenemos echar la culpa more hacía no él tuvo aim de el resultado. Ensayo motif está regazo el uno reaçoës humanas, entonces agita mucho con el emoción, en donde nosotros voluntad be teniendo reputar el razón desde el traje ocurrido.

Palabra clave: Exceso, Consciencia, voluntad, reaçoës.

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS.....	09
INTRODUÇÃO.....	10
1. ORIGEM DO INSTITUTO.....	13
1.1 Legítima Defesa.....	13
1.2 Conceito de Legítima Defesa.	14
1.3 Requisitos Essenciais.....	15
1.3.1 Agressão Injusta.....	15
1.3.2 Agressão Atual ou Iminente de Injusta.....	16
1.3.3 Direito Próprio ou alheio.....	17
1.3.4 Uso Moderado dos Meios Necessários	18
1.3.5 Legítima Defesa real, putativa, sucessiva e recíproca.....	19
2. EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA.....	21
2.1 Conceito.....	21
2.2 Paradigma entre Legítima Defesa no Ordenamento jurídico brasileiro e o Direito português.....	22
2.3 Excesso Punível.....	24
2.4 Excesso Acidental.....	25
2.5 Jurisprudência e outros apontamentos sobre o excesso punível.....	26
3. EXCESSOS.....	37
3.1 Doloso.....	37
3.2 Culposos.....	39
4. O TRATAMENTO DA DISCUSSÃO DA QUESTÃO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.....	42
CONCLUSÃO.....	62
BIBLIOGRAFIA.....	64

LISTA DE ABREVIATURAS

CP - Código Penal

CPP - Código Processo Penal

TJ - Tribunal de Justiça

RT - Revista dos Tribunais

TJSP - Tribunal de Justiça de São Paulo

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TJMG - Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TJSC - Tribunal de Justiça de Santa Catarina

TJRS - Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

TJES - Tribunal de justiça do Espírito santo

Rel. - Relator

TJPR - Tribunal de Justiça do Paraná

TJPA - Tribunal de Justiça do Pará

TJAL - Tribunal de Justiça de Alagoas

TACRIM - Tribunal de Alçada Criminal

JUTACRIM - Justiça Criminal

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem o objetivo geral de tecer alguns comentários a respeito do excesso na legítima defesa, tema pouco explorado pelas doutrinas, que acaba tendo relevância jurídica no julgamento da conduta do agente quando atua com excesso, usando imoderadamente dos meios necessários, onde é um dos principais requisitos para que se caracterize o excesso. São várias as teorias que buscam explicar o fundamento da legítima defesa, a razão de o direito justificar a prática de um fato típico, considerando-a lícita, apesar da violação da norma incriminadora.

O conceito de legítima defesa há de ser extraído da norma explicativa do artigo 25 do Código Penal, que estabelece seus requisitos: Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. E também é claro não podendo esquecer do elemento subjetivo: consciência e vontade.

Especificar os limites e cabimentos desse tema na prática, é um dos objetivos, pois nosso ordenamento jurídico não contém apenas proibições, mas também, normas que permitem ou autorizam certas condutas, em regra, proibidas sob ameaças de pena, sendo necessário examinar a ação se está acobertada por uma norma permissiva que pode cair como excludente.

Todas as circunstâncias que envolvem excesso na legítima defesa de tornam essenciais para conclusão da análise. Local, Tempo, Condições pessoais, especialmente compleição física de ambos os sujeitos, antecedentes do fato, a natureza do bem agredido, tudo deve ser observado para que se consiga verificar certa proporcionalidade entre o ataque e a defesa.

O 1º capítulo apresenta uma fundamentação do que é Legítima Defesa, tornando-a de mais fácil entendimento. Apresentando conceitos com seus requisitos essenciais que é: agressão injusta, agressão atual ou iminente, direito próprio ou de terceiro e o uso dos meios necessários para que se caracterize excesso na legítima defesa.

O 2º Capítulo trata do excesso na legítima defesa, que traz conceitos e um paradigma entre Legítima Defesa no Ordenamento Jurídico Brasileiro e o Direito Português, pois no Direito Brasileiro o agente não responde pela lesão grave em virtude da excludente de antijuridicidade ao passo que só responderá pelo crime de lesão corporal leve referente ao excesso.

No Direito Português o entendimento é contrário, verifica-se que o agente responderá pelo crime de lesão corporal de natureza grave, por absorver o de caráter leve, mas com diminuição na pena. Apresenta-se também o excesso punível quando o sujeito repele agressão excedendo na repulsa e o excesso accidental que trazia muita dúvida, então a defesa costumava requerer quesitos objetivando o reconhecimento do excesso casual.

O 3º Capítulo trata da agressão injusta, definida como a conduta humana que lesa ou coloca em perigo um bem ou interesse juridicamente tutelado.

Excesso Doloso- se dá quando o sujeito conscientemente, vai além do necessário para repelir a agressão. Excesso Culposos- surge quando o sujeito iludido sobre a gravidade e sobre a inevitabilidade do próprio perigo, mata ou fere, não possui a vontade, não possui a consciência de delinquir.

Há excesso nos meios dolosos quando o agente tem consciência da existência de meios menos gravosos do que o necessário e opta conscientemente pela utilização de meios mais gravosos. Há excesso nos meios culposos quando, não havendo excesso doloso, seria exigível ao agente que empregasse meios menos gravosos.

O excesso de legítima defesa é um crime punível, doloso ou negligente, consoante o caso, aplicando-se, nos termos gerais, a distinção entre dolo e negligência e a regra da punibilidade dos crimes negligentes a título excepcional.

Caso o excesso de legítima defesa, doloso ou culposo, seja motivado por perturbação ou medo desculpável o agente não é punido.

O 4º Capítulo expõe Jurisprudências a respeito do tema, pois, possui situações diferentes que acabam levando para uma mesma decisão.

Quando estejam disponíveis vários meios para reagir à agressão, o defendente deve empregar o meio menos gravoso à sua disposição. O meio menos gravoso é aquele que menos dano causa ao agressor, em condições de razoável indiferença para o agredido. Pode-se diferenciar entre a espécie do meio (p.ex., é menos gravoso reagir à paulada do que a tiro) ou a quantidade da lesão (p.ex. é menos gravoso disparar para o ar do que para as pernas ou para a cabeça). São abrangidas pela legítima defesa as ações dirigidas ao agressor e aos meios por este empregues na agressão.

A defesa é permitida com vista a parar a agressão. Isto não significa que apenas se possa rechaçar a agressão, mas não já contra-atacar (defesa ofensiva). Pode-se fazer tudo (e apenas) o que for necessário para parar a agressão. A lesão infligida ao agressor deve ser o menor possível.

Há excesso, objetivamente, se foi utilizado um meio mais gravoso, havendo à disposição meio menos gravosa. Se só um meio útil e eficaz para parar a agressão está disponível é esse meio que se pode usar, sendo irrelevantes considerações acerca da desproporção dos valores ou interesses em jogo, salvo casos extremos. Na legítima defesa em princípio não se apela à ponderação de bens.

Esta pesquisa foi trabalhada de forma teórica, a partir de revisão bibliográfica e complementada com artigos tirados da internet. A utilidade do tema é indiscutível, uma vez que as doutrinas apresentam precariedade sobre o assunto e a jurisprudência não é harmônica ou pacífica quanto às nuances que tivemos oportunidade de pesquisar. É um tema curioso e libera a imaginação para situações extremamente delicadas que enquadram nos requisitos que oferece.

1. ORIGEM DO INSTITUTO

1.1. Legítima Defesa

Primeiro devemos entender o que é Legítima Defesa?

Iniciemos com o conceito do penalista Teles:

Direito Romano, verifica-se a presença da legítima defesa, autorizada para a proteção da vida, da integridade física e da liberdade sexual, diante, em certos casos até mesmo do justo receio de ataque.

No Direito Germânico, a legítima defesa é a evolução do direito de vingança e da privação da paz.

O Direito Canônico considera-a uma necessidade escusável, a qual corresponderia algumas penitências; todavia, se tratasse de legítima defesa de terceiro, era mais que um direito, um verdadeiro dever.

Na Idade Média, o âmbito de seu alcance é alargado para alcançar também a proteção dos bens patrimoniais.¹

São várias as teorias que buscam explicar o fundamento da legítima defesa, a razão de o direito justificar a prática de um fato típico, considerando-a lícita, apesar da violação da norma penal incriminadora.

Uma primeira teoria fundamenta-a com base no instituto de conservação inerente ao ser humano, que, diante de uma agressão, teria o direito de proteger-se do ataque porque negá-lo seria negar a própria necessidade de conservação da espécie.

¹ Ney Moura Teles. Direito Penal –Parte Geral. 2004, p. 257.

Seria um direito natural, próprio ao homem, e o legislador apenas o ratifica. Essas idéias não servem para fundamentar a legítima defesa, seja porque a autorizaria para repelir toda e qualquer agressão ainda que lícita e apenas para as agressões à vida ou à integridade física, deixando os demais direitos sem proteção. Admitindo-se este fundamento, aquele que acaba de cometer um fato definido como crime e vai ser preso em flagrante delito poderia repelir a ação do policial que vai prendê-lo.

O grande penalista brasileiro abraça a chamada teoria da ausência de injuricidade da ação defensiva, da doutrina alemã, que afirma ser a defesa privativa coincidente com o fim do Direito: a incolumidade dos bens ou interesses por ele protegidos, pois que realiza a vontade primária da lei, colaborando na manutenção da ordem judiciária. Por isso, é legítima, excluindo a ilicitude do fato.

Fala-se também na devolução, pelo Estado, ao indivíduo, do direito de ele mesmo, por seus próprios meios e por sua própria força, proteger o bem jurídico da agressão injusta. Ao praticá-la contra um bem jurídico, o agressor perde a proteção do Direito, daí porque a repulsa legítima, ainda que provoque sem resultado, não constitui nenhuma lesão ao bem jurídico do agressor.

A legítima defesa é um direito do indivíduo por essas duas razões primeiro porque é a realização da vontade do Direito, a proteção do bem jurídico, e, ao mesmo tempo, porque, na ausência do Estado para cumprir seu dever de tutela o interesse injustamente agredido, deve devolver ao indivíduo este poder de proteger o bem atacado.

É, portanto, direito de todo homem, diante de uma agressão, poder realizar, por sua conta, o fim do direito.

1.2 Conceito de Legítima Defesa

O melhor conceito da legítima defesa é de Jesus, *in verbis*:

O conceito de legítima defesa há de ser extraído da norma explicativa do artigo 25 do Código Penal, que estabelece seus requisitos: Entende-se em

legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Legítima defesa é a repulsa a uma agressão injusta, atual ou iminente, a qualquer direito, próprio ou alheio, por meio do uso moderado dos meios necessários. Seus requisitos são: agressão injusta, atual ou iminente, a qualquer direito, e repulsa com utilização dos meios necessários, usando moderadamente, além, é, claro, do elemento subjetivo: consciência e vontade.²

1.3. Requisitos Essenciais

1.3.1. Agressão injusta

Define-se a agressão como a conduta humana que lesa ou põe em perigo um bem ou interesse juridicamente tutelado. Segundo Bittencourt (2004, p.319) é irrelevante que a agressão não constitua um ilícito penal. Embora, em geral, implique violência, nem sempre esta estará presente na agressão, pois poderá consistir em um ataque sub-reptício (no furto, por exemplo), e até em uma omissão ilícita (o carcereiro que não cumpre o alvará de soltura, o médico que arbitrariamente não concede alta ao paciente, a pessoa que não sai da residência após sua expulsão pelo morador, etc.). É reconhecida a legítima defesa daquele que resiste, ainda que com violência causadora de lesão corporal, a uma prisão ilegal (MIRABETE, 1996, p.179).

Pode-se, inclusive, reagir contra uma agressão culposa. Não é lícita a conduta de quem, de arma em punho, obriga o motorista de um coletivo, que dirige imprudentemente a ponto de causar risco à vida dos passageiros, a que pare o veículo.

Mirabete (1996, p.179) ressalta que não é necessário que a agressão integre uma figura típica. Constituem agressões atos que não constituem ilícito penal, como o furto de uso, o dano culposo, a prática de ato obsceno em local não exposto ao público, etc.

A Revista dos Tribunais 404/353 ressalta que, somente se pode falar em agressão quando parte ela de uma ação humana. Não há legítima defesa e sim estado de necessidade, quando alguém atua para afastar um perigo criado pela força da natureza ou por um animal,

² Damásio Jesus. **Direito Penal- Parte Geral**. 2003, p.374.

salvo se este estiver sendo utilizado por outrem para uma agressão. A agressão pode partir da multidão em tumulto e contra esta cabe legítima defesa, ainda que, individualmente, nem todos os componentes desejem a agressão.

1.3.2 Agressão Atual ou Iminente de Injusta

Ponto de partida para análise dos requisitos da legítima defesa será a existência de uma agressão injusta, que legitimará a pronta reação. Somente após constatada a injustiça da agressão passar-se-á à análise de sua atualidade ou iminência, uma vez que não terá a menor importância a constatação deste último requisito se tratar de agressão justa, isto é, legítima. Injusta será a agressão que não estiver protegida por uma norma jurídica, isto é, não for autorizada pelo ordenamento jurídico (BITENCOURT, 2004, p. 319).

Segundo Mirabete in Manual de Direito Penal, São Paulo, Atlas, 1996, v.1, p. 179, “atual é a agressão que está desencadeando-se, iniciando-se ou que ainda está desenrolando-se porque não se concluiu. Pode tratar-se, também, de uma agressão iminente, que está prestes a ocorrer, a que existe quando se apresenta um perigo concreto, que não permita demora à repulsa. Não há legítima defesa, porém, contra uma agressão futura, remota, que pode ser evitada por outro meio. O temor, embora fundado, não é suficiente para legitimar a conduta do agente, ainda que verossímil. Não é admissível a excludente sequer contra uma ameaça desacompanhada de perigo concreto, pois não se concebe legítima defesa sem a certeza do perigo, e esta só existe em face de uma agressão imediata, isto é, quando o perigo se apresenta *ictu oculi* como realidade objetiva”.

A reação deve ser imediata à agressão ou tentativa dela; a RT 526/358 ressalta que, a demora na reação desfigura a discriminante. Quem, provocado pela vítima, se dirige à sua residência, apanha uma arma e volta para o acerto de contas não age licitamente.

Só estará protegido pela lei, aquele que reagir a uma agressão injusta. Assim, conforme salientado, injusta é a agressão não autorizada pelo Direito. Não se deve confundir, porém, agressão injusta e ato injusto, que não constitua em si uma agressão e que pode apenas

provocar violenta emoção no agente, erigindo-se em certas circunstâncias em atenuante ou causa genérica de diminuição de pena (DOUGLAS, 2004, RT 715/428-430).

Não age em legítima defesa aquele que reage a uma reação justa: regular prisão em flagrante, cumprimento de mandado judicial, ordem legal de funcionário público, etc.

A injustiça da agressão deve ser considerada objetivamente, pelo fato em si, e não quanto à impunidade do autor da agressão. Um ataque de um doente mental ou de um menor, embora não constitua ilícito penal punível, justifica a defesa. Pela mesma razão, pode o sujeito defender-se de uma agressão acobertada por excludente de culpabilidade (erro de proibição, coação irresistível, etc.), já que não desaparece, no caso, a injuridicidade do ataque (FRAGOSO, 1991, p.191).

1.3.3 Direito Próprio ou alheio

A defesa deve amparar um direito próprio ou alheio. Embora em sua origem, somente se pudesse falar em legítima defesa quando em jogo a vida humana, modernamente se tem disposto que qualquer direito pode ser preservado pela discriminante em apreço. Protegem-se a vida, a integridade física, o patrimônio, a honra, ou seja, os bens materiais ou morais (MIRABETE, 1996, p.181).

Qualquer bem jurídico pode ser protegido pelo instituto da legítima defesa, para repelir agressão injusta, sendo irrelevante a distinção entre bens pessoais e impessoais. Considerando, porém, a titularidade do bem jurídico protegido por esse instituto, pode-se classificá-lo em: legítima defesa própria, quando o repelente da agressão é o próprio titular do bem jurídico ameaçado, e legítima defesa de terceiro, quando objetiva proteger interesses de outrem (BITENCOURT, 2004, p. 320).

No entanto, na defesa de direito alheio, deve-se observar a natureza do direito defendido. Quando se tratar de direitos disponíveis e de agente capaz, a defesa por terceiro

não pode fazer-se sem a concordância do titular desses direitos, obviamente (TOLEDO, 1995, p.200).

1.3.4 Uso Moderado dos Meios Necessários

Na reação, deve o agente utilizar-se moderadamente os meios necessários para repelir a agressão atual ou iminente e injusta. Tem-se entendido que meios necessários são os que causam o menor dano indispensável à defesa do direito, já que, em princípio, a necessidade se determina de acordo com a força real da agressão. É evidente, porém, que meio necessário, segundo Welzel, *apud* Jesus (2006, p. 93), “*é aquele de que o agente dispõe no momento em que rechaça a agressão, podendo ser até mesmo desproporcional com o utilizado no ataque, desde que seja o único à sua disposição no momento*”.

Segundo Bitencourt, (2004, p.321), deve o sujeito ser moderado na reação, ou seja, não ultrapassar o necessário para repeli-la. A legítima defesa, porém, é uma reação humana e não se pode medi-la com um transferidor, milimetricamente, quanto à proporcionalidade de defesa ao ataque sofrido pelo sujeito. Aquele que se defende não pode raciocinar friamente e pesar com perfeito e incomensurável critério essa proporcionalidade, pois no estado emocional em que se encontra não pode dispor de reflexão precisa para exercer sua defesa em equípolência completa com a agressão.

Miratebe (1996, p. 182) ainda preleciona que, não se deve fazer, portanto, rígido confronto entre o mal sofrido e o mal causado pela reação, que pode ser sensivelmente superior ao primeiro, sem que por isso seja excluída a justificativa, e sim entre os meios defensivos que o agredido tinha à sua disposição e os meios empregados, devendo a reação ser aquilatada tendo em vista as circunstâncias do caso, a personalidade do agressor, o meio ambiente, etc.

Havendo flagrante desproporção entre a ofensa e a reação, desnatura-se a legítima defesa. Haverá excesso na hipótese de responder-se a uma tapa com um golpe mortal, ou no matar-se uma criança porque penetrou no pomar e apanhou algumas frutas (HUNGRIA, 1978, p.292).

1.3.5 Legítima Defesa real, putativa, sucessiva e recíproca

De acordo com Bitencourt (2006, p. 322), a doutrina costuma indicar as seguintes modalidades de legítima defesa:

a) Legítima defesa real ou própria – é a tradicional defesa legítima contra agressão injusta, atual ou iminente, onde estão presentes todos os requisitos da sua configuração;

b) Legítima defesa putativa (hipótese de erro – arts. 20, § 1º, e 21 do Código Penal) – ocorre legítima defesa putativa quando alguém se julga, erroneamente, diante de uma agressão injusta, atual ou iminente, encontrando-se, portanto, legalmente autorizado a repeli-la. A legítima defesa putativa supõe que o agente atue na sincera e íntima convicção da necessidade de repelir essa agressão imaginária. Essa modalidade de legítima defesa só existe na representação do agente, pois, objetivamente, não existe. Se o autor supõe erroneamente a ocorrência de uma causa de justificação – independentemente de o erro referir-se aos pressupostos objetivos da causa justificante ou à sua antijuridicidade – a conduta continuará sendo antijurídica. No entanto, se esse erro, nas circunstâncias, era inevitável, exculpará o autor. Exemplo é o do agente que, na rua mal iluminada, se depara com um inimigo que lhe aponta um objeto brilhante e, pensando estar na iminência de uma agressão, lesa o desafeto. Verificando que o inimigo não queria atingi-lo, não há legítima defesa real por não ter ocorrido a agressão que a justificaria, mas a excludente da culpabilidade por erro plenamente justificado pelas circunstâncias.

Absolveu-se também o acusado, proprietário de um veículo, que, com o auxílio de outrem, reagiu violentamente contra a vítima que tentava abrir, por equívoco, seu veículo, induzindo o agente a supor que se tratava de furto. Mesmo nessas hipóteses, porém, é sempre indispensável a moderação.

c) Legítima defesa sucessiva – haverá legítima defesa sucessiva na hipótese de excesso, que permite a defesa legítima do agressor inicial. Verificam-se quando, por exemplo, o agredido, exercendo a defesa legítima, excede-se na repulsa. Nessa hipótese, o agressor

inicial, contra o qual se realiza a legítima defesa, tem o direito de defender-se do excesso, uma vez que o agredido, pelo excesso, transforma-se em agressor injusto;

d) Legítima defesa recíproca – é admissível legítima defesa contra legítima defesa, ante a impossibilidade de defesa lícita em relação a ambos os contendores, como é o caso típico do duelo. Somente será possível a legítima defesa recíproca quando um dos contendores, pelo menos, incorrer em erro, configurando a legítima defesa putativa.

2. EXCESSO NA LEGÍTIMA DEFESA

2.1. Conceito

O excesso não é o mesmo que a falta de qualquer dos requisitos dos eximentes do artigo 23, conseqüentemente, excesso significa passar dos limites de uma dessas causas eximentes, mas, para passar dos limites, será sempre necessário se ter estado, em algum momento, dentro deles.

De conformidade com este conceito de excesso, haverá excesso nas eximentes quando, por exemplo, na legítima defesa, a ação desenvolvida em resposta à agressão se prolongue para depois de cessada essa agressão, quando no cumprimento de um dever, tenham cessado as circunstâncias que criam esse dever e a ação continua; quando, no estado de necessidade, a ação se prolongue, muito embora a situação de necessidade não mais persista. Contrariamente, não haverá excesso quando a defesa não tenha sido necessária ou moderada, ou quando, na necessidade. Se dispusesse de outro meio menos lesivo, porque, em nenhum desses casos, o autor teria atuado dentro dos limites da eximente, e, portanto, nunca poderia ter excedido.

Na doutrina, tem-se distinguido entre um excesso extensivo e um excesso intensivo, sendo o primeiro aquele que, na sua conduta, o sujeito continua a atuar mesmo quando cessada a situação de justificação ou de atipicidade, ou seja, este é o único conceito de excesso que, em nossa opinião, se pode admitir, enquanto excesso chamado intensivo seria aquele em que o sujeito realiza uma ação que não completa os respectivos requisitos em cada uma das correspondentes eximentes. Este conceito de excesso intensivo não é

*propriamente um excesso, porque, quando não ocorrem os requisitos da eximente, em momento algum ela ocorreu e, portanto, então se pode exceder.*³

Essa confusa classificação do excesso amplia indevidamente o conceito e leva à introdução, pela via do suposto excesso intensiva (que é uma *contractio in adjectivo*), e ao qual nos referimos: o das chamadas eximentes incompletas.

2.2 Paradigma entre Legítima Defesa no Ordenamento jurídico brasileiro e o Direito português

A legítima defesa, por especificação legal do artigo 23 do Código Penal, é causa excludente de antijuridicidade. Essa excludente terá campo de atuação limitado, abrangendo apenas os atos praticados no momento em que não houverem cessado as agressões injustas ou sua iminência.

O legislador pátrio, com fito de coibir possíveis excessos, disciplinou a lei 7.209/84, na qual deu nova redação ao parágrafo único do artigo 23: o agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso culposo ou doloso.

Por conseqüência, surgiram dois momentos em que repercutem efeitos jurídicos diversos. O primeiro momento restringe-se ao obste da agressão injusta, o agente atua em legítima defesa. Quanto ao segundo momento, surge outra figura jurídica, os atos praticados pelo excesso.

Os legisladores limitaram a atuação da legítima defesa com intuito de punir qualquer conduta ilícita. Houve uma precaução do Código Penal para não excluir de antijuridicidade a passagem de uma agressão lícita para ilícita.

Interessante observar que o direito brasileiro possui grande similitude ao direito português, contudo, verificam-se algumas diferenças entre estes ordenamentos.

Tanto o poder legislativo brasileiro quanto o português apresentam os mesmos requisitos para configuração da legítima defesa.

Quanto ao excesso da legítima defesa, o direito português apresenta maior detalhismo. Assim dispõe o Código Penal português:

³ Ney Moura Tels. Direito Penal, Parte Geral. 2004, p.276

"Artigo 33º Excesso de legítima defesa: 1 Se houver excesso dos meios empregados em legítima defesa, o facto é ilícito mas a pena pode ser especialmente atenuada: 2 O agente não é punido se o excesso resultar de perturbação, medo ou susto, não censuráveis."

O Código de Portugal ao utilizar a expressão "pena especialmente atenuada" demonstra uma das diferenças entre os ordenamentos. Apesar de o facto ser ilícito, a pena a ele cominada deverá ser atenuada.

O direito brasileiro, por sua vez, quando configurado o excesso, pune o agente somente pela agressão do excesso, os meios que utilizou para obstar à conduta injusta não são passíveis de punibilidade.

Exemplo clássico a este instituto decorre quando um agente comete lesão corporal de natureza grave num indivíduo que tenta injustamente agredi-lo e mesmo depois de cessado o perigo de agressão continua cometendo atos violentos, e causando lesão corporal de natureza leve.

No teor do nosso Código penal, o agente não responderia pela lesão corporal grave, por agir acobertado pela excludente de antijuridicidade, contudo, seria indiciado no crime de lesão corporal leve, referente ao excesso.

No direito Português o entendimento é contrário, verifica-se que o agente responderá pelo crime de lesão corporal de natureza grave, por absorver o de carácter leve, mas com diminuição na pena. Com este entendimento, o direito português demonstra certa injustiça. Isso ocorre pois muitas vezes não é sabido o momento exato em que a legítima defesa deixa de ser excludente de antijuridicidade e passa a ser excesso.

Outra diferença é observada no que diz respeito ao quesito dois do artigo 33 do Código Português.

O legislador português colocou no rol das excludentes de culpabilidade o excesso da legítima defesa quando o agressor encontrar-se sob domínio de perturbação, medo ou susto, desde que não censuráveis.

Por critérios meramente comparativos, o Direito Penal brasileiro utiliza o referido dispositivo português quando menciona a emoção e paixão. Assim como dispõe o artigo 28, I, do Código penal: não excluem a imputabilidade penal: I- A emoção ou a paixão. Todavia, nos moldes do artigo 65, III, c, são circunstâncias que atenuam a pena, não causas de isenção de culpabilidade.

Não resta dúvida que o excesso da legítima defesa não absorve toda ação, somente o ato que ocasionou abuso ao repelir a injusta agressão.

Brasil: *in verbis*

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

Artigo 23. Parágrafo único. O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.

Portugal: *in verbis*

Art. 32º. Legítima defesa. Constitui legítima defesa o facto praticado como meio necessário para repelir a agressão actual e ilícita de interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro.

2.3. Excesso Punível

Segundo o Código Penal,

Existe excesso punível: quando o sujeito repele a agressão excedendo-se na repulsa, seja valendo-se de meios superiores aos necessários, seja não utilizada com moderação. Tal excesso é punível, na forma do parágrafo único do artigo 23 do Código Penal. Se o excesso foi doloso, o sujeito responde pelo se excedeu, a título de dolo; se foi culposo, a título de culpa, caso o excesso consista, em si, delito culposo.⁴

Exemplo: ao defender-se de injusta agressão, o sujeito põe seu contendor desacordo e gravemente ferido; após este estar caído ao solo, ainda lhe causa mais uma lesão leve. Embora a lesão grave esteja acobertada pela justificativa, a posterior lesão leve foi excessiva e será punida por dolo, caso a intenção tenha sido provocá-la; ou por culpa, se decorrente da falta de cuidado do agente.

Limites do excesso punível: assinala-se que só a desnecessidade dos meios não basta para afirmar o excesso punível, desde que eles hajam sido usados moderadamente. O exemplo facilitará a compreensão: se, a se ver ameaçado e tendo à mão uma bengala e uma pistola, o

⁴ **Código Penal Brasileiro**. Decreto de nº 2.848, 7 de dezembro de 1940. 2005, p112.

agente usa desta e alveja o braço de quem o ameaça, pode se dizer que se valeu de meio desnecessário, mas usado moderadamente; ao contrário, se emprega a bengala (meio necessário), mas mata o agressor com bengaladas na cabeça, o uso do meio necessário é que poderá ter sido imoderado. O excesso inclui, pois, tanto o meio como utilização deste, devendo ambos ser encaminhados. Assim, em caso de júri, ainda que os jurados neguem o emprego do meio necessário, devem ser perguntado sobre a moderação no uso e sobre o elemento subjetivo do excesso (dolo ou culpa).

2.4. Excesso Acidental

“A questão do excesso acidental teve relevância enquanto vigorou a antiga Parte Geral do Código Penal porque, então, somente se admitia o excesso culposo. Assim, excluído o excesso culposo, restava sempre uma dúvida: o plus era doloso ou meramente casual? Para afastar tal dúvida é que, no Tribunal do Júri, a defesa costumava requerer quesito objetivando o reconhecimento do excesso casual. Agora, no entanto, em face do parágrafo único do artigo 23 do Código Penal, que obriga a verificação tanto do excesso doloso como do excesso culposo, não cabe mais questionar, em nível, o excesso casual, visto que, não respondendo o agente nem por excesso doloso nem por excesso culposo, deve ser ele absolvido, pelo reconhecimento da excludente de ilicitude, em face da irrelevância do excesso.”⁵

Esta foi a orientação que passou a repercutir intensamente nos Tribunais, com a nova Parte Geral do Código Penal, dispondo, agora, no parágrafo único do seu artigo 23, que o agente, em qualquer das hipóteses de causas de exclusão da ilicitude, responderá pelo excesso doloso ou culposo, tornou-se imperativo o questionamento do plus em suas modalidades inclusive na ordem da precedência legal, nos casos de julgamento pelo Tribunal do Júri, pena de nulidade. Recurso provido. (AC nº 695046664, 4ª Câmara Criminal, Rel. Dês. Montauray dos Santos Martins, julgada em 20-03-96, decisão majoritária).

⁵ **Código Penal Brasileiro**. Decreto de nº 2.848, 7 de dezembro de 1940. 2005, p112.

Tornou-se obrigatório o questionamento do excesso doloso ou culposo, sempre que o Conselho de Sentença negar, na excludente da legítima defesa, o uso dos meios necessários ou a moderação no emprego dos meios.

Pela ordem de precedência, questiona-se em primeiro lugar o excesso doloso, prevalecendo ainda a prática do fato criminoso a título de dolo, pois a ação é única. Respondido afirmativamente, estará o réu condenado por crime doloso. Negado, questiona-se o excesso culposo. Negados ambos, o réu estará absolvido, pois o Júri reconheceu o excesso casual.

Após ser negado o quesito referente à necessidade dos meios empregados na defesa, ainda é cabível o questionamento acerca da moderação, devendo, independentemente do resultado nesta votação, ser propostos os quesitos acerca da subjetividade do excesso (se doloso ou culposo), haja vista que a legítima defesa já estava afastada quando negado o quesito relativo à necessidade dos meios.

2.5. Jurisprudências e outros apontamentos sobre o excesso punível

“A partir da vigência da Lei nº 9.113, de 16/10/95, que alterou a redação do inc. III do art. 484 do CPP, tornou-se indiscutível a obrigatoriedade da formulação do quesito sobre o excesso doloso, em primeiro lugar, depois, se rejeitado, o do concorrente ao excesso culposo. (AC nº 69806571, 2ª Câmara de Férias Criminal, Rel. Dês. Marco Antônio Bandeira Scapini, julgada em 30-07-98, decisão unânime). Com a disposição do parágrafo único do art. 23 do CP, o Júri, antes de manifestar-se sobre o excesso culposo, terá obrigatoriamente de definir-se a respeito do excesso doloso, e, se tanto como outro for repelido, o excesso porventura detectado será penalmente irrelevante. (TJSP, AC, Rel. Gentil Leite. RT nº 686/322).”⁶

Ao indagar o Juiz primeiro a respeito do excesso culposo, à vista da resposta afirmativa a tal pergunta, julgou prejudicado o quesito referente ao excesso doloso. Não observada a ordem legal dos quesitos o julgamento é nulo, pois tal inversão tornou duvidoso o resultado do julgamento pelo Júri. (TJSP, AC, Rel. Silva Pinto, RT nº 719/393).

⁶ **Código Penal Brasileiro.** Decreto de nº 2.848, 7 de dezembro de 1940. 2005, p 115.

Ao negarem os jurados à utilização dos meios necessários a repulsa à agressão injusta, não havia necessidade de se indagar sobre o quesito seguinte relativo à moderação, que ficou automaticamente prejudicado. É indispensável, em face da regra estatuída no parágrafo único do art. 23 do Código Penal, verificar primeiramente se o excesso foi doloso, e somente excluído a caracterização deste, torna-se imprescindível observar se não foi ele de caráter culposo. Inexiste razão jurídica para se afirmar que a indagação deste deve preceder à daquele, acolhido o entendimento de que, negada a moderação da defesa, se deve indagar ao Júri tanto do excesso doloso quanto do excesso culposo indicando assim a precedência do quesito referente à qualificação culposa do excesso, mais favorável à defesa.

Questionado o excesso punível, mesmo a título de culpa, sendo afirmado pelo Conselho de Sentença que o réu se excedeu, entende-se que a circunstância que por lei isenta de pena ou exclua o crime, ou o desclassifique, o Juiz formulará quesitos correspondentes imediatamente depois dos relativos ao fato principal, inclusive os relativos ao excesso doloso ou culposo quando reconhecida qualquer excludente de ilicitude.

A alteração do Código de Processo Penal provocou inúmeras interpretações, na hipótese de os jurados negarem os quesitos referentes à necessidade dos meios de repulsa empregados e do uso moderado dos meios de repulsa. As divergências resultaram da aplicação combinada do inc. III do art. 484 do CPP com o art. 23 do Código Penal, sendo que neste último dispositivo estão enumeradas as excludentes de ilicitude, tendo havido a inclusão do parágrafo único que trata do excesso punível.

A questão presente refere a situação em que o Tribunal do Júri, ao negar o uso dos meios necessários ou da moderação, acaba afastando a legítima defesa, passando ser necessária a quesitação do excesso defensivo. A polêmica também surge quanto à ordem de formulação dos quesitos sobre o excesso punível.

Uma anterior posição era no sentido de que uma vez negada a necessidade ou moderação dos meios empregados, na tese da legítima defesa, deveria ser formulado o quesito sobre o excesso culposo, e caso não reconhecido, estaria caracterizado o dolo. Entretanto, uma vez afirmado tal atitude excessiva na defesa, resultaria a desclassificação para homicídio culposo. Nesse sentido, a declaração de voto na AC nº 699494779, 1ª Câmara Criminal, julgada em 31-05-2000.

A decisão foi por maioria, ensejando os Embargos Infringentes nº 70001259670, em que o 1º Grupo Criminal, em julgamento ocorrido em 04-08-00, também por maioria, acolheu o voto vencido com a determinação de que primeiramente deva ser formulado o quesito sobre o excesso doloso, e se negado, o do culposo, conforme a nova redação do inc. III do art. 484 do CPP.

Destaque-se a consistente argumentação em defesa das posições em torno da matéria, demonstrando a polêmica existente, em que a jurisprudência desempenha um papel importante apresentando interpretações diversas, ensejadoras à mudança de posição, dentro do próprio dinamismo dos fatos que alimentam o mundo jurídico, enfrentando novas situações fáticas, ensejando uma alteração na ótica de pensar.

Em tema de imoderação dos meios utilizados na legítima defesa, tem-se enfrentado diversas situações na ordem de quesitação do excesso de defesa. É de se dizer que independentemente da ordem na formulação dos quesitos, no caso de negativa dos mesmos, estará o réu absolvido pelo excesso fortuito ou exculpante, dando-se a mesma conclusão, ou seja, não será exigida a quesitação sobre a causa de excludente extralegal.

A dissidência doutrinária e jurisprudencial a respeito do tema é uma realidade, entretanto, ao rever a posição, tem razão aqueles que defendem a formulação dos quesitos relativos à natureza do excesso, apresentando, inicialmente, a pergunta sobre o doloso, e num segundo momento, se for o caso, o do culposo.

José Guido de Andrade, Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, reconhece a divergência da matéria, mas se posiciona no sentido de quesitar primeiramente sobre o excesso culposo e depois o excesso doloso. Parece-nos preferível, no entanto, que se quesite, em primeiro lugar, o excesso culposo, que, por implicar a sua afirmativa desclassificação para hipótese mais benéfica ao réu, deve ser tida como tese de defesa e, portanto, preceder o quesito sobre o excesso doloso.

Então os dois quesitos sobre excesso devem ser formulados, inicialmente o doloso, e caso seja afirmativo, nessa hipótese, estará prejudicada a quesitação do culposo. Por outro lado, não acarretará nulidade na quesitação, independentemente da ordem, se ambos os

quesitos sobre excesso doloso e culposo forem negados, porque o fortuito ou exculpante resta admitido, não havendo prejuízo para as partes.

Com isso, a quesitação do excesso doloso em primeiro lugar, está na ordem da lei, não se constituindo o alegado constrangimento ilegal para a defesa. Há linha argumentativa, defendendo que a indagação inicial do excesso culposo representa um entendimento mais favorável ao réu, entretanto, também em sentido contrário, há forte defesa de que a formulação dos dois quesitos, beneficia a defesa do ré, porque a nova leitura da lei processual instrumentaliza os julgadores para apurar a natureza do excesso reconhecido, e para ensejar a possibilidade e aplicação do parágrafo único do artigo 23 da Lei Penal.

Embora não se desconheça que a reforma penal de 1984 alterou o tratamento dado ao excesso, o admitido também na modalidade dolosa e relativamente a todas as excludentes da ilicitude, discorda-se do nexó estabelecido pelo julgado, no sentido de que as duas modalidades do excesso devam ser indagadas ao Júri, sob pena de irremediável nulidade do julgamento, sempre que uma delas tiver sido negada, e evidentemente tendo como pressuposto o anterior afastamento da necessidade ou da moderação no emprego dos meios de defesa, porque, a recusa de ambas, importa no reconhecimento de um excesso casual, absolvedor, mesmo seja o entendimento sustentado por respeitáveis autores, de modo especial após a alteração da regra do art. 484, inc. III, do CPP, com respaldo, inclusive, em boa parte da jurisprudência.

A defesa para ser legítima, pressupõe necessidade e moderação no emprego do meio defensivo. O defendente deve escolher, dentre os meios eventualmente disponíveis e de igual eficácia para cessar o ataque, o de menor lesividade, utilizando-o até o exato instante em que houver afastado a ameaça de lesão ao bem jurídico. A defesa demais caracteriza excesso. Quando o agredido intencionalmente supera os limites da necessidade e moderação, sabendo e querendo ir além do necessário para prevenir a ofensa ao bem jurídico, o excesso é doloso.

Quando os supera, não porque tenha querido defender-se demais, mas porque agiu precipitadamente, sem empregar o dever de cuidado exigível nas circunstâncias, ou porque incidiu em erro de cálculo quanto à gravidade da agressão ou quanto ao modo da repulsa, acreditando na necessidade da sua desnecessária reação, o excesso é penalmente tratado como culposo, com relevância jurídico-penal sempre que prevista a modalidade culposa da infração

correspondente ao resultado a mais produzido. Doloso ou culposo, o excesso é antijurídico. Serve o excesso de divisor entre a licitude e ilicitude da reação.

Na hipótese de que, não obstante a moderação no emprego do meio adequado, a defesa for além do necessário, mas por causa de um acontecimento imprevisível e inevitável, como série causal concomitante, preexistente ou subsequente à ação legítima que não possa ser levada em consideração pelo agente, porque absolutamente fora da ordem normal das previsões ou dos cálculos, o fortuito resultado excessivo que provocar força estranha e indominável pela vontade humana, não será antijurídico nem prejudicará o reconhecimento da excludente. A defesa demais será casual, não podendo ser o excesso daí derivado atribuído ao defendente, que terá reconhecida a excludente, lecionam Bandeira de Mello, Aníbal Bruno e Salgado Martins, dentre vários outros autores.

É que os tipos permissivos, e a legítima defesa é um dos casos, também requerem tipicidade, como adequação do fato à hipótese que veiculem. A tipicidade da reação, em situação de legítima defesa, exige necessidade do meio e moderação no emprego do meio necessário. A atipicidade, só quando sua causa determinante puder ser atribuível ao defendente, como obra sua, por dolo ou culpa na escolha ou no uso do meio defensivo. Não obrando com dolo nem com culpa, o excesso não será criminoso, sem afetação, portanto, da tipicidade permissiva da reação, da configuração da excludente da legítima defesa.

Por exemplo: ao defender-se da injusta agressão à sua integridade corporal, praticada com socos, o defendente empurra o agressor, que perde o equilíbrio e tomba da ponte, por forte tremor de terra que naquele exato momento ocorre, vindo a morrer em razão da queda (força maior); a morte, ainda que no plano físico ligado à repulsa, a esta juridicamente não pertencerá, e o agredido, por consequência, terá agido em legítima defesa. Também serve para hipotizar excesso casual, agora pelo fortuito: reagindo com uma tapa ao agressor de sua liberdade sexual, que a agarra pelos seios dentro de um ônibus, a ofendida vê seu relógio escapar do pulso, cuja pulseira foi rompida, ferindo gravemente o olho do agressor; o resultado a mais, caracterizado pela lesão no olho, não lhe será imputável, pois obra do acaso.

E aí o aspecto de que ainda não se aperceberam os adeptos da corrente contrária: o excesso doloso e o excesso culposo pressupõem a voluntariedade da conduta. Importando em

fato antijurídico e punível, *conditio sine qua non* é a de que o ir além do necessário para repelir a agressão e proteger o bem jurídico agredido tenha sido obra do defendente.

No casual, ao contrário, não há voluntariedade. Como fortuito que é, o desnecessário resultado lesivo a direito do ofensor escapa ao poder da vontade do defendente, ainda que materialmente subsista a causalidade. O fortuito começa onde a culpa acaba, e abarca, em sede penal, a culpa levíssima. No fortuito, propriamente, não há excesso. Somente se compreende excessiva a reação evitável, e o fortuito, como ignorância invencível, faz com que o desvio da repulsa fique fora da esfera de controle e fora da esfera de responsabilidade do agente, impedindo a tipificação do fato a que o resultado lesivo poderia prender-se, uma vez que se trata de causa independente que interfere no fluxo causal como coeficiente exclusivo apareça como *pirus* deste último, observava Hungria.

Portanto, preliminar ao veredicto de excesso, seja o doloso ou o culposo, mas sempre punível, é que tenha o júri compreendido voluntária a parte excessiva da reação, como conduta humana dominada ou dominável pela vontade, ainda que não seja esta imune a vícios ou defeitos, que não seja uma vontade totalmente livre. Se não a tiver compreendido voluntária, é obvio que não precisará primeiramente julgar e afastar as modalidades dolosa e culposa de excesso.

Desde que o tema tenha sido suscitado pela Defesa, técnica ou pessoal, o Júri, querendo decidir que o excesso não foi doloso nem culposo, que foi causal, obra do acaso, com absoluta ausência de voluntariedade por parte do agredido, deverá fazê-lo respondendo afirmativamente ao quesito (ou aos quesitos, quando isoladamente questionadas necessidade e moderação) da reação (Usou o réu moderadamente do meio necessário?).

Aliás, quando o júri nega o uso moderado do meio necessário, como está julgando punível o excesso, é de imperativa renovação, nos moldes do art. 489 do CPP, a votação que, na seqüência, recusar tanto a natureza dolosa como a natureza culposa deste excesso.

Quando o fortuito é alegado em relação à auditoria (à ação), porque o fato teria sido acidental, ao Júri não se questiona especificadamente a respeito; caso queiram reconhecer a acidentalidade, os jurados negam o quesito da autoria (por exemplo, No dia, horário e local mencionados no libelo, o acusado com tiros, facadas, etc, produziu na vítima as lesões descritas no auto de necropsia?). Só o responderão afirmativamente se tiverem a compreensão

da voluntariedade, doloso ou culposo. É entendimento discrepante, tanto na jurisprudência como na doutrina. Seria diferente a técnica de julgamento sobre a mesma ausência de voluntariedade (da ação) quando se a examinasse sob o ângulo da reação em legítima defesa?

Diante do exposto, em termos de conclusão:

a) Inexiste relação de causa e efeito entre a expressa previsão legal do excesso doloso e culposo, em todas as excludentes da ilicitude, e a quesitação individualizada das duas modalidades;

b) No excesso casual não há voluntariedade. O desnecessário resultado lesivo ao direito do ofensor escapa ao domínio da vontade. Inclusive, teses de excesso culposo e excesso casual, sustentadas pela Defesa na sua peroração ao Júri, são teses que mutuamente se excluem, pois numa há e em outra não há voluntariedade;

c) O excesso doloso e o culposo não podem receber o mesmo tratamento jurídico dispensado ao chamado excesso casual. São de diversas estruturas e efeitos na economia interna do delito. Correlatamente, não devem receber a mesma técnica de quesitação nos julgamentos pelo Júri.

Os dois primeiros são puníveis, o casual é absolvedor. O excesso doloso não repercute nem na tipicidade nem na ilicitude, podendo produzir consequência unicamente no apenamento, como circunstância atenuante. O culposo afeta a tipicidade original, dando nova e mais branda adequação jurídico-penal ao fato, em termos de apenamento, mas não exclui o caráter antijurídico, e o agente também é condenado. O casual, a seu turno, afeta a tipicidade incriminadora e não afeta a tipicidade permissiva, devendo ser o réu absolvido com o assento na justificativa da legítima defesa e não por ausência de culpabilidade. A repulsa não é lícita.

Discorda-se, assim que: diante do fato resultante de caso fortuito ou de força maior, não se poderia opor ao agente a exigibilidade de outra conduta, pois o fato era ou imprevisível, ou inevitável, e verificada, assim, a inexigibilidade de outra conduta, dá-se a exclusão da culpabilidade do agente, impondo-se a sua absolvição. O fortuito não exclui a culpabilidade. É hipótese de ausência de conduta, afetando a tipicidade do fato.

d) O excesso casual, por ser inevitável, inafastável, independente da vontade do agredido, não é propriamente um excesso da reação, pois à reação não pode ser atribuído.

e) Também não se confunde com o excesso exculpante, que exclui a culpabilidade, por inexigibilidade de outra conduta, mas pressupõe voluntariedade. No exculpante, cuja origem está na agressão injusta, que provoca e determina forte alteração no ânimo do agredido, seja em forma de perturbação, medo ou surpresa, o deficiente não consegue conter sua reação dentro dos limites adequados, como seria exigível, mas, ainda que mínima em termos de domínio, atua com voluntariedade no fato que o concretiza.

f) A ratio da alteração do inc. III do art. 484, do Código de Processo Penal, feita pela Lei nº 9.113/95, em que pese o atraso de mais de dez anos, foi a de atualizar o Código de Processo Penal ao novo texto do art. 23 do Código Penal, encerrando, assim, vez por todo o dissídio jurisprudencial ainda remanescente a respeito da cogência da indagação ao Tribunal do Júri sobre a natureza dolosa ou culposa do excesso.

g) Cogitar-se de que a alteração legislativa tenha tido por escopo admitir, na lei processual, o excesso sem dolo ou culpa, só por desconhecimento de que a legislação brasileira tradicionalmente não dispõe sobre as causas de ausência de conduta, ou confusão do que realmente seja excesso casual. Tecnicamente, a nova redação da lei processual apenas instrumentalizou, como lhe incumbe, a forma de apurar a natureza do excesso para possibilitar a aplicação do disposto no parágrafo único do artigo 23 do Código Penal. Não quis o legislador, por certo, admitir, aqui, na lei processual, o excesso imotivado, nem doloso, nem culposos.

h) Considerando-se que há punição do excesso quando voluntário, o prosseguimento da votação, após a negativa da necessidade ou da moderação, destina-se apenas para indagar a natureza punível do excesso, e deverá consistir em um único quesito, do excesso doloso, em simetria com o procedimento que é adotado quando se quiser indagar ao Júri a negativa de dolo no fato típico reconhecido (autoria, materialidade e nexos causal – geralmente, pelas fórmulas – O réu quis o resultado? – O réu assumiu o risco de provocar o resultado?) porquanto, com o afastamento da legítima defesa, feito pela negativa da necessidade ou da moderação do revide, prevalece o fato libelado, à título de dolo (a ação é única), não importando tenha sido suscitado por alguma das partes o reconhecimento de excesso de

excesso culposo (que não precisa ser necessariamente tese de defesa). Negada a natureza doloso, os jurados terão julgado que o excesso é culposo (já afirmado no quesito anterior – o da necessidade ou da moderação), e o réu será condenado, se prevista a modalidade culposa da infração, sendo desnecessário, em tal hipótese, qualquer outro questionamento ao Júri, pois a negação dolosa implicaria na afirmação culposa.

i) Uma única hipótese poderá afastar a punição do agente, quando negada pelo Júri a licitude da reação, que será a de um excesso exculpante, mas desde que tenha sido suscitado pela Defesa, e será posto à deliberação do Conselho logo após à recusa do uso moderado do meio necessário. Não acolhido o exculpante, o réu já estará condenado, restando apenas decisão sobre a culpabilidade doloso ou culposa.

j) Se a Defesa tiver sustentado o excesso casual, aos jurados não será submetido quesito específico. A tese será posta em apreciação quando no quesito sobre a repulsa, tal como a hipótese de causalidade é afastada pela resposta afirmativa ao quesito da reação. Nesse mesmo sentido, do Tribunal de Justiça de São Paulo: A afirmação de não ter o réu sido moderado na reação, já está excluído o excesso casual e, negado o excesso culposo, apenas subsiste o doloso, para qual o acusado deve responder.

l) Tanto o excesso casual, como o excesso exculpante, necessariamente devem ser objetos de oportuna sustentação pela Defesa, no curso do processo ou nos debates do Plenário. O excesso casual e o excesso exculpante são teses defensivas tanto como a legítima defesa, o estado de necessidade, a negativa de autoria ou dolo etc. Necessariamente, pois, devem, ser provocadas pela Defesa.

O que não se pode admitir é que os jurados dêem ao caso um veredicto cujo fundamento sequer foi debatido pelas partes. Se a Defesa pessoal ou técnica não os tiver suscitado, no caso de negação da necessidade ou da moderação dos meios, os jurados será submetido um único quesito, sobre o excesso doloso. Negado o doloso, o excesso só poderá ser compreendido como culposo, inexistindo outra hipótese.

m) A exigência da dupla quesitação, além de significar afronta ao princípio da paridade de armas entre as partes, pois viola o contraditório e é capaz de surpreender, dando ao feito decisão inesperada pelas partes, cujo conteúdo sequer é revelável para fins de

impugnação na Superior Instância, pode levar a impunidade. Sendo o réu absolvido por um excesso cujo conteúdo é desconhecido, porque não aclarado, discutido, debatido pelas partes em momento algum do processado, absolvido por um excesso de extraordinária ocorrência, quase que uma mera hipótese acadêmica, a decisão será arbitrária e injusta para com a vítima, familiares e a sociedade, que têm direito a uma sentença justa, fazendo-as, mais uma vez, personagens esquecidas do drama criminal.

n) Como decorrência do malferimento ao princípio da paridade de armas entre as partes, poderá o Ministério Público, em grau de apelação, impugnar a validade do julgamento, mesmo tenha seu agente, por ocasião da leitura dos quesitos no plenário, ou ainda durante o julgamento na sala secreta, silenciado a respeito da dupla quesitação. Conforme decidido pelo STF, o silêncio da parte, durante o julgamento, sobre a apresentação de quesito complexo ou irregular aos jurados, não sana a irregularidade, quando esta, por sua gravidade, afeta a validade do julgamento, porque passível de conduzir o Conselho de Sentença a erro ou perplexidade sobre o fato sujeito a decisão.

o) O Supremo Tribunal Federal, por sua Segunda Turma, na vigência da Lei nº 9.113/95, já decidiu pela obrigatoriedade, apenas, do quesito sobre excesso culposo: Negado pelo Júri o quesito concernente à necessidade dos meios empregados pelo agente, ainda assim devem ser questionadas a moderação e a natureza do excesso culposo no encerramento da seriação dos quesitos da legítima defesa. Nulidade absoluta do julgamento, pelo Júri, por falta de quesito obrigatório (Sumula 156).

p) Sintetizando, discorda-se, vez por todas, da obrigatoriedade na formulação dos quesitos sobre as duas modalidades de excesso e do nexo que se estabeleceria entre a negativa destes quesitos e o excesso casual. Razoável interpretação dos textos da lei penal e processual penal que a matéria envolve esta expressada na seguinte ementa:

A referida Lei nº 9.113/95 não produziu alteração alguma no Código Penal. A lei penal material continuou a descrever a legítima defesa como o uso moderado dos meios necessários para repelir injusta agressão atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. Por igual, continuou vigente o § único do artigo 23, que enumera as causas de exclusão de ilicitude, entre elas a legítima defesa: O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo. Assim parece, a modificação introduzida no inc.

III do artigo 484 do CPP só veio esclarecer alguma divergência jurisprudencial ainda existente sobre a obrigatoriedade de apurar, no caso específico de julgamento pelo júri, se o excesso reconhecido pelos jurados, na legítima defesa ou em qualquer outra dirimente, fora doloso ou culposo. A nova redação da lei processual apenas instrumentalizou, como lhe incumbe, a forma de apurar a natureza do excesso para possibilitar a aplicação do disposto no § único artigo 23 do CP. Não quis o legislador, por certo, admitir, aqui, na lei processual. O excesso imotivado, nem doloso, nem culposo. O excesso inafastável, o excesso que independe da vontade do agente, sempre foi considerado como não-excesso.

3. EXCESSOS

3.1. Doloso

Em face da agressão injusta, o agredido pode conscientemente empregar um meio desnecessário para evitar a lesão do bem. Se o excesso, responde pelo fato praticado durante o excesso a título de dolo. O excesso pode não ser doloso, resultante de erro do agente, então, cumpre distinguir se é escusável ou inescusável, se derivado de erro de tipo permissivo ou erro de proibição, com efeito, diverso. Se o excesso deriva de caso fortuito, subsiste a legítima defesa (MIRABETE, 1996, p.190).

Para Damásio (2002, p.341),

Há excesso doloso quando o sujeito conscientemente, vai além do necessário para repelir a agressão. Por exemplo, se já é prostrado seu agressor, que não pode continuar a agressão, o agredido prossegue na conduta de feri-lo. De uma conduta lícita passa a um comportamento ilícito. Responde por crime doloso, artigo 23, parágrafo único, Código Penal.

É comum dizer que o excesso doloso exclui a legítima defesa. Essa opinião deve ser acatada com reservas. O excesso doloso exclui a legítima defesa a partir do momento em que o agente pratica a conduta constitutiva do excesso doloso excluísse a legítima defesa, deveria responder por crime de lesão corporal grave. Ocorre que o agente causou a lesão grave

quando se encontrava em legítima defesa. Logo, deve responder pelo fato praticado durante o excesso. (MIRABETE, 1996, p. 136).

No caso de legítima defesa dolosa o sujeito pode vir a matar o agressor anterior; feri-lo ou errar o alvo. (MIRABETE, 1996, p. 190).

Para averiguar com exatidão o uso de meio excessivo para defender-se, é preciso levar em consideração as capacidades concretas do defendente, na situação concreta em que se encontra, quando sofreu a agressão (HUNGRIA, 1978, p. 294).

Ocorre o excesso na legítima defesa quando o defendente, embora satisfazendo os requisitos legais da excludente, exagera no uso dos meios que afiguram necessários.

Há excesso doloso, se o agredido já estiver sido dominado pelo agressor, e aquele continua voluntariamente com sua reação. Há excesso doloso quando o agente inequivocamente deseja um resultado que transpassa o que é necessário para por fim ao ataque. Quando isso ocorrer, responderá o agente pelo excesso, ou seja, pelo fato típico realizado dolosamente.

No excesso culposo, quem se excede culposamente nos meios não pode dizer que não quisesse o evento ocasionado. Esse evento foi previsto e querido, desse modo, poderá configurar o dolo, que pressupõe, precisamente a previsão e voluntariedade do evento. Por outro lado, por exemplo, o legislador italiano pune o excesso como delito culposo, tendo em vista apenas razões atinentes à situação concreta de agir.

Pedro Vergara apud Prado (2004, p.372), afirma que:

O legislador italiano está em controvérsia consigo próprio. Não pode incidir em dolo porque o agente não conhece a contradição entre seu ato e a lei, que sua essência está na previsibilidade dos efeitos daninhos não queridos e não previstos pelo agente.

Assim questiona Vergara (1997, p. 138):

Mas, se apenas há culpa pode não haver vontade, como é que o excesso voluntário é culposo? Para o penalista pátrio nem mesmo se explica a tese, com a distinção que faz entre querer a lesão do direito e querer o fato que lesa o direito. Não se pode negar a razão.

Para o penalista mineiro Jardim Linhares, apud Prado (2004, p.375) ao referir-se à parte original do Código de 1940, comenta o excesso doloso: *“É a modalidade do excesso intenso ou consciente, que ocorre por exclusão, nos casos não previstos pela lei como excesso culposo, ou como excesso escusável”*.

Essa modalidade de excesso, continua ainda Prado (2004, p.377), nas próprias palavras do penalista mineiro:

“Corresponde à intenção de infligir ao adversário um mal supérfluo, dada a evidente desproporção entre ação defensiva e a ofensiva, evidenciando-se ostensivamente, porque, se é certo que há, no processo doloso, de início um processo defensivo, concluir-se-á pela conduta do agredido.”

3.2 Culposo

É culposo o excesso quando o agente queria um resultado necessário, proporcional, autorizado e não o excessivo, que é proveniente de sua indesculpável precipitação, desatenção. Na realidade, há uma conduta dolosa, mas, por medida de política criminal, a lei determina que seja fixada a pena do crime culposo, se previsto em lei, já que o sujeito atuou por um erro vencível na sua ação ou reação, diante do temor, aturdimento ou emoção que o levou ao excesso. Também nessa hipótese o agente responderá apenas pelo resultado ocorrido em decorrência do excesso.

O grande nome, dentre aqueles que defendem que o elemento subjetivo do excesso é a culpa, é Carrara. Para ele e seus seguidores tal argumento encontra sustentação no fato de que o elemento culposo presente no excesso está no “errore de calcolo” no qual incide o agente que se defende.

O Mestre Carrara apud Prado (2004, p. 377), ensina que:

Aquele que, iludido sobre a gravidade e sobre a inevitabilidade do próprio perigo, mata ou fere, não possui a vontade, não possui a consciência de delinquir. Não se acha, pois, absolutamente em dolo, porque não conhece a contradição do seu ato e a lei. Pode-se reprovar-lhe o erro de cálculo, uma precipitação, e assim, constituir a culpa.

Os defensores dessa corrente entendem que o agente que se defende deve fazê-la utilizando os meios necessários e na medida suficiente para fazer cessar o ataque, e que, quem avalia mal e erra nesse aspecto, incidirá em culpa. Desse modo, a culpa no excesso consiste precisamente no erro de avaliação cometido pelo deficiente, o qual se for razoável, confunde-se com os próprios atos de defesa. Não se falará, então em punição. Entretanto, se esse erro for inescusável, haverá, como consequência, punição. (PRADO, 2004, p.379).

O excesso doloso e culposo não podem receber o mesmo tratamento jurídico dispensado ao chamado excesso causal. São de diversas estruturas e efeitos na economia interna do delito. O excesso doloso não repercute nem na tipicidade nem na ilicitude, podendo produzir consequência unicamente no apenamento, como circunstância atenuante. O culposo afeta a tipicidade original, dando nova e mais branda adequação jurídico-penal ao fato, em termos de apenamento, mas não exclui o caráter antijurídico, e o agente também é condenado. “O casual afeta a tipicidade incriminadora e não afeta a tipicidade permissiva, devendo ser o réu absolvido com assento na justificativa da legítima defesa e não por ausência de culpabilidade”. (PRADO, 2004, p.379).

Discordam alguns doutrinadores, que para eles, diante do fato resultante de caso fortuito ou de força maior, não se poderia opor ao agente a exigibilidade de outra conduta, pois o fato era ou imprevisível, ou inegável, e verificada a exigibilidade de conduta diversa, dá-se a exclusão da culpabilidade do agente, impondo-lhe a sua absolvição. O fortuito não exclui a culpabilidade. É hipótese de ausência de conduta, afetando a tipicidade do fato. (BITENCOURT, 2004, p. 326).

Excesso na causa só verdadeiramente existe quando alguém dá causa à agressão por mera culpa. “Com efeito, se alguém estimulou dolosamente o agressor o que verdadeiramente se verifica é a existência de um ardil, a produção dolosa de uma situação aparente de defesa preordenada”. (PRADO, 2004, p.388).

A agressão deve ser livre na causa (*actio libera in causa*), isto é: não deve haver excesso na causa. Com isto se pretende significar que na análise jurídica da situação concreta, pode-se restringir apenas aos fatos imediatamente relevantes. Num momento posterior cabe analisar outros fatos não direta e imediatamente relevantes. Esta análise progride até aos limites consentidos pela causalidade. Não se podendo imputar num primeiro momento o fato por não haver dolo ou culpa, cabe perguntar se na causa há dolo ou culpa. (BITENCOURT, 2004, p. 326).

Isto significa que não é por alguém estar a sofrer uma agressão atual e ilícita que há necessariamente legítima defesa e justificação do fato.

Prado (2004, p. 385) nesse sentido explica que:

Mesmo que na análise do contexto próximo da ação se chegue a uma conclusão negativa quanto à imputação e à responsabilidade, isso não termina a indagação. Deve-se regredir a análise a contextos anteriores quantas vezes o permitir a teoria da causalidade adaptada. Se o agente tem culpa na criação da situação em que surge como deficiente, o fato que pratique em reação à agressão é lhe imputável.

4. O TRATAMENTO DA QUESTÃO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA⁷

Noção. É a reação imediata à ameaça iminente ou agressão atual a direito próprio ou de outrem (TJSP, RT 518/349).

Fundamento moral: em face de agressão injusta, a vítima tem a faculdade leal e o dever moral de obstá-la, mesmo recorrendo ao exercício de violência (TJSP, RT 624/303; TACrSP, Julgados 75/406).

Direitos protegidos pela legítima defesa: Ela alcança quaisquer bens ou interesses juridicamente protegidos, como a vida, saúde, honra, pudor, liberdade pessoal patrimônio, tranqüilidade do domicílio, pátrio poder, segredo epistolar etc. (TACrSP, Julgados 76/279; STJ, RHC 2.367-7 DJU 14.6.93, p. 11791).

Atual ou iminente: A legítima defesa pode não ser atual, mas ser iminente (STF, RTJ 84/638). Não pode, porém, referir-se a ameaça futura (TJSP, RT 549/316). Não é admissível contra uma simples ameaça desacompanhada de perigo concreto ou imediato (TJSP, RT 715/433).

⁷ **Código Penal Brasileiro**-m Decreto nº 2.848, 7 dezembro de 1940, 2005.

Provocação do agente: Não há legítima defesa se o réu atirou primeiro (TJSP, RT 518/349) ou provocou (TJSP, RT 528/339; TAMG, RT 540/364; RT 535/538). Não pode invocar legítima defesa quem deu causa aos acontecimentos (TJPR, RT 562/358; TACrSP, RT 511/403).

Reação desproporcional à provocação: Ainda que o agente tenha inicialmente provocado a vítima, a reação desproporcional desta pode dar lugar à legítima defesa (TJSP, mv, RT 534-335).

Dúvida quanto à iniciativa da agressão: Na dúvida de quem partiu a agressão, absolve-se (TJSP, RJTJSP 96/452).

De terceiro: Age em legítima defesa que, vendo conhecido seu na iminência de ser atingido por uma pessoa, ainda que seu conhecido houvesse dado início à contenda, agride o portador da arma moderadamente (TAPR, RT 638*330).

Contra inimputável: Pode haver legítima defesa na reação a investida de alienado mental (TACrSP, RT 544/382).

Contra prisão ilegal: verifica-se a justificativa, se causa lesões corporais no policial que empregava força física para prendê-lo ilegalmente (TARS, RT 686/370).

Tentativa de homicídio: Não é incompatível coma legítima defesa (STF, RTJ 101/759; TJES, RT 624/347).

Provocação passada: A agressão finda ou pretérita não justifica a legítima defesa (TJSC, RT 569/360, 539/343; TJMG, RT 539/347, 520/454). A ofensa já consumada ou agressão pretérita não justifica a repulsa (TJSP, RT 634/267, 492/313).

Reação imediata: Demora na reação exclui a legítima defesa (TJSP, RT 548/308; TJDF, Ap. 10.772, mv, DJU 27.2.91, p. 3162).

Revide: Não há legítima defesa se vai atrás de desafeto e o lesiona (TACrSP, RJDTACr 20/117), nem se, após desarmar o agressor, passa a agredi-lo (TACrSP, RJDTACr 20/116).

Desafio: Não age em legítima defesa quem aceita desafio (TJMG, RT 543/410; TAPR, RT 542/418; TAMG, 257/303). Não desafia, mulher honesta agredida moralmente, que volta para tomar satisfação e é novamente ofendida. (TJMS, RT 631/340).

Premeditação: Reação premeditada não é legítima defesa (TJSP, RT 498/294).

Generalidades: Não pode haver legítima defesa contra vítima que dormia (TJSP, RT 563/323). Ausência de testemunhas de vista não impede, por si só, o reconhecimento da legítima defesa (TJSP, RT 619/284; TJRS, RF 276/246; TJMG, RT 667/318). Basta o depoimento da filha, vítima de tentativa de estupro (TJAL, RT 701/343). Parentesco também não impede o reconhecimento, como na hipótese de pai contra filho (TJSP, RT 581/294; TJSC, RF 257/312). Agressão (tiro) pelas costas não exclui, por si só, a legítima defesa, pois no decorrer da agressão podem ocorrer bruscas mudanças nas posições dos contendores (TJPR, RF 271/266; TJSC, RT 494/387); vide, também, jurisprudência no comentário do artigo 121, §2º). Caracteriza-se legítima defesa da propriedade, se o agente mata pessoa que estava furtando, de madrugada, o seu veículo (TJRS, RT 752/669).

Armadilhas de defesa (offedicula): Caracteriza-se legítima defesa se instalou cerca eletrificada no interior de propriedade rural, causando a morte de ladrão (TAMG, Ap. 16.190, j. 28.6.88). Vede, também, jurisprudência sob esse título, no artigo 121, caput.

Moderação: Legítima defesa é reação humana, que não pode ser medida com transferidor, milimetricamente (TJSP, RJTJSP 101/447, RT 604/327, RJTJSP 69/34; TACrSP, RJSTACr 9/111; TJPR, RT 546/380) ou com matemática proporcionalidade, por ser ato instintivo, reflexo (TJSP, mv – RT 698/333). O critério da moderação é muito relativo e deve ser apreciado em cada caso (TJSP, RT 513/394; TJAL, RT 701/344). Há legítima defesa se, para preservar a própria vida e a da filha, usa de punhal, repetidas vezes, até cessar o risco (TJRJ, RT 628/318).

Legítima defesa da honra conjugal: Não é pacífica e jurisprudência, havendo acórdãos, em menor número, que admitem a legítima defesa (TJSP, mv – RT 716/413 – duplo homicídio; TACrSP, TJDTACr 16/202 – lesões leves) e outros, em número maior, que a negam (TJSP, RJTJSP 71/328, RT 654/275; TJPR, PJ 44/264, RT 655/315; TJMG, RF

273/269), reconhecendo, apenas, a atenuante do relevante valor moral ou social (TJES, RT 621/345). Entendemos inadmissível a primeira posição e correta a segunda. “Honra é atributo pessoal, independente de ato de terceiro, donde impossível levar em consideração ser um homem desonrado porque sua mulher é infiel... a lei e a moral não permitem que a mulher prevarique. Mas negar-lhe, por isso, o direito de viver, seria um requinte de impiedade” (TJPR, RT 473/372).

Legítima defesa da honra (em injúria etc.); Age em legítima defesa quem, imediatamente, repele ofensa verbal pesada com leve agressão (TACrSP, Julgados 75/215, 69/386; TAPR, RT 636/339; TAMG, RT 523/457; TJSC, RT522/421). Não há legítima defesa se revida com seis tiros a bofetada (TJMG, RT 534/399).

Legítima defesa putativa: Assim age quem , para defender sua casa, faz disparo contra pessoa que supõe ser ladrão (TACrSP, Julgados 87/190; TJSP, RF 265/354; TJRO, RT 715/506). O erro é relevante quando gera a suposição da presença de condições de fato que motivam a excepcional licitude penal da ação (TACrSP, RT 505/345). Age assim quem supõe situação de fato que, se existente, tornaria legítima a sua ação (TACrSP, RT 498/334). Não basta a situação imaginária, sendo necessário um princípio de realidade objetiva, da qual deriva a falsa suposição do agente (TJSP, RJTSP 73/338; TAMG, RJTAMG 54-55/505; STJ, APn 8-DF, mv – DJU 15.6.92, p. 9211). A agressão suposta pode ser iminente ou atual (TJSC, RT 521/459). Vide, também, jurisprudência no artigo 20, § 1º, do CP.

Excesso punível: O STF pacificou a jurisprudência, ao deixar assentado que o excesso culposo da legítima defesa compreende tanto o meio usado como a maneira de sua utilização. Assim, ainda que o júri negue a necessidade dos meios devem também ser questionados a moderação na utilização e o elemento subjetivo que determinou o excesso (STF, P, RTJ85/466, 119/648, 108/1061, RT612/430; TJSP, RT 657/268; TJES, RT 622/317; contra: TJSP, RT562/310; TJMG, RT 623/340).

Excesso doloso: Não há legítima defesa, se, após ser ferido na mão, com faca, pela vítima, a desarma e lhe desfere fez facadas (TJES, RT 710/308). Configura-se a justificativa se, após levar um tiro na cabeça arrebatou o revólver do agressor e desfechou-lhe tiros, sendo seu estado gravíssimo ter dado continuidade à agressão (TJSP, RT 706/304).

Excesso culposo: Ao reagir a uma injusta agressão, ninguém pode exigir que o agente controle a quantidade de golpes que vai desferir, pois nesse instante jorram desmedidamente.(TJES, RT 636/322).

Cível: O ato praticado em legítima defesa é lícito também na esfera civil (STF, RTJ 83/649).

A Colenda Segunda Câmara do Tribunal de Justiça do RGS, quando de regime de exceção (Apelação 697119840, Rel. José Antônio Cidade Pitrez), anulou julgamento do Tribunal do Júri de Gaurama, com fundamento na ausência de quesitação do excesso culposo, por considerá-lo obrigatório, apesar de os jurados, no exame da excludente da legítima defesa, haverem negado a atualidade ou iminência da agressão.

Ao examinar-se a legítima defesa, necessário distinguir-se situação de legítima defesa e ação em legítima defesa.

A primeira, situação de legítima defesa, está para a segunda, ação em legítima defesa, em uma relação de causa jurídica e consequência jurídica possível.

Só quando, mas sempre que, se verifique uma verdadeira situação de legítima defesa, é que há lugar ao exercício do direito de legítima defesa, é que existe a possibilidade de uma ação em legítima defesa.

Na dicção do artigo 25 do Código Penal, a situação de legítima defesa compreende a presença de uma agressão injusta, atual ou iminente, a direito próprio ou de terceiro.

A ação em legítima defesa, por sua vez, e à luz daquele mesmo dispositivo, deve compreender a necessidade dos meios de defesa empregados e a moderação no uso desses meios. Em se tratando de fato típico doloso, também exigível o elemento subjetivo como um dos ingredientes da ação em legítima defesa.

Presentes os requisitos caracterizadores da situação de legítima defesa e os da ação de legítima defesa, perfectibilizada estará a excludente. O fato, apesar de típico, não se constituirá em infração penal, porque lícito, permitido, justificado pela ordem jurídica.

Fala-se em excesso na legítima defesa quando a reação ultrapassa, dolosa ou culposamente, os limites legais estabelecidos para a excludente, ou porque desnecessário o meio defensivo escolhido (poderia o agente valer-se de meio de igual eficácia para cessar o ataque mas menos lesivo do que o escolhido, que se mostra, assim, desnecessário frente à gravidade da agressão), ou porque, apesar da adequada escolha, o uso do meio foi além do necessário para cessar a agressão e evitar a lesão ao bem jurídico injustamente agredido (o agente deveria defender-se atuando de forma proporcionada à agressão).

Por derivar da reação, o ir além defensivo pressupõe, evidentemente, uma situação de legítima defesa. Se não há agressão, não há defesa nem se poderá considerá-la excessiva. Se agressão houver, mas pretérita em relação ao tempo da repulsa, de excesso também não se falará. Se atual ou iminente, mas não injusta, por igual não haverá ação de legítima defesa, e, por consequência, inexistirá espaço a considerações a respeito de excesso defensivo.

Verifica-se, assim, o desacerto técnico do julgado acima referido.

Se os jurados não reconheceram a nota temporal da agressão, a situação de legítima defesa não se completou, pelo que o efeito jurídico ação em legítima defesa não se produziu, não havendo condições a que se pudesse cogitar de uma excessiva ação em legítima defesa, de modo a submeter ao júri o quesito do excesso culposos.

A advertência é doutrinária. Pertence a Taipa de Carvalho: O exercício da legítima defesa pressupõe, como qualquer outra causa de justificação, uma determinada situação: a situação de legítima defesa. E tanto a lógica como a metodologia jurídica exigem uma acentuada atenção na caracterização dos pressupostos ou elementos constitutivos de uma situação de legítima defesa, pois, a existir realmente, permite e justifica a prática da ação de legítima defesa, o exercício do direito de legítima defesa.

No Tribunal do Juri da Comarca de Betim, Antônio Silva Meira de Oliveira, já qualificado, foi pronunciado incurso nas sanções do art. 121, caput, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal porque, segundo a denúncia, em 03 de agosto de 2001, na Rua Artur Trindade, Bairro Angola, agindo com *animus necandi*, efetuou disparos de arma de fogo contra a vítima, não nominada na exordial, causando-lhe lesões que somente não resultaram na sua morte por circunstâncias alheias à vontade do agente.

O Conselho de Sentença acatou a tese de legítima defesa, porém, reconheceu a ocorrência do excesso culposo na conduta praticada, operando a desclassificação para o tipo penal do artigo 121, § 3º, c/c o artigo 14, II, ambos do Código Penal, restando Antônio apenado com 08 (oito) meses de detenção, em regime aberto, suspensa a pena pelo prazo de dois anos.

Na mesma decisão, foi o co-denunciado Uebert de Oliveira Souza absolvido em relação à imputação delituosa.

Irresignada, recorre a Justiça Pública, sustentando a nulidade do julgamento plenário, por contradição entre as respostas dadas aos quesitos, relativamente ao acolhimento da tese de excesso culposo, e ainda, por ser a sentença proferida contrária à lei expressa, ao admitir a tentativa em crime culposo, e, no mérito, pede a realização de novo julgamento, por ser a decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

O recurso da acusação está circunscrito à desclassificação delituosa operada em favor do réu Antônio Silva Meira de Oliveira, silenciando em relação à absolvição do co-denunciado Uebert de Oliveira Souza, conformando-se com o resultado do julgamento, pelo que, em atenção ao princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, deixo de analisar a absolvição do co-réu.

Quanto às preliminares, examino-as conjuntamente, face à identidade da matéria, mas apenas para rejeitá-las.

Inicialmente, não verifico qualquer contradição ou erro na formulação dos quesitos, correta sua submissão aos jurados.

Conquanto seja, de fato, contraditória a idéia de um crime tentado culposo, por ausência do elemento finalístico na ação do agente, conforme admite a doutrina pátria majoritária, no presente caso, não se está a cuidar de tal impossibilidade jurídica, mas, isto sim, de culpa imprópria, ou seja, de um crime doloso, praticado mediante excesso culposo, não consumado por circunstâncias alheias à vontade do agente.

A polêmica em relação à quesitação do excesso culposo ou doloso na tese de legítima defesa resta sepultada pelo disposto no artigo 484, III, do Código de Processo Penal, que expressamente orienta no sentido de sua obrigatoriedade.

A respeito da possibilidade de desclassificação do crime doloso tentado para culposo, cito trecho da palestra quesitos de Júri, proferida pelo Desembargador José Guido de Andrade, publicada na revista Jurisprudência Mineira, vol. 139/140, pg. 44/63:

- polêmica, também, é a questão da tentativa de homicídio culposo no Júri. Embora francamente majoritário o entendimento de que seria inconcebível a sua configuração, eis que tentativa e culpa são noções antitéticas - (...), a doutrina e a jurisprudência têm admitido sua verificação na hipótese da culpa imprópria ou por equiparação, como no caso de vir a ser acolhida pelo Júri, em caso de tentativa de homicídio, a tese do excesso culposo na legítima defesa. Na verdade, nessa hipótese, haveria um crime doloso tentado, que, por ter sido executado por excesso culposo, tem o tratamento do crime culposo por disposição legal.

O lúcido e certo parecer da Procuradoria Geral de Justiça, de lavra do culto Procurador Dr. Carlos Henrique Fleming Ceccon, esclarece com propriedade a questão, nos seguintes termos:

Não se pode impedir o reconhecimento do excesso culposo na legítima defesa quanto ao crime tentado. Não se trata, nesse aspecto, da admissão da figura de crime tentado culposo, mas do excesso típico no exercício da legítima defesa, aplicável tanto aos crimes consumados quanto aos tentados.

O caso dos autos não se refere à hipótese de tentativa culposa de homicídio, mas sim ao reconhecimento de que houve excesso no uso dos meios empregados pelo agente quando se viu em situação de legítima defesa. O acusado, pelo que disse o Conselho de Sentença, agiu finalisticamente com o escopo de defender-se licitamente, mas se excedeu nos limites da causa de exclusão da ilicitude. A culpa reconhecida não é elementar do tipo delituoso, mas consequência do descumprimento do dever de cuidado quando do excesso na legítima defesa. Desse modo, pune-se o acusado com a pena do crime culposo, decorrente do (Trecho do Parecer de fl. 286/296).

Em todas as oportunidades em que foi ouvido, o recorrido esclareceu os fatos, relatando que, na ocasião, encontrava-se em companhia do co-réu Uebert, aproximando-se a vítima Flávio Henrique da Silva, em companhia de terceiros não identificados e, de súbito, desferiu dois golpes de tesoura no pescoço do réu, momento em que Uebert desferiu tiros para cima com a arma que portava, tendo a vítima e seus companheiros empreendido fuga.

Ato contínuo, o apelado arrancou a arma das mãos do co-denunciado e perseguiu Flávio Henrique, desferindo cinco tiros, sendo que só um atingiu o alvo, não falecendo a vítima por circunstâncias alheias.

À fl. 233 verifica-se a certidão de óbito da vítima Flávio Henrique da Silva, que faleceu em junho de 2003, por circunstâncias não relacionadas aos fatos ora em julgamento.

Tem-se, portanto, que a vítima já se encontrava em fuga quando foi atingida pelo réu, ou seja, já havia cessado a agressão injusta praticada ou o eventual perigo de vida, agindo o recorrido movido por puro revanchismo.

Assim, já finalizada a agressão, não há falar em legítima defesa estando a decisão dos jurados flagrantemente contrária à prova dos autos, conforme sustentado pelo Ministério Público em ambas as instâncias.

Assente o exposto, dou provimento ao recurso ministerial, determinando que Antônio Silva Meira de Oliveira seja submetido a novo julgamento pelo Tribunal do Júri.

Custas de lei.

Votaram de acordo com o(a) Relator(a) os Desembargador(es): José Antonino Baía Borges E Hyparco Immesi.

Súmula: Deram Provimento.

Tribunal De Justiça Do Estado De Minas Gerais
Apelação Criminal Nº 1.0027.00.009926-0/002

TJSC – Apelação Criminal nº 14.493 – Relatório: Desembargador Amaral e Silva

Júri. Legítima defesa. Excesso culposo. Decisão que contrariou manifestamente a prova dos autos. Precedentes jurisprudenciais

Estando os contendores já separados, contraria manifestamente a prova decisão que reconhece o excesso culposo em favor de quem repele agressão consumada. Hipótese em que a agressão com um único soco foi revidada a tiros de revólver.

Apelação criminal 14.493-3/99 - São Miguel do Oeste - Relator: Desembargador Amaral e Silva - J. em 28/09/99 – TJSC. ⁸

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal 14.493-3/99, da comarca de São Miguel do Oeste, em que é apelante a Justiça, por seu Promotor, sendo apelado Eduardo Canisio Hermann:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I - RELATÓRIO:

Submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, Eduardo Canisio Hermann foi condenado à pena de 01 (um) ano de detenção, em regime aberto, substituída a pena detentiva por uma restritiva de direito, como infrator do artigo 121, § 3º, do Código Penal.

Alega o Dr. Promotor, em resumo, preliminarmente, ter havido contradição entre as respostas dadas aos quesitos, pois três jurados desde o início negaram a legítima defesa, não sendo coerente que mais tarde reconhecessem o excesso culposo. No mérito, que a desclassificação para a modalidade culposa pelo reconhecimento do excesso contrariou a

⁸ <http://www.mp.sc.gov.br> acessado em 10/11/2007

prova dos autos, já que desmentida pelos depoimentos das testemunhas, as quais afirmaram que os disparos ocorreram após cessada a agressão. Não havendo mais qualquer agressão por parte da vítima quando dos disparos, o reconhecimento do excesso culposo, mostrou-se totalmente dissociado da prova.

Também em síntese, diz o apelado que a decisão deve ser mantida, pois os Srs. Jurados optaram por uma das versões constantes dos autos.

A Procuradoria Geral de Justiça opina pelo provimento a fim de ser anulada a decisão, submetendo-se o réu a novo julgamento.

O recurso seguiu os trâmites legais.

II - VOTO:

1 - A preliminar não procede.

Opinou, com acerto, o culto Procurador de Justiça Dr. Vilmar José Loef:

Evidente que parecem não ter uma coerência maciça entre as respostas dadas aos quesitos, no entanto, devemos salientar que a deliberação é tomada por maioria absoluta e não pelos votos individuais.

Ademais, o Júri, como sabido, é soberano em suas manifestações, e, tratando-se de Juízes de Fato, não podemos supor uma compreensão efetiva e jurídica, cabível apenas em profissionais da área.

Neste sentido, a jurisprudência é pacífica:

Inocorreu a vulneração do art. 489 do CPP, por contraditória as respostas dos jurados. Com efeito, a contradição dos jurados não caracteriza nulidade de julgamento, que é tomada pela maioria dos jurados e não pelos votos individuais deles». Esse é o entendimento da jurisprudência (cf. RT 421/65) calcada na melhor doutrina (cf. Frederico Marques, O Júri no Direito Brasileiro, 1955, p. 262)'. (RT 444/316).

Em caso análogo, assim se decidiu:

1 - Inexiste contradição nas respostas dos jurados, de molde a anular o julgamento, no fato de haverem reconhecido o excesso culposos na legítima defesa e, em seguida a atenuante da violenta emoção. (RT 434/334)

2 - Nos termos do art. 25 do CP, entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Requisitos:

- a) agressão injusta, atual ou iminente;
- b) direitos do agredido ou de terceiro, atacado ou ameaçado de dano pela agressão;
- c) repulsa com os meios necessários;
- d) uso moderado de tais meios;
- e) conhecimento da agressão e da necessidade da defesa (vontade de defender-se).

A ausência de qualquer dos requisitos exclui a legítima defesa. (in Direito Penal, v. 1, 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 383).

Basileu Garcia ensina que: No conceito de injustiça da ofensa acha-se contida a idéia de ausência de provocação, a que expressamente se referia o código anterior; Se o agente, pelo seu procedimento censurável anterior aos recíprocos atos de violência, constitui a verdadeira causa do fato, é, moralmente, o responsável, e, defendendo-se, procede com injustiça. (in Instituições de Direito Penal, v. 1º, t. 1º/ 306 e 307).

No mesmo sentido, Wilson Bussada:

Não é diversa a lição de Manzini: Uma pessoa pode dizer-se constrangida pela necessidade de defender um direito próprio ou alheio contra o perigo atual de uma ofensa injusta só enquanto uma causa independente de sua vontade a constranja à defesa. Quando a pessoa determinou voluntariamente a causa que a coloca em situação de perigo atual, o impulso de defesa não provém da necessidade (que implica condições independentes do fato

próprio voluntário), mas da sua conduta (Trattato di Diritto Penale Italiano, vol. 2º/ 361 e 362, ed. 1951). (in Legítima Defesa Interpretada pelos Tribunais, 3ª ed., São Paulo: Hermus, 1987, p. 154).

Analiso o requisito agressão injusta.

Os depoimentos são claros: Quem iniciou a agressão verbal foi o apelante, tendo a vítima revidado com um soco. Estando os contendores já separados, o apelante desferiu um tiro.

Irineu Agostini (fl. 27):

O depoente estava participando de uma reunião do silo comunitário, e por volta das 20:45 horas, começou uma discussão entre Geraldo Zilli e Canisio Hermann, quando ambos se ofenderam verbalmente, e nesse momento Marcos que era o secretário do grupo, interviu, mandando que parassem com a discussão, quando Canisio Hermann começou a ofender Marcos, o qual reagiu as palavras e bateu com o livro de ata contra a cabeça de Canisio Hermann, o qual continuou a ofender Marcos, quando Marcos se levantou e agrediu com o braço a Canisio o qual reagiu e tirou do bolso um revólver calibre 22 niquelado, desferiu dois tiros bem próximos da vítima Marcos, acertando ambos os tiros. (grifei)

Em juízo (fl. 72), a versão é a mesma, apenas acrescentando que quando o réu efetuou os disparos, já tinham sido separados ôpor um grupinho.

Pedro Lourenço Capelesso (fl. 29):

No dia e hora dos fatos estava participando de uma Reunião do Silo Comunitário na Linha Welter, no referido Silo, quando estavam discutindo assuntos diversos sobre a Sociedade, quando por volta das 20:30 horas e 20:45 horas, começou uma discussão entre Canisio Hermann e Geraldo Zilli, quando o Secretário Marcos interviu, pedindo que parassem com a discussão, momento este que Canisio ofendeu a Marcos, com palavras, quando Marcos que estava com o livro de atas, desferiu uma batida com o livro contra a cabeça de Canisio, o qual não reagiu, e após começou a ofender Marcos, quando ambos se levantaram e

começaram a se agredir, momento este que Canisio Hermann sacou de um revólver niquelado e desferiu dois tiros atingindo a Marcos.

Ari Agostini (fl. 30):

O depoente no dia e hora dos fatos estava presente na reunião do grupo do silo comunitário da comunidade, quando começaram a discutir Canisio Hermann com Geraldo Zilli sobre um assunto de religião, quando Marcos que era Secretário, mandou que parassem a discussão, momento este que continuaram a reunião, e após Canisio, então começou a ofender Marcos, chamando de vagabundo e outros nomes, momento este que Marcos de posse do livro ata, desferiu com o livro contra a cabeça de Canisio Hermann, o qual não reagiu, e após (...) então Canisio ofendeu novamente a Marcos, o qual levantou-se e desferiu um soco contra Canisio Hermann, momento este que Canisio sacou de um revólver niquelado e desferiu dois tiros atingindo a Marcos que caiu dentro do silo. (grifei)

Em juízo (fl. 84), o depoimento é praticamente o mesmo apenas informando que ôantes dos disparos o réu e a vítima haviam sido separadosö.

Luiz Terci (fl. 31):

Estava presente na reunião no dia e hora dos fatos e presenciou, quando Marcos Welter leu a ata da reunião do grupo do silo comunitário, quando Canisio Hermann, achou que não estava certo, e após começou a discutir com Geraldo Zilli, sobre religião e sobre Ministro da Igreja, quando Marcos disse não deveria citar assuntos de fora da reunião, quando Canisio Hermann, começou a ofender com palavrões a Marcos o qual também respondeu com palavras, momento este que Marcos levantou-se com o livro de ata, desferiu uma batida contra a cabeça de Canisio Hermann, o qual não reagiu, acalmaram-se, sentaram-se, e após novamente se ofenderam, quando Marcos desferiu um soco contra o rosto de Canisio Hermann, o qual sacou de um revólver niquelado e desferiu dois tiros acertando a Marcos.

Na fase judicial (fl. 86), acrescenta que no momento do tiro réu e vítima já tinham sido separados.

No mesmo sentido o depoimento das testemunhas Joares Alfredo Pizetta (fl. 32); Amélio Barth (fl. 33); Reinoldo Lammers (fl. 34); Ademar Luiz Boldrini (fl. 36), prestadas perante a autoridade policial.

A prova testemunhal deixa claro que quem iniciou a agressão verbal foi o apelado. A vítima, que secretariava, solicitou ao réu que terminasse a discussão com outro associado por ser o assunto estranho a reunião. O fato fez com que o apelado iniciasse agressão verbal, proferindo palavrões, chamando a vítima de vagabundo, que revidou com um soco.

Diante do soco, já separados, o réu desferiu dois tiros.

A agressão - o soco - não pode ser considerada injusta. Foi o apelado quem a provocou.

Damásio E. de Jesus explica:

Exige-se que a agressão seja injusta, contrária ao ordenamento jurídico (ilícita). Se a agressão é lícita, a defesa não pode ser legítima. (in *Direito Penal*, v. 1, 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 384).

No mesmo sentido a jurisprudência:

Quem provoca e desafia não pode ser considerado como estando em legítima defesa. Esta pressupõe revide a injusta agressão, o que não ocorre se houve desafio inicial do agressor. (TACRIM-SP - Ap. 310.583 - rel. Juiz Dante Busana, j. 30/11/82 - RT 572/340, in *Legítima Defesa Interpretada pelos Tribunais*, 3ª ed., São Paulo: Hermus, 1987, p. 151).

Do voto:

Antigo acórdão da 2ª Câmara Criminal do então único Tribunal de Alçada do Estado, relatado pelo grande Juiz que foi Itagiba Porto, deixou expresso: 'Quem provoca e desafia não pode ser considerado como estando em legítima defesa. Esta pressupõe revide a injusta agressão, o que não ocorre se houve desafio inicial do agressor' (RT 246/316). (op. cit., p. 154).

A legítima defesa é causa objetiva da exclusão de injuricidade. Só existe objetivamente, isto é, quando ocorrem, realmente, seus pressupostos objetivos. A injustiça da agressão é um dos requisitos indispensáveis à sua configuração. Daí porque, além de existir a agressão, é necessário que essa seja injusta, ou seja, que represente conduta não autorizada pelo Direito (TJMT - AC - Rel. Mauro José Pereira - RT 538/394). (FRANCO, Alberto Silva e outros, in Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, v. 1, t. I, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 374)

A legítima defesa não ampara o provocador dos fatos' (TAPR - AC - Rel. Costa Lima - RT 535/258). (op. cit., p. 375)

Legítima defesa e provocação são incompatíveis entre si, pois somente quando o agente não provoca pode a agressão ser considerada injusta' (TACRIM-SP - Rev. - Rel. Figueiredo Cerqueira - JUTACRIM 27/36). (op. cit., p. 375)

Não se compadece a justificativa da legítima defesa, em nenhuma de suas modalidades, com situação em que o agente é quem provoca e ocasiona o evento. Assim, procedendo o réu de maneira censurável antes do entrevero, vindo seu agir a constituir a verdadeira causa do fato, torna-se moralmente responsável pelo acontecimento e, defendendo-se, procede com injustiça que há de ser punida' (TACRIM-SP - AC - Rel. Onei Raphael - JUTACRIM 25/304). (op. cit., p. 375)

Não pode invocar legítima defesa quem deu causa aos acontecimentos, como agente provocador. (RT 562/358)

Militar - Homicídio - Competência Da Justiça Militar - Exclusão Da Possibilidade Da Legítima Defesa.

O instituto jurídico da legítima defesa, do direito romano ao contemporâneo, se estrutura na *agressio injusta*. A provocação exclui a injustiça da agressão, um dos requisitos essenciais da excludente penal da legítima defesa. O agente provocador não pode invocar a injustiça da agressão e, *per consequentiam*, o estado legitimista, pela falta de um dos seus requisitos essenciais. Não se inscreve na legítima defesa própria, excludente da

antijuridicidade, pela ausência do pressuposto objetivo da aggressio injusta, quem dispara a tiros de revólver contra a vítima que, no interior de sua residência, tentava desarmá-lo. (TJRJ - Ap. Crim. 371/91 - rel. Des. Enéas Cotta - j. 28/04/92, Fonte: DOERJ - 29/10/92 - p. 179)

3 - De qualquer forma, a agressão já havia cessado.

A agressão será atual, enquanto estiver no seu processo de desenvolvimento. A atualidade exclui, portanto, a agressão passada e a agressão futura. (FRANCO, Alberto Silva e outros, in Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, v. 1, t. I, 6ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997, p. 372)

Anotou o culto Promotor:

Esta sua alegação de legítima defesa, contudo, é desmentido pelos depoimentos prestados pelas testemunhas Geraldo Zilli (fl. 69), Ari Agostini (fl. 84), Irineu Agostini (fl. 72), Luiz Terci (fl. 86), Euclésio José Zilli (fl. 85), Ademar Luiz Boltrini (fl. 88), e Bartolomeu Henkes (fl. 71) ouvidos em juízo, as quais afirmam que os disparos contra a vítima foram efetuados quando a briga entre esta e o acusado já havia cessado, diante da intervenção de outras pessoas presentes na reunião.

A prova testemunhal mencionada demonstrou que a conduta do réu foi dirigida diretamente contra a vida da vítima, na qual veio a desferir dois disparos, a pouco metros de distância, atingindo-a no braço e na região supra-clavicular direita, produzindo-lhe a perfuração da artéria carótida, o que veio a causar-lhe a morte.

O acolhimento da tese da legítima defesa, com o reconhecimento do excesso culposo, pelo Júri, mostrou-se totalmente absurdo, vez que no momento dos disparos não havia mais agressão por parte da vítima contra o réu, nem mesmo iminente, pois haviam cerca de 15 pessoas na reunião que se desenrolava no Silo comunitário da Linha Welter, em Guaraciaba, muitas das quais vieram a intervir na briga entre réu e vítima, a fim de separá-los, momento em que o réu se aproveitou da situação para liquidar a vítima a tiros, a qual estava desarmada na ocasião.

Assim, não se pode admitir a versão isolada de que não houve a interveniência de outras pessoas para fazer cessar a contenda, conforme narra o informante Cléber André Hermann (fl. 169), em contraposição com a totalidade da prova testemunhal, vez que este é filho do réu, com nítido interesse no deslinde do feito.

Nesse sentido:

Não há legítima defesa quando o réu agride a vítima em represália a uma agressão a tapa já cessada, não existindo mais ofensa atual ou iminente partindo dela, vítima' (TACRIM-SP - AC - Rel. Hélio de Freitas - JUTACRIM 89/438).

Alberto Silva Franco e outros expõem:

Agressão passada ou ofensa já consumada não justifica a repulsa, sem embargo de o agente encontrar-se, a princípio, ao abrigo da legítima defesa como excludente (TACRIM-SP - AC - Rel. Emeric Levai - JUTACRIM 96/191).

A ofensa já consumada não autoriza nem justifica repulsa. Por isso, não há legítima defesa quando o fato típico está relacionado com agressão pretérita a um direito (TJRS - AC - Rel. Néilson Luiz Púperi - RT 606/395).

Não há legítima defesa quando o réu agride a vítima em represália a uma agressão a tapa já cessada, não existindo mais ofensa atual ou iminente partindo dela, vítima (TACRIM-SP - AC - Rel. Hélio de Freitas - JUTACRIM 89/438).

A ofensa já consumada não justifica a repulsa, pelo que não há legítima defesa quando o fato típico se relaciona com a agressão pretérita a um direito' (TJSP - AC - Rel. Márcio Bonilha - RT 492/286). (op. cit., pp. 372/373)

Em síntese:

Os disparos foram dados após estarem os contendores separados. A ofensa com um único soco não podia ser revidada a tiros, muito menos tardiamente. A decisão contrariou manifestamente a prova.

4 - Diante do exposto, dou provimento ao recurso.

III - DECISÃO:

Acompanharam o voto do relator. Deram provimento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Genésio Nollí e Francisco Borges. Lavrou parecer, pela d. Procuradoria Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 28 de setembro de 1999 - Amaral e Silva, Presidente e Relator.

Jurisprudência Do Supremo Tribunal Federal, Em Ordem Cronológica:

Ementa: Habeas Corpus. Júri. Quesitos. Excesso culposo em legítima defesa

Alegada a legítima defesa ainda quando os jurados respondem negativamente ao quesito relativo ao uso de meios necessários mister se faz, sob pena de nulidade de julgamento, se manifestem sobre aquele que lhe é complementar e que diz respeito à ocorrência ou não do excesso culposo.

Recurso a que se dá provimento (Acórdão por maioria do Plenário do S.T.F. de 20.04.1977, apud DJU de 29.05.1978, pág. 3.728).

Ementa - Habeas Corpus - julgamento pelo Tribunal do Júri - Quesitos.

É nulo o julgamento quando, na votação da excludente de legítima defesa, embora negado o quesito pertinente à necessidade dos meios não se submetem ao Conselho os referentes à moderação e excesso.

Habeas Corpus deferido (Ac. un. da 1a. T. do S.T.F., de 11.04.1978, apud DJU de 11.09.1978, pág. 6.787).

Ementa: - Tribunal do Júri. Não constitui nulidade do julgamento a falta de quesito sobre o excesso doloso, uma vez negado o excesso culposo. A hipótese de casualidade é afastada pela resposta afirmativa aos quesitos anteriores ao uso moderado dos meios necessários, cuja resposta negativa autorizou o questionamento sobre o excesso culposo (Ac. un. da 1a. T. Do S.T.F. , de 15.08.1978, apud DJU de 16.10.1978, pág. 8019).

Do Tribunal de Justiça De Santa Catarina:

Jurisprudência Catarinense, 1977, vol. 17, pág. 409:

Júri - Homicídio - Legítima defesa da honra - Meios necessários negados pelo Júri - Não indagação dos quesitos referentes à moderação e ao excesso culposo - Julgamento que não se completou - Vício insanável. Anulação

CONCLUSÃO

Entendemos que diante de todas as circunstâncias que envolvem excesso na legítima defesa, tudo deve ser observado para que se consiga verificar as proporcionalidades entre o ataque e a defesa, por serem próprio do homem, lembrando sempre de seus requisitos: a) agressão injusta, atual ou iminente; b) direitos do agredido ou de terceiro, atacado ou ameaçado de dano pela agressão; c) repulsa com os meios necessários; d) uso moderado de tais meios; e) conhecimento da agressão e da necessidade da defesa (vontade de defender-se), sendo que a falta de qualquer um destes requisitos exclui a legítima defesa.

A noção maior que tivemos foi a reação imediata à ameaça ou agressão atual ou iminente a direito próprio ou de outrem. E em face disso, a vítima tem a faculdade leal e o dever moral de obstá-la, mesmo recorrendo ao exercício de violência.

O excesso doloso ocorre quando agente atua deliberadamente, aproveitando-se da situação excepcional que lhe permite agir, para exacerbar, e impor um sacrifício maior do que é estritamente necessário à salvaguarda do direito ameaçado ou lesado.

Configurado o excesso doloso, responderá o agente dolosamente pelo fato praticado, beneficiando-se apenas da circunstância atenuante prevista no art. 65, II, Código Penal, ou com a minorante prevista no artigo 121, §1º, do Código Penal, quando for o caso.

Será culposo o excesso quando for involuntário e decorrente de erro do tipo escusável ou de erro de proibição evitável (quanto aos limites da excludente).

Só ocorre o excesso culposo decorrente de erro, fruto de uma avaliação errônea ou equivocada do agente, e quando as circunstâncias que lhe privam de avaliar de forma adequada.

Só é punível o excesso culposo quando houver a modalidade culposa, e decorrente das elementares da culpa (por negligência, imprudência ou imperícia).

Pudemos verificar em nossa pesquisa que o ponto de maior relevância do tema está na análise fática da situação. Percebemos também que neste ponto os juízes devem possuir uma sensibilidade ímpar para não cometer injustiças nos julgados jurisprudenciais.

E ao todo exposto, sabe que apesar de nossos doutrinadores terem pouco interesse em aprofundar estudos sobre o caso específico, entendemos que Direito jamais deve se afastar da sensibilidade. Percebemos, outrora, julgadores sensíveis às emoções humanas.

Nos perguntamos, se poderíamos exigir de um zeloso pai um equilíbrio matemático quando alguém comete uma injusta agressão a seu filho querido? Isso tudo faz com que nosso tema pareça e seja transmitido como emocionante, já que estamos falando tanto em reações humanas.

Entendemos que não só os julgadores devem ter uma atitude primordial na questão do excesso na legítima defesa, mas também o estudioso da matéria, que analisa e tenta transmitir de forma clara, contundente e simples um tema que está em constante evolução.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, AC, Rel. Gentil Leite. RT nº 686/322.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol 7 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARRARA, Francisco. **Programa do Curso de Direito Criminal- parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1956.

CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. Decreto número 2.848, de 7 dezembro de 1940. ed. 11, Saraiva: São Paulo, 2005.

FERRACINI, Luiz Alberto. **Legítima Defesa- teoria, prática e jurisprudência**. Ed 1, editora de Direito: São Paulo.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Direito Penal –parte geral**. Forense: Rio de Janeiro. 1991.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Forense: Rio de Janeiro. 1978+

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. Ed.27, Saraiva: São Paulo, 2003.

_____. **Direito Penal**. Ed.27, Saraiva: São Paulo, 2006.

LZINHARES, Marcelo Jardim. **Coação irresistível**. São Paulo: sugestões literárias, 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal- Parte Geral**. Vol 11º ed. São Paulo: Atlas, 1996.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro. parte geral.** Vol.1São Paulo: RT. 2004.

REVISTA dos Tribunais nº 715, p. 404/353 e p.428-430.2005.

SHENTATI, Tomaz. M. **Curso de Direito Penal: parte geral.** Forense: Rio de Janeiro, 1999.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal: parte geral.** Arts. 1º a 120. Atlas: São Paulo, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Direito Penal. parte geral.** Saraiva: São Paulo, 1984.

VERAGARA, Pedro. **Dos Motivos determinantes no Direito Penal.** 5 ed..Rio de Janeiro, Forense, 1997.

<http://www.mp.sc.gov.br>. Acesso: em 10/11/2007

www.uj.com.br. Acesso em: 10/11/2007.